

مقایسه تطبیقی حق جایگزینی در تأمین مالی پروژه محور با نهادهای سنتی حقوق مدنی

لعیاجنیدی*
مجید غمامی**
محسن علیجانی***

تاریخ پذیرش: ۹۷/۴/۱۲

تاریخ دریافت: ۹۶/۱۲/۴

چکیده

حق جایگزینی در تأمین مالی پروژه محور از مهم‌ترین حقوق وام‌دهندگان است. مسئله اساسی که در این پژوهش با آن مواجه هستیم، چیستی و چگونه اعمال این حق با تأکید بر حقوق ایران است. با وجود اهمیت این موضوع و لزوم توجه به آن در پژوهش و قانون‌گذاری، تشریح زوایای این حق مغفول مانده و در خصوص حق جایگزینی تاکنون مقاله یا کتابی به زبان فارسی نوشته نشده است. از این رو مقاله حاضر می‌تواند گشاینده باری در این زمینه باشد. در این نوشتار با مطالعه قراردادهای منعقد، کتاب‌ها و مقالات داخلی و خارجی به روش تحلیلی به این نتیجه رسیده‌ایم که حق جایگزینی با هیچ یک از نهادهای مشابه داخلی، مانند تبدیل تعهد، انتقال دین و ضمان، تطابق کامل ندارد و استفاده از این قالب‌ها برای بیان حق جایگزینی مناسب نیست. تنقیح ماهیت حق جایگزین می‌تواند کمک شایانی به طرفین قراردادهای سرمایه‌گذاری، به خصوص مشارکت عمومی خصوصی بکند.

کلیدواژگان:

انتقال قرارداد، تأمین مالی، تبدیل تعهد، حق جایگزینی، قرارداد مستقیم.

joneidi@ut.ac.ir

mghamami@ut.ac.ir

mohsen.aliyani64@gmail.com

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

** دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

*** دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

مقدمه

مقوله سرمایه‌گذاری در زیرساخت‌ها از طریق تأمین مالی خصوصی، به‌ویژه تأمین مالی پروژه‌محور، در روزگار ما از اهمیت زیادی برخوردار است. اگرچه سابقه تأمین مالی با این شیوه به قرن‌ها پیش بازمی‌گردد، با این حال برخی از زوایای تأمین مالی، به‌طور بایسته مورد بررسی قرار نگرفته است. یکی از مهم‌ترین جنبه‌های مغفول‌مانده تأمین مالی پروژه‌محور، بحث حقوق وام‌دهندگان و تضمینات آنها، از جمله حق جایگزینی و ماهیت، آثار، اهداف و جایگاه این حق در میان نهادهای حقوقی می‌باشد که کمتر مورد بحث قرار گرفته است. بنابراین وجه ترجیح تخصیص مقاله به این موضوع، با وجود تعدد موضوعات حقوقی و قراردادی، این است که در پروژه‌های مورد نظر یکی از مسائلی که در حقوق ایران جای بحث دارد و پاسخ آن را به‌طور منقح باید پیدا کرد، حق جایگزینی نهادهای تأمین‌کننده مالی پروژه است که به نوبه خود یکی از وثیقه‌های مهم است و می‌تواند جایگزین خیلی از وثائق متعارف بانکی در فرایند تأمین مالی، مانند تضامین ملکی و تجاری، شود. به‌طور خلاصه اهم دلایل وجه تخصیص این است که در تأمین مالی پروژه‌محور مهم‌ترین وثیقه خود پروژه و ترتیبات قراردادی پیرامون آن است. پژوهش حاضر درصدد یافتن پاسخ این پرسش‌های اساسی است: ۱- جایگاه حق جایگزینی نهادهای تأمین مالی در قراردادها در ایران چیست؟ از نهادهای سنتی حقوق قراردادها کدام یک می‌تواند پاسخگوی کاستی‌های احتمالی در این زمینه باشد؟ فرضیه پژوهش بر این امر مبتنی است که هیچ کدام از نهادهای سنتی حقوق مدنی پاسخگوی کامل حق جایگزینی نیست، ولی تا تکمیل مقررات و رویه در این زمینه می‌توان از قواعد عمومی برخی نهادها برای پر کردن خلأ قانونی استفاده کرد. مباحثی که در اینجا به آنها پرداخته شده، مقایسه این نهاد با نهادهای مشابه، مانند تبدیل تعهد، انتقال تعهد، رهن، ضمان و انتقال موقعیت قراردادی است. روشن شدن وضعیت جایگاه این حق و نیز آثار و محورها و اهداف آن با توجه به کاربرد فراوان آن در قراردادهای مشارکت و نو بودن این قراردادها در حقوق ایران، می‌تواند در پیشبرد مذاکرات، انعقاد قرارداد، اجرای آن و حل اختلافات در این زمینه مؤثر باشد. در این زمینه تاکنون کتاب یا مقاله‌ای که به‌صورت کامل به موضوع پرداخته باشد، در دسترس نبود و فقط در مقاله تأمین مالی

پروژه‌های BOT^۱ به حق جایگزینی اشاره شده است. در این مقاله در قسمت اول به تعریف تأمین مالی پروژه محور به عنوان زمینه حق جایگزینی، اصول حاکم بر تأمین مالی پروژه محور و ساختار آن و در قسمت دوم به حق جایگزینی، قرارداد مستقیم، طرفین قرارداد و شیوه اعمال محورها، آثار و اهداف آن پرداخته شده است و در قسمت سوم نیز مقایسه نهاد حق جایگزینی با موارد داخلی مشابه ما صورت گرفته و در نهایت نتیجه‌گیری به عمل آمده است.

۱. تأمین مالی پروژه محور

در این قسمت پس از تعریف تأمین مالی پروژه محور، به بررسی خصایص، انواع، اصول حاکم بر این نوع تأمین مالی، تفاوت آن با تأمین مالی شرکتی و ساختار این نوع تأمین مالی می‌پردازیم.

۱.۱. مفهوم

پروژه‌های کلان زیربنایی را می‌توان از شیوه‌های مختلف، مانند وام‌های تجاری، وام‌های دولتی یا انتشار اوراق بهادار و تأمین مالی از بازارهای پولی تأمین مالی کرد. یکی از رایج‌ترین ترتیبات در این زمینه تأمین مالی پروژه محور است.^۲ این شیوه چگونگی هدایت سرمایه به سوی اجرای طرح‌های زیربنایی را ترسیم می‌کند و مشخصه بارز آن این است که وام‌دهندگان برای تضمین بازگشت سرمایه و سود آن به جای تکیه بر درآمد ناشی از اجرای طرح، به وثایقی نظیر ضمانت‌نامه‌های دولتی یا دارایی شرکا و سهام‌داران مجری طرح تکیه می‌کنند؛ لذا تضمین بازپراخت اصل وام و سود آن، جریان درآمد ناشی از اجرای طرح است. آنچه آن را از دیگر اقسام آن متمایز می‌کند، رابطه حقوقی ویژه‌ای میان وام‌دهنده و شرکت مجری طرح است که به موجب آن، درآمد حاصل از پروژه مهم‌ترین وثیقه بازپرداخت وام قرار می‌گیرد.^۳

۱. غمامی، مجید، **تأمین مالی پروژه‌های BOT**، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، دوره جدید، ۱۳۸۶، شماره ۱.

2. Jeffrey Delmon (2011), *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers*, Cambridge University Press. pp: 70-71.

۳. غمامی، پیشین، صص ۲۳۰-۲۲۶.

۱.۲. ویژگی‌های تأمین مالی پروژه محور

این نوع تأمین مالی از قوانین ملی بی‌نیاز است؛ چراکه روابط حقوقی در قرارداد تعریف می‌شود.^۱ این شیوه با سایر روش‌های تأمین مالی قابل جمع نیست؛ زیرا برای استهلاک وام باید بر درآمد پروژه تکیه کرد و پرداخت عواید پروژه برای استهلاک سایر انواع تأمین مالی، مانع استقرار این نوع تأمین مالی می‌شود. مهم‌ترین وثیقه وام‌دهندگان، قراردادهای پروژه است و معمولاً اموال شرکت ارزش کافی برای استهلاک وام‌ها را ندارد.^۲ علاوه بر این، وام‌دهندگان در خصوص دارایی بانیان^۳ پس از تکمیل پروژه فقط دارای حقوق محدودی هستند (یا حقوقی ندارند). به همین سبب جریان نقدینگی^۴ پروژه باید برای پوشش دادن هزینه‌های بهره‌برداری، بازپرداخت وام‌ها و به‌دست آوردن سود، کافی باشد.^۵ بدهی حاصل از این نوع تأمین مالی در ترازنامه درج نمی‌شود و به همین سبب، ضرری به اعتبار سهام‌داران وارد نمی‌کند و مقداری از ریسک را به وام‌دهندگان منتقل می‌دهد. وام‌دهندگان هم از این نوع تأمین مالی در مقایسه با تأمین مالی معمول سود بیشتری کسب می‌کنند.^۶ در خصوص علت درج نشدن در ترازنامه، باید گفت اهمیت این نکته در آن است که اگر میزان وام تحصیل شده در ستون بدهی‌های شرکت در تراز مالی ذکر گردد، شرکت را دارای تراز منفی می‌سازد و از آنجا که شرکت‌های بزرگ، به‌ویژه آنها که سهامشان در بازار بورس معامله می‌شود، غالباً تراز سالانه خود را به منظور نشان دادن توان اقتصادی خود برای اطلاع عمومی منتشر می‌کنند، اگر تراز آنها منفی باشد، تأثیر سویی در وضعیت و موقعیت اقتصادی شرکت و بازار سهام آن دارد.^۷

۱. غمامی، پیشین، ص ۲۳۲.

۲. همان، صص ۲۳۳-۲۳۵.

3. Sponsors: Sponsors are organizations, corporations or individuals that establish the SPV for the purpose of financing and executing the project.

4. Cash Flow.

5. Stefano Gatti, *Project Finance in Theory and Practice*, Academic Press is an imprint of Elsevier, 2013, p.3.

6. Jeffrey Delmon op.cit. pp: 70-71.

۷. غمامی، پیشین، صص ۲۳۸ و ۲۳۹.

۱.۳. تضمینات در تأمین مالی پروژه محور

در تأمین مالی پروژه محور، مهم‌ترین دارایی شرکت قراردادهایی است که شرکت وام‌گیرنده منعقد می‌کند؛ زیرا در مواردی حق رجوع به اموال شرکت وجود ندارد و در مواردی هم که حق رجوع محدود یا کامل وجود دارد، دارایی‌ها برای بازپرداخت وام کفایت نمی‌کنند؛ به همین سبب تضمین‌هایی که در این خصوص به دست می‌آورد، اهمیت بسزایی دارند؛^۱ لذا در این قسمت به این مهم پرداخته می‌شود. با توجه به اتکای وام‌دهنده بر درآمد حاصل از پروژه، در روش تأمین مالی پروژه محور، مهم‌ترین وثیقه، حق ورود به قراردادهای شرکت پروژه است که حق جایگزینی نام دارد و به موجب این حق، در صورت تخلف شرکت پروژه از هر یک از قراردادهای پروژه، بانک حق دارد که با کنار گذاشتن این شرکت، خود یا شخص ثالثی را جانشین آن در اجرای قرارداد سازد. در حقیقت مهم‌ترین وثیقه و تضمین وام‌دهندگان، قراردادهای پروژه است. تنها دارایی ارزشمند شرکت مجری طرح در قالب تأمین مالی پروژه محور قراردادهای این شرکت است^۲ و در صورت تخلف یا ورشکستی می‌توانند به این دارایی اتکا کنند. در مقایسه این شیوه با روش تأمین مالی شرکت محور، می‌توان گفت در شیوه تأمین مالی اخیر، وثایق بانکی ممکن است دارایی‌ها یا بخشی از دارایی‌های شرکت یا ضمانت‌نامه‌ها یا اوراق بهادار یا اموال قابل توثیق (رهن) شرکت باشد. در این صورت، وام با حق رجوع محدود به سایر اموال و دارایی‌های شرکت داده می‌شود یا ممکن است که وام در مقابل دارا بودن حق رجوع به سهام‌داران شرکت وام‌گیرنده، علاوه بر تمامی دارایی‌های شرکت^۳ باشد که در این صورت سهام‌داران شرکت وام‌گیرنده مکلف هستند که طی تعهدنامه‌های جداگانه که تعهدنامه شرکت مادر نیز نامیده می‌شود، مسئولیت خود را در برابر بانک، نسبت به بازپرداخت وام به عنوان سهام‌دار ضامن

۱. در این مدل تأمین مالی، مهم‌ترین ریسکی که بخش زیادی از آن به وام‌دهندگان منتقل می‌شود، ریسک درآمد است. در قراردادهای بدون حق رجوع تمام ریسک به آنها منتقل می‌شود و در قراردادهای با حق رجوع محدود یا کامل مقداری از ریسک نیز بر وام‌گیرندگان یا سرمایه‌گذاران بار می‌شود. البته سایر ریسک‌ها هم تا جایی که درآمد شرکت پروژه را تحت تأثیر قرار دهند، به همین سبک عملاً به وام‌دهندگان منتقل می‌شوند.

2. Project Company.

۳. غمامی، پیشین ص ۲۳۵.

4. full recourse loan.

تضمین کنند؛ درست شبیه وضعی که شرکت‌های تضامنی در حقوق ما دارا هستند.^۱ در تأمین مالی پروژه محور، تأمین کننده مالی به دنبال تضمینات مؤثر است و اگر این تضمینات در دسترس نباشد، تمایلی به تأمین مالی ندارد. در همین راستا دامنه تضمین‌ها شامل حق رجوع کامل، محدود و بدون حق رجوع می‌شود. در این مدل تأمین مالی تأسیسات پروژه نیز ممکن است وثیقه بازپرداخت وام محسوب شوند، ولی مانند تأمین مالی شرکتی، در صورت انحلال پروژه، وام‌دهندگان حق مراجعه به دارایی بانیان ندارند؛ لذا تأمین مالی پروژه خود نیز به حق مراجعه کامل، حق مراجعه محدود و نداشتن حق مراجعه^۲ به دارایی‌های شرکت پروژه انجام می‌شود.^۳ با اینکه ممکن است این ابهام پیش آید که منظور از حق مراجعه محدود، حق مراجعه به دارایی‌های سرمایه‌گذاران خارج از شرکت پروژه است، اغلب نویسندگان معتقدند در این نوع تأمین مالی نیز وام‌دهندگان حق مراجعه به سایر دارایی‌های وام‌گیرندگان ندارند^۴ (و برخی از این هم فراتر رفته‌اند و تأمین مالی پروژه‌ای را تأمین مالی بدون حق مراجعه می‌دانند.^۵ در مقایسه با حقوق داخلی، وضعیتی که وام‌دهندگان حق رجوع به تمام دارایی شرکت را دارند، مانند وضعیت طلبکاران شرکت با مسئولیت محدود است؛ چراکه در این شرکت هر یک از شرکا فقط تا میزان سرمایه خود در شرکت مسئول قروض و تعهدات شرکت است. وضعیتی که در آن حق رجوع محدود وجود دارد، نیز می‌تواند در قالب شرکت با مسئولیت محدود گنجانده شود، منتها مانند این است که در قراردادی جداگانه، پاره‌ای از اموال شرکت از دسترس طلبکاران خارج شود. وضعیتی که حق رجوع وجود ندارد با هیچ‌یک از شرکت‌های موجود در قانون تجارت ایران همخوانی

۱. همان، ص ۲۳۹.

2. non-recourse or limited recourse.

3. Willie Tan (2007) *Principles of Project and Infrastructure Finance*, published by Taylor & Francis. p.2.

4. JOHN D. FINNERTY (2007) *Project Financing Asset-Based Financial Engineering Second Edition*. Published by John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey. Published simultaneously in Canada. pp.1,2.

5. UNCITRAL (2001) *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law United Nations New York, p.15.

ندارد.^۱ با توجه به این محدودیت‌ها از منظر وام‌دهندگان، تضمین اصلی بازپرداخت وام همان قراردادهای پروژه است که مهم‌ترین رکن هستند و هرچه درآمد مداومت داشته باشد و عوامل قاطع آن کمتر باشند و تخصیص ریسک در آن به نحوی باشد که بانک‌پذیر باشد، ارزش بیشتری پیدا می‌کند؛ لذا وام‌دهندگان باید دارای این حق باشند که کنترل دقیقی بر فعالیت‌های شرکت داشته باشند تا مطمئن شوند ارزش قراردادهای شرکت در اثر عواملی مانند ناتوانی شرکت در اجرای پروژه^۲ به خطر نیفتد.^۳ به همین سبب، وام‌دهندگان تمایل دارند ساختار وام را طوری تنظیم کنند که حاوی یک بسته امنیتی برای آنها باشد. یکی از شروط ضروری که در این راستا تنظیم می‌شود، شرط حق جایگزینی^۴ است که به وام‌دهندگان یا کسی که آنها می‌گمارند، این حق را می‌دهد که در قرارداد مداخله کنند. برای اطمینان از اعمال مناسب این حق، قرارداد مستقیم بین طرفین منعقد می‌شود.^۵

۲. حق جایگزینی؛ رکن مهم تأمین مالی پروژه محور

پیش از این گفته شد که منبع بازپرداخت وام در تأمین مالی پروژه محور، جریان درآمدی پروژه است. در طول عمر پروژه ممکن است موقعیت‌هایی به وجود بیاید که بخاطر نقض عهد شرکت پروژه یا به واسطه بروز حادثه‌ای فوق‌العاده، تحمل و مدیریت آن خارج از کنترل باشد. در چنین صورتی ممکن است به نفع هر دو طرف باشد که با دادن اجازه ادامه پروژه با مسئولیت شرکت جدید، از انحلال آن اجتناب ورزند. هنگامی که قصور شرکت پروژه مانع عملکرد پروژه می‌شود، وام‌دهندگان تمایل دارند کار ناتمام نماند و امتیاز با سودمندی اجرا شود. سرمایه‌پذیر نیز

۱. مبنای حقوق ایران در محدود کردن حق مراجعه به پروژه و نه بانی یا وام‌گیرندگان: از آنجا که قراردادها، عواید و نه اموال شرکت پروژه تضمین اصلی برای وام‌دهندگان هستند، ممکن است بر اساس توافق وام‌دهندگان و بانیان یا وام‌گیرندگان و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد حاکم بر عقد مضاربه در راستای تداوم کار پروژه و منع توقیف اموال آن امکان رجوع به دارایی شرکت پروژه از وام‌دهندگان سلب شود.

2. performance failure.

3. E. R. Yescombe(2007)*Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance*, Published by Elsevier Ltd, p.115.

4. step in rights.

5. ROD Morrison, (2012)*The Principles of Project Finance*. Gower Publishing Company.uk.p.210.

ممکن است تمایل داشته باشد اجازه دهد شرکت پروژه جدیدی را اجرا کند و به عنوان جایگزین، آن را با مسئولیت خود ادامه دهد.^۱ به همین دلیل در قرارداد مستقیم^۲ به وام‌دهندگان حق جایگزینی داده می‌شود. به موجب این قرارداد، چنانچه پیمانکار (شرکت پروژه) مرتکب قصوری شود و شرایطی پیش آید که قرارداد تأمین مالی شده را در معرض فسخ قرار دهد، وام‌دهندگان می‌توانند خود یا از طریق نماینده خود در قرارداد اصلی وارد شوند و اجرای آن را ادامه دهند یا این امر را به شرکت جدیدی بسپارند.^۳ این شیوه یکی از راهکارهای تضمین پرداخت وام است.^۴

۲.۱. مفهوم حق جایگزینی

حق جایگزینی در اصل ترتیبی است که مطابق آن وام‌دهندگان اختیار کلی یا جزئی کنترل تمام یا بخشی از شرکت پروژه را به دست می‌آورند.^۵ وام‌دهندگان به این حق نیاز دارند تا هنگامی که شرکت پروژه از انجام تعهد بدهی خود ناتوان شد یا قرارداد مشارکت به علت ناتوانی شرکت پروژه از انجام تعهدات خود در معرض فسخ قرار گرفت، آن را حفظ کنند. این حق در مواردی که تأمین مالی توسط بخش خصوصی صورت می‌گیرد، شایع است و هدف اصلی آن جلوگیری از انحلال قرارداد است. در واقع این حق به وام‌دهنده امکان می‌دهد که وقفه‌ای در اعمال فسخ توسط سرمایه‌پذیر ایجاد کند؛ لذا حق مداخله متعلق به وام‌دهندگان برای اجرای قرارداد یا تجویز اجرای آن از طریق شخص ثالث در شرایط خاص است.^۶ وام‌دهندگان بازه زمانی و چارچوب مشخصی برای اعمال حق مداخله خود دارند؛ به طوری که هر جا مشکلی بروز کند، به

1. UNCITRAL (2001) *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law United Nations New York, pp. 147, 148.

2. DIRECT AGREEMENT.

3. European Bank for Reconstruction and Development Law in transition (2007) *Public-private partnerships, Legal reform in Russia* p.46.

۴. توسلی جهرمی، منوچهر، *قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و انتقال (بی او تی)*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۱، شماره ۵۸، ص ۱۰۶.

5. Stefano Gatti, op.cit. p.300.

6. United Nations Economic Commission for Europe, *GUIDEBOOK ON PROMOTING GOOD GOVERNANCE IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS*, New York and Geneva, 2008. Pp 32, 90.

آنها اطلاع داده می‌شود و می‌توانند اقدامات اصلاحی معمول دارند.^۱ از پیشنهاد های مهم مرکز تخصصی اروپایی PPP (مشارکت عمومی خصوصی) پیش‌بینی حق مداخله به منظور تسهیل و تقویت PPP در دو مقوله تحقق پروژه سرمایه‌گذاری و فراهم کردن خدمات است.^۲ مفهوم حق جایگزینی هنوز در ادبیات حقوقی و تجاری دنیا جا نیافتاده است، اما نویسندگان و برخی از مؤسسات بین‌المللی در مباحثی در حقوق قراردادهای به آن پرداخته‌اند. حق جایگزینی در آمریکا «نمایندگی و واگذاری»^۳ نام دارد که بر اساس آن متعهدله به عنوان انتقال‌دهنده، حقوقی را که در برابر متعهد دارد، به انتقال‌گیرنده می‌دهد. در این زمینه در آمریکا، وام‌دهنده به عنوان انتقال‌گیرنده عمل می‌کند و قراردادهای حاوی حقوق و تکالیف در برابر پیمانکاران، تأمین‌کنندگان، مشتریان و غیره از شرکت پروژه به آن منتقل می‌شوند. البته برخی از قراردادهای مربوط به حقوق عمومی قابل انتقال نیستند و واگذاری‌های رایگان^۴ نیز قابل ابطال هستند. واگذاری حقوق و تکالیف شرکت پروژه به وام‌دهندگان این شرکت را از مسئولیت در قبال وظایفش معاف نمی‌کند. البته مسئولیت وام‌دهندگان در قبال تعهد به اجرای قرارداد نیز در برابر شرکت پروژه پا برجا می‌ماند.^۵ در حقوق انگلیس، در این زمینه از اصطلاح گیرنده و متعهد جایگزین^۶ استفاده می‌شود و همان‌طور که گراهام وینتر^۷ می‌گوید، اصطلاح حق جایگزینی در حقوق انگلیس بسیار مبهم است و در این زمینه برای اجرای حق وام‌دهندگان یک مقام اداری گمارده می‌شود.^۸ این مقام اداری در کنار شرکت پروژه مسئول اجرای تعهدات است. در حقوق فرانسه نیز حق جایگزینی در قوانین برای بخش عمومی پیش‌بینی شده است و برای بانک‌ها و

1. World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank Reference Guide Public-Private Partnerships Version 2.0, 2014 International Bank for Reconstruction and Development.p.57.

2. DLA Piper, European PPP Expertise Center(2009), European PPP Report.p.30.

3. Assignment and Delegation.

4. "gratuitous assignment[s] [are] revocable.

5. Murat Madykov (2015), «Step-in Right as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions», 13DePaul Bus. & Com. L.J.273.pp.287-289.

6. Receiver and Substitute Obligor.

7. Graham Vinter.

8. VINTER ET AL, supra note 19, at 263.

اشخاص ثالث اجرا نمی‌شود. با وجود این، در حقوق فرانسه این تعهدات کاملاً تابع حقوق قراردادی هستند. در این سیستم وام‌دهندگان به عنوان شخص ذی‌نفع^۱ قرارداد در میان شرکت پروژه و طرف قرارداد قرار داده می‌شوند و طبق شرط مندرج در این قرارداد، شرکت پروژه باید پروژه را به وام‌دهندگان یا کسی که به عنوان نماینده خود تعیین می‌کند، تحویل دهد. در حقوق این کشور بر عکس نظام کامن‌لا پس از انتقال پروژه حقوق و تکالیف شرکت پروژه ساقط می‌شوند.^۲ این حق در نظام حقوقی ایران نیز در تبصره ۸ ماده ۱ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۲۵، به رسمیت شناخته شده، ولی چارچوب آن روشن نشده است. لایحه دولت با موضوع مشارکت عمومی خصوصی نیز در ماده ۱۳ خود به این حق اختصاص دارد. همچنین در راهنمای کاربرد موافقت‌نامه مشارکت عمومی خصوصی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی به این حق پرداخته شده است^۳ و حق مداخله ممکن است از طریق انعقاد قرارداد مستقیم یا از طریق ترکیبی از شروط قرارداد مشارکت عمومی خصوصی و قانون اعطا شود.^۴

۲.۲. ماهیت و اهداف حق جایگزینی

وام‌دهندگان معمولاً زمانی از حق جایگزینی استفاده می‌کنند که شرکت پروژه نتواند به تعهدات خود مبنی بر پرداخت وام عمل کند یا به‌خاطر قصور در تعهدات خدماتی، قرارداد در معرض خطر فسخ باشد.^۵ در همین راستا توافق مستقیمی بین نماینده وام‌دهندگان و شخصی که با شرکت پروژه قرارداد می‌بندد، منعقد می‌شود.^۶ طبق این قرارداد، شخص مذکور به وام‌دهندگان

1. Lender as Beneficiary.

2. Murat.op.cit.p.292.

۳. سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت نظارت راهبردی امور نظارت بودجه سرمایه‌ای، راهنمای کاربرد موافقت‌نامه مشارکت عمومی خصوصی (چارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی خصوصی) طبق بخشنامه به شماره ۹۳/۱۷۲۸۰۴. پیشنهاد شماره ۲۹ ص.

4. Allen & Overy, (2013) *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts Review of current European practice and guidance*, European PPP Expertise Centre March, pp49,50.

5. World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank *Reference Guide Public-Private Partnerships Version 2.0*, 2014 International Bank for Reconstruction and Development, p.57.

6. Stefano Gattiop.cit. p.304.

حق جایگزینی می‌دهد.^۱ توافقات مستقیم از جمله ابزارهای قانونی هستند که وام‌دهندگان از آنها برای داشتن حق دخالت مستقیم در روابط بین شرکت پروژه و اشخاص ثالث استفاده می‌کنند.^۲ آنها از این طریق اجرای انحلال را به تعویق می‌اندازند و در نهایت اجازه انتقال قرارداد پروژه به شخص ثالث را صادر می‌کنند؛^۳ لذا حق جایگزینی برای وام‌دهندگان از حقوق قراردادی است. منتها اجرای این حق منجز، بستگی به پدید آمدن شرایطی دارد که در قرارداد مستقیم پیش‌بینی می‌شوند؛ گرچه خود تعهد ایجاد منجزاً ایجاد شده است (حق منجز و مشروط).

هدف توافق مستقیم حاوی حق جایگزینی این است که هرگاه پیمانکاران توافقات اساسی را نقض کنند و این عمل آنها قرارداد اصلی را در معرض فسخ قرار دهد، وام‌دهندگان بتوانند با جایگزین کردن مقصرین از انحلال توافق اصلی جلوگیری نمایند.^۴ این اقدام پروژه را در امنیت قرار می‌دهد و برای بانک‌پذیری پروژه، یعنی جاذبه داشتن شروط قراردادی و تضمین‌های پروژه برای بانک^۵ نیز مهم است. مناسب نبودن شروط قراردادی مانند عدم توجه به انحلال حاصل از تخلف وام‌گیرنده به معنای در معرض خطر قراردادن بانک‌پذیری است.^۶ مرکز تخصصی مشارکت عمومی خصوصی بیان می‌دارد که حق جایگزینی برای بانک‌پذیری پروژه بسیار ضروری است. این حقوق می‌توانند به همه طرفین کمک کنند؛ به وام‌دهندگان شانس حمایت از وام‌شان داده می‌شود و مصرف‌کنندگان و بخش عمومی نیز می‌توانند از تلاش وام‌دهندگان برای نجات پروژه بهره‌مند شوند و هنگام مداخله، منافع وام‌دهندگان و منافع بخش عمومی به اندازه زیادی همسو

1. Neil Cuthbert, Middle East region Denton's(2013), *A Guide to Project Finance*.p.10.

2. Stefano Gatti, Op. cit.pp.304-305.

3. European Bank for Reconstruction and Development Law in transition(2007)*Public-private partnerships, Legal reform in Russia*.

4. Neil Cuthbert, op.cit. p.50.

۵. غمامی، پیشین، ص ۲۳۵.

6. Stefano Gatti,op.cit. p.304.

هستند.^۱ البته حق مداخله وام‌دهندگان مربوط به مواردی است که قصور دارنده امتیاز در ارائه خدمات، مکرر یا غیرقابل جبران باشد.^۲

۲.۳. شرایط و ویژگی‌های حق جایگزینی

مهم‌ترین مسائلی که در قرارداد مستقیم در خصوص حق جایگزینی باید مورد توجه قرار گیرند، مربوط این موارد است: دوره مشخصی که باید به وام‌دهندگان اجازه مداخله داده شود؛^۳ گستره مسئولیت وام‌دهندگان در قبال تعهداتی که بر عهده پیمانکار است و قلمرویی که به آنها اختیار داده می‌شود که نقض رخ داده را از طرف پیمانکار اصلاح نمایند؛^۴ مدت به تعویق افتادن حق فسخ دولت؛ قلمرو حقوق وام‌دهندگان در خصوص بازسازی پروژه؛ جایگزینی سهام‌داران؛ اصلاح قراردادهای پروژه و تغییر طرفین قرارداد؛ حق تصویب دولت در خصوص ورود شرکای جدید؛ شرایط توقف مداخله وام‌دهندگان و امکان توقف مداخله، وام‌دهندگان در صورتی که پرداختی در قبال قصوردارنده صورت بگیرد و قرارداد فسخ شود؛^۵ شرایط و فرایند جایگزینی و تعهدات وام‌دهندگان به حفظ ارائه خدمات در همان سطح استاندارد و همان شرایط مقرر در توافقنامه پروژه.^۶

۲.۴. آثار حق جایگزینی

آثار حق جایگزینی را می‌توان به ترتیب زیر و به اعتبار زمان اجرای حق صورت‌بندی کرد:
۱- قبل از اعمال حق جایگزینی که دارای آثاری از این قبیل است: لزوم مطلع شدن وام‌دهندگان

1. Allen & Overy, (2013) *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts Review of current European practice and guidance*, European PPP Expertise Centre March. pp49,51.
2. UNCITRAL. op. cit. p.149.
3. World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank .op. cit. p57.
4. *Standardization of PFI Contracts Version4*, HM Treasury. (March 2007). United Kingdom Treasury Infrastructure to 2030. p.246.
5. Christopher Clement-Davies Partner, Fulbrigssht&Jaworski. (2007) *Public-private partnerships in central and eastern Europe: structuring concession agreements* European Bank for Reconstruction and Development. p.46.
6. United Nations. New York, 2001 *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. p.149.

از قصور پیمانکار و ملحق شدن به مذاکرات بخش عمومی با پیمانکار، تضمین حقوق وام‌دهندگان، شناسایی حق جایگزین کردن خود یا شخص ثالث به جای شرکت پروژه برای وام‌دهندگان در صورت تخلف از شرایط قرارداد پایه، محدود شدن شرکت پروژه به عدم تغییر در شرایط قرارداد قبل از اعمال حق جایگزینی و تعلیق حق فسخ طرف عمومی به عدم اعمال حق جایگزینی؛ ۲- بعد از جایگزینی که دربردارنده آثاری است، مانند: استمرار قرارداد پایه در دوره جایگزینی، انجام تعهدات قراردادی وام‌گیرنده توسط شرکت جایگزین، مسئول بودن شرکت پروژه در قبال تعهدات معوقه خود و...؛ ۳- پس از تسویه مطالبات وام‌دهنده و بازپس دادن پروژه که در این برهه نیز آثاری مانند منقضی شدن حق جایگزینی، لزوم خروج شرکت جایگزین شده و تعیین تکلیف حقوق و مسئولیت‌های آن را دربردارد.^۱

۲.۵. ضمانت اجرای حق جایگزینی

به محض وقوع قصور از طرف شرکت پروژه،^۲ طرف قرارداد اظهارنامه‌ای برای وام‌دهندگان می‌فرستد، مبنی بر اینکه تمایل دارد توافقنامه را فسخ کند و پیرو آن شرکت پروژه و طرف مقابل، وارد دوره اصلاح می‌شوند که معمولاً ۴۵ روز برای قصور در پرداخت و ۹۰ روز برای سایر قصورها طول می‌کشد. طی این دوره دو طرف تصمیم می‌گیرند که چه اقداماتی برای کاهش آثار قصور مربوطه باید صورت بگیرد. اگر شرکت پروژه در طول این دوره موفق به اصلاح قصور در این دوره شود، طرف قرارداد آن را فسخ نخواهد کرد. هدف اصلی دوره اصلاح این است که به هر دو طرف، بدون دخالت وام‌دهندگان، فرصتی برای حل اختلاف فی مابین بدهد. اگر شرکت پروژه در طول این دوره نتواند قصور خود را اصلاح کند، این بار دوره اصلاح ۳۰ تا ۹۰ روزه‌ای به وام‌دهندگان داده می‌شود تا با ارزیابی شرایط، تصمیم بگیرند چه اقدامی باید انجام دهند. پس از این مدت، وام‌دهندگان یا تصمیم به اصلاح قصور می‌گیرند یا اینکه طبق توافق مالی حقوق و

1. E.R. Yescomb, (2014) *Principles of Project Finance*, second edition, Published by Elsevier Inc. pp.195-196.

۲. مصادیق قصور در قرارداد فیما بین مشخص می‌گردد و مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از: ورشکستگی، ناتوانی در برآوردن حداقل‌های مورد نیاز، عدم تکمیل پروژه در زمان مقرر و....

خسارات خود را مطالبه کنند.^۱ وام‌دهندگان حق مداخله وسیعی دارند و در دوره اصلاحی که فرصت اصلاح قصور به آنها داده می‌شود، اختیاراتی از جمله پیشنهاد شرکت جایگزین برای شرکت پروژه را دارند.^۲ البته پس از اقدام به جایگزینی، شرکت پروژه به‌طور تشریفاتی طرف قرارداد با بخش عمومی باقی می‌ماند و مداخله به عنوان راه‌حلی موقت برای پیدا کردن فرصت راه‌حل طولانی مدت در نظر گرفته می‌شود و با وجود این، مدت مشخص و محدودی دارد.^۳ حق مداخله وام‌دهندگان از زمانی مؤثر واقع می‌شود که خود یا نماینده‌شان امور پروژه را به دست بگیرند. از تاریخی که نماینده منصوب می‌شود، از طرف وام‌دهندگان حق دارد همه حقوق و اختیارات شرکت پروژه را طبق قرارداد پروژه اعمال کند. در چنین شرایطی همه فعل و ترک فعل‌های نماینده در خصوص طرف قرارداد با بخش خصوصی و اعمال حقوق شرکت پروژه با شرکت اخیر منتسب می‌شود؛ طوری که گویی نماینده شرکت پروژه است. اگر وام‌دهندگان یا نمایندگان آنها در اصلاح قصور و کوتاهی کنند، طرف قرارداد می‌تواند حق فسخ معوقه خود را به اجرا بگذارد.^۴

۳. مقایسه حق جایگزینی با نهادهای سنتی مشابه در حقوق مدنی

نزدیک‌ترین نهادهای حقوقی داخلی به نهاد جدید حق جایگزینی در قراردادهای تأمین مالی پروژه محور، تبدیل تعهد به معنای عام (که خود شامل تبدیل تعهد به معنای خاص، انتقال دین و ضمان است) عقد رهن و انتقال موقعیت قراردادی است که ذیلاً به مقایسه آنها می‌پردازیم.

1. M. Fouzul Kabir Khan Robert J. Parra, Using (2003) *Financing Large Projects, Project Finance Techniques and Practices*, Published in by Prentice Hall, p.521.

2. Alfen, Hans Wilhelm et al. *Public-Private Partnership in infrastructure development: Case studies from Asia and Europe*. p.123.

3. E. R. Yescombe (2007) *Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance*, Published by Elsevier Ltd, Pp. 277-278.

4. M. Fouzul Kabir Khan .op.cit.p522.

۳.۱. تبدیل تعهد به معنای خاص

تبدیل تعهد به معنای خاص، شیوه‌ای از سقوط تعهدات است.^۱ تبدیل تعهد عبارت است از جایگزین ساختن تعهدی به جای تعهد دیگر؛ به این ترتیب که تعهد پیشین نابود می‌شود و تعهد جدیدی به جای آن به وجود می‌آید؛ هرچند موضوع جدید با موضوع سابق مشابه باشد.^۲ اصطلاح و ساختار حقوقی تبدیل تعهد، میراثی از حقوق روم است که در نظام حقوقی بسیاری از کشورها به یادگار مانده است. در دورانی که تعهد، رابطه حقوقی بین دو شخص (طلبکار و بدهکار) تلقی می‌شد و قابل انتقال به دیگران نبود، هرگاه به تغییر یا انتقال تعهد نیازی احساس می‌شد، دو طرف همراه با سایر اشخاص ذی‌نفع ناچار بودند که تعهد را اسقاط کنند و تعهد دلخواه را به جای آن قرار دهند. البته در حال حاضر، اغلب کشورها یا خود را از قید آن رها ساخته و عنوان تبدیل تعهد را نیز ترک گفته و انتقال طلب و دین را به جای آن قرار داده‌اند یا به آن توجهی در خور ندارند.^۳ این نهاد از طریق حقوق فرانسه وارد حقوق مدنی ایران و در مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی تدوین شده است. پیرامون ماهیت موضوع بندهای سه‌گانه ماده ۲۹۲ اختلاف نظر جدی وجود دارد؛ برخی از علمای حقوق معتقدند در بند (۲) و (۳) ماده ۲۹۲ تعریف ضمان و انتقال طلب جانشین تبدیل تعهد سنتی شده است^۴ و حتی برخی آن را به اشتباه در ترجمه تعبیر کرده‌اند.^۵ در زبان حقوقی ما، تبدیل تعهد اعم است از انتقال دین بدون رضایت مدیون با سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد تازه با رضای مدیون.^۶ در بحث حق جایگزینی دیدیم که نه فقط تعهد سابق از بین نمی‌رود، بلکه هدف اصلی، حفظ و اجرای آن تعهد است و متعهد سابق نیز فقط تعهداتش معلق می‌شود و امکان بازگشت وی وجود دارد؛ لذا از مقایسه حق جایگزینی با نهاد تبدیل تعهد به معنی خاص (سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید) در می‌یابیم نمی‌توان این دو

۱. صفایی، سیدحسین، ۱۳۸۵، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد ۲، قواعد عمومی قراردادها، ص ۲۹۸.

۲. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، جلد ۵ (سقوط تعهدات)، انتشارات مجد، ۱۳۹۳، ص ۱۴۶؛ کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص ۳۰۸.

۳. همان صص ۲۹۸، ۲۹۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر میزان، ۱۳۸۵، ذیل ماده ۲۹۲.

۵. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی ۱*، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۴۰، ص ۳۳۸.

۶. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص ۳۱۹.

را با هم تطابق داد؛ چراکه در حق جایگزینی از بین رفتن تعهد سابق به معنای انحلال کامل قرارداد تأمین خدمات و تبدیل آن به تعهد دیگری است که نظم عمومی و اصل تعطیل ناپذیری خدمات عمومی، اساساً چنین اجازه‌ای نمی‌دهد؛ به عبارت منطقی رابطه آنها تبیین است.

۳.۲. حق جایگزینی و تبدیل دائن و تبدیل مدیون

ماده ۲۹۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: ۱- وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود، به سببی از اسباب، تراضی نمایند؛ در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود. ۲- وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید. ۳- وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.» به نظر می‌رسد قانون‌نویسان قانون مدنی به شیوه‌ای ماهرانه، مفهومی عام‌تر برای تبدیل تعهد در نظر گرفته‌اند و آن را بر انتقال دین و طلب که اساساً با تبدیل تعهد به معنای خاص آن متفاوت هستند، تسری داده و مفهومی نو از آن ارائه داده‌اند که در این قسمت اختصاراً به آن پرداخته می‌شود. در اینجا به مقایسه حق جایگزینی شخص ثالث یا وام‌دهنده به جای وام‌گیرنده با بند (۲) و (۳) ماده ۲۹۲، یعنی تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون و دائن، می‌پردازیم.

۳.۲.۱. مقایسه حق جایگزینی با تبدیل تعهد از طریق متعهد، انتقال دین و ضمان

مطابق بند (۲) ماده ۲۹۲ ق.م. یکی از موارد تبدیل تعهد، تبدیل از طریق متعهد است. در این وضعیت، تعهد متعهد اصلی از بین می‌رود و ذمه او در برابر متعهدله آزاد می‌شود و به جای آن تعهد مشابه دیگری بر عهده متعهد جدید استقرار پیدا می‌کند. در این تحول، رضایت متعهدله نیاز است؛ چراکه بدون رضایت صاحب حق، ارکان حق را نمی‌توان تغییر داد.^۱ البته بیان این بند بیشتر با انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه متعهد جدید سازگار است تا تبدیل تعهد به معنای اسقاط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید.^۲ با وجود اینکه در تبدیل تعهد، تعهد به‌طور کامل از بین

۱. شهیدی، پیشین، صص ۱۴۹-۱۴۸.

۲. همان، ص ۱۵۰ و صفایی، پیشین، ص ۲۵۸.

می‌رود و تعهد جدیدی جایگزین آن می‌شود، در انتقال دین، تعهد سابق زائل نمی‌شود.^۱ همچنین گفته شده است که بند (۲) ماده ۲۹۲ منطبق با تعریف ضمان است؛ لذا عقد ضمان از مصادیق تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون است.^۲ باین حال، باید توجه داشت که انعقاد ضمان، تابع صورت انتقال دین نیست و آثار آن نیز با نقل دین تفاوت دارد. در عقد ضمان، از همه آثار انتقال دین سنتی پیروی نشده است؛ از جمله در انتقال دین، تعهد با تمام توابع و تضمین‌های آن بر عهده ثالث قرار می‌گیرد، درحالی که ضمان سبب انتقال اصل دین است و تضمینات دین مطابق بند (۲) ماده ۲۹۲ و ماده ۲۹۳ ق.م.ز بین می‌رود.^۳ یکی از مواردی که سبب می‌شود در انطباق انتقال دین بر حق جایگزینی تردید کنیم، قلمرو ماده ۲۹۳ ق.م.ز است. درباره شمول حکم ماده ۲۹۳ بر انتقال دین و طلب اختلاف نظر وجود دارد. برخی صاحب نظران از ظاهر بند (۲) و (۳) ماده ۲۹۳ ق.م.ز که انتقال دین و طلب را نوعی تبدیل تعهد دانسته است، دست برداشته و ماده ۲۹۳ ق.م.ز را در انتقال تعهد نیز قابل اجرا دانسته‌اند و اعتقاد دارند باید نظری را برگزید که با ظاهر قانون مدنی سازگار باشد و بیهوده از قلمرو ماده ۲۹۳ نکاهد.^۴ برخی دیگر از علما اعتقاد دارند حکم ویژه تبدیل تعهد به معنی خاص است؛ یعنی فرضی که در آن تعهد پیشین ساقط شود و دین جدیدی جای آن قرار گیرد. در انتقال طلب و دین چون تعهد همان گونه که هست تغییر محل می‌دهد، توابع و امتیازهای آن باقی می‌مانند. برای مثال اگر ملک مدیون وثیقه بدهی او باشد، پس از وقوع ضمان (نقل دین) وثیقه باقی می‌ماند. لذا قائل به عدم سقوط تضمینات تعهد سابق و عدم شمول ماده ۲۹۳ نسبت به این مواردند. حقوق دانان و رویه قضایی فرانسه نیز همین نظر را پذیرفته‌اند که با اصول حقوقی سازگاری بیشتری دارد.^۵ با این تحلیل، چنانچه معتقد به نظریه شمول ماده ۲۹۳ بر انتقال دین باشیم، حق جایگزینی با انتقال دین به معنای آنچه در بند (۲) ماده ۲۹۳ آمده است و نیز عقد ضمان، سازگاری ندارد؛ چراکه می‌دانیم مطابق ماده ۲۹۳ ق.م.ز تضمینات سابق از بین می‌روند و این امر با تعطیل ناپذیری خدمات عمومی سازگار نیست. از

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۸ و صفایی، پیشین، ص ۲۵۸ و شهیدی، پیشین، صص ۱۵۰ و ۲۵۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر میزان، ذیل ماده ۲۹۲، ۱۳۸۵ و صفایی، پیشین، ص ۲۵۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص ۲۸۲.

۴. همان، صص ۳۲۶-۳۲۷.

۵. صفایی، پیشین، ص ۲۶۱.

سوی دیگر و در بحث اعمال حق جایگزینی، نه فقط تضامین از بین نمی‌روند، بلکه به عنوان اهرم فشاری برای اجرای بهتر تعهد باید باقی بمانند و چه بسا خود متعهد سابق در کنار متعهد جدید موظف به انجام تعهد و وثایق او تضمین انجام کار باشند. مطابق ماده ۶۹۸ ق.م. بعد از تحقق ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود، ولی در قراردادهای تأمین مالی پروژه محور با وجود جایگزین در این قراردادها ذمه مدیون اصلی همچنان مشغول می‌ماند. علاوه بر این، با تحقق عقد ضمان، تضمین تعهد از بین می‌رود، لذا می‌توان گفت رابطه حق جایگزینی و بند (۲) ماده ۲۹۳ ق.م. نیز تباین است. البته راه‌حلی که برای گریز از محدودیت ماده ۲۹۳ به نظر می‌رسد، تراضی بر بقای توابع و تضمین‌هاست. برای شناخت اثر تراضی بر بقای توابع و تضمین‌ها باید دانست با توجه به ماده ۲۹۳، در تبدیل تعهد فرض این است که دو طرف بر انحلال توابع و پیراستن دین نظر دارند، مگر اینکه خلاف آن را به صراحت بیان کنند.^۱

۳.۲.۲. حق جایگزینی و تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهدله (انتقال طلب)

در نظام تأمین مالی پروژه محور، وام‌دهندگان برای بازپرداخت اصل و سود متعلق به آن صرفاً به جریان درآمدی پروژه نظر دارند و آنچه برایشان اهمیت دارد، این است که درآمد شرکت پروژه بر اساس قراردادهای پروژه به میزان معینی تضمین شده باشد. اگر طرح از جمله صنایع مادر و دولتی باشد، دولت میزبان خرید محصول را تا پایان دوره تضمین می‌کند، مانند نیروگاه خصوصی که دولت خرید محصول آن را تضمین می‌کند و چنانچه طرح ناظر به خدمات زیرساختی، مانند جاده عوارضی، باشد که عموم استفاده‌کنندگان از خدمت آن را به مجری طرح می‌پردازند، دولت نیز طی تعهد جداگانه‌ای بازگشت سرمایه را تا حد معینی تضمین می‌کند.^۲ در همین راستا نشریه شماره ۴۶۹ در راهنمایی انعقاد قرارداد BOT مقرر می‌دارد: «سرمایه‌پذیر» باید مقدمات و آمادگی لازم را برای دریافت محصول پروژه و پرداخت بهای آن محصول فراهم کند. در صورت عدم توانایی دریافت محصول پروژه، سرمایه‌پذیر مکلف خواهد بود بدون دریافت محصول پروژه، نسبت به پرداخت بهای آمادگی شرکت برای تولید محصول پروژه (بهای ظرفیت)، اقدام نماید.»

۱. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، نشر میزان، ۱۳۸۵، چاپ سوم، صص ۳۲۸-۳۲۹.

۲. غمامی، پیشین، صص ۲۳۴-۲۳۵.

لذا بسته به مقتضیات پروژه، گاهی ممکن است بخش عمومی، خرید حداقلی از محصول و ظرفیت را تضمین کند، مانند مواردی که سرمایه‌گذار به‌طور مستقیم با مردم سروکار ندارد، از جمله تأمین مالی پالایشگاه یا نیروگاه که در این صورت خرید حداقلی از محصول را تضمین می‌کند و حتی گاهی که سرمایه‌گذار با عموم مردم سروکار دارد؛ در این صورت نیز به نوعی بدهکار و متعهد در قبال سرمایه‌گذار می‌شود و موظف است بهای ظرفیت را بپردازد. حال در صورتی که به‌واسطه جایگزینی، وام‌دهنده (بانک) به قرارداد ورود کند، جایگزین، طلبکار می‌شود و این انتقال با بحث انتقال طلب قابل مقایسه است. در بحث انتقال طلب نیز در بند (۳) ماده ۲۹۲ ق.م.آ.م.ه است: «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: ... ۳- وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.» در این بند به رضای مدیون اشاره‌ای نشده است؛ چراکه در حقوق ما، طلب را در زمره حقوق مالی می‌آورند و آن را چهره‌ای ضعیف‌تر از مالکیت می‌دانند و مالک می‌تواند آزادانه در آن تصرف کند. البته در منشأ آن که حقوق رومی است، رضای متعهد نیز برای تغییر متعهدله لازم بود؛ زیرا او می‌بایست در برابر طلبکار جدید ملتزم شود تا از ذمه‌ای که به طلبکار اصلی دارد، فراغت یابد.^۱ البته باید دانست در این بند نیز تبدیل تعهد با انتقال طلب اشتباه شده است؛ چراکه در تبدیل تعهد، تعهد سابق اساساً از بین می‌رود و به جای آن تعهد جدیدی در برابر ثالث به‌وجود می‌آید و بدین سبب است که رضای مدیون لازم نیست. ولی اگر منظور تبدیل تعهد بود، چون مستلزم پیدایش تعهد جدید است، بدون اراده متعهد امکان‌پذیر نیست.^۲ با این توضیح مشخص می‌شود حق جایگزینی با نهاد تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهدله نیز سازگار نیست؛ چراکه از یک‌سو رضایت بدهکار (بخش عمومی - off taker) در قرارداد مستقیم ضروری است و از سوی دیگر در تبدیل تعهد لازم است مافی‌الذمه سابق به‌طور کلی از بین برود و تعهد جدید جانشین آن شود؛ درحالی‌که در موضوع جایگزینی، تعهد سابق با همان کیفیت با رضایت متعهد از متعهدله سابق (شرکت پروژه) به متعهدله جدید (وام‌دهندگان یا جایگزین) منتقل می‌شود و از نکات مهم در این خصوص این است که برعکس تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهدله سابق، در اینجا رضایت ایشان لازم نیست و در واقع ممکن است بدون رضایت و هماهنگی با متعهدله (شرکت پروژه) تعهد بخش عمومی به پرداخت بهای

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۳۲۰

۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد ۵ (سقوط تعهدات)، انتشارات مجد، ۱۳۹۳، ص ۱۵۲-۱۵۳.

ظرفیت یا خرید حداقلی محصول به شخص دیگری انتقال یابد و از نسب اربعه مانند دو فرض گذشته، مشمول تباین است.

۳.۳. حق جایگزینی و انتقال موقعیت قراردادی

الف) تعریف: از موارد دیگری که ممکن است شخص ثالث قائم‌مقام طرف عقد واقع شود، فرضی است که یکی از دو طرف، حقوق و تعهدات قراردادی خود را به دیگری انتقال می‌دهد و او را در این رابطه، قائم‌مقام خود می‌کند؛ به طوری که جانشین از تمام ویژگی‌های موقعیت قراردادی بهره‌مند باشد و همانند طرف عقد بتواند آن را فسخ کند و اجبار طرف را بخواهد.^۱ به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در قراردادهای تأمین مالی نیز انجام پروژه و کسب درآمد برای وام‌دهندگان مهم است و نه شخصیت خاص وام‌گیرندگان، در حال حاضر بهترین ابزار برای تأمین نظر وام‌دهندگان در قراردادهای تأمین مالی پروژه‌محور، استفاده از نهاد انتقال موقعیت قراردادی است که رابطه آن با حق جایگزینی عموم خصوص من وجه می‌باشد.

ب) آثار: انتقال موقعیت قراردادی دارای آثاری است، مانند قائم‌مقامی انتقال‌گیرنده؛ به این معنی که انتقال‌دهنده از رابطه حقوقی کنار می‌رود و انتقال‌گیرنده جانشین او می‌گردد و همانند او پایبند به حقوق و تعهدهای ناشی از عقد می‌شود.^۲ علاوه بر تمام حقوق موجود، حقوق آینده مانند حق فسخ یا حق جبران خسارت که بعد از انتقال ایجاد شده باشد و همین‌طور تعهدات آینده نیز منتقل می‌شوند و تعهدات انتقال‌دهنده و طرف اصلی نیز در برابر هم از بین می‌روند. انتقال تضمینات اثر دیگر آن است. برخلاف تبدیل تعهد، در انتقال قرارداد تعهدات عیناً به انتقال‌گیرنده منتقل می‌شود و عقد سابق ساقط نمی‌گردد، در برخی قوانین مانند ماده ۱۲ قانون کار بقای تضمینات قابل استفاده است و در صورت تردید در بقا یا سقوط، اقتضای اصل استصحاب بقای تضمینات است. اثر دیگر انتقال دفاعیات است؛ یعنی دفاعیاتی که انتقال‌دهنده در برابر طرف اصلی می‌توانست به آنها استناد کند، به انتقال‌گیرنده منتقل خواهد شد و طرف اصلی در مقابل انتقال‌گیرنده حق استناد به دفاعیاتی را خواهد داشت که در برابر انتقال‌دهنده می‌توانست به آنها استناد کند.^۳

۱. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳ (آثار قرارداد)، چاپ هشتم، ۱۳۹۲، صص ۲۵۸-۲۵۷.

۲. همان، ص ۲۷۱.

۳. مقدم، عیسی، *انتقال قرارداد*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، زمستان ۱۳۸۶، شماره ۴، صص ۲۴۰-۲۴۱.

نتیجه گیری

مقتضیات حقوقی و اقتصادی ایجاب می‌کند سرمایه‌گذاری در امور زیرساختی از طریق تأمین مالی توسط منابع بخش خصوصی صورت بگیرد. تأمین مالی روش‌های گوناگونی دارد و رایج‌ترین آن تأمین مالی پروژه‌محور است که در آن وام‌دهنده سرمایه خود را در اختیار سرمایه‌گذار قرار می‌دهد و عمده تکیه او بر جریان درآمدی پروژه است. در این شیوه، سرمایه‌گذاران برای گرفتن وام و محدود کردن مسئولیت و مصون کردن اموال خود، شرکت با مسئولیت محدودی با شخصیت حقوقی مستقل برای اخذ وام و هدف انحصاری انجام پروژه مورد نظر تشکیل می‌دهند که شرکت پروژه دارد. در تأمین مالی پروژه‌محور، این شرکت وام می‌گیرد و تضمین پرداخت وام، جریان درآمدی پروژه است، به همین سبب وام‌دهندگان نگران توقف، قصور، اهمال و فسخ این قراردادها و در پی اندیشیدن چاره‌ای هستند. رایج‌ترین شیوه برای کاهش این ریسک، نظارت بر شرکت و عنداللزوم ورود به اجرای عملیات آن است که حق جایگزینی نام دارد. این حق حاوی اختیار جایگزین کردن شرکت پروژه با یک جایگزین مناسب توسط وام‌دهندگان است که طی قرارداد مستقیم به صورت حقی منجز ولی مشروط به رخ دادن شرایط پیش‌بینی شده در قرارداد، به وام‌دهندگان داده می‌شود (وجود خود تعهد مشروط و معلق به هیچ امری نیست، منتها اجرای آثار منوط به تحقق شرایط قراردادی است). با وجود پیش‌بینی این حق در قوانین متفرقه، جایگاه آن در حقوق ایران مشخص نشده است. از نهادهای حقوقی مشابه با این حق، می‌توان به نهادهای تبدیل تعهد، انتقال دین، ضمان و انتقال موقعیت قراردادی اشاره کرد. با مقایسه این نهادها با نهاد مذکور دریافته‌ایم که آثار و ویژگی‌های تبدیل تعهد، به طور کلی ناقض اهداف حق جایگزینی است و با آن مطابقت ندارند؛ چراکه سبب اسقاط تعهد پیشین و تضامین آن می‌شود، درحالی که هدف این حق، حمایت از وام‌دهندگان است و اگر سبب از بین رفتن تضامین شود، نقض غرض خواهد بود. همین مشکل در خصوص ضمان و انتقال دین نیز وجود دارد. علاوه بر این، یکی از وجوه ممیزه حق جایگزینی که آن را از تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب متمایز می‌کند، موقتی بودن آن است. در صورت فراهم شدن شرایط اجرای حق، بانک به صورت موقت ورود^۱ می‌کند و بعد از خاتمه دوره جایگزینی باید خروج^۱

1. step in.

نماید. بر این اساس نیز جانشینی موقت بانک را نمی‌توان در قالب هیچ‌یک از چارچوب‌های سنتی قانون مدنی ریخت، به‌ویژه آن که در دوره جایگزینی ارتباط شرکت پروژه کاملاً قطع نمی‌شود. لیکن در وضعیت فعلی می‌توان با تغییراتی در عقد ضمان و توافقاتی در آن و استفاده از نهاد انتقال موقعیت قراردادی به قراردادهای سروسامان داد. ولی شایسته است ضوابط و استانداردهای حاکم بر این حق، مفصلاً در قوانین پیش‌بینی شوند.

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، جلد ۵ (سقوط تعهدات)، انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
۲. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی ۱*، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۴۰.
۳. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد ۲، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۵.
۴. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۵. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳ (آثار قرارداد)، چاپ هشتم، ۱۳۹۲.

مقاله

۷. توسلی جهرمی، منوچهر، *قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و انتقال (بی او تی)*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۱، شماره ۵۸.
۸. غمامی، مجید، *تأمین مالی پروژه‌های BOT*، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی دوره جدید، ۱۳۸۶، شماره ۱.
۹. مقدم، عیسی، *انتقال قرارداد*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۶.
۱۰. سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، معاونت نظارت راهبردی امور نظارت بودجه سرمایه‌ای، راهنمای کاربرد موافقت نامه مشارکت عمومی خصوصی (چهارچوب موافقتنامه مشارکت عمومی خصوصی) طبق بخشنامه‌ای به شماره ۹۳/۱۷۲۸۰۴. پیشنهاد شماره ۲۹.

ب) منابع انگلیسی

Books

11. Alfen, Hans Wilhelm et al. *Public-Private Partnership in infrastructure development: Case studies from Asia and Europe*.
12. Allen & Overy *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts Review of current European practice and guidance*, European PPP Expertise Centre March. ,(2013).
13. Christopher Clement-Davies Partner, Fulbrigssht&Jaworski. *Public-private partnerships in central and eastern Europe: structuring concession agreements* European Bank for Reconstruction and Development(.2007).

14. Darrin Grimsey and Mervyn K. Lewis. *Public Private Partnerships the Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Edward Elgar Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA.(2004).E. R. Yescombe *Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance*, Published by Elsevier Ltd, (2007).
15. E.R. Yescomb, *Principles of Project Finance*, second edition, Published by Elsevier Inc.(2014).
16. European Bank for Reconstruction and Development Law in transition *Public-private partnerships, Legal reform in Russia*.(2007).
17. International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0*. (2014).
18. Jeffrey Delmon. *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers*, Cambridge University Press.(2011).
19. JOHN D. FINNERTY *Project Financing Asset-Based Financial Engineering Second Edition*. Published by John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey. Published simultaneously in Canada. (2007).
20. Laura Turley and Abby Sample *the International Institute for Sustainable Development, Financing Sustainable Public-Private Partnerships*.(2013).
21. M. Fouzul Kabir Khan Robert J. Parra, *Using Financing Large Projects, Project Finance Techniques and Practices*, Published in by Prentice Hall. (2003)
22. Neil Cuthbert, Middle East region Denton's, *A Guide to Project Finance*.(2013).
23. International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank,*Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0* (2014).
24. ROD Morrison, *The Principles of Project Finance*. Gower Publishing Company.uk. (2012).
25. HM Treasury. United Kingdom Treasury Infrastructure to 2030. *Standardization of PFI Contracts Version4* (March 2007).
26. Stefano Gatti, *Project Finance in Theory and Practice*, Academic Press is an imprint of Elsevier, (2013).
27. *UNCITRAL legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law United Nations New York.(2001).
28. United Nations Economic Commission for Europe, *GUIDEBOOK ON PROMOTING GOOD GOVERNANCE IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS*, New York and Geneva(2008).

29. United Nations. New York UNCITRAL *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. (2001).
30. Willie Tan. *Principles of Project and Infrastructure Finance*, published by Taylor & Francis.(2007).
31. World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank *Reference Guide Public-Private Partnerships Version 2.0*, International Bank for Reconstruction and Development.(2014).

articles

32. DLA Piper, European PPP Expertise Center, “European PPP Report” (2009).
33. Esty, Benjamin. C. “The Economic Motivation for Using Project Finance”, Boston, Ma. Harvard Business School. (2003).
34. Murat Madykov, ”Step-in Right as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions”, 13DePaul Bus. & Com. L.J.273 . (2015).