

بررسی تحلیلی
ساختار قرارداد B. O. T

مؤلف:

آزاد فلاحی

(دانشجوی دکتری حقوق خصوصی)

با دیباچه :

دکتر علی انصاری

انتشارات بهنامی

سرشناسه	: فلاحی، آزاد، ۱۳۶۸ -
عنوان و نام پدیدآور	: بررسی تحلیلی ساختار قرارداد BOT/ نویسنده آزاد فلاحی ؛ با دیباچه علی انصاری.
مشخصات نشر	: تهران: بهنامی، ۱۳۹۳.
مشخصات ظاهری	: ۲۴۸ ص.
شابک	: 978-600-323-023-1
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۳۲۵.
موضوع	: قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری -- ایران
موضوع	: قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری
موضوع	: سرمایه‌گذاری -- قوانین و مقررات
شناسه افزوده	: انصاری، علی، ۱۳۵۲ -، مقدمه‌نویس
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۳ ۸۹۹/۳۸۶۱HD
رده بندی دیویی	: ۳۵۲/۵۲۰۹۵۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۳۵۳۲۷۷۸



انتشارات بهنامی

خیابان انقلاب، ابتدای خیابان اردیبهشت (منیری جاوید)، پلاک ۸۶

تلفکس: ۶۶۴۰۹۹۲۳

بررسی تحلیلی

ساختار قرارداد B. O. T

فلاحی آزاد

چاپ اول ۱۳۹۳

قیمت: ۱۲۰۰۰ تومان

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

لیتوگرافی: مهران نگار

چاپ: پیام

صحافی: نوین

حق چاپ محفوظ است

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۳۲۳-۰۲۳-۱

ISBN: 978-600-323-023-1

فهرست مطالب

۱۱	 مقدمه
۲۵	 فصل اول: چیستی سرمایه گذاری و انواع آن
۲۵	 مبحث نخست: سرمایه گذاری، مبنای و مفاهیم
۲۵	 بند نخست: سیرتاریخی
۳۴	 بند دوم: تعریف و انواع
۴۳	 مبحث دوم: اهمیت توسعه زیرساخت‌ها و سرمایه گذاری بخش خصوصی
۴۳	 بند نخست: دلایل روی آوردن و استفاده از سرمایه گذاری
۴۶	 بند دوم: انواع روش‌های تامین مالی در سرمایه گذاری
۵۳	 فصل دوم: بررسی مفاهیم و مبنای قرارداد (BOT)
۵۳	 مبحث نخست: مفاهیم و مبنای
۵۳	 بند نخست: سیرتاریخی، تعریف و ارکان قرارداد (BOT)
۷۰	 بند دوم: مقایسه قرارداد (BOT) با سایر قراردادها
۹۰	 مبحث دوم: کارکردها و معایب استفاده از قرارداد (BOT) و رویه قانون ایران در این زمینه
۹۰	 بند نخست: کارکردها و معایب استفاده از قرارداد (BOT)
۹۸	 بند دوم: بستر قانونی قرارداد (BOT) در نظام حقوقی ایران

فصل سوم: بررسی تحلیلی ساختار قرارداد B. O. T در فقه اسلامی و حقوق ایران..... ۱۰۵

مبحث نخست: بررسی تحلیلی ساختار قرارداد B. O. T در فقه اسلامی..... ۱۰۶

بند نخست: دلایل صحت قرارداد BOT بر اساس مبانی فقه اسلامی..... ۱۰۶

بند دوم: بررسی ایرادات وارده بر قرارداد BOT در مرحله مانع و پاسخ به آنها..... ۱۱۸

مبحث دوم: بررسی تحلیلی ساختار قرارداد B. O. T در حقوق ایران..... ۱۲۲

بند نخست: تطبیق قرارداد BOT با عقود مندرج در ماده ۱۸۴ ق. م..... ۱۲۳

بند دوم: تطبیق قرارداد BOT با سایر تقسیم بندی ها..... ۱۳۲

فصل چهارم: حقوق و تعهدات طرفین در دوره مذاکرات اولیه و ساخت قرارداد B. O. T..... ۱۳۹

مبحث نخست: حقوق و تعهدات طرفین در دوره مذاکرات اولیه قرارداد (BOT)..... ۱۴۰

بند نخست: تعهدات مشترک..... ۱۴۰

بند دوم: تعهدات مختص طرفین..... ۱۴۹

مبحث دوم: حقوق و تعهدات طرفین در دوره ساخت قرارداد (BOT)..... ۱۵۰

بند نخست: تعهدات مشترک..... ۱۵۰

بند دوم: تعهدات مختص طرفین..... ۱۶۸

فصل پنجم: حقوق و تعهدات طرفین در دوره بهره برداری و واگذاری قرارداد (BOT)..... ۱۷۳

مبحث نخست: حقوق و تعهدات طرفین در دوره بهره برداری قرارداد (BOT)..... ۱۷۴

بند نخست: تعهدات مشترک..... ۱۷۴

بند دوم: تعهدات مختص طرفین..... ۱۷۶

مبحث دوم: حقوق و تعهدات طرفین در دوره واگذاری قرارداد (BOT)..... ۱۸۶

بند نخست: تعهدات مشترک..... ۱۸۶

بند دوم: تعهدات مختص طرفین..... ۱۹۵

فصل ششم: بررسی قرارداد یا شرط داوری در قراردادهای سرمایه گذاری خارجی.....	۲۰۷
مبحث نخست: پیشنهاد و مبنای بحث.....	۲۰۹
بند نخست: پیشنهاد بحث.....	۲۰۹
بند دوم: بررسی قوانین مرتبط با بحث.....	۲۱۱
مبحث دوم: بررسی قوانین ایران راجع به قرارداد یا شرط داوری در قراردادهای سرمایه گذاری خارجی.....	۲۱۶
بند نخست: بررسی اصل ۱۳۹ ق. ۱.....	۲۱۶
بند دوم: بررسی سایر قوانین.....	۲۲۲
پیشنهادهای.....	۲۲۴
نتیجه گیری.....	۲۳۱
فهرست منابع و مآخذ.....	۲۳۵

«علائم اختصاری»

ق. ۱.....	قانون اساسی
ق. ۱. د. م.....	قانون آیین دادرسی مدنی
ق. م.....	قانونی مدنی
قانون تشویق.....	قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ۱۳۸۰
آیین نامه قانون تشویق.....	آیین نامه قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ۱۳۸۱
بی. او. تی.....	ساخت، بهره برداری و واگذاری
ر. ک.....	رجوع کنید
ج.....	جلد
ص.....	صفحه

ICSID	International center for Settlements of Investment Disputes
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
UNCITRAL.....	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
OECD.....	Organization for Economic Cooperation and Development
TRIMS.....	The Agreement on Trade-Related Investment Measures
FET	fair and Equitable Treatment
B. O. T.....	Build, operate, transfer
J. V	Joint Venture
EPC	Engineering Procurement Construction
P	Page

هر جا سخن از توسعه، عمران و آبادانی کشوری است، موضوع سرمایه‌گذاری اعم از داخلی و خارجی نیز بی شک مطرح است. شاید بتوان گفت پیشرفت اقتصادی هر کشوری غالباً مترادف با سرمایه‌گذاری است. سرمایه‌گذاری، ساختار و ابزارهای سیاسی، اقتصادی، حقوقی و اجتماعی خود را دارد. سرمایه‌گذاری زمان و مکانی مطرح است که ثبات و امنیت سیاسی- اقتصادی به همراه یک عزم و اراده ملی نیز وجود داشته باشد.

بررسی تطبیقی وضعیت اقتصادی کشورهای مختلف اعم از آمریکایی، اروپایی، آسیایی و... حکایت از این دارد که توسعه پایدار در این کشورها، همواره با سرمایه‌گذاری همراه بوده است. سرمایه‌گذاری مستقیم در کشورهای خارجی در سطح جهانی به ابعاد بسیار وسیع و چشم‌گیری دست یافته است. طبق مطالعات انجام شده، رشد سرمایه‌گذاری در فاصله سال‌های ۱۹۶۶ تا پایان سال ۱۹۸۱ از مرز ۶۶ به ۶۰۰ میلیارد دلار آمریکایی رسیده است. اطلاعات منتشره توسط سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OECD) و مرکز شرکت‌های فراملی سازمان ملل متحد، مؤید این مطلب است که ارزش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در فاصله سال‌های ۱۹۶۷ تا ۱۹۸۰ چهار برابر افزایش یافته است و این افزایش همچنان رو به رشد و بالندگی است.^۱

دستیابی به توسعه و رشد اقتصادی تنها در پرتو سرمایه‌گذاری در طرح‌های زیر بنایی اقتصادی امکان پذیر است. بدون داشتن زیر ساخت‌های مناسب و کافی نظیر جاده‌ها، پل‌ها، نیروگاه‌ها، بنادر، راه آهن، سدها و ... در راه پیشرفت و شکوفایی اقتصادی نمی‌توان گام‌های استوار و مداومی برداشت.

۱- اخلاقی، بهروز، «سخنی درباره آینده سرمایه‌گذاری در ایران؛ بررسی اجمالی علل و موانع پیشرفت» ص ۷، مجله

اجرای طرح‌ها و پروژه‌های زیر بنایی غالباً و به طور سنتی در قلمرو بخش عمومی قرار داشته و توسط دولت تامین مالی، ساخته و نهایتاً مورد اجرا و مورد بهره برداری قرار گرفته است. این امر در کشورهای در حال توسعه و جهان سوم به طریق اولی خودنمایی می‌کند. از سوی دیگر به طور معمول اطمینان و جاذبه اقتصادی برای بخش خصوصی در این عرصه‌ها کمتر بوده است. در مقابل با توجه به هزینه‌های کلان ساخت این زیر ساخت‌های اساسی که بدون شک نیازمند بودجه‌های هنگفتی است، پر دوش دولت - علی‌الخصوص کشورهای در حال توسعه و جهان سوم - سنگینی می‌کند.

از این رو در اواسط دهه ۸۰ و اوایل دهه ۹۰ میلادی، رویکرد سرمایه گذاران بخش خصوصی برای اجرای پروژه‌های زیر بنایی از یک سو و حمایت دولت‌ها از این رویکرد از سوی دیگر، روش‌های متعدد تامین مالی پروژه‌ها، را به بازارهای مالی کشورها به ویژه کشورهای در حال توسعه معرفی کرد. با قاطعیت می‌توان گفت مجموعه روش‌های تامین مالی این پروژه‌ها، زاینده نیاز دولت‌ها به تامین منابع مالی زیاد و استفاده از تخصص و کارآمدی بخش خصوصی از یک سو و رویکرد بخش خصوصی به مشارکت در پروژه‌های مطمئن و سودآور از سوی دیگر بوده است.

بنابراین با اندکی تفکر می‌توان به این نتیجه رسید که بدون حضور فعال طرف‌های تجاری از کشورهای صنعتی - چه دولتی و چه خصوصی - و بدون مشارکت بخش خصوصی، دولت‌ها قادر نیستند به تقاضاهای رو به افزایش در بخش زیربنایی اقتصادی پاسخ دهند. یکی از مکانیزم‌هایی که در جهت حل معضل سرمایه‌گذاری در پروژه‌های زیربنایی مورد توجه کشورهای در حال توسعه قرار گرفته است قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) است.

به طور مختصر در تعریف این روش تامین مالی می‌توان این چنین بیان داشت:

روش «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» یکی از انواع شیوه‌های تامین مالی است که در آن یک بنگاه خصوصی (کنسرسیوم)، امتیاز تامین مالی، طراحی، ساخت و بهره‌برداری یک پروژه را برای مدت‌زمان مشخصی از بخش عمومی یا دولتی دریافت می‌کند، پس از گذشت این مدت، مالکیت پروژه طبق شرایط قرارداد به بخش عمومی (یا دولتی) منتقل می‌شود. معمولاً این انتقال رایگان بوده و لازم است پروژه در هنگام انتقال، شرایط کمی و کیفی مشخصی را دارا باشد. کلیه این شرایط به همراه مدت‌زمان استفاده از پروژه به طور دقیق و مبسوط در قرارداد ذکر می‌شود. در این نوع

قراردادها و با توجه به نوع پروژه، واحد خصوصی اجازه می‌یابد در مدت بهره‌برداری از پروژه، با دریافت مبالغی چون اجاره‌بها، عوارض، دستمزد و سایر هزینه‌هایی که در قرارداد ذکر شده است، اصل و سود سرمایه خود را مستهلک نموده و هزینه‌های بهره‌برداری از پروژه را تأمین کند.

روی آوردن دولت‌ها به این روش‌های تأمین مالی پروژه‌های زیرساختی و اساسی در قالب فرایند خصوصی‌سازی است، که در آن تولید یا ارائه کالاها و خدماتی که قبلاً توسط دولت انجام می‌شد، به بخش خصوصی انتقال می‌یابد. روش تأمین مالی پروژه‌ای نوعی خصوصی‌سازی موقت اما بلندمدت است. هرچند در این زمینه اختلافاتی میان صاحب نظران هست و برخی معتقدند که این نوع خصوصی‌سازی موقتی نیست.

البته استفاده از این روش همانند سایر مباحث حقوقی، اقتصادی، مخالفین و موافقینی دارد. که موافقین به مزایا و مخالفین به معایب این روش استناد می‌کنند.^۱ ولی نظر غالب محققین و نیز رویه موجود کشورهای سرمایه پذیر بی گمان ثابت کننده برتری داشتن نظر موافقین است.

قرارداد معمولاً بین یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر منعقد می‌شود. این شخص یا اشخاص ممکن است شخص حقیقی یا شخص حقوقی اعم از عمومی و خصوصی باشند. طرف‌های غالب قراردادهای B. O. T (قرارداد اصلی) نیز از قرار ذیلند:

۱. دولت پذیرنده سرمایه (Host Government)

۲. کنسرسیوم (Consortium)

البته لازم به ذکر است به تبع قرارداد اصلی قراردادهای دیگری در راستای اجرای پروژه منعقد می‌شود که می‌توان به افراد ذیل تحت عنوان طرف‌های این گونه قراردادهای اشاره کرد:

۱. سهامداران (Shareholder)

۲. پیمانکاران (Contractors)

۳. خریداران محصولات (Product Buyers)

۱- ما در ضمن پایان نامه به بیان و نقد نظرات مخالفین و موافقین خواهیم پرداخت و در این جا به دلیل طولانی تر نشدن مقدمه به همین کلی گویی بسنده می‌نماییم

طرح سوال‌ها:

الف) سوال اصلی

۱. چیستی قرارداد BOT سوال پژوهش حاضر است؟ با این توضیح که ساختار قرارداد BOT در نظام حقوقی ایران و سایر نظام‌های حقوقی چگونه است؟

ب) سوالات فرعی

۱. ماهیت حقوقی قراردادهای B. O. T چیست و چگونه است؟
۲. دلایل استفاده از قراردادهای B. O. T چیست؟ یا به عبارت دیگر ویژگی‌های ترغیب کننده این قراردادها چیست؟
۳. نقش دولت در انعقاد و موفقیت قراردادهای B. O. T چیست؟
۴. رویه قانون و دولت ایران در تشکیل و انعقاد قراردادهای B. O. T چیست؟

فرضیه‌های تحقیق

در پاسخ به سوال اصلی تحقیق که شاکله اصلی تحقیق را در بر می‌گیرد، اینچنین به نظر می‌رسد که، در هر قراردادی که منعقد می‌شود خواه طرف آن دولت یا شخص حقوقی یا شخص حقیقی باشد، بی شک طرفین به دنبال کسب منفعت بیشتر و برآورده کردن اهداف خود هستند، برای نیل به این اهداف طرفین در مذاکرات اولیه سعی بر آن دارند که شرایط و مندرجات قرارداد را به نحوی تنظیم کنند که راه‌های رسیدن به این اهداف بهتر تامین گردد و به نوعی سعی خود را بر آن دارند که شرایط مورد نظر خود را به طرف مقابل تحمیل نمایند، در مقابل طرف مقابل نیز دقیقاً در پی چنین هدفی است. به همین دلیل است در تفاوت عقد و ابقاع بیان داشته‌اند که عقد محل درگیری و کشمکش دو نفع متضاد است. در ایجاد قراردادهای نیازی نیست به نقش مهم و ضروری حضور حقوقدانان و مشاوران حقوقی اشاره کنیم. چراکه بر همگان روشن است، برای ایجاد یک قرارداد استاندارد به گونه‌ای که بتوان عوامل و شرایط مختلف را پیش بینی نماید حضور مشاوران لازم و بلکه ضروری است.

در هر قراردادی طرفین متقابلاً حقوق و تکالیفی دارند. قراردادهای B. O. T نیز از این قاعده مستثنی نیستند، کما اینکه در این قرارداد به خاطر ماهیت آن - بزرگ بودن پروژه، طولانی بودن مدت پروژه، مربوط بودن پروژه به نفع عمومی و جامعه و... - این حقوق و تکالیف بیشتر باید مورد توجه واقع شود.

طرفین اصلی این قرارداد (دولت و کنسرسیوم) شرایطی را پیش بینی می نمایند و قرارداد تنظیمی حکم قانون را مابین آنها دارد. دوطرف قرارداد باید الزامات ناشی از عقد را رعایت نمایند، به حقوق طرف مقابل احترام گذاشته و به طور کامل آن را اداء کنند. هم چنین در پاره‌ای موارد قانون گذار به عنوان نیروی مافوق اراده طرفین شروطی را به دو طرف تحمیل می نماید که در قالب رعایت نظم عمومی و رعایت نفع جامعه قابل توجیه است. در برخی موارد قانون گذار موارد ابهامی و یا ناقص قرارداد را تکمیل و رفع ابهام می کند. البته لازم به ذکر است طرفین می توانند در چهارچوب قوانین کشور سرمایه پذیر و قوانین‌های بین المللی مورد استناد در عقد شروط مورد نظر خود را به رشته تحریر در آورند.

حقوق یک طرف تعهدات طرف مقابل است. به طور عام و کلی در قراردادهای B. O. T شرکت کنسرسیوم باید سرمایه مالی برای پروژه رو تأمین نماید، پروژه رو براساس مشخصات موجود در قرارداد بسازد، در دوره بهره برداری بر طبق مقررات قرارداد عمل نماید، کالاها و خدماتی را که به خریداران و مشتریان ارائه می نماید مطابق مندرجات قرارداد باشد. در ضمن این مباحث باید به این نکته توجه داشت که در هر یک از این موارد شرکت ملزم به رعایت قانون کشور دولت سرمایه پذیر یا قانون مورد استناد قرارداد است. به عنوان مثال نمی تواند نسبت به حقوق محیط زیست منطقه بی توجه باشد و باید قوانین و قواعد موجود را محترم شمرد.

در مقابل دولت سرمایه پذیر می تواند شروط دیگری را در قرارداد ذکر کند، به عنوان نمونه شرط نظارت بر مرحله اجرا، شرط نظارت بر مرحله بهره برداری، شرط رجوع به دادگاه داخلی یا داور مورد نظر دولت در صورت بروز اختلاف در مراحل مختلف اجرای قرارداد، حاکم بودن قانون خود بر قرارداد، روش های تعدیل قرارداد یا به اصطلاح راه های تعدیل قرارداد و ...

تعهدات دولت در مقابل شرکت کنسرسیوم را می‌توان به طور مختصر این گونه بیان داشت، اعطای امتیاز به شرکت در جهت ساخت پروژه، اعطای مجوزهای لازم به شرکت در جهت تشکیل و کنترل شرکت مجری طرح، اعطای امتیاز طبق مندرجات قرارداد به شرکت در دوره بهره برداری. هم چنین شرکت در مقابل دولت می‌تواند برای خود مزایایی در نظر بگیرد و در قرارداد ذکر نماید، مانند ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد به یک نهاد بین‌المللی یا داوری شخص یا نهادی خاص، پیش بینی نحوه تامین سرمایه مورد نیاز برای اجرای قرارداد از طرق مختلف مانند انتشار اوراق مشارکت یا اوراق قرضه و ...، شرط ارائه سهام شرکت در بورس کشور سرمایه پذیر یا کشور دیگر، درخواست اخذ ضمانت‌های مورد نظر خود از دولت سرمایه پذیر، شرط پیش بینی تعدیل قرارداد در شرایط خاص، تعیین قانون حاکم بر قرارداد، تعیین نحوه نظارت دولت در مراحل مختلف پروژه، نحوه انتقال پروژه به دولت، درخواست اعطای امتیاز خاص جهت تبدیل ارز و یا کسب مجوزهای لازم برای ورود و خروج ارز، درخواست معافیت‌های خاص مالیاتی، درخواست معافیت‌های خاص گمرکی و ...

در ضمن تحقیق ما برای بررسی دقیق و جامع حقوق و تعهدات طرفین سعی بر آن داریم که حقوق و تعهدات طرفین را در هر مرحله از قرارداد به طور خاص و جدا از سایر مراحل بررسی نماییم. در راستای همین هدف در قالب دو فصل به شرح و بسط موضوع اصلی خواهیم پرداخت. در فصل چهارم به حقوق و تعهدات طرفین در دوره مذاکرات اولیه و ساخت خواهیم پرداخت. در فصل پنجم نیز به بررسی حقوق و تعهدات طرفین در دوره بهره برداری و واگذاری خواهیم پرداخت.

لازم به ذکر است تمام این مواردی که ذکر آن گذشت، بستگی به رویه مورد قبول کشور سرمایه پذیر دارد. در کل نظام‌های حقوقی موجود سه روش در تنظیم قراردادهای B. O. T مورد استفاده است: روش مضیق، روش موسع، روش بینابین.

رویکرد موسع انعطاف بیشتری در قبال سرمایه‌گذاری خارجی به عمل آمده و بیشترین آزادی عمل برای عقد قرارداد و اجرای پروژه تأمین می‌شود. اما اگر دولت‌ها نگاه مضیق را برگزینند، با وضع مقرراتی سعی می‌کنند قواعد حاکم بر نحوه به کارگیری این روش را به طور دقیق تعیین نمایند. به عنوان مثال، پیش‌بینی مواد زیر حاکمی از وضع مقررات مضیق برای سرمایه‌گذاری به روش B. O. T خواهد بود:

- تعیین ضوابط و استانداردهای ساخت، بهره‌برداری و نگهداری
 - حق استفاده از زمین، جاده و سایر تسهیلات لازم برای ساخت و راه‌اندازی پروژه
 - نظارت بر اجرای پروژه
 - لزوم استفاده از کالاهای ساخت داخل و یا پیمانکاران داخلی
 - اقدامات لازم برای انتقال تکنولوژی و آموزش افراد داخلی
 - نحوه انتقال پروژه
 - رعایت ضوابط زیست محیطی
 - حداکثر مدت مالکیت خصوصی بر پروژه
 - پرداخت مالیات، عوارض و دستمزد در طول دوره بهره‌برداری
 - فسخ و تعدیل قرارداد
- لازم به ذکر است که صرف پیش‌بینی موارد فوق لزوماً به معنی سختگیری نخواهد بود، چه می‌توان در بسیاری موارد مقررات تشویقی و حمایتی را نیز افزود. وضع مقررات تفصیلی این حسن را دارد که نقش قواعد تکمیل‌کننده قرارداد را ایفا می‌کند و از این جهت کار طرفین مذاکره را تسهیل می‌نماید.
- اگر بخواهیم به طور مختصر از حقوق و تعهدات طرفین بگویم سوا از مباحث امری قوانین کشور سرمایه پذیر باید بیان داشت در این گونه قراردادها همانند سایر قراردادها اصل آزادی قراردادی رعایت می‌شود. البته لازم به ذکر است که این گونه قراردادها به خاطر ویژگی‌های خاص خود بیشتر مورد توجه قانون گذار بوده و طرفین غالباً با حساسیت بیشتری به آن نگاه می‌کنند، البته باز تاکید می‌شود که بیشتر مباحث در این زمینه به رویه قانونی کشور سرمایه پذیر بستگی دارد.
- در جواب سوالات فرعی می‌توان این گونه بیان داشت،
- (BOT) کوتاه شده سه واژه build, own and transfer یا build, operate and transfer به معنای «ساخت، بهره‌برداری و انتقال» و یا «ساخت، تملک و انتقال» استو به مراحل اصلی پروژه‌هایی که تحت این قالب به اجرا در می‌آیند اشاره دارد. این عبارت در بردارنده سه مفهوم ساختن، اجرا و بهره‌برداری کردن و نهایتاً انتقال دادن است.

اصطلاح «ساخت بهره‌برداری و واگذاری» که در غالب موارد به شکل مخفف و به نام BOT نامیده می‌شود، اولین بار در سال ۱۹۸۴ توسط تورگوت اوزال (Turgut Ozal) نخست‌وزیر اسبق ترکیه، به عنوان روشی برای اجرای برنامه‌های خصوصی‌سازی در این کشور مورد استفاده قرار گرفت. به طور مختصر در تعریف این روش تامین مالی می‌توان این چنین بیان داشت:

روش «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» یکی از انواع شیوه‌های تامین مالی است که در آن یک بنگاه خصوصی (کنسرسیوم)، امتیاز تامین مالی، طراحی، ساخت و بهره‌برداری یک پروژه را برای مدت‌زمان مشخصی از بخش عمومی یا دولتی دریافت می‌کند، پس از گذشت این مدت، مالکیت پروژه طبق شرایط قرارداد به بخش عمومی (یا دولتی) منتقل می‌شود. معمولاً این انتقال رایگان بوده و لازم است پروژه در هنگام انتقال، شرایط کمی و کیفی مشخصی را دارا باشد. کلیه این شرایط به همراه مدت‌زمان استفاده از پروژه به طور دقیق و مبسوط در قرارداد ذکر می‌شود. در این نوع قراردادها و با توجه به نوع پروژه، واحد خصوصی اجازه می‌یابد در مدت بهره‌برداری از پروژه، با دریافت مبالغی چون اجاره‌بها، عوارض، دستمزد و سایر هزینه‌هایی که در قرارداد ذکر شده است، اصل و سود سرمایه خود را مستهلک نموده و هزینه‌های بهره‌برداری از پروژه را تامین کند.

در پاسخ به سوال دوم باید بیان داشت، به نظر می‌رسد روی آوردن دولت‌ها به این روش‌های تامین مالی پروژه‌های زیرساختی و اساسی در قالب فرایند خصوصی سازی است، که در آن تولید یا ارائه کالاها و خدماتی که قبلاً توسط دولت انجام می‌شد، به بخش خصوصی انتقال می‌یابد. روش تامین مالی پروژه‌ای نوعی خصوصی‌سازی موقت اما بلندمدت است. هرچند در این زمینه اختلافاتی میان صاحب نظران هست و برخی معتقدند که این نوع خصوصی سازی موقتی نیست.

به طور کلی دلایل رویکرد کشورها به روش BOT را می‌توان به شرح زیر بیان نمود:

۱. افزایش نیاز به زیرساخت‌های اقتصادی همزمان با افزایش جمعیت و رشد اقتصادی.
۲. بحران بدهی‌های خارجی در کشورهای در حال توسعه که توانایی آنها را در تامین مالی پروژه‌های بزرگ تحت تاثیر قرار داده است.
۳. رکود و کساد کسب و کار شرکت‌های بین‌المللی در اوایل دهه ۱۹۸۰.
۴. روند جهانی به سمت خصوصی‌سازی بخش‌هایی که به طور سنتی مسوولیت آنها بر عهده بخش دولتی بود.

۵. ...

فرضیه سوم در پاسخ به سوال سوم این است که، با توجه به اینکه پروژه‌های زیر بنایی جزء قلمرو بخش دولتی قرار داشته و به صورت سنتی تحت کنترل و اداره انحصاری دولت بوده، ورود به این بخش بدون حمایت و هم‌کاری دولت امکان پذیر نخواهد بود.

در پروژه‌های (BOT)، همان‌طور که در فوق هرچند به طور مختصر به آن اشاره شد، دولت به کنسرسیوم امتیاز می‌دهد تا یک پروژه عمرانی را طراحی، تأمین مالی، ساخته و سپس برای مدت معینی مورد بهره‌برداری قرار دهد. مهمترین دلایل روی آوردن دولت‌ها به این گونه قراردادهای تأمین مالی سرمایه عبارت‌اند از: هدایت سرمایه‌های بخش خصوصی به طرف طرح‌های زیربنایی اقتصادی، جذب سرمایه‌های خارجی در جهت ساخت زیر ساخت‌ها و طرح‌های بزرگ با هزینه‌های بالا، سرازیر کردن تکنولوژی و فن‌آوری‌های نوین جهانی به سوی کشور و پیش برد کشور و استفاده از یک مدیریت کارآمد برای اداره و بهره‌برداری از پروژه‌ها زیربنایی بدون صرف هزینه و نیروی زیاد. در پاسخ سوال چهارم به طور مختصر می‌توان این چنین بیان کرد، اولین قانونی که روش «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» را به عنوان یک روش سرمایه‌گذاری خارجی در ایران پذیرفت و این شیوه را مورد حمایت خود قرار داد، قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب سال ۱۳۸۰ بود. در ماده ۳ این قانون آمده است:

«سرمایه‌گذاری‌های خارجی که براساس مفاد این قانون پذیرفته می‌شوند از تسهیلات و حمایت‌های این قانون برخوردارند. این سرمایه‌گذاریها به دوطریق زیر قابل پذیرش هستند:

الف: سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در زمینه‌هایی که فعالیت بخش خصوصی در آن مجاز می‌باشد.

ب: سرمایه‌گذاری‌های خارجی در کلیه بخش‌ها در چارچوب روش‌های مشارکت مدنی، بیع متقابل و ساخت، بهره‌برداری و واگذاری که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت یا بانک‌ها و یا شرکت‌های دولتی نباشد.

تبصره - مادام که سرمایه خارجی موضوع روش‌های ساخت، بهره‌برداری و واگذاری مندرج در بند (ب) این ماده و سود مترتب بر آن مستهلک نشده است، اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقی‌مانده در بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر توسط سرمایه‌گذار خارجی مجاز می‌باشد. «

می‌توان از بند (ب) استنباط کرد که، سرمایه‌گذاری خارجی به روش «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» در کلیه بخش‌ها (حتی بخش دولتی) مورد پذیرش قانونگذار است.

قانونگذار به این نکته مهم اشراف دارد که در چنین روشی برگشت اصل و سود سرمایه‌گذاری باید از محل سرمایه‌گذاری و عملکرد اقتصادی طرح مربوطه باشد. بنابراین صدور تضمین توسط دولت، جهت بازگشت اصل سرمایه و سود را نفی می‌کند و به سرمایه‌گذار اعلام می‌کند که باید کلیه بررسی‌های لازم را انجام دهد و از توجیه‌پذیری فنی و اقتصادی طرح اطمینان پیدا کند.

سایر قوانین از جمله بند (ل) تبصره ۲۱ قوانین بودجه سنواتی سال‌های ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ و آئین‌نامه‌های اجرائی آنها و ماده ۶ قانون «الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» مصوب سال ۱۳۸۴ و آئین‌نامه اجرائی آن با استناد به قانون تشویق، به دولت اجازه داده‌اند سرمایه‌گذاری خارجی به این روش را در امور زیربنایی پذیرفته و نسبت به ارائه تضمین‌هایی فراتر از آنچه در قانون تشویق آمده است، اقدام نماید. می‌توان گفت تصویب این قوانین در امتداد پذیرش این روش توسط قانونگذار و به ویژه رفع نواقص قانون سابق (قانون تشویق) با توجه به الزامات این روش سرمایه‌گذاری بوده است.

اهداف تحقیق

رشد سریع اقتصادی در کشورهای در حال توسعه و تغییر نگرش آنها موجب شده تا توسعه پروژه‌ها و طرح‌های زیربنایی در این کشورها مورد توجه جدی قرار گیرد. قراردادهای B. O. T به عنوان یک روش جلب سرمایه‌گذاری خارجی و توسعه پروژه‌های زیربنایی روز به روز در کشورهای در حال توسعه رو به فزونی است. در ایران نیز به تبع موجود استفاده از این روش سرعت چشم‌گیری داشته به طوری که در اکثر قراردادهای بزرگ و مهم استفاده از این روش معمول و رایج است.

قراردادهای B. O. T عمدتاً در پروژه‌های زیربنایی و بزرگ مورد استفاده قرار می‌گیرد. این پروژه‌ها در برگیرنده عملیات مادی وسیع و نیازمند سرمایه فراوان بوده و خدمات ناشی از ایجاد این طرح‌های زیر بنایی و زیر ساختی مستقیماً مورد نیاز جامعه و عموم مردم است، به نحوی که اشخاص حقیقی و یا حقوقی حاضرند، در ازای استفاده از آن خدمات پول پرداخت کنند. همانطور که بیان شد این پروژه‌ها شامل گستره وسیعی از طرح‌های اقتصادی مثل جاده‌ها و بزرگراه‌ها، فرودگاه‌ها، بنادر، سیستم تهیه آب و آب رسانی، فاضلاب، تولید نیرو و برق رسانی، مخابرات، استخراج نفت و گاز و بخش محصولات نفتی، استخراج معادن، و ساخت تونل‌ها، پل‌ها، خطوط راه‌آهن، مترو، و ... می‌باشد.

البته لازم به ذکر است همان‌طور که بیان داشته اند، از لحاظ نظری، دلیلی وجود ندارد که استفاده از B. O. T محصور و محدود به پروژه‌های معینی باشد. به عنوان نمونه ساخت هتل‌ها و مراکز تفریحی و توریستی، راه اندازی مراکز درمانی و بهداشتی، و حتی برنامه‌های کامپیوتری و غیره از مواردی است که امروزه در کنار پروژه‌های سنگین زیربنایی موضوع قراردادهای B. O. T واقع می‌شوند. این موضوع بیشتر به سیاستهای یک کشور برمی‌گردد که مکانیزم B. O. T را برای چه نوع پروژه‌هایی مناسب می‌داند. یک کشور ممکن است مطابق با سیاستهای اقتصادی خود پروژه‌هایی را که ممکن است موضوع قراردادهای B. O. T قرار گیرند، بطور تفصیلی مشخص کند.

بنابراین استفاده از قراردادهای B. O. T به سرعت در حال افزایش است و در سطح جهان پروژه‌های زیادی با این روش ساخته شده و در حال اجرا هستند و هم چنین به این دلیل که استفاده از قراردادها به عنوان ابزاری حیاتی قلمداد می‌شود. تحقیقاتی که در راستای شفاف ترشدن این موضوع برای سیاستمداران، حقوق دانان به عمل آید فی نفسه می‌تواند بسیار مفید واقع شود. این نظر با نگرشی بر قوانین و قراردادهای منعقد شده در این قالب در مدت چندین طولانی اثبات می‌شود. از سوی دیگر این قراردادها مختص به نهاد یا ارگان خاصی نیست بلکه در تمام عرصه‌های عمومی و خصوصی که نیازمند سرمایه گذاری کلان است با توجه به قانون می‌توان مورد استفاده قرار گیرد.

الگوی کلی روش تحقیق

از آنجایی که شناخت و بررسی اکثر رشته‌های علوم انسانی از منظر تئوری و علمی صورت می‌گیرد، شیوه تحقیق نگارنده در انجام این پژوهش از روش مطالعه توصیفی، تحلیلی و تطبیقی منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی مربوط به حوضه مورد تحقیق و فیش برداری از آنها بوده است و حداکثر امکان به بررسی رویه قانونی نیز توجه نموده ام.

با توجه به جدید بودن بحث، کمبود منابع داخلی و عدم داشتن تجربه کافی کشور در این زمینه به قانون سایر کشورها نگاهی ویژه داشته و در تمام طول تحقیق در حد توان فکری نگارنده سعی بر بررسی قوانین و رویه کشورهای دیگر در این زمینه داشته و تا حد توان ذهنی و در حد قلم نگارنده به نقد و بررسی تمام مباحث و قوانین کشورها پرداخته شده است. نگاه و روش تحقیق پیش روی تطبیقی است. و با توجه به کمبود منابع سعی و تلاش خود را بر آن داشته‌ام که بتوانم نهایت بهره را از منابع محدود و موجود برده باشم.

سازمان‌ها یا نهادهایی که تحقیق موجود می‌تواند مورد استفاده آنها واقع شود

با توجه به حرکت کشور در راستای توسعه هر چه بیشتر در تمام زمینه‌ها و روی آوردن دولت به اینگونه قراردادها چه در عرصه سرمایه گذاری داخلی و چه سرمایه گذاری خارجی بی شک پایان نامه موجود می‌تواند منبع مفید و موثر ثمری برای تمام نهادها و ارگان‌های دولتی که ساخت پروژه‌های و زیر ساخت‌های بزرگ و عظیم از قبیل: راه سازی، راه آهن، فرودگاه، بندر، سد سازی، ساخت مجتمع‌های تولیدی و خدماتی، پروژه‌های بزرگ ساخت مسکن و... را در دستور کار خود دارند باشد.

پلان تحقیق

فصل نخست «چستی سرمایه گذاری و انواع آن»، فصل دوم «بررسی تحلیلی قرارداد B. O. T» آورده ایم. فصل نخست از این بخش را به دوم بحث منقسم نموده ایم، مبحث نخست «سرمایه گذاری، مبانی و مفاهیم» را در قالب دو بند؛ بند نخست «سیرتاریخی»، بند دوم «تعریف و انواع» به

بیان موضوعات پرداخته ایم. مبحث دوم با عنوان «اهمیت توسعه زیرساخت‌ها» در قالب دو بند؛ بند نخست «دلایل روی آوردن و استفاده از سرمایه‌گذاری» بند دوم «انواع روش‌های تامین مالی در سرمایه‌گذاری» آمده است. فصل دوم نیز در قالب دو مبحث؛ مبحث نخست «مفاهیم و مبانی» در قالب دو بند- بند نخست «سیرتاریخی، تعریف و ارکان قرارداد B. O. T» بند دوم «مقایسه قرارداد B. O. T با سایر قراردادها»- همچنین مبحث دوم در قالب دو بند- مزایا و معایب استفاده از قرارداد B. O. T (بند نخست)، بستر قانونی قرارداد B. O. T در نظام حقوقی ایران (بند دوم) به نگارش آمده است.

در فصل سوم به بررسی ساختار قرارداد BOT در فقه و حقوق ایران خواهیم پرداخت. در مبحث نخست به بررسی موضوع در فقه اسلامی و در مبحث دوم به بررسی و واکاوی موضوع در حقوق ایران خواهیم پرداخت. هر کدام از مباحث فوق‌الذکر را در دو بند تقسیم نموده و سعی بر آن داشته ایم علاوه بر محتوای نظمی در چیش مطالب نیز داشته باشیم.

سپس حقوق و تعهدات طرفین در دوره مذاکرات اولیه و ساخت را در فصل چهارم، و بعد حقوق و تعهدات طرفین در قرارداد B. O. T در دوره بهره‌برداری و واگذاری (فصل پنجم) به نگارش درآمده است. در ذیل هر فصل دو مبحث قرار دارد. بدین ترتیب هر چهار مبحث این بخش به ترتیب به بررسی حقوق تعهدات طرفین در قرارداد B. O. T در دوره مذاکرات اولیه، دوره ساخت، دوره بهره‌برداری و دوره واگذاری خواهند پرداخت. هر مبحث را نیز به دو بند تقسیم خواهیم کرد. در بند نخست هر مبحث به بررسی تعهدات مشترک طرفین و سپس در بند دوم به بررسی تعهدات مختص طرفین در چهار دوره مذکور خواهیم پرداخت. در آخرین فصل (فصل ششم) به جهت اهمیت موضوع به بررسی قرارداد یا شرط داوری در قراردادهای سرمایه‌گذاری به معنی عام و در قرارداد BOT به معنی خاص پرداخته‌ایم. در آخر به بیان پیشنهادات و نتیجه‌گیری نیز پرداخته‌ایم.