المقدمة

اِن الإدارة عندما تباشر نشاطها بغية تحقيق أهدافها فالمعروف إنها تستعمل الأدوات اللازمة لذلك ، ومن هذه الأدوات هي التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة وتقصد بها إحداث آثار قانونية ، ومن هذه التصرفات ما تقوم به الإدارة من جانب واحد وبإرادتها المنفردة وتشمل القرارات الإدارية ،او ان تتمثل بالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بالاشتراك مع الغير والتي تجد الإدارة نفسها مضطرة لتحقيق ما تسعى اليه الى ان تتحد إرادتها مع إرادة او إرادات أخرى لينتج عن ذلك عقد بين الإدارة وغيرها ، بحيث تتوافق الإرادتان وتتجهان نحو إحداث أثر قانوني معين ، ولجوء الإدارة الى اتباع هذا الأسلوب لتحقيق هدفها في تسيير المرافق العامة وإشباع الحاجات العامة وهذا ما يطلق عليه بالعقود الإدارية .

إن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً لا يختلف مفهومه عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم ،إذ أن كلاً منهم يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة ، والقاعدة أن للإدارة هدفاً متفقٌاً عليه وتسعى لتحقيقه ألا وهو الصالح العام في حين ان المتعاقد معها وهو في الغالب الأعم أفراد القانون الخاص يسعى لتحقيق صالحه الخاص ، ولما كان المنطق يتجه الى ان يكون الصالح العام افضل و أهم و أولى بالرعاية من الصالح الخاص فقد ترتب على ذلك ان تكون إرادة من يسعى لتحقيقه اعلى من إرادة الطرف الذي يسعى لتحقيق صالحه الخاص، ومن هنا جاء الاختلاف بين العقد الإداري والعقد المدني من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما بالرغم من انه يستلزم في كلا العقدين توافر الأركان العامة المتمثلة بالرضا والمحل والسبب ، ومرجع هذا الاختلاف ان الإدارة تبرم العقد بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها وذلك بهدف تحقيق أهداف وأغراض المرفق العام الذي من أجله تم ابرام العقد ، والسبب ان الإدارة تمثل جانب الجمهور ولابد لها من سلطات واسعة اتجاه المتعاقد معها بما يضمن لها سير المرفق العام وتحقيق النفع العام ، ولها في سبيل تحقيق ذلك حق تعديل العقد أو الرقابة والأشراف على تنفيذه ، كما لها الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها ، وفسخ العقد بإرادتها المنفردة وغيرها من الحقوق التي تستمدها من المرفق العام نفسه وفكرة السلطة العامة للدولة.

وتسعى الإدارة من اجل تحقيق الرفاهية للمواطنين عن طريق إقامة المشروعات الخدمية العامة لتقديم خدماتها بشكل افضل ،فقد سعت الدول على اختلاف مذاهبها السياسية والاقتصادية الى تحقيق التقدم الاقتصادي وتحقيق المنفعة العامة لمواطنيها ، عن طريق إبرام العقود الإدارية مع بعض الشركات سواء الوطنية أو الأجنبية في تنفيذ مشروعاتها العامة ، وتأمين استمرارية المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة.

وتعد عقود الامتياز ، ومن بينها عقد التشغيل المشترك من ابرز وأهم العقود الإدارية ،وقد تحددت طبيعته الإدارية وفقاً لمقوماته الذاتية التي ميزته تماماً عن أي عقد إداري آخر ،سواء لموضوعه أو لاتصاله المباشر بالمرفق العام أو لشروطه المتميزة والتي تهدف الى تحقيق أهداف الإدارة ، ولا سيما أنها تساعد على إنشاء البنية الأساسية للدولة ، وتقدم الخدمة المطلوبة من دون ان تتكبد الدولة نفقات هذه المشاريع ، كما وتساعد على تطوير تلك المشروعات وتحديثها مع إقامتها على أفضل حال لا سيما وان الهدف من إبرام تلك العقود يكون مناطه تحقيق المصلحة العامة.

إن التطور الحاصل في الخطط الاستثمارية للبلدان كافة ،ومنها البلدان النامية دفع حكومات هذه الدول الى اللجوء الى طريقة الامتياز في إنشاء وإدارة وتشغيل المرفق العام او تشغيل وإدارة المرافق القائمة سواء كان هذا المرفق خدمياً يتعلق (بالكهرباء ـ الصحة ـ النقل ـ الاتصالات) أو يتعلق بجانب الاستثمارات للموارد الطبيعية ومنها النفط والغاز وغيرها ، هذا التوجه لعقد الامتياز قد أوجد نظاماً متطوراً آخر لعقد الامتياز ، وهو الامتياز بعقود التشغيل المشترك خاصة عندما لا يكون بمقدور الدول النامية تأسيس البنى التحتية لمؤسساتها لعجزها من الناحية المادية والفنية.

ويمنح عقد التشغيل المشترك عن طريق إحدى الجهات الإدارية التابعة للدولة لإحدى شركات القطاع الخاص سواء كانت وطنية أو أجنبية ،بهدف تشييد احد المرافق العامة من مالها الخاص ثم تشغيله وإدارته، أو تشغيل وإدارة مرفق عام قائم ،أو تشغيله فقط مع إكمال نواقصه وتجهيزه بالمعدات والآلات والتكنولوجيا الحديثة من أجل استرداد ما أنفقته الشركة من أموال ، وتحقيق الربح من المشروع خلال مدة إدارته ،مع الالتزام بإعادة المرفق العام في نهاية مدة التعاقد بحالة جيدة الى الجهة مانحة الامتياز بغير مقابل ،وبما ان الهدف الأساسي من هذا النوع من العقود هو تحقيق المصلحة العامة كان لابد لها من التمتع بسلطات واسعه اتجاه الشريك الملتزم .

وإزاء الأهمية الخاصة لعقود التشغيل المشترك وتأثيرها الإيجابي على اقتصاد العراق بصورة عامة وتقديم الخدمات للمواطنين بصورة خاصة ،لذا ارتأينا ان نبحث في رسالتنا هذه التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود من خلال تجربة وزارة النقل بإبرام عقود التشغيل المشترك على اعتبار إنها صاحبة التجربة الأولى والرائدة باستخدام هذا النوع من التعاقد ،ولنجاح تجربة الوزارة ،اذ تم تحويل اغلب شركاتها من خاسرة الى رابحة مع تقديم افضل الخدمات وأكثرها تطوراً للمنتفعين من المرافق العامة التي تديرها مثل (الموانئ ـ الطيران ـ سكك الحديد ـ النقل البري والبحري والنهري والجوي للبضائع والمسافرين) إذ استطاعت من استقدام اكبر الشركات العالمية المتخصصة وإدخال رؤوس الأموال الأجنبية ، وسوف نركز برسالتنا على المدة ما بين عام ٢٠٠٩ و٢٠١٠ باعتبار أنها المنطلق الأول لهذا النوع من التعاقد بالبحث في التنظيم القانوني له من خلال العقود التي أبرمتها وزارة النقل في هذه الفترة والضوابط التي أصدرتها

لتسهيل عملية التعاقد واعتبارها المرجع الذي تستند عليه شركاتها العامة بإجراءات التعاقد ومع الاستفادة من العقود التي أبرمتها شركات الوزارة بعد عام ٢٠١٠ والضوابط الصادرة عام ٢٠١٥ ،للوصول الى التنظيم القانوني الذي يحكم هذا النوع من التعاقد .

أهمية موضوع البحث :

تكمن أهمية موضوع الدراسة في ان عقد الامتياز بنظام التشغيل المشترك يعد من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لمساسه بحياة المواطنين سواء في مجال الخدمات العامة أو في مجال الاستثمارات الاقتصادية الأخرى ومنها قطاع النقل ،حيث يعد النقل العصب الرئيس للحياة الاقتصادية ومن دون تطور هذا القطاع فأنه ينعكس سلباً على جميع القطاعات ،خصوصاً و ان رغبة الدولة متوجهة حالياً نحو تشجيع الاستثمار في مختلف الجوانب بهدف إعادة بناء الأسس التحتية ، و حاجة العراق لمواكبة التطورات الاقتصادية من خلال فسح المجال أمام القطاع الخاص ليقوم بدور فعال في عملية التنمية الاقتصادية ،و في الوقت نفسه جذب الاستثمارات الخاصة سواءً كانت وطنية أو أجنبية ، وعلى الرغم من افتقار التشريعات الوطنية لتشريع ينظم التعاقد وفقاً لهذا النظام ومعرفة القواعد القانونية التي تحكمه ،فضلاً عن افتقار المكتبات القانونية في العراق لدراسات متخصصة ،إلا ان تجربة وزارة النقل للأعوام ٢٠٠٩ و٢٠١٠ أثبتت نجاح هذا النوع من التعاقد بما انعكس إيجابا على تطوير جميع المرافق العامة التابعة لوزارة النقل ويضاف اليها حجم المردودات المالية الضخمة التي حصلت عليها مما جعلها تتحول من شركات خاسرة الى شركات رابحة ، وقياساً على تجربة العراق من خلال هيئة الاستثمار وحجم ما خصص لها من إمكانيات مادية وتشريعات (قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته) فإننا لم نر تجربة واحدة لإقامة مشاريع كبرى أو مشاريع استثمارية كبيرة باستثناء بعض المحاولات الخجولة التي أسفرت عن مشاريع لا تتناسب وحجم الإمكانيات التي رصدت لها والتي كلفت موازنة الدولة أموالاً طائلة ، وبالرغم من الاهتمام اللامحدود بهيئة الاستثمار على أمل أن تعود بفوائدها المستقبلية ، وبالرغم من ان هيئة الاستثمار منحت اكثر من ١١٤٠ إجازة استثمارية إلا أننا لم نقطف ثمار ذلك بمشروع استثماري كبير.

وللأهمية والمكانة البالغة التي يحظى بها عقد التشغيل المشترك كطريقة لتسيير المرافق العامة كونه يعمل على التقليل من أعباء الدولة المالية ، إذ يتحمل صاحب الامتياز إنشاء واستغلال المرفق العام ، كما ان له دوراً في إدخال التقنيات المعلوماتية والتكنولوجية للقطاع العام وتزويده بالوسائل اللازمة لسيره، وفي الوقت نفسه تحسين نوعية الخدمات العامة كماً وكيفاً وجعلها تتناسب مع المتطلبات الكبيرة والمتزايدة للمواطنين ، وبسبب النقص الواضح في التشريعات العراقية الخاصة بمثل هذا النوع من العقود إذ اقتصرت على ضوابط صادرة عن وزارة النقل وقرار من مجلس الوزراء بالرقم ٤٩٢ لسنة ٢٠١٣ لتعميم هذه التجربة على شركات وزارة الصناعة وبقية الشركات العامة العاملة في بقية الوزارات مما يتطلب من

الحكومة العراقية إعداد تشريع متكامل وموحد ليحكم مثل هذه العقود ولاسيما ان أغلب هذه العقود يكون طرفها الآخر شريكاً أجنبياً ، مما دفعنا الى بحث هذه العقود لتوضيح النظام القانوني لها مما يساعد الباحثين على التوسع في البحث والتفصيل وكذلك المشرع على وضع تشريعاً ينظمها .

نطاق البحث :

يشتمل بحثنا على دراسة عقد التشغيل المشترك من حيث ماهيته من خلال تعريفه لغةً واصطلاحاً وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع قانونية وبيان أنواعه وأهميته والطبيعة القانونية له وخصائصه التي تميزه عن بقية العقود الإدارية وبيان أسس إبرامه المتمثلة في كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة ،وكيفية إعداد مشروع هذا العقد والأثار التي تترتب على إبرامه والمتمثلة بحقوق والتزامات طرفي التعاقد ونهاية عقد التشغيل المشترك الطبيعية وغير الطبيعية ، وأخيراً طرق حل المنازعات الناشئة عن تنفيذه وبيان الاختصاص القضائي في المنازعات الناشئة عنه ، ومدى ولاية المحاكم العراقية للنظر فيها .

مشكلة البحث :

تتجسد مشكلة البحث بعدم وجود نظام قانوني كامل أو تشريع يأخذ على عاتقه تنظيم الأحكام المتعلقة بعقد التشغيل المشترك أسوة بما هو عليه العمل ببقية العقود الإدارية سواء في العراق أو بقية الدول ،فضلاً عن افتقار المكتبات القانونية في العراق لدراسات متخصصة بهذا النوع من التعاقد ،ويضاف اليها مشكلة أخرى تتمثل بعدم إدخال المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري ومن المعلوم أن العقود الإدارية لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد فمنها ما يخضع لأحكام القانون الخاص ومنها ما يخضع لأحكام القانون العام والضابطة الرئيسة للتفرقة بينهما هي خضوع المنازعات الناشئة عنهما للقضاء الإداري أو القضاء العادي ،إذ أن أغلب الدول ذات النظام القضاء المزدوج ذهبت إلى إيكال مهمة الفصل في منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الإداري كما هو الحال في فرنسا ومصر ولبنان ، أما في العراق فإن منازعات العقود الإدارية خاضعة لاختصاص القضاء المدني (العادي) وهذا ما نصت عليه المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩على أنه ((تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعة والمعنوية العامة والخاصة ،إلا ما استثنى بنص خاص)) وبالرغم من صدور التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة والذي استحدث محكمة القضاء الإداري إلا انه قصر اختصاصها بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام.

ولم يتغير الحال حتى بعد صدور التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ ، وبذلك فإن العقد الإداري مستثنى من اختصاص محكمة القضاء الإداري ويظل القضاء العادي هو صاحب الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية عموماً وعقد التشغيل المشترك خصوصاً .

منهج البحث :

اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي والوصفي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع والآراء التي قيلت فيها واخذ الراجح منها ،وكذلك الضوابط والقرارات الصادرة بشأن عقد التشغيل المشترك والعقود المبرمة وفقاً لهذا النوع من التعاقد ، ودراسة ما جرى العمل عليه في الفقه والقضاء العراقيين بهذا الخصوص مع الإشارة قدر الإمكان الى ما هو معمول به في الدول الأخرى .

هيكلية البحث :

من أجل إشباع موضوع البحث بما يستحقه من الدراسة فقد ارتأينا تقسيمه وفقاً للخطة البحثية الآتية :

سنتناولنا في الفصل الأول التعريف بعقد التشغيل المشترك من خلال تعريفه وبيان أنواعه وأهميته والطبيعة القانونية لهذا العقد ومعيار تمييزه عما يشتبه به من أوضاع قانونية وخصائصه ومقارنته مع العقود المشابهة له ،والفصل الثاني تطرقنا فيه لإجراءات التعاقد بنظام التشغيل المشترك من خلال البحث في التحضيرات والمراحل التمهيدية قبل البدء بإجراءات التعاقد وكيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة ، وآثار عقد التشغيل المشترك والمتمثلة في حقوق والتزامات الإدارة كحق الرقابة والإشراف والتوجيه وحق تعديل العقد دون التوقف على إرادة الملتزم وحق توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة ، وآثار عقد التشغيل المشترك بالنسبة للشريك الملتزم وتبيان حقوقه والمتمثلة بحق الملتزم باحترام الإدارة لالتزاماتها الناشئة عن العقد وكذلك بحق الملتزم بالحصول على المقابل المالي وحقه بالحفاظ على التوازن المالي ، بالإضافة الى التزاماته الناشئة عن عقد التشغيل المشترك كالتزامه الشخصي بتنفيذ العقد والتزامه بإدارة وتشغيل وصيانة المرفق العام والتزامه بالقيام بالإنشاءات ونقل التكنولوجيا الحديثة وتدريب العاملين ، أما الفصل الثالث تناولنا فيه نهاية عقد التشغيل المشترك بالطرق الطبيعية وغير الطبيعية ، وأخيراً آلية تسوية المنازعات الناشئة عن إبرامه وتنفيذه وبيان الاختصاص القضائي في المنازعات الناشئة عنه ، ومدى ولاية المحاكم العراقية للنظر فيها .