

قواعد عمومی حاکم بر تعهدات دولت در برابر سرمایه‌گذار خارجی در قرارداد B.O.T

امیرشایگان فر*

مهراب داراب‌پور** محسن صادقی***

پذیرش: ۹۸/۴/۲۶

دریافت: ۹۷/۱۰/۱۳

قرارداد / ساخت، بهره‌برداری، انتقال / تعهدات دولت / جذب سرمایه‌گذاری خارجی /
تأمین مالی، «بی.او.تی»

چکیده

کشورهای در حال توسعه خصوصاً ایران با توجه به وضع کنونی اقتصادی و سیاسی، جهت تأمین مالی و اجرای طرح‌های کلان زیربنایی به دنبال جذب سرمایه‌های خارجی و هدایت سرمایه‌های بخش خصوصی و به‌کارگیری فناوری‌های به‌روز و مدیریت کارآمد هستند. به دنبال تصویب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و بازگشت راهی برای واگذاری اداره بخش‌های بنیادین و زیربنایی کشور به بخش خصوصی، یکی از راهکارهای نوین برای انجام این مهم استفاده از قراردادهایی موسوم به «بی.او.تی»، از مصادیق بارز قراردادهای مشارکت «عمومی-خصوصی»، مطرح گردیده است. مقاله حاضر به دنبال پاسخگویی به این سوال است که دولت در راستای جذب سرمایه‌گذاری خارجی و خصوصی چه تعهدات، مشوق‌ها و مسئولیت‌هایی دارد؟ و قواعد حاکم بر آن‌ها کدام است؟ پس

*. Amirshayeganfar20@yahoo.com

** info@drdarabpour.ir

*** sadeghilaw@ut.ac.ir

*. دکتری حقوق خصوصی تهران شمال

** استاد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

*** دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران

■ امیرشایگان فر، نویسنده مسئول.

از استقرا در نمونه‌های متعدد و بررسی تحلیلی تعهدات و الزامات موصوف، به روش توصیفی، تحلیلی و پیمایشی، به نظر می‌رسد در اکثر موارد مسئولیت نقض آن‌ها اصولاً قابلیت انتساب به دولت را دارد. رسیدن به هدف این تحقیق، یعنی برقراری تعادل نسبی میان حقوق و تعهدات طرفین، به هر دو طرف این اجازه را می‌دهد تا با استفاده از ظرفیت‌های بالقوه حقوقی و اقتصادی قرارداد «بی.او.تی» گام موثری در راستای موفقیت طرح‌های «بی.او.تی» و تحقق توسعه پایدار بردارند. به این ترتیب در این مقاله سعی بر بررسی تعهدات قراردادی و الزامات خارج از قرارداد دولت جهت ایجاد مشوق برای جذب سرمایه‌گذار خارجی و خصوصی در موقعیت کنونی در دو بخش: تعهدات امتیازی و کنترلی و تعهدات تضمینی و تشویقی شده است؛ که بخش نخست طی دو فصل و بخش دوم طی چهار فصل به تبیین تعهدات دولت در گفتار اول، به تناظر به بررسی ضمانت اجرای آن در گفتار دوم می‌پردازد.

طبقه‌بندی JEL : K11, K12, K13, K22, K23

مقدمه

امروزه تأمین مالی جهت انجام پروژه‌های زیربنایی کشور و خصوصی سازی به عنوان پیش نیاز و لازمه دستیابی به رشد اقتصادی و توسعه پایدار، از اولویت‌های کشورهای در حال توسعه به شمار می‌آید. یکی از گسترده‌ترین و موثرترین نوع بسته‌های قراردادی که منجر به جذب سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی می‌شود و کنترل و اقتدار دولت را بر پروژه‌های خود تضمین می‌کند، قراردادی موسوم به «بی.او.تی»^۱ یا قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری می‌باشد. حضور در این صحنه در بادی امر مستلزم بررسی مفهوم و جایگاه قرارداد «بی.او.تی» در نظام قانونی ایران می‌باشد. با عنایت به اینکه قرارداد «بی.او.تی» در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی تعریف نشده است ناگزیر جهت شناخت جایگاه این قرارداد در نظام قانونی ایران به تعریف بخش‌نامه معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور به شماره ۱۰۰/۱۰۰۸۳ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۲۴ استناد می‌کنیم، که به موجب آن: «در روش ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، شرکت سرمایه‌گذار مسئولیت طراحی، تأمین مالی و احداث پروژه را بر عهده خواهد داشت و بر اساس مجوز اعطایی از سوی دستگاه اجرایی، یا سرمایه‌پذیر، برای مدت زمان مشخصی از پروژه بهره‌برداری می‌کند و از محل درآمد حاصل از فروش محصول پروژه، اصل و سود سرمایه‌ی خود را بازیافت می‌نماید.»

با عنایت به نقصان موجود در دیدگاه فوق و پس از بررسی تطبیقی تعاریف کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد «آنسیترال»^۲ و سازمان توسعه صنعتی سازمان ملل متحد «یونیدو»^۳ از «بی.او.تی»، تعریف جامع و مانع ذیل پیشنهاد می‌گردد: «قرارداد «بی.او.تی» را می‌توان به عنوان پروژه‌ای توصیف کرد که بر اساس آن، امتیاز بهره‌برداری از جانب بخش عمومی، یعنی دولت یا شرکت دولتی، به یک بخش خصوصی، اعم از داخلی یا خارجی، واگذار می‌گردد.^۴ که به موجب این امتیاز شرکت خصوصی طرف قرارداد ملزم می‌گردد با تأمین مالی، طراحی، مدیریت اجرای پروژه، انجام تدارکات ساخت و ساز، پروژه مورد نظر را بسازد.^۵ سپس آن را راه‌اندازی نموده و جهت استهلاک سرمایه و سود معهود با مدیریت، رعایت شرایط

1. Build Operate Transfer (B.O.T).

2. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

3. United Nations Industrial Development Organization (UNIDO).

4. Uncitral Possible Future Work B.O.T projects 1995, 2.

5. Unido B.O.T Guideline 1996, 3.

حفظ و نگهداری مقرر، تحویل محصول و ارائه خدمات در مدت امتیاز از پروژه بهره‌برداری نماید^۱ و پس از پایان دوره‌ی بهره‌برداری پروژه را در شرایط عملیاتی و در ازا بازپرداخت معقول سود سرمایه در دوره‌ی بهره‌برداری، بدون دریافت مبلغ جدید، مالکیت کل پروژه، یعنی ساختار فیزیکی پروژه، را به‌طور مجانی به بخش عمومی منتقل نماید.^۲

با اینکه ممکن است این مدل قراردادی بین اشخاص، به‌عنوان قراردادی خصوصی منعقد شود، قرارداد «بی.او.تی» مورد بحث در این مقاله، قراردادی است که دولت، به‌عنوان دارنده انحصاری طرح‌های زیربنایی، یک طرف آن قرار می‌گیرد. بنابراین، نظر به اینکه یک طرف قرارداد «بی.او.تی»، در پروژه‌های زیربنایی کشور، دولت یا شرکت دولتی قرار دارد، این قرارداد را می‌توان یک نوع قرارداد دولتی دانست.^۳ ثمره‌ی این تفکیک، در اصول حاکم بر هر کدام مشخص می‌شود، هرچند اصل آزادی، اصل نسبی بودن و اصل لزوم قراردادها، از جمله اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی محسوب می‌شود، لیکن اجرای این اصول در قراردادهای عمومی بعضاً با استثنائاتی روبرو می‌شود.

همان‌طور که گذشت علیرغم اینکه نام قرارداد «بی.او.تی» در تبصره‌ی «ب» ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ و آئین‌نامه‌ای آن مصوب ۱۳۸۱/۶/۲۴ و تعریف آن در بخش‌نامه معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور تصریح شده است، اما وضعیت حقوقی این قرارداد، به‌طور کلی، در قانون مذکور، آئین‌نامه آن و بخش‌نامه موصوف^۴ تعیین تکلیف قانونی نشده و اطلاعات جامع حقوقی راجع به آن به‌دست نداده است؛ به این ترتیب که هیچ بحثی در آن راجع به تعهدات بخش عمومی، به معنای اخص دولت، به میان نیامده است. با توجه به سکوت قانون به‌نظر می‌رسد نه تنها معنی برای سرمایه‌گذاری داخلی از طریق «بی.او.تی» وجود ندارد، بلکه به طریق اولی از امتیازات بیشتری نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی برخوردار است؛ که در این صورت ماده ۱۰ قانون مدنی نقش کلیدی ایفا می‌کند، البته تا جائیکه مخالف نظم عمومی و مندرجات اجباری

1. (Kumaraswamy M.M and X.Q.Zhang 2001, 19:19)

۲. شایگان فر (۱۳۹۵)، ص ۱۴.

۳. منیرالزمان ا.ف.م، ۲۰۰۱/۹۹.

۴. مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی و مواد ۱ تا ۵ قانون آیین دادرسی مدنی، اعتبار تصمیمات قوه مجریه اعم از تصویب‌نامه، آیین‌نامه و بخش‌نامه‌های دولتی محدود به مفاد قوانین موضوعه است و تا جاییکه برخلاف قانون، به معنای اخص، نباشند محترم، لازم‌الاجرا و در حکم قانون است.

قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نباشد.^۱ درک نیاز واقعی کشور به سرمایه‌های خارجی توسط مسئولین در وضعیت کنونی و جذابیت این روش برای سرمایه‌گذاری، نگاه حمایتی دولت به آن را می‌طلبد. بر همین مبنا استخراج قواعد عمومی حاکم بر تعهدات دولت در برابر سرمایه‌گذار خارجی و استقرا در مشوق‌ها و مسئولیت‌های دولت در قرارداد «بی.او.تی» قطعاً تسهیل‌کننده جذب سرمایه‌گذاری در اینگونه قراردادها می‌باشد.

هدف از طرح موضوع پاسخ به این سؤال است که تعهدات بنایی دولت در قرارداد «بی.او.تی» کدامند؟ و آیا مسئولیت ناشی از نقض این مشوق‌ها قابلیت انتساب به دولت را دارد؟ و در نهایت تنقیح قواعد حاکم چه تاثیری بر جذب سرمایه‌گذاری خارجی دارد؟

در این راستا، با عنایت به جنبه‌ی جدید بودن موضوع پژوهش و ضرورت طرح آن در شرایط کنونی، ادبیات پیشین پژوهش در هریک از متغیرهای پژوهش مستقلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد و پس از استخراج و گردآوری داده‌ها، و تجزیه و تحلیل آن‌ها، نظر مطلوب و صائب انتخاب می‌گردد.

در جهت پاسخ به سوال مطروحه ابتدا به تبیین قواعد عمومی حاکم بر تعهدات دولت، یعنی آن حقوق و امتیازاتی که برای بخش خصوصی یا سرمایه‌گذار در نظر گرفته می‌شود تا تعادل قراردادی نسبی بین حقوق و تعهدات طرفین ایجاد گردد، پرداخته می‌شود، خواه در قرارداد تصریح شده، خواه الزامات خارج از قرارداد باشد که مبنای توافق قرار گرفته است. ورود خسارت به سرمایه‌گذار در نتیجه نقض تعهدات قراردادی یا الزامات قانونی، گاهی ممکن است اساساً مسئولیتی برای دولت به همراه نداشته باشد، و در مواردی ممکن است با اینکه سرمایه‌گذار متحمل خسارت شده است لیکن به علت عدم وجود ارکان مسئولیت، نتوان مسئولیت مدنی برای دولت قائل شد.^۲ با این وجود بررسی تحلیلی نشان می‌دهد، در اغلب موارد، مسئولیت ناشی از نقض این تعهدات به عهده دولت است؛ چراکه نمی‌توان انتظار داشت مصداق بارز یک قرارداد «مشارکت عمومی-خصوصی» تنها در جهت منافع یک طرفه دولت در بلندمدت ادامه پیدا کند.

پس از استقرا در موارد متعدد داخلی و تطبیق آن با نمونه‌های خارجی، مهم‌ترین

۱. شایگان‌فر (۱۳۹۴)، ۴۶.

۲. صفایی (۱۳۸۵)، ۴۵.

مسئولیت‌هایی که دولت، به‌عنوان صاحب طرح و کارفرما، باید به عهده‌گیرد؛ ذیل دو بخش احصاء و مورد بررسی قرار می‌گیرد، بخش نخست با عنوان تعهدات امتیازی و کنترلی که مشتمل بر دو فصل به شرح ذیل می‌باشد: فصل اول) اعطای امتیاز به شرکت پروژه، فصل دوم) تعهد به کنترل رقابت پروژه رقیب است؛ و بخش دوم با عنوان تعهدات تضمینی و تشویقی که مشتمل بر چهار فصل ذیل است: فصل اول) تعهدات تضمینی، فصل دوم) تعهدات تأمینی، فصل سوم) تعهدات مالی و تشویقی، فصل چهارم) تعهد به تضمین عدم سلب مالکیت؛ که در هر فصل پس از بیان تعهدات دولت در گفتار اول، به تناظر به بررسی ضمانت اجرای آن، یعنی مسئولیت مدنی نقض آن تعهد، در گفتار دوم پرداخته می‌شود.

بخش نخست. تعهدات امتیازی و کنترلی

در این بخش «امتیاز»، به‌عنوان رکن قراردادی و ضمانت اجرای نقض احتمالی آن در مقابل طرف ضعیف‌تر قرارداد از مرحله اعطای آن تا حفاظت و کنترل رقابت طرح‌های موازی جهت به ثمر نشستن و موفقیت قرارداد «بی.او.تی» مورد تحلیل حقوقی و اقتصادی قرار می‌گیرد.

فصل اول) اعطای امتیاز به شرکت پروژه

از آنجایی که نوع پروژه‌هایی که موضوع قرارداد «بی.او.تی» قرار می‌گیرند، پروژه‌هایی هستند که اغلب در به‌طور مستقیم یا با واسطه با نیازهای عمومی سروکار دارند و در حیطه‌ی اعمال تصدی‌گری بخش عمومی قرار می‌گیرند^۱، اعطای امتیاز از طرف دولت به بخش خصوصی به‌عنوان عوض اصلی قرارداد و از ارکان آن به شمار می‌آید.^۲ اعطای «امتیاز»^۳ به خودی خود شامل سه بخش است: امتیاز جهت تشکیل شرکت، امتیاز جهت ساخت و اجرا، امتیاز جهت بهره‌برداری که ذیلاً مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت ضمانت اجرای ناشی از این نقض تعهد بررسی می‌شود.

۱. البته اثبات استفاده از «بی.او.تی» در اعمال تصدی‌گری دولت به هیچ‌وجه نافی استفاده از این قرارداد در حوزه‌های حاکمیتی نیست.

۲. طباطبایی مؤتمنی، ۷.

۳. این امتیاز با تفسیر اصل ۸۱ قانون اساسی که افاده «انحصار» نموده و مشمول ممنوعیت می‌شود متفاوت است.

گفتار اول: انواع تعهدات به اعطای امتیاز

قسمت اول: امتیاز تشکیل شرکت: تشکیل شرکت به عنوان مقدمه برای شروع فعالیت تجاری شناخته می‌شود، به این توضیح که فعالیت تجاری سرمایه‌گذار خصوصی یا خارجی امکان‌پذیر نمی‌باشد، مگر از طریق تأسیس و تشکیل شرکت تجاری. به همین جهت است که در بعضی کشورها تشکیل شرکت پروژه از پیش شرط‌های پذیرش پیشنهاد «بی.او.تی»، در اسناد مناقصه، در نظر گرفته شده است؛ برای مثال در کشور چین و ویتنام کنسرسیوم باید مطابق مقررات داخلی آن‌ها به صورت یک شرکت حقوقی به ثبت برسد تا بتواند طرف قرارداد «بی.او.تی» قرار گیرد.^۱ لذا اعطای امتیاز از طرف دولت به سرمایه‌گذار، در دل خود امتیاز تشکیل شرکت را نیز دارد، چرا که مقدمه واجب نیز واجب است؛ کما اینکه شرکت‌های دولتی ایران عملاً با اشخاص حقیقی وارد قرارداد نمی‌شوند. در کشورهای خارجی، مانند ترکیه، روند تشکیل شرکت بیش از چند روز طول نمی‌کشد درحالی‌که در ایران این روند با این سرعت و مطلوبیت وجود ندارد و نتیجه‌ی برخورد سرمایه‌گذار با بروکراسی و موانع قانونی موجب از بین رفتن اعتماد و انگیزه و نهایتاً عدم جذب وی می‌شود.

قسمت دوم: امتیاز ساخت و اجرا: مرحله پس از انعقاد قرارداد و تشکیل شرکت، اعطای امتیاز جهت ساخت، اجرا و راه‌اندازی پروژه به سرمایه‌گذار می‌باشد. اهمیت بسیار زیاد آن موجب می‌شود که، در موارد زیادی، از قرارداد اصلی تفکیک شده و اعطای امتیاز در قالب «قرارداد اعطای امتیاز»^۲ به صورت علی‌حده بین طرفین منعقد شود. اهمیت انجام پروژه از این جهت است که نیاز عمومی آن را ایجاب می‌کند و بیشترین طرح‌ها معمولاً در انحصار بخش دولتی است، بنابراین ورود سرمایه‌گذار خصوصی و به طریق اولی خارجی در این طرح‌ها بعضاً نیازمند مجوز خاص^۳ است که دولت باید تسهیلات لازم برای اعطای امتیاز را فراهم آورد تا مانعی

۱. بند دوم قانون شماره ۸۷/۳۲۰ سال ۱۹۹۳ ویتنام در مورد «بی.او.تی» (شیروی ۱۳۹۴، ۳۲۶): برای اجرای طرح «بی.او.تی»، سرمایه‌گذار باید یک شرکت پروژه «بی.او.تی» مطابق با مقررات سرمایه‌گذاری خارجی ویتنام تأسیس نماید. شرکت پروژه دارای شخصیت حقوقی بوده و بعد از اینکه مجوز سرمایه‌گذاری را اخذ کرد و اساسنامه شرکت را به ثبت رسانید به انجام فعالیت‌ها مجاز خواهد شد.

2. Concession Agreement.

۳. مانند مرحله‌ای که در فرض خارجی بودن سرمایه‌گذار در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی پیش بینی شده است؛ مانند اخذ تاییدیه سرمایه‌گذاری در کمیسیون مندرج در قانون و مجوز سرمایه‌گذاری، پروانه کار، پروانه اقامت و

بر سر راه سرمایه‌گذاری نباشد. گاهی اوقات اعطای امتیاز ممکن است از مجوز خاص فراتر رفته و نیازمند قانون خاص^۱ باشد.^۲ متولی این امر در ایران سازمان سرمایه‌گذاری خارجی قرار گرفته است؛ سازوکار عملکردی این سازمان به این گونه است که پس از اینکه سرمایه‌گذاران با ثبت نام و ورود در این سامانه مشخصات خود را درج و درخواست اخذ مجوز سرمایه‌گذاری در چهارچوب روش‌های پیش‌بینی شده در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی را ارائه نمودند، این درخواست ظرف ۱۵ روز توسط سازمان بررسی و در صورت موجه بودن، موضوع در هیات سرمایه‌گذاری خارجی مطرح و تصمیم هیات در تصویب یا رد آن، به سرمایه‌گذار ابلاغ می‌شود؛ در صورت تصویب موضوع، مجوز توسط وزیر امور اقتصادی و دارایی امضاء و در نهایت مجوز سرمایه‌گذاری توسط سازمان به سرمایه‌گذار ابلاغ می‌شود. میانگین زمان لازم از طرح موضوع در هیات سرمایه‌گذاری خارجی تا ابلاغ مجوز به سرمایه‌گذار حدوداً ۳۰ روز کاری تخمین زده شده است، که با احتساب دوره ۱۵ روزه مرحله‌ی بررسی اولیه درخواست سرمایه‌گذاری در سازمان این مدت، به زعم سازمان، حداکثر و فی الواقع حداقل به ۴۵ روز می‌رسد.^۳ این درحالیست که در ترکیه کل فرآیند، یعنی از مرحله ارائه درخواست سرمایه‌گذاری تا صدور مجوز بین ۱۰ تا ۱۵ روز طول می‌کشد.

قسمت سوم: امتیاز بهره‌برداری: این امتیاز به دنبال تشکیل شرکت و اعطای امتیاز ساخت اجرا لازم به نظر می‌رسد، که در اغلب موارد به عنوان وسیله بهره‌برداری در قالب امتیاز اصلی در نظر گرفته می‌شود. در قراردادهای متعارف «بی.او.تی» اعطای امتیاز بهره‌برداری محدود به مدت زمان معینی است که معمولاً در قرارداد اصلی از قبل مشخص شده است. به این ترتیب که طرفین در بادی امر و هنگام انعقاد قرارداد توافق می‌کنند تا با احتساب میزان سرمایه‌گذاری، بهره منطقی و سود مورد نظر، چه مدت زمان طول می‌کشد تا سود و سرمایه‌ی سرمایه‌گذار مستهلک شود. اما چنانچه این مدت از قبل تعیین نشود، به نظر بلااشکال می‌رسد. بدین نحو که پس از اتمام مرحله ساخت پروژه و محاسبه‌ی مخارج، مطابق فرمولی که از قبل در قرارداد

سایر موارد مندرج در مواد ۳ و ۴ قانون و مواد ۱۲ تا ۱۵ آیین‌نامه این قانون.

۱. مانند قانون خاص ترکسل و تاو

۲. خسروزاده (۱۳۸۹)، ۵.

3. <https://www.investiniran.ir/fa/investmentlicensing/investmentlicense>

پیش بینی شده است، مدت محاسبه خواهد شد.^۱ و این عدم تعیین زمان موجب غرری شدن قرارداد نمی‌شود چراکه مدت قرارداد مطابق فرمول از قبل تعیین شده «قابل تعیین» است. اصرار بر سر تعیین دقیق مدت قرارداد جهت اجتناب از غرری شدن معامله در حقوق ایران در حالی محل نزاع است که امروزه با استناد به اصل آزادی اراده طرفین قرارداد، اکثر نظام‌های حقوقی دنیا اتفاق نظر دارند، «قابلیت تعیین» مدت قرارداد برای صحت آن کفایت می‌کند. و حتی می‌توان یک گام فراتر رفت، به طوری که دولت متعهد گردد چنانچه حوادثی رخ دهد که مخارج ساخت یا هزینه بهره‌برداری را به طور قابل توجهی افزایش دهد، مدت زمان بهره‌برداری را طوری افزایش دهد که سرمایه‌گذار متضرر نشود یعنی نرخ بازگشت سود شرکت پروژه در هر حال از یک حدی^۲ کمتر نباشد. این حقیقت که در این قراردادها دولت ایران عملاً تا چه اندازه تسهیلات حسن بهره‌برداری را فراهم می‌کند یا خیر محل تامل بسیار دارد.

گفتار دوم: مسئولیت ناشی از نقض امتیاز

همان طور که شرح آن گذشت، امتیاز جزئی از عوض قراردادی محسوب می‌شود و یکی از ارکان اساسی قرارداد «بی.او.تی» است. بنابراین، قرارداد «بی.او.تی» عملاً بدون اعطای امتیاز منعقد نمی‌شود، تا بتوان برای نقض آن مسئولیتی قائل شد، چرا که چهره معاوضی در این قرارداد اینگونه ایجاب می‌کند که دولت در ازای تفویض بخشی از اختیارات خود در زمینه‌های ساخت و اجرا، تشکیل شرکت و بهره‌برداری، فن و سرمایه را به عنوان رکن دیگر جذب کند.

قسمت اول: ممنوعیت اعطای امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات تجاری به خارجیان
کماکان مسئله‌ساز است. با توجه به اصل ۸۱ قانون اساسی: «دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات در امور تجارتی و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است.»، اعطای امتیاز تشکیل شرکت به خارجیان در هر حوزه اقتصادی به طور عام منع شده است، چنین برداشتی از اصل ۸۱ موجب می‌شود خارجیان از ابتدایی‌ترین

۱. داراب‌پور (۱۳۹۶)، ۴۳.

۲. برای تعیین معیار «حد» پیشنهاد می‌گردد نرخ‌های میانگین موزون سنا اعلامی بر مبنای معاملات ثبت شده در «سامانه نظارت ارز (سنا)» توسط بانک‌ها و صرافی‌های مجاز کل کشور ملاک عمل قرار گیرد، نه نرخ سالانه تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی.

حق در فعالیت اقتصادی یعنی تشکیل شرکت محروم شوند. برای بازگشت این حق اولیه به سرمایه‌گذار به ناگزیر با تصویب «قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی خارجی»^۱ و سپس «قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی»^۲ و در نهایت «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذار خارجی» قانون اساسی دور زده شد و عملاً منع تشکیل شرکت توسط خارجیان در ایران رفع شد. بنابراین، دولت موظف است در جهت جذب سرمایه‌های خارجی در امور کلان عنوان مقدمات حضور آن‌ها را فراهم سازد. عدم تجویز تشکیل شرکت‌های خارجی و حتی کارشکنی و ایجاد ممانعت از ثبت شرکت خارجیان، به عنوان حق شناخته شده در قوانین فوق‌الذکر، در عمل هیچ ضمانت اجرایی در قانون ایران ندارد و شوربختانه انتظار انتساب مسئولیت این نقیصه دور از ذهن است.

قسمت دوم: اعطای امتیاز ساخت و اجرا به بخش خصوصی ممکن است نیاز به وضع مقررات خاص داشته باشد که دولت باید از قبل موجبات وضع چنین مقرراتی را فراهم سازد. برای مثال، ممکن است فعالیت و سرمایه‌گذاری بخش خصوصی در بعضی زمینه‌ها ممنوع باشد یا مطابق آیین نامه‌ها با محدودیت‌هایی روبرو باشد. دولت باید مقررات را طوری تغییر دهد تا زمینه برای سرمایه‌گذاری بخش خصوصی یا خارجی فراهم آید. در مواقعی که سرمایه‌گذاری خارجی در برخی زمینه‌ها با منع یا محدودیت قانونی مواجه است، چنانچه دولت با نیازسنجی به این نتیجه برسد که حضور سرمایه‌گذار خارجی در عملیات مورد نظر ضروری است، موظف است قبل از فراخوان حضور سرمایه‌گذار، قانون را به نحو مقتضی تغییر دهد. در صورتی که تعهدی صورت نپذیرفته باشد مسئولیتی قابل تصور نیست، چرا که در صورت فقدان آن تعهد اساساً سرمایه‌گذار قرارداد را منعقد نمی‌کند و مورد بحث سالبه به انتفای موضوع می‌باشد. اما اگر امتیاز ساخت و اجرا اعطا گردید ولی به هر علتی نقض تعهد صورت پذیرفت، ناقض قرارداد از باب قراردادی مسئول است؛ و حتی چنانچه دولت تعهدات قانونی خود را نقض کند و ارکان مسئولیت مدنی وجود داشته باشد، نباید در مسئولیت مدنی دولت تردیدی روا داشت.

۱. روزنامه رسمی، شماره ۱۵۳۸۴، مورخ ۱۳۷۶/۹/۲۶.

۲. روزنامه رسمی، شماره ۱۴۱۵۰، مورخ ۱۳۷۲/۷/۱۵.

قسمت سوم: عنوان گردید که اعطای امتیاز بهره‌برداری از بدیهیات و ارکان یک قرارداد متعارف «بی.او.تی» محسوب می‌شود. شرکت پروژه پس از ساخت و اجرا و تشکیل شرکت انتظار دارد تا از طریق امتیاز بهره‌برداری بتواند سرمایه و سود خود را مستهلک کند. دولت موظف است علاوه بر اینکه امتیاز بهره‌برداری را به عنوان عوض در اختیار شرکت پروژه قرار می‌دهد، موجبات بهره‌برداری هر چه بهتر را برای شرکت پروژه فراهم آورد. چرا که در عقود مغاینه‌ای، هدف اصلی سرمایه‌گذار سود است. اگر به نحوی از انحاء بجز فورس مازور و موارد خاص^۱، دولت یا هراگان دولتی مخالفتی در بهره‌برداری فراهم آورد، دولت از باب تسبیب مسئول جبران خسارات وارده می‌باشد.^۲ در اینکه برای جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذار، بهای ظرفیت پرداخت می‌شود یا مقدار خسارت به نحو دیگری تعیین گردد، سخن بسیار است که خواهد آمد.^۳

فصل دوم) تعهد به کنترل رقابت پروژه رقیب

در حقوق اقتصادی ساختارهای مختلفی برای بازار در نظر گرفته می‌شود؛ که بازار «رقابت کامل»^۴ معیار سنجش میزان رقابت در بازارهای دیگر است. در مقابل بازار «رقابت انحصاری»^۵، «انحصار چند جانبه»^۶ و «انحصار کامل»^۷ وجود دارد.^۸

گفتار اول: تعهد دولت به نظارت بر بازار

ایجاد بازار رقابتی کامل در راستای خصوصی‌سازی، جزو اولویت‌های کشورهای بشمار

۱. داراب‌پور (۱۳۹۶)، ۳۲۳.

۲. داراب‌پور (۱۳۹۰)، ۲۴.

۳. داراب‌پور (۱۳۹۶)، ۳۷۳.

۴. Competitive Market: در این حالت، تعداد زیادی خریدار و تعداد زیادی فروشنده در بازار وجود دارند. در نتیجه قیمت کالا در بازار رقابت کامل در درازمدت به علت آنکه برابر با حداقل هزینه متوسط تولید است، سود متعارف تولیدکننده و منافع مصرف‌کننده را در بر دارد.

۵. Monopolistic competition: در این حالت نیز تعداد زیادی فروشنده یک نوع محصول خاص و تعداد زیادی خریدار وجود دارند، ولی فروشندگان از طریق ایجاد تمایز در محصولات خود مانند تغییر بسته بندی، ارتقای کیفیت و غیره به رقابت می‌پردازند.

۶. Oligopoly: در این حالت، تعداد کمی فروشنده و تعداد زیادی خریدار وجود دارد.

۷. Monopoly: این حالت، زمانی است که فقط یک فروشنده و تعداد زیادی خریدار در بازار وجود داشته باشد.

۸. نمازی (۱۳۸۴)، ۲۸.

می‌آید. بنابراین، کنسرسیومی که قصد سرمایه‌گذاری در ایران را دارد، باید با مطالعه دقیق از وضعیت اقتصادی حساس کنونی و همچنین برنامه‌ای کارشناسی شده در عرضه کالاها و خدمات تولیدی گام بردارد. در غیر این صورت، با وضعیت موجود، مغلوب تولیدکنندگان و سرمایه‌گذاران رقیب و مشمول قاعده «اقدام»^۱ خواهد شد.

بنابراین، دولت به عنوان کارفرما برای جلوگیری از شکست مجری طرح، که نهایتاً منجر به ضرر دولت به عنوان مالک نهایی خواهد شد، مسؤول است با نظارت استصوابی اجرای پروژه‌های هم‌عرض را کنترل کند. چون طرح‌های زیربنایی موضوع قرارداد «بی.او.تی» عموماً در حوزه‌ی اختیارات بخش عمومی یا دولت قرار دارند و هرگونه اجازه در این زمینه از سوی دولت صادر می‌شود. بنابراین مطابق اصل عدم تبعیض، دولت را باید متعهد دانست که با عدم اجازه اجرای پروژه‌های رقیب، لااقل تا کسب میزان مشخصی از سود، به موفقیت طرح کمک کند.

گفتار دوم: مسئولیت عدم کنترل بازار

دولت باید توجه داشته باشد که در هر قراردادی که به دنبال جذب سرمایه است از جمله «بی.او.تی»، در صورت اعطای اجازه فعالیت پروژه‌های رقیب، کسی که در نهایت متحمل ضرر می‌شود خود بخش عمومی یا شرکت دولتی طرف قرارداد است، چرا که با کسب اجازه فعالیت طرح‌های رقیب اجازه، یک طرح هم‌عرض ساخته می‌شود، که اتفاقاً به دلیل اینکه منشاء داخلی دارد از امکانات آن نیز بهره‌مند می‌شود، که چه موفق شود چه نشود، طرح «بی.او.تی» کنسرسیوم طرف قرارداد در معرض شکست قرار گرفته و در هر مرحله‌ای که باشد بخاطر اجتناب از زیان بیشتر متوقف می‌شود، و این دولت است که به عنوان طرف دیگر قرارداد و مالک نهایی طرح با ضررهای جبران‌ناپذیری روبرو می‌شود؛ و بدیهی است که دولت بر مبنای نظریه تقصیر مسئولیت جبران کلیه خسارات ناشی از عمل خود را، از طریق متوقف ساختن پروژه‌ی رقیب و تقویت موضع کنسرسیوم به همراه جبران خسارات وارده مستقیم و غیرمستقیم، بر عهده دارد.

۱. «الاقدام مسقط الضمان»

بخش دوم. تعهدات تضمینی و تشویقی

در این بخش مهم‌ترین مشوق‌هایی که می‌توان بر آنها عنوان تعهد نهاد و برای نقض احتمالی آنها ضمانت اجرا قائل شد در چهار فصل مورد تحلیل حقوقی و اقتصادی قرار می‌گیرد.

فصل اول) تعهدات تضمینی

در نظام‌های اقتصادی که نگاه جدی به پذیرش سرمایه دارند، بخش عمومی، به عنوان کارفرما، در قرارداد «بی.او.تی» تعهداتی در مقابل شرکت پروژه به عهده می‌گیرد که برخی از آن‌ها عمدتاً جنبه‌ی تضمینی دارند؛ با عنایت به اینکه قرارداد «بی.او.تی» از جمله قراردادهای بلندمدت به شمار آمده و منافع آن در جزء جزء زمان ایجاد می‌شود، این تعهدات به روش‌های مختلفی صورت می‌گیرد. بخش عمومی پذیرنده سرمایه، تعهدات تضمینی را وسیله‌ای در جهت جذب سرمایه‌گذار و کاهش ریسک حامیان مالی و وام‌دهندگان قرار می‌دهد. چرا که مهم‌ترین فاکتور برای حامیان مالی کنسرسیوم و وام‌دهندگان، بازگشت اصل سرمایه و سود آن است که با توجه به وضعیت حساس کنونی در اقتصاد، دولت ایران باید برای تضمین آن و کاهش ریسک سرمایه‌گذار، از اهرم‌های مختلف حقوقی به خوبی بهره‌مند شود.^۱

گفتار اول: انواع تعهدات تضمینی

قسمت اول: تضمین خرید محصول: اصولاً هدف از انعقاد قرارداد «بی.او.تی» تولید و فروش کالا یا ارائه خدمات با شرایط خاصی است که اجرای این طرح‌ها زمانی برای سرمایه‌گذار خصوصی یا خارجی توجیه اقتصادی دارد که فروش محصول تضمین شده باشد. چراکه عدم تضمین خرید محصول پروژه از طرف بخش عمومی، یا به معنای اخس دولت، در پروژه‌های زیربنایی، شرکت پروژه را در موقعیت خطرناک «فریز» شدن قرار می‌دهد. در حقیقت شرایط قراردادی تضمین خرید محصولات و خدمات یکی از فاکتورهای کلیدی اقتصادی در ارزیابی ریسک پروژه به روش «بی.او.تی» توسط شرکت پروژه و وام‌دهندگان می‌باشد. آنچه جهت کاهش ریسک و توجیه‌پذیری اقتصادی پیشنهاد شده است این است که در برخی از پروژه‌ها مانند خرید و فروش لایه‌های مختلف نفت مثل لوبکات، که تولید و

حتی مصرف آن به صورت انحصاری تنها در اختیار دولت و شرکت‌های وابسته است، خرید تضمینی را باید اینگونه تعریف نمود که کارفرمای دولتی در قرارداد تعهد می‌کند که محصول پروژه را در مدت بهره‌برداری از شرکت پروژه خریداری کند؛ در نتیجه‌ی این تعهد دولت ملزم می‌گردد حتی چنانچه نیازی به محصول نداشته باشد یا نتواند محصول را تحویل بگیرد، قیمت آن را به کنسرسیوم پرداخت نماید.^۱

قسمت دوم: تضمین تبدیل درآمد به ارز و انتقال آن به خارج از کشور: کنسرسیوم در جریان سرمایه‌گذاری به روش «بی.او.تی» به تأمین مالی پروژه از طریق ارز معتبر خارجی توسط وام‌دهندگان می‌پردازد در حالیکه بدلائل ملاحظات مختلف از جمله مالیات، معمولاً درآمد حاصله به پول داخلی ثبت می‌گردد. بنابراین امکان، شیوه و نرخ تبدیل درآمد و سود به ارز معتبر خارجی و نحوه انتقال آن به خارج از کشور، از دغدغه‌های اصلی و بسیار مهم سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌شود که عدم پیش‌بینی آن در قرارداد منجر به ضرر جبران‌ناپذیری می‌گردد. در این راستا دولت تکلیف دارد، امکان تبدیل درآمد از حاصل پروژه و انتقال آن به کشور متبوع سرمایه‌گذار را تضمین کند؛ تا طرف مقابل از حیث امکان، شیوه و نرخ تسعیر اصل سرمایه و سود خود به صورت ارز خارجی و انتقال آن به پروفورم معرفی شده نگرانی نداشته و تمرکز خود را به انجام تعهداتش معطوف کند.

گفتار دوم: ضمانات اجرای نقض تضمینات

آنچه حین امکان‌سنجی و تحلیل اقتصادی یک طرح نظر سرمایه‌گذار و وام‌دهنده را به خود جلب می‌کند، تعهدات تضمینی است؛ که ضریب اطمینان سرمایه‌گذار را تقویت می‌کند.

قسمت اول: به موجب قسمت ۲-۲ عنوان ب ماده ۴ آیین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذار خارجی: «در روش‌های «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» و «مشارکت مدنی»، خرید کالا و خدمات تولیدی طرح مورد سرمایه‌گذاری توسط دستگاه دولتی طرف قرارداد، در مواردی که دستگاه دولتی خریدار انحصاری و یا عرضه‌کننده کالا و خدمات تولیدی به قیمت یارانه‌ای باشد، در چارچوب مقررات قانونی تضمین می‌شود.»

بنابراین، قانون‌گذار ایران به تبعیت از اتفاق نظر حقوقدانان، در موارد خاصی، دولت را مکلف به تضمین خرید محصول شرکت پروژه کرده است. اما گاهی برخلاف شرایط فوق، ممکن است دولت نیازی به محصول نداشته باشد یا مشتری حاضر به خرید محصول نشود، یا شرایط و امکانات تسلّم کالا وجود نداشته باشد، در این صورت طبعاً محصولات شرکت پروژه یا انبار می‌گردد یا تولید کاملاً متوقف می‌شود و تأسیسات بلااستفاده می‌ماند. در این حالت اقتصاد حقوق دولت را مسئول جلوگیری و جبران خسارت شرکت پروژه می‌داند البته قطعاً نه به قیمت یارانه‌ای. برای جبران خسارت شیوه‌های تعریف تعریف شده‌است، که پس از تحلیل اقتصادی جهت اجتناب از ورود ضرر ناروا به دولت پرداخت «بهای ظرفیت»^۱ به سرمایه‌گذار دارای توجه به نظر می‌رسد، به این ترتیب که پس از کسر هزینه‌های تولید، مبلغی که از قیمت اصلی محصول کم‌تر است، به ایشان پرداخت می‌شود، چرا که در صورت توقف تولید، دیگر هزینه‌های تولیدی وجود ندارد.

قسمت دوم: با عنایت نوسانات شدید نرخ در بازار ارز در سال ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷، بانک مرکزی در حوزه تبدیل پول داخلی به ارز خارجی و نرخ تسعیر آن محدودیت‌ها و کنترل‌هایی اعمال نمود که مطابق آن تبدیل ارز خارج از چهارچوب تعیین شده توسط آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های دولت، ممنوع بوده و ضمانت اجرا و جریمه برای شرکت پروژه به همراه دارد.^۲ پس در صورت تعهد دولت به تضمین تبدیل درآمد به ارز در قرارداد پیکان مسئولیت عدم اجرای آن مستقیماً با دولت است، وانگهی به دلیل تغییر نرخ ارز در سامانه سنا و نیما، ارزش پول داخلی به میزان قابل توجهی کاهش یافته که موجبات ضرر سرمایه‌گذار فراهم می‌آورد. برای اجتناب از ورود ضرر خارج از اراده به دولت، پیشنهاد می‌گردد، دولت مسئولیت خود را از طریق تشکیل صندوق‌های پوشش ریسک^۳ بیمه نماید؛ تا به سرمایه‌گذار این

۱. Capacity Price در مقابل «بهای محصول»، «بهای ظرفیت» وجود دارد که به مبلغ مابه تفاوت بهای محصول و هزینه‌های تولید گفته می‌شود، که با توقف تولید آن هزینه‌ها هم منتفی می‌شود.

۲. مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۳ قابل دسترسی در سایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران: <https://www.cbi.ir/aspdx.17630/datedlist>

۳. Hedge Fund یا صندوق‌های پوشش ریسک: نهادهای سرمایه‌گذاری هستند که تفاوت‌های عمده‌ای با صندوق‌های سرمایه‌گذاری سنتی دارند که مهمترین آن‌ها عبارتند از: مجازند از ابزارهای متنوع‌تری نظیر فروش استقراضی و معامله بر روی ابزارهای مالی مشتقه جهت کاهش ریسک و ارتقاء بازده استفاده نمایند، نهادهای ناظر بر بازار سرمایه اجازه نظارت

اطمینان و امکان را بدهد تا در طیف وسیع‌تری از موقعیت‌های تجاری سرمایه‌گذاری کند. مطابق مواد ۱۳ و ۱۴ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی^۱، اصل سرمایه خارجی و منافع آن و سود سرمایه‌گذاری خارجی پس از پرداخت کسور قانونی و با تصویب هیأت سرمایه‌گذاری خارجی و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی قابل انتقال به خارج از کشور بوده و برابر بند ۵ قسمت الف ماده ۴ آیین نامه اجرایی نیز «انتقال اصل سرمایه، سود سرمایه و منافع حاصل از بکارگیری سرمایه به صورت ارز و حسب مورد به صورت کالا به ترتیب مندرج در مجوز سرمایه‌گذاری به خارج از کشور میسر است.» اگر مسئولین دولتی و دوایر مرتبط با تخلفات اداری مانع انجام این امور شوند و پرداخت صندوق پوشش ریسک نیز کافی نباشد، مسئولیت بر اساس قراردادهای دو جانبه یا چند جانبه یا بین‌المللی محاسبه خواهد شد.

فصل دوم) تعهدات تأمینی

با عنایت به اینکه در طرح‌های کلان، سرمایه‌گذاران، اعم از داخلی و خارجی، در تأمین برخی موارد با محدودیت‌هایی روبرو هستند که رفع آنها برای دولت با سهولت بیشتری انجام می‌شود، دولت معمولاً در جهت تسریع و تسهیل فعالیت شرکت پروژه، انجام برخی تعهدات را شخصاً به عهده می‌گیرد؛ که ذیلاً به دو مورد از تعهدات تأمینی دولت اکتفا می‌شود.

گفتار اول: انواع تعهدات تأمینی

قسمت اول: تأمین زمین و حقوق ارتفاقی شرکت پروژه: اجرای پروژه «بی.او.تی» فارغ از اینکه موضوع آن احداث نیروگاه باشد یا احداث خطوط لوله گاز یا آب، مستلزم تأمین زمین است. در برخی قراردادها با توجه به توانایی هریک از طرفین در تحصیل زمین، ممکن است شرکت

بر فعالیت‌های مالی آن‌ها را ندارند، تعداد محدودی از سرمایه‌گذاران خاص با سرمایه‌های کلان مجاز به سرمایه‌گذاری در این صندوق‌ها می‌باشند. در کلیه قراردادهای درازمدت که درآمد به پول داخلی است و باید به پول معتبر دیگری تبدیل شود، شرکت‌های تجاری برای مقابله با خطرات نوسان نرخ ارز باید از روش Hedge استفاده کنند.

۱. ماده ۱۳: اصل سرمایه خارجی و منافع آن یا آنچه که از اصل سرمایه در کشور باقی مانده باشد با دادن پیش‌آگهی سه ماهه به هیأت و بعد از انجام کلیه تعهدات و پرداخت کسورات قانونی و تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی قابل انتقال به خارج خواهد بود.

ماده ۱۴: سود سرمایه‌گذاری خارجی پس از کسر مالیات و عوارض و اندوخته‌های قانونی با تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی قابل انتقال به خارج است.

دولتی یا خود شرکت پروژه عهده‌دار آن شود؛ ولی اصولاً در پروژه «بی.او.تی» تحویل زمین و تأمین مکان مورد نیاز به نحو مجانی به شرکت پروژه، در قسمت تعهدات دولت قید می‌شود. درست است که دولت مسئول تأمین زمین و حقوق ارتفاقی از جمله احداث راه‌های ارتباطی، تأمین آب، خطوط انتقال برق و کلیه تسهیلات لازم جهت دسترسی به پروژه می‌باشد، اما این تعهد مانع آن نیست که دولت شرایط بازپرداخت هزینه‌ی تأمین زمین یا اجرت المثل استفاده از آن را در طول دوره بهره‌برداری یا پس از اتمام پروژه، در قرارداد پیش‌بینی کند. البته که تأمین مجانی این حقوق توسط دولت، به‌عنوان یک اهرم تشویقی در جهت جذب سرمایه‌گذار داخلی یا خارجی بشمار می‌آید.

قسمت دوم: تأمین مواد اولیه و سوخت: در برخی پروژه‌های «بی.او.تی»، شرکت پروژه برای انجام تعهدات خود نیاز به دسترسی به خوراک اولیه دارد که اتفاقاً تأمین آن در انحصار دولت است. این مسئولیت در «قراردادهای تبدیل انرژی»^۱، که شرکت پروژه مسئول تبدیل نوعی از انرژی مثلاً گاز به نوع دیگر انرژی مثلاً برق است، مورد توجه بیشتر قرار می‌گیرد.^۲ به‌عنوان مثال دیگر، می‌توان به طرح‌های تصفیه پساب یا شیرین‌سازی آب اشاره نمود.^۳ در صورت اول یعنی قراردادهایی که موضوع آن‌ها تبدیل انرژی است دولت مسئول رساندن گاز مورد نیاز به مجری پروژه جهت تبدیل آن به برق است و در صورت دوم نیز آب مورد نیاز جهت تصفیه و شیرین‌سازی از طرف کارفرمای دولتی در اختیار شرکت پروژه قرار می‌گیرد. در مواردی که دولت، مواد اولیه را در اختیار پیمانکار قرار می‌دهد، باید ارزش این مواد از هزینه‌های تولید کاسته شود.

از آنجا که در پروژه‌های نیروگاهی و مولد انرژی، تأمین سوخت، نحوه و سهولت دسترسی به آن برای سرمایه‌گذار از اهمیت زیادی برخوردار است، ثبات طرح و تداوم تولید پروژه مستلزم تأمین مستمر و منظم سوخت و مواد اولیه لازم از سوی بخش دولتی است. نحوه ارائه و نوع مواد

۱. ECA (Energy conversion agreement) یا قراردادهای تبدیل انرژی بدین ترتیب است که امروزه معمولاً انرژی از سوخت فسیلی به انرژی الکتریکی بر تبدیل می‌شود.

۲. نیروگاه گازی استان فارس و اصفهان

۳. احداث واحد آب شیرین جزیره کیش توسط شرکت آب و برق کیش (سهامی خاص) از سال ۸۹ در غالب بخش خصوصی با سهامداری سازمان منطقه آزاد کیش، تأمین برق و آب مورد نیاز جزیره کیش را برعهده دارد. (وبسایت شرکت آب و برق کیش (سهامی خاص) ۱۳۹۴/۲)

اولیه‌ای که دولت در اختیار مجری پروژه قرار می‌دهد، بنا به موقعیت طبیعی و اقتصادی هر کشور متفاوت است؛ گاهی ممکن است تعهد به تأمین سوخت و جزئیات آن، به عنوان بخشی از امتیاز، در قرارداد پیش بینی شده باشد و گاهی هم از چنان اهمیت و بدهتی برخوردار است که به عنوان شرط تبانی، مبنای انعقاد قرارداد محسوب می‌شود.

گفتار دوم: ضمانت اجرای نقض تعهدات تأمینی

به جهت وصف تأمینی بودن این تعهدات، به محض نقض تعهد از سوی مؤسسه یا شرکت دولتی، موجبات تضرر سرمایه‌گذار فراهم می‌شود، بنابراین، به جهت استمرار بودن تعهد دولت در تأمین ملزومات، مسئولیت تعهدات فوق، با حساسیت بیشتری بررسی می‌شود.

قسمت اول: مؤسسه یا شرکت دولتی به عنوان کارفرما باید مسائل مختلفی را در تهیه زمین مورد نیاز مجری پروژه در نظر بگیرد و در صورت نیاز مشروحاً در قرارداد پیش بینی کند. کاربری زمین، تملک زمین، حقوق شرکت پروژه جهت مالکیت و اجاره زمین، متناسب بودن موقعیت زمین، لحاظ کردن منافع عامه^۱ از موارد مختلف اینگونه تأمینات می‌باشد.

بنابراین مسئولیت هرگونه عدم تطابق زمین با فعالیت کنسرسیوم یا تأخیر در تهیه و تحویل آن، که منجر به تأخیر فرآیند ساخت می‌شود، را باید متوجه بخش دولتی دانست. چنانچه پس از تهیه و تحویل زمین به شرکت پروژه شخص ثالثی با ادعای مالکیت، از فعالیت شرکت در آن مکان جلوگیری کند، یا به هر علت دیگری قبل از تحویل زمین به مجری پروژه، اشکالی در آماده‌سازی مکان جهت اجرای پروژه بوجود آید که منتسب به دولت باشد و در نتیجه موجب تأخیر در اجرا و ساخت پروژه نسبت به زمان پیش‌بینی شده شود، شرکت پروژه به عنوان متعهد اصلی ساخت و اجرای طرح مسئولیتی نخواهد داشت؛ و این بخش دولتی است که نهایتاً باید غرامت و خسارت وارده به شرکت پروژه را از این جهت بپردازد و مسئول تأخیر در ساخت یا توقف فرآیند ساخت به حساب می‌آید.^۲

1. UNIDO B.O.T Guideline 1996, 234.

۲. مستنبط از بند ۲-۱۴ ماده ۱۴ توافقنامه «بی.او.تی» نیروگاه سیکل ترکیبی علی‌آباد کتول (شرکت صبا)، جزء اسناد منتشره مناقصه

قسمت دوم: بحث از تهیه و تحویل مواد اولیه به عنوان خوراک تولید^۱، زمانی مصداق پیدا می‌کند که مجری طرح در مرحله دوم قرارداد یعنی مرحله بهره‌برداری باشد؛ به این توضیح که پس از ساخت پروژه و هنگام بهره‌برداری، دولت متعهد به تأمین مستمر مواد اولیه به عنوان خوراک تولیدی شرکت پروژه می‌گردد. در این مرحله، هرگونه تعلل و کوتاهی شرکت دولتی موجب تغییر وضعیت تأسیسات و کارخانه از «در حال تولید»^۲ به «آماده به کار»^۳ می‌شود؛ این تغییر وضعیت به این معنی است که شرکت پروژه به تعهدات قراردادی خود عمل کرده و این دولت است که با نقض تعهد موجب معطلی فرآیند ساخت محصول شده است. بنابراین، مسئولیتی متوجه مجری پروژه نیست، و این بخش عمومی است که با پرداخت «بهای ظرفیت» مسئول جبران خسارت وارده به شرکت پروژه، تا رفع مانع و ادامه تأمین مواد اولیه، می‌باشد.

تعهد دولت به تضمین تهیه و تحویل خوراک مورد نیاز شرکت پروژه، باید به این نحو باشد همیشه یک نوع خوراک جایگزین مثلاً نفت، در کنار خوراک اصلی مثلاً گاز، در نظر گرفته شود، که در صورت فقدان یا اختلال در عرضه فوراً قابل تبدیل باشد. اما چنانچه خوراک عرضه شده از انواع پیش‌بینی شده در قرارداد نباشد مثلاً ذغال سنگ، یا از لحاظ شرایط و مرغوبیت حائز استاندارد لازم نباشد، شرکت پروژه ملزم به قبول آن نیست؛^۴ و هرگونه خسارت ناشی از توقف تأسیسات تولید که از این جهت به وجود آید منتسب به شرکت پروژه نیست. چرا که دولت می‌بایست قبلاً از موجودیت منابع کافی اطمینان حاصل می‌کرد. بنابراین دولت تا رفع مانع از طریق پرداخت «بهای ظرفیت» مسئول جبران این نقیصه است. بحث «فورس ماژور»^۵ و «دکترین عدم پیش‌بینی»^۶ (داراب‌پور ۱۳۹۳، ۵۲) در نتیجه تغییر اوضاع و احوال اقتصادی^۷، نحوه مسئولیت دولت را تغییر می‌دهد که مورد بحث این مقاله نیست.^۸

۱. باید بین مواد اولیه مورد نیاز در مرحله ساخت و مواد اولیه مورد نیاز در مرحله تولید تفکیک قائل شد. بحث حاضر، ناظر به مواد اولیه به معنای اخیر یعنی خوراک تولید است.

2. In Production.

3. Ready to Work.

4. ShouQing,Tiong and L.K.Robert 2000, 18:69.78.

5. Force Major.

6. Imprevison in French Law.

7. Ribus sic stantibus.

۸. داراب‌پور (۱۳۹۶)، ۳۲۳.

فصل سوم) تعهدات مالی و تشویقی

زمانی که بحث انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی یا خصوصی به روش «بی.اوتی» به میان می‌آید، اولین نکته‌ای که به ذهن متبادر می‌شود اصل «عدم استفاده از بودجه عمومی کشور» در پروژه‌ی موضوع قرارداد است.

گفتار اول: صور مختلف تعهدات مالی و تشویقی

به رغم این واقعیت که هدف اصلی دولت‌ها در انعقاد قرارداد «بی.اوتی» جذب سرمایه‌ی خارجی یا خصوصی است، گاهی اهمیت پس از دوره بهره‌برداری اقتضا می‌کند که طرح مورد حمایت‌های مالی بخش عمومی قرار گیرد. این تعهدات حمایتی صورت‌های مختلفی دارند از جمله: تعلق یارانه در بعضی بخش‌ها، وام‌های کم بهره یا بدون بهره، معافیت از برخی حقوق گمرکی یا تعلق نرخ‌های ترجیحی گمرکی در مورد تجهیزات و ملزومات به‌کار رفته، برخورداری از پوشش‌های بیمه‌ای با نرخ دولتی، اعطای معافیت‌های مالیاتی^۱ به سرمایه‌گذار موضوع مواد ۱۰۵، ۱۳۵، ۱۴۳ و ۱۴۵ قانون مالیات‌های مستقیم.

ماده‌ی ۸ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مقرر می‌دارد: «سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذاری‌های داخلی موجود است به طور یکسان برخوردار می‌باشند.» همچنین در بند ۱ قسمت الف ماده ۴ آیین نامه اجرایی همان قانون می‌خوانیم: «سرمایه‌گذاران خارجی از رفتار یکسان با سرمایه‌گذاران داخلی برخوردارند.»

۱. بین عدالت و عدم تبعیض مالیاتی پیوندی نزدیک وجود دارد. اهداف متفاوت دولت‌ها از وضع مالیات زمانی تحقق می‌یابند که مالیات وضع شده، مالیاتی عادلانه و به دور از تبعیض باشد، چه در غیر این صورت اگرچه در کوتاه‌مدت مالیات تبعیض‌آمیز می‌تواند افزایش درآمدهای مالیاتی را برای دولت‌ها به همراه داشته باشد، اما در بلندمدت باعث فرار سرمایه‌های خارجی، مخدوش شدن فضای کسب و کار و در نهایت از دست رفتن منابع درآمدی دولت می‌گردد. دولت‌ها تلاش می‌کنند مفهوم هرچه مضیق‌تری از تبعیض مالیاتی ارائه دهند به این منظور که قادر باشند با اعطاء یا سلب معافیت از گروه خاصی از مؤدیان، درآمد بیشتری کسب کنند. در مقابل، محاکم رسیدگی کننده به دعاوی مالیاتی تلاش می‌کنند که تفسیر هرچه موسع‌تری از تبعیض مالیاتی داشته باشند و دست دولت‌ها را برای اعطای نادرست مشوق‌ها یا امتیازات مالیاتی یا سلب آنان از گروه خاصی، ببندند. دولت‌ها وجود نرخ‌های مالیاتی مختلف در کشورها را تبعیض‌آمیز نمی‌دانند مشروط بر اینکه چنین نرخ‌ها به صورت یکسان بر اتباع و بیگانگان اعمال شود. البته هدفمند ساختن مشوق‌ها، امتیازات، معافیت‌ها و تخفیف‌ها، تلاش برای ایجاد یک سازوکار دادرسی مالیاتی بین‌المللی به منظور رسیدگی منصفانه و بی‌طرفانه به دعاوی بین‌المللی مالیاتی علاوه بر اینکه می‌تواند باعث تغییر رفتار مؤدیان گردد، افزایش درآمد مالیاتی دولت‌ها را نیز به همراه خواهد داشت و در نتیجه از تمایل آنان برای وضع مالیات‌های تبعیض‌آمیز به منظور افزایش درآمد مالیاتی کاسته خواهد شد.

در ایران زمانیکه صاحبان سرمایه داخلی نیز در برخی زمینه‌ها با محدودیت روبرو می‌شوند طبیعی است که سرمایه‌گذار خارجی با موانع و محدودیت‌های بیشتری مواجه می‌شود. بنابراین با توجه به تلاش بین‌المللی در جهت متحدالشکل کردن قواعد^۱، قانون‌گذار باید در یکسان‌سازی شرایط سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی اهتمام ورزد تا از گذار اصل «عدم تبعیض» به عدالت و انصاف نزدیک شود.

گفتار دوم: مسئولیت ناشی از نقض تعهدات مالی و تشویقی

با اینکه ساخت، تجهیز، راه‌اندازی، نگهداری و در نهایت بهره‌برداری از پروژه در شمار تعهدات و مسئولیت‌های اصلی سرمایه‌گذار به حساب می‌آید. اما گاهی چتر حمایتی دولت تا جایی پیش می‌رود که مسئولیت برخی فعالیت‌های اجرایی را نیز بر عهده می‌گیرد. چنانچه در قرارداد پیش‌بینی شده باشد که دولت بخشی از مراحل اجرایی مانند امور ساختمانی را بر عهده بگیرد، شرکت ذینفع خواهد شد. لذا در صورت نقض تعهد یا تأخیر در اجرای آن، باید به ضمانت اجرای قراردادی آن، که حسب مورد ممکن است جبران خسارت، افزایش دوره بهره‌برداری یا افزایش قیمت خرید محصولات باشد، رجوع کرد. موضع قانون‌گذار ایران در این خصوص محل تأمل است:

- **اول)** برخی از قواعد که نوع تضمین‌ها و تشویق‌های مجاز دولتی را تصریح نکرده‌اند و صرفاً به توانایی دولت در اعطای تعهدات تضمینی و تشویقی بسنده کرده‌اند و جزئیات را به توافق طرفین در قرارداد و یا به پیشنهاد از سوی سرمایه‌گذار واگذار کرده‌اند.
 - **دوم)** دسته‌ای دیگر مقررات که با توجه به اصل «لزوم عدم استفاده از بودجه عمومی کشور» در قراردادهای «بی.او.تی» وضع شده‌اند و اساساً این نوع تعهدات مالی و تشویقی را رد کرده‌اند، یا آن‌ها به درصد معینی از کل سرمایه‌گذاری محدود کرده‌اند.
- (برزویی، ۱۳۸۵، ۱۵۰)

به نظر می‌رسد دسته‌ی دوم موافق اصل و قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد.^۲ بررسی این نکته که با توجه به فلسفه، هدف و چهره معاوضی سرمایه‌گذاری به روش «بی.

1. Convention on The Law Applicable to Contractual Obligation (Rome 1980).

Convention on The Law Applicable to International Sale of Goods (the Hague 1955).

Convention on The Law Applicable to International Sale of Goods (Vienna 1980).

2. Unicttral Possible Future Work B.O.T Projects 1996, 11.

او.تی» آیا می‌توان بر چتر حمایتی و تشویقی بخش عمومی عنوان تعهد نهاد و در نتیجه مسئولیتی فرض کرد، به نتیجه‌گیری سپرده می‌شود.

فصل چهارم) تضمین عدم سلب مالکیت اصل و سود سرمایه

برابریک اصل مسلم در حقوق بین‌الملل عمومی، حق ملی کردن و مصادره به دولت‌ها در جهت منافع ملی و با رعایت قانون و جبران عادلانه خسارت وارده به رسمیت شناخته شده است.^۱ ملی شدن فرآیندی است که طی آن اموالی که قبلاً به اشخاص خصوصی تعلق داشته است، بر طبق قوانین خاص، در صورت وجود نفع و هدف عمومی، بدون تبعیض و با پرداخت خسارت به تملک دولت درمی‌آید.^۲ اینکه در نتیجه این حق قانونی در یک قرارداد بلندمدت «بی. او.تی» دولت تا چه حد مسؤول جبران خسارات وارده می‌باشد، ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گفتار اول: تعهد به عدم سلب مالکیت

دولت هر کشوری حق دارد در راستای حفظ منافع عمومی دست به «ملی کردن»^۳ و یا حتی «مصادره»^۴ بزند. یکی از تقسیم‌بندی‌های مصادره، تقسیم مصادره به قانونی و غیرقانونی است. این امر در قوانین ایران نیز دارای سابقه است؛ برای مثال می‌توان به ماده ۱ لایحه‌ی قانون ملی کردن جنگل‌ها^۵ مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷، یا ماده ۱ قانون ملی شدن بانک‌ها^۶ مصوب ۱۳۵۸/۳/۲۱، و یا ماده ۱ قانون ملی شدن مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری^۷ مصوب ۱۳۸۵/۸/۲۰ اشاره کرد. اما حق دولت در سرمایه‌گذاری خارجی با محدودیت‌های فراوانی

۱. میرعباسی (۱۳۷۱)، ۱۶۱.

۲. امام (۱۳۷۳)، ۳۴۵.

3. Nationalize.

4. Confiscation.

۵. از تاریخ تصویب این تصویب نامه قانونی عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است و لو اینکه قبل از این تاریخ افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند.

۶. برای حفظ حقوق و سرمایه‌های ملی و به کار انداختن چرخهای تولیدی کشور و تضمین سپرده‌ها و پس‌اندازهای مردم در بانک‌ها ضمن قبول اصل مالکیت مشروع مشروط و با توجه به ... از تاریخ تصویب این قانون کلیه بانک‌ها ملی اعلام می‌گردد و دولت مکلف است بلافاصله نسبت به تعیین مدیران بانک‌ها اقدام نماید.

۷. به منظور حفظ حقوق بیمه‌گزاران و گسترش صنعت بیمه در سراسر کشور و گماردن بیمه به خدمت مردم از تاریخ تصویب این قانون کلیه‌ی مؤسسات بیمه کشور ضمن قبول اصل مالکیت مشروع مشروط، ملی اعلام می‌شود.

روبرو می‌شود؛ چرا که در قرارداد درازمدتی مانند «بی.او.تی»، حفظ مالکیت پروژه در زمان تعیین شده جهت بهره‌برداری اصلی‌ترین نگرانی شرکت پروژه است. در حقیقت سرمایه‌گذار، خارجی یا داخلی، انتظار دارد برای مالکیتش بر پروژه حاشیه‌ی امنیتی ترسیم شود تا بتواند با اطمینان خاطر به تعهدات خود عمل کند.

در همین راستا، در ایران قانون‌گذار دولت را موظف به تضمین حفظ مالکیت شرکت پروژه در قبال مصادره و ملی شدن می‌کند. بند دوم ماده ۳ قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی مصوب ۱۳۳۴ این چنین مقرر می‌داشت: «... چنانچه با وضع قانون خاصی از صاحب سرمایه‌ای سلب مالکیت شود، دولت جبران عادلانه خسارت وارده را تضمین می‌کند...»^۱ و امروزه در ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ که مقرر می‌دارد: «سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت، مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت...»^۲ نیز همان وضعیت ابقا شد. بنابراین طبق قانون، دولت باید وضعیت مالکیت سرمایه‌گذار خارجی ایران را تضمین نماید.

گفتار دوم: مسئولیت ناشی از سلب مالکیت غیرقانونی

چنانچه علیرغم تصریح قانون‌گذار طی فرآیندی خارج از اختیار، غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب مانند انقلاب یا تحولات ملی و غیره، مالکیت سرمایه‌گذار مورد مصادره، ملی شدن یا سلب مالکیت قرار گیرد؛ دولت به معنای اعم یعنی دولت-کشور^۳ بی شک مسئولیت

۱. متن کامل: سرمایه‌هایی که مطابق ماده یک این قانون به ایران وارد می‌شود و منافع حاصل از به‌کار افتادن سرمایه‌های مزبور در ایران مشمول حمایت قانونی دولت بوده و کلیه حقوق و معافیت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌ها و بنگاه‌های تولیدی خصوصی داخلی موجود است شامل سرمایه‌ها و بنگاه‌های خارجی نیز خواهد بود. چنانچه با وضع قانون خاصی از صاحب سرمایه‌ای سلب مالکیت شود دولت جبران عادلانه خسارت وارده را تضمین می‌کند بشرط آنکه در مدت سه ماه پس از سلب مالکیت تقاضای جبران خسارت وارده به هیات مذکور در ماده ۲ تسلیم شود و در صورت بروز اختلاف رسیدگی با ادعای جبران عادلانه خسارت وارده‌ای که دولت آن را تضمین می‌کند در محاکم صلاحیتدار ایران به عمل می‌آید. در اینگونه موارد دولت می‌تواند اجازه انتقال سرمایه را به خارج بدون رعایت شرایط ماده ۵ بدهد.

۲. متن کامل: سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت.

۳. در نظر گرفتن دولت به معنای اعم یعنی دولت-کشور به این خاطر است که ممکن است طی فرآیندی که موجب سلب مالکیت کنسرسیوم می‌گردد، اساساً دولت هم تغییر کند. پس تغییر حکومت تأثیری در مسئولیت ناقض تعهد ایجاد نمی‌کند.

این نقض تعهد را برعهده دارد. در مصادره قانونی عدم النفع قابل پرداخت نیست، درحالیکه در مصادره غیرقانونی منافع از دست رفته قابل پرداخت است. در واقع در مصادره قانونی، «ضرر واقعی» یعنی «ارزش اثبات شده‌ی دارایی» باید پرداخت گردد، اما «منافع از دست رفته» و «خسارات غیرمستقیم یا تبعی» قابل پرداخت نمی‌باشد؛ اما در مصادره غیرقانونی هم «ضرر واقعی» و هم «منافع از دست رفته» و هر نوع خسارات تبعی دیگر که ناشی از آن باشد، قابل پرداخت است. با عنایت به مفهوم عرفی ضرر و تفسیر ارائه شده از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ایران^۱ و ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ایران^۲، ظاهراً عدم النفع احتمالی قابل مطالبه نیست، اما فوت منفعت مسلم، یعنی نفعی که بر حسب جریان عادی امور قابل حصول است، ضرر محسوب و باید جبران گردد.^۳ در خصوص حدود خساراتی که قابل جبران است، متعهدله معمولاً می‌تواند جبران ضرر حتمی و مستقیم، نه ضرر احتمالی و غیرمستقیم، را بخواهد.^۴ بحث از قابلیت مطالبه «تفویت منفعت» و «عدم النفع» در حقوق ایران در حالی محل نزاع است که امروزه در برخی نظام‌های حقوقی بحث پذیرش «تفویت فرصت‌ها»^۵ مطرح است.^۶

در بند ۴ قسمت الف ماده ۴ آیین نامه‌ی اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری

کند، و چنانچه دعوی کنسرسیون در محاکم داخلی بی نتیجه باشد، این حق از طریق مراجع بین‌المللی قابل وصول و پیگیری است. چرا که حق ایجاد شده و با تغییر مدیران طرف ناقض، لطمه‌ای به آن وارد نمی‌گردد.

۱. ماده ۵۱۵، تبصره ۲: خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه درموارد قانونی، قابل مطالبه می‌باشد.

۲. ماده ۱۴: شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند. تبصره ۱: زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید. تبصره ۲: منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود.

۳. صفایی (۱۳۹۶)، ۲۰۶.

۴. داراب‌پور (۱۳۹۶)، ۳۷۸.

۵. میران پذیرش «تفویت فرصت» در نظام‌های حقوقی مختلف است؛ این نظریه در فرانسه در حال پذیرش است ولی در ایالات متحده آمریکا هنوز پذیرفته نشده است. در حقوق ایران با تحقیق و بررسی در قوانین به نظر می‌رسد که در عقود مثل جعالة، مضاربه و ماده‌ی ۶ قانون مسئولیت مدنی این مسئولیت قابل پذیرش باشد، اما به نحوی نیست که بتوان از آن‌ها قاعده‌ی مناسب، مطلوب و فراگیری به دست آورد. در فقه امامیه این مسأله، تحت عنوان «عدم النفع مسلم» مورد بررسی قرار گرفته است.

۶. امینی، (۱۳۹۳).

خارجی مصوب ۱۳۸۰ آمده است: «سرمایه خارجی در قبال ملی شدن و سلب مالکیت تضمین می‌شود و سرمایه‌گذار خارجی در این موارد حق دریافت غرامت را دارد». نحوه‌ی حق دریافت غرامت، با وحدت ملاک از ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی مصوب ۱۳۳۵، اینگونه در نظر گرفته شده است: «جبران عادلانه خسارت مذکور در ماده ۳ از قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی به مأخذ ارزش زمان عادی بلافاصله قبل از سلب مالکیت به عمل خواهد آمد». بدین توضیح که خسارت باید به قیمت روز و قبل از مصادره پرداخت شود تا حقی از طرف مقابل ضایع نشود. شیوه‌های ارزیابی خسارات سرمایه‌گذاری در پروژه‌های «بی.او.تی» متعدد و مختلف است. برخی از روش‌های کاربردی ارزیابی خسارت عبارتند از روش: ارزش بازار، ارزش انحلال، ارزش دفتری، ارزش دفتری تعدیل شده، ارزش جایگزینی، ارزش جریان نقدی تنزیل شده.^۱ اقدام براساس هریک از این روش‌ها بستگی به اوضاع و احوال و شرایط موجود دارد.

نتیجه‌گیری و ملاحظات

در مقابل مشوق‌های پیش‌گفته، پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری دولت سهم عمده‌ای در شفاف‌سازی و ایجاد رغبت در سرمایه‌گذار خارجی دارد؛ این حقیقت، مورد اتفاق حقوقدانان است که نقض تعهد قانونی و قراردادی موجب مسئولیت است. حال چگونه می‌توان بر برخی پیش‌زمینه‌های حمایتی و تشویقی، که اساساً مبنای توافق است، عنوان تعهد نهاد ولی برای نقض آن‌ها ضمانت اجرایی قائل نگردید؟ درست است که بخش عمومی به جبران نقیصه‌های اقتصادی و موانع قانونی موظف به اعطای امتیازاتی، ولو ویژه، است؛ اما نباید فراموش کرد که فلسفه حضور سرمایه‌گذار در «بی.او.تی» در وهله اول جذب سرمایه است. در واقع دولت اقدام به جذب سرمایه‌گذار می‌کند تا باری از دوش بودجه کشور برداشته شده و کسری بودجه جبران شود.^۲

از آنچه گفته شد برمی‌آید که موانع جذب سرمایه‌گذاری با مشوق‌ها و حمایت‌های قانونی رابطه مستقیم دارند، هرچه قواعد حاکم غیرشفاف‌تر باشد، موانع و محدودیت‌های حقوقی-

۱. داراب‌پور (۱۳۹۶)، ۳۸۲.

۲. Saving Investment Gap: شکاف پس اندازی وضعیتی است که در آن سطح فعلی پس انداز برای رسیدن به اهداف اقتصادی ناکافی است.

اقتصادی بیشتر می‌شود و در نتیجه سرمایه‌گذاری کمتر می‌شود. پس از گذشت چند سال از فراگیر شدن قرارداد «بی.او.تی» در ایران، همچنان بخش عمده قواعد حاکم و تعهدات طرفین، خصوصاً دولت در مقررات قانونی مسکوت است و در نتیجه‌ی اعمال ترتیبات قراردادی، در جذب سرمایه‌گذار خارجی به صورت شخصی‌گرایی و سلیقه‌ای عمل می‌شود، که ممکن است یکی از علل شناخته شدن ایران به عنوان دهمین اقتصاد بسته^۱ دنیا باشد؛ و این منع سرمایه‌گذاری خارجی، مانع بزرگی بر سر راه توسعه پایدار است. ادامه روند عدم شفاف‌سازی قواعد حاکم بر تعهدات دولت در قرارداد «بی.او.تی» نه تنها برای سرمایه‌گذار، دولت و در نهایت مردم به عنوان مصرف‌کننده نهایی، سودی ندارد، بلکه موجب می‌شود دولت متحمل انعقاد قراردادهای نامتعادلی گردد که سرمایه‌گذار از سود تضمینی در آن مطمئن است و بار تحمل ریسک برعهده دولت قرار می‌گیرد.

همانطور که بحث شد سرمایه‌گذاری تحت قرارداد «بی.او.تی» متضمن مناسبات ویژه و روابط حقوقی بلندمدت است؛ پس قانون‌گذار ایران باید با فراهم آوردن زمینه‌های حمایتی، مشوق‌ها و محرک‌ها، تعهداتی با عناوین پیش‌گفته برای دولت تعریف کند تا با رفع نگرانی سرمایه‌گذار از موارد مورد بحث در این پژوهش، شرایط کنونی را تعدیل و موجبات تمایل و رغبت سرمایه‌گذار را برای حضور در اقتصاد نیمه‌بسته و دولتی ایران فراهم آورد. بنابراین با تکمیل اراده اشخاص از طریق وضع قانون خاص «بی.او.تی»، می‌توان قواعد عام حاکم، موانع، محدودیت‌ها و ریسک‌ها را در آن قابل پیش‌بینی کرد؛ به‌طوری‌که مکمل اراده اشخاص باشد، نه محدود کننده آن. هر قرارداد «مشارکت عمومی-خصوصی» که منافع مردم را بهتر تأمین کند و چهره‌ی مساعدتری نسبت به سایر روش‌ها برای کشور داشته باشد، باید مورد حمایت قرار گیرد؛ و غفلت از بهره‌وری در قراردادهای «بی.او.تی»، اعم از اینکه سرمایه‌گذار از اتباع خارجی باشد یا منشأ سرمایه خارجی تلقی شود، موجب اضرار به جامعه است که باید به شدت از آن اجتناب کرد.

و النهایه در مرحله اجرا دست‌اندرکاران اصلی، یعنی بخش عمومی و بخش خصوصی،

۱. شاخص آزادی اقتصادی برپایه محورهای حجم و اندازه دولت، ساختارهای قانونی و حقوق مالکیت، نقدینگی، آزادی تجارت بین‌المللی، و قوانین اعتبارات، بازار کار و تجارت تعریف شده است.

۲. به گزارش موسسه تحقیقاتی فریزر، ایران در بین ۱۵۷ اقتصاد دنیا رتبه نامطلوب ۱۴۷ را از نظر آزادی اقتصادی به دست آورده است.

می‌بایست نه بر پایه‌ی رقابت محض که براساس همکاری متقابل و مشترک به اجرا و پیشبرد طرح بیندیشند، و یقیناً این امر نه تنها از عزت و اقتدار کشور نمی‌کاهد، بلکه همچون ژاپن و چین، سرمایه‌پذیری باعث کسب عزت و افتخار می‌شود.

منابع

امام، فرهاد. (۱۳۷۳)؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران. نشر یلدا
امینی، منصور و حقانی، سعید. ۱۳۹۳. سیر تکوین حق فسخ ناشی از اجرا نشدن (نقض) تعهد قراردادی در حقوق اروپایی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، دوره ۵، شماره ۱
امینی، منصور. (۱۳۸۲)؛ انتقال مالکیت در قراردادهای فروش، مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، شماره

۳۷

امینی، منصور. (۱۳۸۹)؛ نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع، مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، شماره ۵۲

بادینی، حسن. (۱۳۹۴)؛ فلسفه مسئولیت مدنی. تهران: نشر انتشار
باوت دریک، ویلیام. ۱۳۷۱، ۱۳۷۲. قراردادهای دولت با بیگانگان: تحولات معاصر در مسئله ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادها. ترجمه علی قاسمی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی، شماره شانزدهم و هفدهم
برزویی، عباس. (۱۳۸۵)؛ وضعیت حقوقی قرارداد B.O.T همراه با مقایسه تطبیقی، رساله دکتری. دانشگاه تهران
خسروزاده، علی اکبر. ()؛ قرارداد B.O.T با چشم داشتی بر طرح‌های سرمایه‌گذاری در ایستگاه سرخس، دفتر امور سرمایه‌گذاری و اقتصادی

داراب‌پور، مهراب و همکاران، (۱۳۹۷)؛ اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، جلد ۱ الی ۵، تهران: انتشارات گنج دانش.

داراب‌پور، مهراب و وادیب، علی اکبر. (۱۳۹۳)؛. تأثیر عدم قابلیت پیش بینی در روند اجرایی قراردادهای تجاری. مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی

داراب‌پور، مهراب. (۱۳۹۰)؛ مسئولیت‌های خارج از قرارداد، پرداخت خسارت، استرداد عین و امتیازات. تهران: انتشارات مجد

داراب‌پور، مهراب. (۱۳۹۶)؛ چالش‌های حقوقی در معاملات بازرگانی بین‌المللی. تهران: انتشارات خرسندی
زرگوش، مشتاق. (۱۳۹۶)؛ قواعد عمومی مسئولیت مدنی دولت. جلد اول. تهران: انتشارات میزان

زرگوش، مشتاق. (۱۳۹۶)؛ قواعد عمومی مسئولیت مدنی دولت. جلد دوم. تهران: انتشارات میزان

زرگوش، مشتاق. (۱۳۹۶)؛ قواعد اختصاصی مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن. تهران: انتشارات جنگل
شایگان فر، امیر و زارع، علی. (۱۳۹۴)؛ جایگاه قرارداد «B.O.T» در نظام حقوقی ایران. فصلنامه مطالعات

بین‌المللی (ISJ). تهران. شماره ۴۶

- شایگان فر، امیر. (۱۳۹۵)؛ مسئولیت مدنی دولت در صورت نقض تعهد در قراردادهای «بی.او.تی». پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه علوم و تحقیقات تهران
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۰)؛ دلایل استفاده از قراردادهای B.O.T و نقش دولت در موفقیت این پروژه‌ها، مجله مجتمع آموزش عالی قم. شماره ۱۱
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۴)؛ قراردادهای «بی.او.تی» تنظیم ساختار قوانین حاکم، تهران: نشر میزان
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۵)؛ حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: انتشارات سمت
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله. (۱۳۹۷)؛ مسئولیت مدنی: الزامات خارج از قرارداد. تهران: انتشارات سمت
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۵)؛ مسئولیت مدنی موسسات عمومی و بررسی لایحه دولت در این زمینه. مجله حقوق تطبیقی
- صادقی، محسن. (۱۳۸۵)؛ بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری B.O.T و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران. فصل‌نامه پژوهشنامه‌ی بازرگانی، شماره ۳۸
- صادقی، محسن و دهقان، زهرا. (۱۳۹۱)؛ ابعاد حقوقی تاثیر خصوصی سازی بر فعالیت‌های شرکت‌های خارجی. فصل‌نامه دانشگاه تهران.
- آجری آیسک، عاطفه. (۱۳۹۵)؛ قواعد مشترک حاکم بر قراردادهای خصوصی سازی. رساله دکتری. دانشگاه تهران.
- طباطبایی موتمنی، منوچهر. مفهوم ابداع قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی. مجله پژوهش‌های حقوقی. شماره ۷
- عرفانی، محمود. (۱۳۹۵)؛ حقوق تجارت بین‌الملل. جلد پنجم، تهران: انتشارات جنگل
- عزیزی، فاطمه. (۱۳۸۶)؛ تضمین‌های مقرر برای سرمایه‌گذاری خارجی به روش B.O.T در قوانین و مقررات ایران، مجله بررسی‌های اقتصاد انرژی، شماره ۱۱
- غمامی، مجید. (۱۳۷۶)؛ مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود. تهران: نشر دادگستر
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴)؛ الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی: بیمه مسئولیت مدنی. جلد سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴)؛ الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی: قواعد عمومی. جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۹۴. الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی: مسئولیت‌های خاص و مختلط. جلد دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- منیر الزمان، ا.ف.م. قراردادهای دولت با بیگانگان مسئله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر. ترجمه محمد جواد میرفخرایی. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی. شماره بیست و چهارم

میرعباسی، سید باقر. ۱۳۷۱. ملی کردن در حقوق بین‌الملل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

نمازی، حسین. ۱۳۹۲، نظام‌های اقتصادی، تهران: شرکت سهامی انتشار

Abdulaziz, Yousef Ababutian. (2002); "A Multi_Criteria decision making model for selection of BOT tool road proposals within the public sector" PHD thesis University of Pittsburgb

Jiaju Yang, Tahir M Nisar and Guru Prakash Prabhakar. 2017. "Critical success factors for build-operate-transfer (BOT) projects in China" Irish Journal of Management

Gerald, Katz and Stephen, W. Smith, (2003); "BUILD-OPERATE-TRANSFER: the future of public construction" a counting and taxation

Introduction to Baker and McKenzie's projects Group. (2013); Project Group

Kumaraswamy, M. M and X. Q. Zhang. (2001); "Government role in BOT_ led infrastructure development". International Journal of Project Management

Chen, C. and Doloi, H. (2008); "BOT application in China: Driving and impeding factors". International Journal of Project Management

Cheng, C. and Wang, Z. (2009); "Public private partnerships in China: Making progress in a weak governance environment"

Li, B., Akintoye, A., Edwards, P. and Hardcastle, C. (2005); "Critical success factors for PPP/ PFI projects in the UK construction industry". Construction Management and Economics

Meng, X., Zhao, Q. and Shen, Q. (2011); "Critical success factors for transfer-operate-transfer urban water supply projects in China". Journal of Management in Engineering

Zhao, Z., Zuo, J., Zillante, G. and Wang, X. (2010); "Critical success factors for BOT electric power projects in China: Thermal power versus wind power". Renewable Energy

UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). (1996); "Possible Future Work: Build Operate Transfer Projects". New York

UNIDO (United Nations Industrial Development Organization). (1996); Guidelines for Infrastructure Development through BUILD-OPERATE_TRANSFER (B.O.T) Project, Vienna

Wang, ShouQing and Tiong, L. K. Robert. (2000); Case Study of Government Initiatives for PRC's BOT Power Plant Projects Management, Vol 18

Williams, Trefor p. (2003); Moving to Public-Private Partnership: Learning From Experience Around The World. Rutgers University