Tikrit University Journal of Law
Special Issue on the Fourth International Scientific Conference
(Prospects for Renewal and Innovation)
College of Law, Knowledge University
(30 April - 1 June -2025 A.D - Muharram 1447A.H)

ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The Private Sector and Its Role in Managing the Departments and Institutions of the Kurdistan Region of Iraq (An Analytical Study)

Assistant Lecturer . Ali Younis Mohammed Rashid

Department of Law , College of law, Knowledge University ,Erbil, Iraq

tujr@tu.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 30 April 2025
- Accepted 1June 2025
-Available online 20 July 2025

Keywords:

- Private Sector
- Kurdistan Region

Abstract: Despite the successive intervention of the private sector in the management of public facilities in the region, in various forms determined by the administrative authority itself through contracts concluded with contractors, the majority of which fall within the framework of public facility delegation contracts.This research will be divided into two sections. In the first, we will discuss the nature of the private sector and its characteristics, and divide it into two sections. In the first, we will define the private sector and its components, while in the second, we will examine the characteristics of the private sector. In the second section, we will address the legal methods of the private sector in managing public utilities, and we will divide it into two sections. In the first, we will examine contracts as a means of managing public utilities, while in the second, we will examine a realistic assessment of some public utilities management contracts in the Kurdistan Region of Iraq.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

مجلة جامعة تكريت للحقوق
العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع (أفاق التجديد والابتكار)
لكلية القانون - جامعة نولج
(٣٠ نيسان - ١ حزيران-٢٠٢٥م-محرم ١٤٤٧)

القطاع الخاص ودوره في إدارة دوائر ومؤسسات إقليم كوردستان-العراق (دراسة تحليلية)

م.م. علي يونس محمد رشيد
قسم القانون, كلية القانون, جامعة نولج ,أربيل, العراق
tujr@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٣٠/ نيسان/ ٢٠٢٥
- القبول : ١ / حزيران/ ٢٠٢٥
- النشر المباشر: ٢٠/ تموز/٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية :
- **القطاع الخاص**
- **إقليم كوردستان**

الخلاصة: تناولت هذه الدراسة موضوعا هاما وهو يتمحور حول مدى قدرة القطاع الخاص باساليبه المعهودة والمستحدثة على إدارة المرافق العامة بكل أشكالها، الإقتصادية منها والإدارية، فهذا البحث ركزت على توضيح مضمون القطاع الخاص ومايشتمل عليه من الوجهة القانونية مع إشارة خفيفة للجانب الإقتصادي، فأتجه هذا القطاع إشراك أشخاص طبيعية وشركات ومؤسسات في عبء إنشاء وتسيير المرافق العامة وصيانتها لفترة محددة ثم إعادتها للدولة.هذا من جهة ومن جهة أخرى أوردنا أهم العقود التي ترد على إدارة المرافق العامة من حيث الإنشاء والتسيير وفي طليعتها عقود إلتزام المرفق العام تماشيا مع التغيرات التي حصلت في شكل الدولة العراقية من إقرار الفيدرالية وإقرار فلسفة الإقتصاد الحر والسوق المفتوح وهجر النهج الإشتراكي الذي كان متبعا أبان الأنظمة السياسية التي سادت البلد.وإقليم كوردستان فسح المجال للقطاع الخاص في إدارة العديد من المرافق الحيوية بعدة أنواع من العقود كعقد تنظيف مراكز المدن ونصب انظمة إلكترونية لكتاب العدول وحتى في جانب الأمن العام كنصب أجهزة سكانر في المنافذ الحدودية وكاميرات المراقبة في كل الشوارع وغيرها كثير. وعالجنا جميع ذلك من خلال مبحثين تقدمهما المقدمة وتلتهما الخاتمة.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة :اولاً: موضوع البحث:

إن للقطاع الخاص في الدول الحديثة دوراً هاماً في تسيير النشاط الاقتصادي والاداري ، حيث يعد طرفا مهما في الاقتصاد الوطني وشريك اساسي للقطاع العام المرتبط بالدولة فيمارس القطاع الخاص دوره من خلال تأسيس مؤسسات جديدة وادارة مشروعات الدولة بواسطتها لتقديم الخدمات للجمهور بدلاً عن الادارة وتحقيق الارباح لهذا القطاع وبالتالي المساهمة في تحريك اقتصاد الدولة، فهذا القطاع جزء من الاقتصاد الوطني ويعد في الوقت الحاضر طرفاً لا غنى عنه تلجأ الادارة اليه لرفع الاعباء عنها نظراً لما يتمتع به من مزايا وامكانيات وكفاءة في العمل وتقديم خدمات افضل مما لو تولى القطاع العام ادارة المرفق وقدم الخدمات، فضلاً عن قدرته على تحمل المخاطر التي تؤهله لتولي تسيير مرافق عامة يقتضي الامر اساساً توليها من قبل الدولة، رافق ذلك سعي المشرع لإحاطة القطاع الخاص بالتنظيم القانوني الملائم بوضع الاشكال القانونية التي يظهر بها وما يتميز به من خصائص تميز كل صورة من صور القطاع الخاص عن غيرها فضلاً عن تحديد الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها افساح المجال للقطاع الخاص لإدارة المرافق العامة لتكون هذه الوسائل ذاتها وسائل ادارة القطاع الخاص للمرافق العامة.

فالدولة تستخدم طريقتين أساسيتين في إنشاء وتسيير المرافق العامة، الطريقة الاولى هي أن تنشيء و تدير الدولة بنفسها للمرافق العامة عن طريق الإدارة المباشرة أو عن طريق أشخاص مرفقية (مؤسسات) تنشأ لذلك، حيث نرى في الآونة الأخيرة تراجعا لمبدأ الدولة المتدخلة وغدت الدولة تنتهج وتتبنى مبدأ الإقتصاد الحر مستخدمة في ذلك أساليب عدة، منها تفويض إدارة المرافق العامة و الخصخصة مما فسح المجال للقطاع الخاص للقيام بدوره في مختلف قطاعات الدولة.

والوسيلة الأكثر شيوعاً وانتشارا في إدارة المرافق العامة هي إستعانة الدولة بالقطاع الخاص في أداء هذه المهمة في الوقت الحاضر، وذلك لما تحتاجه إقامة المشاريع الإستراتيجية الضخمة من موارد

ربما لا تقوى عليها موارد الدولة في تمويلها، لذا أصبحت مشاركة الدولة للقطاع الخاص من سمات الإدارة الحديثة.

وفي إطار التحولات السياسية والقانونية التي شهدها العراق والإقليم بعد سنة ٢٠٠٣ والتي انعكست على مؤسسات الدولة وعلاقتها بالمواطن، أضحى من أبرز آثار التحولات السعي نحو الحد من العجز الذي تعاني منه المرافق العامة بالموازاة مع ضمان المستوى المطلوب من الخدمات العامة بإزالة العراقيل والنمطية والروتين في آليات أداء الخدمة العامة والإستعانة بالحكومة الإلكترونية في تقليل البيروقراطية وتسريع إنجاز الأعمال وترصين التعاون بين القطاعين العام والخاص.

إن تسيير المرافق العامة بطريقة مباشرة أو عن طريق المؤسسة العامة أثبت عدم فعاليته نتيجة تركيزها على المردودية الإجتماعية على حساب المردودية الإقتصادية، وهذا الإتجاه كان ناتجاً عن السياسة الإشتراكية التي إنتهجتها الدولة العراقية أبان الحكم الجمهوري قبل عام ٢٠٠٣ حيث توسع تدخل الدولة في كل مناحي الحياة، من أجل إشباع الحاجات العامة، فلم يجد القطاع الخاص دوراً يذكر في هذا النشاط .وفي ظل الاقتصاد الحر والسوق المفتوحة الذي إنتهجه إقليم كوردستان في طور العراق الجديد تراجع دور القطاع العام فيه، فبات القطاع الخاص شريكا رئيسيا للإدارة في تقديمها للخدمات العامة وتلبية حاجات الجمهور، الأمر الذي يدعو إلى إعادة النظر في مفهوم المرفق العام وتبني المفهوم المادي مع الأخذ في الحسبان دور القطاع الخاص في القيام بتوفير الخدمات وتلبية الإحتياجات وضمان إستمراريتهما.

ثانياً: أهمية الموضوع:

رغم توالي تدخل القطاع الخاص في إدارة المرفق العام في الإقليم وبأشكال عدة تحددها الجهة الإدارية نفسها عن طريق العقود التي تبرمها مع المتعاقد تدخل غالبيتها في قالب عقود تفويض المرفق العام، إلا أن المشرع تدخل لكن تدخله كان يشوبه القصور والنقص بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١لسنة ٢٠١٦ الأمر الذي أدى الى أن يكون الواقع الاداري لهذه العقود متسمة بتناقضات ونواقص ولدت معطيات مجافية للصالح العام، مما يعطي هذا الواقع أهمية نسبية للبحث في الموضوع.

كما تبرز أهمية هذا الموضوع أيضا في الإقليم بعد فترة انحسار الموارد المالية للحكومة نتيجة عدم إرسال الحكومة العراقية حصة الإقليم من الموازنة العامة وكذلك تذبذب أسعار النفط شريان إقتصاد الإقليم، هذا ما دفع بحكومة الإقليم الى تبني سياسة الإستثمار في المرافق العامة بنقل مسؤولية تسييرها أو حتى إنشائها للقطاع الخاص للتخلص أو تخفيف العجز المالي.

ثالثاً: إشكالية الموضوع:

تتمحور الإشكالية حول ما يلي:

إدارة المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص كأسلوب حديث في تسيير المرافق العامة ومدى فعالية المنظومة القانونية الضابطة لهذا الأسلوب في إقليم كوردستان / العراق، ويرتبط بذلك كيفية إدارة المرافق العامة .

أما الإشكالية الأهم لموضوع دراستنا، فإنها تتمثل في تقييم واقع العقود الادارية المبرمة بين جهات إدارية وشركات أو أشخاص بخصوص إدارة وإعادة ترتيب وتشغيل بعض المرافق العامة في الإقليم يقتضي ذلك الوقوف على تكييف هذه العقود وتحديد طبيعتها ومن ثم مشروعية إبرامها وتوافقها مع القواعد القانونية التي تحكمها من عدمه بدءاً من نصوص الدستور وانتهاء بنصوص اللوائح والتعليمات الصادرة من المشرع الفرعي.

رابعاً: اهداف موضوع البحث:

١- دراسة مختلف الأحكام والنصوص التي تنظم كيفية إدارة القطاع الخاص للدوائر ومؤسسات القطاع العام للتوصل الى منطقة توازن تتوسط علاقة الإدارة والقطاع الخاص بما تضمن تقديم الخدمات العامة بأفضل صورها والحفاظ على سلطة الإدارة في رقابة كيفية تقديمها والمقابل المالي الذي يستحصله من الجمهور بصيغة رسوم خدمة للحيلولة دون تحقيق الأخير أرباحاً طائلة على حساب الجمهور والإدارة العامة في نفس الوقت، وهذا ما نتعرض له من خلال التطرق الى الاساليب الذي يتبعها القطاع الخاص.

إلا أنه لا بد من تجسيد محتواه في الواقع العملي من خلال دراسة مختلف العقود المبرمة من قبل الجهات الإدارية المعنية بهذا الخصوص وتوضيح فحوى بنودها، وصولاً الى تحديد ملامح الإطار القانوني الأمثل لكيفية إدارة المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص وتفريده بالإقليم في إطار العراق الفدرالي.

٢- بيان المردود الإيجابي لكيفية إدارة المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص بأساليب تفويض المرفق العام بما يضمن توفير نظام قانوني متلائم مع التطورات الحاصلة في طرق إنشاء وإدارة المرافق العامة لمواكبة المتغيرات الاقتصادية والإجتماعية والتقنية وغيرها.

٣- معالجة النواقص التي تكتنف الموضوع من الناحية التشريعية ومن ثم تقييم المقررات القضائية لعقود إدارة المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص وهل ان الواقع يقتضي إصدار قانون مستقل لهذه الإدارة الى جانب النصوص القانونية الموجودة والنافذة في الوقت الحاضر.

خامسا: منهجية البحث:

طبيعة موضوع البحث تقتضي منا إستخدام المنهج الإستقرائي التحليلي وذلك بتأصيل كل النصوص التشريعية اينما وجدت، والأحكام القضائية فضلا عن بنود العقود المبرمة بين الإدارة والقطاع الخاص حول إدارة دوائر ومؤسسات الإقليم. كما قد يعتمد المنهج المقارن الى حد ما بمقارنة الوضع لدينا بنظيرته في دول أخرى بحسب نظمها القانونية وبلأخص فرنسا التي قطعت أشواطا كبيرة في هذا المجال.

سادسا: خطة البحث:

سيتم تقسيم هذا البحث على مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية القطاع الخاص ومميزاته، ونقسمه الى مطلبين، نبحث في المطلب الأول عن التعريف بالقطاع الخاص ومشتملاته، بينما نبحث في المطلب الثاني عن مميزات القطاع الخاص. أما في المبحث الثاني فنتناول الأساليب القانونية للقطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، ونقسمه الى مطلبين، نبحث في المطلب الأول عن العقود كوسيلة لإدارة المرافق العامة، ونقسمه الى فرعين، نكتب في الأول عن العقود التقليدية لإدارة المرفق العام، وفي الثاني عن العقود المستحدثة في إدارة المرفق العام. في حين نبحث في المطلب الثاني عن نظرة تقييمية لبعض عقود إدارة المرفق العام في إقليم كوردستان العراق وندرسه من خلال فرعين، الإول نخصصه لكيفية تطبيق عقود قطاع الخاص مع دوائر ومؤسسات الإقليم، والثاني نفرده لملاحظاتنا حول عقد جمع ونقل نفايات مدينة أربيل رقم ٥٥ لسنة٢٠٢١.

المبحث الاول
ماهية القطاع الخاص ومميزاته

توضيح معنى القطاع الخاص وبيان ماهيته من خلال الخوض في غماره ثم معرفة المميزات التي يمتاز بها، وعلى اساس ذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين أثنين، نتناول في الاول التعريف بالقطاع الخاص ومشتملاته، اما المطلب الثاني سيكون لدراسة مميزات القطاع الخاص من حيث ما يمتاز به من خصائص عامة وأخرى خاصة وعلى التوالي.

المطلب الاول
تعريف القطاع الخاص ومشتملاته

يقتضي البحث في تعريف القطاع الخاص تحديد المفهوم القانوني لهذا المصطلح وذلك من خلال الإسهاب في شرح مدلول القطاع الخاص. ومن ثم التحول للوقوف على مشتملات هذا القطاع من خلال هذين الفرعين:

الفرع الأول
مفهوم القطاع الخاص

لأجل الوقوف على مفهوم القطاع الخاص يقتضي الامر الرجوع الى العلوم المساندة لعلم القانون ومنها علم الاقتصاد والاستعانة به وصولاً الى تعريف القطاع الخاص في علم القانون، لأن الباحثين والكتاب في علم القانون لم يتطرقوا الى وضع تعريف للقطاع الخاص بل ان اول استخدام لمصطلح القطاع الخاص كان في المجال الاقتصادي، عليه فقد عرف القطاع الخاص بأنه (جزء من الاقتصاد الوطني الذي تديره او تملكه شركات الاشخاص، شركات الاموال والافراد) [١]، كما عُرف بأنه (هو ذلك الجزء من الاقتصاد الوطني الذي تملكه وتديره الافراد او الشركات او الاشخاص او الشركات المساهمة)، وعرف ايضاً بأنه (هو ذلك الجزء من النشاط الاقتصادي الذي لا يخضع مباشرة للإدارة الحكومية بل يشمل الانشطة التي يقوم بها الافراد والمنظمات والشركات ويعني بالإنجليزية Private Sector) ، كما عُرف القطاع الخاص ايضاً بأنه(ذلك الجزء من النشاط الاقتصادي الذي لا يخضع مباشرة للإدارة الحكومية، وبالإضافة الى النشاطات الاقتصادية التي تقوم بها المشروعات الخاصة، كما يشتمل كذلك القطاع الخاص النشاطات الاقتصادية التي يقوم بها الافراد والمنظمات والتي تهدف الى تحقيق الربح وهي نشاطات تسمى احياناً بالقطاع الشخصي)[٢]، وعُرف ايضاً بأنه (مجموعة كبيرة من المؤسسات والشركات التي يمتلكها افراد او عائلات او مجموعة محددة من الاشخاص)[٣] وهناك من يعرف القطاع الخاص على انه (النشاط الاقتصادي الذي يهدف الى الربح ولا يخضع الى تمويل من الدولة، ولا يؤول ارباحه الى الخزينة باستثناء الجزء الخاضع للضريبة)[٤].

نلاحظ أن كل هذه التعاريف قد ركزت على الجانب الإقتصادي للقطاع الخاص، وأجمعت على عدم ارتباط هذا القطاع عضوياً بالدولة، فعائدية هذا القطاع تكون للأشخاص إما الطبيعية او المعنوية فضلاً على اتفاق التعاريف على الشكل الذي يظهر فيه إما افراد او شركات بكافة اشكالها، لذا يمكن تعريف القطاع الخاص بأنه (مجموعة من الاشخاص الطبيعية والمعنوية التي لا ترتبط بعلاقة التبعية او العائدية للدولة ولا يخضع لسيطرتها في إدارته لنشاطه ويكون له الحق في الدخول بعلاقات قانونية مع الادارة بصيغة التعاقد ليتولى بدلاً عنها تسيير المرافق العامة للدولة وتقديم الخدمات للجمهور بكل انواعها في ظل نظام قانوني معين).

١() مسعود سميح: الموسوعة الاقتصادية، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت- لبنان،١٩٧٧، ص١٢٦.
٢() احمد زكي بدوي: معجم المصطلحات للعلوم الاجتماعية (انجليزي- فرنسي-عربي)، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان،١٩٧٧، ص٣٧٠.
٣() احمد طحيطر سلمان مبارك المشاقبة: دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي في ضوء برامج التكييف الهيكلي في اقطار عربية مختارة، اطروحة دكتوراه، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة الموصل، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص٣٠.
٤() عباس النصراوي و آخرون: القطاع العام والخاص في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت- لبنان، ١٩٩٠، ص١١٨.

الفرع الثاني
مشتملات القطاع الخاص

اي ما يتضمنه القطاع الخاص من أشخاص سواء كان طبيعيا او معنويا أو جهات أخرى يحددها القانون يكون بإمكانها إجراء مختلف التصرفات القانونية وبمختلف صورها، والذي يكون بإمكانه التعاقد مع جهة الإدارة في سبيل إنشاء وتسيير المرفق هو إما ان تكون الإدارة نفسها بفروعها الأخرى لتتولى تقديم خدمة معينة للأفراد بدلاً من الإدارة صاحبة الأختصاص الأصيل فترتبط مع الدولة وهي الإدارة الكبرى بعلاقة العائدية فتعمل بنفسها ولكن لمصلحة الإدارة التي ترتبط بها والربح الذي يتحقق يعدُ إيراداً للادارة، أما الطرف الثاني فهو لا يرتبط بعلاقة العائدية لأية جهة إدارية ويدخل مع الإدارة بعلاقات قانونية فتعمل بنفسه ولمصلحته الشخصية والأرباح والعوائد المتأتية من أعماله تعد أرباحاً له وهذا الطرف تحديداً هو ما يعرف بالقطاع الخاص، إلا أن الشكل القانوني للقطاع الخاص يختلف \بحسب طبيعته ما بين الشخص الطبيعي الذي يقصد به الإنسان الفرد أو الشخص المعنوي وهذا الأخير لا يتصور ظهوره الإ في صورة حددها المشرع فيظهر في صورة شركة تخضع لقانون ينظم ظهورها في الواقع الحقيقي والقانوني وهو قانون الشركات(١).

وعلى الرغم من أن دخول الشخص الطبيعي بنفسه في عقود تفويض المرفق العام يكاد يكون منعدماً في الوقت الراهن لاهمية المرافق العامة وضخامة حجمها خاصة ما يكون منها محلاً للإستغلال، فدعت هذه الضرورة لأن يزاولها جماعات الأشخاص في شكل شركة لما تتسم به المرافق العامة من سعة وتنوع لا يقوى الفرد العادي على مواجهتها أو النهوض بأعبائها، لما تتطلبه من مجهودات عظيمة ورؤوس اموال ضخمة، لذا فقد تظافر الأشخاص معاً لتوحيد جهودهم وأموالهم ليتسنى لهم القيام بالمشروعات التي يعجز الفرد وحده عن القيام بها، خاصة بعد تطور دور الإدارة فتحقق الإستقرار والدوام لهذه المشروعات في ظل تقلبات الأسواق المنافسة وغير ذلك من الظروف التي قد تواجه الأفراد، فالشركة شخص قانوني مستقل عن اشخاص مكونيها تتمتع بكيان ذاتي وذمة مالية مستقلة، هذا الشخص القانوني لا يهددهُ الموت الذي يضع نهاية حتمية لحياة الفرد وبوصفه أحد أطراف القطاع الخاص، فتستمر الشركة بعد وفاة مؤسسيها مما يضمن إستمرار نشاطها وما إلتزمت به من علاقات قانونية من ضمنها إمتياز المرفق العام، فضلا عن أن تمتعها بذمة مالية مستقلة يُمكن من تحديد مسؤوليتها وتفادي مخاطر الفرد المسؤولية كاملة (٢).

ويتولى القطاع الخاص عقد التفويض الذي يرد حصراً على المرافق الإقتصادية، التجارية و الصناعية في جانبين، الأول جانب الخدمات العامة كالإمتيازات الخاصة بالكهرباء والإتصالات والصحة والنقل وغيرها وتنحصر العلاقة بين الإدارة والقطاع الخاص الملتزم مع الإدارة والمنتفع من المرفق العام، والجانب الثاني الذي يتناول الثروات الطبيعية غير الخدمية وتنحصر فيها العلاقة بين الإدارة و القطاع الخاص، منها الإمتيازات الخاصة بالنفط والتنقيب عن المعادن والثروات الطبيعية الأخرى(٣).

فالشخص المعنوي بوصفه أحد أطراف القطاع الخاص وإن كان يتألف من أشخاص طبيعية إلا أنهم لا يُقصدون لذواتهم، بل يجوز أن يخرجوا ليحل محلهم آخرون وهكذا يكون الشخص المعنوي ثابتاً في شخصيته متغيراً عن الافراد الذين يتألف منهم وتجمع بينهم مصلحة مشتركة مستقرة يسعون إليها بمجموعهم(٤).

---

(١) المادة (١،١) الفقرة (ض) من الامتياز رقم (٥٥) مشروع جمع ونقل مخلفات النفايات (الازبال) للمنطقة الثالثة لمدينة أربيل نصت على أنه (مقدم الخدمة: هو شخص أو هيئة إعتبارية والذي كانت سلطة التعاقد قد قبلت عطاؤه لتوفير الخدمات).

(٢) ينظر د. يسرية عبد الجليل: الوسيط في قانون الشركات البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر، مملكة البحرين، ٢٠١٨، ص ص ٤٦٣ – ٤٦٤.

(٣) ينظر نكتل إبراهيم عبدالرحمن احمد الطائي: عقد إمتياز المرفق العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص ٢٠.

(٤) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري: علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، ١٩٣٦م-١٣٥٤هـ، ص٢٠١.

وقد وضع المشرع العراقي شكل قانوني للشخص المعنوي ليظهر به في القطاع الخاص في مواجهة الإدارة، حددت نصوص هذا القانون وعلى سبيل الحصر لا المثال هذه الأشكال وهي (الشركة المساهمة، الشركة المحدودة، الشركة التضامنية، الشركة البسيطة، شركة المشروع الفردي) [١].

القطاع الخاص في حقيقته وفي آله ومآلهِ أفراد أو شركات للقيام بالمشروعات الكبرى التي لايقوى عليها في الغالب رأس المال الفردي، ويكمن السر في ذلك أنها تجميع وتركيز للجهد والمال وقيامها على مبدأ التعاون فيما لا يقدر عليها الشخص، يقدر عليه عدد من الأشخاص فضلا عن مبدأ تحقيق الربح الذي يجعل من نشاط القطاع الخاص على قدر كبير من الجودة لوجود عنصر التنافس، فكثير من الأشخاص يملكون أموال دون الخبرة أو القدرة على توظيفها أو لديهم القدرة والخبرة دون وجود أموال فتركيز الأموال والجهد في شكل قانوني معين يكون ذا مردود كبير[٢].

فقد عرف المشرع العراقي الشركة بأنها (عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع إقتصادي بتقديم حصة من مال أو عمل لإقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة)[٣].

فعقد تفويض المرفق العام يتمثل به الرابطة التعاقدية بصورتها المثلى والتي تربط بين الإدارة والقطاع الخاص بموجبه تعهد الدولة لأحد أشخاص القانون الخاص فرداً أو شركة كصاحب التفويض بإدارة احد المرافق الاقتصادية وإستغلاله على مسؤولية ونفقته الخاصة لقاء رسوم يتقاضاها من المنتفعين والتي تمثل ربحاً له، وتقرر الإدارة اللجوء لهذا التفويض وفق ما تقتضيه المصلحة العامة وبما يضمن دوام سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد[٤].

إذاً فالقطاع الخاص كجهة تدخل مع الإدارة في تصرفات قانونية له طرفان، إما يكون شخص طبيعي أو شخص معنوي يتخذ أشكال محددة بحسب نوعه المبين في القانون يربط ما بين هذه الأشكال عامل مشترك أما أن يكون الإعتبار المالي أو الإعتبار الشخصي بين الشركاء فيه، فيكون شركات أموال أو شركات اشخاص.

أولاً: شركات الأموال

تقوم هذه الشركات على الإعتبار المالي فيكون لهذا الإعتبار فيها المقام الأول وهي:

١.الشركة المساهمة

وهي (شركة تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن خمسة يكتتب فيها المساهمون بأسهم في إكتتاب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الإسمية للأسهم التي إكتتبوا بها)[٥].

هذه الشركة هي الشكل الأمثل للقطاع الخاص الذي ينهض بالمشروعات الكبرى والتي تحتاج عادة الى رؤوس أموال كبيرة ولهذه الشركة قدرة خاصة على تجميع مثل هذه الأموال تكمن هذه القدرة في توزيع رأس المال الى أسهم كذلك الخصائص الذاتية للسهم حيث تكون قيمته الإسمية قليلة وهي قابلة للتداول و تحدد مسؤولية المساهم بمقدار الأسهم التي يملكها، ويعزى لهذا السبب توليها المشروعات الكبرى التي لا يقوى على النهوض بها رأس المال الفردي، فهي نظام قانوني رغم أن قانون الشركات أوجب على المؤسسين إعداد عقد للحصول على شهادة التأسيس، إلا أن هذا العقد لا ينظم بينهم وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إنما حدد المشرع بيانات يجب أن ينظمها العقد[٦].

٢.الشركة المحدودة

---

(١) المادة (٦) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤، كذلك المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

(٢) ينظر كامل عبد الحسين البلداوي: الشركات التجارية في القانون العراقي، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٤١٠هـ-١٩٩٠م، ص١٣.

(٣) المادة (٤) الفقرة (اولاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٤) ينظر نكتل ابراهيم عبدالرحمن احمد الطائي، مصدر سابق، ص ٢٩١.

(٥) المادة (٦) الفقرة (اولاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٦) ينظر د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني : القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٤٦٠.

وهي شركة (لا يزيد عدد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في الشركة المختلطة أو الشركة المحدودة الخاصة عن خمسة وعشرون شخصاً، يساهم جميعهم في أسهمها ويتحملون مسؤولية ديونها بالقيمة الإسمية للأسهم التي ساهمو بها[١].

كانت الغاية من إيجاد هذه الشركة للمساهمة في المشروعات كأحد أشكال القطاع الخاص، وإيجاد نوع جديد من الشركات أقل تعقيدا من الشركة المساهمة وفي ذات الوقت تكون مسؤولية المساهم فيها محدودة بمقدار القيمة الإسمية للأسهم التي يملكها فهي من شركات الأموال إستناداً للنص التشريعي وتقسيم رأس مالها الى اسهم وتحديد مسؤولية الشريك فيها[٢].

ثانياً: شركات الأشخاص

وتقوم هذه الشركات على الإعتبار الشخصي، أي على الثقة المتبادلة بين الشركاء وهي:

١. الشركة التضامنية

تعد الشركة التضامنية من أكثر أنواع شركات القطاع الخاص إنتشاراً، والنموذج الأمثل لشركات القطاع الخاص القائمة على الإعتبار الشخصي ومجال نشاطها الرحب هو المشروعات ذات النشاط الاقتصادي المتوسطة وبسبب الإعتبار الشخصي الذي يعد الأساس الذي تقوم عليه فهي لا تصلح كإطار قانوني للمشروعات الإقتصادية الكبيرة والتي تتطلب رؤوس أموال كبيرة ولا تقيم دوراً للإعتبار الشخصي فيها، حيث تقوم على الإعتبار المالي فقط[٣]، فهي شركة تتألف من (عدد من الأشخاص الطبيعيين الذين يكونون شركة تضامنية، لاتقل عن شخصين ولا يزيد عددهم عن خمسة وعشرين شخصاً، يكون لكل منهم حصة في رأس مال الشركة، ويتحملون على وجه التضامن مسؤولية شخصية وغير محددة عن جميع إلتزامات الشركة)[٤].

إذاً يشترط القانون أن يكون الشركاء في هذا الشكل من أشكال القطاع الخاص من الأشخاص الطبيعيين فلا تصح مشاركة الأشخاص المعنوية فيها، فهي تقوم على الثقة المتبادلة بين أطرافها فهذه الثقة لا يمكن أن تقوم إلا بين الأشخاص الطبيعية ولا يمكن أن تتحقق مع شخص معنوي.

٢. الشركة البسيطة وهي شركة تتكون (من عدد من الشركاء لا يقل عن إثنين ولا يزيد على خمسة يقدمون حصصاً في رأس المال أو يقدم واحد أو أكثر عملا والآخرون مالاً)[٥]، وتنشا بموجب عقد تتوافر فيه جميع أركانه وشروطه ويوثق العقد في الكاتب العدل وتودع نسخة منه لدى مسجل الشركات وإلا كان العقد باطلاً، وهذه الإجراءات البسيطة السبب في تسميتها بالشركة البسيطة[٦].

٣-المشروع الفردي (شركة الشخص الواحد)

المشرع العراقي وفي محضر تعريفه للشركة جاء بالقول (ثانياً - إستثناءً من أحكام البند أولاً من هذه المادة: ١. يجوز أن تتكون الشركة من شخص طبيعي واحد وفق أحكام هذا القانون، ويشار لمثل هذه الشركة في ما بعد بـ(المشروع الفردي)) وكان قصد المشرع من إيراد هذه المادة، إنما هو إقرار بجواز قدرة الإرادة المنفردة على تأسيس شركة من شخص واحد فعرفها بأنها (شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكاً للحصة الواحدة فيها ومسؤولاً مسؤولية شخصية وغير محددة عن جميع إلتزامات الشركة)، فهي اذاً إحدى أنواع الشركات المحدد شكلها والتي تؤسس بعمل إرادي من قبل

---

(١) المادة (٦) الفقرة (ثانياً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.
(٢) ينظر كامل عبد الحسين البلداوي، مصدر سابق، ص ص ٢٠١-٢٠٢.
(٣) ينظر د. يسرية عبد الجليل، مصدر سابق، ص٧٣، كذلك ينظر د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني، مصدر سابق، ص٣٥٥.
(٤) المادة (٦) الفقرة (ثالثاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.
(٥) المادة (١٨١) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.
(٦) ينظر د. لطيف جبر كوماني: الشركات التجارية، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص١٢٠.

شخص طبيعي واحد يسمى بالشريك الوحيد يخصص جزءاً من امواله لممارسة نشاط إقتصادي مشروع وتكون مسؤوليته عن التزامات الشركة مسؤولية شخصية وغير محددة[١].

المطلب الثاني
مميزات القطاع الخاص

يقتضي أمر دراسة مميزات القطاع الخاص ضمن مضمونه وتعريفه القانوني المضي قدماً في بيان هذه الخصائص فضلاً عن التعمق فيما تتضمنه كل ميزة من هذه المميزات، عليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين أثنين، يتناول الاول المميزات العامة التي يمتاز بها القطاع الخاص، وندرس في الثاني المميزات الخاصة للقطاع الخاص وكما يلي:

الفرع الاول
المميزات العامة للقطاع الخاص

بعد أن توصلنا الى أن القطاع الخاص إما أن يكون شخص طبيعي أو معنوي لا يرتبط برابطة العائدية والتبعية للإدارة، كان ولا بد من بحث خصائص كل منهما، وحيث أن مشرع القانون المدني قد حدد أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تبدأ بمجرد ولادته حياً[٢]، ومن المميزات المشتركة التي تنطبق على كل شخص طبيعي هي كالأتي:

أولاً: مميزات الشخص الطبيعي كطرف في القطاع الخاص

للشخص الطبيعي جملة من المميزات تلحق به من شأنها التأثير في حياته كونه منتمياً الى دولة معينة وهي:

١. الجنسية

هي علاقة ورابطة سياسية وقانونية وروحية بين الفرد والدولة التي يرتبط بها برابطة التبعية والولاء وتبرز أهميتها في التفرقة بين حامل الجنسية والاجنبي في تحديد مقدار الحقوق التي يتمتع بها الشخص والواجبات التي يتحملها، وهي قد تكون جنسية أصلية أي تثبت على أساس النسب أو ما يعرف بحق الدم للأب أو للأم من لحظة ميلاده فالدولة تمنحها الى أولاد رعاياها، أو عن طريق حق الإقليم وهي الجنسية التي يكتسبها كل من ولد فوق إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية والديه، كما قد تمنح الجنسية على أساس اجتماع الحقين معاً، وقد تكون الجنسية مكتسبة يحصل عليها الفرد باختياره بعد الميلاد[٣].

٢. الاسم

يتميز الشخص الطبيعي باسم خاص به ولقب يميزه عن غيره داخل المجتمع ويحول دون اختلاطه مع غيره، وينظم اكتساب هذا الاسم واللقب وتغييره تشريع خاص، فالاسم هو العلامة اللفظية التي تميز الشخص عن غيره من الأشخاص بما يمنع اشتباهه بهم، ويتميز الاسم بعدم قابليته للتصرف لأنه حق لصيق بالشخصية وليس حقاً مالياً، كما أنه غير قابل للسقوط بالتقادم ولو لم يستعمله صاحبه مدة طويلة ولا يكتسب من ينتحل اسم آخر حقاً عليه، وهو بهذا الوصف أيضاً غير قابل للتنازل[٤]، فضلاً عن الحماية القانونية للاسم من أي معارضة غير مبررة من استعمال الاسم وطلب وقف هذا التعرض حتى

---

(١) ينظر هيوا إبراهيم الحيدري: شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٠، ص١٧٣، كذلك المادة (٤) الفقرة (ثانياً) البند (١) و المادة (٦) الفقرة (رابعاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٣) ينظر الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والأستاذ زهير البشير: المدخل لدراسة القانون، طبعة جديدة ومنقحة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص ص ٢٨٧-٢٨٨، كذلك المادة (٣) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٤) ينظر د. محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٨، ص٣٢٥، كذلك ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص١٨٦.

لو لم يترتب ضرر مع المطالبة بالتعويض عن الاضرار المادية أو المعنوية التي لحقت بالشخص جراء منازعته باسمه أو انتحال هذا الاسم(١).

٣. الموطن

موطن الشخص الطبيعي هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة بحيث يعتبر موجوداً فيه على وجه الدوام وإن تغيب عنه بصورة مؤقتة، ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد ويعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو حرفته موطناً له بالنسبة الى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه الحرفة والتجارة وما يرتبط به من علاقات قانونية لإدارة أعماله(٢)، فهو المقر القانوني للشخص ومكان تواجده في العادة ولا يشترط في الشخص لثبوت الموطن أن يحمل جنسية هذا المكان لكي يعد موطناً له، كما لا يُشتَرط تواجده فيه دائما بل يمكن أن يتغيب عنه مؤقتاً دون أن يؤثر على وصفه القانوني، فالشخص الطبيعي بوصفه أحد أطراف القطاع الخاص قد يكون أجنبياً بالنسبة للدولة التي يتولى فيها إدارة وتسيير مرفق عام من مرافقها أو عمل تجاري فيها، فمكان وجود المرفق يكون موطناً له تتحدد فيه التبليغات القضائية للشخص الطبيعي كذلك يتحدد القانون الذي يخضع له وتخضع له تصرفاته القانونية والقضاء المختص بنظر الدعاوى التي يكون هذا الشخص طرفاً فيها(٣).

٤. الأهلية بنوعيها أهلية الوجوب واهلية الأداء.

ثانياً: مميزات الشخص المعنوي كطرف في القطاع الخاص

لما كان أحد طرفي القطاع الخاص شخص معنوي يظهر في صورة شركة تتولى بنشاطها إدارة مرفق عام في الدولة فلهذا الشخص المعنوي جملة من مميزات وخصائص عامة مشتركة تجمع بين جميع أنواع الشركات التي تعد جزءً من القطاع الخاص وهذه المميزات هي:

١. الشركة عقد

بدأ المشرع في تعريفه للشركة في المادة الرابعة الفقرة الاولى من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤ بعبارة الشركة عقد وهي كأي عقد آخر يتطلب أركاناً معينة لانعقاده من رضا ومحل وسبب وما يلحق هذه الأركان من شروط، إلا أن ما يميز عقد الشركة عن غيره من العقود اولاً ضرورة الكتابة، فهو من العقود الشكلية ويفهم ذلك من ضرورة تقديم طلب الى المسجل ويرفق به عقد الشركة، كذلك توثيق العقد أمام الكاتب العدل وإيداع نسخة منه لدى المسجل في الشركة البسيطة فلا يمكن تكوين شركة والحصول على إجازة تأسيسها بغير عقد مكتوب(٤).

كما أنه عقد مستمر فلا يمكن أن تنشأ الشركة وتزاول نشاطها وتنتهي في وقت واحد فضلاً عن أنه يمكن تعديل العقد بإرادة البعض من أطرافه فيكون للأغلبية تعديله.

٢. تعدد الشركاء

الشخص المعنوي (الشركة) أداة لتجميع رؤوس الأموال وضخها في مشروع اقتصادي لا يستطيع الشخص الواحد القيام به في الغالب، فهي اتفاق شخصين أو أكثر على توحيد مساعيهم وأموالهم من أجل الحصول على ربح فالحد الأدنى للشركاء هو إثنان عدا الشركة المساهمة لا يقل عددهم عن خمسة،

---

(١) ينظر الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والأستاذ زهير البشير، مصدر سابق، ص٢٩١، كذلك المادة (٤١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

(٢) ينظر د. نبيل إبراهيم سعد: المدخل الى القانون (نظرية الحق)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٠، ص١٥٧، كذلك ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص١٨٨، كذلك المادة (٤٣) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

(٣) ينظر د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ص ٣٣٥- ٣٣٦، كذلك المواد (٤٢، ٤٤، ٤٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

(٤) ينظر د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص ٢٢، كذلك المادة (٤) الفقرة (اولاً) والمواد (١٧ الفقرة (اولا)، ١٨٢) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

وشرط التعدد شرط لازم طوال حياة الشركة ويستثنى بنص القانون من هذا الشرط حالة المشروع الفردي[١].

٣. تقديم حصة

لا يستطيع الشخص المعنوي المنُشأ كشركة النهوض بنشاطه وما يرافقه من أعباء بغير رأس مال يكفي لمواجهة هذه الأعباء خاصة بالنسبة للمشاريع الضخمة التي تتطلب هكذا رأس مال منها إمتياز المرفق العام، ويتكون رأس المال من مجموع الحصص المقدمة من الشركاء وصورتها الغالبة نقدية، أو قابلة للتقدير بالنقد أو من مجموع الأموال العائدة من الاكتتاب في أسهم الشركة[٢].

٤. اقتسام الربح والخسارة

يسعى الشركاء في الشخص المعنوي للحصول على الربح الذي هو كل كسب مالي أو مادي يضاف الى ثروة الشركاء إلا أن هذه الرغبة قد تتحقق أو قد يؤول مسعاهم الى الخسارة وفي الحالتين عليهم المساهمة في الربح والخسارة، فهذا العقد يتضمن تعاوناً واعياً إيجابياً متكافئاً يضمن كل شريك حق الرقابة والإشراف والاشتراك في المشروع الذي يعهد للشركة إدارته أو القيام به أو لاستغلاله سعياً للربح[٣].

٥. اكتساب الشخصية المعنوية

نشوء أي شركة استنادا لقانون الشركات يعني ظهور كائن قانوني له استقلاله المالي والإداري عن الشركاء فيه يتمتع بشخصية اعتبارية تطورية يكتسب بموجبها الحقوق وتفرض عليه واجبات تشابه الى حد كبير الشخص الطبيعي إلا ما كان منها ملازماً لصفة الشخص الطبيعي وينتج عن هذه الشخصية آثار قانونية تشابه الى حد كبير ولادة الفرد الطبيعي، فيؤدي هذا التصور الى استقلال الشخص المعنوي عن مؤسسيه لتكون له القدرة على الدخول في العلاقات القانونية والاقتصادية، فيقتضي أن يكون له اسم يميزه عن غيره، توقع به التصرفات القانونية التي تتم لحسابه يحدد فيه نوع الشخص المعنوي من الأنواع الخمسة المحددة ونشاطه وشروط أخرى، أما في شركات الأموال فيظهر اسم الشخص المعنوي باسم مبتكر ليعد إسماً تجارياً تتميز به عن غيرها وحتى إن تضمن في باقي الأنواع الاسم المدني لبعض الشركاء يعد عنصراً في الشركة ذو طابع مالي يجوز التصرف به[٤]، فضلاً عن تمتع الشخص المعنوي (الشركة) بالجنسية والتي تظهر فائدتها في الرقابة وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه وتمييز الشركة الوطنية عن الاجنبية للاستفادة من الحماية والحقوق التي تمنحها الدولة لرعاياها حيث تكتسب الشركة كشخص معنوي جنسية الدولة التي ظهرت للوجود بموجب قوانين[٥].

كذلك يكون له موطن حدده المشرع بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيس، حتى بالنسبة للشركات التي يكون مركز إدارتها في الخارج ويكون لها أعمال في العراق يعد مركز إدارتها بالنسبة للقانون العراقي المكان الذي فيه إدارة اعمالها في العراق.

فيكون العراق موطناً بالنسبة للمرافق العامة التي تتولى إدارتها وتسييرها في العراق حتى وإن كان مركز إدارتها الرئيس خارج العراق، وأهم ما يترتب على إنشاء الشخص المعنوي هو ظهور ذمة مالية مستقلة له عن الذمم المالية للأعضاء المكونين له من مؤسسين أو شركاء، فالشخص المعنوي لا يمكن

---

(١) ينظر د. أكرم ياملكي: الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج٢، ط٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢، ص١١، كذلك المادة (٦، ١٨١) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٢) ينظر كامل عبد الحسين البلداوي، مصدر سابق، ص٢٣.

(٣) ينظر د. هشام زوين ومحسن زوين واحمد اسحاق: الموسوعة العلمية في الشركات، المجلد الثاني، الكتاب الاول، مركز محمود للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٢، ص٢٧.

(٤) ينظر الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والأستاذ زهير البشير، مصدر سابق، ص٢٩٢، كذلك المادة (٤٨) الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ، كذلك المادة (١٣) الفقرة (أولاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤..

(٥) ينظر د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، مصدر سابق، ص٣٢٥، كذلك المادة (٢٣) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

له الإيفاء بالتزاماته والقيام بأنشطته كتولي إمتياز تسيير مرفق عام أو إبرام عقود بغير هذه الذمة المالية فتكون الشركة مسؤولة تجاه الغير عن التزاماتها وتشكل هذه الذمة المالية الضمان العام لدائنيها من إدارة وأفراد[١].

الفرع الثاني
المميزات الخاصة للقطاع الخاص

لما كان الشخص الطبيعي واحداً لا يضع القانون مميزات تميزه عن غيره في المجتمع استناداً للمبادئ الدستورية الثابتة والتي تقضي بالمساواة بين الأفراد دون تمييز لأي سبب، ليبقى الطرف الآخر من أطراف القطاع الخاص وهو الشخص المعنوي حيث ميز القانون كل شكل من أشكاله بمميزات انفرد بها عن غيره فهو كما يشترك بخصائص تجمع جميع أشكاله، إلا أنه لكل نوع مميزات لا تكون إلا فيه يستقل بها عن غيره، وترجع هذه المميزات في أساسها الى ما أشترطه المشرع فيه لقيامه كشخص معنوي وإعطائه وصف شركة تعد جزءً من القطاع الخاص، هذه الخصائص منها ما هو مقرر لشركات الأموال ينفرد كل نوع منها بما يميزها، ومنها ما هو مقرر لشركات الأشخاص يُميز كل نوع منها عن مثيلتها وهو ما سوف نتناوله بالشرح في نقطتين وكما يلي:

أولا: المميزات الخاصة لشركات الأموال

تتكون شركات الأموال من نوعي الشركة المساهمة والشركة المحدودة.

١: مميزات الشركة المساهمة

تعد هذه الشركة الأنموذج الأمثل للقطاع الخاص في الدولة والذي يدخل مع الإدارة في علاقات قانونية لتسيير وإدارة مرفق من المرافق العامة أو إبرام عقود مع الإدارة بل هي أهم جزء من الأجزاء المكونة للقطاع الخاص في صورته كشخص معنوي وقد أخذت هذه الشركة مكانتها هذه من خصائصها التي تتمثل بما يأتي:

-إنها من شركات الأموال، فهي تقوم على مقدار حجم رأس مالها وعلى السمعة المالية لها وقيمة أسهمها عند تداولها في الأسواق المالية، فلا اعتبار لشخصية مشتري الأسهم ولا يؤثر انسحابه من الشركة حيث يحل محله شخص آخر فالعبرة فيها ليس بانعدام الاعتبار الشخصي، بل تغليب العنصر المالي فيختفي دور الأشخاص وتتجسد فكرة الشخصية المعنوية المستقلة لتعد أداة تجميع الأموال للقيام بالمشروعات الضخمة فرأس المال الكبير والاعتماد على الاعتبار المالي يضمن لها الاستمرار في أداء دورها في الاقتصاد الوطني ويمكنها من تقديم أفضل أسلوب في إدارة المرافق العامة التي تمنح إدارتها إليها إمتيازاً[٢].

-يستمد اسم الشركة من نشاطها مع اسم مُبتكر، لغياب الاعتبار الشخصي فلا يجوز ان يتضمن اسم الشركة اسم أي شريك، لذا يكون اسم الشركة اسم مبُتكر مع إضافة دلالة على نشاط الشركة مع ذكر نوعها[٣].

-فكرة المنظمة في الشركة، نظراً لأن الشركة المساهمة تقوم بالمشروعات الكبرى التي لا يقوى على النهوض بها رأس المال الفردي، تدخل المشرع بقواعد قانونية آمره لتحقيق التوازن في حماية الاقتصاد الوطني فضلاً عن حماية المساهمين، فهي نظام قانوني حدد القانون البيانات الواجب تنظيمها في العقد المؤسس للشركة المساهمة كما حدد إدارة الشخص المعنوي الذي يتمخض عن العقد عن طريق أجهزة محددة وكيفية اتخاذ القرارات فيها على أساس ذلك فهي تشابه الدولة فتكون الهيئة العامة بمثابة السلطة التشريعية ومجلس الإدارة بمثابة السلطة التنفيذية يتولى تنفيذ قرارات الهيئة العامة ويسأل أمامها،

---

(٢) ينظر د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي: القانون التجاري (الاعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية)، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١١، ص٣٥٥.

(٣) ينظر كامل عبد الحسين البلداوي، مصدر سابق، ص١١٥، كذلك المادة (١٣) الفقرة (اولاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

وجهاز الرقابة المالية بمثابة السلطة القضائية ومن هنا تظهر أهميتها وخطورتها بقدراتها الكبيرة في تولي الأعمال لذلك يتدخل المشرع في الأحكام المنظمة لها فتظهر كنظام قانوني.

- المسؤولية المحدودة عن الديون، فلا يسال المساهم فيها عن ديون الشركة إلا بمقدار قيمة الأسهم التي يملكها مهما كانت خسارة الشركة، ولا يخسر سوى اسهمه التي اكتتب فيها دون أن تمتد المسؤولية الى أموالهِ خارج مساهمته في الشركة لأنه يعلم حدود مسؤوليته، في حين ان مسؤولية الشركة مطلقة بجميع أموالها، ويترتب على ذلك عدم اكتساب الشريك فيها صفة التاجر، كما ان إشهار إفلاسها لا يؤدي الى إفلاس الشركاء[١].

- يقسم رأس المال الى أجزاء صغيرة قابلة للتداول تسمى بالأسهم، وهذه الميزة مع ميزة محدودية المسؤولية هي التي تشجع الأفراد على المشاركة في الشركة المساهمة لعلمهم حدود المسؤولية عن الديون والالتزامات وإمكانية التخلي عن الأسهم والمسؤولية في أي وقت ولأي كان في سوق الأسهم في أي مرحلة تمر بها الشركة بعد الاكتتاب في أسهمها والذي يجيز القانون الاكتتاب فيها أو تداولها من الأشخاص الطبيعية او المعنوية [٢].

٢: مميزات الشركة المحدودة

تمتاز هذه الشركة كأحد أطراف القطاع الخاص عن غيرها بعدة خصائص ذات صلة بحقوق الشركاء فيها، خاصة ماله علاقة بمسؤولية الشريك، وسبب انتشار هذا النوع من الشركات في القطاع الخاص هو المسؤولية المحدودة للشركاء ومحدودية العدد لهم فيها، فتشجع المستثمرين على استثمار اموالهم فيها وتولي النشاط أيا كان نوعه بغير طريق الاستثمار في الشركة المساهمة ذات الإجراءات المعقدة، لأن مسؤولية الشركاء في الشركة المحدودة محدّدة بقدر حصصهم في رأسمال الشركة و بعيداً عن شركة التضامن ذات المسؤولية غير المحدودة، وتجتمع في هذه الشركة جملة من الخصائص تتمثل بما يلي:

-مبدأ المسؤولية المحدودة، وهو أهم ما يميزها فمسؤولية الشركاء فيها محدودة بمقدار الأسهم التي اكتتبوا بها، أي أن الضمان العام لدائني الشركة ومنهم الإدارة في الإمتياز يقتصر فقط على اموال الشركة ولا يمتد ليشمل أموال الشركاء الخاصة، وهذا التحديد للمسؤولية مبدأ مطلق سواء في علاقة الشركاء مع بعضهم البعض أو مع الإدارة والغير[٣].

-اسم الشركة المحدودة وعنوانها، يُستَمَد اسم الشركة المحدودة من نشاطها والغرض الذي أُنشئت لأجله او إضافة أي تسمية مقبولة مع ذكر نوعها، يُلحَق بها عبارة (ذات مسؤولية محدودة) فحكم الاسم فيها ذات الحكم لاسم الشركة المساهمة باستثناء العبارة الأخيرة، ومما لاشك فيه أن اتخاذ الشركة المحدودة كجانب من جوانب القطاع الخاص اسم يذكر فيه اسم شريك أو أكثر من شأنه الإضرار بالغير الذي يدخل في علاقات قانونية مع الشركة، إذ يعتقد هذا الأخير أنه أمام شركة يلتزم فيها الشركاء بكافة ديون الشركة حتى بالنسبة لأموالهم الخاصة خارج الشركة فيقبل التعامل معها ويوليها الثقة [٤].

- تعد الشركة المحدودة من شركات الأموال لما سبق بيانه من محدودية مسؤولية الشركاء فيها فضلاً عن تقسيم رأسمالها الى اسهم متساوية القيمة وغير قابلة للتجزئة كذلك غير قابلة للتداول بالطرق التجارية[٥]، ولهذا السبب لا يجيز المشرع اللبناني لهذه الشركة تولي مشاريع الضمان والاقتصاد والتوفير ومشاريع الإنشاء الضخمة والنقل الجوي المنظم والعمليات المصرفية وتوفير راس المال

---

(١) ينظر د. اكرم ياملكي، مصدر سابق، ص١١٦، كذلك المادة (٣٣) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٢) ينظر د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص١٣٩، كذلك المواد (٣٨، ٣٩ الفقرة (ثالثاً)، ٦٤) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٣) ينظر د. محمود الكيلاني: الموسوعة التجارية والمصرفية الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، المجلد الخامس، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ب ت، ص١٨٢، كذلك المادة (٦) الفقرة (ثالثاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٤) ينظر كامل عبد الحسين البلداوي، مصدر سابق، ص٢٠٢.

(٥) ينظر د. يسرية عبد الجليل، مصدر سابق، ص ٤٨٢، كذلك المادة (٢٩) الفقرة (اولاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

لحساب الغير، وقَصَرَ المشرع البحريني والكويتي هذه الأعمال والأنشطة على الشركات المساهمة وهدف هذا المنع هو حماية مصالح المتعاملين معها والمستثمرين، لأن هذه الأعمال تتضمن كثيرا من المخاطر التي يخشى معها إفلاس الشركة فتضيع أموال المستثمرين فيها بسبب تواضع رأسمال الشركة وبسبب المسؤولية المحدودة للشركاء عن التزاماتها[١].

ثانيا: المميزات الخاصة لشركات الأشخاص

يبرز في هذه الشركات الاعتبار الشخصي وهي التضامنية، البسيطة والمشروع الفردي

١: الشركة التضامنية

تعد الأنموذج الأمثل لشركات الأشخاص لانفرادها بكافة الخصائص المميزة لهذا النوع، وهي تقوم على أساس ما يتمتع به الشركاء من مكانة مالية وسمعة تجارية ولا تصلح كإطار قانوني إلا للمشروعات الاقتصادية ذات الحجم الصغير وتتمتع بالخصائص الآتية:

-اسم الشركة، يجب أن يتضمن نوع النشاط الذي تمارسه و فضلاً عن نوعها واسماء الشركاء أو أحدهم مع عبارة (وشركاءه) لإعلام الغير الذي يروم التعاقد بوجود شركاء غيره ليكون دليلاً للغير نحو الأشخاص موضع الائتمان، كما لا يصح ذكر اسم شخص أجنبي غير شريك فيها، فإن ذكر مثل هذا الاسم وكان المقصود من ذلك اقتناص ثقة الغير وخلق ائتمان وهمي للشركة أُعتبر الفعل من قبيل النصب، ولو أن المشرع في تعديل قانون الشركات لسنة ٢٠٠٤ عَدّل النص وبغير اشتراط ذكر أسماء الشركاء أو واحد منهم وهو اتجاه غير صحيح لأن الهدف من ذلك منح الثقة للغير لضمان حقوقه تجاه الشركة [٢].

-المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء، هذه المسؤولية هي مسؤولية قانونية لا اتفاقية، متعلقة بالنظام العام ويقع باطلاً كل شرط يحد منها، فلا يقتصر ضمان دائني الشركة على ذمتها المالية فقط وإنما يمتد هذا الضمان ليشمل ذمم الشركاء لأنهم مسؤولون مسؤولية شخصية و تضامنية عن ديونها، فمن حق دائني الشركة تتبع أموال الشركاء في ذمتهم الخاصة باعتبار أن ما يملكوه يُعد الضمان العام لهم وأساس هذه المسؤولية هي أن الشركة تقوم على الاعتبار الشخصي أي الثقة العالية والمتبادلة بين الشركاء تدفعهم للتعاون في مواجهة الأخطار التي تواجه الشركة فهم كفلاء للشركة في ديونها معنى ذلك انها هي المدين الأصلي لاستقلال ذمتها المالية ولا يجوز مطالبة الشركاء مباشرةً إلا بعد إنذار الشركة[٣].

-عدم جواز انتقال حصة الشريك الى الغير، الشركة التضامنية هي نموذج لشركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي فالأصل هو عدم قابلية حصة الشريك للتداول والانتقال وفي جواز تداول الحصة هدم لهذا الاعتبار القائم على الثقة المتبادلة بين الشركاء والقول بغير ذلك يعني إجبار الشركاء على قبول شخص أجنبي عنهم قد لا يحظى بنفس الثقة غير أن القاعدة هذه لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها وإقرار تداول الحصص فيها بشروط وقيود معينة[٤].

٢: المشروع الفردي

من تسميتها تتكون هذه الشركة من شخص طبيعي واحد هو صاحب المشروع الفردي وتقوم على الاعتبار الشخصي ايضاً فمكانة وسمعة صاحب المشروع المالية والتجارية المصدر الرئيس لائتمان الشركة ومسؤوليته مطلقة عن جميع التزامات المشروع ويجوز التنفيذ على أمواله دون حاجة لإنذار الشركة في حالة التنفيذ الجبري، وذلك هو سبب الشرط الأساس في ان من يستطيع إنشاء شركة مشروع

---

(١) ينظر د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي، مصدر سابق، ص٧٢٩.

(٢) ينظر هشام زوين ومحسن زوين و أحمد اسحاق، مصدر سابق، ص٣٣، كذلك المادة (١٣) الفقرة (أولا) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤ نصت على (أولاً- اسم الشركة المستمد من نشاطها، يذكر فيه نوعها مع إضافة كلمة مختلطة واسم احد أعضائها في الاقل إن كانت تضامنية او مشروعاً فردياً....)، وجاءت ذات المادة بعد التعديل لسنة ٢٠٠٤ بالنص (اولا: اسم الشركة ونوعها يضاف الى اسم الشركة كلمة مختلطة اذا كانت شركة من القطاع المختلط ويضاف لاسمها كذلك اي عناصر اخرى مقبولة).

(٣) ينظر د. محمود الكيلاني، مصدر سابق، ص ص ٢١٧- ٢١٨، كذلك المادة (٦) الفقرة (ثالثاً) والمواد (٣٥، ٣٧) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٤) ينظر د. يسرية عبد الجليل، مصدر سابق، ص٩٣، كذلك ينظر د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي، مصدر سابق، ص٣٧٨.

فردي لابد له من إكمال الثامنة عشر من العمر بغير عارض من عوارض الأهلية متمتعاً بالأهلية القانونية الكاملة[١].

٣: الشركة البسيطة

تعد هذه الشركة من شركات الأشخاص التي يغلب عليها الطابع الشخصي ويفهم ذلك من أن الشركاء فيها من الأشخاص الطبيعيين فقط، وكذلك عدم إمكانية نقل حصة الشريك فيها الى الغير إلا بموافقة الشركاء الآخرين، أيضاً من تقسيم رأس المال الى حصص وهي شركة لها القدرة على تولي النشاطات البسيطة من حيث الكفاءة المالية المطلوبة للشركة[٢].

نستنتج من كل ذلك الى أن مشاركة الشركات بكل صورها بوصفها شخص معنوي يمثل احد أطراف القطاع الخاص في اقتصاد الدولة لتتولى النشاطات الاقتصادية كلٌ بحسب قدرتها المالية، ويبدو انه وبحكم قاعدة القدرة المالية فإن القطاع الخاص المشارك في عقود تفويض المرفق العام و يتولى إدارة هذه المرافق وتسييرها هي الشركة المساهمة بدرجة أساسية فهي الأقدر على تولي هذه المهام.

---

(١) ينظر د. باسم محمد صالح و د. عدنان العزاوي: القانون التجاري (الشركات التجارية)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٩، ص١٠٦، كذلك ينظر كامل عبد الحسين البلداوي، مصدر سابق، ص٩٢، كذلك المادة (٢) الفقرة (رابعاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

(٢) ينظر د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص ١٢٥، كذلك ينظر د. باسم محمد صالح و عدنان العزاوي، مصدر سابق، ص ٩٩، كذلك المادة (١٨١) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

المبحث الثاني
الأساليب القانونية للقطاع الخاص في إدارة المرافق العامة

إن نظرية المرافق العامة وتطبيقاتها الجارية تمُثل أهم صور تدخل الدولة في حياة الأفراد، ولمَّا كانت حاجات الأفراد الجماعية هي الدافع لتدخل الدولة وهي أحد الواجبات الاساسية المفروضة عليها حيث لا يستطيع الافراد توفير هذه الحاجات لأنفسهم ولا الإستغناء عنها، وتواجه الدولة اثناء أدائها لها من عقبات إشباع هذه الحاجات والتسيير الأمثل لمرافقها من أجل تحقيق غاية الإشباع فيقوم القطاع الخاص بدور مزدوج لتجاوز هذه العقبات وذلك بتخفيف عبء تسيير المرافق من ناحية وتلبية الحاجات العامة من ناحية أخرى، الأمر الذي دفع الإدارة لإعتماد اساليب القطاع الخاص كآليات رئيسية في تسيير المرافق العامة.

من هنا كان لا بد من إخضاع المرافق العامة لنظام قانوني مُتخصص لإدارتها وتسييرها يتناسب وطبيعة الوظيفة المبتغاة من إنشاء المرافق وهنا تتداخل قواعد قانون الخاص مع قواعد القانون العام في تحقيق هذه الأغراض.

وللإحاطة بالموضوع سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، سيكون المطلب الاول لدراسة العقود كوسيلة لإدارة المرفق العام، اما المطلب الثاني فَيُخصص لبحث تقييم واقع عقود إدارة المرافق العامة في إقليم كوردستان.

المطلب الأول
العقود كوسيلة لإدارة المرافق العامة

أختلفت العقود المبرمة كوسيلة التي يتم اللجوء اليها في الوقت الحاضر بين الدولة وبين طرفا اخر عادة ما تكون في شكل شركة خاصة لإدارة بعض المرافق العامة ذات صبغة إقتصادية أو خدمية، ويبدو أن الطرق الغالبة لإدارة هذه المرافق لا تخرج عن صيغ معينة ندرجها تحت طائفتين، الأولى هي العقود التقليدية في إدارة المرافق العامة، والطائفة الثانية تتضمن العقود الحديثة في إدارة المرافق العامة، وسوف نتناول كل منهما تباعا في فرعين متتاليين.

الفرع الأول:
العقود التقليدية في إدارة المرافق العامة

سنكتب في نوعين من العقود التي تدخل ضمن الدارجة في مجال انشاء أو إدارة المرافق العامة وهي عقد التزام المرفق العام وعقد المعاونة في إدارة المرفق.

أولا: عقد إلتزام المرفق العام: يُعد الإمتياز من أقدم الوسائل غير المباشرة في إدارة المرافق[١]، لعامة وأهمها، تلجأ اليه الدول من أجل تسيير مرافقها العامة وهو من إفرازات التطور في المجتمع في جميع مجالات الحياة، اوقد تبنى مشرع القانون المدني العراقي تعريف الإلتزام وتنظيمه في المواد(٨٩١-٨٩٩) بانه (عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد او شركة يعهد اليها استغلال مرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون، والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائِهِ لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية او ملتزماً. ويتميز هذا الاسلوب في ادارة المرافق العامة بعدة خصائص يمكن اجمالها بما يأتي:

١. لإلتزام المرفق العام تفسيران في توصيفه القانوني، أي أن النظر لهذا النظام لايكون من ناحية واحدة بل من ناحيتين الاولى تتمثل بالجانب الشكلي فيكون في توصيفه القانوني بموجبها عقداً من العقود المسماة بموجب نص القانون المدني في المادة (٨٩١) طرفيه الإدارة والجهة التي ترغب بالحصول على الإلتزام فهو عقد إداري لان أحد طرفيهِ وبشكل دائم شخص عام فضلاً عن تمتع الإدارة بسلطة استثنائية فيه و وجود شروط غير مألوفة في القانون الخاص بالرغم من ان القانون المدني بَينَ احكام

---

(١) المادة (٨٩١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

التزام المرافق العامة بشكل مجمل[١]، بيدَ أن الإلتزام من حيث المضمون هو اسلوب لادارة المرافق العامة وإنشائها من قبل اطراف غير الإدارة التي يفترض بها تولي هذه المهمة، هدفها الإستفادة من سرعة وجودة خدمات الجهة التي تتولى الإلتزام ورفع الاعباء المالية المترتبة على الإنشاء والإدارة عن كاهل الدولة ونقلها الى الجهات القائمة بالإنشاء والإدارة.

٢. مدة الإلتزام محددة وطويلة نسبياً فيلتزم صاحب الإلتزام بإدارة المرفق العام لمدة محددة فهو ليس إلتزام أبدي وليس تنازلا عن المرفق العام إنما مجرد طريقة لتسييره ولكن يراعى في تحديد المدة الطويلة أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع من إنشاء وادارة والسماح للملتزم بقدر معقول من الربح فكانت المدة تمنح لـ (٩٩) سنة أما في التشريعات الحديثة عملت على تحديد مدة الإلتزام بما لا يتجاوز ثلاثون سنة[٢].

٣. ملتزم المرفق العام بطريق الإلتزام يتولى تسييره متقيداً بجميع المبادئ والضوابط التي تحكم المرافق العامة بما فيها المالية ومنها ايضاً مبدأ المساواة بين المنتفعين من المرفق العام وحق الإدارة في التدخل وغيرها من المبادئ[٣]. غير أن الفقرة(١-ثانيا-ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكوميةرقم ١ لسنة ٢٠١٤ النافذ في العراق قد استبعدت العقود التي تحال على الشركات العامة من من أن تخضع لنصوص هذه التعليمات، بمعنى أن هذه الشركات لا تتنافس للحصول على أي عقد تفويض مرفق عام بعكس الشركات الخاصة، وهذا مخالف لمباديء الدستور كمبدأ تكافؤ الفرص والمساوات في الحقوق وتحمل الأعباء العامة ولاتخدم مبدأ تشجيع الإستثمار ودعم القطاع الخاص، فضلا عن مجافاتها للعدالة.

٤. موضوع الإلتزام في إدارة وتسيير مرفق عام، يتحمل الملتزم فيه نفقات التسيير ويضمن له سيراً منتظماً ومطرداً فضلاً عن تحمله الأخطار المالية للمرفق نظير رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق العام وبالمقابل تلتزم الإدارة بإعادة التوازن المالي للإلتزام عند إختلاله لان المرفق يبقى على الرغم من ادارته من جهة غير الدولة محتفظاً بصفته كمرفق عام[٤].

٥. الإلتزام تفويض قانوني فلا يمنح إلا بقانون او بناء على قانون لا يصدر إلا من السلطة التي تملك إصداره والا كان عُرضةً للابطال بسبب تجاوز حدود السلطة.

اما الطبيعة القانونية لعقد التزام المرفق العام، فقد كان ولا يزال محل خلاف فقهي فهناك عدة إتجاهات حولها:

١-: الاتجاه الأول - إلتزام المرفق العام عقد مدني

حتى بداية القرن العشرين كانت هذه الفكرة سائدة بان ألتزام المرفق العام هو عقد مدني بالرغم من تعلقه بمرفق عام تحكمه قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، يَنبني على ذلك ان جميع شروط الإلتزام تعاقدية ذات طابع اتفاقي لا تتم الا بارادة الطرفين الإدارة وصاحب الإلتزام، ويتضمن هذا العقد السماح للملتزم بالإلتزام بإشغال الدومين العام للدولة والحصول على بعض الرسوم من المنتفعين من المرفق ويترتب على هذا القول بان عقد الإلتزام هو عقد مدني على الرغم من تَعلقهِ بمرفق عام ويتضمن اشتراط لمصلحة المنتفعين من المرفق تُقررُه السلطة العامة لصالحهم بما ينشئ لهم حقوق تجاه صاحب إلتزام المرفق وتجاه السلطة العامة وفق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وانتقد هذا الاتجاه على اساس أن أي تعديل في العقد لا يتم الا بموافقة اطرافهِ استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين الامر الذي من شأنه ان يَشل يد الإدارة كسلطة تتمتع بإمتيازات السلطة العامة بالتدخل في اي وقت لتعديل القواعد التي تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير بصدد إلتزام المرفق العام لأنها تتطلب تعيين شخص المنتفع

---

(١) المواد (٨٩١-٨٩٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

(٢) ينظر علي بوسيف: النظام القانوني لعقد الامتياز، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة، السنة الجامعية ٢٠١٨-٢٠١٩، ص١٤.

(٣) ينظر سعاد بن جيلاني: النظام القانوني لعقد الامتياز كاسلوب لتسيير المرافق العامة، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد (الرابع)، ديسمبر، ٢٠١٧، ص١٧١.

(٤) ينظر انس هشام محمد الحيالي: التحكيم في منازعات عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧ م، ص١٢.

بالذات وقت التعاقد في حين ان المنتفعين بالمرفق لا يمكن تعيينهم مسبقاً ولو افتُرضَ ذلك فيعد إخلالاً بمبدأ من اهم مبادئ المرفق العام وهو مبدأ مساواة المنتفعين بخدمات المرفق، ومن ناحية ثالثة أن صاحب الإلتزام يتمتع في ادارة المرفق بمزايا لا يتمتع بها الافراد العاديون، كإشغال مرافق الدولة وفرض اعباء على الافراد وفضلاً عن اشغال صاحب الإلتزام للمرفق العام، وهو أمر لا مثيل له في القانون المدني[١].

٢- الاتجاه الثاني : إلتزام المرفق العام عقد من نوع خاص

وفقا له يعد إلتزام المرفق العام عقد من طبيعة خاصة لتَميُزِهِ بخصائص معينة تظهر في الإلتزام نفسه تمكن صاحب الإلتزام من مباشرة بعض إمتيازات السلطة العامة، مثل سلطة تحصيل رسوم من المنتفعين وممارسة بعض مظاهر سلطات البوليس فلا يمكن والحالة هذه النظر لإلتزام المرفق العام أنه عقد مدني خالص وانما هو عقد من نوع خاص لا نظير له في العقود المدنية ولا تخضع احكامه للقانون المدني انما يخضع لأحكامهِ الخاصة به وما يتضمنها من قائمة الشروط وما تنص عليه القوانين الخاصة به[٢].

٣- الإتجاه الثالث: الإلتزام عمل قانوني ذو طبيعة مركبة مختلطة

يتجه هذا الرأي في تحديد الطبيعة القانونية لإلتزام المرفق العام للقول بأن عقد إلتزام المرفق العام بحسب النصوص التي يتضمنها له طابعان، الاول تنظيمي بنصوص تنظيمية ذات طبيعة إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تَحكم وتُنظم نشاط المرفق واستمراريتهِ وعلاقتهِ بالمنتفعين منه فهو بمثابة قانون المرفق ومن هذه النصوص التنظيمية ما يحدد نطاق نشاط المرفق ووسائل إدارته والرسم المحصل من المنتفعين والقاعدة بشأنها إن للادارة تعديلها بالاضافة او بالحذف تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة دون حاجة لموافقة صاحب الإلتزام، فالإلتزام يكون كله وبشروطه تنظيمي بالنسبة للمنتفعين[٣].

أما الطابع الثاني فيستند الى النصوص التعاقدية التي يتضمنها الإلتزام والتي تُنظم وتحدد حقوق وواجبات اطراف الإلتزام لاسيما الالتزامات المالية كالمقابل المالي من وراء تسيير المرفق العام عن طريق الإلتزام او النصوص المتعلقة بمدة الإلتزام وتحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ويمكن ملاحظة خطأ هذا التصور لطبيعة إلتزام المرفق العام من الناحية القانونية بسبب استحالة تصور تغيير الطبيعة القانونية للتصرف (العقد) بتغيير اطرافه فلا يمكن ان يكون العقد الواحد تنظيمياً حيناً وتعاقدياً حيناً اخر، ويمكن تجاوز ذلك على الرغم من الابقاء على فكرة النصوص التنظيمية والتعاقدية من خلال النظر للإلتزام على أنه يتضمن عنصرين مختلفين، هما قيام مرفق عام وانشاء علاقات مالية بين الملتزم وبين الإدارة وان الطابع العام لإلتزام المرفق العام هو الطابع الإتفاقي فهو عقد ونظام قانوني. وخلاصة ذلك ان كل ما يتعلق بتسيير المرفق العام وسير العمل فيه وما يتعلق بمصلحة الجمهور والامن العام يعد شرطاً تنظيمياً في الإلتزام وكل ما يتعلق بحفظ التوازن المالي لصاحب الإلتزام على الاساس الذي تم الاتفاق عليه وقت الإلتزام فيعد شرطاً تعاقدياً، وبتقديرنا ان الالتزام عمل قانوني ذو طبيعة مركبة مختلطة يظهر في صورة عقد ذو طبيعة استثنائية غير مألوفة لايخضع لقواعد القانون الخاص فحسب وانما يخضع لقواعد مختلطة تشتمل على قواعد تنظيمية إدارية ايضاً.

---

(١) ينظر د. وليد حيدر جابر، مصدر سابق، ص١٢٩، كذلك ينظر د.سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص٩٣، كذلك ينظر مطيع حمود علي جبير، مصدر سابق، ص١٥١، كذلك ينظر د.محمد علي آل ياسين، مصدر سابق، ص٨١.

(٢) ينظر د.حمادة عبد الرزاق حمادة: النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص١٠٤، كذلك ينظر د.محمود عاطف البنا، مصدر سابق، ص٧٩.

(٣) اخذ القضاء الاداري بهذا الرأي في تحديد طبيعة الامتياز بموجب حكم محكمة القضاء الاداري، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الاداري بالقول (من المسلم به قضاءَ وفقهاً ان التزام المرافق العامة عقد اداري مركب ينطوي على نصوص تعاقدية واخرى لائحية و مرد ذلك الى ان الملتزم وان كان الاصل فيه انه شخص يسعى لتحقيق الربح وجني المنفعة الا انه يدير مرفقا عاما يؤدي عن طريقه خدمات اساسية للجمهور) نقلا عن انس هشام محمد الحيالي، مصدر سابق، ص١٣، كذلك ينظر مطيع علي حمود جبير، مصدر سابق، ص١٥٣.

ثانيا: عقد المعاونة في إدارة المرفق العام

هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص من اشخاص القانون الخاص بالمساهمة نقدا أو عينا في مرفق عام، والقاعدة العامة ان الإدارة هي التي تتحمل نفقات المشروعات ذات النفع العام باعتبارها ذات ملائة فهو صورة من صور التبرع او التطوع الاختياري تبدأ بعرض احد الافراد او المشروعات الخاصة او الاشخاص الادارية كالهيئات او المؤسسات العامة على الإدارة للإشتراك في نفقات إنشاء وصيانة مرفق عام ويمكن ان ينشأ بين شخص عام وخاص او بين شخصين عامين[١].

صحيح ان عقد المعاونة يلتقي مع عقد إلتزام المرفق في ان كلاها ينصب على مرفق عام الا ان الاختلاف بينهما يبرز من نواحي عدة يمكن حصرها بما يلي:

- من حيث إلزامية العقد:

الثابت في ان قوة إلزامية عقد الإلتزام يحكمها من حيث الشكل قواعد العقد، فلا يمكن للمتعاقد فيه ان يتحلل من الالتزام ويتخلى عن إلتزامه بإرادته المنفردة فهو ملزم للجانبين وينشئ التزامات متقابلة لا يمكن التحلل منها الا بالاتفاق مع الإدارة او ان تعمد الإدارة الى استرداد المرفق او يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً[٢]، في حين ان الالتزام في المعاونة ملزم من جانب واحد فهو عقد يرتب التزامات في ذمة احد طرفيه دون الاخر فيتضمن تعهداً من احد طرفيه هو صاحب عرض المعاونة لا يمكن الرجوع عنه متى صدر قبول من الإدارة فيبرم العقد، وبمعنى المخالفة فإنه وخلال المدة ما بين تقديم العرض وقبوله يملك صاحب عرض المعاونة سحب عرضه، كذلك في حال وفاة العارض قبل قبول الإدارة لكون الالتزام بتقديم المعاونة لا يسقط بالوفاة بل يتنقل للورثة لأن الشخص يتعاقد لنفسه ولورثته الذين لهم سحب العرض أو تعديله قبل صدور قبول الإدارة، أما بعد القبول فينشأ إلتزام في ذمة الإدارة مفادهُ تنفيذها شروط العارض بحيث اذا لم تقم الإدارة بتنفيذ الشروط كإنجاز المرفق العام في مدة محددة فإن العرض يسقط ولا يكون مُلزماً بتقديم المعاونة[٣].

- من حيث المردود المالي

ينتفي وجود أي مردود مالي في عقد المعاونة اي لا يكون هناك مقابل مالي مباشر يعود على من يعرض المعاونة بل على العكس، فالنظرة الاولى للمعاونة تفيد بان من يعرض المعاونة يتحمل خسارة بأن يساهم بالنقد او بالعقار في انشاء مرفق عام فيتخلى عن ملكية العقار او جزء منه فعارض المعاونة يرضى بالتبرع بماله من اجل تحقيق عمل عام معين فيتنازل مجانا او بمقابل زهيد عن عقار مبني او غير مبني او عن حق له عليه، فهو مساهمة اختيارية منه في المشروع، إلا أن ما يعود على عارض المعاونة هي فائدة غير نقدية في صورة نفع خاص للمعاون يعود عليه بالفائدة عن طريق إنشاء المرفق العام كان من غير الممكن الحصول على هذه الفائدة من دون ذلك، كما لو كان من شان المعاونة ان تؤدي الى إرتفاع قيمة بقية العقار الذي يملكه المعاون غير ذلك الجزء الذي قدمه لانشاء المرفق العام، أو ان لا تكون له فائدة باي شكل من المعاونة[٤]، وعلى العكس من ذلك تماماً في إلتزام المرفق العام حيث يكون مقابل الوفاء في صورة رسوم يتقاضاها ملتزم العقد من المنتفعين من خدمات المرفق ويكون هذا هو المقابل في الإلتزام.

-من حيث الجهة المسيرة للمرفق العام

المتبرع في عقد المعاونة يعد معاوناً للدولة في تسيير مرفق عام بدرجات متفاوتة، إلا ان هذه المعاونة لا تتعدى في جميع الاحوال انشاء المرفق أو المساهمة في إنشاءهِ ثم تسليمه للادارة او صيانته

---

(١) ينظر د. محمود خلف الجبوري: العقود الادارية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ١٩٩٨، ص٢٦.

(٢) ينظر د. مصطفى سالم النجيفي: العقود الادارية والتحكيم، ط١، الافاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ١٩٩٨، ص٢٦.

(٣) ينظر د. داود عبد الرزاق الباز: عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ص ١١٩، ١٧٦.

(٤) ينظر د. هيام مروة: القانون الاداري الخاص، ط٢، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، كذلك ينظر د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية)، المجلد الثاني، ج٥، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٩١، ص١٩.

وتبقى حتماً ادارة المرفق لسلطة الإدارة وفقا للنظام الذي قررته لذلك، فلو تبرع شخص بأرض لإنشاء مدرسة طالباً ان يكون اقربائهُ هم المعلمين فيها، فهولاء سيخضعون للنظام الاداري الذي يطبق على جميع موظفي الدولة، لذلك للادارة في المعاونة ان تُعدَل في تسيير المشروع دون ان يعد ذلك خطأ تعاقدياً من جانبها، بل ان لها تقدير ملائمة المشروع للصالح العام ككل[١]، ويختلف الوضع تماما عنه في إلتزام المرفق العام حيث تتخلى الإدارة عن تسيير المرفق لصاحب الإلتزام ليتولاه على مسؤوليته مع بقاء سلطة الإشراف والرقابة لها على المرفق[٢].

- من حيث وجوب الشكلية في العقد

الأصل أن عقد المعاونة ليس بعقد شكلي اي أنه ما لم يشترط القانون شكلاً معيناً للعقد الاداري فيكون الشكل وسيلة للإثبات وليس ركناً للإنعقاد فهو يخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، فلا يحتاج لشكل معين يعد ركناً فيه وشرطاً لسلامتهِ وباشتراط المشرع يكون الشكل ركنا في العقد.

الفرع الثاني: العقود المستحدثة في إدارة المرفق العام:

وحيث أن عقود البوت (BOT) وعقود المشاركة بين القطاعين الخاص والعام (PPP) تعدان من العقود المستحدثة في إدارة المرفق العام، ورغم الأختلافات الشاسعة بينهما وبين عقود التزام المرفق العام، الإ ان جانب من فقه القانون يؤكدون على إنتمائهما لنوع الأخير من العقود رغم إختلافهم جوهريا في المميزات والخصائص والطبيعة القانونية، عليه سنتناول هذين العقدين في نقطتين منفصلتين حالا:

أولا: عقد الشراكة في إدارة المرفق العام (P.P.P)

إن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص تعد من الوسائل الحديثة التي تلجأ اليها الإدارة لتسيير المرافق العامة بحيث تتحاشى من خلاله بعض مثالب الأنظمة الأخرى وتهدف في ذات الوقت الى إيجاد التمويل لأنشطتها من أموال القطاع الخاص وهو ما يؤدي الى تشجيع الاستثمار، فهذا النوع من العقود يؤدي الى تكوين علاقة طويلة الأجل نوعاً ما بين جهة الإدارة والمتعاقد معها في النواحي الفنية والمالية بغرض إنشاء مرافق تتعلق بالبنية الأساسية أو بتنظيم المرافق العامة بدءً من الإنشاء ثم الاستغلال ثم الصيانة حتى فترة نهاية العقد، فهو عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد اشخاص القانون العام الى أحد اشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة فيه في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل وذلك مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها اليه بشكل مجزء طوال مدة الفترة التعاقدية[٣].

حرصت معظم الدول التي أخذت بصيغة عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص كأحد اساليب إدارة المرافق العامة على تضمين التشريعات الخاصة التي نصت على هذه العقود بوضع تعريف لعقد الشراكة، فَعرُف بانه (عقد تَبرمهُ الجهة الادارية مع شركة المشروع، وتعهد اليها بمقتضاه بالقيام بكل او بعض الاعمال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون)[٤]، وتم تعريفه ايضاً بانه (الاتفاق المبرم بمقتضى احكام هذا القانون لتنفيذ مشروع الشراكة بين الجهة الحكومية وشركة المشروع والذي تحدد فيه الشروط والاحكام والإجراءات وحقوق اطراف العقد وإلتزاماتهم)[٥]، كما عُرف ايضا بانه (هو اتفاقية بين جهة حكومية وشركة خاصة لاقتسام المخاطر والفرص في العمل التجاري المشترك الذي ينطوي على تقديم الخدمات العامة)[٦] ، وفي فرنسا عُرف بانه (عقد إداري يعهد بمقتضاه احد اشخاص

---

(١) ينظر د. داود عبد الرزاق الباز، مصدر سابق، ص١٩٥.
(٢) ينظر د. علي خطار شطناوي: عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في الاردن، مصدر سابق، ص٢٧، كذلك ينظر د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص٣١.
(٣) ينظر أمل عبد الصمد الكوت: عقود الشراكة (P.P.P)، ط١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت - لبنان، ٢٠١٨، ص ٢٠.
(٤) المادة (١) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية التحتية الاساسية والخدمات العامة المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠.
(٥) المادة (٢) من قانون مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الاردني رقم (١٧) لسنة ٢٠٢٠ النافذ.
(٦) المادة (١) الفقرة (١) من دليل احكام واجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء الاماراتي الاتحادي رقم (١/ ١و) لسنة ٢٠١٧.

القانون العام الى احد اشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالاشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وادارتهُ واستغلالهُ وصيانتهُ طوال مدة العقد المحددة وفق طبيعة الاستثمار او طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها الى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية)[١]، كما عُرف بانه (اتفاق الشراكة الذي يبرم بين اي وزارة او دائرة او مؤسسة رسمية عامة او مؤسسة عامة او هيئة او مجلس او سلطة او بلدية او شركة مملوكة بالكامل للحكومة او التي تساهم فيها جهة الحكومة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ واي من جهات القطاع الخاص والذي تحدد فيه الشروط والاحكام والاجراءات وحقوق والتزامات الطرفين وفقا لأحكام هذا القانون والانظمة الصادرة بمقتضاه)[٢] .

ويمتاز هذا العقد بأنه وسيلة جذب الاستثمار الخارجي الى الداخل ومن ثم إنعاش الاقتصاد الوطني وخفض الدين العام فضلاً عن أنها تؤدي الى هيكلة موازنة الدولة العامة من خلال نقل الأعباء المالية الكبيرة الى القطاع الخاص كما انها تؤدي الى نقل مخاطر المشروع من كاهل الدولة الى عاتق القطاع الخاص ويكون للدولة اقتضاء أرباح المشروع فشركة المشروع في عقد الشراكة يقتصر دورها على الإنشاء والتشغيل فقط مع التزام الإدارة بدفع الأقساط المتفق عليها لشركة المشروع وإن قيام الدولة بنفسها وليس القطاع الخاص باستغلال المشروع يجعل من السهولة بمكان أن تتدخل لتحسين جودة الخدمة المتفق عليها أو تخفيض قيمة المنتجات[٣].

وقد صدر في إقليم كوردستان تعليمات تنفيذ الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص رقم ١ لسنة ٢٠٢٣، إلا انه من خلال إطلاعنا على موادها وجدنا انها متسمة بالغموض والإرتباك وخصوصا فيم تعلقت بالعطاءات والعروض، ونها لم تحسم اسلوب التعاقد وتذبذبت بين المناقصة والأساليب الأخرى للتعاقد. ومن جانب اخر نجدها قد تنازلت عن حق الإدارة في التعديل المنفرد لعقود الشراكة وأحالت حق التعديل لنص الاتفاق في العقد، وهذا بالتأكيد محل نظر وإنتقاد.

ثانيا: عقد البوت في إدارة المرفق العام B.O.T

نظام البوت نظام تعاقدي لإقامة المشروعات الاستثمارية ومشروعات البنية الاساسية، يعتمد على التمويل من القطاع الخاص تَمنح بموجبهِ الدولة المضيفة لفترة زمنية محددة إحدى الشركات الخاصة او العامة تسمى شركة المشروع لإقامة مشروع معين، على ان تتولى تصميم المشروع وتنفيذه وتشغيله وإدارتهُ وإستغلالهُ لعدة سنوات لتغطية النفقات فضلاً عن تحقيق ارباح من التشغيل سواء كان المشروع من اقتراح الشركة نفسها او من اقتراح الادارة مع التزام شركة المشروع بنقل ملكيتهِ للادارة في نهاية المدة المتفق عليها وبحالة صالحة للتشغيل وبنفس الكفائة التي كان يدار بها[٤]، فهو (تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة الى احدى الشركات وطنية كانت ام اجنبية وسواء اكانت شركة من شركات القطاع العام أم الخاص وتسمى شركة المشروع وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيلهُ لحسابها مدة من الزمن، ثم نقل ملكيتهِ الى الدولة او الجهة الادارية) ويسمى عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية[٥].

عليه فإن عقد البوت يمثل صورة مستحدثة من العقود الإدارية، ويشير اختصار (B.O.T) الى بناء المرفق وتشغيله ونقل ملكيته في نهاية مدته للدولة، يحصل المستثمر في ظل هذا العقد على إمتياز بتمويل وإنشاء و تشغيل وصيانة أحد مرافق البنية الأساسية ويحصل مقابل الخدمة من الجمهور على رسم لتغطية نفقات التمويل وتحقيق هامش من الربح وتنتقل ملكية المشروع في نهاية الإلتزام للدولة لأن المستثمر يتملك المرفق ملكية مؤقتة طوال فترة حيازته له على أن يلتزم بنقل الملكية للدولة، وللبوت

---

(١) المادة الاولى من المرسوم رقم ٢٠٠٤/٥٥٩ في ١٧ جون ٢٠٠٤ الفرنسي المعدل .
(٢) المادة (٢) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الاردني رقم (٣١) لسنة ٢٠١٤ الملغي.
(٣) ينظر أمل عبدالصمد الكوت، مصدر سابق، ص ٧٢.
(٤) ينظر نجاتي عبد الغني ابراهيم غازي: التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرفق العام في ظل قوانين الخصخصة المعروفة بنظام الـ (B.O.T) دراسة (تأهيلية – تطبيقية - مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٢.
(٥) حسن محمد علي حسن البنان: مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير (دراسة مقارنة في تطور نشاط المرافق العامة الاقتصادية)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص١٤٩.

صور متعددة تتباين فيها إلتزامات وحقوق الأطراف مثل البناء والاستثمار والتشغيل والتمويل[١]، وتبدو مجالات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تكمن في مشروعات البنية التحتية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساساً من مطارات، محطات كهرباء والمجمعات الصناعية حيث يعهد للقطاع الخاص بإنشاء هذه المشروعات وإدارتها ثم إعادتها بعد انتهاء مدة العقد الى الدولة[٢].

ويمتاز هذا العقد بتعدد ميادينه ومجالاته التطبيقية، إذ يمكن تنفيذ صور مختلفة من المشاريع بواسطته فضلاً عن تنفيذ مشاريع البنية التحتية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية التي تقع أساسا ضمن مسؤولية الدولة، وأخذ القطاع الخاص حيزاً في محاكاة تعدد الجهات المرتبطة به من جهات التمويل وشركات مقاولات الإنشاء والشركة المشغّلة للمرفق، فضلاً عن موردي المعدات اللازمة للإنشاء والتشغيل واجتماعها في صيغة واحدة في سعيها لتحقيق الربح مقابل الجهة الإدارية التي تبغي تحقيق المصلحة العامة من خلال تنفيذ مشروع المرفق العام[٣].

وعلى ما يبدو أن أهم مميزات عقد البوت هو تخفيف العبء الاقتصادي عن الدولة ليمثل حلاً وسط بين نظام إنشاء المرافق العامة وإدارتها بواسطة الإدارة مباشرة باعتبارها المكلف أصلاً بإنشاء المرافق العامة وتقديم الخدمات لجمهور المنتفعين بها وما يمثله من عبء ليس بالقليل على كاهل الدولة وعلى موازنتها العامة وبين نظام الخصخصة الكاملة ونقل ملكية المرافق العامة للقطاع الخاص الذي يستقل به تماماً بعيداً عن سيطرة ورقابة الدولة فتتجنب الدولة بواسطة البوت الاقتراض من البنك الدولي للإنشاء والتعمير ومنظمة التجارة العالمية وصندوق النقد الدولي واحتمال امتناع هذه المؤسسات عن منح القروض أصلاً، كما ان هذا النظام يؤدي الى تجنيب الدولة مشاكل إدارة المشروع حيث أثبت الواقع العملي أن إدارة المشروعات بإسلوب القطاع العام والإدارة العامة غالباً لا يحقق النتائج المرجوة منها، فضلاً عن حل مشكلة البطالة لمساهمة هذا العقد في خلق فرص العمل وتنشيطها ونقل التكنولوجيا الحديثة للدولة وتحديثها.

المطلب الثاني

نظرة تقييمية لبعض عقود إدارة المرفق العام المبرمة مع القطاع الخاص في الإقليم

إن عقود تفويض المرفق العام هو السمة البارزة في إدارة وتسيير المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص بدلا عن الدولة، والتي يفترض بها القيام بإدارة مرافقها بنفسها بل يعد ذلك واجباً عليها، وأن ذلك راجع لجملة من الأسباب، منها ما يتعلق بمعاونة الإدارة مالياً أو تولي ذلك لتميُّز القطاع الخاص بنوع النشاط الذي يقدمه المرفق وغيرها من الاسباب والتي لا مجال لطرحها، ولما كان إقليم كوردستان - العراق رائداً فيما يتعلق بفتح المجال الإستثماري للقطاع الخاص وما حققه من نجاح في ذلك، فقد ارتأينا الخوض في هذا الموضوع من خلال تقسيمه الى فرعين ، نتناول في الفرع الأول كيفية تطبيق العقود المبرمة بين القطاع الخاص و دوائر و مؤسسات إقليم كوردستان – العراق، بينما ندون ملاحظاتنا في الفرع الثاني عن عقد جمع ونقل مخلفات النفايات (الازبال) لمدينة أربيل.

---

(١) ينظر د. حسني عبدالسميع ابراهيم: إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الإمتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ٧١.
(٢) ينظر د. جابر جاد نصار: العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٨٧.
(٣) ينظر د. أبوبكر احمد عثمان النعيمي: الاساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، مصدر سابق، ص ص ٢٢ – ٢٤، كذلك ينظر د. حسني عبدالسميع ابراهيم، مصدر سابق، ص ص ٨٠ – ٨١.

الفرع الأول

كيفية تطبيق العقود المبرمة بين القطاع الخاص ودوائر ومؤسسات إقليم كوردستان -العراق

من خلال ملاحظتنا ومتابعتنا خلال السنوات الأخيرة لواقع عقود إدارة المرافق العامة أو إنشائها وكيفية تنفيذها لدى الجهات الإدارية المتعاقدة من خلال المقاولين أو شركات المقاولة أو الملتزمين المتعهدين بتنفيذها لصالح الإدارة العامة، وجدنا أن هناك هوَّه شاسعة بين القواعد القانونية المنظمة لتلك العقود وسبل تنفيذها، وبين الواقع المتبع لدى الجهات الإدارية المتعاقدة في حكومة إقليم كوردستان - العراق.

والمتبع لدينا سواء في الإقليم او العراق إن إنجاز المشاريع المختلفة يتم من خلال عقود إدارية تُبرمَ بالإجراءات والشكليات المقررة قانوناً والمعمول بها لدى الدوائر والمؤسسات الحكومية، ولأجل تحقيق الغاية من هذه العقود يستلزم من طرفيها تنفيذ الإلتزامات الواردة فيها بالشكل المطلوب، وما يهمنا هنا هو الإلتزام الرئيسي للجهة الإدارية المتعاقدة، بتمويل الطرف المنفذ للعقد بالمال اللازم لإنجاز المشروع المزمع إقامته أو إنجازه أو تسييره بموجب العقد وهذا يتم من خلال البند المخصص للنفقات غير التشغيلية في الموازنة العامة.

إلا أن الجاري في العمل في هذا المجال أن الجهة الادارية المتعاقدة تقوم بتمويل المقاول المنفذ للعقد بالمبلغ المخصص لإنجاز المشروع من خلال سُلف تقسم على مراحل المشروع، الأولى تصرف في موعدها كسلفة تشغيلية، أما السلف الأخرى تُصرف بعد اكمال متولي المشروع كل مرحلة وتقديمه الوثائق المؤيدة للإنجاز ولكن يحصل فيها تأخير لأسباب عدة أهمها وأشيعها هي تأخير إقرار الموازنة العامة في إقليم كوردستان = العراق تبعاً لتأخر الموازنة الاتحادية.

وبموجب تعليمات الصرف فإن المفروض أن يتم صرف كامل المبلغ الخاص بالمشروع دفعة واحدة من الموازنة العامة ليوضع امانةً في الحساب المصرفي للجهة الإدارية المستفيدة و على حساب المشروع، وإيداعه في المصرف المتخصص ليكون رهن المشروع يتم تمويل المقاول به بأذونات صرف تصدرها الجهة المتعاقدة بصورة دورية تتناسب طردياً مع نسبة إنجاز المشروع، إستناداً الى التقرير المقدم من قبل المهندس المشرف على المشروع والمخول من الجهة الإدارية نفسها الطرف في العقد، يبين فيه لها ما قام به المقاول من أعمال مع تحديد نسبة الإنجاز بما يكفي لصرف جزء من المبلغ المخصص.

ولكن الدارج والمتبع في الواقع الإداري لدينا، أن مبلغ المشروع لا يودع كاملاً في المصرف بعد صرفه بموجب الموازنة، وإنما يجري ايداعهِ تدريجياً وبمراحل متعددة و يبدو أن السبب الرئيس في ذلك تأثير للمشاكل السياسية بين حكومة إقليم كوردستان و الحكومة الاتحادية و عدم تحويل إستحقاق الإقليم من الموازنة الإتحادية و بدون اسباب قانونية مبررة وبعد توفير التخصيص المالي يتم الإفادة منه في مجالات أخرى لا تمت للمشروع بصلة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التأخير في إنجاز المشروع يحصل بسبب التأخر في صرف السلفة المستحقة من قبل الدائرة المعنية مما يضطر المقاول الى الإستدانة من الغير بفائدة أو إشراك غيره في إنجاز المشروع لتوفير السيولة النقدية اللازمة لإستدامة العمل في المشروع مما يخلق مشاكل ومنازعات تصيب المشروع كان هو في غنأ عنها.

ويكون لزاما على المتعاقد إتمام العمل في الموعد المقرر عليه و خلال المدة المتفق عليها، وكذلك صاحب الإمتياز يلزم بإدارة المرفق وتقديم الخدمات المطلوب أدائها بأفضل صورة، ويتحمل التبعات القانونية إزاء الجهة الإدارية المتعاقدة عن كل تأخير يقع دون خطأ منه في الاحوال الواردة في المادة (١٢) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ٢٠٠٠ النافذة في الإقليم، وكذلك المفوض بإدارة المرفق العام الذي يلزم بتقديم الخدمات العامة للجمهور وضمان إستمرارية سيره بإنتظام وإطراد تحقيقا للصالح العام على وفق ما هو منصوص عليه في تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ النافذة في الإقليم، أو وفق نصوص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ النافذة في العراقفي الاحوال التي تخلو فيها تعليمات تنفيذ التعاقدات في الإقليم بالنص المعالج للموضوع، فوجدنا من خلال هذه المادة آنفة الذكر، أن تأخير إقرار الموازنة العامة وتباطؤ الادارة في صرف

السلف التمويلية للمقاول وملتزم المرفق لم يعتبر من الأعذار القانونية أو الاحوال الطبيعية أو الإستثنائية أو العوائق الإصطناعية كسبب لإعفاء المقاول أو المفوض بإدارة المرفق من التبعات القانونية لحالة التأخير، كتعويض المدة الزمنية لإنجاز المشروع أو إعفائه من الغرامات التأخيرية أو عدم إستقطاع جزء من المستحقات المالية لصاحب الإمتياز بإدارة المرفق، وفي تصورنا أن هذا يعد اجحافاً بحق المقاول أو المفوض بإدارة المرفق، ومنافياً لقواعد العدل والانصاف ويتعارض مع القواعد والمبادئ القانونية الراسخة كقاعدة (لا ضَرَرَ ولا ضِرَارْ) ومبدأ (توزيع عبء الضرر في حالة الإشتراك في حدوثه) وغيرها، وعلى العكس من ذلك فإن الجهة الإدارية المتعاقدة تطالب المقاول المتأخر في إتمام المشروع أو الملتزم بتقديم الخدمة العامة، بالغرامات التأخيرية وكذلك الفوائد المترتبة عليها رغم ثبوت حالة التأخير في صرف السلف الخاصة بالمشروع محل عقد المقاولة أو الإمتياز، بحيث يمنع على المقاول أو صاحب الإمتياز المطالبة بالتعويض عن تأخير السلف التمويلية للمشروع في مقابل إلزامه بدفع تلك الغرامات والفوائد عند تحقق حالة التأخير في المشروع المزمع إقامته أو إدارته، وهذا بلا شك يعد غير منطقياً وغير مقبولاً وفقاً لقواعد الأخلاق والقانون.

ومهما يكن من أمر فإننا نطالب المشرع الكوردستاني بضرورة تعديل المادة (١٢) آنفة الذكر بحيث تكون بصيغة تقيم توازناً بين الجهة الادارية المتعاقدة وبين المتعاقد أو الملتزم من حيث الحقوق والالتزامات والمسؤوليات في ظل الظروف المالية الراهنة في إقليم كوردستان وبما يخدم الصالح العام المتمثل بحسن سير أعمال الإدارة العامة بإنتظام وإطراد.

أما عن أليات وإجراءات تعديل التعليمات وفقاً للمستجدات الحاصلة، فإننا نقول إن التعليمات هي تشريع فرعي يصدر عن السلطة التنفيذية تكون لها المقدرة بالعودة الى التعليمات الاصلية عند زوال الظروف التي دعت للتعديل، أما بخصوص ما تقوم به بعض الجهات الإدارية من إجراءات وتصرفات بهدف عدم تأخير إنجاز المشاريع الخدمية والبنى التحتية ذات الأهمية الملموسة في الإقليم تداركاً منها لتجنيب المقاول أو الملتزم وحتى الجهة الإدارية المتعاقدة من تبعات تأخير إقرار الموازنة العامة، كإجراء المناقلة بين بعض بنود الموازنة الخاصة بالنفقات الإستثمارية لضمان توفير السيولة النقدية لتلك المشاريع وعدم توقف الأعمال فيها، فإنها إجراءات محمودة في تصورنا، مع أنه ومن خلال إطلاعنا على مجموعة مستندات وعقود إدارية أبرمت من قبل جهات إدارية في الإقليم والمقاولين والملتزمين بإدارة المرافق العامة، وجدنا أن بعضاً من هذه المشاريع يتم تمويلها من التخصيصات المالية الخاصة بمشاريع تنمية المحافظات بإعتبار هذه التخصيصات فورية ومستديمة ولا يخضع الصرف فيها لإجراءات روتينية معقدة وشكليات، بالمقارنة مع تلك المتعلقة بالتخصيصات المالية للموازنة الخاصة بالوزارات التي يخضع الصرف فيها لإجراءات معقدة وشكليات قد تطول بحيث لا تخدم المصلحة العامة المتمثلة بسرعة إنجاز المشاريع الخدمية والإنمائية والبنى التحتية وإدارتها وتسييرها، وهذا الاجراء التمويلي بتقديرنا وإن كان يعد حل سريع الا أنَّ له آثاره السلبية في التأثير على مشاريع تنمية المحافظات.

لذا نرى أن الحل الأمثل للحيلولة دون وقوع التأخير هو العمل بقانون الموازنة بالصورة التي يصادق عليه البرلمان منعا لحدوث أضرار مختلفة تصيب كافة فئات المجتمع بما فيها المرافق العامة التي تتكون منها الادارة العامة في الدولة.

الفرع الثاني
ملاحظاتنا حول عقد جمع ونقل المخلفات (النفايات)
لمدينة أربيل ذي الرقم (٥٥) لسنة ٢٠٢١

تم إبرام العقد المُرقم (٥٥) لِسنة ٢٠٢١بأسلوب المناقصة بين وزارة البلديات والسياحة في إقليم كوردستان وشركة خاصة محدودة وبعد أن أوضحت الأخير للإدارة بأن لديها المهارات المهنية المطلوبة والأفراد والموارد الفنية وافقت على تقديم الخدمات وفقاً للشروط والأحكام المنصوص عليها في العقد ونصوص وقواعد ذات صلة.

١.توصيفا للعقد نجده يمثل صورة من صور عقود الإلتزام كأسلوب لإدارة المرافق العامة. حيث إنه تضمن مقدمة تألفت من (١٣) سطر و (٦) فقرات أشارت الى خضوع جميع العقود ومن ضمنها هذا العقد لتعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٦، مؤكدة الى أن الغرض من وثائق المناقصة هذه أن تكون نموذجاً لأنواع عقود المبلغ الاجمالي وهي الأكثر شيوعاً في تقديم الخدمات، كما أشارت الى وجوب مراعاة الإرشادات التي بينتها الادارة في الفقرات الستة.

٢. بإجازة التعاقد من الباطن بعد الموافقة التحريرية للسلطة الادارية (دائرة المهندس) خالف العقد تعليمات شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية فيما يتعلق بنوده في المادة (١، ١) الفقرة (ص، ف) لصاحب الإلتزام التعاقد من الباطن مباشرة وهو مخالف لنص القانون[١] فلا يجوز للإدارة أن تمنح الموافقة المسبقة لِصاحب الإلتزام على التعاقد من الباطن وهو أمر لا تملك الإدارة مخالفته لأنه مفروض بنص القانون.

٣. أن المادة (٢، ٤) من العقد نصت على عدم جواز التعديل على أحكام الإلتزام إلا بعد إتفاق مكتوب بين الإدارة وصاحب الإلتزام وهو أمر مخالف للسلطة الإستثنائية للإدارة وفيه تقييد واضح لها فإشتراط الإتفاق المسبق في كل تعديل يتم، أنما هو إخراج للإلتزام من نطاق العقود الإدارية وضِّمه الى عقود القانون الخاص التي تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

٤. أستحدثت المواد (٣. ٨. ٣) من العقد عقوبة جديدة، هي عقوبة (النقص في الاداء) والتي تفرض على صاحب الإلتزام عند سوء تقديمه للخدمة عن كل عيب لم يقم بتصحيحه خلال الوقت المحدد بعد إعلام الإدارة له وتكون العقوبة في صورة غرامة مقابل هذا النقص في الأداء، على أن يتم إحتسابها كنسبة مئوية من تكلفة العيب، وهنا نتساءل عن جدوى ودور التأمينات النهائية المنصوص عليها في المادة (٨٢) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ والبالغ نسبتها (١٠٪) ذلك أن السبب وراء إقرارها لضمان هذه العيوب.

٥. إن المادة (٢. ٤) الفقرة (ب) البند (١) من العقد خالفت المادة (١٩) الفقرة (خامساً) من دستور العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت على أن (المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة)، كما وخالفت المادة (٨) الفقرة (سابعاً) البند (ب) والفقرة (ثامناً) من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل الخاصة بعقوبتي الفصل والعزل عندما اشترطت الإدارة على صاحب الإلتزام إستبدال أي موظف لمجرد اتهامه بارتكاب جريمة جنائية، فمجرد الإتهام يختلف جذرياً عن الادانة، فالإتهام شك والشك يفسر لمصلحة المتهم وذلك لتعادل أدلة الإدانة وأدلة البراءة فيكون متعيناً ترجيح الثانية بإعتبار أن الإدانة تبنى على اليقين لا على الشك وأن الأصل في الإنسان البراءة، فما لم يكن ممكناً القطع بما ينفيها تعين الإبقاء عليها[٢]وفق هذه القاعدة الفقهية.

٦. إن إلزام صاحب الإلتزام في المادة (٢. ٥) بكل زيادة في الضرائب نتيجة لتغيير القانون المعمول به بعد سريان الإمتياز نجد أن فيه نوعاً من الغبن بحق صاحب الإلتزام مع عدم النسيان أن هذا المتعاقد قد

---

(١) المادة (الثالثة) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، حكومة اقليم كوردستان -العراق، وزارة المالية والاقتصاد، مديرية المالية العامة ٢٠٠٠/١١/١.

(٢) ينظر د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٩٦، كذلك المادة (١٩) الفقرة (خامساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الدائم، كذلك المادة (٨) الفقرة (سابعاً) البند (ب) والفقرة (٨) من قانون إنضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل النافذ.

أرتضى الدخول مع الإدارة في التزام بإدارة المرفق فيكون محل تقدير ايضا لوكونه أخذ في الحسبان قيمة الضرائب وقت التعاقد، فيكون منافيا للعدالة تحميله الزيادة في الضرائب فضلا على خضوع هذه الحالة لنظرية فعل الأمير في إعادة التوازن المالي للعقد.

٧. إن العقد وفي المادة (٥. ٦) قد تضمن إلزام الإدارة بدفع فوائد تأخيرية عن كل يوم في حالة تأخرها دفع (السلف) لصاحب الإلتزام موفر الخدمة بعد (١٥) يوم من تاريخ إستحقاق السلفة (الدفعة)، ونرى في هذا الشرط غبن واضح لحق بالإدارة دون مراعات في إن إقليم كوردستان- العراق يمر بأزمة مالية نتيجة للخلافات السياسية مع الحكومة المركزية، بالتالي فأن كل شخص طبيعي أم معنوي يدخل في عقد مع حكومة الإقليم يكون على دراية بهذا الوضع فمن غير المقبول أن تحتسب الفائدة بعد مضي (١٥) يوم من التأخير وكان الأجدى إحتسابها بعد (٣٠) يوم مراعاة لمصلحة الإدارة لغرض فسح المجال أمامها بتوفير التخصيص المالي للدفعات من المبالغ المستحقة لإقليم كوردستان = العراق من الحكومة المركزية ضمن حصة الإقليم في الموازنة الاتحادية والتي تستلمها في صورة دفعات ايضاً، ومع ذلك ومن الناحية العملية حصل تأخيرات عدة في دفع هذه السلف لصاحب الإلتزام ولم تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بمبالغ الغرامات التأخيرية ولم تدفعها قط.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث توصلنا الى جملة إستنتاجات ومقترحات نوجزها في الأتي:

أولاً: النتائج والاستنتاجات:

١.إن نظرية عقود إلتزام المرفق العام هي جزء من نظرية العقود المدنية والعقود الإدارية، اي ان القواعد المدنية والقواعد الإدارية تتناغمان في حكم عقود إلتزام المرفق العام، والمشرع الفرنسي درج على اصدار مراسيم مستقلة لكل عقد من عقود تفويض المرفق العام، والصفة الغالبة للقواعد التي تتضمنها هذه المراسيم هي قواعد القانون الخاص.

٢.تثير المصطلحات التي تشير الى قيام القطاع الخاص بإستغلال مرفق عام وإدارتها او مشاركة الإدارة في ذلك الكثير من اللغط والنقاش في الفقه والإجتهاد، والمستقر عليه ان عقود تفويض المرفق العام تشمل كل من عقود التزام مرفق عام وعقود إمتياز مرفق عام وعقود المشاركة او عقود الشراكة وعقود البوت وهكذا حتى تعتمد التشريعات مصطلحات أكثر دقة وحداثة في التعبير عن هذه المفاهيم.

٣. إن البحوث والدراسات القانونية قد خلتا من وضع تعريف للقطاع الخاص بل أن الأكاديميين القانونيين تجنبوا الخوض في غمار هذا الموضوع لارتباط القطاع الخاص بعلم الاقتصاد فكان تعريفهم مأخوذاً من الجانب الاقتصادي أو المالي لهذا القطاع.

٤.إن مصطلح القطاع الخاص وبالرغم من كونه مصطلح اقتصادي إلا أن الشكل القانوني له محكوم بنصوص قانونية وهو لا يخرج عن صورتين الأولى يبدو فيها كشخص طبيعي والثانية يظهر فيها كشخص معنوي حدد له المشرع صورة بوصفه شركة، وإن الشركة المساهمة هي الشكل الابرز والذي يكون مؤهلاً لتولي ادارة وتسيير المرافق العامة في الدولة في عقود تفويض المرفق العام.

٦. الفقرة(١-ثانيا-ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠١٤ النافذ في العراق قد استبعدت العقود التي تحال على الشركات العامة من من أن تخضع لنصوص هذه التعليمات، بمعنى أن هذه الشركات لا تتنافس للحصول على أي عقد تفويض مرفق عام بعكس الشركات الخاصة، وهذا مخالف لمباديء الدستور كمبدأ تكافؤ الفرص والمساوات في الحقوق وتحمل الأعباء العامة ولاتخدم مبدأ تشجيع الإستثمار ودعم القطاع الخاص، فضلا عن مجافاتها للعدالة.

٧.لم تتضمن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المركزية كذلك تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في إقليم كوردستان أي اشارة لتحديد مدة الامتياز ومقدارها والحد الاعلى لهذه المدة وترك ذلك للسلطة التقديرية للإدارة وهو اتجاه غير صائب كونه في كثير من الحالات يكون في غير صالح العام ومدخل الى الفساد.

٨.ليست كل المرافق العامة قابلة للتفويض وإدارتها عن طريق القطاع الخاص، فالمرافق القابلة للتفويض هي المرافق الإقتصادية بدرجة أساس، أما المرافق السيادية والمرافق الإدارية الخدمية فهي غير قابلة للتفويض لأنها تتعارض مع مفهود الدولة الحديثة والمتدخلة. أما الجاري في إقليم كردستان فان هناك مرافق عامة فوض بعقود للقطاع الخاص كان الأجدر بالدولة إدارتها بنفسها من مثل مرفق البلدية ومرفق كتاب العدول والمنافذ الحدودية ودوائر المرور ونصب كاميرات مراقبة السرعة وتسويق منتجات الحبوب والسايلوات وغيرها. كما لم تتضمن التفويضات المشار اليها والتي تمت في إقليم كوردستان العراق أي اشارة للتخويل الصادر من المشرع للإدارة بإنشاء تفويض المرفق العام في جميع العقود المبرمة والممنوحة من الجهات الادارية في الاقليم.

٩.بخصوص تعليمات التعاقدات الحكومية في الإقليم رقم ٢ لسنة٢٠١٦ لم يكن المشرع الفرعي في كوردستان = العراق موفقاً في إلغاءه التأمينات الاولية مقتصراً على الاخذ بالتأمينات النهائية وهو اهدار لمصلحة الادارة عند نكول صاحب الإلتزام عن الاستمرار بإجراءات التعاقد بعد إحالة المشروع اليه فلن يكون امام الادارة أي تأمينات تعمد الى مصادرتها لتكون رادعاً له عن نكوله بعد الإحالة، في حين أن المشرع الفرعي الإتحادي في العراق اخذ بهذا النوع من التأمينات.

١٠.في خضم تقييمنا لواقع تنفيذ العقود الإدارية لدى دوائر الإقليم سردنا كل ماهو جاري وابدينا تقييمنا لكل الإجراءات المتبعة والسياقات التي تتعارض مع نصوص التشريعات التي تحكم هذه العقود وانتقدناها كل في موضعه، أما بخصوص ملاحظاتنا حول عقد جمع ونقل مخلفات النفايات (الازبال)

لمدينة أربيل ذي الرقم (٥٥) لسنة ٢٠٢١ نودأن نشير الى اننا أوردنا ٩ ملاحظاتنا على مضمون ذلك العقد لا نود ايرادها هنا تجنبا للتكرار والملل من ذلك.

١١.وقد صدر في إقليم كوردستان تعليمات تنفيذ الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص رقم ١ لسنة ٢٠٢٣، إلا انه من خلال إطلاعنا على موادها وجدنا انها متسمة بالغموض والإرتباك وخصوصا فيم تعلقت بالعطاءات والعروض، وانها لم تحسم اسلوب التعاقد وتذبذبت بين المناقصة والأساليب الأخرى للتعاقد. ومن جانب اخر نجدها قد تنازلت عن حق الإدارة في التعديل المنفرد لعقود الشراكة وأحالت حق التعديل لنص الاتفاق في العقد، وهذا بالتأكيد محل نظر وإنتقاد.

ثانياً: المقترحات:

١.نقترح على المشرع العراقي والكردستاني ضرورة تشريع قانون موحد خاص بعقود إلتزام المرفق العام ، ينظم فيه آلية منحه و يحدد آثاره من حقوق وإلتزامات وطرق إنهائه دون ترك هذا التنظيم للقوانين الاخرى كتعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية و قانون الإستثمار لأنها وإن كانت تعالج هذا العقد الإ أنها لا تعالج موضوعاته بدقه.حيث باتت عقود الإلتزام لدينا رافدا من روافد الفساد المالي ، بسبب قيام جهات تنفيذية في الإقليم بتفويض مرافق بالإلتزام تكون خدماتها من ابسط حقوق المواطنين، أو ان تكون إدارية بحتة كمرفق الصحة والتعليم والبلدية ,والكهرباء والماء ومنافذ الحدودية ودوائر كتاب العدول وغيرها إستنادا الى المادة ٤ من تعليمات عقود الشراكة.

٢.نقترح على المشرع في ألإقليم تعديل المادة (١٢) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ٢٠٠٠ النافذة في الإقليم بحيث توازن بين الجهة الإدارية المتعاقدة وبين صاحب الإلتزام من حيث الحقوق والإلتزامات والمسؤوليات في ظل الظروف المالية الراهنة في كوردستان وبما يخدم الصالح العام.

٣.نطالب بضرورة تضمين تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ في الإقليم النص على التأمينات الإولية لضمان حقوق ومصلحة الإدارة من نكول صاحب الالتزام بعد إحالة المرفق الى عهدته ويكون النص عليها كما يأتي: (تحدد الجهة الإدارية المتعاقدة التأمينات الاولية بمبلغ مقطوع وتدرج في شروط العقد وتحدد بنسبة (لاتقل عن ٧٪ ولا تزيد على١٠٪) من الكلفة التخمينية للمشروع مع الاخذ بنظر الاعتبار ظروف العقد).

٤.نقترح على المشرع الفرعي في الإقليم تحديد مدة عقود التفويض اباضافة نص للمادة (٧٨) في تعليمات رقم٢ لسنة ٢٠١٦ النافذة وتحقيقا للمصلحة العامة وللحيلولة دون اثراء حدوث كسب دون سبب لصالح الملتزم في عقد التفويض على المصلحة العامة ليقرأ كالأتي (ثانياً -يجب في جميع الاحوال ان لا تتجاوز مدة العقد في إلتزام المرفق العام (٣٠) ثلاثون سنة، وعلى الجهة الإدارية المتعاقدة تثبيت مدة العقد في وثائق المناقصة ونص العقد).

المصادر الأساسية

بعد القرآن الكريم

١. د. أبوبكر احمد عثمان النعيمي: الاساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية (عقود البوت B.O.T وعقود الشراكة P.P.P) دراسة تحليلة مقارنة، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م
٢. د. ابو بكر احمد عثمان: عقود تفويض المرفق العام دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة – الاسكندرية، ٢٠١٤- ٢٠١٥.
٣. د. احمد السيد عطا الله: النظام القانوني لعقود الشراكة في مشروعات المرافق العامة وفقا للقانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ واثارها القانونية والاقتصادية، ط١، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١١.
٤. د. أكرم ياملكي: الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج٢، ط٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢.
٥. أمل عبد الصمد الكوت: عقود الشراكة (P.P.P)، ط١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت - لبنان، ٢٠١٨.
٦. د. باسم محمد صالح و د. عدنان العزاوي: القانون التجاري (الشركات التجارية) دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٩.
٧. د. جابر جاد نصار: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٨. د. حسني عبدالسميع ابراهيم: إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الإمتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٣.
٩. د. حمادة عبدالرزاق حمادة: عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣.
١٠. د. داود عبد الرزاق الباز: عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
١١. عباس النصراوي وآخرون: القطاع العام والخاص في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت - لبنان، ١٩٩٠.
١٢. الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والأستاذ زهير البشير: المدخل لدراسة القانون، طبعة جديدة ومنقحة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩.
١٣. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية)، المجلد الثاني، ج٥، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٩١.
١٤. د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٥. كامل عبد الحسين البلداوي: الشركات التجارية في القانون العراقي، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل،١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
١٦. د. محمد فريد العريني و د. محمد السيد الفقي: القانون التجاري (الاعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية)، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١١.
١٧. د. محمود الكيلاني: الموسوعة التجارية والمصرفية الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، المجلد الخامس، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان =الاردن، ب ت.
١٨. د. هشام زوين ومحسن زوين واحمد اسحاق: الموسوعة العلمية في الشركات، المجلد الثاني، الكتاب الاول، مركز محمود للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.
١٩. هيوا إبراهيم الحيدري: شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٠.

٢٠. د. يسرية عبد الجليل: الوسيط في قانون الشركات البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر، مملكة البحرين، ٢٠١٨.