

مشارکت عمومی خصوصی در حقوق ایران؛ چالش‌ها و بایسته‌ها

محمدرضا ویژه*

پرویز رحمتی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۶/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۲۸

چکیده

کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه، به منظور افزایش رفاه اجتماعی و توسعه زیر ساخت‌های خود از مکانیزم کارآمد مشارکت عمومی خصوصی استفاده می‌نمایند. عملیاتی کردن مشارکت عمومی خصوصی، نیازمند بسترهای قانونی مناسب است. بنابراین باید به دو سؤال مهم و بنیادین پاسخ داده شود: وضعیت حقوقی ایران نسبت به مشارکت عمومی خصوصی تا چه اندازه‌ای است؟ اصول قانون مناسب حاکم بر مقررات‌گذاری مشارکت عمومی خصوصی کدامند؟ آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد این است که در تمام قوانین بعد از انقلاب، در مقاطعی این موضوع کلاً یا به صورت جزئی لحاظ شده است که نمی‌تواند کافی باشد؛ به‌علاوه می‌توان گفت صرف وجود یک قانون خاص نیز کافی نبوده و کارآمدی قانون در گرو اصولی مانند انصاف، شفافیت، ثبات، قابلیت پیش‌بینی، چهارچوب حقوقی مستحکم و سیاست روشن برای بخش خصوصی می‌باشد. مطالعه وضعیت حقوقی ایران نسبت به مشارکت عمومی خصوصی و اصول حاکم بر مشارکت عمومی خصوصی به این نتیجه منتهی گردید که پس از انقلاب در مقطعی، به طور کلی یا جزئی، به این موضوع توجه گردیده که کافی نبوده و نمی‌توان به بند «ب»

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی (ره).

mrezavijeh@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی (ره).

Rahmati1367@gmail.com

ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم اکتفا نمود؛ به علاوه کارآمدی قانون نیز منوط به رعایت اصولی است که در بالا به آنها اشاره گردید.

کلید واژگان

مشارکت عمومی خصوصی، توسعه زیرساخت‌ها، بخش عمومی، بخش خصوصی.



مقدمه

یکی از پیش‌نیازهای اساسی رشد اقتصادی انباشت سرمایه از طریق منابع داخلی و خارجی است؛ رونق و توسعه سرمایه‌گذاری زمینه بهبود سطح زندگی افراد را فراهم می‌نماید. دولت‌های کشورهای مختلف دنیا مخصوصاً در کشورهای در حال توسعه به شکل‌دهی نوعی مشارکت در زمینه تأمین مالی، طراحی، ساخت، مالکیت و عملیات پروژه‌های زیرساختی پرداخته‌اند. این موضوع به یکی از چالش‌های اساسی فراروی ذی‌نفعان بخش عمومی و خصوصی تبدیل شده است.^۱ در این میان ظهور مشارکت عمومی خصوصی،^۲ به‌عنوان روش‌شناسی نوین در حوزه تأمین مالی و راهکاری بنیادین در زمینه توسعه زیرساخت‌های کشورها یا استفاده از تخصص بخش خصوصی بشمار می‌رود؛ فی‌الواقع مشارکت عمومی خصوصی دایر مدار زیرساخت‌ها و خدمات عمومی است. ابتدا به ساکن مشارکت عمومی خصوصی را تعریف می‌کنیم، مشارکت عمومی خصوصی عبارت است از قراردادهای الزام‌آور حقوقی که فی مابین دولت و بخش خصوصی برای فراهم آوردن نیازهای پروژه‌ها (سرمایه، تخصص و...) و تخصیص ریسک‌های پروژه به طرف مقابل به منظور فراهم آوردن زیرساخت‌های عمومی که به‌طور سنتی توسط بخش دولتی ارائه می‌شده است، تنظیم می‌شوند. به عبارت دیگر مشارکت عمومی خصوصی مشخص‌کننده آن است که هم بخش دولتی و هم بخش خصوصی دارای مزیت‌هایی هستند که هر بخش به فراخور موضوع می‌تواند از مزیت‌های بخش دیگر استفاده کند، ارائه خدمات و ایجاد زیرساخت‌های دولتی را می‌توان با دادن فرصت به بخش خصوصی برای انجام دادن آنچه که در آن توانایی دارد، از لحاظ اقتصادی بهینه‌سازی کرد.

برای تبیین ضرورت مشارکت عمومی خصوصی باید به دهه ۱۹۷۰ میلادی برگردیم جایی که بسیاری از کشورها با مشکل بدهی بالا در بخش عمومی روبه‌رو بودند و از طرفی نیاز برای گسترش زیرساخت‌ها و تأسیسات زیر بنایی بیشتر احساس می‌شد دولت‌ها به فکر تشویق بخش

۱. هییتی، فرشاد و احمدی، موسی؛ «مدیریت ریسک در مشارکت‌های عمومی خصوصی پروژه‌های زیرساختی»، (مجموعه مقالات دومین کنفرانس بین‌المللی توسعه نظام تأمین مالی در ایران، تهران، ۱۲-۱۳۸۸/۱۲/۱۰).

2. Public – private partnership (ppp). P. 3.

خصوصی که معمولاً در ایجاد زیرساخت‌ها دخالتی ندارند افتادند.^۱ در واقع به واسطه مشارکت‌ها فرصتی فراهم خواهد آمد تا بهبود ارائه خدمات با باز گذاشتن اختیارات هر دو طرف مشارکت جهت انجام آن کاری که بهتر می‌دانند ممکن شود. وظیفه اصلی دولت تنظیم سیاست‌های تجاری و ارائه آن به جامعه و بهترین موقعیت برای بخش دولتی است؛ زیرا بخش خصوصی مسئولیت‌های غیر مرکزی مانند اجرا و نگهداری پروژه را به‌دست می‌گیرد. به واسطه استفاده از ویژگی‌ها و نوآوری‌های بخش خصوصی، تجربیات و انعطاف‌پذیر بودن این بخش مشارکت‌های عمومی و خصوصی می‌تواند بهره‌برداری بیشتری نسبت به روش‌های سنتی داشته باشد، بودجه‌ای خرج نشده و در سایر بخش‌های مورد نیاز صرف می‌شود.

مشارکت‌های عمومی خصوصی امکان کاهش هزینه‌های کلان دولت را فراهم ساخته و پلی می‌شوند تا شکاف بین نیازهای زیرساختی حوزه مورد نظر و ظرفیت بودجه‌ای آن حوزه برطرف شود به نحوی که سرمایه‌گذاری در بیمارستان‌ها، مدارس، بزرگراه‌ها و دیگر بخش‌های منطقه‌ای که به‌طور سنتی توسط بودجه بخش پرداخت می‌شد و دیونی بالغ بر بودجه بر آن بخش تحمیل می‌نمود دیگر در مشارکت عمومی خصوصی رخ ندهد.

در این مقاله به دنبال پاسخ‌گویی به پرسش‌های ذیل هستیم؛ وضعیت حقوقی کنونی ایران نسبت به مشارکت عمومی خصوصی تا چه اندازه‌ای است؟ اصول قانون مناسب حاکم بر مقررات گذاری مشارکت عمومی خصوصی چیست؟ فرضیه ما برای پاسخ پرسش اول این است که در تمام قوانین بعد از انقلاب به‌صورت کلی و گاه جزئی و مقطعی به این مهم پرداخته شده که کافی نمی‌باشد، متعاقباً در خصوص پرسش دوم باید بیان داشت صرف وجود یک قانون خاص کافی نبوده و قانون با بهره‌گیری از اصولی همچون انصاف، شفافیت، ثبات و قابلیت پیش‌بینی، چهارچوب حقوقی مستحکم و سیاست روشن برای بخش خصوصی باید کارآمد باشد. بر این اساس تحت دو عنوان اصلی؛ وضعیت حقوقی ایران نسبت به مشارکت عمومی خصوصی و اصول حاکم بر مشارکت عمومی خصوصی به بررسی فرضیه‌ها می‌پردازیم.

1. Grmsey, Darrin. and Mervyn k Lewis, "Evaluating the risks of public private partnership for infrastructure project" International journal of project management, 20 (2002): 107-18.

۱. وضعیت حقوقی ایران نسبت به مشارکت عمومی خصوصی

در این قسمت، ابتدا به زیرساخت‌ها و خدمات عمومی به‌عنوان موضوع اصلی و بنیادین مشارکت عمومی خصوصی پرداخته و متعاقباً به اصل پذیرش مشارکت عمومی خصوصی در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم و نهایتاً کاستی‌های پیرامون مشارکت عمومی خصوصی را بیان می‌کنیم.

الف) زیرساخت‌ها و خدمات عمومی

محدوده پروژه‌های مشارکت عمومی- خصوصی زیرساخت‌ها و خدمات عمومی است و زیرساخت‌ها که هر دو در جامعه‌ای مدرن نقش مهمی ایفا می‌نمایند. هر روز از جاده‌ها استفاده می‌کنیم، کودکانمان در مدارس و دانشگاه‌ها حاضر می‌شوند و به بیمارستان‌ها و مراکز درمانی که از طریق دارایی عمومی و دولتی تأمین مالی می‌شوند وابسته هستیم. اما، خدمات و زیرساخت‌های عمومی متناقض‌نما هستند. از سویی، هر دو برای زندگی روزانه ما ضروری هستند و برای توسعه بلندمدت کشورها اساسی و بنیادین محسوب می‌شوند. از سوی دیگر، موضوعات در باب تأمین مالی و اجرا و بهره‌برداری این خدمات و زیرساخت‌ها باعث انگیزش بخش عمومی نمی‌شود و دیدن بهره عینی در چنین موضوعاتی نادر است. به این خاطر است که پیشنهاد می‌شود از منابع مالی بخش خصوصی برای این خدمات و زیرساخت عمومی استفاده شود و این مهم از طریق مشارکت عمومی- خصوصی به خوبی محقق می‌شود.^۱

در راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال اصطلاح زیرساخت‌های عمومی در کنار خدمات عمومی قرار گرفته و چنین تعریف شده است: «زیرساخت‌های عمومی به امکانات و تأسیسات فیزیکی اشاره دارد که خدمات عمومی ضروری را برای عموم مردم فراهم می‌کند».^۲ تعاریف دیگری هم وجود دارد که در عباراتی کوتاه زیرساخت را تعریف کرده‌اند؛ مثلاً: در برخی تعاریف زیرساخت این‌گونه تعریف شده: «خدمات اساسی و بنیادین برای صنعت و امور خانگی»،^۳ «ورودی‌های کلیدی برای

1. Graeme, Hodye, Greve Carsten, *The Challenge of Public-Private Partnerships : Learning from International Experience*, London: Edward Elgar Publishing, 2005, (12).

2. UNCITRAL Legislative Guide On Privately Financed Infrastructure Projects, Prepared by The United Nation Commission on International Trade Law, United Nation Publication 2001,P3.

3. Sami Kärnä, Juha-Matti Junnonen, Ari-Pekka Manninen & Päivi Julin, "Exploring project participants' satisfaction in the infrastructure projects", *Engineering Project Organization Journal*, 3(2013): 186-197, accessed 20 Aug 2013, doi:10.1080/21573727.2013.823083.

اقتصاد» با این حال، آنچه بنیادین، کلیدی و ضروری محسوب می‌شود این نکته است که آنچه به‌عنوان زیرساخت محسوب می‌گردد از کشوری به کشور دیگر و از زمانی به زمان دیگر متفاوت است. برای مثال، تولید فولاد به‌عنوان یکی از زیرساخت‌های ضروری برای بسیاری از کشورها لحاظ می‌شود. در گذشته، در انگلستان زغال سنگ، آهن و فولاد به‌عنوان اجزای تشکیل دهنده قدرت اقتصادی بودند که اقتصاد را جلو می‌بردند؛ اما در شرایط امروز تعداد کمی از آنها در این توصیف می‌گنجد. به بیان دیگر، زیرساخت‌های عمومی را به‌عنوان امکانات و تأسیساتی که هر روزه برای بخش‌های اقتصادی و اجتماعی لازم است، می‌توان تعریف نمود. بنابراین، این زیرساخت‌ها خود هدف نیستند بلکه وسیله تقویت فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی ملی بوده و تأسیسات تقویتی پشتیبانی برای این فعالیت‌ها را شامل می‌شوند.

امروزه شبکه زیرساخت بسیار گسترده است، دسته‌بندی رایج به این گونه است که بین زیرساخت اقتصادی و اجتماعی تفاوت قائل می‌شوند؛ به‌علاوه هریک از زیرساخت‌های اقتصادی و اجتماعی را به زیرساخت سخت (فیزیکی) و زیرساخت نرم تقسیم می‌کنند. بر این اساس چهار مجموعه به وجود می‌آید:

زیرساخت‌ها	سخت	نرم
اقتصادی	جاده‌ها، بزرگراه‌ها، پل‌ها، ریل‌ها، فرودگاه‌ها، ارتباطات از راه دور، نیروگاه‌ها	آموزش‌های حرفه‌ای، مؤسسات مالی، انتقال فناوری، کمک‌های صادرات
اجتماعی	بیمارستان‌ها، مدارس، مسکن، شبکه جمع‌آوری فاضلاب، تأمین آب، زندان و خانه سالمندان	امنیت اجتماعی، خدمات اجتماعی، آژانس‌های حفاظت از محیط زیست

زیرساخت‌های اقتصادی برای ارائه خدمات کلیدی در جهت کسب و کار و صنعت در نظر گرفته شده و عملکرد اصلی آن به منظور ارتقای بهره‌وری و طرح‌های نوآورانه است. تأسیسات یا امکانات اقتصادی سخت شامل جاده‌ها، بزرگراه‌ها، پل‌ها، بنادر، ریل‌ها، فرودگاه‌ها، حمل و نقل عمومی، ارتباطات از راه دور یا مخابرات، تولید گاز و برق، انتقال و توزیع آن است.

زیرساخت اقتصادی نرم شامل آموزش‌های حرفه‌ای، امکانات مالی برای کسب و کار (پرداخت‌ها، اعتبار، سهام، سرمایه‌گذاری و غیره) تسهیلات طراحی و نوسازی و سازمان‌هایی که تمایل و گرایش به سمت صادرات و همکاری سازنده میان افراد و اشخاص را تشویق می‌کنند. زیرساخت اجتماعی به‌عنوان ارائه خدمات اساسی به خانواده‌ها فهمیده می‌شود، نقش اصلی آن بهبود کیفیت زندگی و رفاه در جامعه به‌ویژه در میان کسانی است که به منابع محدودی دسترسی دارند. تأسیسات زیرساختی اجتماعی سخت شامل بیمارستان‌ها، ساختمان‌های آموزش و پرورش، مخزن آب، امکانات درمانی، مسکن، لوله‌کشی فاضلاب و آب، مراقبت از کودکان و مؤسسات مراقبت از سالمندان و زندان است که برخی از اینها به وسیله بخش خصوصی فراهم می‌شود. (به‌عنوان مثال مدارس و بیمارستان‌های خصوصی)

زیرساخت‌های اجتماعی نرم از سیستم تأمین اجتماعی، طیف وسیعی از خدمات اجتماعی و سازمان‌های حفاظت از محیط زیست شکل می‌گیرد.

به دلیل اهمیت این تقسیم‌بندی سازمان همکاری توسعه اقتصادی و اجتماعی در سال ۱۹۹۳ به این تقسیم‌بندی اشاره نموده و زیرساخت اقتصادی سخت مانند جاده‌ها، شبکه راه‌آهن، آبراهه‌ها، بنادر، فرودگاه‌ها، تأسیسات آب و انرژی ارتباطات از راه دور را در مقایسه با زیرساخت‌های دیگر مانند آموزش و بهداشت و سرمایه‌گذاری‌های نامحسوس به‌عنوان هسته زیرساخت‌های فیزیکی (سخت) لحاظ کرده است.

در حالی که تفاوت بین زیرساخت اقتصادی (نرم یا سخت) و زیرساخت اجتماعی (نرم یا سخت) از جهت نظم‌دهی ذهن برای طرح‌های زیرساخت می‌تواند مفید باشد ولی با یکدیگر هم‌پوشانی دارند، برخی از انواع زیرساخت‌های اجتماعی مانند آنهایی که مهارت‌ها، سلامت و بهره‌وری را تقویت می‌کنند و روحیه نیروی کار و کیفیت زندگی را بهبود می‌بخشند ممکن است همان قدر تأثیر بر بهره‌وری از صنعت داشته باشند که زیرساخت‌های اقتصادی تأثیر دارند. زیرساخت‌های اقتصادی مانند جاده‌ها و شبکه حمل و نقل می‌تواند بر کیفیت زندگی تأثیر داشته باشد حتی اگر

این هدف نباشد. به علاوه هر دو نوع زیرساخت هزینه‌های اولیه نسبتاً بالایی تحمیل می‌کنند، عمر نسبتاً طولانی دارند و به مدیریت و پرداخت در یک دوره طولانی مدت نیاز دارند.^۱ در نظام حقوقی ایران در هیچ‌یک از متون قانونی واژه زیرساخت تعریف نشده بلکه به‌جای آن از امور زیربنایی استفاده شده است؛ در ماده ۱۰ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌خوانیم: امور زیربنایی آن دسته از طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای است که موجب تقویت زیرساخت‌های اقتصادی و تولیدی کشور می‌گردد، از قبیل طرح‌های آب و خاک و شبکه‌های انرژی، ارتباطات و راه.

لازم به ذکر است طرح‌های تملک دارایی سرمایه‌ای در قوانین متعدد، از جمله پیوست‌های بودجه سالیانه و قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت یا قانون برنامه چهارم مورد اشاره قرار گرفته است؛ طبق ماده ۷۷ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، طرح تملک دارایی سرمایه‌ای به طرحی گفته می‌شود که منابع مورد نیاز اجرای آن از محل اعتبارات مربوط به تملک دارایی‌های سرمایه‌ای تأمین می‌شود. به عبارت ساده‌تر طرح‌های تملک دارایی سرمایه‌ای به آن دسته از طرح‌ها گفته می‌شود که در جهت ایجاد ظرفیت‌های جدید اقتصادی و اجتماعی یا در پی گسترش و توسعه این نوع طرح‌ها هستند.

با توجه به آنچه در ماده ۱۰ قانون مدیریت آمده و طرح‌های زیربنایی را به‌طور تمثیلی شامل طرح‌های آب، انرژی و خاک دانسته به نظر می‌رسد در ایران زیرساخت‌های اجتماعی به‌ویژه زیرساخت اجتماعی نرم مثل امنیت اجتماعی و خدمات اجتماعی مغفول مانده و لازم است به این امور هم به‌عنوان زیرساخت نگاه شود؛ زیرا اهمیتی کمتر از زیرساخت اقتصادی ندارند.

ب) اصل پذیرش مشارکت عمومی خصوصی

آنچه که مشخص است این می‌باشد که قوانین به‌صورت کلی، کلیت مشارکت را پذیرفته‌اند که ذیلاً به پالایش این قوانین می‌پردازیم، این قوانین یا قانون با عنوان خاص است بدون محدودیت

1. Grimsey, Darrin and Mervyn K Lewis, "Public Private Partnership: The World Wide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance", London: Edward Elgar Publishers, 2002, (22).

زمانی یا قوانین برنامه پنج ساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، که محدودیت زمانی دارند. بنابراین مبنای بررسی خود را بر حسب زمان تصویب قوانین مذکور می‌گذاریم:

برنامه اول توسعه در دوره (۱۳۶۸-۱۳۷۲) با انتخاب راهبرد و آزادسازی اقتصادی پیگیری شده است. پس از جنگ و با آرام شدن اوضاع کشور، دولت تهیه و تدوین سیاست‌های بازسازی اقتصادی جهت حضور فعال بخش خصوصی در اقتصاد کشور را در دستور کار قرار داد^۱ و بازسازی اقتصاد اعم از زیرساخت‌های تولیدی، اقتصادی و زیربنایی به دولت واگذار شده بود؛ در همین دوره نیز دولت با تزریق منابع مالی از طریق بودجه سالیانه، منابع خارجی و اوراق مشارکت داخلی تعداد زیادی از پروژه‌های زیربنایی در زمینه جاده، بزرگ راه، سدها و دانشگاه‌ها را به اجرا گذاشت. به علاوه در تبصره ۸ قانون برنامه اول راهکارهایی جهت مشارکت بخش خصوصی پیش‌بینی شده بود و بر جذب همکاری و مشارکت بیشتر بخش خصوصی در اجرای طرح‌های عمرانی دولتی تأکید گردیده بود.

در برنامه دوم توسعه اهداف کلان کیفی و آنچه خط‌مشی اساسی بوده در جهت ایجاد و تعادل در بخش‌های اقتصادی (دولتی، خصوصی و تعاونی) تأکید داشت از طریق:

۱. افزایش حمایت قانونی و ایجاد تسهیلات جهت مشارکت هر چه بیشتر مردم در فعالیت اقتصاد، و تأکید بر جذب سرمایه‌گذاری بخش خصوصی و تعاونی؛
۲. واگذاری بخش‌های از فعالیت‌هایی دولت که با مالکیت دولت منافاتی ندارد به بخش خصوصی و تعاونی با رعایت اصل ۴۴ قانون اساسی؛
۳. واگذاری شرکت دولتی به بخش خصوصی و تعاونی؛
۴. تلاش در جهت افزایش سهم بخش‌های خصوصی و تعاونی از تولید ناخالص داخلی؛

در همین راستا تبصره ۴۱ قانون برنامه دوم مقرر نمود به منظور جلب مشارکت بیشتر بخش خصوصی در امور عمومی و خدمات اجتماعی، تولید، اشتغال، تجارت، تحقیقات، نگهداری و بهره‌برداری از تأسیسات زیربنایی و عمومی، دولت موظف است با رعایت اصل ۴۴ قانون اساسی

۱. غمامی، مجید؛ «مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها در ایران بر اساس مبانی مذکور در قانون اساسی و قوانین عادی»، (مشارکت عمومی خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها. تهران، ۱۳۹۱/۸/۲۴-۷۴۱-۷۷۷).

و مصالح عمومی فعالیت‌های یاد شده را به بخش خصوصی واگذاری و برای فعال‌تر شدن این بخش تدابیری از قبیل اصلاح مقررات، ارائه تسهیلات بانکی، تکمیل سرمایه‌گذاری زیربنایی، توسعه، تسهیل ارتباطات و همچنین ترویج شکل‌ها و ساختارهای صنعتی، تحقیقاتی و پیمانکاری اتخاذ نماید.

آنچه مشخص است در این دوره‌ها (برنامه اول و دوم) به لحاظ عدم حضور نهادهای مورد نیاز، ساز و کار قانونی و عدم توانمندی بخش خصوصی، علی‌رغم نیاز شدید دولت به منافع غیر دولتی، پروژه‌های مشارکت عمومی خصوصی جایگاهی در ایران نداشته، فی‌الواقع مشکلات ساختاری گریبان‌گیر این دو برنامه بوده و اگر هم صحبت از بخش خصوصی در این برنامه‌ها شده صحبت از واگذاری مدنظر بوده که از مشارکت عمومی خصوصی متفاوت است.

در سال ۱۳۸۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت تصویب^۱ و در ماده ۸۸ آن مقرر گردید در اجرای وظایف اجتماعی دولت به‌ویژه تکالیف مذکور در اصل ۲۹ و ۳۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به منظور منطقی نمودن حجم، اندازه دولت، بهبود ارائه خدمات به مردم و جلب مشارکت بخش غیر دولتی، وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی که عهده‌دار خدمات اجتماعی، فرهنگی، خدماتی، رفاهی و ... می‌باشد، مجازند برای توسعه خدمات و کاهش حجم تصدی دولت بر اساس مقررات و ضوابط این ماده اقدام و ارائه خدمات موضوع این ماده توسط بخش غیر دولتی به سه روش خرید خدمات از بخش غیر دولتی، مشارکت با بخش غیر دولتی و واگذاری مدیریت بخش غیردولتی انجام می‌شود. همان‌طور که مشخص است در این ماده اصل مشارکت با بخش خصوصی مورد تأیید قانون‌گذار واقع و بر آن تأکید شده است؛ در این راستا در آیین‌نامه اجرایی^۲ ماده ۸۸ مشارکت با بخش غیر دولتی این‌گونه تعریف شده است: در اختیار قرار دادن مراکز و واحدهای خدماتی، اجتماعی، فرهنگی و رفاهی متعلق به بخش دولتی که توسط

۱. مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۴.

۲. در آیین‌نامه اجرایی ماده ۸۸ که هیئت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۸۱/۶/۲۴ بنا به پیشنهاد شماره ۱۰۱/۸۶۴۳۲ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۲ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور به تصویب رساند سه روش خرید خدمات از بخش غیر دولتی، مشارکت با بخش غیردولتی و واگذاری مدیریت بخش غیردولتی در ماده یک این آیین‌نامه در بخش اصطلاحات تعریف شده‌اند.

دستگاه دولتی در حال بهره‌برداری یا آماده بهره‌برداری و یا نیمه تمام به میزان سرمایه‌گذاری انجام شده که بستری را برای مشارکت بین بخش خصوصی و عمومی به وجود آورده است. قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی^۱ نیز در راستای رسالت جذب سرمایه‌گذاری بخش خصوصی خارجی در بند «ب» ماده ۳ ترتیبات قراردادی را معرفی نموده که در کلیه بخش‌ها در چهارچوب روش‌های " مشارکت مدنی"، "بیع متقابل" و "ساخت، بهره‌برداری، واگذاری" قابل انعقاد بوده که عمدتاً بر مبنای مشارکت طرفین بخش خصوصی و عمومی هستند.

ماده ۶ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۲ به دنبال قانون تشویق سرمایه‌گذاری خارجی، در اجرای طرح‌های زیربنایی و تولید از قبیل طرح‌های نیروگاهی، انتقال نیرو، پالایشگاه، تأمین و انتقال آب، فاضلاب، راه‌آهن، راه و آزاد راه، فرودگاه، بندر، ناوگان ریلی، و طرح‌های مخابراتی با اولویت سرمایه‌گذاری ایران به دولت اجازه تضمین قابل قبول داده شده که این بسط دادن قانون، تشویق است. زیرا، به موجب ماده ۳ قانون مذکور برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی می‌گردد که به تضمین دولت متکی نبود. این تضمین به واسطه جلب هرچه بیشتر بخش خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها است؛ زیرا، اگر بخش خصوصی به این جمع‌بندی برسد که سرمایه او تضمین می‌شود برای ورود به این پروژه‌ها انگیزه بیشتری خواهد داشت.

همچنین در ماده ۵۶ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخش از مقررات مالی دولت به منظور تسریع در عملیات اجرای طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای روش‌هایی برای مشارکت بخش خصوصی در طرح‌های عمرانی کشور لحاظ شده است.

در قانون برنامه سوم نیز بر مشارکت تأکید شده بود، به نحوی که در ماده ۱۲۸ به وزارت راه و ترابری نیز اجازه داده شده تا بخشی از فعالیت‌های مربوط به حمل و نقل بار، مسافر، تعمیر، نگهداری، بازسازی شبکه ناوگان حمل و نقل ریلی را به قصد مالکیت دولت بر خطوط ریلی و اعمال سیاست جامع و هماهنگ حمل و نقل کشور و جلوگیری از ایجاد انحصار در بخش خصوصی و تضمین استمرار ارائه خدمات، به بخش خصوصی واگذار کند.

۱. مصوب ۱۳۸۱.

۲. مصوب ۱۳۸۴.

برنامه چهارم توسعه دوره زمانی (۱۳۸۹-۱۳۸۴) را در بر می‌گیرد. این برنامه که اولین برنامه از سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود، از نظر احکام قانونی که در آن تعبیه گردیده گامی به جلو برای اجرای پروژه‌ها و واگذاری تصدی دولت به بخش خصوصی است. در این برنامه صراحتاً به تداوم برنامه خصوصی‌سازی و توانمندسازی بخش غیردولتی در توسعه کشور اشاره شده به نحوی که به دولت اجازه داده شده از همه روش‌های امکان‌پذیر، اعم از مقررات‌گذاری، واگذاری مدیریت (نظیر اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت) و مالکیت (نظیر اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام واگذاری اموال) تجزیه به منظور واگذاری، انحلال و ادغام شرکت‌ها استفاده شود.^۱ مهم‌ترین عامل در توسعه مشارکت با بخش خصوصی در تبصره ۱ ماده ۳۷ این قانون آمده است که بر اساس آن سازمان‌های توسعه‌ای که به سرمایه‌گذاری مشترک با بخش خصوصی مجاز شده‌اند، از رقابت با این بخش منع شده و موظف گردیده‌اند تا فعالیت‌های خود را صرفاً جهت تقویت سرمایه‌گذاری بخش خصوصی ساماندهی نماید، پیش‌بینی این موضوع صراحتاً بیانگر تغییر نگرش دیدگاه سنتی و تمایل این بخش به استفاده از امکانات بخش خصوصی است. ابلاغ سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران توسط مقام معظم رهبری که بر اساس آن ایران در افق چشم‌انداز ۱۴۰۴ کشور توسعه یافته با قدرت اول اقتصادی در منطقه توصیف شده است، ضرورت تدوین ساز و کارهای جدید از جمله تصویب قوانین نهاد ساز را اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. در همین راستا و به‌عنوان اولین گام در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۱ و هم‌زمان با تشریح برنامه چهارم، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی توسط رهبر معظم انقلاب ابلاغ شد. این سیاست‌ها که به تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در مجلس شورای اسلامی عملیاتی گردید به عنوان سکوی پرتابی برای توسعه خصوصی‌سازی و حضور تمام‌قد بخش غیردولتی در اقتصاد کشور به حساب می‌آید.

برنامه پنجم اولین برنامه‌ای است که دولت موظف شده به منظور افزایش کارآمدی و اثربخشی طرح‌های تملک‌داری‌های سرمایه‌ای با رعایت قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی اقدامات لازم را به اجرا درآورد در قانون برنامه پنجم نیز احکامی به‌صورت پراکنده

۱. ماده ۶ برنامه.

جهت مشارکت بخش غیردولتی در پروژه‌های زیربنایی مانند پروژه‌های تولید نیرو یا حمل و نقل درج شده است.

در این برنامه است که قانون‌گذار به صراحت از مشارکت عمومی خصوصی نام می‌برد زیرا، پیش از این صحبت از مشارکت به معنای عام بوده نه نهاد مشارکت عمومی خصوصی (PPP)، به گونه‌ای که در ماده ۲۱۴ بند «ب» قانون مذکور از جمله روش‌های اجرای مناسب "تأمین مالی، ساخت، بهره‌برداری و واگذاری"، "طراحی و ساخت کلید در دست"، "مشارکت بخش عمومی و خصوصی" یا "ساخت، بهره‌برداری و مالکیت" نام برده شده و دولت مکلف گردیده تضمین کافی پیش‌بینی نماید. متعاقباً در اجرای بند «ب» ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه به منظور استفاده از ظرفیت‌های بخش غیردولتی در قانون بودجه سال ۹۲ و در بند «ل» ماده ۲۳ قانون بودجه سال ۹۳ مقرر گردید معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهوری موظف است امور تجمیع اطلاعات، تسهیل اخذ مجوزها و تضمین‌ها، تدوین دستورالعمل‌ها، تشخیص صلاحیت شرکت‌ها، هماهنگی بین دستگاه‌ها و پشتیبانی راهبردی از مشارکت عمومی خصوصی را برای راه اندازی فرایند سرمایه‌گذاری، ساخت و بهره‌برداری انجام دهد و گزارش اقدامات مربوطه را به مجلس شورای اسلامی ارائه نماید؛ دستگاه‌های اجرایی موظفند هماهنگی لازم با آن معاونت را به عمل آورند. در واقع این نشان می‌دهد که دولت به این نتیجه رسیده که نهاد مشارکت عمومی خصوصی گره‌گشا می‌باشد، به واسطه همین موضوع است که از راهبردهای مشارکت عمومی خصوصی نام می‌برد تا فرایند سرمایه‌گذاری و ساخت و بهره‌برداری را با استفاده از حداکثر توان بخش خصوصی تکمیل کند.

ج) جایگاه قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی در نظام حقوقی ایران

در خصوص ماهیت قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی و مطابقت آن با قراردادهای حوزه حقوق خصوصی یا حوزه حقوق عمومی باید بیان داشت که قراردادهای حوزه حقوق عمومی به

قراردادهای اداری و اداره^۱ تقسیم می‌شوند. در نظام حقوقی ایران، برای تمایز قرارداد اداری معیار مشخصی بیان نشده و حتی برخی از حقوق‌دانان در وجود قرارداد اداری تردید نموده‌اند؛ برخی از حقوق‌دانان^۲، بدون ذکر عنوان قرارداد اداری، با ملاک گرفتن از معیارهای قرارداد اداری در سایر کشورها، معتقد به وجود قرارداد اداری در قوانین مختلف مانند قانون برنامه و بودجه و قوانین استخدامی هستند.

صرف‌نظر از وجود یا عدم وجود قراردادهای اداری بعضی از حقوق‌دانان قرارداد اداری در تعریف قرارداد اداری گفته‌اند: قراردادی که یکی از سازمان‌های اداری یا با نمایندگی از آنها از یک سو با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر به هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی بر طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی) منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین قراردادی در صلاحیت دادگاه اداری می‌باشد^۳. به نظر می‌رسد این تعریف نسبی است؛^۴ زیرا، ممکن است عنصر صلاحیت رسیدگی دادگاه اداری، به اختلاف حاصل از این قبیل قراردادها، در قوانین فعلی ایران صدق نکند هرچند یکی از شرایط اساسی در نظام حقوقی دوگانه، همین شرط صلاحیت دادگاه‌های اداری در دعاوی ناشی از قراردادهای اداری می‌باشد.

بر اساس مطالب فوق، مؤلفه‌های تمایز قراردادهای عمومی از قراردادهای خصوصی عبارت از این است که اولاً: یکی از طرفین قرارداد، شخص حقوقی حقوق عمومی است؛ ثانیاً: این قراردادها جهت تأمین منافع عمومی منعقد می‌گردد؛ ثالثاً: این گونه قراردادها از احکام ترجیحی و حمایتی

۱. قراردادهای اداره علی‌رغم اینکه یک طرف قرارداد دولت است، اما قرارداد در راستای تأمین منافع عموم منعقد نمی‌شود بلکه دولت در راستای پیگیری امر تصدی‌گری این گونه قراردادها را منعقد می‌کند لکن قرارداد کاملاً خصوصی است.

۲. نگاه کنید به: امامی، محمد و استوار سنگری، کورش؛ **حقوق اداری**، ج ۲، تهران، انتشارات میزان. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ **حقوق اداری**، تهران، سمت.

۳. انصاری، والی‌الله؛ **کلیات حقوق قراردادی**، چ دوم، نشر حقوق‌دانان: تهران، ۱۳۹۲، (۶۰).

۴. چنان که بعضی از اساتید دیگر قرارداد اداری را این‌گونه تعریف کرده‌اند «قرارداد عمومی یا دولتی، قراردادی است که بین دولت با یک شخص حقوق خصوصی اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می‌گردد و معمولاً به منظور اداره خدمات عمومی و یا بهره‌برداری از منابع و ثروت‌های ملی منعقد می‌شود». نگاه کنید به: طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ **حقوق اداری**، تهران: سمت، (۳۳۶).

تبعیت می‌کند. قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی با هر سه عنصر تشکیل دهنده قراردادهای اداری منطبق است؛ زیرا، همیشه یک طرف قرارداد دولت است و این‌گونه قراردادهای در راستای تأمین خدمات عمومی و منافع عمومی منعقد می‌شوند و در نهایت این‌گونه قراردادهای به واسطه جایگاه دولت در انعقاد قرارداد حاوی شروط ترجیحی نیز می‌باشد.

حال باید دید اگر قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی اداری است آیا دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادهای را دارد؟

به نظر دیوان عدالت اداری در این خصوص صلاحیت ندارد؛ زیرا، چنان‌که در آراء دیوان عدالت اداری آمده است، اختلافات راجع به قراردادهای یک امر حقوقی است که جنبه ترافعی دارد و بایستی در مراجع عام دادگستری مورد رسیدگی قرار گیرد.^۱ می‌توان گفت در دیوان عدالت اداری نیز رسیدگی ترافعی است؛ زیرا، مبتنی بر تبادل لوابیح می‌باشد. شاکی می‌تواند شکایت خود را طرح کند و سپس، طبق توضیحات، نظر خود را مطرح نماید؛ در مقابل دیوان نیز می‌تواند کسب دلیل کند. البته، در اینجا هم مرزها شکسته شده و در آیین دادرسی مدنی نیز این اختیار به دادگاه داده شده که برای کشف حقیقت اقدام نماید. پس بحث ترافعی بودن قابل تأمل است.

د) کاستی‌ها

با نگاهی به کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته می‌توان دریافت که بر حسب تجربه این کشورها، برای استفاده از ظرفیت تمام‌قد مشارکت عمومی خصوصی نیازمند محیط قانونی و حقوقی مناسب هستیم؛ بررسی قوانین و مقررات موجود به این نتیجه رهنمون می‌گردد که کمبودها و کاستی‌هایی وجود دارد که در ادامه مطمح نظر قرار می‌گیرد.

همان‌طور که بیان شد قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی از انواع قراردادهای اداری هستند که این خود باعث شده این نوع قراردادهای با چالش‌های خاص قراردادهای اداری مواجه باشند. اصول احکام این قراردادهای را قانون یا عرف اداری معین داشته و به این ترتیب آزادی طرف قرارداد محدود شده است؛ از جمله این محدودیت‌ها شرایطی است که از پیش توسط اداره تعیین گردیده و در آن جای بحث چندانی نیست، قدرت چانه‌زنی چندانی وجود ندارد که موجب

۱. مانند رأی شماره ۵۹ مورخ ۱۳۷۱/۴/۳۰، شماره ۳۳ سال ۱۳۷۵، شماره ۱۳۰ سال ۱۳۷۷.

انگیزه‌ای بیشتر برای جلب طرف مقابل شود. وجود شرایط و ضوابط هر اداره دولتی قرارداد منعقد بین اشخاص حقیقی و حقوقی با این ادارات را تحت تأثیر قرار داده و عدم شناخت شرایط و ویژگی‌های خاص هر سازمان دولتی موجب می‌شود تا قراردادهای با مشکلات و موانعی تنظیم شود. برخی از این محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها عبارتند از:

۲. انتخاب طرف قرارداد؛ لزوم رعایت تشریفات مزایده و مناقصه و ممنوعیت مداخله کارمندان دولت در معاملات دولتی از موارد محدودیت در انتخاب طرف قرارداد برای دستگاه‌های دولتی بشمار می‌روند.

۲. تنظیم شکلی قرارداد؛ در بسیاری موارد شکل و نوع قرارداد در خود قوانین ذکر شده و نمایندگان دولت حق انتخاب شکل دیگری از قرارداد را ندارند. برای مثال طبق بندهای الف و ب ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، دستگاه‌های دولتی خدمات مذکور در این ماده را فقط در سه روش خرید خدمات از بخش غیردولتی، مشارکت با بخش غیردولتی یا واگذاری مدیریت به بخش غیردولتی آن هم صرفاً به اشخاصی که دارای صلاحیت فنی و اخلاقی و پروانه فعالیت از مراجع ذی‌ربط باشند؛ می‌توانند به بخش خصوصی واگذار نمایند.

۳. مدت قرارداد؛ این محدودیت نیز در قوانین مختلف ذکر شده است. مثلاً؛ به موجب ماده ۲۴ قانون مقررات استخدامی سپاه و آیین‌نامه مربوطه و مقررات مشابه در نیروی انتظامی، خرید خدمات اشخاص فقط برای مدت محدود و حداکثر تا یک سال که بیش از دو بار دیگر قابل تمدید نخواهد بود؛ مجاز می‌باشد.

۴. رعایت تشریفات مزایده و مناقصه؛ لزوم رعایت تشریفات مزایده و مناقصه برای همگان واضح و روشن است. مزایده و مناقصه نه تنها باعث محدودیت در انتخاب طرف قرارداد می‌شود، بلکه، موجب محدودیت آزادی اراده طرف دولتی در تعیین قیمت مورد معامله یا موضوع قرارداد نیز خواهد شد.

۵. قراردادهای تابع تصویب مراجع ذی‌ربط؛ طبق اصول ۷۷، ۸۰، ۸۱، ۸۲، ۸۳ و ۱۳۹ قانون اساسی به ترتیب در مورد لزوم تصویب عهدنامه‌ها و قراردادهای راجع به گرفتن و دادن وام یا کمک‌های بلاعوض داخلی یا خارجی، دادن امتیاز تشکیل شرکت به خارجیان، استخدام کارشناسان خارجی، فروش نفایس ملی و صلح دعاوی استناد کرد که تصویب آنها حسب

مورد بر عهده مجلس شورای اسلامی یا هیئت وزیران است. ضمن اینکه در مورد اراضی نیروهای مسلح، تصویب فرمانده معظم کل قوا نیز از تشریفات ضروری برای واگذاری اراضی محسوب می‌گردد. بعضاً در مورد معاملات شرکت‌های دولتی، تصویب هیئت مدیره و در مورد معاملات شهرداری‌ها، تصویب شورای شهر ضروری است.

۶. اعتبارات مصوب: دستگاه‌های دولتی باید در حدود اعتبارات مصوب برای دولت ایجاد تعهد نمایند. تعهد مازاد بر اعتبار مصوب موجب مسئولیت و تخلف مرتکب خواهد شد.

با توجه به مطالب فوق، پر واضح است بکارگیری مکانیزم مشارکت عمومی خصوصی در هر کشور مستلزم وجود زیرساخت‌های قانونی و ایجاد بسترهای مناسب و مرتبط با آن است. فی الواقع هنگام برنامه‌ریزی برای توسعه زیربنایها و مشارکت عمومی خصوصی باید به محیط حقوقی و قانونی موجود کشور توجه شود؛ نظام حقوقی هر کشور برای خود منابعی تعریف نموده که وزن برخی از آنها بر دیگر منابع می‌چربد، از جمله می‌توان به قانون اساسی، قوانین موضوعه، معاهدات و... اشاره نمود. هر کدام از این منابع با توجه به درجه اهمیتی که در کشور دارند زمینه ساز توسعه زیربنایها و مشارکت عمومی خصوصی می‌شوند.

بر اساس بررسی فوق در حوزه مشارکت بخش عمومی و خصوصی و توسعه زیرساخت‌ها در ایران مقررات عموماً به صورت کلی، پراکنده و در بخش‌های خاص با توجه به نیازهای همان بخش تدوین و در مواردی به زمانی خاص محدود شده است؛ بنابراین به تدوین مقررات خاص تحت عنوان "قانون مشارکت عمومی خصوصی" بیش از هر زمان دیگری نیاز است؛ زیرا، به گزارش آنکتاب، جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشورهای توسعه‌یافته با افت شدیدی همراه بوده درحالی‌که کشورهای در حال توسعه آسیایی یک چهارم ورودی سرمایه‌گذاری در جهان را در این دوره به خود اختصاص داده‌اند^۱ و با عنایت به اینکه کشورهای در حال توسعه آسیایی به‌عنوان یک گروه در میان سایر گروه کشورهای دنیا، بیشترین سهم سرمایه‌گذاری خارجی جهانی را به خود اختصاص داده و با توجه به پیش‌بینی‌های موجود در خصوص رشد روز افزون سرمایه‌گذاری خارجی در سال ۲۰۱۴، رقابت بین کشورهای در حال توسعه آسیایی برای جذب بیشترین سهم از

1. United Nations Conference On Trade And Development, World Investment Report 2013, Global Value Chains : Investment And Trade For Development .

جریان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی سال آتی از هم اکنون شدت یافته و این کشورها اقدامات گسترده‌ای را در راستای آماده‌سازی فضای اقتصادی و کسب و کار عمومی و خصوصی برای جذب سرمایه‌گذاران جدید به انجام می‌رسانند، کشور ما نیز نباید از ظرفیت بخش خصوصی (خارجی و داخلی) غافل بماند.

باید توجه داشت که فقدان قانون جامع و مانع در خصوص مشارکت بخش‌های عمومی خصوصی هرچند در سطح قانون اساسی کشور با ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به درستی مرتفع گردیده، لیکن در سطح قوانین و مقررات عمومی نبود مقرراتی تحت عنوان قانون مشارکت عمومی خصوصی محسوس بوده و این بزرگ‌ترین و خلأ قانونی است؛^۱ ماده ۱۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه می‌تواند دستاویز خوبی برای تدوین قانون مشارکت عمومی خصوصی باشد به نحوی که مقرر می‌دارد، دولت متناسب با نیازهای روز و ضرورت‌های تحقق اهداف برنامه و به منظور افزایش کارایی، حداکثر ظرف شش ماه پس از تصویب این قانون (برنامه پنجم) نسبت به شناسایی و اصلاح قوانین و مقررات برحسب ضرورت و تعیین و ایجاد مشوق‌ها به تناسب نیاز روز و رقابت‌های بین‌المللی برای جذب بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی اقدام قانونی نماید. در حقیقت به منظور نیل به گسترش مشارکت بخش خصوصی و افزایش کارایی و رقابت‌پذیری و توانمندسازی بخش خصوصی و حمایت از آن در رقابت با بازار بین‌المللی، تحقیق و بررسی کارشناسی و شناخت عوامل مؤثر بر توانمندسازی و رقابت‌پذیری آنها ضروری است، یکی از این عوامل بدون شک وجود قوانین و مقررات مناسب است.^۲ امری که امروزه شدیداً در ایران احساس می‌شود به شکلی که دولتمردان به فکر تدوین قانون خاصی تحت عنوان مشارکت عمومی خصوصی افتاده‌اند؛ به نحوی که در زمان نوشتن این پژوهش سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران مأمور تدوین پیش‌نویس قانونی تحت عنوان مشارکت عمومی خصوصی شده است.

۱. عزیزی، فاطمه؛ «آسیب‌شناسی قوانین و مقررات در قراردادهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی از دیدگاه اقتصادی»، (همایش مشارکت عمومی خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها، تهران، ۱۳۹۱/۸/۲۴) ۶۹۶-۶۶۳.

۲. عطائی، امید و الیاس نادران؛ **مروری بر روند تهیه و تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم قانون اساسی**، تهران، دفتر مطالعات اقتصادی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۹، (۱۳۹).

۲. اصول حاکم بر مشارکت عمومی خصوصی

تأسیس یک چارچوب قانونی مؤثر و مناسب پیش شرط ارتقا مشارکت بخش خصوصی در پروژه‌های زیربنایی است. در این بخش به برخی از اصول کلی که دولت (به معنای اعم) باید در تدوین چارچوب قانونی مؤثر و مناسب برای مشارکت بخش‌های غیردولتی و تأمین مالی پروژه‌ها از طریق این بخش مدنظر داشته باشد، می‌پردازیم. این اصول اقتباس شده از قانون نمونه انسیترال برای مشارکت عمومی خصوصی و سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و دیگر اسناد بین‌المللی است.^۱ هدف از این اصول بنیادی ارتقای شفافیت، عدالت، ثبات، قابلیت پیش‌بینی و انعطاف‌پذیری در خصوص اهداف کلان است. در واقع اصول بنیادی مذکور حمایت از هر دو طرف سرمایه‌گذار و بخش عمومی از هرگونه سوء استفاده و بی‌عدالتی است. اصول بنیادین بر پایه شفافیت هرچه تمام‌تر فعالیت‌ها و تضمین منافع همه طرفین است. اصولی که قصد بیان آن را داریم حسب مورد الزاماتی را نسبت به سه قوه قضائیه، مجریه و مقننه بیان می‌کند؛ زیرا، دولت در معنای عام، هیئت و نهاد حاکمه است که از نیروها و نهادهای حاکمیتی متعدد متشکل است؛ بنابراین در معنای عام دولت، ارکان حاکمیت و از جمله قوای سه‌گانه یعنی مقننه، مجریه و قضائیه را در برمی‌گیرد.

الف) الزامات مربوط به مجلس شورای اسلامی

مجلس شورای اسلامی به‌عنوان نهاد تعیین‌کننده در تدوین مقررات باید در تدوین مقررات پیرامون مشارکت عمومی خصوصی اصول ذیل را رعایت کند.

1. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects (2000 UNCITRAL Legislative Guide) & UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2003 (UNCITRAL Model Legislative Provisions). OECD Basic Elements of a Law on concession Agreements. Explanatory notes to Art.2000. UNIDO Guidelines for Infrastructure Development through Build Operate Transfer (BOT) Projects, 1996 (UNIDO BOT Guidelines).

۳. سیاست روشن قانون برای بخش خصوصی

سیاست حکومتی روشن، استراتژی جذب مشارکت خصوصی برای ثبات و توسعه کشور مهم و حیاتی است و جذب سرمایه‌گذاری برای کشور را دربرخواهد داشت و بازتاب آن در توسعه محیط حقوقی نمایان می‌شود. این استراتژی (شفافیت) باید در سطوح مختلف کشور عمومیت یابد. برای اجرای هرچه دقیق‌تر سیاست‌ها، لازم است قانون از سادگی و شفافیت لازم برخوردار باشند تا سرمایه‌گذاران (اعم از داخلی و خارجی)، از اینکه به لحاظ قانونی حقی از ایشان تضییع نگردیده و تفاسیر مختلف از قوانین به ضرر آنها تمام نمی‌شود، اطمینان یابند. کتابچه راهنمای ساخت، بهره‌برداری و انتقال یونیدو بر اتخاذ سیاست جذب سرمایه‌گذاری خارجی (مشارکت بخش خصوصی) در جهت رهنمود کشورها برای اتخاذ مقررات سیاسی، حقوقی و قواعد مطلوب تأکید می‌کند زیرا، جذب سرمایه‌های بالقوه را تقویت می‌بخشد.^۱

۴. انطباق با مقررات جاری

حقوق نوین باید با تمام قوانین و مقررات کشور تطابق داشته باشد تا از هر تضادی فی‌مابین قوانین جلوگیری و در اجرای کارها خللی وارد نشود. اصلاحات مناسب باید توسط قانون‌گذاری جهت اطمینان از انسجام و تطابق پایه‌های حقوقی با حقوق نوین انجام شود. توصیه‌نامه ۱ راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال اهمیت مطابقت قانون مشارکت عمومی خصوصی با قوانین اساسی و محدودیت‌ها و تضمینات هر کدام را مورد اشاره قرار داده است.^۲

۵. چهارچوب حقوقی مستحکم برای مشارکت عمومی خصوصی

مشارکت سازنده بخش خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها و عملکرد مؤثر نیاز به داشتن چهارچوب حقوقی است. داشتن مرجع قانون‌گذار برای ایجاد قوانین تعیین‌کننده مسئولیت‌ها و ریسک‌ها برای همه طرفین که ریسک‌ها را تخمین بزنند مهم است. چهارچوب حقوق امتیازی می‌تواند

1. UNIDO BOT Guidelines, Chapter 4, pp. 42-43.

2. UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 7-9.

توسط قوانین خاص امتیازی که عام مشمول است به صورت صریح، عادلانه، قابل پیش‌بینی و دارای ثبات حقوقی نمایان شود و در پروژه‌های امتیازی قرار گیرد.

با این وجود یکی از مشکلات پیش روی سرمایه‌گذاران بخش خصوصی، وجود مجموعه‌هایی از قوانین و مقررات پیچیده، مجوزها و سایر نابسامانی‌های ساختاری است که اغلب غیر شفاف بوده و معمولاً با قواعد و مقرراتی که در سایر نقاط دنیا اعمال می‌شوند، ناسازگارند؛ اغلب سرمایه‌گذاران بخش خصوصی، به دلیل وجود این فرایندهای دست و پاگیر، گریزان شده و در نتیجه، ورود سرمایه، بنگاه‌ها و رقابت در کشور کاهش می‌یابد و در نهایت، باعث می‌شود که رشد اقتصادی لازم محقق نشود. همچنین وجود موانع قانونی، راه‌های دور زدن فرایندهای پیچیده را پیش روی افراد قرار می‌دهد. اهمیت تنظیم چهارچوب حقوقی در بخش اول توصیه‌نامه قانون‌گذار آنسیترال بیان شده است.^۱ این توصیه‌نامه همچنین تأکید می‌کند که قانون‌گذار در این زمینه نه تنها سبب شفافیت و ثبات حقوقی رژیم سرمایه‌گذاری می‌شود بلکه از نقطه نظر سیاسی نیز برای ارتباطات دیپلماتیک کشورها مثر ثمر خواهد بود.^۲

۶. شفافیت مقررات پیرامون مشارکت عمومی خصوصی

قانون باید حوزه عملکرد خود را به روشنی تعریف کند. به عبارتی حوزه حاکمیت خود، و اینکه دائر مدار چه مسائلی است. چنین شفافیتی ضروری و باعث ثبات و اعتبار پروژه گردیده و از خودسری‌ها جلوگیری می‌کند. با این هدف قانون باید از امتیاز تعریفی جامع ارائه بخش‌های مرتبط با این حوزه، اختیارات قراردادی و امتیازات واجد شرایط را مشخص کند. وضعیت قانونی کشور یکی از عوامل بسیار مهم در جریان مشارکت بخش خصوصی است. در جایی که قوانین مالی و اقتصادی حدود مشخصی داشته باشد، بخش خصوصی با رغبت و اطمینان بیشتری به سمت بخش دولتی و تحویل گرفتن فعالیت‌های اقتصادی از این بخش، روی می‌آورد. برعکس هر جا که دولت‌ها حکومت مطلقه داشته باشند یا آنکه سابقه مصادره اموال و سلب مالکیت جا افتاده باشد، مردم نسبت به اصالت جریان مشارکت، تردید بیشتری داشته و این بی‌اعتقادی در

1. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 1.

2. UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 10.

نهایت به کندتر شدن فرایند مشارکت می‌انجامد. برای اجرای هرچه دقیق‌تر سیاست‌ها، لازم است قوانین موجود در کشور از سادگی و شفافیت لازم برخوردار باشند تا سرمایه‌گذاران، با اطمینان از اینکه حقی به لحاظ قانونی از ایشان تزییع نشده و تفاسیر مختلف از قوانین به آنها ضرر نمی‌رساند، به صحنه بیایند.

اصل مذکور در توصیه‌نامه راهنمای قانون‌گذاری ۲-۵ آنسیترال تفصیلاً شرح داده شده است. این توصیه‌نامه به اهمیت تعریف حقوق به دلیل اعمال در سطوح مختلف اختیارات حکومت اشاره دارد.^۱ به منظور تعریف امتیازها کمیسیون اروپایی تفسیر ارتباطات ممکن است مفید باشد اگر به تعریف کارهای امتیازی بپردازد^۲ و همچنین تعریف خدمات این امتیازات^۳ و تعریف موسعی از شفافیت ارائه می‌دهد.^۴ شفافیت و حوزه اختیارات آن در توصیه‌نامه BOT هم دیده می‌شود.^۵

۷. ثبات و قابلیت پیش‌بینی قانون برای بخش خصوصی

به‌عنوان یک قاعده، پروژه‌های سرمایه‌پذیر بخش خصوصی بلند مدت هستند. بنابراین فاکتورهای مختلف مؤثر در پروژه در طول این مدت می‌تواند متغیر باشد که از جمله مقررات حاکم بر پروژه است. ریسک تغییر قوانین و مقررات مرتبط، اعتبار قرارداد پروژه را به مخاطره انداخته و لذا پایداری پروژه نیز آسیب می‌بیند. به منظور تأمین ثبات قرارداد پروژه و حق طرفین در جهت اعمال به حقوق و وظایف خویش، دولت سرمایه‌پذیر باید از تغییر مکرر ضوابط و مقررات حاکم بر پروژه اجتناب و توان مدیریت و پیش‌بینی مخاطرات و مکانیسم غلبه بر آنها را داشته باشد. توصیه‌نامه شماره ۵۸ راهنمای قانون‌گذاری به اینکه باید به ریسک‌های احتمالی توجه

1. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 2, Chapter 1, para 17.

2. European Commission Interpretive Communication on Concessions under Community Law (200/C 121/02), Part 2.1.

3. European Commission Interpretive Communication on Concessions under Community Law (200/C 121/02), Part 2.2.

4. European Commission Interpretive Communication on Concessions under Community Law (200/C 121/02), Part 2.4.

5. UNIDO BOT Guidelines, Chapter 4, p. 46.

شده و جهت جبران نتایج زیان‌بار تغییر قوانین، ضوابطی پیش‌بینی شود، اشاره دارد.^۱ اصول اساسی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در جهت مشارکت عمومی خصوصی شرط ثبات (در قوانین و مقررات) است، که ابزاری در جهت حمایت از سرمایه‌گذار از تغییرات احتمالی مقررات می‌باشد.^۲

الف) الزامات مربوط به دولت

دولت در معنای خاص (قوه مجریه)، در توسعه و اجرای موفق پروژه‌های مشارکت‌های عمومی خصوصی نقش تعیین‌کننده‌ای دارد، دولت در تعامل با بخش خصوصی باید به اصول زیر توجه نماید:

۱. مذاکره آزادانه در خصوص دستیابی به یک موافقت‌نامه مؤثر

آزادی مذاکره در قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی مهم است؛ زیرا، در نظر گرفتن کلیه شرایط، اوضاع و احوال و محاسبه هزینه‌های مرتبط با ریسک، ممکن خواهد بود. اجرای موفق این اصل به تعیین طرف مذاکره، مجری و نظارت بر حسن اجرای موافقت‌نامه، از جمله تفکیک قدرت مرکزی از منطقه‌ای، نیاز دارد. بر اساس توصیه‌نامه ۲ راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال به منظور اطمینان از مذاکره‌ای کارآمد و اجرای بعدی پروژه مشارکت عمومی خصوصی تعیین شخص حقیقی یا حقوقی دارای اختیار در مراحل مختلف مذاکره از اهمیت بالایی برخوردار است.^۳ همچنین در قرارداد امتیازی قابلیت پیش‌بینی سطوح مختلف قدرت، یعنی اینکه طرف مذاکره دولت منطقه‌ای یا حکومت مرکزی است، مهم می‌باشد.^۴ به منظور توجه عوامل مختلف مرتبط در این کار و تأثیر ریسک‌های مربوطه در مذاکره توصیه‌نامه ۱۲ در خصوص مقررات قانون‌گذاری که بدون هیچ ضرورتی توان مذاکره طرفین را محدود می‌سازد هشدار می‌دهد.^۵

۲. امکان تعهد و تضمین سرمایه‌گذاری برای بخش خصوصی

این اصل به اهمیت قواعد مقرر در حقوق نوین که به دولت امکان حمایت مالی از پروژه یا تضمین کامل منافع طرف مقابل در مقابل تعهداتش را می‌دهد، می‌پردازد. حمایت دولت غالباً

1. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 58.

2. OECD Basic Elements of a Law on Concession Agreements, 1999-2000, Art. 18.

3. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 2, Chapter 1, para 17.

4. UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 17.

5. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 12, Chapter 2, para 21.

برای افزایش سطح سرمایه‌گذاری و اعتمادسازی سرمایه‌گذار، تشویق به سرمایه‌گذاری و اجرای کامل پروژه ضرورتی غیرقابل انکار است. توصیه‌نامه ۱۳ راهنمای قانون‌گذار آنسیترال پیشنهاد می‌کند که مشارکت عمومی خصوصی باید دارای مقرراتی شفاف در رابطه با هر دو طرف در جهت حمایت از سرمایه‌گذاری باشد.^۱

به‌عنوان یک قاعده، تقریباً فقط ۳۰ درصد از پروژه‌های مشارکت عمومی خصوصی توسط سرمایه‌گذار تأمین مالی می‌شود. در باقی موارد تأمین مالی از طریق بانک‌ها است که تحت قرض، وثیقه گرفته شده و سرمایه‌گذار (راهن) حق خود در مشارکت عمومی خصوصی را نزد بانک (مرتهن) به وثیقه می‌گذارد. به منظور مؤثر بودن این وثیقه، پروژه مشارکت عمومی خصوصی به کار خود ادامه داده و بانک قرض‌دهنده نیز در امور پروژه مداخله دارد.^۲ بنابراین این مکانیسم دوام و عملکرد بی‌وقفه پروژه را تضمین و تأثیر سرمایه‌گذاری را مشخص می‌کند. توصیه‌نامه ۴۹ راهنمای قانون‌گذار آنسیترال بر اهمیت تضمین و وثیقه در مقررات مشارکت عمومی خصوصی برای تأمین منابع مالی سرمایه‌گذار تأکید داشته و بر توثیق سهام شرکت، قابلیت دریافت اشاره دارد.^۳ این اصل را ماده ۱۶ اساسنامه سازمان همکاری و توسعه اقتصادی نیز تأیید و بیان می‌دارد که سرمایه‌گذار می‌تواند هر قسم از حقوق خود تحت موافقت‌نامه امتیازی برای هر قسم دریافت و پرداخت را به وثیقه گذارد.

ب) الزامات مربوط به قوه قضائیه

تلاش‌های پیرامون مشارکت عمومی خصوصی، تمام ارکان حکومت را در برمی‌گیرد. بدون تردید نقش قوه مجریه و مقننه از اهمیت زیادی برخوردار است؛ اما باید توجه داشت که قوه قضائیه زیرمجموعه دولت به معنای عام است. بنابراین نقش قوه قضائیه در مشارکت عمومی خصوصی به‌ویژه در اصلاح انحرافات و کج‌روی‌ها باید در نظر گرفته شود.

1. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 13.

2. OECD Basic Elements of a Law on concession Agreements. Explanatory notes to Art. 16, p 27.

3. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 49.

۱. ارتقا بخشیدن به انصاف، شفافیت و قابلیت دسترسی به قوانین و رویه‌های مرتبط به مشارکت عمومی خصوصی

این اصل درباره انصاف، شفافیت و قابلیت دسترسی به قوانین و رویه‌های مربوط به سرمایه‌گذاران در جهت تکمیل بیشتر مشارکت عمومی خصوصی است. به موجب این اصل، حقوق نوین می‌باید فرایند شفافیت و رقابت سالم (به جزء موارد استثنا شده از حقوق رقابتی)، رفتار برابر با سرمایه‌گذاران بالقوه، فرصت چالش کشیدن قواعد و تصمیمات طرف قراردادی و مقررات رقابتی برای پیشنهادات همه جانبه را تضمین کند. از جمله دلایل مهم موفقیت ایجاد فرایند و ضوابط شفاف، تدقیق اجزا و عناصر کلیدی و وجود اطلاعات روشن در مورد پروژه است. چارچوب‌های قانونی و سیاسی که این نوع ارتباط مالی را بپذیرد و به‌طور روشن و کاربردی تدقیق نماید و در برابر مشارکت پاسخگو باشد از ضرورت‌های یک مشارکت عمومی خصوصی موفق است.^۱ تعدادی از توصیه‌نامه‌های راهنمای قانون‌گذاری این اصل را در خود جای داده‌اند. خصوصاً توصیه‌نامه ۹ و ۱۰ که بیان می‌دارد شفافیت و قابلیت دسترسی به قواعد و مقررات باید در اهداف مورد توجه باشد.^۲ علاوه بر این توصیه‌نامه ۱۰ بر اهمیت بازنگری شخصی بی طرف به این فرایند تأکید دارد.^۳ انصاف و شفافیت قواعد در توصیه‌نامه ۱۴ راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال آمده که به رقابت سالم و بی‌طرفانه در جهت انتخاب صاحب سرمایه اشاره دارد.^۴ در توصیه‌نامه ۳۹ حق بازبینی و تغییر اختیارات قراردادی و اعمال رویه‌های انتخابی مقرر شده است.^۵ راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال همچنین پیشنهاد داشتن رویه‌ای برای پیشنهادات غیررقابتی (توصیه‌نامه ۲۸) و یک جانبه را دارد (توصیه‌نامه ۳۰-۳۵). اصل مذکور همچنین توسط کمیته تفسیر کمیسیون اروپا، کمیسیون اروپایی برگ سبز در مشارکت‌های عمومی خصوصی، کمیته حقوق قراردادهای

1. Fernando Fernholz .& Morales, R(2006) public private partnershios for Municipal Governments, from <http://www.mff.org>. Ministry of Municipal Affairs(1999). Public private partnership A Guide for Local Government. British Columbia: British Columbia, ministry of municipal Affairs.

2. UNCITRAL Legislative Guide, Chapter 1, para 46.

3. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 10, Chapter 1, para 49.

4. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 14, Chapter 3, para 10-16.

5. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 39, Chapter 3, para 127-28.

عمومی و امتیازی و اصول اساسی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در خصوص حقوق امتیازی، مورد حمایت قرار می‌گیرد.^۱

۲. ضمانت اجرا برای تصمیمات محاکم قضایی و مراجع داوری

مطابق این اصل، قانون باید توان حمایت از حقوق و منافع هر دو طرف را تحت سیستم حل اختلاف مؤثر و کارآمد، اعم از دادگاه و داوری، داشته باشد. این اصل برای تضمین امنیت، پیش‌بینی و طرح دعوی مؤثر سرمایه‌گذاران از اهمیت زیادی برخوردار است. در اقتصادهای توسعه‌یافته، نظام قضایی کارآمد، مجامع کاملاً مشخص قانونی و کارگزارانی از قبیل وکلا، داوران و میانجیگران را شامل می‌شود و شخص تا حدی اطمینان دارد که ماهیت دعوی حقوقی، بر نتایج تأثیر خواهد گذاشت و نه منافع شخصی؛ اما در اقتصادهای در حال توسعه و عقب مانده، اجرا نه تنها به علت ابهام آموزه‌های حقوقی، بلکه به علت نامعلوم بودن رفتار کارگزاران قطعی نیست.^۲ قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی با شرایط سخت از نظر هزینه، کیفیت، مطلوبیت و خدمات به مشتری منعقد می‌گردد. در این ارتباط سازمان کارفرما بایستی نظارت کاملی بر حسن انجام طرح توسط پیمانکار داشته باشد تا اطمینان یابد که طرح مطابق بندهای قرارداد پیش می‌رود. سازمان کارفرما می‌تواند به تعداد مورد نیاز به‌طور دوره‌ای از طرح بازدید و یا بازرسی به عمل آورد و گزارشات آن را ارائه نماید. در مورد شکایات پیرامون مشارکت عمومی خصوصی آمده است که:

۱. در برخی موارد، سازمان کارفرما (بخش دولتی) خود به شکایات رسیدگی می‌کند. در دیگر موارد شریک خصوصی (پیمانکار) به شکایات رسیدگی کرده و نتیجه را در گزارش خود منعکس می‌نماید. در حالت دوم سازمان کارفرما بایستی سطح رضایت شاکی را پس از رسیدگی به شکایت، مورد ارزیابی قرار دهد.
۲. در اکثر قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی، جریمه به شکل کسر مبلغ بازپرداختی خواهد بود. اکثر ایالات به دنبال شریک‌های خصوصی هستند که بتوانند ظرف ۳۰ تا ۶۰ روز نواقص و

1. European Commission Interpretive Communication on Concessions under Community Law (200/C 121/02), para 3.1.1.

۲. داگلاس، نورث؛ **نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی**، معینی، محمد رضا، تهران: انتشارات سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۷، (۲۱۷).

ایرادات مطرح شده در ممیزی‌ها را برطرف نمایند. در صورتی که شریک خصوصی نتواند ظرف مدت مذکور ایرادات را برطرف کند، ۱۰٪ از مبلغ پرداختی ماهیانه تا زمان رفع نواقص مسدود می‌گردد. جرائم سنگین‌تر در صورت عدم توانایی شریک خصوصی در تصحیح نواقص و ایرادات اعمال و میزان آن در ماه اول ۱۵٪ و در ماه‌های بعد ۱۰٪ علاوه بر آن خواهد بود.

۳. سازمان کارفرما ممکن است یکی از روش‌های جایگزین زیر را به منظور اجتناب از کاهش کیفیت یا ممانعت از عدم توان سرویس دهی شریک خصوصی اتخاذ نماید:

الف) در طی مراحل انعقاد قرارداد، شرکت ثانویه‌ای را در نظر بگیرد تا در صورت عدم توانایی شرکت اول، شرکت دوم ادامه کارها را به‌عهده گیرد.

ب) قراردادهای جزئی‌تر تقسیم و به شرکای خصوصی متفاوت ارائه تا در صورت عدم توانایی یکی از شرکت‌ها، دیگر شرکت‌ها کار شرکت ناتوان را تکمیل نمایند.

ج) روش سوم شبیه روش قبل بوده با این تفاوت که بر اساس نوع خدمات، قرارداد بین شرکت‌ها تقسیم می‌گردد. از مزایای این روش، انتقال مهارت به سازمان کارفرما و کاهش وابستگی به شریک خصوصی در ارائه خدمات می‌باشد.

این اصل به تفصیل در توصیه‌نامه ۶۹ آنسیترال آمده که بر آزادی طرفین در انتخاب روش حل و فصل اختلاف که با ذات و طبیعت پروژه هماهنگی بیشتری داشته باشد، تأکید دارد.^۱

1. UNCITRAL Legislative Guide, Recommendation 69. See also Model provision 49 of the UNCITRAL Legislative Provisions.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که بیان شد مشارکت عمومی خصوصی در تمام کشورها اعم از توسعه یافته و در حال توسعه به‌عنوان روشی کارآمد برای توسعه زیرساخت‌ها معرفی شده است. در ایران استفاده از نهاد مشارکت عمومی خصوصی به موجب قانون برنامه پنجم توسعه مدنظر قرار گرفت؛ گرچه از سایر قوانین موجود هم می‌توان این مهم را به‌طور ضمنی فهمید، اما در این قانون است که برای نخستین بار از مشارکت عمومی خصوصی به‌عنوان یک نهاد، سخن گفته می‌شود. این مقرره کافی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا، فقط در بند «ب» ماده ۲۱۴ به‌عنوان یکی از روش‌های اجرای مناسب، از مشارکت عمومی خصوصی یاد شده، و چنان‌که تجربه دیگر کشورها نشان می‌دهد، نیاز به یک قانون خاص و جدید محسوس است. پس در راستای پاسخ به پرسش اول مقاله می‌توان بیان داشت که در تمام قوانین بعد از انقلاب به‌صورت کلی و بعضاً جزئی و مقطعی به مشارکت عمومی خصوصی پرداخته شده که کافی نبوده و نمی‌توان به بند «ب» ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم بسنده کرد.

در پاسخ به سؤال دوم، باید بیان داشت که در تنظیم یک قانون خاص و کارآمد دولت در معنای عام باید اصولی را رعایت کند که حسب قوا قائل به تفکیک شدیم، بنابراین وجود یک قانون خاص کافی نبوده و قانون با بهره‌گیری از اصولی مهم همچون انصاف، شفافیت، ثبات و قابلیت پیش‌بینی، چهارچوب حقوقی مستحکم و سیاست روشن برای بخش خصوصی باید مدنظر قرار گیرد.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. انصاری، والی الله؛ کلیات حقوق قراردادی، چ دوم، تهران: نشر حقوق دانان، ۱۳۹۲.
۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ حقوق اداری، چ شانزدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۲.
۳. عزیزی، فاطمه؛ «آسیب‌شناسی قوانین و مقررات در قراردادهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی از دیدگاه اقتصادی»، (همایش مشارکت عمومی خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها، تهران، ۱۳۹۱/۸/۲۴).
۴. عطائی، امید و نادران، الیاس؛ مروری بر روند تهیه و تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، ویرایش اول. تهران: دفتر مطالعات اقتصادی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۹.
۵. غمامی، مجید؛ «مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها در ایران بر اساس مبانی مذکور در قانون اساسی و قوانین عادی»، (مشارکت عمومی خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها، تهران، ۱۳۹۱/۸/۲۴).
۶. داگلاس، نورث؛ نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی، معینی، محمد رضا، تهران: انتشارات سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۷.
۷. هبیتی، فرشاد و احمدی، موسی؛ «مدیریت ریسک در مشارکت‌های عمومی خصوصی پروژه‌های زیرساختی»، (مجموعه مقالات دومین کنفرانس بین‌المللی توسعه نظام تأمین مالی در ایران، تهران، ۱۲-۱۰/۱۲/۱۳۸۸).

ب) لاتین

8. Graeme, Hodye., Greve Carsten, The Challenge of Public-Private Partnerships : Learning from International Experience, First ED. London: Edward Elgar Publishing, 2005 .

9. Grimsey. Darrin and Mervyn K, Lewis, Public Private Partnership: The World Wide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, First ED .London: Edward Elgar Publishers, 2004.
10. Grmsey, Darrin. and Mervyn k Lewis, “Evaluating the risks of public private partnership for infrastructure project” International journal of project management, 20 (2002): 107-18.
11. Kärnä, Sami., Juha-Matti Junnonen, Ari-Pekka Manninen & Päivi Julin, “Exploring project participants' satisfaction in the infrastructure projects”, Engineering Project Organization Journal, 3(2013):186-197, Accessed 20 Aug 2013, doi:10.1080/21573727.2013.823083.
12. Oecd Basic Elements of a Law on concession Agreements. Explanatory notes to Art.2000.
13. Uncitral Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, Prepared by The United Nation Commission on International Trade Law, United Nation Publication 2001.
14. Uncitral Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects (۲۰۰۰Uncitral Legislative Guide).
15. Uncitral Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, 2003 (Uncitral Model Legislative Provisions).
16. Unido Guidelines for Infrastructure Development through Build Operate Transfer (Bot) Projects, 1996 (Unido Bot Guidelines).
17. World Investment Report 2013, «Global Value Chains: Investment and Trade for Development».Annual, New York, United Nations,2013.