

((الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق والدول المقارنة))

المقدمة

إن موضوع الشراكة حسب رأي الكثير من الباحثين ما زال في المراحل الأولى لوضع مبادئ ونظم موحدة تحكمه، وإن من الأهمية أن يحكم الشراكة بين القطاع العام والخاص تشريع يكفل تحقيق الغاية والتنظيم والضوابط بين الطرفين، إذ نجد أن الأحكام التي تنظمه مبعثرة وغير موحدة في تشريع واحد، على خلاف بعض الدول التي أصدرت قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

ويعد الأساس القانوني لأي عقد الركيزة الأساسية لضمان نجاحه وتحقيق أهدافه، ومما لا شك فيه أن لعقود الشراكة أهمية ونتائج اقتصادية متوخاه تقتضي تحديد الأساس القانوني لمثل هذه العقود ومعرفة مدى شرعيتها ومدى توافر أساسها القانوني الذي يضمن تنظيمها ويصون ثروات الدولة ومقدراتها، ويعزز بنيتها الأساسية ويحقق تطوير مرافقها الحيوية لضمان سيرها بانتظام لخدمة المصلحة العامة.

ويحظى مفهوم الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص باهتمام واسع من قبل الدول لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية، وذلك لرغبتها في تلبية احتياجات ومتطلبات الأفراد وتفعيل خطط التنمية والنمو المطرد لعلاقاتها ومعاملاتها الاقتصادية عبر ادخال القطاع الخاص للمساهمة في تنفيذ وتمويل مشاريع البنى التحتية والمرافق العامة والمشاريع ذات النفع العام، لاسيما مع تعاضد دور القطاع الخاص على المستوى المحلي والدولي وظهور حركة التحرر الاقتصادي والابتعاد عن سياسة الاحتكار لخطط التنمية الاقتصادية التي لم يكن مسموح لهذا القطاع الدخول بها، اضافة الى ازدياد عدد الكثافة السكانية وزيادة الحاجة لمشاريع البنى التحتية والخدمات العامة كونها تعد اهم الركائز في عملية التنمية الاقتصادية في الوقت الذي تعاني فيه الدول من زيادة في العبء المالي والمشاكل الاقتصادية التي ادت الى زيادة النفقات العامة الحكومية مع وجود عجز الموازنات العامة، اضافة إلى التطور التكنولوجي الذي شهده العالم، اصبح من الضروري البحث عن اساليب واتجاه جديد لإقامة هذه المشاريع، الأمر الذي دفع الدول اتباع طريقة التعاقد مع القطاع الخاص ليشارك في تنفيذ هذه المشاريع والمرافق، مما جعله في السنوات الاخيرة نظاماً ناجحاً في اغلب الدول، فضلاً على إن امتلاك القطاع الخاص إلى رؤوس أموال كبيرة وخبرات فنية ومالية وتنفيذية واقتصادية وادارية زاد من رغبة هذه الدول في الشراكة مع القطاع الخاص.

وتأسيساً على ما سبق ذكره من أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن من أهم مقومات نجاح هذه العقود وتحقيقها للأهداف المرسومة سلفاً هو وجود التنظيم القانوني.

أولاً: الأهمية: تتمثل أهمية الدراسة في أن وضع أسس ونظام قانوني للشراكة يساعد في جذب رؤوس الأموال والإستثمار المحلي والأجنبي، الذي يؤدي بدوره إلى انعاش الإقتصاد والمساهمة في تقديم الخدمات العامة وتحقيق المنفعة العامة، وإيجاد الحلول للمشاكل المتعلقة بالبنية التحتية ومشاريع الطاقة الكهربائية، فضلاً عن المشاريع الإستراتيجية الكبرى التي يتطلب إنجازها تحمل تكاليف كبيرة، تعجز الدولة عن القيام بها، لاسيما في ظل الأزمة المتصاعدة وانخفاض سعر النفط الذي أدى إلى تراجع مساهمة القطاع العام وبروز المرافق الخاصة ذات النفع العام.

ثانياً: الإشكالية: تكمن إشكالية الدراسة في عدم وجود تنظيم قانوني خاص وموحد في العراق، ينظم عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، إذ يقتصر تنظيمها على وجود نصوص قانونية في عدة قوانين لا تتسم بالكفاية والفاعلية في معالجة وتنظيم عقود الشراكة التي تتميز بطبيعة خاصة ومختلفة تتطلب تشريعاً خاصاً ينظمها.

ثالثاً: المنهجية: سيتم اتباع المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، فضلاً عن اعتماد الدراسة على المنهج المقارن مع فرنسا ومصر.

رابعاً: الهيكلية: يقتضي بحث الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق والدول المقارنة أن نقسم ورقة العمل إلى مطلبين: نخصص المطلب الأول لبيان الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق، ونتناول في المطلب الثاني الأساس القانوني لعقود الشراكة في الدول المقارنة.

المطلب الأول

الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق

يقتضي بحث هذا المطلب أن نتناوله في فرعين، نخصص الفرع الأول للأساس الدستوري لعقود الشراكة في العراق، ومن ثم نتناول في الفرع الثاني الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق، وحسب ما يأتي:

الفرع الأول

الأساس الدستوري لعقود الشراكة في العراق

يجد المتتبع للدساتير العراقية أنها خلّت من النص صراحة على عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، بيد أننا إذا ألقينا نظرة في دستور العراق لعام (٢٠٠٥) يظهر لنا أن هناك نصوصاً تحاول الربط والتعاون بين الأموال العامة والإستثمارات الخاصة، فضلاً عن إصلاح الإقتصاد العراقي وفق الأسس الإقتصادية الحديثة، ومن بين هذه الأسس الحديثة الشراكة بين القطاع العام والخاص.

وتأسيساً على ما سبق فقد نص دستور العراق لعام (٢٠٠٥) في المادة (٢٥) على (تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده، وتنويع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته).

كما ونصت المادة (٢٦) من الدستور على أنه (تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة، وينظم ذلك بقانون).

ونصت المادة (٢٧/ثانياً) من الدستور على (تنظم بقانون، الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وإدارتها وشروط التصرف فيها، والحدود التي لا يجوز فيها النزول عن شيء من هذه الأموال).

وهنا يمكن التساؤل عن الفلسفة من وضع هذه النصوص في الدستور، وما هي نية المشرع الدستوري من ذلك؟ وللإجابة عن ذلك يمكننا القول بأن الدستور عندما شجع ورسخ لقانون الإستثمار في المواد المذكورة فإنه من باب أولى ترسيخ قانون الشراكة، إذ أن نية المشرع الدستوري من وضع النصوص هو إصلاح الإقتصاد العراقي والربط بين القطاع العام والقطاع الخاص وفق أسس اقتصادية حديثة، ومن ضمن هذه الأسس هو عقد الشراكة.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق

بدأت جذور الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في ثلاثينيات القرن الماضي، وذلك عندما تم السماح للمصرف الزراعي بتأسيس شركة السمنت العراقية المحدودة وروج لفكرة الإستثمار الحكومي الأهلي المشترك في مجالات صناعية متطورة، فقد ولدت هذه التجربة بصورة غير مستقرة بدأت منذ صدور قرار تأميم المنشآت الإقتصادية عام ١٩٦٤، إذ ظهر في بداية الستينات من القرن الماضي مفهوم القطاع المختلط كبداية للشراكة بين القطاع العام والخاص وصدرت عدة قوانين، نذكر منها قانون تعديل تنظيم أوضاع بعض الشركات والمؤسسات رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٤، الذي عدل أوضاع الشركات وسمح بتأسيس شركات مساهمة مختلطة تسهم فيها الدولة بنسبة ٢٠% من رأس مال الشركة، ثم صدور قانون تنظيم الإستثمار المعدني رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ الذي سمح للقطاع الخاص والمختلط بصورة مقيدة باستثمار الأراضي المخصصة للمقالع والمناجم، وبعدها تم صدور قانون الإستثمار الصناعي للقطاعات الخاص والمختلط رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨ الذي ساهم في تشجيع الإستثمار الصناعي للقطاعات الخاص والمختلط وتطوير نشاطهما وتقديم التسهيلات والدعم لهما^(١).

وإضافة لما سبق فقد سمح قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ في المادة (٧/أولاً) بتأسيس شركات مساهمة مختلطة، تسهم الدولة فيها عن طريق إحدى تشكيلاتها بنسبة لا تقل عن (٢٥%) من رأس مال الشركة، إذ نصت المادة ٧/أولاً - تتكون الشركة المختلطة باتفاق شخص واحد أو أكثر من قطاع الدولة مع شخص واحد أو أكثر من غير القطاع المذكور، ويرأس مال مختلط لا تقل مساهمة قطاع الدولة فيه عن (٢٥%) خمس وعشرين في المئة وتعتبر الشركة المختلطة التي تتخض مساهمة قطاع الدولة فيها إلى أقل من (٢٥%) خمس وعشرين في المئة شركة خاصة وتعامل على هذا الأسا، كما هو مآذون به في المادة (٨) ثانياً البند ٢^(٢).

(١) أحمد عباس زعيل المعموري: التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في العراق، ط٢، مكتبة القانون المقارن، ٢٠٢٣، ص ٧-٨.

(٢) نصت المادة (٨/ثانياً/٢) على (مساهمة قطاع الدولة في الشركة الخاصة المساهمة أو المحدودة بنسبة تقل عن (٢٥%) خمس وعشرين من المئة من رأس المال، وتستنثى من هذه النسبة شركات التأمين وإعادة التأمين الحكومية ودائرة العمل والضمان الإجتماعي وأية جهة استثمارية أخرى يقرر مجلس الوزراء إضافتها إلى هذه الفقرة.

كما وتضمن قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ (المعدل)^(١) النص في المادة (١٥/ثالثاً) على (الشركة حق المشاركة مع الشركات العراقية والعربية والاجنبية الرصينة لتنفيذ اعمال ذات علاقة باهداف الشركة داخل العراق)^(٢).

وتطبيقاً للنصوص الدستورية آنفة الذكر وتوجهات الدولة، فقد صدر قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المعدل)، الذي اعطى دوراً بارزاً للقطاع الخاص في المشاريع الاستثمارية والخدمية والاقتصادية، إذ نص في المادة (٢/ثانياً) على (تشجيع القطاع الخاص العراقي والاجنبي والمختلط للاستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الاستثمارية وتعزيز القدرة التنافسية للمشاريع المشمولة بأحكام هذا القانون في الاسواق المحلية والاجنبية)، ونصت المادة (٣٣/ب) منه على (تشمل مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص بما في ذلك مشاريع القطاع العام المتعاقد على تأهيلها أو تشغيلها أو انشائها مع القطاع الخاص والمختلط بأحكام هذا القانون قبل وبعد نفاذ هذا القانون على أن لا يترتب على ذلك الاعفاء من أية ضرائب ورسوم مستحقة عليها قبل نفاذه).

وفي ذات السياق وبصدد قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المعدل)، فإننا نجد عدم كفاية وفاعلية نصوصه في معالجة وتنظيم مراحل عقود الشراكة، ولاسيما أن المادة (٣٣) من قانون الاستثمار قد تطرقت لشمول الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بصورة عامة بأحكام هذا القانون، ولا يمكن إبرام هذه العقود وتنفيذها وحل منازعاتها في ظل نص قانوني عام، إذا ما علمنا أن هذا القانون لم ينظم إجراءات وأساليب إبرام العقود، ومن ناحية أخرى فإن المستثمر يتحمل في ظل أحكام هذا القانون كافة المخاطر، خلافاً لما عليه في عقود الشراكة التي تقوم على مبدأ توزيع المخاطر، فضلاً عن ذلك فإن العقود التي تخضع لأحكام قانون الاستثمار تتصف في الغالب بخضوعها لأحكام القانون الخاص، وهذا ما يتعارض مع الطبيعة الادارية لعقود الشراكة، وكذلك الحال لا يمكن معالجة هذا الأمر في كل جوانبه من خلال قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢)

(١) تم إجراء آخر تعديل بموجب القانون رقم (١٧) اسنة ٢٠١٩ قانون تعديل قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٥٥٤) في ٢٠١٩/٩/٩.

(٢) قانون التعديل الخامس رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٥ لقانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ اذا تضمنت المادة (١) منه إلغاء المادة (١٥/ثالثاً) / من قانون الشركات أعلاه والذي سمح للشركات العامة حق المشاركة مع الشركات العراقية والعربية والاجنبية الرصينة لتنفيذ اعمال ذات علاقة بأهداف الشركة داخل العراق، بعد ان كانت المشاركة تقتصر قبل التعديل على الشركات العربية والأجنبية.

لسنة ٢٠١٤ وذلك لأن عقود الشراكة تمتاز بخصوصية معينة، تتطلب صياغة تشريع خاص بها ينظم كافة جوانبها.

ونص قانون الإستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٧^(١) في المادة (١) على أنه (يهدف هذا القانون إلى تشجيع القطاع الخاص في المشاركة بعملية التنمية الإقتصادية في العراق والإسهام في بناء القاعدة الصناعية من خلال الدخول في نشاط تصفية النفط الخام).

كما ونص قانون المدن الصناعية رقم (٢) لسنة ٢٠١٩^(٢) في المادة (٢/خامساً) على (تشجيع مشاركة القطاع الخاص المحلي والأجنبي في استثمارات المدن الصناعية في جميع المحافظات والشراكة مع القطاع العام).

ومن الجدير بالذكر أنه تم تشريع قانون الإستثمار رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ في إقليم كردستان العراق، وقام بالقانون (٢٨) لسنة ٢٠٠٧ بإنفاذ قانون الشركات الإتحادي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ في إقليم كردستان العراق، ويحكم العقود العامة في إقليم كردستان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١١ الصادر استناداً إلى أحكام الفقرة الأولى من القسم (١٤) من قانون العقود العامة الصادر بأمر سلطة الإئتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤، وقرار مجلس وزراء حكومة إقليم كردستان رقم (١) لسنة ٢٠١٠، إذ يتم تنظيم عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في الإقليم بموجب القوانين المشار إليها أعلاه

ويصدد الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق والمراحل التي مر بها التنظيم القانوني لعقود الشراكة في العراق، فإننا وجدنا أن مسألة التنظيم القانوني تختلف وتتغير من حيث النص في الدساتير أو التشريعات بحسب فلسفة نظام الحكم والفكر الذي يتبناه القابضون على السلطة، ولذلك نجد أن العلاقة بين القطاع العام والخاص تتجلى في أدنى صورها في ظل تبني الفكر الإشتراكي وما يمثله من تدخل الدولة في المجالات الإقتصادية والإجتماعية وشتى المجالات الأخرى، وتقليص دور القطاع الخاص، وهذا ما نجده في العراق عندما قامت الدولة بتأميم المنشآت الإقتصادية بصدور قرار تأميم المنشآت الإقتصادية عام ١٩٦٤ واستمر الحال في ظل دستور العراق لسنة ١٩٧١ الذي تبني صراحة الفكر

(١) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٦٢) في ٢٠٠٨/٢/١٨.

(٢) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٥٤٤) في ٢٠١٩/٦/١٧.

الإشترافي في المادة الأولى (العراق جمهورية ديمقراطية شعبية ذات سيادة، هدفه الأساس تحقيق الدولة العربية الواحدة وإقامة النظام الإشترافي).

وبعد انهيار الإتحاد السوفيتي الإشترافي في تسعينيات القرن الماضي وهيمنة الولايات المتحدة الأمريكية الرأسمالية الذي ألقى بظلاله على انحسار الفكر الإشترافي ونفوذه في الدول المتأثرة فيه، وبدأت الدول ومنها العراق بمحاولة الموائمة مع النظام العالمي السائد، لاسيما بعد التحول في الحكم السياسي عام ٢٠٠٣ وصدور دستور (٢٠٠٥) الذي فسح المجال بصورة ضمنية (وإن لم يكن نص على ذلك صراحةً) للشراكة بين القطاع العام والخاص بالنص في المادة (٢٥) والمادة (٢٦) من الدستور، وما ترتب على ذلك من صدور قانون الأستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، وقانون المدن الصناعية رقم (٢) لسنة ٢٠١٩.

ومن الجدير بالذكر أن الحكومة العراقية قدمت لمجلس النواب العراقي مشروع قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص بموجب كتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء/ دائرة شؤون مجلس الوزراء واللجان ذي العدد(ش. ز. ل/١٠/١/٣/١٠/٢٩٠٥٦) في ٢٧/٨/٢٠١٩ إلى مجلس النواب العراقي / مكتب الأمين العام لمجلس النواب وتم قراءة هذا المشروع قراءة أولى وثانية ولم يتم التصويت عليه لغاية الآن^(١)، وبهذا الصدد يمكننا القول بأن أي تأخير في اقرار قانون الشراكة لا يصب في مصلحة الدولة، لاسيما في ظل الحاجة الملحة لمواكبة التطور الحاصل في الميادين المختلفة وتطوير البنية التحتية وتوفير الخدمات العامة وما يتطلبه ذلك من الإمكانيات المادية والفنية وتعاضم الأعباء المالية التي أثقلت الموازنة العامة للدولة وعدم وجود تنظيم موحد يعالج وينظم هذه العقود، لذا ندعو المشرع العراقي إلى التصويت على مشروع قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص، لما له من أهمية على كافة المستويات. هذا وقد أصدر مجلس الوزراء العراقي تعليمات الإستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم (١) لسنة ٢٠٢٤^(٢).

(١) د. مهند حميد مجيد: عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وأهميته في الإقتصاد العراقي، مركز البيان للدراسات والتخطيط، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٥. وأحمد عباس زعيل المعموري: مصدر سابق، ص ٣٠٦.
(٢) تنظر تعليمات الإستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم (١) لسنة ٢٠٢٤ الصادرة بموجب قرار رقم (٢٤٢٧٧) لسنة ٢٠٢٤ والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٧٧١) في ٢٩/٤/٢٠٢٤.

والذي منح الجهات الممولة مركزياً إبرام عقود الإستثمار أو الشراكة مع القطاع الخاص في حدود اختصاصاتها بهدف تحسين الخدمات أو زيادة الإنتاج أو تطويرة أو تقليل النفقات العامة المخصصة في الموازنة للقطاع العام أو زيادة الإيرادات وتعزيزها^(١).

كما منح الجهات الممولة مركزياً سلطة إبرام عقود الإستثمار وفق قانون الإستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المعدل) أو الشراكة في المشاريع الجديدة أو القائمة أو لاستكمال المشاريع القديمة، واستثنى من ذلك المشاريع التي تتعلق بالأمن والدفاع التي تمس أمن وسيادة الدولة^(٢).

كما ومنحت التعليمات المشار إليها أعلاه الجهات الممولة مركزياً صلاحية إبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص العراقي أو الأجنبي، سواء كانت عقود خدمة أم عقود إدارة أم عقود إيجار أو أي نماذج أخرى من أنواع العقود، وصلاحية إبرام عقود الشراكة أو أي نوع من أنواع التعاقد، بما يتفق مع الأهداف المنصوص عليها في هذه التعليمات^(٣).

من كل ما تقدم يتضح أن المشرع العراقي وضع أساساً قانونياً لمفهوم خلق نظام شراكة فعال بين القطاعين العام والخاص، ولكن تبقى الحاجة إلى قانون موحد لجمع شتات هذه النصوص القانونية لكي يكون مرجعاً قانونياً لهذا الغرض، وفي العراق فإن الشراكة تقوم بصورة عامة على أسس محددة وفي مقدمتها الإعتراف المتبادل بدور كل منهما وتعزيد مكانتها في الحياة الإقتصادية والبرامج والخطط التنموية ومن أبرز المهمات التي تواجه العراق في المرحلة الراهنة هو متابعة برامج الإصلاحات الإقتصادية بهدف زيادة النمو الإقتصادي وتعزيز دور القطاع الخاص بالإضافة إلى إيجاد فرص عمل وتقليص مساحة القر مما يتطلب تحسين وفاعلية الإدارة العامة ومؤسساتها من خلال وسائل وأساليب تستهدف تطوير الموارد البشرية واستخدام واسع للمبتكرات الحديثة في تكنولوجيا المعلومات والإدارة الحديثة، إذ إن العراق بحاجة ماسة لرسم طريق خاص للشراكة ينسجم مع الواقع الحالي.

-
- (١) تنظر المادة (١) من تعليمات الإستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم (١) لسنة ٢٠٢٤.
 - (٢) تنظر المادة (٢) من تعليمات الإستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم (١) لسنة ٢٠٢٤.
 - (٣) تنظر المادة (٥) من تعليمات الإستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم (١) لسنة ٢٠٢٤.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لعقود الشراكة في الدول المقارنة

بما أن فرنسا ومصر تعد من أهم الدول الرائدة في مجال التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، فإن بحثنا سيتحدد في المقارنة بفرنسا ومصر، وحسب ما يأتي:

الفرع الأول

الأساس القانوني لعقود الشراكة في مصر

يقتضي الأمر أن نتناول الأساس الدستوري لعقود الشراكة في مصر ثم الأساس القانوني لهذه العقود في مصر، وحسب الآتي:

أولاً: الأساس الدستوري لعقود الشراكة في مصر:

إن أهمية عقود الشراكة واتصالها المباشر بأداء الخدمات العامة، وإشباع الحاجات العامة للجمهور، وبسبب ما ينفق من أموال باهظة على المشروعات التي تعقد هذه العقود لإقامتها، فقد درجت الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور ١٩٢٣ حتى الدستور الحالي، على وضع القاعدة العامة المنظمة لعقود التزام المرافق العامة^(١).

فقد نص دستور سنة ١٩٢٣ على (أن كل التزام موضوعه إستغلال)^(٢)، ويتضح من النص السابق أن الدستور المصري قد اشترط ضرورة توافر شرطين لمنح كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مصلحة من مصالح العامة للجمهور أو كل احتكار، هما إن منح الإلتزام يتطلب صدور قانون أو قرار إداري وأن يكون ذلك الإلتزام لفترة زمنية محددة.

(١) نظام التعاقد في مصر كان يتم عن طريق عقود إلتزام المرافق العامة في الغالب قبل صدور قانون الشراكة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠.

(٢) المادة (١٣٧) من دستور جمهورية العربية لسنة ١٩٢٣ (الملغى).

وتضمن دستور ١٩٥٦ بأن ينظم القانون القواعد والإجراءات التي تتعلق بمنح الالتزامات الخاصة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة^(١)، بينما بينت المادة (٩٩) منه على عدم جواز منح أي احتكار إلا بقانون ولفترة زمنية محددة^(٢).

إذ يتضح من خلال النصين السابقين أن المشرع الدستوري المصري قد ميز بين حالتين: تتمثل الأولى بأنه إذا كان الإلتزام المراد منحه يمثل احتكاراً فيستلزم الأمر صدور قانون في كل حالة على حدة، أما الثانية فهي أن الإلتزام إذا كان لا يتضمن احتكاراً فقد أحال الدستور إلى قانون عام يصدر ليبيّن كيفية منح هذا الإمتياز.

وأما دستور عام ١٩٥٨، نصت المادة (٣٠) منه أيضاً على أنه (لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدد) وهكذا يتبين بأن احتكار جهة معينة واستغلالها لمجال معين لا يكون إلا عن طريق القانون ولمدة معينة، وما هو إلا تكرار للنص الوارد في دستور عام (١٩٥٦).

أما دستور ١٩٦٤ فقد نص على (ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها والمنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك)^(٣)، ومن خلال تحليل هذا النص نجد أن المشرع لم يفرق بين حالة منح الإمتياز باحتكار أو بدونه كما نصت الدساتير السابقة

وتقضي المادة (١٢٣) من دستور عام ١٩٧١ بأن (ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة كما يبين أحوال التصرف في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك)، ونجد أن النص المذكور هو تكرار لما ورد في دستور عام ١٩٦٤.

أما دستور مصر لعام ٢٠١٤ فقد نص على أن (موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها، كما تلتزم الدولة

(١) إذ نصت المادة (٩٨) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٥٦ على (ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة).

(٢) إذ نصت المادة (٩٩) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٥٦ على (لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدد).

(٣) المادة (٧٤) من دستور جمهورية مصر لعام ١٩٦٤ (الملغى).

بالعمل علي الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها،، ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً، ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون، ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك^(١).

ويلاحظ من خلال النص السابق أن الشرع الدستوري المصري لم يأخذ مرافق بعينها تتم عن طريق الإمتياز كما أنه لم يحظر على مشروعات بعينها من اللجوء إلى عقود الإمتياز بشأنها وإنما اكتفى بحذف كل ما يتعلق بالنظام الإشتراكي في الدستور إبان قيام الإقتصاد الوطني على حرية النشاط الإقتصادي، إذ إن نص المادة أعلاه لا يعارض اتباع سياسة الخصخصة ولا تقف حائلاً دون دخول القطاع الخاص الإستثماري في مشروعات البنية الأساسية وإنشاء المرافق العامة والإدارية وتشغيلها^(٢).

وخلاصة القول ان اقامة المشروعات الإستثمارية وفقاً لأنظمة الشراكة لا تتعارض مع قواعد الدستور المصري الذي يسمح بكافة أشكال مشاركة القطاع الخاص في المشروعات الإقتصادية العامة، كما أن عقود الشراكة لا تتعارض مع نصوص الدستور بل تتم في إطاره وتدخل تحت حماية المشرع الدستوري، إلا أنه من خلال استعراض الدساتير المصرية المتعاقبة يتبين عدم تضمينها لتنظيم تفصيلي لمنح عقود الشراكة، بل تطلبت ضرورة صدور قانون يبين القواعد القانونية الحاكمة لإنشاء وتسيير المرافق العامة.

ثانياً: الأساس القانوني لعقود الشراكة في مصر:

إن عقود الشراكة في مصر تعد حلقة في سلسلة تطور إدارة المرافق العامة التي بدأت مع القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة والتعديلات التي أدخلت عليه والتي كان آخرها اللجوء إلى طائفة عقود (البوت) في تمويل إنشاء وتشغيل وإدارة وصيانة مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، ونظراً لما أسفرت عنه تلك العقود من خلق مشكلات قانونية واقتصادية كبيرة استدعت بالمشروع إلي التدخل التشريعي مرات عديدة، الأمر الذي بدأ معه التفكير في تطبيق عقود الشراكة P.P.P، وانتهي ذلك التفكير بتطبيق عقود ال P.P.P علي مشروعات عملاقة، ووضع المشرع في

(١) المادة (٣٢) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ (المعدل).

(٢) محمد أحمد غانم: مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٥.

النهاية إطاراً تشريعياً ينظم جميع عقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ومن بينها عقود الشراكة P.P.P ، إذ تم في مصر إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠، وتسري أحكام هذا القانون على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها والتي تبرمها الجهة الإدارية، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها، وكانت تخضع عقود الشراكة في مصر قبل صدور هذا القانون لأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ والخاص بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة، والتي ألغى العمل بها بعد صدور القانون (٦٧) لسنة ٢٠١٠، وبالتالي عدم سريان أحكامهم على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ويلحل محلها القانون الجديد، وبموجب المادة الثالثة من القانون (٦٧) لسنة ٢٠١٠ فإنه يجوز أن يتضمن عقد المشاركة قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المنتفعين، ويجوز بموافقة مجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة في ضوء التقارير المعدة من الوحدة المركزية للمشاركة قيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية^(١).

وبعد صدور قانون الشراكة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠، صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٣٨) لسنة ٢٠١١ بإصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وكان للثورة التي قامت في عام ٢٠١١ في مصر دوراً في الحد من وجود تطبيقات عملية لقانون مشاركة القطاع الخاص ولائحته التنفيذية، وبعدها بدأ من جديد إعادة التفكير في تفعيل دور القطاع الخاص في تمويل إنشاء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة لا سيما مع العجز الشديد في الميزانية وضعف احتياطي النقد الأجنبي لدى البنك المركزي والزيادة الكبيرة في الديون، وزيادة المطالب والاحتجاجات والإضرابات الفئوية مع قلة الموارد،

(١) د. أمل عبد الصمد الكوت: عقود الشراكة (PPP)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٨، ص ٣٩-٤٠.

وقد حدد قانون تنظيم المشاركة بعض الشروط التي يجب توافرها في مشروع الشراكة كما حدد بعض المؤسسات الفاعلة والتي تقوم علي تطبيق تلك المشروعات^(١).

ومن النصوص التي يجب تسليط الضوء عليها المادة (٣٨) من قانون الشراكة المصري، والتي تعطي الحق للجهة الإدارية المتعاقدة إبرام اتفاقات مباشرة مع جهات التمويل، والتي يجوز لوزارة المالية أن تضمن الجهة الإدارية في أداء التزاماتها المالية محل التعاقد، وهذا النص يتعارض مع المادة (١٢٧) من دستور مصر الصادر عام ٢٠١٤ (النافذ)، والتي تنص على (لا يجوز للسلطة التنفيذية الإقتراض أو الحصول على تمويل أو الإرتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة، يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزنة العامة للدولة لمدة مقبلة، إلا بعد موافقة مجلس النواب)، ويتضح أن المشرع الدستوري قد اشترط صراحة ضرورة الحصول على موافقة مجلس النواب قبل الجهة الإدارية، بالإقتراض أو إبرام اتفاقات تمويل، أو الإرتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزنة الدولة إلا بعد الحصول على موافقة مجلس النواب، الأمر الذي يستوجب تعديل النص التشريعي الوارد في قانون الشراكة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري في المادة (٢) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص، قد وسع في تحديد موضوع الشراكة عندما نص على (للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز وتطوير وصيانة مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وإتاحة خدماتها للجمهور، وتقديم التسهيلات والخدمات اللازمة ليصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد)، وحسناً فعل المشرع المصري عندما وسع من نطاق النص ليشمل جميع المجالات، ولم يقتصر على تلك التي تندرج ضمن نطاق القطاع الإقتصادي فقط دون الإقتصادي، إذ استخدم المشرع المصري عبارات عامة تشمل جميع مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة، سواء أكانت اقتصادية مثل الاتصالات اللاسلكية، والطاقة والمياه والطرق، أو اجتماعية مثل الصحة والتعليم، ونجد أن توجه المشرع المصري (الذي اتسع ليشمل جميع

(١) د. حمادة عبد الرزاق حمادة: عقود الشراكة (P.P.P)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤٣-٤٤.

(٢) د. شهاب فاروق عبد الحي عزت: التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠١٤، ص ٥٣.

مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة الاقتصادية منها والاجتماعية)، هو توجه محمود، لما لذلك من آثار إيجابية على نوعية الخدمات التي تقدمها هذه المرافق.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لعقود الشراكة في فرنسا

تعد فرنسا من أهم الدول الرائدة في مجال التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، ويصدد الأساس القانوني لعقود الشراكة في فرنسا، فإننا سنتناول الأساس الدستوري والأساس القانوني، وكما يأتي:

أولاً: الأساس الدستوري لعقود الشراكة في فرنسا:

تجد هذه العقود أساسها في الدستور الفرنسي ومن النصوص الدستورية الداعمة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ (المعدل)^(١)، ما نصت عليه المادة (٣٤) ضمن الباب الخامس، بأن يحدد القانون القواعد المتعلقة بتأميم المؤسسات ونقل ملكية المؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص).

وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي دستورية هذا النوع من العقود (P.P.P)، وقد ذهب المجلس إلى أن عقد الشراكة وإن كان عقداً اجالياً يتضمن الانشاء والاستغلال والإدارة، فإن ذلك مما لا يخالف أي قاعدة أو مبدأ دستوري، حيث أن النظام القانوني لهذه العقود يعتبر نظاماً مستقلاً من القواعد العامة في إبرام العقود تبرره المصلحة العامة والاعتبارات الفنية والاقتصادية للمشروع^(٢).

ثانياً: الأساس القانوني لعقود الشراكة في فرنسا:

تم إدخال عقود الشراكة في فرنسا بالأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤، أما استحداث مؤسسة الخبراء التي تساعد علي تفعيل هذه العقود، فقد تم بالمرسوم رقم (١١١٩) لسنة ٢٠٠٤، وفي عام ٢٠٠٥ صدرت التعليمات الإدارية المتعلقة بضوابط تطبيق عقود الشراكة بواسطة الإدارات المحلية، وقد ترجم المشرع الفرنسي الاشتراطات التي قررها المجلس الدستوري والتي تبرر اللجوء إلى عقود الشراكة P.P.P

(١) دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المسمى بـ (دستور الجمهورية الخامسة)، بصيغته المعدلة إلى غاية صدور القانون الدستوري رقم (٧٢٤) ٢٠٠٨.

(٢) د. أمل عبد الصمد الكوت: عقود الشراكة (PPP)، مصدر سابق، ص ٣٢.

وذلك في الأمر الخاص بعقود الشراكة، وقد اشترط المشرع الفرنسي عدم إبرام عقد شراكة إلا إذا توافر أحد فرضين وهما: كون المشروع المقترح مركبا أو حيث يتوافر مقتضيات الاستعجال، غير أنه يلاحظ أن الأمر المنظم لهذه العقود قد حدد هذه الأسباب بصورة حصرية وبإعمال معيار تبادلي، فلم يشترط أن تتوافر صفتي الاستعجال والطبيعة المركبة للمشروع معا، ولكن يكفي توافر إحداها فقط لإمكان إبرام عقد شراكة، حيث أن ذلك لا يحول دون اللجوء إلي هذا النوع من العقود حيث يكون المشروع عاجلا ومركبا وهو ما يمكننا القول بوجود نموذجين من عقود الشراكة وهما عقد شراكة يرد علي مشروع مركب وعقد شراكة يرد علي مشروع عاجل^(١).

وفي نهاية بحثنا فإن التساؤل الذي يمكننا طرحه هنا، هل أن تأكيد صندوق النقد الدولي على أهمية قيام الدول بوضع التشريعات القانونية لتنظيم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص هو ضرورة أوجدتها الظروف الاقتصادية للدول ومنها العراق لعجز موازنتها العامة عن تغطية تكاليف المشاريع الإستثمارية الضخمة التي تحتاج إليها الدولة لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية، أم أنه واقع فرضته الدول الاقتصادية الكبرى في العالم عبر عولمة التشريع الوطني وترسيخ الهيمنة عليه من أجل أن تسيّر هذه الدول في ركبها، وإيجاد أرضية لعمل الشركات الإستثمارية الأجنبية في دول العالم الثالث تحت شعار التنمية المستدامة؟

وللإجابة على هذا التساؤل ندعو المشرع العراقي إلى تشجيع القطاع الخاص المحلي وإعطائه الأولوية في إبرام عقود الشراكة مع القطاع العام من خلال توفير الضمانات الكافية والبيئة الآمنة للعمل وتعزز ثقة المواطنين بالإقتصاد الوطني من خلال اللجوء للإقتراض المحلي لتوفير رؤوس الأموال أو السيولة النقدية اللازمة لإنشاء المشاريع الإستثمارية الضخمة التي تتطلب رؤوس أموال كبيرة قد تعجز ميزانية الدولة عن توفيرها وتقليل النفقات العامة وتوفير فرص عمل ومسايرة التطورات والتغيرات في مجال عقود الشراكة وذلك بإصدار التشريع القانوني الخاص بعقود الشراكة في إطار قانوني متكامل يؤمن الحماية اللازمة والمحافظة على حقوق المستثمرين من القطاع الخاص والمستهلكين والقطاع العام، وتحقيق التوازن في العلاقة بين أطراف عقد الشراكة.

(١) د. حمادة عبد الرزاق حمادة: عقود الشراكة (p.p)، مصدر سابق، ص ٤٥.

الخاتمة

وبعد أن انتهينا من البحث في الأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق والدول المقارنة، يتضح لنا أن عقود الشراكة (p.p.p) هي آلية تمويل مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، إذ يقوم بمقتضاها الشريك بتمويل تصميم المشروع وإنشائه وتجهيزه بالمعدات الحديثة ذات التقنية العالية، وقد ظهرت هذه العقود وانتشرت في فرنسا ثم في مصر، وفي ختام دراستنا للأساس القانوني لعقود الشراكة في العراق والدول المقارنة، يمكننا بيان أهم الإستنتاجات والتوصيات التي توصلنا إليها، وكما يأتي:

أولاً: الإستنتاجات:

١. تعد عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص واحدة من أهم وأفضل وسائل تنفيذ وتمويل المرافق العامة للدولة وذلك عبر جذب الإستثمار الأجنبي والمحلي وما يتميز به من إمكانيات مادية كبيرة وتقنيات متطورة، يتطلب نجاحها وجود تشريعات قانونية تنظمها، لذا نجد أن كل من المشرع الفرنسي والمصري أصدر تشريعات خاصة تنظم عقود الشراكة، في الوقت الذي نجد فيه أن المشرع العراقي لم ينظم تشريعاً خاصاً بهذا النوع من العقود، سوى مشروع قانون لايزال داخل أروقة مجلس النواب ولم ير النور لغاية الآن، بالرغم من تزايد أهمية هذه العقود ولاسيما في مشاريع البنى التحتية والصناعية والطاقة.

٢. عدم كفاية وفعالية نصوص قانون الإستثمار رقم(١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المعدل) والأنظمة والتعليمات الخاصة به، في تنظيم عقود الشراكة، إذ لا يمكن إبرام عقود الشراكة وتنفيذها في ظل قانون الإستثمار كونه لم ينظم إجراءات إبرام هذه العقود، كما إن المستثمر في ظل أحكام هذا القانون يتحمل كافة المخاطر، بخلاف عقود الشراكة التي تقوم على أساس مبدأ توزيع المخاطر.

٣. تأكيد صندوق النقد الدولي على أهمية قيام الدول بوضع الإطار التشريعي والقانوني لعقود الشراكة مع القطاع الخاص، وضرورة قيام السلطات الحكومية والإدارة بتحديد الصيغ المناسبة للتعاقد مع الشركاء المحليين والأجانبين من القطاع الخاص، وبما يضمن الحقوق القانونية والمالية لأطراف العقد ويحفظ حقوق الدولة.

ثانياً: التوصيات:

١. ندعو المشرع العراقي بضرورة الإسراع في تشريع قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص، والإستفادة من تجارب الدول المقارنة فرنسا ومصر الرائدة في مجال عقود الشراكة والأخذ بمحاسنها والإستفادة من الملاحظات التي أثّرت بصدد القانون الفرنسي والمصري بغية تلافيتها من قبل المشرع العراقي، وعدم الإعتماد على بعض النصوص المتفرقة في قوانين مختلفة، والتي لا يمكن معها تغطية وتنظيم كل جوانب عقود الشراكة.

٢. ندعو المشرع العراقي إلى تشجيع القطاع الخاص المحلي ومنحه الأولوية في إبرام عقود الشراكة مع القطاع العام لإنشاء المشاريع الإستثمارية الضخمة وسد العجز في الموازنة العامة للدولة من خلال تقليل الإنفاق العام وزيادة الإيرادات وتحسين مستوى الخدمات المقدمة من قبل الإدارة وتوفير فرص عمل للمواطنين.

٣. على المشرع العراقي عند إصداره للقانون الذي ينظم علاقة الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، أن يأخذ بنظر الإعتبار ويعمل على إزالة وتجنب جميع الإجراءات والقيود البيروقراطية والروتين الزائد الذي يواجه القطاع الخاص، وتحديد الجهات التي تتعامل معه، وبما يضمن تحقيق التنافس بين المستثمرين في تنفيذ تلك المشاريع.

الطبيعة القانونية لعقود الشراكة

المقدمة

ان تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين الخاص والعام يتطلب معرفة ما قدمه الفقه من اراء وما أورده التشريع من نصوص بخصوص تحديد طبيعة هذه العلاقة وما يترتب عليها من اثار سلبية كانت ام ايجابية فسيان كل من قواعد القانون العام او قواعد القانون الخاص ينضوي على مجموعة من المحددات القانونية التي يجب الاخذ بها بنظر الاعتبار عن تحديد طبيعة العلاقة لاسيما في ظل غياب التشريع القانوني الذي ينظم هذه العلاقة مما جعل طبيعتها عرضة لكثرة الآراء بيم مؤيد لطبيعتها الإدارية ومناصر لطبيعتها المدنية يتخلل كليهما رفضاً لما يقدمه كل منهما من حجج تدعم رأيه وتسندة قانوناً وفقها.

أهمية البحث:

١. تتجلى أهمية البحث في بيان طبيعة عقود الشراكة من حيث مدى سريان قواعد القانون العام او قواعد القانون الخاص على هذا النوع من العقود لبيان مدى تأثير كل قانون على طبيعة هذا العقد.
٢. عرض النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث وبيان الآراء الفقهية التي قيلت في تحديد طبيعة عقود الشراكة وانتقادها.
٣. تتبع أهمية البحث من ان تحديد طبيعة هذه العقود يتعلق بالصالح العام اصلاً لارتباط هذه العقود بالخدمة المقدمة الى الافراد عن طريق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

اشكالية البحث:

١. يبقى غياب التشريع القانوني الذي ينظم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص المشكلة الأكبر التي تواجه عقود الشراكة في العراق وبضمنها تحديد طبيعتها.
٢. حداثة الدولة اللامركزية في العراق وما تبعه من تطوير القطاع الخاص وتدخله في المرافق العامة التي تقدم الخدمة للأفراد يجعل من تحديد طبيعة عقود الشراكة العلاقة بين القطاعين العام

والخاص امراً غاية في الصعوبة بسبب تأثر قرارات الإدارة واصطدامها بعدم وعي الافراد بأهمية القطاع الخاص.

منهجية البحث:

اقتضت ضرورة البحث العلمي اتباع المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث والمنهج المقارن فيما يتعلق بقوانين الدول الرائدة في هذا المجال بالإضافة المنهج النقدي من خلال نقد بعض الآراء الفقهية التي قيلت في موضوع البحث.

خطة البحث:

اقتضت الضرورة العلمية تقسيم خطة البحث الى ثلاث فروع وحسب الاتي:

الفرع الأول: عقد الشراكة من عقود القانون العام.

الفرع الثاني: عقد الشراكة من عقود القانون الخاص.

الفرع الثالث: الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة.

الفرع الأول

عقد الشراكة من عقود القانون العام

يذهب جانب من الفقه الى عد عقود الشراكة بأنها من عقود القانون العام ، كون الإدارة او احد أجهزتها طرفاً فيها ، فهي ان كانت من جانب القطاع الخاص ترمي الى تحقيق الربح الا انها من جانب القطاع العام ترمي الى تحقيق النفع العام وهو من ابرز سمات وشروط عقود القانون العام ، بالإضافة الى احتوائها على الشرط الثالث وهو تضمين عقد الشراكة عقوداً غير مألوفة في القانون الخاص وهذا ما يظهر بصورة جلية في منح المستثمر بعض المزايا كالإعفاء من الضرائب او الجمارك او منحه ارضاً يقيم عليه مشروعه وجميع هذه المزايا غير موجودة في عقود القانون الخاص^(١).

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بعدة أسباب أهمها:

(١) د. حمادة عبد الرزاق حمادة: عقود الشراكة (p.p)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٤، ص ٢٩.

أولاً. يرى أصحاب هذا الاتجاه ان عقد الشراكة من عقود القانون العام كونه يمثل صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة^(١)، اذ نجد ان محكمة القضاء الإداري المصري قررت ان نظم البنية الأساسية الحديثة عن طريق القطاع الخاص هي من قبيل عقد التزام المرافق العامة^(٢).

ثانياً. ان الموضوع الأساسي لعقود الشراكة هو نشاط او تطوير المرافق العامة او تسييرها ، وبذلك فلا يمكن اخضاعه للقواعد العامة الواردة في القانون الخاص كون ذلك يمثل اخلافاً بالمصلحة العامة للمرفق وتغليب النظرة الفردية والنزعة الربحية مما يؤدي احياناً الى سوء او التوقف عن أداء الخدمة^(٣).

ثالثاً. يرى هذا الجانب من الفقه ان عقود الشراكة تتوافر فيها كافة شروط العقود الإدارية والمتمثلة بكون احد طرفيها شخصاً عاماً، واتصال العقد بنشاط مرفق عام، وتضمينه عقود غير مألوفة في القانون الخاص، وجميع هذه الشروط متوفرة في عقد الشراكة وبالتالي وفقاً لوجهة نظرهم فإنه لا داعي للبحث في مدى انطباق القانون الخاص على عقود الشراكة^(٤).

رابعاً. ان إعطاء الجهات الإدارية صلاحية التدخل وتعديل بعض النواحي التنظيمية في العقد دون موافقة الطرف الاخر لمقتضيات المصلحة العامة شرط اعادة التوازن المالي للعقد ومن دون اخلاص بحق المستثمر في التعويض يجعل العقد من عقود القانون العام .

خامساً. ان التوسع النسبي في المهام والصلاحيات الممنوحة للقطاع الخاص في عقود الشراكة بين القطاعين الخاص والعام عن طريق اسناد مهام تشييد المرافق العامة وتشغيلها واستغلالها لا يسلب الإدارة دورها الرئيسي في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وما يتبعه ذلك من توفير الخدمات للجمهور^(٥).

-
- (١) مصطفى عبد المحسن الحبشي: الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ٢٨ .
- (٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصري: رقم ١٤٦ بتاريخ ٢٥/٢/٢٠٠٧، المنشور في مجموعة الاحكام العاشرة، ص ٢٥٩، نقلا عن
- (٣) جمال عثمان جبريل: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة اكااديمية السادات للعلوم الإدارية ، ص ٨٣.
- (٤) احمد سيد احمد: التحكيم في عقود الشراكة، دار نصر للطباعة الحديثة، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٢.
- (٥) عزام محمد عزام: اليات فض منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٢٢، ص ٥٠.

سادساً. ان إعطاء الإدارة حق الاشراف والتدخل والرقابة عند الضرورة وتعديل العقد لتحقيق الصالح العام يسبغ صفة القانون العام على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

سابعاً. ان اخضاع عقود الشراكة للنظرية العامة في القانون الخاص يجعل هـ ذه العقود عرضة للمساواة بين المصالح العامة والمصالح الفردية الامر الذي ينعكس سلباً على سير المرافق العامة وانتظامها^(١).

ثامناً. من حيث تشجيع الاستثمار^(٢):

إن القول بأن عقود الشراكة من عقود القانون الخاص هو أمر يتعارض وسياسة تشجيع الاستثمار^(٣) حيث يؤدي اعتناق الدول لهذا التكيف إلى تخويف المستثمرين وإعراضهم عن استثمار أموالهم في تلك الدول، وذلك حتى يتجنبوا المخاطر التشريعية واللائحية والقضائية التي يتعرضون لها. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب على الدولة، لكي تجذب الاستثمار الأجنبي إليها، أن تبتعد عن أحكام القانون الخاص وتستعين بتطبيق أحكام القانون الخاص مما يساعد على زيادة الاستثمارات الأجنبية والوطنية من خلال توفير الإعفاءات والضمانات والمزايا الممنوحة لهم والتي ليس لها ميدان في القانون الخاص.

ففي العراق يمكن الاستناد الى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، لكنها لا تقي بالغرض ول تعوض عن تشريع قانون خاص بتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لخصوصية عقود الشراكة في ميدان القانون الإداري كون هذه العقود تتعلق بالبنية التحتية.

وهذا هو توجه المشرع المصري اذ انه اضى الصفة الإدارية على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فالمستعرض لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص المصري يجد أنه قد منح الإدارة المتعاقدة العديد من السلطات والصلاحيات، فنجد أنه اشار الى منح الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية صلاحيات تنظيم ورقابة المرفق ومتابعة شركة المشروع^(٤). كما أنه أشار القانون ذاته الى منح

(١) امل حمزة عبد المعطي: سلطات الإدارة في عقد الشراكة (p.p.p) والاثار الناتجة عن ممارسة تلك السلطات (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية، العدد ٨١، ٢٠٢٢، ص ٦٧.

(٢) مصطفى عبد المحسن الحبشي: مصدر سابق، ص ٣٢.

(٣) عرفت المادة ١/سادساً من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بأنه "توظيف رأس المال في أي نشاط او مشروع اقتصادي يعود بمنفعة على الاقتصاد الوطني وفقاً لأحكام هذا القانون.

(٤) نصت المادة ٥ من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على " تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، متابعة شركة المشروع عند إنشائه وتجهيزه وإتاحة المنتجات والخدمات محل عقد المشاركة والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة

الجهة الإدارية صلاحيات تعديل شروط العقد متى اقتضت المصلحة العامة ذلك،^(١) وأشار القانون أيضاً على وجوب تضمين عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بنوداً تمنح الإدارة صلاحيات الإنهاء المبكر للعقد^(٢).

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي عرف عقد الشراكة بأنه " عقد اداري تعهد بمقتضاه الدولة او احدى مؤسساتها العمومية الى الطرف الاخر ولفترة زمنية محددة وفقا لمدة استهلاك الاستثمارات وشروط التمويل المعتمدة بمهمة اجمالية تتعلق بالتمويل والبناء او التحويل او الصيانة او الاستغلال او تدبير المرفق العام

ونخلص مما سبق ان المشرع الفرنسي كان اكثر وضوحاً في تحديد طبيعة العقد بأنه من عقود القانون العام بنصه عبي انه "عقد اداري" على عكس المشرع المصري الذي اكتفى بالإشارة الى انه عقد تبرمه الجهة الإدارية فكما نعلم هناك عقود تبرمها الإدارة تخضع لأحكام القانون الخاص، وندعو المشرع العراقي عند تشريعه قانون تنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالسير على هدي المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة العقد والتي نراها تحقق فاعلية اكثر في تحقيق النفع العام .

قانوناً، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ، وذلك طبقاً للشروط والأحكام المنصوص عليها في العقد، وبمراعاة معايير وقواعد الرقابة المقررة قانوناً وإذا تضمن عقد المشاركة إسناد التشغيل أو الاستغلال لشركة المشروع، فعلى الجهة الإدارية بالاتفاق مع الشركة وتحت إشراف الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، تشكيل لجنة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وتقديم تقارير دورية، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون نظام عمل اللجنة وما تقدمه من تقارير وعلى شركة = المشروع، في الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، أن تقدم إلى اللجنة كل ما تطلبه من الأوراق أو المعلومات أو البيانات اللازمة للقيام بمهامها، وأن تسمح لها بزيارة المواقع التي تطلب زيارتها والتفتيش عليها في أي وقت، وذلك كله على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

(١) نصت المادة (٧) من تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية على " للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال، طبقاً للأسس والقواعد التي يبينها العقد.

وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر".

(٢) نصت المادة ٣٤ من نفس القانون على " وجوب تضمين عقد المشاركة مايلي... (ي) مدة العقد وحالات الانهاء المبكر او الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة"

الفرع الثاني

عقود الشراكة من عقود القانون الخاص

على عكس الاتجاه الأول يرى أصحاب هذا الاتجاه ان الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل عقود القانون الخاص يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد من عقود القانون الخاص التي تخضع لسلطان الإرادة، ولمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي تطبق عليها أحكام وقواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي لا القضاء الإداري. وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج واهمها :

أولاً. من حيث مدى توفر الشروط^(١):

انه من المقرر، فقها وقضاء، أنه لكي يكتسب العقد الإداري هذه الصفة يجب أن تتوفر في شأنه ثلاثة أركان أساسية، وهي أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الركن الثالث من أركان تمييز العقود الإدارية ينحصر في عقود الشراكة التي تبرمها الجهة الحكومية مع القطاع الخاص، فالإدارة في هذا النوع من العقود تتعاقد مع القطاع الخاص كما لو كانت فرداً عادياً، الأمر الذي يوجب عليها أن تقف موقف المساواة مع المتعاقد معها. ويدلل أنصار هذا الاتجاه على ذلك بأن الجهة الحكومية، وإن كانت تملك تضمين عقودها الداخلية شروطاً استثنائية غير مألوفة، فإنها لا تملك تطبيق هذه الشروط على المتعاقد الأجنبي، فسلطات الجهة الحكومية تنحصر في حدود النطاق الجغرافي للدولة، هذا إضافة إلى أن متطلبات التجارة الدولية تقتضي أيضاً نزول الدول إلى مستوى الأفراد العاديين في التعاقد والبعد عن أساليب القانون العام، وذلك في سبيل تحقيق مصالحها الاقتصادية، فإذا ما تمسكت الدولة بسلطاتها التعاقدية فإنها تهدم بذلك العلاقات التعاقدية مع المتعاقد الأجنبي .

ثانياً: من حيث الملكية: إن القول بأن عقد الشراكة من عقود القانون العام يتعارض وملكية الشريك الخاص للمشروع، ففي حين تعد ملكية الشريك الخاص للمشروع في بعض صور عقود الشراكة ملكية

(١) مصطفى عبد المحسن الحبشي: الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ٣١.

تامة، فإنها لا تعد كذلك في العقود التي تخضع لقواعد القانون العام والتي تكون فيها الجهة الحكومية هي من يملك المشروع^(١)

ثالثاً. من حيث غياب التنظيم القانوني^(٢):

عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام، باستثناء وجود بعض القوانين التي تعالج جزئيات صغيرة متعلقة بنوعية مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها في العراق مثلاً لا يوجد قانون لتنظيم عقود الشراكة.

رابعاً. من حيث مجاله الاقتصادي: ان عقود الشراكة تمثل صورة حديثة من صور تمويل المشروعات اذ يقوم القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله وبالتالي يجب على الدولة ان تتعاقد بشأن هذا الانشاء والتمويل طبقاً لآليات السوق التي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة وعدم استخدام أساليب السلطة العامة^(٣).

وبرأينا فإن الاتجاه الذي يضفي صفة قواعد القانون الخاص على عقود الشراكة هو محل انتقاد اذ لا يمكن المساواة بين العقود المدنية بما تحتويه من اهداف ربحية وبين عقود الشراكة التي يجب ان يكون هدفها الأساسي تحقيق النفع العام من جانب الإدارة على الأقل، اذ إن القول بأن الدولة لا تملك تطبيق ما يحتويه العقد من شروط استثنائية على المتعاقد ، كونه يخرج عن نطاق إقليم الدولة الجغرافي، يغدو قولاً غير دقيق في ظل حقيقة مفادها أن جميع عقود الشراكة تنشأ على أراضي الدولة المتعاقدة تحقيقاً للمصلحة العامة لمواطنيها، كما أن الأخذ بهذا الرأي يحول دون إمكانية تدخل الإدارة لتعديل شروط العقد، وهو ما يعرفل السير الحسن للمرفق العام. كما أنه لا يمكن تقبل فكرة أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو من قبيل العقود المدنية وذلك لارتباطه بتسيير مرفق عام، ولكونه يحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي. وأخيراً، فإن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أصبحت من أكثر العقود أهمية وشهرة في مختلف أنحاء العالم، وأضحى إطارها القانوني والأساسي الذي

(١) احمد رمضان الشرايعه: الطبيعة القانونية لعقود البوت، رسالة ماجستير في جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١، ص٢٣.

(٢) محمد وليد العبايدي: طبيعة القانون الذي يربط العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، عدد ٤، ٢٠١٣، ص ٢٠٢.

(٣) هاني صليب سر الدين: الاطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٩، ١٩٩٩، ص ١٨١.

تقوم عليه معروفا لدى المستثمرين في شتى القطاعات، حيث لم يعد لدى هؤلاء أي تخوف من الخوض والاستثمار في هذا النطاق، خصوصا في ظل وجود تشريعات خاصة تنظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لاسيما في الدول المقارنة في مصر وفرنسا، إذ لم تبق الحال على ما كانت عليه من غياب تنظيم تشريعي لهذه العقود كما في العراق.

الفرع الثالث

الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة

يميل جانب من الفقهاء إلى إضفاء طبيعة خاصة على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، متخذين بذلك موقفا وسطا بين الفقهاء الذين يتجهون نحو اعتبار هذه العقود من قبيل عقود القانون العام، والفقهاء الذين يتجهون نحو اعتبار هذه العقود من قبيل عقود القانون الخاص. حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه من الصعوبة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مسبقا، بل يجب النظر إلى كل عقد من هذه العقود على حدة لمعرفة طبيعته، وبناءً على ذلك فإن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد تدخل في مفهوم العقود الإدارية أو المدنية حسب أحكام وشروط كل عقد. وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجتين التاليتين:

أولاً. إن عقود الشراكة من العقود الحديثة نسبيا التي تضم عدداً كبيراً من العناصر التعاقدية المختلفة كملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع، وكيفية إعادة المشروع إلى الدولة والرسوم التي يحق لكل من أطراف العقد الحصول عليها من الأفراد، ومدى جواز الحجز على أموال المشروع، وغيرها العديد والعديد من العناصر التعاقدية التي تختلف باختلاف كل مرحلة من مراحل العقد، وتختلف هذه المراحل وفقاً للهدف الذي تتجه إرادة الأطراف إلى تحقيقه. وعليه، فإنه من غير الممكن وضع تكييف عام ينطبق على جميع صور وأشكال هذه العقود، وإنما لا بد من أن يسبغ تكييف خاص بكل عقد على حدة وفقاً للظروف والملابسات المحيطة به، وفي ضوء عناصره وشروطه، بحيث يتفق التكييف القانوني للعقد مع جوهره ومضمونه، ويكشف عن حقيقته وخصوصيته التي تميزه عن غيره من عقود الشراكة^(١).

(١) سيف باجس الفواعير: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (مفهومها وطبيعتها القانونية) دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، عدد ٢٢، ٢٠١٧، ص ١٢.

ثانياً. إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لها سماتها الذاتية التي تميزها عن غيرها من العقود الإدارية، إذ إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وخلافا لعقود امتياز المرافق العامة، تبرم بعد مفاوضات بين الجهة الحكومية والشريك الخاص^(١)، إضافةً إلى أن العديد من القواعد التقليدية التي يقوم عليها عقد امتياز المرافق العامة قد تم تحديثها في عقود الشراكة بإنشاء المشروع أصبح يقوم بتمويل من القطاع الخاص، وملكية الأرض أصبحت للشريك الخاص الأمر الذي يصعب معه وضع تكييف محدد وثابت لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

على الرغم من الانقسام الحاصل بين صفوف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة فإننا عند تمييزنا بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص نميل نحو ترجيح الجانب القائل بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كونها تمنح الإدارة سلطة الرقابة والإشراف، وأخرى تمنحها سلطة التعديل في بنود العقد، إضافةً إلى بنود تمنح هذه الأخيرة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، بما يؤكد على الطبيعة الإدارية لهذه العقود.

وفي هذا الصدد يمكن للباحث إيراد بعض الملاحظات حول طبيعة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وإهمها:

أولاً. إن عقود الشراكة (p.p.p) عقود لا يمكن ان توضع تحت طبيعة قانونية محددة لما لذلك من تبعات على العقد المبرم بين القطاعين الخاص والعام، اذ ان القول بأنه من عقود القانون العام يجعل من الطرف الاخر في حالة تخوف دائم من الدخول فيه بسبب ما تملكه الإدارة من سلطات في العقود العامة، والقول بأنه ذو طبيعة مدنية يتنافى مع حسن سير انتظام المرافق العامة واستمراريتها.

ثانياً. ان ادراج عقود الشراكة ضمن عقود القانون الخاص وان كان يمثل الجانب الإيجابي للمتعاقد مع الإدارة كونه يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي لا تملك الإدارة سلطة تعديل العقد او الاشراف او التوجيه بشكل مباشر ، الا انه يمثل جانباً سلبياً للإدارة في عدم امتلاكها أساليب السلطة العامة التي يتسلح بها العقد الاداري بل وحتى للمتعاقد نفسه اذ انه سوف يحرم من جميع المزايا التي يحققها طبيعة العقد الاداري بما فيها تحمل المخاطر وإعادة التوازن المالي للعقد.

(١) المصدر نفسه: ص ١٣.

ثالثاً. برأينا ان عقود الشراكة بي القطاعين العام والخاص في ظل الوضع الحالي في العراق لا يمكن ان يكتب لها النجاح في ميدان المرافق العامة الخدمية ، وانما يمكن ان تبدأ التجربة فيها في ميدان المرافق العامة الاقتصادية كون هذه المرافق لا تمس الخدمات المقدمة للجمهور وانما هدفها ربحي فقط، وبالتالي هذا يجنبنا الغضب الشعبي المتوقع في حال أي خطأ يقع من جانب القطاع الخاص وتحميل مغبته على الإدارة، وهذا ما لوحظ عند الإعلان سابقاً عن إمكانية خصخصة قطاع الكهرباء وما جوبه به من رفض، مما يثبت تخوف الافراد من ايكال القطاعات المهمة الى القطاع الخاص.

رابعاً. منذ تأسيس الدولة العراقية ولغاية صدور دستور ٢٠٠٥ كانت اغلب الأنظمة التي حكمت هي أنظمة اشتراكية تدخلية ، مما ولد شعوراً لدى الافراد بمرور الوقت بأن الدولة مسؤولة امام الشعب عن أي تقصير في تقديم الخدمة المقدمة الى المرافق العامة ونظراً لعدم وضوح توجه الدولة في دستور ٢٠٠٥ من النظام الاقتصادي فمن غير الممكن في الوقت الحاضر على الاقل اقناع الافراد بإمكانية اشباع حاجاتهم عن طريق القطاع الخاص بسبب ما توارثوه فكرياً عن دور الدولة.

خامساً. ان طبيعة عقود الشراكة برأينا يجب ان تكون مختلطة بين القانون العام والقانون الخاص تستمد من كليهما ايجابياته وتتجنب سلبياته بعيداً عن الحدود القانونية لكل منهما التي تعرقل تقديم الخدمة العامة للجمهور من جهة وتضعف ثقة المستثمر بالقطاع العام من جهة وهذا ما لا يمكن تحقيقه الا من خلال تشريع قانون تنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كما هو موجود في مصر وفرنسا يبين طبيعة هذه العقود واحكاما دون إحالة أي جزئية خاصة بها الى قانون اخر.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من موضوع البحث توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات يمكن لنا اجمالها بالآتي:

أولاً. النتائج:

١. تبين لنا ان لتحديد طبيعة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أهمية كبيرة لما لها من اثر في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على حقوق والتزامات العقد وتحديد القاء المختص ايضاً.
٢. ان اتجاه المشرع الفرنسي في تعريف عقد الشراكة بأنه عقداً ادارياً يمثل دلالة واضحة على تحديد طبيعته بموجب قواعد القانون العام عكس المشرع المصري الذي اعتمد على طرفي العقد واحكامه في تحديد طبيعته. ان تحديد طبيعة عقد الشراكة ضمن العقود المدنية ينطوي على قدر

كبير من المخاطرة لاسيما في العراق الذي لم يعرف بعد ثقافة اشباع الحاجات العامة عن طريق المرافق الخاصة الا في مجال محدود.

ثانياً. التوصيات:

١. ندعو المشرع العراقي الى الإسراع في تشريع قانون تنظيم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص وبيان طبيعته القانونية وتحديد احكامه لمسايرة التطورات الاقتصادية التي طرأت على اشباع الحاجات العامة وتحقيق النفع العام.

٢. نقتح على المشرع العراقي عدم استخدام الأساليب النمطية في صياغة النصوص القانونية في عقود الشراكة عند تشريع القانون الخاص بها، اذا ان التعامل مع القطاع الخاص دائماً ما يحتاج الى نصوص قابلة للتطور بسبب سرعة التقلبات التي تحدث في إدارة المرافق خدمية كانت ام اقتصادية.

(تميز عقود الشراكة عن عقود الاشغال العامة وعقود البوت)

المقدمة

تعد عقود الشراكة عقوداً هامة تلجا اليها الدول نظرا لما توفره هذه العقود من خبرة وتوفير في النفقات بالنسبة للدولة، وتقوم هذه العقود على الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص والتي تكون محورها مشروعات عامة وتكلفة مالية ضخمة وعملية تمويلية متكاملة من خلال الدخول في العديد من العلاقات التعاقدية.

وعقود الشراكة من العقود الادارية التي تبرم بين الدولة وشركة المشروع، وتعد عقود الشراكة من الطرق الحديثة في إدارة المرفق العام، اذ تتيح عقود الشراكة امكانية الاستفادة من خدمات القطاع الخاص وتحسين جودة الخدمات المقدمة مع المحافظة على المرفق العام، وهناك بعض السمات المشتركة بين عقود الشراكة وغيرها من العقود وعلى وجه الخصوص عقود الاشغال العامة وعقود البوت B.O.T ، بالإضافة إلى وجود بعض الخصائص التي تختلف بها عقود الشراكة عن عقود الاشغال العامة وعقود البوت B.O.T.

أهمية البحث

تقوم عقود الشراكة على مجموعة من العلاقات والالتزامات المتبادلة بين اطرافها، من هذا المنطلق تظهر اهمية البحث في بيان وتوضيح الوسائل التي تميز عقود الشراكة وبيان مدى وملاءمتها في التطبيق على العقود الاخرى وخصوصية القواعد التي تطبق في شأنها في حال تطبيقها على عقود الاخرى.

خطة البحث

يقتضي البحث في تمييز عقود الشراكة عن عقود الاشغال العامة وعقود البوت B.O.T تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الاول تمييز عقود الشراكة عن عقود الأشغال العامة، وسنخصص المطلب الثاني لبيان تمييز عقود الشراكة عن عقود البوت B.O.T.

المطلب الاول

تمييز عقود الشراكة P.P.P عن عقود الإشغال العامة

يتوجب علينا قبل التمييز بين عقود الشراكة وعقود الإشغال العامة بيان تعريف عقد الإشغال العامة، إذ يعرف عقد الأشغال العامة بأنه عقد مبرم ما بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار عام، ويتم العمل لحساب الشخص المعنوي بقصد تحقيق المنفعة العامة في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة في العقد^١، وكذلك عرف عقد الإشغال العامة بأنه اتفاق بين شخص من اشخاص القانون العام واخر من اشخاص القانون الخاص على ان يقوم الاخير لحساب الشخص الاول بأعمال على عقار قائم او سيقوم لحساب الشخص العام بهدف تأمين المنفعة العامة^٢، ولبيان اوجه الشبه والاختلاف بين عقود الشراكة P.P.P وعقود الإشغال العامة سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الفرع الاول اوجه الشبه بين عقود الشراكة P.P.P وعقود الإشغال العامة، وسنخصص الفرع الثاني لبيان اوجه الاختلاف بين عقود الشراكة P.P.P وعقود الإشغال العامة.

الفرع الاول

اوجه الشبه بين عقود الشراكة P.P.P وعقود الإشغال العامة

يلتقي عقد الشركة بعقد الإشغال العامة في عدد من الجوانب منها.

١. تعقد عقود الشراكة P.P.P وعقود الإشغال العامة من العقود الإجمالية التي تشمل عمليات التصميم والإنشاء والتشغيل والصيانة^٣.

٢. تعد كل من عقود الشراكة P.P.P وعقود الأشغال العامة من العقود التي لا يفوض فيها المتعاقد بإدارة المرفق، فعقود الأشغال العامة لا تفوض إدارة المرفق العام للمتعاقد ولا ترتبط به

١ د. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، عقد الإشغال العامة المفهوم والاثار، ص ٢١.

٢ د. برهان زريق، عقد الإشغال العامة، ط ١، ٢٠١٦، ص ١٢.

٣ د. حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (p.p.p)، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٩١.

إلا بصورة غير مباشرة تتعلق بتنظيمه أو المعاونة في تيسيره، أما عقود الشراكة P.P.P؛ فإنها وأن كانت عقود مركبة تتعلق بعمليات متتالية تصل إلى عملية التشغيل والصيانة، إلا أنها مع ذلك لا تصل إلى درجة تفويض إدارة المرفق بسبب أسلوب حصول الشريك الخاص على حقوقه المالية من قبل الإدارة في شكل إيجار دوري^١.

٣ . تتشابه عقود الشراكة p.p.p مع عقود الاشغال العامة في طريقة حصول المتعاقد على حقوقه المالية حيث تقوم جهة الإدارة في دفع مقابل ما قام به المتعاقد من أعمال في شكل ثمن سواء ارتبط هذا الثمن بالأعمال التي نفذها فعلاً تطبيقاً لقاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة (عقود الأشغال)، أو حصل عليها المتعاقد في مرحلة تالية للتنفيذ وأثناء التشغيل في صورة مبالغ دورية (عقود الشراكة P.P.P)، وحتى في الحالة التي يأخذ المقابل المالي في عقود الشراكة شكل الثمن ويكون في صورة إعلانات كما في عقود الإنشاءات الحضرية؛ فإن المتعاقد يحصل على حقوقه المالية من ربح الإعلانات بطريقة ترتبط بالتكلفة الفعلية للأعمال مما يجعل المقابل يأخذ صورة ثمن مستتر^٢.

٤ . تتشابه عقود الشراكة مع عقود الاشغال العامة من حيث خضوعهما لمبدأ التفاوض التنافسي، فعقود الشراكة P.P.P تخضع لهذا المبدأ بغرض الوصول إلى التحديد الدقيق للإمكانيات الفنية والقانونية والمالية التي تحقق الهدف من العقد، ويجب لمشروعية هذا الإجراء أن تساوي الإدارة بين كل المتقدمين أو المرشحين للتعاقد، فلا يجوز لها مثلاً أن تتفاوض مع بعض المرشحين دون البعض الآخر أو تمنح بعض المرشحين بيانات أو معلومات تؤدي إلى أن يصبحوا في وضع الأفضلية تجاه المشروع التعاقدى بالنسبة للمرشحين الآخرين، ولا يمكنها من باب أولى أن تطلع أحد المرشحين على حلول اقترحه عن غيره من المرشحين، فالواجب على جهة الإدارة المختصة أن تجري مع كل المرشحين وفي نطاق مبدأ المساواة حواراً أو تفاوضاً حول موضوع العقد حتى تصل إلى تحديد احتياجاتها الفعلية التي خطت لها عند الدعوة للتعاقد، وعقود الاشغال العامة تخضع هي الأخرى لمبدأ التفاوض التنافسي حين يكون موضوع عقد الأشغال

١ د. أمل عبد الصمد الكوت، عقود الشراكة (p.p.p)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١٨، ص٦٣.

٢ د. رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٩٧.

العامة مركبا، أي عندما لا تستطيع جهة الإدارة أن تحدد بطريقة موضوعية الجوانب المالية والقانونية للمشروع او لا تستطيع أن تحدد بمفردها الجوانب الفنية التي يحتاج إليها العقد^١.

٥. تتشابه عقود الشراكة مع عقود الاشغال العامة في امكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذهما، وذلك لكونهما عقود مركبة تتضمن العديد من الجوانب الفنية والقانونية والمالية تحتاج إلى الاسراع في انهاء المنازعات والخصومات التي قد تحدث اثناء تنفيذ العقد^٢.

الفرع الثاني

اوجه الاختلاف بين عقود الشراكة P.P.P وعقود الاشغال العامة

على الرغم من التشابه الكبير بين عقد الشراكة وعقد الاشغال العامة، الا انه يوجد هناك فوارق بينهما ومنها:

أولاً: من حيث مدة العقد تختلف عقود الشراكة عن عقود الاشغال العامة من ناحية مدة العقد، اذ تكون مدة عقد الشراكة طويلة في الغالب، إذ قد تصل في بعض الأحيان الى ثلاثين سنة لكونها تتعلق بإنشاء وتصميم وتشغيل وصيانة مشروع او مرفق عام، أما بالنسبة للمدة في عقود الأشغال العامة فهي تكون في الغالب قصيرة وقل بكثير عما هو عليه في عقد الشركة، اذ لا تتجاوز في الغالب مدة عقود الاشغال العامة سنة واحدة ويوعز ذلك إلى طبيعة تنفيذ العقد^٣.

ثانياً: من حيث تحديد الالتزامات العقدية يختلف العقدين من حيث طبيعة الالتزامات محل العقد، ففي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص فإنه يكون من غير السهل تحديد مدى الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد بدقة لحظة إبرام العقد وذلك بسبب طبيعة هذا النوع من العقود المركبة ولطول مدة هذه العقود، وإذ تتضمن العديد من المراحل منها التصميم والانشاء والتشغيل والصيانة، أما في ما يتعلق بعقد الأشغال العامة فإنه يكون محدد بطبيعته من ناحية الاسعار او

١ د. حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (p.p.p)، مصدر سابق، ص ١٩٢.

٢ د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ١٠١.

٣ د. هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص اطروحة دكتوراه، جامعة اسيوط، ٢٠١٧، ص ٢٣

المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد إذ ترد التزامات المتعاقد بصورة محددة سلفاً في العقد المبرم ما بين الإدارة والمتعاقد^١.

ثالثاً : من حيث توزيع المخاطر تختلف عقود الشراكة عن عقود الإشغال العامة كذلك في مسألة تبني مبدأ توزيع المخاطر، إذ تقوم عقود الشراكة ما بين القطاع العام والخاص على مبدأ توزيع المخاطر بين الإدارة والمتعاقد معها، بغية ضمان تنفيذ آمن للالتزامات المتبادلة تحقيقاً للمصلحة العامة التي دفعت الإدارة الى تنفيذ العقد، أما في عقود الإشغال العامة فلا يوجد توزيع للمخاطر أو اقتسامها، فإذا وجدت مخاطر تحيط بتنفيذ عقد الإشغال العامة، فإن المتعاقد يتحملها وحده من دون الإدارة، ولا يؤثر في هذا الموقف قيام الإدارة بالتدخل ومساعدة المتعاقد المتعثر في التنفيذ في بعض الحالات تحقيقاً للمصلحة العامة^٢.

رابعاً: من حيث اداء المقابل المالي للمتعاقد تختلف عقود الإشغال العامة عن عقود الشراكة في طريقة دفع الاستحقاق المالي للمتعاقد، فعقود الأشغال العامة تخضع لقاعدة عدم جواز الدفع المجزأ المؤجل؛ والحكمة من خضوع هذه العقود لتلك القاعدة أنها غالباً ما تكون قصيرة المدة لا تتعدى العام الواحد، وتتعلق بحاجيات ضرورية للإدارة يلتزم المتعاقد بأدائها في أوقات معينة، حيث قد يؤدي الدفع المؤجل إلى عدم قدرته على متابعة التنفيذ، كما أن هذه الطريقة قد تؤدي إلى خلل في ميزانيات الإدارة إذا ما تجاوزت مدة العقد سنة، مما يعد عائقاً أمام برامج التنمية الاجتماعية والاقتصادية، اما عقود الشراكة فإنها تخضع لقاعدة جواز الدفع المجزأ، أذ يكون الدفع فيها بشكل دوري نصف سنوي او شهري طيلة مدة العقد^٣.

خامساً: من حيث اجراءات ابرام العقد تختلف عقود الشراكة عن عقود الإشغال العامة من ناحية الاجراءات، اذ تخضع عقود الشراكة للإجراءات معقدة لغرض تحقيق مبدأ العلانية والمنافسة، بدءاً من الاعلان المسبق الذي يسمح بتقديم اكثر من عرض و التفاوض التنافسي بين هذه

١ د. رحيمة نمديلي، عقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين، الجزائر، ١٤، ٢٠١٥، ص١٩٧ .

٢ د. منى رمضان محمد بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص٤٠.

٣ د. حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٢٨.

العروض، اما في ما يتعلق بعقود الاشغال العامة فأنها في الغالب تخضع لمبدأ العلانية والشفافية، الا انه قد يتم في بعض الحالات اللجوء إلى طريقة الاتفاق المباشر لأبرام هذه العقود .^١

المطلب الثاني

تميز عقود الشراكة P.P.P عن عقود البوت (B.O.T)

يعرف عقد البوت بأنه تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص وتسمى شركة المشروع وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية^٢، وكذلك عرف عقد البوت بأنه نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية إذ تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل شركة المشروع، بموجب اتفاق بينهما يسمى اتفاق الترخيص، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش من الربح^٣، وليبان اوجه الشبه والاختلاف بين عقد الشراكة وعقد البوت B.O.T سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الاول اوجه الشبه بين عقود الشراكة وعقود البوت B.O.T، وسنخصص الفرع الثاني لبيان اوجه الاختلاف بين عقود الشراكة وعقود البوت B.O.T .

الفرع الاول

اوجه الشبه بين عقود الشراكة P.P.P وعقود البوت B.O.T

ينتشابه عقد الشراكة مع عقد البوت في عدة جوانب منها:

١ د. امل عبد الصمد الكوت، مصدر سابق، ص ٦٦.

٢ د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٨.

٣ نقلاً عن وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الادارة في عقود البوت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٤، ص ٢٨.

أولاً. يتشابه عقد البوت مع عقود الشراكة من حيث أنهما يعدان من مصادر تمويل مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة للدولة، إذ يهدفان إلى رفع عبء تمويل المشروعات ذات الأهمية الكبيرة عن الكاهل الدولة فيما يخص تمويل المشاريع، لكونها تحتاج إلى مبالغ ضخمة تعجز عنها ميزانية الدولة، إذ يتحمل المتعاقد مع الدولة تمويل المشروع من ناحية التصميم والإنشاء والتشغيل والصيانة^١.

ثانياً. يتشابه عقد الشراكة مع عقد البوت من حيث الإجراءات التي تسبق إبرام هذين النوعين من العقود كإجراءات العلانية والمنافسة، عن طريق وجوب الإعلان عن العقد محلياً وعالمياً^٢.

ثالثاً. يتشابه عقد الشراكة مع عقد البوت في أنهما من العقود ذات الطبيعة المركبة التي تتطلب على مجموعة من المراحل تبدأ بالتصميم ثم الإنشاء والتمويل والتشغيل والصيانة^٣.

رابعاً. يتشابه عقد الشراكة مع عقد البوت في أن كل منهما يعتبر وسيلة من وسائل نقل المعارف التقنية والتكنولوجيا في الدولة، حيث تكون الأفضلية في ارساء المشروع للشركات ذات الخبرة التي تعتمد على الوسائل التكنولوجية الحديثة^٤.

خامساً. يتشابه عقد الشراكة مع عقد البوت في خضوع كلا العقدين لفكرة الاختيار الشخصي للمتعاقد، وخضوع اختيار المتعاقد لقواعد المنافسة والشفافية لا تؤثر على خضوع المتعاقد لفكرة الاعتبار من قبل الجهة الإدارية^٥.

سادساً. يتشابه عقد الشراكة مع عقد البوت في أن كل منهما يقوم على إنشاء مشروع من مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة كإنشاء محطات كهرباء أو طرق وجسور^٦

١ محمد صالح الجبر، إبرام عقود الشراكة P.P.P في إطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٨، ص ٤٤.

٢ د. محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام النيابة والتشغيل ونقل الملكية ونظام B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٨.

٣ د. حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة P.P.P، مصدر سابق، ص ١٨٥.

٤ د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص ١١٩.

٥ د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٥٣.

٦ د. حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، مصدر سابق، ص ٣٤.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين عقود الشراكة P.P.P وعقود البوت B.O.T

على الرغم من التشابه بين عقد الشراكة وعقد البوت B.O.T، إلا أنه يوجد هناك فوارق بينهما ومنها.

أولاً: من حيث المقابل المالي ففي عقد البوت يكون المقابل المالي نتيجة استغلال المشروع سواء كان المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد يتخذ صورة رسم يدفعه المنتفعون من خدمات المرفق أم صورة مبالغ مالية تدفعها الإدارة عندما تقوم بشراء الخدمة من المتعاقد، بينما في عقود الشراكة يتقاضى المتعاقد المقابل المالي من الجهة التي تعاقدها بصورة ثمن ويكون على شكل أقساط دورية سنوية أو نصف سنوية أو شهرية وبشكل مجزأ طيلة فترة العقد^١.

ثانياً: من حيث استغلال المشروع تلجأ الجهة الإدارية في عقود الشراكة إلى تنفيذ الأشغال العامة على أساس المشاركة بينها وبين القطاع الخاص، ويمنع على الشريك الخاص استغلال هذا المرفق ويكون حق الاستغلال مناط بالجهة الإدارية وحدها، أما عقد البوت فإنه يبرم من أجل تنفيذ أشغال عامة أو إنشاء وإدارة مرفق عام إذ يحق للملتزم استغلال المرفق فترة العقد من أجل أن يحصل على مقابل ما انفقته من إنشاء وتجهيز وتشغيل^٢.

ثالثاً: من حيث ملكية المشروع تختلف عقود الشراكة عن عقود البوت في إن المتعاقد في عقد البوت يقوم بإنشاء المشروع وإدارته ثم ينقل ملكيته إلى الدولة في نهاية المدة المتفق عليها في العقد، أما في عقود الشراكة فتبقى ملكية المشروع قائمة في يد الإدارة التي تقوم بتسديد الثمن مجزأ إلى المتعاقد طوال مدة انجاز المشروع^٣.

رابعاً: من حيث الالتزام تختلف عقود الشراكة عن عقود البوت من حيث الالتزام، فالالتزام الرئيسي في عقد الشراكة هو تنفيذ الأشغال العامة أما التزامات التشغيل أو الاستغلال فتعد

١ د. الياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت B.O.T ، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٢٥.

٢ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص٦٨.

٣ د. محمد بهجت قايد، مصدر سابق، ص٢٥٦

التزامات إضافية، أما في عقد البوت فالالتزام الرئيسي هو تنفيذ الأشغال وتشغيل المرفق واستغلاله، حيث أن الملتزم لا يتقاضى مقابلًا عن الإنشاءات التي أقامها إلا من عائدات التشغيل^١

الخاتمة

بعد بحثنا في تمييز عقود الشراكة عن عقود الأشغال العامة وعقود البوت . توصلنا إلى عدد من النتائج والمقترحات.

النتائج

١. تعد عقود الشراكة اشمل واوسع من عقود الأشغال العامة لكون عقود الشراكة لا تقتصر على المرفق العام.

٢. تتشابه عقود الشراكة مع عقود الأشغال العامة من عدة جوانب منها، ان كل من العقدين يعد من العقود الاجمالية، وكذلك تتشابه كلا العقدين من حيث خضوعهما لمبدأ التفاوض التنافسي، وتختلف عقود الشراكة عن عقود الأشغال العامة من عدة جوانب منها، اختلافهما من حيث مدة العقد، والالتزامات التعاقدية، ومن حيث توزيع المخاطر، واداء المقابل المالي.

٣. تتشابه عقود الشراكة مع عقود البوت من عدة جوانب منها، ان كلا العقدين يعدان من مصادر تمويل وانشاء المرافق العامة، وكذلك تتشابه كلا العقدين من حيث الاجراءات التي تسبق ابرام هذين العقدين، وكذلك تتشابه من حيث كونهما من العقود ذات الطبيعة المركبة، وتختلف عقود الشراكة عن عقود البوت في عدة جوانب منها، اختلافهما من حيث المقابل المالي، واستغلال المشروع، وكذلك من حيث ملكية المشروع، ومن حيث الالتزام.

المقترحات

١. اعادة النظر في مدة عقود الشراكة اذ يجب ان لا تكون مدتها طويلة، لتجنب تغير الظروف السياسية والاقتصادية والتي من شأنها التأثير على هذه العقود من حيث تنفيذ اطرافها لالتزاماتهم.

(المبادئ التي تحكم عقود الشراكة)

مقدمة

يمثل موضوع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (ppp) من المواضيع التي حظيت باهتمام كبير من قبل حكومات اغلبية دول العالم إذ تلجأ الدول على ابرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل تمويل وإنشاء وتجهيز وتشغيل المشروعات الاساسية والضرورية لإقامة البنى التحتية والمرافق العامة والمنشآت الحيوية، تلك المرافق التي لا تستطيع الدول إقامتها، الأمر الذي يستلزم بأن تكون هناك مجموعة من المبادئ الاستثنائية التي تخضع لها عقود الشراكة والتي تعمل على توفير المناخ الملائم الذي يعمل داخله جميع المشاركين للحكومة في عمليات التنمية، والذي يترتب عليه تفعيل المشاركة وفي نفس الوقت زيادة التمويل الضروري وسوف نبين في هذا البحث المبادئ التي تخضع لها عقود المشاركة من خلال بيان المبحث الأول من هذا الفصل والذي نخصه لبحث هذه المبادئ.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من خلال بيان ما للمبادئ التي تحكم عقود الشراكة من مكانة بالغة في تحقيق كفاءة ونزاهة الإدارة في اعمالها المختلفة، فالعقود التي يجري ابرامها وفقاً لمعايير العلانية والشفافية والمساواة هي تصرفات قانونية تعكس تقدم الدولة ومؤسساتها العامة داخلياً وخارجياً.

أهداف البحث:

يهدف البحث في معرفة المبادئ التي تحكم عقود الشراكة من خلال طريقة ابرام هذه العقود وتنفيذها وما تعود بالنفع على المؤسسات في الدولة.

خطة البحث

سنقوم بتقسيم بحثنا هذا إلى مبحث واحد نتطرق فيه إلى بيان المبادئ التي تحكم عقود المشاركة والذي بدوره نقسمه إلى ثلاث مطالب نبين في المطلب الأول منه اختيار المتعاقد في إطار من العلانية وفي

المطلب الثاني اختيار المتعاقد في إطار من الشفافية أما المطلب الثالث فنخصه لاختيار المتعاقد في إطار من المساواة.

المبحث الأول

مبدأ العلانية والشفافية والمساواة

يخضع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (p p p) إلى مجموعة من المبادئ الاستثنائية والتي تعمل على توفير المناخ الملائم الذي يعمل داخله جميع المشاركين للحكومة في عمليات التنمية، والذي يترتب عليه تفعيل المشاركة وفي نفس الوقت زيادة التمويل الضروري ولهذا سنبين في هذا المبحث المبادئ التي تخضع لها عقود المشاركة من خلال الآتي:

المطلب الأول

اختيار المتعاقد في إطار من العلانية

ويقصد بالعلانية^(١)، هو اعلان الإدارة عن رغبتها رغبتها في إبرام عقد ما سواء كانت الدولة تهدف إلى البيع أم الشراء أم الاستئجار عن طريق جعل الإجراءات المتعلقة بالعقد معلومة ومعروفة للكافة وذلك من أجل مكافحة الرشوة والفساد^(٢)، والعلانية تعني بوجه آخر الشفافية والوضوح^(٣)، وتتحقق العلانية بالإعلان بكافة الطرق والوسائل والدعوة للمتنافسين لتقديم عروضهم وحينئذ لا تكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة أو فئة محددة من المعارضين، وتختلف العلانية باختلاف نوع المناقصة فهي في المناقصات العامة أكثر علانية من المناقصات المحدودة، ولا يجوز للإدارة ان تتجاهل العلانية لأنها من النظام العام^(٤)،

(١) العلانية لغة مأخوذة من لفظ علن، العلان والمعالنة والإعلان: المجاهرة، عن الأمر يعلن علونا ويعلن، وعلن يعلن علنا وعلانية فيهما إذا شاع وظهر، واعتلن الأمر إذا أشتهر ، والعلانية خلاف السر وهو ظهور الأمر. فالعلانية تعني المجاهرة وإظهار الأمر راجع معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء الرابع، ص ٣٨٦.

(٢) عصام أحمد البهجي - عقود البوت " الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية ٢٠٠٨، ص ١٢١

(٣) د. حمادة عبدالرازق حمادة: عقود الشراكة ppp، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٤، ص ١١١.

(٤) د. محمود خلف الجبوري النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ٧٢-٧٣.

إلا في حالات محددة^(١)، وبما أن الاعلان عن المناقصة يعد إعلاناً عن رغبة الادارة لإبرام العقد، فهو بالتالي يحتاج الى إيجاب يصدر من وجه اليهم الاعلان (المقاولين والشركات) وقبول يصدر من الادارة بناءً على الايجاب الصادر، ولكي ينتج القبول أثره وبالتالي يعد التعاقد تاماً ينبغي أن يعلم الموجب بقبول إيجاب لأن القبول بوصفه تعبيراً عن الادارة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثراً إلا إذا أتصل بعلم من وجه اليه، والعلم الذي يعتد به هذا الشأن هو العلم الذي يتم طبقاً للقانون أو اتفاق الطرفين وهو أن يتم بإبلاغ هذا القبول كتابة الى صاحب العطاء متضمناً اعتماد عطائه وتكليفه بالتنفيذ عن طريق خطاب إحالة العمل إليه تصدره جهة التعاقد وفقاً للقوانين والتعليمات النافذة، وعليه فالعقد الاداري ينعقد إذا بدعوة للتعاقد صادرة من الادارة في صورة إعلان عن المناقصة، يعقبه إيجاب من الراغب بالتعاقد مع الادارة إذا صادفه قبول ومصادقة رئيس جهة التعاقد او من يخوله على عطائه ووصل العلم بهذا القبول الى الموجب انعقد العقد^(٢)، كما أن التمسك بالعلانية والشفافية يؤدي إلى مكافحة الفساد في عملية اختيار المتنافسين، لأن إطلاع المتنافسين على كافة المعلومات يؤدي إلى نوع من الاطمئنان والثقة في الدولة التي تطرح مشروعاتها للتعاقد بنظام ال P.P.P، فلا يوجد للدولة مصلحة حقيقية في التستر على المعلومات وإخفائها وإعطاء القائمين على أمر اختيار المتنافسين سلطات كبيرة تؤدي في نهاية الأمر إلى نوع من الفساد، إذ تؤدي العلانية فتح باب الاشتراك في المناقصة لجميع المتنافسين ومعاملتهم على قدم المساواة^(٣)، وهو ما يؤدي إلى حصول منافسة حرة وحقيقية بين المتقدمين العقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يؤدي الى استبعاد المستثمر غير الكفوء وإبرام العقد مع افضل المستثمرين أو شركات المشروع^(٤)، إن الالتزام بحرية المنافسة يجذب

(١) وهي الحالات التي حددتها المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، والمتمثلة ب(الدعوة المباشرة) وطريقة (العطاء الواحد) وطريقة(التعاقد المبار) وهذه تتم عن طريق دعوة مباشرة للأشخاص للمعنيين بها دون أن تتم عن طريق الاعلان وذلك لأسباب قد تم ذكرها في نص المادة سالفة الذكر.

(٢) نافع تكليف مجيد العماري: الاعلان عن المناقصة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٧)، العدد (١)، ٢٠١٥، ص ٣٢٣.

(٣) د. إبراهيم الشهاوي عقود امتياز المرفق العام ال (B.O.T)، دراسة مقارنة، حقوق عين شمس، ٢٠٠٣، ص ١٠١

(٤) د. اسماعيل صعصاع غيدان البديري، واقبال عبد العباس يوسف: النظام القانون لإبرام عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين بين العام والخاص(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/ السنة الثالثة عشر، ٢٠٢١، ص ٤٩.

المستثمرين بعد نيل ثقتهم؛ وهو الأمر الذي اوجبه المشرع المصري، عندما نص على مبدأ حرية المنافسة في المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣؛ وتردد نفس المبدأ في نص المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، حيث ذهب هذا النص إلى خضوع كل المناقصات والممارسات العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وبهذا يصبح هذا المبدأ من المبادئ العامة التي تطبق على كافة العقود التي تقوم الدولة بإبرامها^(١)، إلا أن القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية في مصر، بين الإعلان عن مناقصة اختيار مستشاري الطرح، وبين الإعلان عن مناقصة اختيار المستثمرين المؤهلين، ففي الإعلان عن مناقصة اختيار مستشاري الطرح الدعوة للتأهيل المسبق فيلزم الجهة الإدارية أن تقوم بالإعلان على الأقل في صحيفة يومية واسعة الانتشار باللغتين العربية والإنجليزية، وعند الاقتضاء في إحدى الصحف أو المطبوعات الأجنبية خارج مصر، وعلى المواقع الإلكترونية للجهة الإدارية، والوحدة والهيئة العامة للاستثمار، ويجب أن يتضمن الإعلان بياناً مختصراً عن طبيعة المشروع، ومدته، والعنوان البريدي، والبريد الإلكتروني للمشروع، وآخر موعد لتلقي طلبات التأهيل^(٢)، أما الإعلان عن مناقصة اختيار المستثمرين المؤهلين فيكون عن طريق قيام الجهة الإدارية بتوجيه خطاب دعوة للمستثمرين المؤهلين بكتاب موصي عليه بعلم الوصول أو عن طريق البريد الإلكتروني لسحب كراسة الشروط من الوحدة وأداء ثمنها مع إعطاء المستثمر المؤهل إيصلاً بذلك، ولتحديد الكيفية التي يتم بها نشر الاعلان فقد نصت المادة(١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه : " يجب الاعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب في الوقائع المصرية كما ينشر عنها مرتين في جريدة أو جريدتين عربيتين يوميتين واسعتين الانتشار إلا إذا كانت قيمة المناقصة تزيد على (٥.٠٠٠) جنيه فينشر عنها ثلاث مرات... " .

وبناءً على ما جاء بالمادة (١٥) أعلاه يتبين أن القانون المصري حدد وسائل نشر الاعلان بالاتي:

١- الاعلان في الوقائع المصرية.

(١) زكريا المصري، العقود الإدارية مابين الالتزام القانوني والواقع العملي، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤، ص ٥٣٦.

(٢) المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ الصادرة في ٢٣ يناير ٢٠١١ بأصدر اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

٢- الاعلان مرتين في جريدة أو جريدتين عربيتين يوميتين واسعتين الانتشار، وأن مسألة تحديد عدد الجرائد التي ينتشر بها الاعلان سواء كانت جريدة يومية أو جريدتين متروك لتقدير الادارة ويكون حسب أهمية المشروع وكلفته التخمينية.

٣- الاعلان ثلاث مرات في جرائد عربية واسعة الانتشار إذا كانت قيمة المناقصة (كلفتها التخمينية) تزيد على (٥.٠٠٠٠) جينه.

أما بالنسبة للقانون العراقي فقد بين امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ المعدل الى ضرورة أن تكون اجراءات الدعوة إلى التعاقد عامة وبتنافسية وتامة وعادلة وعلنية الى اقصى حد ممكن^(١)، كما نص على (يجب أن يتضمن اعلان المناقصة أكبر قدر ممكن من الإيضاحات حول عملية التجهيز العامة المنوي طرحها، ويتم نشر الاعلان باللغتين العربية والكردية على اقل تقدير اضافة الى لغة أخرى اذا تطلب الأمر عند توقع تقديم العطاءات عن طريق كيانات او افراد من خارج دولة العراق^(٢)، كما اشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إلى ضرورة أن ان تنسم اجراءات الدعوة الى التعاقد لتنفيذ العقود العامة بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح^(٣)، وكذلك اشار قانون بيع وايجار اموال الدول إلى الاعلان كإجراء لبيع وايجار الاموال غير المنقولة^(٤)، أما وسائل نشر الاعلان في العراق، فقد حددتها الضوابط رقم(٢) ضوابط اجراءات الاعلان عن المناقصات والإحالة الصادرة عن وزارة التخطيط، إذ نص البند أولاً من هذه الضوابط على أنه:

" أ- يتم نشر الاعلان الخاص بالمناقصات الوطنية في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار في الاقل(ويقصد بها تلك الصحف التي لاتختص بإقليم معين أو قطاع اقتصادي معين او جهة معينة وبما

(١)الفقرة (أ/١) من القسم (١) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل منشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٨٤) في ١/٦/٢٠٠٤.

(٢)الفقرة (أ/٣) من القسم (٤) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٣)البند (أولاً) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

(٤) ينظر المواد (١٢_١٣_١٥_٢٣_٣٠_٣٣_٣٦) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل.

يضمن علم الكافة) ولمرة واحدة وعلى ان يتحمل من ترسو عليه المناقصة أجور النشر والاعلان لآخر اعلان عن المناقصة.

ب- يتم نشر الاعلان في الموقع الالكتروني لجهة التعاقد ولوحة الاعلانات فيها بالنسبة للمناقصات العامة الوطنية

ج- نشر الاعلان في الملحقات التجارية في السفارات العراقية في الخارج وموقع الامم المتحدة لتنمية الاعمال (DGMARKET) فيما يتعلق بالمناقصات العامة الدولية".

أما في حالة عدم رسو المناقصة فقد حدد البند ثالثاً أنه لجهة التعاقد تمديد مدة الاعلان عنها ولمرتين، على أن لا يتجاوز التمديد مدة الاعلان الأول، أما البند (سادساً/ك) بين انه في حالة عدم التوصل إلى الاحالة بعد الاعلان للمرة الثالثة والاخيرة في السنة التقويمية، فيتم الغاء المناقصة وإعادة ثمنها للمناقصين والاعلان عنها مجدداً في السنة التقويمية اللاحقة بإعلان جديد يأخذ تسلسلات جديدة.

ونلاحظ أن المشرع العراقي في هذه الضوابط قد بين أن يكون الاعلان لمرة واحدة، أما إذا لم يتم رسو المناقصة فيتم إعادة الاعلان ولمرتين في السنة الواحدة، وهكذا فإن تحديد المشرع لعدد مرات الاعلان يحد من ظاهرة تفسيرات جهات التعاقد المخالفة لقصد المشرع في هذه الحالة ولتحقيق وحدة اجراءات التعاقد أسوة بالتشريع المصري.

وفي حكم المحكمة استئناف الكرخ الاتحادية جاء فيه ان الاعلان بصدد المناقصة بعد دعوة للتعاقد وتقديم العطاء.. والاحالة على الشركة.... يعد قبولاً به وبالتالي فالعقد بينهما منعقد (...)^(١).

المطلب الثاني

اختيار المتعاقد في إطار من المنافسة الحرة والشفافية

من المعروف أن الشفافية تهدف إلى وضوح وعلانية أعمال الإدارة وضمان حق الافراد في الاعتراض على كل ما هو مظلم ومعتم^(١)، فالشفافية هي تقاسم للمعلومات والمكاشفة والتدفق الحر والشامل

(١) قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها الأصلية، رقم (٣٤٦/س / ٢٠٠٨) في ١٣/٤/٢٠٠٩.

للمعلومات دون انقطاع او اهمال بحيث تصبح متاحة للجميع وفق اجراءات إدارية وشكلية وموضوعية واضحة تتبعها اجهزة الدولة ومؤسساتها المختلفة في نطاق اصحاب المصلحة والمسؤولين، ومن مقتضياتها الكشف عن مختلف القواعد والتعليمات واللوائح النافذة^(٢)، فالشفافية تعنى بوجه آخر العلانية^(٣)، أو الوضوح، إذ أن اللفظين يؤديان إلى غاية واحدة وهي المكاشفة والصراحة والوضوح وإزالة مناخ الضبابية والتعتيم وعدم الثقة وتلزم منظمة التجارة العالمية الدول الأعضاء بالنشر الفوري لقوانينها وتشريعاتها ونظمها الجمركية الخاصة ومستويات التعريف الجمركية والضرائب تطبيقاً لمبدأ الشفافية، وذلك لتمكين الحكومات الأجنبية والتجار من معرفتها، فالحقيقة أن التمسك بالعلانية والشفافية يؤدي إلى مكافحة الفساد في عملية اختيار المتنافسين، لأن إطلاع كافة المتنافسين على كافة المعلومات يؤدي إلى نوع من الاطمئنان والثقة في الدولة التي تطرح مشروعاتها للتعاقد بنظام الـ P.P.P، إذ تؤدي الشفافية إلى منافسة حرة وحقيقية بين المتقدمين في مشروعات عقود الشراكة من شأنها أن تؤدي إلى استبعاد المستثمر الذي لا يكون كفؤاً واخرجه من المنافسة، ويؤدي إلى حصول أفضل المستثمرين أو شركات المشروع على الأولوية في تنفيذ المشروع. ففي ظل غياب المنافسة الحرة يفتح الباب على مصراعيه أمام الفساد ويلحق بالمرفق العام الضرر الجسيم، ويؤدي إلى إسناد المشروع إلى شركات لا تتمتع بالكفاءة المطلوبة فنياً أو مالياً، مما يلحق الضرر الجسيم بالمرفق العام والمشروع، ويضر بجموع المنتفعين بهذا المرفق^(٤)، وقد اوجب المشرع المصري إلى الالتزام بمبدأ الشفافية عندما اشار في المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات إلى خضوع كل المناقصات والممارسات العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة وبهذا يصبح هذا

(١) د. صالح عبد عايد العجيلي، د ناظر احمد المنديل: دور الشفافية في الحد من الفساد الإداري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية كلية القانون جامعة تكريت، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان "الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول، للمدة ١٣_١٤/١١/٢٠١٨، ٢٢٨.

(٢) د. عمر نهاد عطا: الشفافية في ابرام العقود الإدارية في العراق(الرقابة الذاتية)، بحث منشور في مجلة كلية الامام

الأعظم، العدد ٣٧، ص ١٠٣٠

(٣)الشفافية لغة ، ما خوذة من الشف ، والشنف هو الثوب الرقيق وقبل الستر الرقيق يرى ما وراءه ، وقال الليث الشيف ضرب من الستور يرى ما وراءه وشف الستر يشف شفوفا وسفيان واستشف أي ظهر ما وراءه ويستفاد من المعنى اللغوي أن

الشفافية تعنى الوضوح والصدق في التعامل والمكاشفة والمصارحة .. راجع لسان العرب ، لأبن منظور، ج ١، ص ٢٢٩

(٤) د. امل عبدالصمد الكوت: عقود الشراكة: ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٨، ص ٨٠.

المبدأ من المبادئ العامة التي تطبق على كافة العقود التي تقوم الدولة بإبرامها^(١)، أما فيما يخص المشرع العراقي فلم ينص على تعريف محدد للشفافية، ولكنه اشار الى هذا المبدأ من خلال نص المادة(٣/ أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ بقولها تتسم "الاجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح"، كما جاء في القسم الأول من أمر سلطة الأنتلاف رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بقواعد العقود الحكومية^(٢)، بأنه " أ_ تكون اجراءات الدعوة العامة تنافسية وتامة وعادلة وعلنية إلى اقصى حد ب_ أن تكون بموجب المعايير الدولية للشفافية وأن تسمح بإمكانية التنبؤ بالذي يحصل وان تتسم بالعدالة والمساواة"، كما نص قانون بيع وایجار اموال الدولة رقم(٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل في المادة(١٢/ أولاً) منه على أنه " يعلن عن بيع المال غير المنقول او ايجاره بالمزايدة العلنية....."، وكذلك نص البند رابعاً من نفس المادة على أنه " يتضمن الاعلان جميع اوصاف المال غير المنقول المثبتة في المحضر المنظم من لجنة التقدير ويوم المزايدة وساعتها وتاريخها وشروط الاشتراك فيها والمكان الذي تجري المزايدة فيه ومقدار التأمينات الواجب ايداعها"، وبهذا فإن النص ضمن القوانين على العلنية والعمومية في الاجراءات والعدالة يبين وجود الشفافية في التعاقد إذ أنّ هذه المبادئ أحدها يكمل الآخر.

المطلب الثالث

خضوع عقد الشراكة لمبدأ المساواة

ويقصد به التعامل مع جميع الأشخاص الراغبين في التعاقد على قدم المساواة من دون تمييز الا اذا كان سبب التمييز راجعاً الى طبيعة المناقصة التي تشترط توافر شروط محددة وهذه هي (المناقصة المحدودة)^(٣)، أو قد يكون السبب راجعاً الى غش المقاول واحتياله أو افلاسه أو وجود اسمه في القائمة

(١) زكريا المصري: مصدر سابق، ص ٥٣٦.

(٢) الغي أمر سلطة الأنتلاف بموجب القانون رقم(١٨) لسنة ٢٠١٣.

(٣) كما اشار امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الملغي الى الحالات الاستثنائية لأبرام العقود بطريق المناقصة المحدودة في الفقرة (١) من القسم (٤) منه وكذلك، دليل تنفيذ العقود الحكومية في العراق، الجزء الأول الاطار القانوني للتعاقد في القطاع العام، مبادئ التعاقد الاساسية، ص ١٤ منشور على الموقع الالكتروني لوزارة التخطيط العراقية www.mop.gov.iq ، آخر زيارة للموقع في ٢/١١/٢٠٢٤.

السوداء أو قد يعطي المشرع الأولوية في التعاقد للقطاع العام والمختلط^(١)، وقد اخذ المشرع الفرنسي بمبدأ المساواة في القانون المنظم لعقود الشراكة حيث اشار الى ضرورة أن تخضع عقود الشراكة لمبادئ حرية الوصول والمعاملة المتساوية للمرشحين^(٢)، وفي مصر فقد اشار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الى هذا الشرط بنصه على يخضع اختيار المستثمر المبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة^(٣)، وقد نص قانون تنظيم التعاقدات المصري التي تبرمها الجهات العامة على ان تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون للمبادئ... المساواة وتكافؤ الفرص^(٤)، إما في العراق فقد أشار أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الملغي الى ضرورة خضوع إبرام العقود للمبادئ المساواة والعدالة^(٥)، أما فيما يتعلق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية فلم تشير بصورة صريحة إلى مبدأ المساواة لكن نص هذه التعليمات على أن تنتم المناقصات بالعدالة والعمومية^(٦)، دليل على مبدأ المساواة، ولكن هذا المبدأ ورد عليه استثناءات ضمن هذه التعليمات إذ نصت المادة (١/ثانياً) منها بأنه لا تسري هذه التعليمات على "أ_ المشاريع والعقود لدوائر الدولة والقطاع العام الممولة من الدول الاجنبية او المنظمات الدولية.... ب_ الشركات العامة عند تنفيذها للعقود المحالة اليها من الجهات التعاقدية الرسمية بصفتها مقاول أو مجهر استشاري.... ج_ وزارتي الدفاع والداخلية والاجهزة الامنية فيما يتعلق بعقود التسليح وعقود تجهيز المعدات والأجهزة الأمنية والعسكرية على

(١) القسم (٩) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل والمادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) الفقرة (٣) من المادة (١٤) من قانون عقود الشراكة الفرنسي رقم ٥٥٩/٢٠٠٤ المعدل القسم الثاني (عقود الشراكة بين المجتمعات الاقليمية والمؤسسات العامة، نقلاً عن د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري، وأقبال عبد العباس يوسف: مصدر سابق، ص ٥١.

(٣) المادة (١٩) (١) من : قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

(٤) المادة (٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

(٥) الفقرة (ب/ ١) من القسم (١) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ١٧ لسنة المعدل ٢٠٠٤.

(٦) البند (أولاً) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

أن تخضع لضوابط تضعها اللجنة القطاعية المختلطة في مجلس الوزراء"، كذلك اشار أمر سلطة الأنتلاف الملغي في القسم التاسع منه إلى أن سوء التصرف من قبل الافراد والكيانات قد يمنع من الدخول في المنافسة المتعلقة بالتعهدات الحكومية والذي يعد اساساً لضمان النزاهة في عملية الشراء ويعد سوء التصرف على سبيل المثال كالأخلال المتعمد بنصوص هذا الامر، وكذلك التقصير المتعمد بالأداء فيما يتعلق بالشروط المادية للعقد، أو إذا ادين بجريمة جنائية، أو التقصير المتعلق بنزاهة العمل، وقد جاءت في المادة (١٥/ثانياً) من التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١٥^(١)، على أنه يترتب على ادراج الشركة او المقاول في القائمة السوداء عدم التعامل معهم خلال مدة الإدراج في القائمة السوداء، وكذلك جاء قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ ليستثني الموظفين من الاشتراك في المزايدات أو المناقصات^(٢)، ورغم الاستثناءات المذكورة على مبدأ المساواة، إلا أن التعاقد مع جهة الإدارة مقيد بقيود ومن هذه القيود هو مبدأ المساواة، إذ أن من واجب الإدارة أن تساوي بين المتنافسين من اجل الحصول على افضل العروض، إذ اعطى القانون لها الحرية في قبول أو رفض أي عطاء أو الغاء المناقصة دون أن يكون لمقدم العطاء المطالبة بأي تعويض، وقد اشار قانون العقوبات العراقي إلى عدم المساس بسلامة المزايدات والمناقصات العامة^(٣).

الخاتمة:

بعد أن انتهينا وبحمد الله من بحث موضوعنا الموسوم المبادئ التي تحكم عقود الشراكة (مبدأ العلانية والشفافية والمساواة) نورد أهم النتائج والتوصيات:

النتائج:

١- تبين لنا ان الاعلان في عقود المشاركة يعد اجراء جوهرى من اجراءات اختيار المتعاقد مع الإدارة.

(١) تعليمات تصنيف شركات المقاولات والمقاولين والادراج في القائمة السوداء، منشور في جريدة الوقائع العراقية في العدد (٤٣٧٢) في ٢٠١٥.

(٢) ينظر المادة (٥/ثالثاً/رابعاً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

(٣) ينظر المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

٢_ ظهر لنا أن أهمية الاعلان تتمثل في أنه يؤدي إلى اعلام المخاطبين من العاملين بالنشاط موضوع العقد المراد ابرامه برغبة الإدارة لتنفيذ العقد، و من خلاله يحدد هؤلاء موقفهم بالتقديم او بالأحجام وهذا يشكل تحقيقاً لمبادئ الشفافية والنزاهة والعدالة في التنافس التي أشارت اليها المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية .

٣_ تمثل الشفافية في العقود حصناً منيعاً من اساءة استعمال السلطة أو الوقوع في الفساد الإداري.

٤_ إن المبادئ التي تحكم عقود الشراكة (مبدأ العلانية والشفافية والمساواة) احدها يكمل الآخر فلا يمكن لجهة التعاقد الاستناد على احدها دون الآخر،

المقترحات:

١_ نقترح أن يكون القضاء الإداري هو المعني في ما يخص عدم التزام جهة التعاقد من بالمبادئ التي تحكم عقود الشراكة.

٢_ نقترح إدراج نص صريح في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ يرتب الآثار القانونية على انعدام او مخالفة بعض اجراءات الاعلان عن المناقصة العامة.

المبحث الثاني

ضرورة تضمين عقد الشراكة شروط تضمين مختلف الجوانب العملية

تُعد عقود الشراكة من أهم الوسائل القانونية التي تُسهم في تنظيم التعاون بين القطاع العام والقطاع الخاص، في ظل التغيرات الاقتصادية المتسارعة، تبرز أهمية تضمين شروط محددة في هذه العقود لضمان نجاح الشراكات واستمرارها. إذ إن أحد الجوانب المهمة التي يجب أخذها بعين الاعتبار هو شرط المدة، إن تحديد مدة الشراكة يُعد عنصراً حيوياً، حيث يساهم في وضع إطار زمني واضح يحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، مما يؤثر بشكل مباشر على استمرارية العلاقة وتخطيط الأنشطة المستقبلية.

بالإضافة إلى ذلك، تكتسب حماية المرافق العامة والمخاطر أهمية كبيرة، فحماية المرافق العامة من المخاطر تضمن عدم تعرض الشراكة لتحديات تؤثر سلباً على سير العمل، وقد تؤدي المخاطر، سواء كانت مالية أو بيئية، إلى قضايا قانونية معقدة، لذا من الضروري وجود آليات واضحة لحمايتها. وتسهم هذه الشروط في تعزيز الفهم المشترك بين الأطراف، وتساعد في تقليل النزاعات المحتملة، مما يعزز من فعالية الشراكات ويحقق الأهداف المشتركة.

عليه ولإحاطة بالموضوع بشكل مفصل ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين وكما يلي :-

المطلب الأول:- شرط المدة

المطلب الثاني:- شرط حماية المرفق العام والمخاطر

المطلب الأول

شرط المدة

تتسم عقود الشراكة بالتعقيد وطول المدة الزمنية، نظراً لطبيعتها المركبة، خاصةً لأنها ترتبط بالمرافق

العامة. لذلك، من الضروري تحديد مدة هذه العقود.

اذ تتبع أهمية ذلك من التزام المتعاقد مع الجهة الحكومية بتنفيذ العقد الإداري وفقاً للمدة المحددة فيه، حيث

قد يؤدي الإخلال بهذا الالتزام إلى تأخير في التنفيذ أو التسليم، اذ تعد مدة عقد الشراكة من العناصر

الأساسية التي تميز هذا العقد عن غيره من العقود بين الدولة والمستثمرين، يتم تحديد هذه المدة بناءً على

قيمة المشروع والتكاليف التي تحملها الشريك الخاص، بالإضافة إلى هامش الربح المتوقع.

تدخل مدة المشروع ضمن البيانات الإلزامية في العقد، وغالباً ما تكون موضع تفاوض بين الشريكين،

يسعى الشريك الخاص لزيادة هذه المدة لاسترداد تكاليفه وتحقيق أرباح، بينما يحاول الشريك العام تقليصها

لتمكينه من استغلال المشروع مباشرة وتحقيق أهداف العقد.

تتأثر مدة العقد بطبيعة المشروع وآليات تمويله، مما يجعل من الصعب تحديد حد أقصى لها، ومع ذلك، تبنت بعض التشريعات مواقف تحد من مدة الشراكة، لضمان مراقبة فعالة وتحقيق الأهداف المرجوة، ولمنع احتكار الشريك الخاص للمشروع لفترة طويلة^(١).

وقد انتهج المشرع المصري نهجاً يهدف إلى تحديد هذه المدة بعدد معين من السنوات ذات حد أدنى وحد أقصى، فقد نص في المادة (٢) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه " لا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير (٢) ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة المنصوص عليها في المادة ١٤ من هذا القانون الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا ما اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية... " (٢).

اذ يثار تساؤل هنا حول ما إذا كان لمجلس الوزراء، بعد توصية اللجنة العليا للمشاركة، أن يمدد عقد المشاركة بعد انتهاء مدته، سواء لفترات طويلة أو قصيرة، بعد مرور ٣٠ عاماً من إبرام العقد، بحجة توافر مصلحة عامة جوهرية لأن القانون منح هذا الحق في لحظة الإبرام فقط.

نرى ومن الناحية العملية أنه يمكن لمجلس الوزراء ممارسة هذا الحق، إذ يملكه ابتداءً وفقاً للنص، وبالتالي يظل له ذلك الحق عند انتهاء العقد، حيث لا يوجد تمييز بين الحالتين، يجب أن يتم ذلك تحت رقابة

(١) علال فالي: تفعيل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كآلية لتحفيز الاستثمار "دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، الجزء ٢، العدد ٩، الكويت، ٢٠٢١، ص ٤٨٧.

(٢) المادة (٢) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

القضاء، فيما يتعلق بتقدير المصلحة العامة الجوهرية التي تدفع مجلس الوزراء للتمديد، وكذلك تقديره لزيادة فترة العقد فوق الثلاثين عاماً، وذلك وفقاً للظروف والأحوال التي تُقِيم حالةً بحالة.

يدل نهج المشرع المصري في تحديد مدة عقود المشاركة على أهمية الاستقرار والمرونة في الإدارة العامة، فقد وضع حداً أدنى وحداً أقصى للعقود، مما يوفر إطار عمل واضح ينظم العلاقات القانونية بين الأطراف المعنية، كما أن السماح بتجاوز المدة القصوى (٣٠ سنة) بناءً على مصلحة عامة يعكس قدرة المشرع على الاستجابة للاحتياجات المتغيرة.

هذا النهج يسهم في حماية المصالح العامة، ويبرز دور المؤسسات الحكومية مثل مجلس الوزراء واللجنة العليا في مراجعة العقود، مما يعزز الشفافية والمساءلة، كما أن تحديد مدة معقولة قد يشجع المستثمرين على الدخول في شراكات مع الحكومة، حيث يضمن لهم فترة زمنية كافية لاسترداد استثماراتهم وتحقيق الأرباح.

أما المشرع الفرنسي انتهج نهجاً خاصاً في تنظيم مشروعات البنية الأساسية، حيث وضع مواعيد زمنية عامة لمعظم هذه المشاريع، بالإضافة إلى مواعيد محددة لبعضها، فإذا كانت مدة العقد تتعلق بالتزامات قانونية بين الأطراف، فإن تحديدها يصبح ضرورة دستورية في القانون الفرنسي، وقد أوضح المجلس الدستوري في قراره بتاريخ ٢١ يوليو ١٩٩٤ أنه يجب ألا تتجاوز المدة القصوى لتراخيص استغلال الدومين العام المؤقتة سبعين عاماً، وذلك كضمانة لحماية الملكية العام^(١).

اذ تعد هذه المدة طويلة جداً في ظل التغيرات السريعة التي قد تؤثر على المشاريع، مما قد يعيق قدرة المشاريع على التكيف مع الظروف الجديدة، بالتالي قد تؤدي هذه المدة إلى تراجع اهتمام المستثمرين، الذين

(١) عبدالكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة p.p.p (دراسة مقارنة)، ط١، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٩، ص ٣٠٩.

يشعرون بأن هناك مخاطر كبيرة تؤثر على قدرتهم على تحقيق أرباح أو استرداد رأس المال، فقد يكون لديهم تردد في الالتزام بمشاريع طويلة الأمد مثل تلك التي تتطلب تراخيص تمتد لسبعين عاماً.

كما أن هذه المدة قد تعقد عملية تقييم فعالية المشاريع، حيث يصعب متابعة الأداء على مدى طويل. لذلك، يجب على المشرع الفرنسي إعادة النظر في هذه المدة لضمان توازن أفضل بين حماية الملكية العامة والمرونة اللازمة لتحقيق الأهداف التنموية.

أما بالنسبة للعراق وكما ذكرنا سابقاً لم يصدر بعد قانوناً ينظم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وقد بحثنا عن مسودة القانون، إلا أننا لم نعثر عليها، حيث تم سحبها من المواقع الإلكترونية من قبل مجلس النواب لإجراء بعض التعديلات عليها.

في حين تناولت بعض الدراسات موضوع عقود الشراكة قبل تاريخنا هذا، مشيرة إلى أن الحد الأقصى لفترة تنفيذ هذه العقود هو ثلاثون عاماً، ومع ذلك، لم يتم تحديد تاريخ بدء سريان هذه المدة، سواء كان من تاريخ توقيع العقد، أو من تاريخ اكتمال بعض الأعمال، أو من تاريخ بدء تقديم الخدمة، أو أي تاريخ آخر^(١)، لذا من الضروري وفي ظل اجراء التعديلات على مسودة القانون أن يوضح المشرع تاريخ بدء سريان هذه العقود، نظراً لحجم المشاريع الكبيرة التي تُنفذ بأسلوب الشراكة، والمدة الطويلة المطلوبة لإتمامها، بالإضافة إلى ما يرتبط بذلك من آليات دفع المستحقات المالية للشركات.

بصفة عامة، يجب تحديد مدة العقد بناءً على طبيعة ومحتوى العقد، حيث يمكن أن تكون قصيرة في حالات العقود المتعلقة بالتطور التكنولوجي، أو طويلة كما في عقود الإنشاءات والبنية الأساسية وعادةً ما تُعتبر

(١) المادة (١٠ /أولاً) من مشروع قانون الشراكة العراقي، نقلاً عن د. أحمد خورشيد حميدي، د. عامر عاشور عبد الله، الشروط الموضوعية في عقد الشراكة (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٠، العدد ٣٨، العراق، ٢٠٢١، ص ٥٦٨.

مرحلة الإعداد والتفاوض جزءاً من مدة العقد. ومع ذلك، يعتمد ذلك على تفاصيل العقد نفسه والشروط المتفق عليها بين الأطراف، إذا كانت هناك نصوص واضحة في العقد تحدد بداية ونهاية مدة الشراكة، فقد تشمل هذه النصوص فترات الإعداد والتفاوض..

أذ تتأثر مدة العقد المقترحة بعدة عوامل، مثل العمر التشغيلي للمرفق، المدة المتوقعة لتقديم الخدمة، العمر الافتراضي للأصول المرتبطة بالمرفق، احتمال تغير التكنولوجيا المستخدمة، بالإضافة إلى الفترة اللازمة لشركة المشروع لتسديد ديونها واسترداد استثماراتها.

تظهر أهمية مرحلة الحوار التنافسي التي تجريها الإدارة مع مقدمي العطاءات، حيث يمكن أن تكون المدة المقترحة للتنفيذ، المحددة في وثائق المناقصة، موضوعاً للتفاوض بهدف تقليلها أو زيادتها، إذ يثار تساؤل حول مدى جواز تمديد مدة عقد الشراكة أو تجديده بعد انتهاء المدة المتفق عليها؟

للأجابة عن هذا التساؤل في البداية، يجب التمييز بين التمديد والتجديد، فالتمديد يعني "إطالة مدة العقد لفترة إضافية قد تكون مساوية أو أكثر أو أقل من المدة المنصوص عليها، بشرط ألا تتجاوز الحد القانوني لتنفيذ العقد"^١.

أما التجديد، فيشير إلى "إبرام عقد جديد يتطلب اتباع إجراءات جديدة للتعاقد بعد انتهاء المدة المحددة، حتى لو نتج عن هذه الإجراءات التعاقد مع نفس الشخص إذا تبين لجهة الإدارة أنه من بين أفضل المتقدمين أو إذا كانت العروض المقدمة متساوية"^٢.

^١ د. حيدر فليح حسن، مدة العقد: دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم ١٣١-٢٠١٦ الصادر في ١٠ شباط/فبراير ٢٠١٦، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص ٢٩٣.

^٢ د. حيدر فليح حسن، مدة العقد: دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم ١٣١-٢٠١٦ الصادر في ١٠ شباط/فبراير ٢٠١٦، المصدر السابق، ص ٢٩٥.

أما فيما يتعلق بتمديد عقد الشراكة، أوصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بعدم استبعاد إمكانية تمديد فترة العقد في حالة وجود ظروف استثنائية، كما ينص على ذلك القانون المنظم لمشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص إذ تشمل هذه الظروف تأخر إكمال المشروع، أو توقف تشغيله لأسباب طارئة، أو تعليق المشروع من قبل القطاع العام. في هذه الحالة، يُعتبر التمديد تعويضاً للمتعاقد عن فترة التعليق^١.

قد يكون من أسباب التمديد أيضاً السماح لشركة المشروع باستعادة التكاليف المتعلقة بأعمال إضافية طلب منها إنجازها في المرفق المعني، والتي لم يتمكن المتعاقد من إنجازها خلال الفترة المتفق عليها^٢. وبالتالي، فإن الأصل هو عدم تمديد عقود الشراكة، بينما يُعتبر التمديد استثناءً يُطبق عند توافر ظروف استثنائية تستدعي ذلك كتعويض للمتعاقد، ومع ذلك يجب أن تكون المدة المتفق عليها في العقد أقل من المدة المحددة قانوناً حتى يُمكن تنفيذ التمديد، خلاف ذلك، يتعين اللجوء إلى التجديد بدلاً من التمديد.

يلاحظ في التشريعات المقارنة أن المشرع المصري وكما ذكرنا سابقاً أجاز زيادة مدة العقد على ثلاثين سنة " إذا اقتضت مصلحة عامة جوهرية تلك الزيادة شرط موافقة مجلس الوزراء بناءً على توصية من اللجنة العليا

(١) الدليل التشريعي للأونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، ص ١٧٧، منشور ومتوفر على الموقع الإلكتروني: <https://uncitral.un.org> تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/١١/١٤ الساعة ٥:٣٣ مساءً.

(٢) د. أحمد خورشيد حميدي، د. عامر عاشور عبد الله، الشروط الموضوعية في عقد الشراكة (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٠، العدد ٣٨، العراق، ٢٠٢١، ص ٥٧٠.

لشؤون المشاركة^(١)، كما أجاز المشرع العراقي وأعطى لمجلس الشراكة زيادة مدة العقد إلى خمسين سنة حسب طبيعة المشروع وخصوصياته التقنية والاقتصادية والمالية^٢.

من الملاحظ أن المشرعين المصري والعراقي عند نصهم على جواز زيادة مدة عقد الشراكة لم يتضمنوا نصوصاً توضح ضرورة وجود ظروف طارئة أو أسباب محددة تستدعي التمديد.

عليه كان من الأفضل على المشرعين المصري والعراقي تحديد أسباب التمديد بشكل صريح بدلاً من استخدام ألفاظ فضفاضة قد تُفسر بطرق متعددة، أما بالنسبة لتجديد عقد الشراكة، فقد أجاز المشرع المصري إدراج أحكام لتجديد مدة العقد، وهو أمر إيجابي^٣.

لذا ندعو المشرع العراقي إلى تضمين مشروع قانون الشراكة أحكاماً تنظم تجديد العقد مع وضع معايير محددة لتقييم جودة الأعمال والخدمات المقدمة من المتعاقد طوال فترة سريان العقد.

نظراً للطبيعة الخاصة لهذه العقود وامتداد فتراتها الزمنية الطويلة، فإن التجديد يوفر حافزاً قوياً للمتعاقد لتحسين الأداء وتقديم أفضل الخدمات، كما يتيح لجهة الإدارة الاطلاع على التطورات التكنولوجية

(١) المادة (٢) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) المادة (١٠ / ثانياً) من مشروع قانون الشراكة العراقي، نقلاً عن د. أحمد خورشيد حميدي، د. عامر عاشور عبد الله، الشروط الموضوعية في عقد الشراكة (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٠، العدد ٣٨، العراق، ٢٠٢١، ص ٥٧٠.

(٣) المادة (٣) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ نصت على "يجوز أن يتضمن عقد المشاركة بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في المادة (٢) قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه الجمهور المستهلكين أو المنتفعين ويجوز، بموافقة مجلس الوزراء، بناء على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة في ضوء التقارير المعدة من الوحدة المركزية للمشاركة، قيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية. ومع مراعاة حكم المادة (٢) من هذا القانون، يجوز أن يتضمن عقد المشاركة تنظيمًا لتجديد مدته.

والاقتصادية والاجتماعية والبيئية. بالإضافة إلى ذلك، يمكن لكلا الطرفين مراجعة حقوقهما والتزاماتهما في العقد الجديد، بناءً على ما تم تعلمه من تجربة الشراكة في العقد السابق.

المطلب الثاني

شروط حماية المرفق العام والمخاطر

نظراً للتمويل الضخم لعقد الشراكة (p.p.p) نجد ان المتعاقدين واصحاب رؤوس الاموال يصرون على وجود آليه لحمايتهم من المخاطر الناتجة عن عوامل او ظروف مختلفة ويرون ان الاسلوب الامثل لتخفيف حدة هذه المخاطر يمكن ان يتم من خلال الاتفاقات التعاقدية المسبقة وليست الاتفاقات والعقود المشتقة من السوق^(١).

وأن عنصر اقتسام المخاطر يعد من العناصر الإلزامية بالنسبة للتقييم الأولي لعقود الشراكة، ومبدأ اقتسام المخاطر هو من الشروط الجوهرية التي يظهر من خلالها إلى حد بعيد مدى نجاح عقد الشراكة. فهي قد تؤدي إلى جعل الظروف الحقيقية للمشروع تختلف عن تلك التوقعات لفوائد وتكاليف المشروع، وتقييم المخاطر وتوزيعها وإدارتها موضوعات أساسية يجب مراعاتها إذا أريد لأي علاقة شراكة أن تتجح^(٢).

ويقصد بالمخاطر في عقود الشراكة (PPP) بصورة عامة انها الوقائع المادية أو القانونية التي قد تطرأ بعد البدء في المشروع، ويكون من شأنها إحداث ضرر، أو خسارة لطرف من الأطراف المعنية في المشروع، وهذه الأضرار أو الخسائر قد تتمثل في زيادة تكلفة المشروع، أو التأخر في تنفيذ أي من الالتزامات الناشئة عن اتفاقات المشروع، أو وجود خلل أو عيب في التنفيذ والأداء، أو المساس بالكفاءة الفنية والإنتاجية للمشروع ككل^(٣). إذا فالمخاطر التي تؤخذ في الاعتبار في عقد الشراكة هي تلك المخاطر التي تؤثر سلباً

(١) حمادة عب الرزاق حمادة : عقود الشراكة (p.p.p)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٣٣٩.

(٢) امل الكوت : عقود الشراكة(p.p.p)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١٨، ص١٣٢.

(٣) هاني سر الدين : التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص١٧٠.

قبل التنفيذ واثناء التنفيذ الجيد المنتظم للمشروع من حيث مدته، أو تكلفته، أو مستوى الأعمال التي يلتزم بها المتعاقد بمقتضى العقد.

وإذا كانت العقود الإدارية في مجملها تقوم على أسلوب التحويل السابق لكل المخاطر إلى المتعاقد من جهة الإدارة، بمعنى أن جهة الإدارة هذه إنما تعمل قدر استطاعتها على التخلص من المخاطر المحيطة بتلك العقود، بحيث يتحملها في نهاية المطاف المتعاقد معها منفرداً، فإن عقود الشراكة (PPP) ليست كذلك باعتبارها عقوداً ذات صبغة تمويلية، أساسها قيام القطاع الخاص بتمويل الإنشاءات والتجهيزات في مجال البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة دون تحميل ميزانية الدولة الكثير من الأعباء المالية، ولذا فهي تتطلب ضرورة التعامل معها بفكر يختلف عن بقية العقود الإدارية الأخرى^(١).

ويمكن توزيع المخاطر بين طرفي التعاقد كالآتي^(٢) :-

أولاً: مخاطر متوقعة

١. المخاطر الاقتصادية والتجارية: يتم اقتسام مسؤولية هذه المخاطر بين كل من القطاع الخاص وجهة الإدارة، إلا أن جهة الإدارة في أغلب الأحوال لا تتحمل مثل هذه المخاطر باعتبار أن من أهم الأسباب التي دفعتها إلى الدخول في شراكة مع القطاع الخاص عدم تحملها للمخاطر التجارية للمشروع وتشمل مخاطر التضخم ومخاطر ضعف الطلب على الخدمة أو سوء تسعيرة الخدمة .
٢. مخاطر ناتجة قبل تشييد المشروع : يتحمل القطاع الخاص وحده مسؤولية هذه المخاطر، وبالتالي فإن لم تسفر المفاوضات والاجتماعات والمناقشات عن البدء في تشييد المشروع، فإن جهة الإدارة لا تتحمل أية مسؤولية بالرغم من التكاليف التي يتكبدها القطاع الخاص في خصوص هذه المفاوضات كالحصول على التراخيص والتصاريح اللازمة للتشييد أو الحصول على الارض المراد اقامة المشروع عليها أو التأخير في البدء بالتنفيذ.
٣. مخاطر في مرحلة التشييد : يتحمل القطاع الخاص وحده هذه المخاطر باعتباره هو المسؤول عن التشييد والتشغيل، ولا تتحمل جهة الإدارة أية مسؤولية ناتجة عن مثل هذه المخاطر، ما لم يثبت خطأ

(١) عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة، مصدر سابق، ص ٢٢١.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٣٠.

الإدارة بشكل صريح مخاطر في مرحلة الانتهاء من التشييد والتسليم يتحمل القطاع الخاص المخاطر الناتجة عن الانتهاء من تشييد المشروع وتسليمه إلى جهة الإدارة باعتباره مسئولاً أمامها عن تسليم المشروع بشكل يسمح لها باستغلاله وتشغيله بالكيفية التي تحقق الغاية المرجوة منه، ومثالها مخاطر زيادة تكلفة المشروع والمخاطر الخاصة بالتأخير عن اتمام الاعمال ومخاطر مرتبطة بالجودة والكفاءة الفنية للمشروع.

٤. المخاطر الإدارية: يتم تغطية هذه المخاطر من قبل جهة الإدارة باعتبارها مسئولة عن تيسير إنهاء التراخيص والتصاريح والإجراءات اللازمة لتشبيد المشروع وتشغيله.

ثانياً: مخاطر غير متوقعة

١. المخاطر السياسية السيادية : تتحمل جهة الادارة مسؤولية تغطية مثل هذه المخاطر خاصة ان شركة المشروع لا تكون مسؤولة عن احداثها وتشمل بصفة عامة العنف السياسي والاضراب والثورات وحالات الحرب .

٢. المخاطر الطبيعية : في أغلب الأحوال يتم تغطية مثل هذه المخاطر من قبل مؤسسات التأمين.

٣. المخاطر الاجتماعية :تتحمل جهة الإدارة مثل هذه المخاطر باعتبارها مسئولة عن نشر الوعي الثقافي في المجتمع بخصوص أهمية الشراكة مع القطاع الخاص ودوره في تنمية المجتمع ومثالها الانتماء الوطني اي النظر الى الشراكة بين القطاعين على انها شكل من اشكال الاستعمار الاجنبي او مخاطر تعدد النظم العقائدية وما قد يسببه من مخاطر داخل المشروع.

وبعد ما ورد في تصنيف المخاطر اعلاه نلاحظ ان المخاطر التي لا تتعلق في المشروع ذاته سواء قبل التنفيذ او اثنائه هي مخاطر تتحملها الادارة اما المخاطر التي تتعلق بذات المشروع مثل التجهيز الانشاء الصيانة .. الخ ، يتحملها الشريك الخاص المتعاقد مع الادارة .

فكلما أمكن حصر هذه المخاطر، وكلما أمكن كذلك من ناحية أخرى تحديد أسس تقني تلك المخاطر من خلال الوقوف على مدى قدرة المتعاقد على: تأمين تصميمات ملائمة للإنشاءات ، توفير وتأمين التمويل الضروري للمشروع طوال مدة التنفيذ بمختلف مراحلها، ضمان تنفيذ ملائم لمختلف مراحل العقد، وما يطرأ عليها من تطورات بصورة تضمن بالمقابل تقديم خدمة عالية الجودة ودون انقطاع، إمكانية التعامل مع

المتغيرات والتقلبات المرتبطة بالتكلفة والبيئة القانونية والإدارية وبخاصة في جوانبها الاجتماعية كتشريعات أجور العمال، والتغيرات في المدى الزمني لمدد العمل^(١)

فإذا أمكن حصر المخاطر وتحديد أسس التقييم على النحو السابق، أمكن في واقع الأمر إعداد تصنيف فني وتبويب دقيق للمخاطر التي تحملها الإدارة أو المتعاقد معها بالكامل، أي دون تقسيم أو توزيع بينهما، وتلك التي تخضع لمثل هذا التقسيم والتوزيع بالكفاءة المطلوبة، وهو ما يؤدي إلى التوزيع الكفاء للمخاطر.

فقد اشار المشرع المصري في القانون الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة بنصه " يحدد عقدياً اسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين او بالحادث المفاجئ او بالقوة القاهرة او باكتشاف الاثار والتعويضات المقررة"^(٢)

اما المشرع الفرنسي اشار الى شرط اقتسام المخاطر بين طرفي العقد وذلك في الفقرة (ط) من المادة (١١) من الامر المنظم لعقود الشراكة رقم (٥٥٩-٢٠٠٤)^(٣).

اما المشرع العراقي وبما انه لا يوجد قانون خاص ينظم عقود الشراكة في العراق فلم نجد ما يشير الى شرط المخاطر.

وعليه فإن شرط حماية المرفق العام بتقسيم أو توزيع المخاطر بين طرفي التعاقد يميز إذن عقد الشراكة PPP عن بقية العقود الإدارية الأخرى والتي تقوم على أسلوب التحويل السابق لكل المخاطر إلى المتعاقد مع الإدارة، وإن كانت هذه ليست هي السمة الأساسية التي تميز عقد الشراكة في خصوص مبدأ توزيع المخاطر، ذلك أن المخاطر التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في بقية العقود الإدارية الأخرى لا يمكن النظر إليها أو معالجتها قبل إبرام العقد، وإنما على أثر إبرام العقد، أو بعد هذا الإبرام في مرحلة التنفيذ، في حين أن وقت توزيع مخاطر عقد الشراكة بين طرفي هذا العقد إنما يتم قبل إبرام العقد، في مرحلتي التقييم الأولي والتفاوض التنافسي بحيث يصبح عقد الشراكة على هذا النحو بمثابة قانون للطرفين ملزم لهما في أية مرحلة من مراحل هذا العقد بعد إبرامه، فهو إذن قانون حاكم لمشروعات الشراكة ابتداءً من تخطيطها، وحتى تسليمها في نهاية مدة العقد مروراً بتشبيدها وإدارتها واستقلالها حسب طبيعة كل عقد على حده.

(١) عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة، مصدر سابق، ص ٢٢٨.

(٢) المادة (٣٤/ط) من قانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة .

(٣) نقلا عن : محمد صالح الجبر، ابرام عقود الشراكة p.p.p في إطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت(دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير مقدم الى كلية الحقوق، جامعة عين الشمس،مصر،٢٠١٨، ص

الخاتمة

أولاً: النتائج

١. من الضروري أن يتضمن عقد المشاركة شروطاً جوهرية تفرض على طرفي التعاقد، بحيث لا يقوم عقد المشاركة بدونها ، أو لا يكون صحيحاً أو مشروعاً إذا تغيبت هذه الشروط. فهذه الشروط تهدف ليس فقط إلى إقامة التوازن المنشود، وإنما أيضاً إلى حفظ حقوق كلا الطرفين والمتمثلة في استثمار مريح للقطاع الخاص دون إهمال أو تقصير لتحقيق المنافع العامة التي تقصد إليها جهة الإدارة.
٢. ينبغي تحري الدقة في صياغة شروط عقد الشراكة من حيث استخدام ألفاظ ومصطلحات وصيغ واضحة الدلالة حتى لا ينشب حول دلالتها خلافات أو نزاعات مستقبلية.
٣. تتأثر مدة العقد بطبيعة المشروع وآليات تمويله، مما يجعل من الصعب تحديد حد أقصى لها، ومع ذلك، تبنت بعض التشريعات مواقف تحد من مدة الشراكة، لضمان مراقبة فعالة وتحقيق الأهداف المرجوة، ولمنع احتكار الشريك الخاص للمشروع لفترة طويلة، فمثلا المشرع المصري حدد هذه المدة بأن لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة ، اما المشرع الفرنسي فقد وضع حد اعلى وهو ان لا تتجاوز على السبعين عام ونرى ان هذه مدة مبالغ في طول مداها.
٤. ان تضمين شرط المخاطر لحماية المرفق العام يؤدي الى استقرار وثبات وتوازن المشروع وحسن إدارته، وخفض تكاليف تنفيذه. الأمر الذي ينعكس إيجابيا على سعر الخدمة أو السلعة التي يوفرها المرفق العام للأفراد.

ثانياً : التوصيات

١. تعزيز أهمية الدور الرقابي للشخص العام الذي يجب أن يحرص دائماً على حسن تنفيذ المشروع العام وتقيّد الشريك الخاص بينود وشروط عقد الشراكة تحقيقاً للمصلحة العامة.
٢. ضرورة وجود تشريع قانوني خاص ينظم عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في العراق بشكل عام ، على ان يتضمن الشروط العقدية بكافة اشكالها ومنها شرط المدة وشرط اقتسام المخاطر لحماية المرفق العام بشكل خاص.