الشروط الموضوعية في عقد الشراكة (دراسة مقارنة) مستل

أ.د. أحمد خورشيد حميدي

أ.د. عامر عاشور عبد الله

م. مريم محمد أحمد

Maryammohammed1978@gmail.com

جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

THE SUBSTANTIVE CONDITIONS OF PARTNERSHIP AGREEMENT (A COMPARATIVE STUDY) Quoted

Prof.Dr. Ahmed Khorsheed Hamidi
Prof.Dr. Amer Ashoor Abdullah
Maryam Mohammed Ahmed
University of Kirkuk / College of Law and Political Science / Department of Law

المستخلص

تعد عقود الشراكة عقوداً طويلة الأمد تبرم بين القطاعين العام والخاص، بهدف إنشاء أو تمويل أو صيانة البنى التحتية وغيرها من الخدمات المتعلقة بها، مقابل مبالغ مالية يتم تسديدها بصورة مجزأة ودورية من قبل القطاع العام إلى المتعاقد، وتقوم على أساس تقسيم مخاطر تنفيذ المشروع بين طرفي العقد، ونظراً للأهمية التي تتمتع بها هذه العقود فقد بادرت الدول إلى إصدار تشريعات خاصة لتنظيم أحكام هذه العقود، ووضع الأطر الرئيسية التي تحكمها؛ وأوجبت على المتعاقدين تضمينها بجملة من الشروط، لكي يتمكن طرفا العقد من معرفة حقوقهم والتزاماتهم، وإدراكاً من المشرع العراقي لأهمية الدور الذي تلعبه عقود الشراكة في مواجهة عجز الميزانية العامة للدولة، وبهدف تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية في العراق، ولخلق إطار تشريعي للشراكة، فقد قام بصياغة مشروع قانون (الشراكة بين القطاعين العام والخاص) والتي من المؤمل أن يتم إصداره في القريب العاجل. **الكلمات المفتاحية:** عقد الشراكة، الشروط، القطاع العام

abstract

Contracts of partnership are considered long-term contracts convened between the public and private sectors. In such contracts, the private contractor perform the set up, financing or maintaining infrastructures and other related services, in exchange for sums of money paid partially periodically by the public sector. The contracts are normally based on sharing the risks of project implementation between the two contracted parties. In view of the importance of these contracts, countries have initiated special legislation to regulate the provisions of these contracts and lay down the main frameworks governing them. They have been required by contractors to include them in a number of conditions, so that the parties to the contract can know their rights and obligations. For having realized the important role of partnership contracts in facing the deficit of the state's general budget, and in addition to targeting participation of the private sector in the economic and social development process in Iraq, and to initiate a legislative framework for the partnership, the Iraqi legislator has formulated a draft law (partnership between the public and private sectors) which is expected to be issued in the near future.

Keywords: Partnership contract, conditions, public sector

مقدمة

يعد نظام الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص فلسفة جديدة في اقتصاديات الدول على مختلف مستوياتها، وقد أدت التجارب العملية في الدول التي أخذت بهذا النظام إلى تحقيق الاستفادة من خبرات وكفاءة وأموال القطاع الخاص في مشاريع المرافق العامة عموماً، ومشاريع البنى التحتية خصوصاً والتي لا يمكن لأي دولة أن تتخلى عنها، وفي نطاق سعي الدول إلى جذب القطاع الخاص سواء كان وطنياً أم أجنبياً، والاستفادة من خبراته الفنية والتكنولوجية والمالية لتنفيذ وتمويل المشروعات المقامة وفق هذا الأسلوب، فإنه لا بد من وجود مناخ قانوني واضح ومطمئِن لهذا القطاع يمكّنه من الإحاطة بحقوقه والتزاماته، والضمانات الممنوحة له طيلة فترة التعاقد لا سيما أن مدة تنفيذ هذه العقود تستمر لفترات زمنية طويلة؛ الأمر الذي يستوجب

الإحاطة بكافة جوانب هذا الالتزام التعاقدي بهدف الاستفادة من كافة المميزات التي تتمتع بها، وتجنب المشاكل التي تثار بصدد تنفيذها.

وبهدف تنظيم العلاقة التعاقدية لشراكة القطاع العام مع القطاع الخاص لجأت الدول إلى إصدار تشريعات خاصة تكفل الغرض المذكور، ففي فرنسا نجد أن المشرع الفرنسي قد أصدر الأمر رقم ٥٥٩ في ٢٠٠٤ وأسماه بـ (الأمر المتعلق بالشراكة) وأصدر المشرع المصري قانون (تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة) رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠، وفي لبنان فقد أصدر المشرع اللبناني قانون (تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص) رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧، وبدوره نظم المشرع العراقي مشروع (قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص)، إلا أن هذا المشروع لم يبصر النور لغاية الآن.

أهمية الدراسة: تعد عقود الشراكة أسلوباً جديداً في إنشاء وإدارة المرافق العامة تتم بالتعاون بين القطاع العام والخاص، وتلجأ إليها الدول في سبيل تنفيذ مشاريعها المختلفة وبالأخص تلك المتعلقة منها بالبنى التحتية نظراً للمزايا التي يوفرها هذا الأسلوب والمتمثلة في الاستفادة من أموال وخبرات القطاع الخاص في إنشاء وتمويل المشاريع الكبرى للدولة دون أن تكلف الميزانية العامة لها أعباءً مالية، وكونه يمثل تحولاً إلى اقتصاد السوق من خلال الاعتماد على القطاع الخاص محلياً أو دولياً، وهو ما يساهم في تحقيق نهضة تنموية في القطاعات الإنتاجية والخدمية على حد سواء، الأمر الذي يستوجب تضمين هذه العقود مجموعة من الشروط الجوهرية مقدمة في العقد لكي يكون كل طرف على اطلاع واضح على حقوقهما والتزاماتهما.

تساؤلات الدراسة:تهدف هذه الدراسة الإجابة على جملة من التساؤلات تتمثل بما يأتي:

١- ما موقف التشريعات محل المقارنة من تعريف عقود الشراكة؟

٢- ما الذي يميز عقود الشراكة عن غيرها من العقود التي يساهم القطاع الخاص في تنفيذها؟

٣- ما هي الشروط الواجب توفرها في عقود الشراكة؟ وماذا يترتب على تخلفها؟

٤- من هي الجهة المالكة للمشروع ابتداءً وانتهاءً؟

٥- هل نص مشروع (قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص) العراقي على وجوب تضمين عقد الشراكة شروطاً محددة؟

مشكلة الدراسة: تظهر مشكلة الدراسة في عدم وجود قانون خاص ينظم عقود الشراكة، إذ أن قانون الشراكة العراقي ما يزال مجرد مشروع لم يظهر في الأفق رغم مرور مدة زمنية غير قصيرة على صياغته، وعلى مستوى القضاء فإن هناك ندرة في الأحكام القضائية الخاصة بموضوع الشراكة؛ نظراً لحداثة هذه العقود والتشريعات المنظمة لها من جهة، ولكونها عقوداً يستمر تنفيذها لفترات زمنية طويلة جداً وهذا ما يؤدي إلى تأخر ظهور النزاعات التي تثور بصدد تنفيذها.

منهجية الدراسة: سنعتمد في معالجة موضوع دراستنا على المنهجين الآتيين:

١- المنهج المقارن، وذلك من خلال المقارنة بين (قانون الشراكة) الفرنسي رقم (٢٠٠٤/٥٥٩) المعدل، والقانون المصري رقم (٦٧ لسنة ٢٠١٠) والخاص بـ (إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرفق العام)، وقانون (تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص اللبناني) رقم (٤٨ لسنة ٢٠١٧)، ومشروع (قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص) العراقي.

٢- المنهج التحليلي، وبموجبه سيتم تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية ومناقشتها، ومن ثم محاولة الوصول إلى ترجيح الرأي الصائب، وبيان رأينا في المسائل محل النقاش ومحاولة تشخيص ما يستحق التصويب كلما كان ذلك ضرورياً.

هيكلية موضوع الدراسة: يقتضي الإلمام بموضوع دراستنا تقسيمه وفق خطة علمية مكونة من مبحثين، نتناول في المبحث الأول منه بيان ماهية عقود الشراكة من خلال تعريفها والتمييز بينها وبين غيرها من العقود المشابهة لها، ونخصص المبحث الثاني للحديث عن الشروط الجوهرية الواجب توفرها في عقد الشراكة، ثم نختم دراستنا بجملة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية عقود الشراكة

إن مفهوم الشراكة بين القطاع العام والخاص مفهوم حديث نسبيا يعود لسنوات قريبة وأخذت بها دول عديدة ووضعت تشريعات خاصة تحكمها، وتكاد تكون اليوم آخر حلقة من حلقات التطور في إطار العقود التي تبرمها الإدارة مع القطاع الخاص، والتي تهدف من إبرامها تحقيق المصلحة العامة من خلال تمويل وإنشاء وتشغيل مشاريع البنى التحتية بطريقة تخفف تكاليف ذلك الإنشاء عن كاهل الميزانية العامة للدولة، وتدفع بعجلة النمو الاقتصادي إلى التقدم، ولبيان ماهية هذه العقود فسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول منه تعريف عقود الشراكة، ونخصص المطلب الثاني لتمييز عقود الشراكة عن غيرها من العقود المشابهة لها.

المطلب الأول

تعريف عقود الشراكة

ثار خلاف فقهي وتشريعي في الدول التي طبقت نظام الشراكة حول وضع تعريف محدد وثابت لها، فرغم وحدة الفكرة المستنبطة من تلك التعريفات إلا أن كل منها قد ركزت على جانب معين عند تبنيه تعريفاً لعقد الشراكة، وعليه سنعرض للتعاريف التشريعية والفقهية التي قيلت بصدد تلك العقود، ونسبقهما بالتعريف اللغوي للشراكة.

الفرع الأول

التعريف اللغوي لعقود الشراكة

العقد لغة من (عَقَد) أي الحبل والبيع والعهد، و(عَقَّدَ) الرب وغيره غَلُظَ فهو (عقيد) وبابهما ضَرَب، و(العُقدة) بالضم موضع العقد وهو ما عقد عليه، و(المُعاقدة) المعاهدة و(تَعاقد) القوم فيما بينهم، و(المَعاقد) مواضع العقد[1].

[1] زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار البصائر، بيروت، لبنان، ١٩٨٥، ص٤٤٤-٤٤٥.

أما الشراكة في اللغة فهي مأخوذة من (أشرك–شرك) والجمع (شركاء)، و (شاركه) صار شريكه، واشتركا في كذا وتشاركا وشركه في البيع والميراث، والاسم (الشِرك) وجمعه أشراك كشبر وأشبار، والشرك أيضا الكفر وقد اشرك بالله فهو مشرك[١]، وقوله تعالى: **(وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي)**[٢] أي أجعله شريكي فيه، ويقال اشترك الأمر أي اختلط والتبس، واشترك فلان في كذا أي دفع أجراً مقابل الانتفاع به، واشترك الرجلان أي كان كل منهما شريكاً للآخر، و(الشركة) هي عقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل مشترك، والشريك هو المشارك غيره في التجارة ونحوها[٣]، ومال أو أمر مشترك يعني أن لك ولغيرك فيه حصة[٤] وطريق مشترك هو طريق يستوي فيه الناس، واسم مشترك تشترك فيه معان كثيرة [٥].

الفرع الثاني

التعريف التشريعي لعقود الشراكة

خضعت الشراكة للتنظيم والتعريف التشريعي في كثير من الدول التي طبقتها رغم أن الأصل في وضع التعاريف لا يدخل ضمن اختصاص المشرع، ولبيان ذلك سنعرض لتعاريف القوانين المقارنة محل الدراسة لعقود الشراكة، فقد عرفه **المشرع الفرنسي** في الأمر رقم (٥٥٦) الصادر في ٢٠٠٤/٦/١٧ المعدل[٦] بقوله:"عقد الشراكة عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة متعلقة بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة بدفعها إلى المتعاقد معها بشكل مجزأ طوال مدة العقد بحيث تتولى مؤسسات من القطاعين الحكومي والخاص العمل

---

[١] زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، مصدر سابق، ص٣٣٦.
[٢] سورة طه، الآية (٣٢).
[٣] المعجم الوجيز،مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية،١٩٩٠،ص٣٤١ وما بعدها.
[٤] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية ، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤، ص٤٨٠.
[٥] جمال الدين بن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ٢٠٠٨،ص٤٤٨ وما بعدها.
[٦] المادة (١) من الأمر رقم (٥٥٦) لسنة ٢٠٠٤ المعدل بموجب الأمر رقم (١٧٩) في ٢٠٠٩/٢/١٧، والأمر رقم (٧٣٥) في ٢٠٠٨/٧/٢٨.

معا لتحقيق ذلك خاصة في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية" وعرفه **المشرع المصري** في القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ والخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، بقوله أن عقد الشراكة هو:"عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون "، وبين في المادة نفسها بأن المقصود بـ (شركة المشروع) أنها الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة[١]، بينما عرفه **المشرع اللبناني** في قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧[٢] بقوله:"مجموعة العقود والملحقات والتعهدات والضمانات التي تحكم العلاقة التعاقدية بين الشخص العام وشركة المشروع والأطراف الأخرى المعنية، وعرفه **المشرع العراقي** في مشروع قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص[٣] بقوله بأن عقد الشراكة هو:"عقد يبرم بين جهة من القطاع العام وأخرى من القطاع الخاص لمدة محددة، يعهد بموجبه إلى القطاع الخاص تصميم أو تنفيذ المشاريع المشمولة بأحكام هذا القانون أو تمويلها كلياً أو جزئياً أو إعادة توظيفها أو صيانتها أو استغلالها أو تشغيلها وإتاحة خدماتها للجمهور ".

الفرع الثالث

التعريف الفقهي للشراكة

تعددت التعاريف الفقهية التي قيلت في الشراكة، إذ لا يوجد تعريف محدد استند عليه الفقهاء، إلا أن معظم التعريفات التي وضعت بشأنها قد حملت تقريباً ذات المعنى.

---

[١] المادة (١) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠، أما الأعمال التي يعهد بها إلى القطاع الخاص بموجب عقد الشراكة والتي جاءت بها المادة (٢) من القانون المذكور فإنها تشمل " تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما تم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام وإطراد طوال فترة التعاقد ".

[٢] المادة (١) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧.

[٣] المادة (١/ثانياً) من مشروع قانون الشراكة.

فمن الفقه من يرى بأن الشراكة هي"تنظيم بين كيان قانوني (الحكومة) من جهة وبين كيان قطاع خاص من جهة أخرى لتصميم البناء والتمويل وتشغيل الأصول العامة أو الخدمات العامة عن طريق الاستثمار أو إدارة القطاع الخاص لفترة محددة من الزمن[١]".

والشراكة استناداً إلى هذا التعريف قد وضع في إطار تنظيمي يقتصر على الاستثمار مع العلم أن الشراكة من الممكن أن تكون في مجالات أخرى متعددة كالتصميم، والصيانة مثلا، ولا تقتصر فقط على مفهوم الاستثمار.

كما تم تعريف الشراكة بأنها:"تحمل كل من القطاع العام من جهة وشريك من القطاع الخاص من جهة أخرى مسؤولية إقامة أو تشغيل أحد مشاريع البنى التحتية وتوزيع المخاطر بين الشركاء حسب قدراتهم بهدف تحقيق انتاجية عالية "[٢].

ولم يشر هذا التعريف إلى شكل العلاقة التي تربط بين القطاعين العام والخاص أو أساس تحملهما لمسؤولية التزاماتهما والتي تدفع كل منهما إلى إقامة مثل هكذا مشاريع وتحمل مخاطر تنفيذها فيما إذا ما كانت عقدية أم تنظيمية .

ومن الفقه من ذهب إلى القول إن الشراكة تعني:"أوجه التفاعل والتعاون العديدة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بتوظيف إمكاناتها البشرية والمالية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية على أساس من المشاركة والالتزام بالأهداف، حرية الاختيار، المسؤولية المشتركة والمساءلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاته حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة وتحقيق وضع تنافسي أفضل"[٣].

---

(1) Raman Krishnan,What is a Public Private Partnership,paper,Nov 2014,available on www.researchgate.net last visit on 3/12/2018.

(2) Michael Gedds, Making Private Partnership Work,London,Gower Publishing Limited,2005,P1

(٣) د. عبد الله شحاته خطاب، المشاركة بين القطاعين العام والخاص وتقديم الخدمات العامة على مستوى المحليات : الإمكانات والتحديات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.pidegypt.org. تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٣.

إن الأخذ بالشكل التعاوني للشراكة يعني الإجماع في اتخاذ القرارات والاشتراك في القيام بالواجبات دون أن ينفرد أي طرف بالإشراف على المشروع، وهذا الشكل التعاوني قد يتعارض –حتى لو كنا بصدد علاقة شراكة بين طرفين– مع مصلحة المرفق العام، والذي يتطلب أحياناً تصرفاً منفرداً من القطاع العام بهدف حماية المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام .

ومن خلال عرض هذه التعاريف الفقهية يتضح لنا بأن عقود الشراكة تتضمن مجموعة من العناصر والتي يمكن إيجازها بما يأتي:

١– أنه عقد يبرم بين طرفين أحدهما هو القطاع العام، والطرف الثاني يتمثل بالقطاع الخاص.

٢– محل عقد الشراكة هو بالدرجة الأساس هو تنفيذ مشاريع البنى التحتية والخدمات المتعلقة بها.

٣– الشراكة علاقة عقدية طويلة الأجل.

٤– يتحمل طرفا العقد المخاطر الناتجة عن تنفيذ المشروع.

٥– يتم دفع المستحقات المالية للمتعاقد بصورة مجزأة ودورية طوال مدة تنفيذ العقد.

واستناداً لما سبق، ولكي نكون أمام تعريف شامل لجميع العناصر التي ذكرناها آنفاً، يمكننا تعريف عقد الشراكة بأنه:"عقد طويل الأمد يبرم بين القطاعين العام والخاص بهدف إنشاء أو تمويل أو صيانة البنى التحتية وغيرها من الخدمات المتعلقة بها مقابل مبالغ مالية يتم أداؤها بصورة مجزأة ودورية من قبل الإدارة إلى المتعاقد، وتقوم على أساس تقسيم مخاطر تنفيذ المشروع بين طرفي العقد ".

المطلب الثاني

تمييز عقود الشراكة عن غيرها من العقود المشابهة لها

يظهر التشابه بين عقود الشراكة وغيرها من العقود، فهو يتشابه مع عقد البوت وعقد امتياز المرافق العامة، ولكن رغم هذا التشابه فإن هناك أوجه اختلاف بينها وبهدف الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف هذه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول

عقد الشراكة وعقد التزام المرافق العامة

تعددت التعاريف التي قيلت بشأن عقد التزام المرافق العامة فقد تم تعريفه بأنه:"عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون "[١]، وهناك من عرفه بأنه:"عقد إداري يتولى الملتزم – فرداً كان أو شركة– بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها عقد الامتياز "[٢].

ويتميز عقد التزام المرافق العامة بأنه عقد مركب يحتوي على نوعين من الشروط:

١–**شروط تعاقدية:** وهي التي تحكمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وتتضمن الالتزامات المالية المتبادلة بين الإدارة والملتزم وتلك المتعلقة بمدة العقد وكيفية الاسترداد وغيرها من الشروط التي لا تمت بصلة مباشرة إلى المنتفعين.

٢– **شروط لائحية:** وهي التي يمتد أثرها إلى المنتفعين وتتعلق بتنظيم وتسيير المرفق ومثالها الشروط التي تحدد الرسوم التي يجوز تحصيلها وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق، وللإدارة حق تعديل هذا النوع من الشروط وفقاً لحاجة المرفق العام[٣].

وعقد التزام المرافق العامة عقد إداري موضوعه إدارة مرفق عام ذات صفة اقتصادية لمدة محددة بعدد من السنين تسمح للملتزم باسترداد ما أنفقه من مال في إنشاء وإدارة المرفق وتحقيق الأرباح من خلال الرسوم التي يفرضها على المنتفعين، ويتحمل الملتزم وحده المخاطر التي يتعرض لها نشاط المرفق[٤].

---

[١] المادة (١/٨٩١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٢] د.سليمان الطماوي،الأسس العامة في العقود الإدارية،ط٢،دار الفكرالعربي،القاهرة،١٩٦٥، ص٩٣.

[٣] د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠١، ص١٠٤.

[٤] د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٥٢.

وتظهر أوجه التشابه بين عقد الشراكة وعقد التزام المرافق العامة في أن كل منهما يبرم بين شخص عام وآخر خاص يتميز بطبيعته المركبة والتي تتضمن العديد من العلاقات التعاقدية الأخرى، وكلا العقدين من العقود الشاملة التي تتضمن إعداد التصاميم والتمويل والإنشاء وغيرها من العلاقات اللازمة لإدارة المرفق العام[١]، وأيضاً فإن كل منهما من عقود المدة والتي تستمر لعدد من السنين.

ولكن على الرغم من أوجه التشابه بينهما إلا أن هناك فروق جوهرية بينهما تتمثل في أن عقد التزام المرافق العامة يتعلق بإدارة المرفق العام أما عقد الشراكة فإنه يعد طريقة لتمويل مشاريع البنى التحتية المخصصة للمرافق العامة، فالإدارة عندما تبرم عقد الالتزام تستهدف الاستفادة من خبرات وكفاءة القطاع الخاص لرفع الكفاءة الفنية والإدارية لمرفق موجود سلفاً، أما في عقد الشراكة فإن المتعاقد يلتزم بتمويل إنشاءات البنى التحتية والخدمات، ويترتب على ذلك اختلاف طريقة الحصول على المقابل المادي، ففي عقد التزام المرافق العامة يحصل الملتزم على المقابل المالي من الرسوم التي يفرضها على المنتفعين بالمرفق والأرباح التي يحققها نشاط المرفق، أما في عقد الشراكة فإن الشريك يحصل على المقابل المالي من جهة الإدارة بصورة دورية مجزأة طيلة فترة العقد على شكل أقساط شهرية أو سنوية [٢]، يضاف إلى ذلك أن المتعاقد في عقد التزام المرافق العامة يتحمل وحده مخاطر المشروع الناشئة خلال الفترة اللاحقة على إبرام العقد أما عقد الشراكة فإنه يقوم على مبدأ اقتسام المخاطر بين طرفي العقد والذي يتم بالاتفاق بين الطرفين في مرحلة التفاوض والذي سوف نأتي إلى بيانه لاحقاً.

الفرع الثاني

عقد الشراكة وعقود البناء والتشغيل والنقل (B.O.T)

تعد عقود البناء والتشغيل والنقل أسلوباً حديثاً لإنشاء وإدارة المرافق العامة، ويطلق عليها عقود (البوت) (B.O.T) والتي تمثل اختصاراً للكلمات الانكليزية

---

[١] د.محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مصدر سابق، ص٣٠.

[٢] د. رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٤٢.

(BUILD,OPERATE,TRANSFER)، وهي عقود تمول من قبل القطاع الخاص بهدف استثمار نشاط في الصناعة أو البنى التحتية ويتم تغطية نفقات المشروع من خلال العائدات التي تحققها[١]، لقد أدى الواقع العملي إلى إيجاد صور جديدة لعقد البوت، ولعل من أكثرها تداخلاً معها هو عقد (البووتB.O.O.T)، وبموجبه يقوم الشخص الخاص ببناء المشروع وتشغيله وتملكه طوال فترة العقد، وبعد انتهاء مدة العقد يقوم بتسليمه إلى الشخص العام باعتباره المالك الأصلي، وبذلك يظهر الفارق بين كل من العقدين في ملكية المشروع، ففي عقد البوت يكون الشخص العام مالكاً للمشروع ابتداءً أما في عقد البووت فإن الشخص الخاص هو الذي يملك المشروع ثم يقوم بعد انتهاء مدة العقد بنقلها إلى الشخص العام[٢].

ويتشابه عقد البوت مع عقد الشراكة في أن أحد طرفي العقد شخص عام والآخر شخص خاص، كما أن كل منهما يتعلقان بمشاريع البنى التحتية، وكلاهما من العقود المركبة والتي تتضمن التصميم والتمويل والإنشاء والصيانة، ويقومان على فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد[٣]، لكن ذلك لا ينفي وجود أوجه اختلاف بينهما تميز كل منهما عن الآخر تتمثل بما يأتي:

١- **المقابل المالي:** فالمقابل المالي في عقد البوت يكون عبارة عن رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين بالخدمة، ويمكن أن تكون في صورة ثمن يتم دفعها بدفعة واحدة وذلك في حالة إذا ما التزمت الإدارة بشراء الخدمة من المتعاقد وبيعها إلى الجمهور بنفسها، أما المقابل المالي في عقد الشراكة فإنه عبارة عن ثمن يقوم الشخص العام بدفعه إلى الشخص الخاص في صورة أقساط سنوية أو نصف سنوية أو شهرية وبصورة مجزأة طوال فترة العقد، يضاف إلى ذلك أن المقابل المالي يتم تحديده مسبقاً

---

(1) Bruno de Gazalet,le contract de construction dans le cadre des projets en BOT-RDAI,1998.P.405

(٢) د.هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٢٥.

(٣) د. جليل الساعدي، لبنى السعيدي، ماهية عقد الـ(B.O.T) في القانون العراقي والمقارن، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص٣٨ومابعدها.

في عقد الشراكة أما في عقد البوت فإنه لا يكون محدداً بل مرتبطاً باستخدام المرفق العام والانتفاع به[١].

٢- **مخاطر المشروع:** فمخاطر المشروع في عقد البوت سواء كانت ناتجة عن بناء المنشآت أو استغلاله أو تشغيله ينحصر بالقطاع الخاص[٢]، بينما يتم تقسيم المخاطر بين طرفي العقد في عقد الشراكة كما سنأتي على بيانها لاحقاً.

٣- **ملكية المشروع:** في صورة عقد البوت يكون المشروع ملكاً للمتعاقد فيحق له استغلاله طوال فترة العقد ومن ثم يقوم ببيعه إلى القطاع العام، أما في عقد الشراكة فإن القطاع العام يعد هو المالك الأصلي وله وحده فقط الحق في استغلاله.

ورغم وجود هذه الاختلافات الأساسية بين العقدين إلا أننا لاحظنا بأن المشرع العراقي[٣] قد اعتبر عقد البوت، والبووت وغيرها من أساليب التعاقد الحديثة التي يدخل القطاع الخاص طرفاً فيها من ضمن عقود الشراكة وكان من الأجدر إعطاء عقود الشراكة استقلالها عن بقية العقود المشابهة لها استناداً الى ما يميزها من طريقة أداء مستحقات المتعاقد، وتقاسم مخاطر المشروع وملكيته.

المبحث الثاني

الشروط الجوهرية في عقود الشراكة

لما كان طرفا عقد الشراكة هما القطاع العام والقطاع الخاص فمن الطبيعي أن تظهر في رحاب هذه العقود مشكلة تصادم المصالح، فالقطاع الخاص يسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الربح، بينما يهدف القطاع العام إلى تحقيق المصلحة العامة والتنمية المستدامة للبنى التحتية وخدمات المرفق العام، ولتلافي هذا التصادم نجد أن التشريعات محل المقارنة قد وضعت إطاراً قانونياً للشروط الواجب توافرها في عقود

---

[١] حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤،ص١٨٧.

[٢] د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٤٨١.

[٣] المادة (١٦) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

الشراكة، ومنحت في الوقت نفسه المتعاقدين الحرية في تحديد مضمون هذه الشروط بما يحقق التوازن بين غايات كل منهما.

ولكن لما كانت عقود الشراكة تتميز بأنها تمتد لآجال طويلة، وتقوم على مبدأ اقتسام المخاطر، وتختلف فيها طريقة أداء المستحقات المالية للمتعاقد، ويلتزم فيها المتعاقد بتسليم المشروع إلى جهة الإدارة عند نهاية العقد، فسنتناول في هذا المبحث بيان هذه الشروط بشيء من التفصيل من خلال تقسيمه إلى أربعة مطالب نتناول في الأول منه شرط المدة، ونخصص المطلب الثاني لشرط اقتسام المخاطر، ونبين في المطلب الثالث شرط المقابل المالي، أما المطلب الرابع والأخير نتناول فيه شرط نقل ملكية المشروع.

المطلب الأول

شرط المدة

أول الشروط التي نص المشرع الفرنسي على وجوب إدراجها في عقد الشراكة هو شرط المدة[١]، وتضمنت التشريعات محل المقارنة نصوصاً صريحة بشأن إدراج هذا الشرط في عقد الشراكة[٢]، كما وحددت سقوفاً زمنيةً مختلفة لانتهاء هذا العقد لا يمكن تجاوزه من قبل المتعاقدين، فقد حدد المشرع المصري الحد الأدنى لهذه العقود بأن لا تقل عن خمس سنوات أما الحد الأقصى فيجب أن لا يزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير[٣].

وبالنسبة إلى المشرع اللبناني فقد وضع حداً أقصى لعقد الشراكة وهي خمس وثلاثون سنة تبدأ من تاريخ توقيع العقد[٤]، أما المشرع الفرنسي فقد انتهج نهجاً مختلفاً في وضع حد زمني لتنفيذ عقود الشراكة حيث أنه لم ينص على حد أدنى أو أقصى،

---

[١] المادة (١١/أ) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل بموجب الأمر (٧٣٥) في ٢٠٠٨/٧/٢٨، ولم يتم النص على سقف زمني محدد لعقود الشراكة.

[٢] المادة (٣٤/ي) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ المصري ، والمادة (٣/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ اللبناني، والمادة (١٠/ أولا) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

[٣] المادة (٢) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠.

[٤] المادة (٣/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧اللبناني.

بل بين أنه إذا كان مصدر هذه المدة هو نص في القانون فإن تحديده يصبح ضرورة دستورية، فإذا كان عقد الشراكة يؤدي إلى إنشاء حقوق عينية على الدومين العام فإن مدة هذا العقد يجب أن لا تزيد على سبعين عاماً ؛ وذلك لأن قانون إنشاء الحقوق العينية على الدومين العام الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٥ قد نص على عدم منح تراخيص لشغل الدومين العام لأكثر من سبعين عاماً على أساس أن ذلك يمثل ضمانة للحماية الواجبة للملكية العامة[١].

أما بالنسبة إلى المشرع العراقي، فإنه قد جعل الحد الأقصى لعقد الشراكة ثلاثين سنة[٢]، ولكنه لم يحدد بدء تاريخ سريان هذه المدة وما إذا كانت تبدأ من تاريخ توقيع العقد أم من تاريخ اكتمال بعض الأعمال، أو من تاريخ بدء تقديم الخدمة أو من تاريخ آخر، رغم أنه من الضروري أن يتم النص على تاريخ يحدد بدء سريان هذه العقود؛ نظراً لضخامة حجم المشاريع التي يتم تنفيذها بأسلوب الشراكة، والمدد الطويلة اللازمة لتنفيذها، وما يرتبط بها من طريقة دفع المستحقات المالية للشركة، الأمر الذي يتطلب تحديد بداية سريان هذه العقود من قبل المشرع.

إن مدة تنفيذ عقود الشراكة يجب أن تتحدد بطريقة تتلاءم مع محل العقد وطبيعة الخدمة التي تطلبها جهة الإدارة من المتعاقد، وما يرتبط بذلك من مدة استغلال ووسائل تمويل[٣]، فقد تكون المدة قصيرة كما في العقود التي محلها التطور التكنولوجي والمعلوماتية، وقد تكون طويلة نسبياً كتلك التي يكون محلها إنشاء بنى تحتية، ولكن يجب في جميع الأحوال مراعاة الحدود الدنيا والقصوى المنصوص عليها في القانون.

وهناك جملة من العوامل التي تؤثر على تحديد مدة عقد الشراكة ومنها على سبيل المثال[٤]:

---

[١] قرار المجلس الدستوري الفرنسي في ١٩٩٤/٧/٢١ ، أشار إليه د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص٢٠٣.

[٢] المادة (١٠/ أولا) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

[٣] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص٢٠٢.

(2)Standardisation of PF2 contract draft, December 2012,P12, available on: assets.publishing.service.gov.uk

١- احتياجات الجهة الإدارية من الخدمات، فكلما كانت تلك الخدمات أكثر تعقيداً تكون مدة تلبيتها أطول.

٢- المدة الافتراضية لتشغيل المرفق وعمليات الصيانة أو التجديدات التي تتعلق به.

٣- المدة الزمنية المنتظر مرورها حتى ينتج المرفق الخدمة المطلوبة.

٤- مدى احتمال تغير التكنولوجيا المستخدمة في المرفق.

٥- المدة الافتراضية لأصول المشروع.

٦- المدة التي يستطيع فيها المتعاقد أن يسترد ديونه مع تحقيق عائد منصف عن استثماراته.

وتبرز أهمية مرحلة الحوار التنافسي الذي تجريه الإدارة مع مقدمي العطاءات بهذا الشأن؛ حيث أن المدة المقترحة للتنفيذ والتي حددتها جهة الإدارة في وثائق المناقصة قد تكون محلاً للتفاوض في هذه المرحلة بهدف تقليلها أو زيادتها [١].

ويثور التساؤل عن مدى جواز تمديد مدة عقد الشراكة وتجديده بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد؟

بداية يجب التمييز بين التمديد والتجديد، فالتمديد يعني إطالة مدة العقد لفترة أخرى قد تكون مساوية للمدة المنصوص عليها في العقد أو أكثر أو أقل منها، ولكن بشرط أن لا يتجاوز المدة المحددة قانوناً لتنفيذ العقد، أما التجديد فيقصد به إبرام عقد جديد باتباع إجراءات جديدة للتعاقد بعد انتهاء المدة المحددة في العقد، حتى لو أدت تلك الإجراءات الجديدة إلى التعاقد مع الشخص نفسه في حالة إذا تبين لجهة الإدارة أنه أفضل المتقدمين، أو إعطائه الأولوية في حالة تساوي العروض المقدمة[٢].

وفيما يتعلق بتمديد عقد الشراكة نجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) قد أوصت بعدم استبعاد تمديد فترة العقد في حالة وجود ظروف

---

[١] د.منى مضان بطيخ،الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته طبقاً لأحكام قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية،بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق،جامعة حلوان،العدد٢٦،٢٠١٢، ص٤٠٩-٤١٠.

[٢] دويب حسين صابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر ، ص٣٩١.

استثنائية نص عليها نفس القانون المنظم لمشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مثل تأخر إكمال المشروع أو توقف تشغيله لأسباب طارئة، أو تعليق المشروع من قبل القطاع العام فيكون التمديد في هذه الحالة تعويضاً للمتعاقد عن فترة التعليق، وقد يكون سبب التمديد السماح لشركة المشروع باستعادة كلفة اعمال إضافية طلب منه إنجازها في المرفق المعني ولم يتمكن المتعاقد من إنجازها خلال الفترة المتفق عليها في العقد، وغيرها من الظروف التي تسمح بإعادة النظر في تمديد العقد[١]، ويفهم مما ذكر أن الأصل هو عدم تمديد عقود الشراكة والاستثناء جواز التمديد عند توافر ظروف استثنائية معينة يوجب التمديد كتعويض للمتعاقد، وفي جميع الأحوال فإنه يجب لإعمال التمديد في هذه الحالة أن تكون المدة المتفق عليها في العقد أقل من المحددة قانوناً وبخلافه لا يجوز تمديد العقد في هذه الحالة إنما يصار إلى التجديد[٢].

أما بالنسبة إلى موقف التشريعات من تمديد عقد الشراكة فقد وجدنا بأن المشرعين المصري والعراقي قد أجازا التمديد، فالمشرع المصري أجاز زيادة مدة العقد على ثلاثين سنة"إذا اقتضت مصلحة عامة جوهرية تلك الزيادة"شرط موافقة مجلس الوزراء بناءً على توصية من اللجنة العليا لشؤون المشاركة [٣]، كما أجازه المشرع العراقي وأعطى لمجلس الشراكة زيادة مدة العقد إلى خمسين سنة"حسب طبيعة المشروع وخصوصياته التقنية والاقتصادية والمالية "[٤].

وما يلاحظ بهذا الشأن أن المشرعين المصري والعراقي عند نصهما على جواز زيادة مدة العقد فإنهما لم يضمنا قوانين الشراكة أي نص حول ضرورة توفر الظروف الطارئة، أو الأسباب التي توجب التمديد، وكان من الأفضل تحديد أسباب التمديد بصورة صريحة وعدم استخدام ألفاظ فضفاضة يتحمل التأويل بصورة يمكن اعتبارها سبباً للتمديد كلما أرادت جهة التعاقد تمديد مدة العقد.

---

[١] الدليل التشريعي للاونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، ص١٧٧، متاح على الموقع الإلكتروني: uncitral.un.org تاريخ الدخول ٢٠١٩/١٠/١٢.

[٢] د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص٧٧٩.

[٣] المادة (٢) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠.

[٤] المادة (١٠/ ثانياً) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

أما فيما يخص تجديد عقد الشراكة، فإن التشريعات محل المقارنة لم تتضمن نصوصاً تجيز التجديد، عدا ما نص عليه المشرع المصري – وحسناً فعل بذلك – إذ أجاز أن يتضمن عقد الشراكة أحكاماً لتجديد مدته[١]، وندعو المشرع العراقي إلى تضمين مشروع قانون الشراكة أحكاماً تنظم تجديد العقد بشرط وضع معايير محددة يتم في ضوئه تحديد جودة الأعمال والخدمات المقدمة من المتعاقد طيلة فترة نفاذ العقد؛ خاصة أن هذه العقود ذات طبيعة خاصة، وتعقد لفترات زمنية طويلة، وتحتاج تمويلاً ضخماً والتجديد في مثل هذه الحالة يعطي المتعاقد حافزاً قوياً للأداء وتقديم أفضل الأعمال والخدمات رغبة منه في تجديد عقده مرة أخرى مع جهة الإدارة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يتيح لجهة الإدارة الاطلاع على المزيد من التطورات التكنولوجية والمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، كما ويتيح لكلا الطرفين مراجعة حقوقهما والتزاماتهما في العقد الجديد الذي سوف يتم إبرامه في ضوء استفادتهما من تجربة الشراكة في ظل العقد القديم.

المطلب الثاني

شرط اقتسام المخاطر

تسعى جهة الإدارة عند قيامها بإبرام العقود الخاصة بتنفيذ مشاريعها إلى التخلص قدر الإمكان من المخاطر التي تحيط بتلك العقود؛ ولتحقيق ذلك فهي تقوم بتحويل المخاطر إلى المتعاقد معها فيتحملها الأخير وحده، وهذا الأمر لا يمكن تصوره بالنسبة إلى عقود الشراكة التي تقوم على مبدأ مهم يحكم الطرفين وهو مبدأ (اقتسام المخاطر)، فمن الصعوبة بمكان أن يتحمل المتعاقد وحده في مثل هكذا مشاريع ضخمة لتلك الفترات الزمنية الطويلة مخاطر المشروع، وهناك من الفقه من يرى[٢] بأن اقتسام المخاطر يعد حجر الزاوية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ لا

---

[١] المادة (٣) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠.

[٢] د. كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية، بحث مقدم إلى ندوة " الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، ديسمبر، ٢٠١١،منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠١٢، عدد خاص بوقائع الندوة، ص١٤١.

يكاد يخلو منه أي تشريع خاص بالشراكة[١]، ويقصد بالمخاطر في مشاريع الشراكة بأنها مجموعة الوقائع المادية أو القانونية التي قد تطرأ بعد البدء في المشروع وتسبب الضرر أو الخسارة لأحد الطرفين[٢]، فهو احتمال وقوع نتيجة غير متوقعة ضمن النتائج المتوقعة يكون له دور رئيسي في تحديد نجاح أو فشل العقد، الأمر الذي يستوجب تحليلها ودراستها بشكل كافي ودقيق من قبل الطرفين للتعرف على آثارها المتوقعة ومحاولة إيجاد الحلول لها [٣]، إن المخاطر التي يمكن اقتسامها بين الطرفين قد تكون سياسية، أو تشريعية،أو اقتصادية،وسنتناول التعريف بهذه المخاطر كما يأتي:

أولا: المخاطر السياسية: تؤدي قلة الخبرات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وضعف إحاطة الجهات الحكومية بأهميتها إلى نشوء عدد من المخاطر، ومثالها المخاطر التي تتعلق بالتأميم ومصادرة ملكية أصول شركة المشروع[٤]، والحروب وما تسببه من خسائر تمس البنى التحتية للدولة وحالات الحصار والمقاطعة التي قد تفرض أحياناً من حكومات بلدان الشركات الأجنبية أنفسهم[٥]، ويضاف إلى ذلك غياب التنسيق الحكومي والذي يسبب التأخر في الموافقة على المشروع أو عدم حصول الموافقة أساساً في بعض الأحيان[٦]، وقد استقر العمل على تحمل جهة الإدارة

---

(١) نص المشرع الفرنسي على مبدأ اقتسام المخاطر في الفقرة الثانية من المادة (١١) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل بموجب الأمر (٧٣٥) في ٢٠٠٨/٧/٢٨، والمشرع المصري في المادة (٣٤/ط) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠، والمشرع اللبناني في المادة (٨/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧اللبناني، والمادة (٩/تاسعاً) و(١٤/رابعاً) و(١٩/أولا) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

(٢) د. هاني صلاح سري الدين، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٣) أحمد حرير، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر، بدون مكان نشر، ٢٠١٩، ص٥٨.

(٤) د. ليث عبدالله القهيوي، بلال محمود الوادي، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص، دار الحامد، عمان، الأردن، بدون سنة نشر، ، ص١٣٩.

(٥) الدليل التشريعي للاونسيترال بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مصدر سابق،ص٤٨.

(1)Nur Alkaf Abd Karim, RISK ALLOCATION IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) PROJECT: A REVIEW ON RISK FACTORS, International Journal of Sustainable Construction Engineering & Technology (ISSN: 2180-3242) Vol 2, Issue 2, December 2011, available on www.researchgate.net, last visit on 16-10-2019.

الجزء الأكبر من هذا النوع من المخاطر بمقتضى العقد المبرم بينها وبين القطاع الخاص، وتلتزم في هذه الحالة بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به جراء هذه المخاطر رغم أنها أحياناً لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ولكنها تجعله مرهقاً للمتعاقد[١].

ثانياً: المخاطر التشريعية: يتمثل هذا النوع من المخاطر بقيام الدولة بتغييرات في المناخ القانوني الذي ينفذ عقد الشراكة في ظله من خلال جملة الإجراءات الدستورية والقانونية التي تتخذها، كأن تصدر تشريعات مالية أو ضريبية من شأنها زيادة التزامات المتعاقد أو تقليص حقوقه[٢]، ولما كانت عقود الشراكة تمتد لآجال طويلة فإنه يكون من الطبيعي أن تقوم الدولة بإصدار تشريعات خلال هذه المدة قد تطال عقود الشراكة المبرمة بينها وبين القطاع الخاص؛ لذا فقد يلجأ المتعاقدان على إدراج (شرط الثبات التشريعي) في العقد، إذ يتفق المتعاقدان على النص صراحة في العقد بأن القانون الذي يسري على عقد الشراكة المبرم بينهما هو القانون النافذ وقت إبرام العقد فقط، واستبعاد تطبيق أي قانون جديد أو تعديل للقانون القائم بعد إبرام العقد وعليه فإن مصدر الثبات التشريعي في هذه الحالة سيكون العقد المبرم بين الطرفين، وهو ما يطلق عليه في هذه الحالة بـ (شرط الثبات التعاقدي)[٣]، ويمكن أن يكون مصدر الثبات مستنداً إلى القانون نفسه الواجب التطبيق على العقد فيطلق عليه بـ (شرط الثبات التشريعي)، وذلك بأن

---

[١] د. عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة، ط١، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٩، ص٢٢٤.

[٢] د. كاميليا صلاح الدين، مصدر سابق، ص١٤٣. وأيضاً Ibid,p.121 , standardisation of PF2 Contracts

[٣] ومن أمثلة شرط الثبات التشريعي الوارد في بعض عقود الاستثمار ما جاء في الاتفاقية المبرمة بين المؤسسة المصرية للبترول وشركة (PHILIPS) عام ١٩٦٣، حيث جاء فيه " تلتزم المؤسسة وفيليبس بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٦ وبلائحته التنفيذية إلى الحد الذي لا يتعارض فيه القانون المذكور أو لائحته التنفيذية مع أحكام هذه الاتفاقية "، أشار إليه به ريز نجم الدين كريم، الحقوق والالتزامات الإدارية في عقود الاستثمارات البترولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٦، ص١٢٨.

ينص المشرع فيه على حماية المتعاقد من خلال عدم إلغاء القانون الساري وقت إبرام العقد، أو عدم تعديله، أو عدم تطبيق قانون جديد على العقد بعد إبرامه[١].

وشرط الثبات التعاقدي بهذا المعنى يختلف عن شرط (عدم المساس بالعقد) والذي يعني عدم إجراء تغييرات في العقد من قبل الدولة باعتبارها سلطة تنفيذية أو جهة إدارية مستغلة بذلك الامتيازات الممنوحة لها بموجب القوانين ومع ذلك فإنه من الممكن أن يتضمن عقد الشراكة كلا النوعين من الشروط إلا أنه في حالة إعمالهما فإن التفرقة بينهما تكون اقل وضوحاً بسبب وحدة الهدف في الشرطين، وهو عدم سريان التعديلات الجديدة على العقد المبرم[٢].

وقد ثار خلاف في الفقه حول صحة إدراج شرط الثبات التشريعي في العقد، فمنهم من يرى[٣] أنه شرط صحيح ومنتج لجميع آثاره القانونية ويمثل نظاماً قانونياً مستقلاً عن القانون الوطني، ويجب على الدولة الالتزام بها فلا يمكنها أن تمس العقد بإصدار قانون جديد أو إلغاء أو تعديل القانون النافذ وقت التعاقد، ورأي آخر[٤] يذهب إلى أنه شرط مجرد من القيمة القانونية؛ لأنه يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة وما تتمتع به من سلطة إصدار قوانين جديدة تكون سارية على العقد المبرم بينها وبين القطاع الخاص، لاسيما إذا تعلق الأمر بالمصلحة الوطنية والمنفعة العامة، أما الاتجاه الثالث[٥] فقد حاول التوفيق بين حدة الاتجاهين السابقين، إذ عد شرط الثبات التشريعي

---

[١] حسين عيسى عبد الحسين، الضمانات العقدية للاستثمار، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢١، السنة ٢٠١٤،ص١٨٨.ومن أمثلة شرط الثبات التشريعي ما نصت عليه المادة (١٣) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل والتي جاء فيها: " أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه ".

[٢] د. غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥، ص١٧٠.

[٣] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها،ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٢٤٤.

[٤] د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٤٤ ومابعدها.

[٥] د.سامية كسال،دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، عقود البترول نموذجاً، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، العدد٣، ٢٠١٦،ص ١٩٦

واحدة من العوامل التي يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض عن الضرر الذي اصاب المتعاقد نتيجة إصدار الدولة تشريعات جديدة وقت نفاذ العقد، وبهذا فهو يوازن بين سيادة الدولة وحقها في إصدار تشريعات جديدة وبين مصلحة المتعاقد، ويحافظ في نفس الوقت على فاعلية شرط الثبات.

وإزاء هذه الآراء المتعارضة، نرى أن الرأي الأول يعطي للعقد قوة مطلقة من خلال عدم خضوعها لقانون آخر غير القانون النافذ وقت إبرام العقد، ويفرض على الدولة اتباع سياسة التجميد التشريعي، ولما كانت عقود الشراكة تمتد لآجال طويلة فإنه قد يصعب والحالة هذه عدم إجراء أي تعديلات وعدم إصدار أية قوانين جديدة في مثل هكذا فترة.

أما الاتجاه الثاني الذي يجرد شرط الثبات التشريعي التعاقدي من كل قيمة قانونية فلا يمكن الأخذ به هو الآخر أيضاً؛ لأن استبعاد تطبيق مثل هذا الشرط نهائياً يؤدي إلى عزوف الشركات عن التقديم لتنفيذ هكذا مشاريع خوفاً من تقلبات القوانين في الوقت الذي تكون فيه الدولة في أمس الحاجة إلى تنفيذها .

وعليه فإن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثالث والذي أخذ به كل من المشرع المصري[١] والمشرع العراقي[٢] هو الجدير بالتأييد؛ لأنه حافظ على مصلحة الأطراف المتعاقدة من جهة وعلى القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي من جهة أخرى والذي لا يمكن تجريده من قيمته وإلا فما الحاجة إلى إدراجه في العقد؟

إن الدول النامية اليوم في أمس الحاجة إلى تنفيذ مشاريع كبرى وتسعى إلى جذب رؤوس أموال أجنبية؛ لذلك عليها أن تخلق جوا قانونياً ملائماً يشعر المتعاقد في ظله بالطمأنينة، وتحافظ في الوقت نفسه على سلطاتها وامتيازاتها، ومن أجل ذلك فأنها لا

---

[١] حيث نص في المادة (٣٤/ط) على ما يأتي: " تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة أو باكتشاف الآثار والتعويضات المقررة بحسب الأحوال ".

[٢] فقد نص في المادة (٩/تاسعاً)من مشروع قانون الشراكة على أن يتضمن العقد بصفة خاصة"تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو الظروف الطارئة والتعويضات المقررة عنها"

بد من أن تأخذ بنظر الاعتبار شرط الثبات التشريعي عند تقدير التعويض المناسب للمتعاقد عن زيادة أعبائه أو الأضرار التي لحقته بسبب التشريعات الجديدة.

ثالثاً: المخاطر الاقتصادية: تتعدد المخاطر الاقتصادية التي قد تواجهها عقود الشراكة؛ نظراً للفترة الزمنية الطويلة التي تستغرقها في التنفيذ والمبالغ الهائلة اللازمة لتمويلها، وتشمل هذه المخاطر بصورة رئيسية تقلبات أسعار العملات، و ضعف الطلب على الخدمة [١].

فبالنسبة إلى تقلبات أسعار العملات فإنه ينشأ عن تغير معدلات الصرف بين العملة الوطنية والأجنبية، فإذا اتفقت الدولة على شراء الخدمات بالعملة الوطنية مع المتعاقد الأجنبي فإن الأخير سيقوم بتحويله إلى العملة الأجنبية للوفاء بالتزاماته قبل المصارف، أو لتحويل جزء من أرباحه إلى الخارج، فإذا كانت قيمة العملة الوطنية منخفضة مقارنة مع قيمة العملة الأجنبية؛ فإن المتعاقد سوف يتحمل الجزء الأكبر من الخطر في هذه الحالة[٢]، والحقيقة أن هذا الأمر يتفاوت من قطاع لآخر فبالنسبة لمشروعات الموانئ البحرية ومشروعات الطائرات فإن الرسوم التي تفرض على المستخدم (الشركات الأجنبية والمحلية) تكون بالعملات الأجنبية؛ لذا فإن تغير سعر صرف العملة لا يكون له التأثير الكبير على الإيرادات المتحققة، ولكن الخطورة تنصب على المشروعات الداخلية مثل مشروعات السكك الحديد والطرق؛ لأن الإيرادات المتحصلة من المستخدمين تكون بالعملة المحلية[٣]، مما يدفع المتعاقدان على النص في العقد على قيام الدولة بشراء الخدمة – في الأحوال التي تلتزم فيها بالشراء – بالعملة الأجنبية.

أما بالنسبة إلى مخاطر ضعف الطلب على الخدمة فإنه ينشأ عندما يكون الإقبال على الخدمة أقل من النسبة المتوقعة، ويظل احتمال وقوعها قائماً؛ لأنها ترتبط بتغير

---

(1) Nur Alkaf Abd Karim,Ibid, P.14.

(٢) أحمد حرير، مصدر سابق، ص٦١-٦٢.

(٣) د. عادل عبد العزيز السن، المعايير الواجب تطبيقها في مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحث مقدم إلى ندوة " الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها"، مصدر سابق، ص٢٣٨.

أسلوب تقديم الخدمة، فمن الممكن أن يصبح العملاء أقل إقبالاً على شرائها إذا ما قدمت بأسلوب جديد، وهذا ما يؤدي إلى عدم تحقيق الربح المطلوب والذي يكفل أن يكون أسلوب الشراكة مجزياً لتقديم الخدمة، والأصل في هذا الخصوص أن المتعاقد هو الذي يتحمل هذا النوع من المخاطر لأنه هو الذي يقوم بتقديم الخدمة، وعليه التقليل من حالات وقوع هذه المخاطر من خلال استخدام الوسائل الفعالة للتواصل وجذب العملاء وتهيئتهم لتقبل الأسلوب الجديد[١]، ومع ذلك فقد يتم الاتفاق في العقد على قيام الدولة بشراء الخدمة المنتجة بأسعار رمزية في حالة ضعف الإقبال عليها لتضمن للمتعاقد حد أدنى من التدفقات النقدية لسداد أصل القروض وفوائدها، ومصاريف التشغيل[٢].

ويضاف إلى هذه الأنواع الثلاثة من المخاطر مخاطر أخرى تحيط بهذه العقود، وبالأخص تلك التي تواجهها المشاريع الإنشائية الكبيرة؛ إذ أن هذه المشاريع تنفذ لمرة واحدة فقط وقد لا يتكرر تنفيذها، ولهذا فإن لكل مشروع خصائصه وطبيعته وتحدياته، وإذا كان الأصل أن المتعاقد وحده يتحمل مخاطر تصميم وتشييد المشروع [٣] باعتباره هو المسؤول عنها، وأن جهة الإدارة تتحمل المخاطر الإدارية على اعتبار أنها هي المسؤولة عن منح التصاريح واتمام الإجراءات اللازمة للمشروع إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بين الطرفين على توزيع تلك المخاطر فيما بينهما أيضاً في سبيل الحصول على مشاريع ذات مستوى فني متميز، فاقتسام المخاطر يمثل حافزاً لكلا الطرفين للقيام بالتزاماتهما على وجه الدقة [٤].

---

[١] د. ليث عبد الله القهيوي، بلال محمود الوادي، مصدر سابق، ص١٣٣.

[٢] د. عبد الكريم الشاطر، مصدر سابق، ص٢٢٥.

[٣] تتمثل مخاطر التصميم في تطبيق التكنولوجيا الحديثة، وتفعيل معايير الأمان والسلامة، وتطبيق التفاصيل الإنشائية، والدقة والوضوح في المواصفات، وتوفير مصادر متخصصة وخبرات من مصممين ومقاولين ثانويين، أما المخاطر الإنشائية فتتمثل في ملاءمة طرق الإنشاء وسلامتها، وحجم التغيرات التي تحصل أثناء التشييد، والحاجة إلى أعمال الصيانة بعد انتهاء المشروع..الخ . ينظر في ذلك د. حميد لطيف نصيف، د. حسن فليح حسن، المطالبات والخلافات في عقود المشاريع الإنشائية، دار ميزوبوتاميا، بغداد، ٢٠١٢، ص١٣٠ ومابعدها.

[٤] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص٢٧٦.

كما يمكن مواجهة مخاطر المشروع عن طريق اتفاق المتعاقدين على تطبيق المبدأ العام في تحمل مخاطر المشروع وذلك بإعداد تصنيف للمخاطر وإسناد مسؤولية تحملها إلى الطرف الأكثر استعداداً لمواجهتها وتخفيف آثارها، على أن يمنح الطرف الذي يسند إليه هذه المسؤولية حرية الاختيار في كيفية التعامل مع المخاطر وإدارتها لتقليل فرص حدوثها أو التخفيف من آثارها إذا حدثت [١]، أما المخاطر التي تكون خارجة عن إرادة الطرفين كتلك التي تنشأ عن قوة قاهرة أو الأخطار الطبيعية فيتم مواجهتها إما عن طريق التأمين على المشروع[٢]، أو توزيع أعباء الخسائر الناجمة عنها بين الطرفين.

المطلب الثالث

شرط أداء المقابل المالي

يهدف القطاع العام عند إبرامه عقوداً مع القطاع الخاص إلى تحقيق المصلحة العامة، وضمان سير المرفق العام وإدارته وفق أحدث الأساليب الفنية والتقنية، وفي المقابل فإن القطاع الخاص يسعى إلى الحصول على المقابل المالي عن أعماله وتحقيق الأرباح، لاسيما وأنه يتحمل عبء تمويل المشروع[٣] دون أن يحصل على أية مبالغ من جهة الإدارة مالم ينص العقد على خلاف ذلك؛ وعليه فإن أهم حق للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على حقوقه المالية، لقد حرصت التشريعات محل المقارنة على النص على الشرط المتعلق بتحديد الحقوق المالية للمتعاقد، والأسس التي على أساسها

---

[١] د. ليث عبد الله القهيوي، بلال محمود الوادي، مصدر سابق، ص١٤٠-١٤١.

[٢] نص المشرع المصري في المادة (٣٤/ح) من قانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ والمشرع العراقي في المادة (٩/ثامناً) من مشروع قانون الشراكة على وجوب أن يتضمن عقد المشاركة ما يأتي: " أنواع ومبالغ التأمين على المشروع...".

[٣] حيث يتم تمويل مشاريع الشراكة بعدد من الأساليب ومنها ١- التمويل بنظام الملكية والتي تمثل الاستثمارات الأولية التي يضخها أصحاب المشروع بأنفسهم فلا يحصلون على حصص ملكيتهم إلا بعد أن يتم تسديد كافة المستحقات الواجب تسديدها لأصحاب بقية أنواع رؤوس الأموال٢- التمويل بنظام الاقتراض من البنوك. د. حمادة عبد الرازق، مصدر سابق، ص٣٣١.

يتم حسابه [١]، وتختلف هذه الأسس حسب طبيعة العمل المطلوب تنفيذه من المتعاقد، فقد يكون العمل المسند تنفيذه إلى المتعاقد هو تمويل وإنشاء وتجهيز إحدى مشروعات البنى التحتية وإتاحة خدماتها، وتقديم التسهيلات اللازمة لبدء الانتاج في المشروع وهو الأصل في عقود الشراكة، ويمكن أن يضاف إلى ذلك قيام المتعاقد بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة للجهة الإدارية لتتولى الأخيرة تقديمه إلى المنتفعين، وقد تعهد جهة الإدارة إلى المتعاقد استثناءً حق استغلال المشروع أو تقديم الخدمة إلى المنتفعين[٢].

وفيما يتعلق بالحالة الأولى بأن يعهد إلى المتعاقد تمويل المشروع وتجهيزه دون تشغيله، فإن جهة الإدارة تدفع للمتعاقد مستحقاته المالية بشكل دوري في صورة مبالغ متفق عليها في العقد (شهرية أو ثلاثة أشهر أو نصف سنوية) طوال مدة العقد دون أن يرتبط أداء هذه المستحقات بنتائج استغلال المشروع؛ لأن جهة الإدارة هي التي تقوم باستغلال المشروع وتحصل على المقابل من المنتفعين من الخدمة فلا يتحمل المتعاقد في هذه الحالة مخاطر الاستغلال، أما إذا تضمن العقد قيام المتعاقد بتشغيل المشروع وتقديمه لجهة الإدارة فإن المقابل المالي في هذه الحالة سيأخذ صورة (الثمن) والذي يعني المقابل المادي الذي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها نظير شراء الخدمة منه لتقديمها إلى المنتفعين[٣]، غير أن الثمن في عقد الشراكة يتمتع بخاصيتين:

أولاً: أنه يتم دفعه بصورة دورية طوال فترة العقد، فالدفع يكون مؤجلاً لأن مدة العقد طويلة نسبياً، وبذلك فهو يختلف عن الثمن في عقود الأشغال العامة والتي يكون الدفع فيها فورياً وحسب نسبة التنفيذ، فكلما أنهى المتعاقد تنفيذ مجموعة من الأعمال العقدية

---

[١] المادة (١١/د) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل بموجب الأمر (٧٣٥) في ٢٠٠٨/٧/٢٨، والمادة (٣٤/هـ) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ المصري، والمادة (١٠/٤) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧، والمادة (١٨/أولاً وثانياً) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

[٢] المادة(١/١)من الأمر رقم(٥٥٩)لسنة ٢٠٠٤الفرنسي المعدل بموجب الأمررقم(١٧٩)في ٢٠٠٩/٢/١٧، والمادتان(٢) و(٣)من القانون رقم(٦٧)لسنة٢٠١٠ المصري، والمادة (١) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ اللبناني، والمادة (١/ثانيا) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

[٣] د.حمادة عبد الرازق،النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام،دارالجامعةالجديد،الإسكندرية، ٢٠١٢، ص٦٦١.

فإنه يحصل على مقابلها المالي حتى يحصل على كامل مستحقاته بإتمام جميع الأعمال الموكلة إليه[١].

ثانياً: يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الثمن تكاليف الإنشاء، والتشغيل، والتمويل، كما يجب أن يتضمن العقد الشروط الخاصة بالمقابل المالي للمتعاقد والأوضاع التي يتم بموجبها تقدير تلك التكاليف[٢]، ويجب الأخذ بنظر الاعتبار أنه لا يتم أداء أية مستحقات مالية للمتعاقد إلا بعد قيام جهة الإدارة بإصدار شهادة قبول بمستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة[٣]، وهذا أمر منطقي مادام الغرض من اللجوء إلى الشراكة مع القطاع الخاص هو تقديم خدمات ومنتجات ذات جودة عالية، وبصورة منتظمة مع تحقيق الأهداف المرتبطة بحسن الأداء، أما بالنسبة إلى الحالة الثانية وهي التي تعهد فيها جهة الإدارة إلى المتعاقد القيام باستغلال المشروع، فمن الفقه من يرى [٤] بأن المقابل المالي في هذه الحالة يأخذ صورة (الرسم) والذي يقصد به المقابل المادي الذي يحصل عليه الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق العام، وعليه فإنه يحق للمتعاقد في هذه الحالة استيفاء الرسوم كمقابل للخدمة، ولجهة الإدارة الحق في التدخل لتعديل تلك الرسوم وتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر جراء ذلك التعديل.

إلا أن جانباً آخراً من الفقه[٥] قد ذهبوا وبحق إلى خلاف الرأي السابق، فالقول بمنح حق استغلال المشروع للمتعاقد لا يعني أن عقد الشراكة قد وصل إلى درجة تفويض المتعاقد إدارة المرفق واستغلاله وتحمل مخاطره بصورة منفردة، فعقود الشراكة تبقى من حيث الأصل عقود تمويل لإنشاء المرفق العام يلتزم فيها المتعاقد ومن خلال

---

[١] المادة (٢/١) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم (١٧٩) في ٢٠٠٩/٢/١٧، والمادة(٢) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ المصري، المادة (٤/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ اللبناني، والمادة (١٨/أولاً) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

[٢] د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص١٩٨-١٩٩.

[٣] المادة (١١/د) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل، والمادة (٢) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ المصري، والمادة (٤/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ اللبناني، والمادة (١٨/ أولا) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

[٤] د. حمادة عبد الرازق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، مصدر سابق، ص٦٥٧.

[٥] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص١٤٦، د. عبد الكريم الشاطر، مصدر سابق، ص٢٠٧.

عقد إجمالي بتمويل المشاريع الإنشائية للبنى التحتية واتاحتها للتشغيل وصيانتها، وبالتالي لا تنشأ علاقة مباشرة بين المتعاقد والمنتفعين من المرفق؛ لأن معنى الاستغلال في عقد الشراكة ينصرف إلى إدارة المتعاقد للمشروع وتقاضي مقابل الخدمة من المنتفع بصفته وكيلاً عن جهة الإدارة يقوم بالتصرف لحسابها ولصالحها ولا يتصرف في هذ الفرض بصفته أصيلاً، فالمبالغ التي يتقاضاها المتعاقد في هذه الحالة يتم تسديدها لصالح جهة الإدارة[١]، وحتى لو افترضنا نشوء علاقة بين المتعاقد والمنتفع، وذلك بأن يعهد إلى المتعاقد استغلال المرفق فإن المقابل المالي للمتعاقد في هذه الحالة لا يرتبط بنتائج الاستغلال كما هو عليه الحال في الرسم، بل يرتبط بكلفة الأعمال التي يقوم بها المتعاقد، ويتدرج بتطور المشروع وطوال مدة العقد ويصنف محاسبياً في ميزانية جهة الإدارة كنفقات تشغيل وليس كدين، والقاعدة العامة في تنظيم الجوانب المالية للمشروع أنه يتم باتفاق الطرفين، فيثبت في العقد مثلاً أسعار بيع المنتج، ومقابل الخدمة، ومستحقات المتعاقد، وكيفية تحصيل الإيرادات، وضوابط وأسس تعديلها؛ فهذه الشروط التعاقدية لا يجوز أن يتم تعديلها بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين[٢]، ولكن يبدو أن المشرع المصري قد اعتبر الشروط المتعلقة بالجانب المالي للمشروع في حالة تولي المتعاقد مهمة تشغيل المشروع واستغلاله من ضمن الشروط اللائحية والي تجيز لجهة الإدارة أن تقوم بتعديلها بإرادتها المنفردة بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، ودون إخلال بحق طرفي العقد في التعويض، على أن يكون سريان التعديل بأثر مباشر[٣].

---

[١] المادة (٢/١) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل، والمادة (٥/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ اللبناني.

[٢] المادة (١١/د) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل، والفقرات (٤،٥،٩) من المادة (١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ اللبناني، والمادة (٩/رابعاً وخامساً) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

[٣] حيث نصت المادة (٧) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ على ما يأتي: " 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 او استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله او استغلاله بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد وبعد موافقة اللجنة العليا لشؤون= المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال طبقاً

ويجب ملاحظة أنه أياً كان طبيعة العمل الذي يلتزم المتعاقد بتنفيذه فإنه يجب عدم خرق قاعدة الدفع المجزأ أو الدوري للمستحقات المالية للمتعاقد[١]؛ لأن القول بخلاف ذلك سينعكس مباشرة على ميزانية جهة الإدارة والتي هي في الأصل جزء من الميزانية العامة، الأمر الذي يفقد أهمية اللجوء إلى أسلوب الشراكة.

إلا أنه يلاحظ أن المشرع العراقي وفي مشروع قانون الشراكة بعدما ساير التشريعات محل المقارنة فيما يتعلق بقيام جهة الإدارة بأداء مستحقات المتعاقد طوال فترة العقد وبعد قيام الأخير بتوفير الخدمة وتحقيقه لجودة الأداء [٢]، رجع وأجاز أن يتم الاتفاق في العقد على أداء المستحقات المالية للمتعاقد من قبل الغير أو من خلال الإيرادات المتحققة من استغلال المرافق والأموال والتجهيزات المرتبطة بالمشروع[٣]، ومصطلح (الغير) هنا يشير بطبيعة الحال إلى المنتفعين من الخدمة، و مصطلح (الإيرادات المتحققة) يعني نتائج استغلال المشروع، وهذا يعني إمكانية إدارة واستغلال المشروع وفرض الرسوم من قبل المتعاقد على المنتفعين من الخدمة.

ونرى أن هذا الموقف قد يبدو طبيعياً؛ طالما أن المشرع العراقي قد عد عقد الشراكة مثل بقية أنواع عقود المشاركات بين القطاعين العام والخاص كعقود الـ (BOT, BOOT)[٤] وغيرها التي يمكن فيها للمتعاقد أن يقوم بإدارة المشروع خلال فترة التعاقد واستغلاله وفرض الرسوم على المنتفعين لاسترداد تكاليفه، غافلاً عن ميزتين مهمتين لعقد الشراكة وهو قيامها على مبدأ تقسم المخاطر، واعتماد أسلوب الدفع المجزأ

للأسس والقواعد التي يبينها العقد، وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل الخدمة فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر".

[١] د. عبد الكريم الشاطر، مصدر سابق، ص٣٠٦.

[٢] المادة (١٨/أولاً) من مشروع قانون الشراكة والتي جاء فيها: " يحدد العقد الشروط التي يتم بموجبها أداء مستحقات الشريك الخاص خلال مدة العقد، ويرتبط أداء المستحقات بتوفير الخدمة المعنية بانتظام وتحقيق الأهداف المرتبطة بحسن الأداء والملزمة للشريك الخاص ".

[٣] فقد نصت المادة (١٨/ثانياً) من مشروع قانون الشراكة على ما يأتي: " .. ويجوز أن ينص في العقد على ان يكون أداء مستحقات الشريك الخاص من الغير أو عن طريق الإيرادات المحققة من استغلال المرافق والأموال والتجهيزات المرتبطة بالمشروع .. ".

[٤] المادة (١٦) من مشروع قانون الشراكة.

لمستحقات المتعاقد وعلى امتداد فترة العقد دون الارتباط بنتائج الاستغلال المالي للمشروع.

المطلب الرابع

شرط نقل ملكية المشروع

نصت التشريعات محل المقارنة على ضرورة أن يتضمن عقد الشراكة نصاً خاصاً يبين أحكام نقل ملكية في نهاية مدة عقد الشراكة[١]، فالمشروع المقام وفق هذا الأسلوب يكتسب صفة الدومين العام؛ لأن هدف الدولة من إقامة مشاريع الشراكة هو تحقيق المنفعة العامة وليس فقط الحصول على أكبر قدر من الإيرادات التي تدرها الأموال الناتجة عن المشروع[٢]، وعليه فإن النتيجة المهمة التي تتحقق هنا هو أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتصرف بالمشروع، ولا أن يتملكه بالتقادم، ولا أن يحجز عليه[٣]، بل يجب أن يعود المرفق إلى الدولة بحالة جيدة خالية من الديون والرهون التي تثقله[٤].

وهناك من الفقه من يرى[٥] أن ما ينتقل إلى الدولة في نهاية العقد هو(الحيازة)، أي حيازة الأرض والمنشآت التي أقيمت عليها من قبل المتعاقد؛ لأن الملكية لم تنتقل في الأصل إلى المتعاقد حتى يقوم بنقلها إلى الدولة بل أن ما انتقل إليه هو حيازة المشروع، فلا يستطيع والحالة هذه أن يدعي باكتساب ملكية المشروع بالتقادم مهما

---

(١) المادة (١١/ك) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل، والمادة (٣٤/ب) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠، والمادة (١٢/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧، والمادة (٩/حادي عشر) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

(٢) يقصد بالدومين العام "مجموعة من الأموال التي تملكها الدولة أو إحدى الأشخاص الاعتبارية العامة ملكية عامة ومخصصة للمنفعة العامة بحكم طبيعتها أو بإرادة السلطة العامة أو بالفعل، ومن ثم يجب أن يتوفر شرطان لثبوت صفة العمومية على أي مال ، وهما: ١- يجب أن يكون المال مملوكاً للدولة أو لإحدى الشخاص المعنوية العامة المرفقية أو الإقليمية ٢- يجب أن تكون هذه الأموال مخصصة للمنفعة العامة بحكم طبيعتها أو بإرادة السلطة العامة أو بالفعل، وعليه لا تثبت صفة العمومية للأموال التي تستهدف الإدارة من تملكها ما يهدف إليه الأفراد أي تملكها بقصد تحقيق الربح ". رائد ناجي أحمد، مصدر سابق، ص٤٠.

(٣) المادة (٧١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٤) أحمد حرير، مصدر سابق، ص١٨٣.

(٥) د. عصام احمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٧٠.

طالت مدة الحيازة، ولا يستطيع أيضاً أن يدعي بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) لعدم سريان هذه القاعدة على الأموال العامة[١].

ونرى صحة ما ورد في الرأي السابق، إذ يمكننا أن نستشف الأصل في ملكية الدولة للمشروع من خلال ما ورد في نصوص التشريعات محل المقارنة، فالمشرع الفرنسي قد أوجب أن ينص في عقد الشراكة على شرط حماية الدومين العام[٢]، وأوجب على المتعاقد الالتزام باحترام مبدأ تخصيص الإنشاءات والتجهيزات للخدمات العامة وللمرفق العام، كما أنه اشترط في حالة قيام المتعاقد بإدارة واستغلال المرفق أن يكون له توكيل لتحصيل الرسوم من المنتفعين باسم ولمصلحة الشخص العام فهو في الفرض يتصرف بصفته وكيلاً عن الشخص العام وليس بصفته أصيلاً، وهو ما سار عليه المشرع اللبناني أيضاً [٣] كما سبق وأن ذكرنا.

وقد جاء المشرع المصري بنصوص مشابهة لتلك التي وردت في التشريع الفرنسي، إذ لم يجز للمتعاقد ترتيب أي حق عيني على أموال وأصول المشروع، بل أنه منع المتعاقد حتى من بيع ما قد يملكه من أصول خاصة بالمشروع والمنشآت التي يتم إقامتها أو تطويرها إلا لغرض التجديد ووفقاً لما هو منصوص عليه في العقد وبعد الحصول على موافقة الجهة المختصة[٤].

ورغم صحة موقف التشريعات محل المقارنة في النص على شرط حماية مشروع الشراكة باعتباره من الأموال العامة وتقييد سلطات المتعاقد في التصرف فيه إلا أن هذا الأمر قد يشكل في بعض الأحيان عقبة أمام اللجوء إلى التعاقد بأسلوب الشراكة؛ فهذه العقود تعد عقود تمويل لمشاريع البنى التحتية وليس فقط إقامة منشآت وتجهيزها وإتاحة الخدمات لجمهور المنتفعين، ويقع على المتعاقد عبء تحمل جميع الالتزامات المالية

---

(١) د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣٠٤.

(٢) المادة (١١/هـ) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل.

(٣) المادة (٢/١) من الأمر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل، والمادة (٥/١٠) من القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ اللبناني.

(٤) المادة (١١) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ .

للمشروع والتي قد يلجأ في سبيل الحصول عليها إلى الاقتراض الداخلي أو الخارجي من المصارف والمؤسسات المالية والتي تحتاج بدورها إلى ضمانات يقدمها المتعاقد للوفاء بها، إذن لابد هنا من تحقيق التوازن بين أمرين مهمين وهما التزام المتعاقد بتمويل المشروع وتجهيزه وتقديم الخدمات العامة من جهة، والاعتراف له بحق تقديم بعض الضمانات أو التأمينات من جهة أخرى وبما لا يتعارض مع مبدأ تخصيص المشروع للمصلحة العامة.

لقد عالج المشرع الفرنسي هذا الأمر في قانون الشراكة[١] بالنص على إمكانية قيام المتعاقد بإنشاء بعض الحقوق العينية التبعية على الإنشاءات والتجهيزات محل عقد الشراكة، وأن يبرم عقود إيجار تتعلق بأموال الدومين العام وليس الدومين العام ذاته بمناسبة تنفيذه هذه العقود بشكل مؤقت وخلال مدة العقد فقط وبما لا يمس الضمانات المتعلقة بنظام هذا الدومين، والهدف من تخصيصه، وعلى النحو الوارد في قانون(١٩٨٨/١/٥) و (١٩٩٤/٧/٢٥) اللذان يمنحان الدولة والمؤسسات العامة صلاحية منح الحق للمتعاقد معها في العقود طويلة الأجل أن ينشئ حقوق عينية تبعية على الدومين العام العائد لها[٢]. وسواء كان للمتعاقد حق عيني أم حق إبرام عقود إيجار فإن ذلك يجب أن يتم في الحدود التي جاء بها قانوني (١٩٨٨) و (١٩٩٤) المشار إليهما، ومن هذه الضوابط[٣]:

١- أن يكون ترتيب الحق العيني أو عقد الإيجار على الإنشاءات والأعمال محل عقد الشراكة لمدة العقد فقط.

٢- أن يكون ترتيب الحقوق لضمان القروض التي يقترضها المتعاقد بهدف تمويل الإنشاءات أو تحسين الأعمال المقامة على الدومين العام.

٣- يجب موافقة جهة الإدارة وتصديقها على هذا الإجراء وإلا كان باطلاً من كل قيمة قانونية.

---

[١] المادة (١٤) والمتضمن التعديلات التي طرأت على المادة (L1414-16) من التقنين العام للإدارات المحلية .

[٢] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص٣١٥.

[٣] د. منى رمضان بطيخ، مصدر سابق، ص٤٩٧-٤٩٨.

٤- الحق العيني المترتب لصالح المتعاقد لا يؤدي إلى منحه حق الملكية بل يتمتع فقط بامتيازات المالك على الأعمال والمنشآت محل العقد[١].

وفيما يتعلق بالمشرع المصري، فإنه وبعد ان منع المتعاقد من ترتيب أي حق عيني على أموال ومنشآت المشروع عاد وأجاز في المادة نفسها[٢] ترتيب حق عيني تبعي عليها استثناءً من المبدأ العام القاضي بعدم جواز ترتيب حق عيني على أموال المشروع شرط أن يقترن ذلك بالموافقة المسبقة لجهة الإدارة، وأن يكون الهدف من ترتيب الحق العيني لغرض تمويل المشروع محل عقد الشراكة، وأن ينص العقد على شروط تنظم هذا الحق، ويقع باطلاً أي تصرف يخالف الضوابط المذكورة، ويفهم من خلال ما ورد في العرض السابق أن السبب في تقييد المشرع لحرية المتعاقد من إجراء تصرفات أو ترتيب حقوق على المشروع يعود لسبب واضح وهو عدم اعتباره مالكاً للمشروع بحسبان أنه من الأموال العامة والتي لا يجوز التصرف بها وتملكها، وحتى عند منحه بعض الحقوق بموجب نصوص هذه التشريعات نلاحظ انه وضع جملة من الضوابط حتى يتمكن المتعاقد من استعمال هذا الحق، ولا يترتب على منحه هذه الحقوق صفة المالك، إذن لا يستقيم والحالة هذه القول بنقل ملكية المشروع، وإنما يمكن القول بنقل حيازة المشروع إلى الشخص العام، ويجب أن ينص في العقد على تنظيم انتقال الحيازة إلى الشخص العام بصورة دقيقة وبالتفاصيل اللازمة؛ لأنه يعد التزاماً جوهرياً يقع على عاتق المتعاقد.

أما بخصوص المشرع العراقي فقد وجدنا أنه قد أخذ بنظر الاعتبار مسألة التوازن بين التمويل اللازم للمشروع وضمانات سداد هذا التمويل والذي يقع بطبيعة الحال على عاتق المتعاقد، ورغبة منه في تشجيع وتحفيز شراكة القطاع الخاص لتمويل وتنفيذ مشاريع البنى التحتية؛ فقد نص في الفقرة (أولاً) من المادة (١٤)[٣] من مشروع قانون

---

[١] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص٣١٥.

[٢] المادة (١١) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠.

[٣] جاء نص المادة كما يأتي: " للحكومة تقديم دعم للمشروع من خلال ما يأتي:
أولاً: حق تمليك الأرض أو تأجيرها وحق الانتفاع طويل الأجل بالمشروع واستخدام البنى التحتية أو مرافق الخدمات العامة التي تملكها الحكومة وفقاً للقانون، ثانياً: التشجيع على شراء مخرجات

الشراكة على ما يأتي: " للحكومة دعم المشروع من خلال ما يأتي: أولاً/ حق تمليك الأرض أو تأجيرها وحق الانتفاع طويل الأجل بالمشروع ... ".

وهنا يثور التساؤل عن آلية تمليك الأرض وكيفية احتساب البدل، فهل يكون هذا التمليك لفترة نفاذ العقد أم يبقى المتعاقد مالكاً للأرض حتى بعد انتهاء العقد؟ وإذا قامت جهة الإدارة بتمليك الأرض للمتعاقد فكيف يتم اثبات ملكية الدولة للأرض والمشروع بعد انقضاء فترة زمنية طويلة ومستقرة لحيازة المتعاقد للمشروع والأرض بالشكل الذي يولد انطباعاً قوياً على أنه هو المالك خاصة في ظل عدم وجود دليل على أرض الواقع يثبت ملكية الدولة للأرض والمشروع؟ إذن قد يلجأ المتعاقدان إلى النص في العقد على أن نقل ملكية الأرض يكون بصورة مؤقتة لأغراض المشروع وتنتهي بانتهاء فترة العقد وأن يتم تثبيت ذلك في دائرة التسجيل العقاري، ولكن حتى في هذه الحالة فإن الاتفاق بالصيغة أعلاه يتعارض مع خاصية الدوام في حق الملكية، فلا يجوز أن تقترن الملكية بأجل فاسخ لأنها ستكون ملكية مؤقتة وهو ما يتعارض والقول أن من خصائص الملكية أنه حق دائم[١].

ومن ناحية أخرى فإن نص المادة (١٤) أعلاه جاء متناقضاً مع ما أورده المشرع العراقي في المادة (٩) والمتعلق بالشروط الواجب توفرها في العقد إذ جاء في الفقرة (حادي عشر) منها :"تنظيم مدة العقد

وقواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة العقد.."، وهي صياغة يفهم منها أن المشروع في الأصل ملك لجهة الإدارة تقوم باسترجاعه بعد انتهاء فترة العقد أو إنهائه، وهنا يثور التساؤل عن كيفية استرداد المشروع المقام من أموال ومعدات المتعاقد وعلى أرض مملوكة له ؟ إن الالتزامات المتعلقة بنقل حيازة المشروع إلى الدولة تعد من الالتزامات الجوهرية في عقود الشراكة والتي يجب تنظيمها بدقة وبصياغة قانونية سليمة وواضحة تقطع الشك، وتبعد التفسيرات والتأويلات التي قد تؤدي في النتيجة إلى الحاق الضرر

المشروع كلاً أو جزءا، ثالثا: تقديم التسهيلات المالية والمصرفية لمشروع الشراكة، رابعاً: تحمل جزء من مخاطر المشروع، خامساً: أية وسائل أخرى تقدمها الحكومة كدعم يقتضيها المشروع ".

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج٨، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص٥٣٩.

بالمرفق العام والمصلحة العامة التي من أجلها تم إبرام العقد، وبعد ما أوردنا ما نص عليه المشرع العراقي في قانون الشراكة حول الضمانات الممنوحة للمشروع وملكيته، نرى أن تجري صياغة نص المادة (١٤/ أولا) من مشروع قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص على النحو الآتي:

" للحكومة تقديم الدعم للمشروع من خلال ما يأتي:

أولاً/ أ- تأجير الأرض للمتعاقد أو منحه حق الانتفاع أو حق ترتيب بعض الحقوق العينية التبعية على أموال المشروع بهدف تمويله، وبعد استحصال موافقة جهة الإدارة المتعاقدة، ووفقاً للشروط التي ينص عليها العقد.

ب – يلتزم المتعاقد برد المشروع بأمواله وأصوله إلى جهة الإدارة في نهاية مدة العقد بحالة جيدة صالحة للاستخدام، وغير مثقل بدين أو رهن ".

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة سنوضح أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، وعلى النحو الآتي:-

أولاً: النتائج:

١- تعد عقود الشراكة أسلوباً حديثاً من أساليب التعاون بين القطاع العام والقطاع الخاص، تلجأ إليها الدولة بهدف إقامة مشاريع البنى التحتية، والمرفق العام وخدماته، وتمويله، والاستفادة من الخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة المتوفرة لدى القطاع الخاص لإقامة مثل هكذا مشاريع.

٢- أصدرت الدول التي أخذت بهذا الأسلوب قوانين خاصة نظمت الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ومنها الدول محل المقارنة، عدا العراق، إذ لم يصدر المشرع العراقي قانون الشراكة لغاية الآن رغم مرور فترة زمنية طويلة على صياغة مشروعه.

٣- تتميز عقود الشراكة عن غيرها من الأنظمة القانونية والعقود المشابهة لها، فهي وإن اجتمعت معها من حيث الفكرة القائمة على التعاون بين القطاع العام والقطاع الخاص، وأنها عقود طويلة الأجل؛ إذ تمتد لفترات زمنية طويلة، إلا أنها تختلف عنها

من حيث طريقة أداء مستحقات المتعاقد، وتقسيم مخاطر تنفيذ المشروع والجهة المالكة للمشروع.

٤- نصت التشريعات محل المقارنة على مجموعة من الشروط الجوهرية التي يجب أن يتم إدراجها من قبل المتعاقدين في عقد الشراكة، ومن أهم هذه الشروط تلك التي تتعلق بمدة تنفيذ العقد، واقتسام مخاطر تنفيذ العقد، وطريقة أداء المستحقات المالية للمتعاقد.

٥- تبقى الدولة محتفظة بملكية المشروع، وتقوم بإدارته واستغلاله طيلة فترة العقد، وبذلك لا ينشأ عن عقد الشراكة علاقة مباشرة بين المتعاقد وبين الجمهور المنتفعين من المرفق، واستثناءً من هذا الأصل يمكن لجهة الإدارة ان تعهد إلى المتعاقد القيام بإدارة واستغلال المشروع لصالحها، أي ان المتعاقد في هذه الحالة يدير ويستغل المشروع بصفته وكيلاً عنها.

ثانياً: التوصيات:

١- نظراً لأهمية الدور الذي تلعبه عقود الشراكة في الوقت الحاضر في مواجهة العجز المالي في العراق من جهة، وتفعيل دور القطاع الخاص من جهة أخرى، فإننا ندعو المشرع العراقي إلى الإسراع في إصدار قانون (الشراكة بين القطاعين العام والخاص) لاسيما وأنه قد مضى على القراءة الأولى للمشروع من قبل مجلس النواب العراقي فترة زمنية ليست بالقصيرة.

٢- نوصي المشرع العراقي بتضمين مشروع قانون الشراكة أحكاماً تنظم تجديد العقد وتحدد معايير جودة الأعمال والخدمات المقدمة طيلة فترة نفاذ العقد.

٣- لما كانت عقود الشراكة تتمتع بخصائص تميزها عن غيرها من العقود الحديثة الأخرى التي تبرمها الإدارة، فإننا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (١٦) من مشروع القانون أو إلغائه؛ لأن هذا النص اعتبر عقود الـ (B.O.T) و (B.O.O.T) وغيرها صوراً لعقد الشراكة.

٤- نوصي المشرع العراقي بإلغاء النص الخاص الذي يجيز للحكومة تمليك الأرض للمتعاقد، وأن يقتصر هذا الدعم على جواز قيام المتعاقد بترتيب بعض الحقوق العينية

التبعية على المشروع بهدف تمويله، ولذلك نقترح إعادة صياغة نص المادة (١٤/أولاً) من مشروع قانون الشراكة التي جاء فيها:

"للحكومة دعم المشروع من خلال ما يأتي: أولاً/ حق تمليك الأرض أو تأجيرها وحق الانتفاع طويل الأجل بالمشروع ... "، وأن تجري صياغته كالآتي:"للحكومة تقديم الدعم للمشروع من خلال ما يأتي:

أولاً/ أ- تأجير الأرض للمتعاقد أو منحه حق الانتفاع أو حق ترتيب بعض الحقوق العينية التبعية على أموال المشروع بهدف تمويله، وبعد استحصال موافقة جهة الإدارة المتعاقدة، ووفقاً للشروط التي ينص عليها العقد، ب – يلتزم المتعاقد برد المشروع بأمواله وأصوله إلى جهة الإدارة في نهاية مدة العقد بحالة جيدة صالحة للاستخدام، وغير مثقل بدين أو رهن ".

المصـــــــــادر

أولاً: المعاجم اللغوية:

١- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ١٩٩٠.
٢- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤.
٣- جمال الدين بن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ٢٠٠٨.
٤- زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار البصائر، بيروت، لبنان، ١٩٨٥.

ثانيا: الكتب القانونية :

١- أحمد حرير، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر، بدون مكان نشر، ٢٠١٩.
٢- د. جليل الساعدي و لبنى السعيدي، ماهية عقد الـ(B.O.T) في القانون العراقي والمقارن، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
٣- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها،ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦.
٤- د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.
٥- د. حمادة عبد الرازق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٢.
٦- د. حميد لطيف نصيف، د. حسن فليح حسن، المطالبات والخلافات في عقود المشاريع الإنشائية، دار ميزوبوتاميا، بغداد، ٢٠١٢.
٧- د. رجب محود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٨- د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٩- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٠- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥.

١١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج٨، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
١٢- د. عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة، ط١، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٩.
١٣- د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٤- د. عصام احمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
١٥- د. غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥.
١٦- د. ليث عبدالله القهيوي، بلال محمود الوادي، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص، دار الحامد، عمان، الأردن، بدون سنة نشر.
١٧- د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، بدون دار ومكان نشر، ٢٠٠١.
١٨- د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٩- هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٢٠- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

ثالثا: الرسائل والأطاريح الجامعية

١- به ريز نجم الدين كريم، الحقوق والالتزامات الإدارية في عقود الاستثمارات البترولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٦.

رابعاً: البحوث القانونية:

١- حسين عيسى عبد الحسين، الضمانات العقدية للاستثمار، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢١، السنة ٢٠١٤.
٢- د. سامية كسال، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، عقود البترول نموذجاً، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، العدد الثالث، ٢٠١٦.
٣- د. عادل عبد العزيز السن، المعايير الواجب تطبيقها في مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحث مقدم إلى ندوة"الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، ديسمبر، ٢٠١١،منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠١٢، عدد خاص بوقائع الندوة.
٤- د. عبد الله شحاته خطاب، المشاركة بين القطاعين العام والخاص وتقديم الخدمات العامة على مستوى المحليات : الإمكانات والتحديات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.pidegypt.org
٥- د. كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية، بحث مقدم إلى ندوة"الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، ديسمبر، ٢٠١١،منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠١٢، عدد خاص بوقائع الندوة.
٦- د. منى رمضان محمد، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته طبقاً لأحكام قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد ٢٦، ٢٠١٢.

خامساً/ الدساتير والقوانين والتعليمات:

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١ .

٢- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

٣- قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ المصري ولائحته التنفيذية.

٤- قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (٤٨) في ٢٠١٧ اللبناني.

سادساً/ المواقع الإلكترونية:

1. www.pidegypt.org

سابعاً/ المصادر باللغة الأجنبية:

1. Bruno de Gazalet,le contract de construction dans le cadre des projets en BOT-RDAI,1998.
2. Michael Gedds, Making Private Partnership Work,London,Gower Publishing Limited,2005,P1.
3. Nur Alkaf Abd Karim, RISK ALLOCATION IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) PROJECT, A REVIEW ON RISK FACTORS, International Journal of Sustainable Construction Engineering, & technology (ISSN: 2180-3242) Vol. 2, Issue 2, December 2011
4. Raman Krishnan,What is a Public Private Partnership,paper,Nov 2014.