



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

﴿ أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية ﴾

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص
كتبت بواسطة

يوسف حميد طاهر السعبري

بإشراف

أ.م.د. أشراق صباح صاحب

ربيع الثاني 1444هـ

نوفمبر / 2022م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ لِيَجْزِيَ الَّذِينَ أَسَاءُوا بِمَا عَمِلُوا﴾

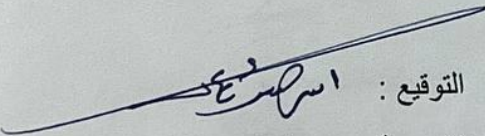
﴿وَيَجْزِيَ الَّذِينَ أَحْسَنُوا بِالْحُسْنَى﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة النجم ﴿الآية 31﴾

اقرار مشرف

اشهد ان رسالة الماجستير الموسومة (أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية " دراسة مقارنة ") المقدمة من قبل الطالب (يوسف حميد طاهر) الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص جرى تحت اشرافنا ورشحناها للمناقشة ... مع التقدير

التوقيع : 

الاسم : أ. م . د اشراق صباح صاحب

الاختصاص : القانون التجاري

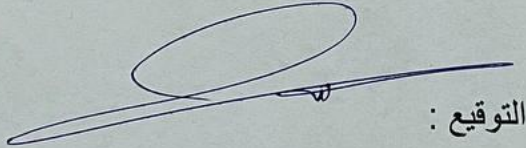
جامعة كربلاء

التاريخ : 2022 /11/

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت رسالة الماجستير الموسومة (أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (يوسف حميد طاهر) الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، وقد وجدتھا صالحة للمناقشة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، بعد ان أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير



التوقيع :

الاسم : أ . م . د سامر عبد الكاظم جلاب

الاختصاص الدقيق : لغة عربية / نقد حديث

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ
(اثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (يوسف حميد طاهر)
في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع
القانون الخاص وبدرجة (٨٠ / ١٠٠) .

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. هيفاء مزهر فلحي

(عضواً)

التاريخ: 2022 / /

التوقيع :

الاسم: أ.د. اسراء فهمي ناجي

(رئيساً)

التاريخ: 2022 / /

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. اشراق صباح صاحب

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: 2022 / /

التوقيع :

الاسم: أ.م. د. عقيل كريم زغير

(عضواً)

التاريخ: 2022 / ١١ / ١٥

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع :

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 2022 / ١١ / ١٥

الأهداء

إلى من علمني الصبر والثبات ، العنفوان والعناد ، حتى احقاق الحق ، إلى روح والدي العزيز رحمه الله

اجلالاً واحترماً.

الى من علمتني الاحدود للمحبة والتضحية والعتاء ، إلى روح والدي العزيزة رحمها الله حباً وكراماً .

الى جميع الأساتذة الاولين والآخرين إلى الدكتورة اشراق صباح

تقديرًا وعرفاناً .

الى مداد ابي ومنتكئى وقدوتي سيد بدر السعبري

حبا واحترماً.

الى سندي في شدتي ورخائي ، أشقاء الدم ، أخي واخواتي

فخرًا واعتزازًا.

إلى شريكة الروح ، ورفيقة دربي زوجتي العزيزة إلى ثمرة فؤادي أولادي الأحبة

حبًا ووفاء .

شُكْرٌ وَغُرْفَان

بعد الشكر لله على ما أنعم عليّ من إتمام هذا الرسالة، بمفاصلها جميعاً، فأني أتوجّه بخالص الشكر الجزيل إلى عمادة كلية القانون- جامعة كربلاء، وإلى معاونيها العلمي، والإداري، وإلى رئيس فرع القانون الخاص؛ لما يبذلونه من جهدٍ، وتقانٍ، وإخلاص، في سبيل نجاح العملية التعليمية.. وأتقدّم بالشكر إلى الأساتذة في كلية القانون، الذين كان لهم الفضل الأكبر في وصولي إلى هذه المرحلة، ولا أجد ما أقابل فيض عطائهم سوى الدعاء لهم بالتوفيق، والعمر المديد..

وأجدني قاصراً عن صوغ شكرٍ يليق بأستاذتي المشرفة الدكتورة: أشراق صباح صاحب؛ لتفضّلها بقبول الإشراف على إعداد هذه الرسالة، ولما بذلته من جهدٍ في رعايتها لي بعد الله سبحانه وتعالى، فقد قامت بالنصح، والتقويم، والتعديل، وكانت ذات قلب طيب في تعاملها معي، وفي إبدائها للنصائح، والإرشادات حتّى تمّت هذه الدراسة ببركة ما بذلته من علمٍ ومعرفة، ولا يسعني إلا أن أدعو لها بدوام التوفيق، وأن يجزيها الله تعالى عنّي كلّ خير..

ثمّ أتوجّه بالشكر والامتنان إلى موظفي كلية القانون، وموظفي مكاتب كلية القانون في جامعة كربلاء، وبابل، والعتبتين الحسينية، والعباسية على ما يبذلونه من تعاونٍ مع الباحثين، وعلى سعة صدورهم في إنجاز متطلبات البحث عن المصادر والمراجع، وشكري متّصل إلى زملائي في الدراسة، وإلى كل من أبدى مساعدتي.... لهم جميعاً شكري وتقديري وامتناني.

الباحث



﴿المحتويات﴾

رقم الصفحة	الموضوع
4 - 1	مقدمة
59 - 5	الفصل الأول: مفهوم الشراكة الاستراتيجية
25 - 7	المبحث الأول: ماهية الشراكة الاستراتيجية
19 - 7	المطلب الأول: التعريف بالشراكة الاستراتيجية
13 - 8	الفرع الأول: تعريف الشراكة الاستراتيجية
19 - 13	الفرع الثاني: خصائص الشراكة الاستراتيجية
25 - 19	المطلب الثاني: أنواع الشراكة الاستراتيجية
22 - 21	الفرع الأول: الشراكة الاستراتيجية ذات الطابع العقدي
25 - 22	الفرع الثاني: الشراكة الاستراتيجية ذات الطابع التعاوني
59 - 25	المبحث الثاني: تمييز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهر بها والشروط الخاصة
33 - 26	المطلب الأول: تمييز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهر بها من أوضاع قانونية

رقم الصفحة	الموضوع
29 – 28	الفرع الأول: تمييز الشراكة الاستراتيجية عن الشركة
30 – 29	الفرع الثاني: تمييز عقد الشراكة عن عقد البوت (B.O.T)
33– 31	الفرع الثالث: تمييز الشراكة الأستراتيجية عن الخصخصة
59 – 33	المطلب الثاني: شروط إبرام الشراكة الاستراتيجية
54 – 34	الفرع الأول: أطراف عقد الشراكة الاستراتيجية
59 – 54	الفرع الثاني: شروط الشراكة الاستراتيجية
107-60	الفصل الثاني: احكام رأس المال في الشراكة الاستراتيجية
90 – 60	المبحث الأول: أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية
75 – 60	المطلب الأول: دور رأس المال في تكوين الشراكة الاستراتيجية
64 – 62	الفرع الأول: التمويل النقدي والعيني في تكوين رأسمال الشراكة الاستراتيجية
75 – 65	الفرع الثاني: الشكل القانوني للشراكة الاستراتيجية
90 – 76	المطلب الثاني: آثار الشراكة الإستراتيجية
84 – 76	الفرع الأول : العلاقة بين أطراف الشراكة الاستراتيجية

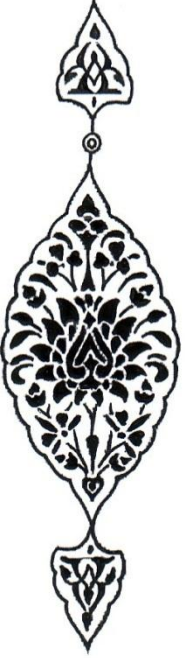
رقم الصفحة	الموضوع
90 - 85	الفرع الثاني: العلاقة بين أطراف الشراكة والغير
107 - 90	المبحث الثاني: انقضاء عقد الشراكة
98 - 91	المطلب الاول: الأسباب العامة للانقضاء
94 - 92	الفرع الاول: الانقضاء بالتنفيذ
98 - 94	الفرع الثاني: انتهاء عقد الشراكة
98	الفرع الثالث: انتهاء الشراكة
107- 99	المطلب الثاني: الأسباب الخاصة للانقضاء
100 - 99	الفرع الأول: الانقضاء بلافلاس
105 - 101	الفرع الثاني: الانقضاء من خلال دمج الشركة
107 - 105	الفرع الثالث: انقضاء عقد الشراكة بالفسخ
113 - 109	الخاتمة
124 - 114	المصادر
A - B	Abstract

المستخلص

تهدف هذه الدراسة الى ابراز أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية بوصفها إحدى وسائل جذب الاستثمار الاجنبي والمحلي والتكنولوجيا الصعبة والمتطورة، ووسيلة لتنفيذ وتمويل مشاريع البنى التحتية والمرافق العامة لاسيما بعد نجاح هذه التجربة في كثير من دول أوروبا واسيا والابتعاد عن سياسة احتكار الدول لخطط التنمية الاقتصادية اضافة الى زيادة العبئ المالي والمشاكل الاقتصادية التي أدت الى زياده النفقات الحكومية مع وجود عجز الموازنات العامة، اصبح من الضروري البحث عن أساليب جديدة لأقامة هذه المشاريع الذي دفع الدول أتباع طريقة التعاقد تجسد الشراكة الاستراتيجية، لذلك تضمن دستور العراق لسنة 2005 على ضرورة اصلاح الاقتصاد العراقي على وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده، وتنويع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته وصدرت على ضوء هذا الدستور العديد من القوانين اعطت دور بارز للقطاع الخاص في المشاريع الاستثمارية والخدمية والاقتصادية ومن أهمها قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل الذي شمل مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأحكامه ، وسمح قانون التعديل الخامس رقم (28) لسنة 2015 لقانون الشركات العامة للشركات العامة حق المشاركة مع الشركات الرصينة لتنفيذ اعمال ذات علاقة بأهداف الشركة داخل العراق، وتضمن قانون المدن الصناعية رقم (2) لسنة 2019 على تشجيع مشاركة القطاع الخاص في استثمار المدن الصناعية.

تبين للباحث من خلال الدراسة بعدم فاعلية وكفاية القوانين في تغطية مراحل الشراكة الاستراتيجية الامر الذي يتطلب تنظيماً تشريعياً يلم بجوانبها كافة، لأن أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية ذات طبيعة خاصة ومعقدة تقوم على أساس مبدأ توزيع المخاطر وتعدد صورها ومراحل تنفيذها وتعدد الاطراف المتداخلة فيها مما يتطلب اجراءات وشروط بعضها سابق للتعاقد وبعضها أثناء التعاقد والبعض الأخر ما بعد التعاقد ومنها على سبيل المثال امتلاك رأس المال او الخبرة الفنية أو التكنولوجية امتلاك الاسواق اضافة الى الخبرة الادارية او تحديد المقابل المالي اضافة الى وسائل تسوية المنازعات وجعل ذلك مرجعاً عاماً للأطراف، لذا يدعو الباحث البرلمان بـلتصويت على مشروع قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتنظيمها مع بعض التعديلات على المشروع اسوة بما معمول في قوانين بعض الدول (فرنسا ومصر) محل المقارنة.

المقدمة



المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

إنّ الحاجات المتعددة والمستمرة جعلت من الفرد في مختلف الأزمنة يفكر في سدّها تارةً عن طريق توفيرها مباشر من محيطه الخارجي، و أخرى عن طريق الحصول عليها من الغير إذ كان أفراد المجتمعات في بادئ الأمر يعتمدون المقايضة عن طريق مبادلة سلعة فائضة عن حاجة شخص مع أخرى من غيره يكون الأول بحاجة لها، إلا أن التقدم الحضاري والتقني الذي شهدته الحياة بمختلف جوانبها الغى اعتماد المقايضة كوسيلة لأبتياح السلع والخدمات لا سيما بعد تداول النقود التي مثلت وسيلة ناجحة في التعاملات بين الأفراد.

كما تزايدت أهمية مشروعات البنية الأساسية الكبرى في العقود الثلاثة الاخيرة، لاسيما المشروعات التي تقام خلال الشراكات وذلك لتعاضد دور القطاع الخاص بتمويل المشروعات الكبرى فلم يقتصر تمويل هذه المشروعات على أجهزة الدولة فحسب حيث أصبح القطاع الخاص يضطلع بدور الريادة في قيادة النشاط الاقتصادي، ويقوم بدور كبير في تمويل هذه المشروعات حتى يخفف الأعباء عن كاهل الدول النامية كأنتاج وتوزيع الكهرباء ، الطرق العامة، الموانئ والمطارات وغيرها من الأنشطة التي يمكن من خلالها بالادارة والتشغيل ولا يخفى حقيقة ما لهذا التمويل من أثر متمامي في معالجة قصور التمويل الحكومي وتوفير العملة الاجنبية لتحقيق التنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا.

ولم تقتصر صور مشاركة القطاع الخاص على مشاريع تتعلق بالتمويل والإدارة والتشغيل التي تتخذ بجانبها عدة صور أخرى وهي تلك التي تعرف بـ (P.P.P) وتعرف صور المشاركة بنظام بأنها تلك الصور التي يشارك القطاع الخاص فيها.

ثانياً: أهمية الدراسة

أن للشركات بصورها كافة أثراً كبيراً في الوقت الحاضر على الحياة العامة من جوانبها كافة سواء الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية، فقد أصبحت تلك الكيانات التجارية تمارس أهم الأدوار وأكثرها فاعلية وخاصة ما يتعلق بالشركات متعددة الجنسية التي أصبحت في الوقت الحاضر تشترك وتؤثر حتى في صناعة القرار السياسي.

ومن هنا أصبح هذا العصر يسمى بعصر الشركات التجارية حيث استمال أصحاب رؤوس الأموال فكرة توظيف أموالهم في شكل شركة تجارية لعدة أسباب أهمها المردود المادي الجيد فضلاً عن إمكانية القيام بالمشاريع الكبيرة التي تستطيع النهوض بها تبعاً لما تنطوي عليه من إمكانات ناجمة عن صهر أموال كثيرة في بوتقة واحدة خصوصاً في حالة الشركة التي يقوم مجلس الإدارة فيها على الشراكة الاستراتيجية.

وتتبع أهمية دراسة هذا الموضوع من الرغبة في تطوير قانون الاستثمار العراقي فيما يخص الشراكة الاستراتيجية من خلال إجراء مقارنة ببعض القوانين ومعرفة القرارات القضائية والآراء الفقهية في الموضوع.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

لا يخفى أن سلطة التعاقد مع الشركة تعد الوظيفة الأكثر فاعلية فيما يتولى مجلس الإدارة لغرض الوصول إلى استمرار نشاطه فلا يمكن أن نتصور القيام بهذه المهام من جميع مساهمي الهيئة العامة كون هذه التعاقدات تستوجب سرعة الإجراءات وسرعة إثباتها وتوطيد الثقة المتبادلة والذي يتعذر على الهيئة العامة القيام بها فيبرز دور مجلس الإدارة بتذليل تلك الصعوبات كونهم نوي مواصفات إدارية وفنية تتلاءم مع سهولة الأتصال وكثرة اللقاءات والاجتماعات بين أعضاء مجلس الإدارة حتى لو تطلبت تلك الإجراءات استخدام الأتصال الفوري للحصول على الموافقة لحين عقد الاجتماعات الدورية أو الاستثنائية فأضفت الأهمية على هذا المجلس، ومن هنا تبرز الإشكالية الأولى لدراسة هذا الموضوع من ناحية التساؤل عن اثر الشريك الاستراتيجي في التعاقد من الناحية الايجابية والسلبية .

وما للتطور الاقتصادي في عصرنا الحديث من قدرة على جمع رؤوس الأموال والقيام بإنجاز المشروعات والأعمال الضخمة التي تتطلب أموال طائلة وخبرة ادراية وفنية ، تفتقد الشركات التي تضم شركاء استراتيجيون إلى دراسة معمقة ومفصلة وهذا ما يعزز الرغبة في بحث هذا الموضوع.

ولا تقف حدود إشكالية هذا الموضوع عند هذا الأمر، بل أن الإشكالية الأبرز لدراسة هذا الموضوع تتجسد في عدم وجود تنظيم قانوني للشريك الاستراتيجي في العراق وكذلك مدى حدود هذه المسؤولية للشريك الاستراتيجي قبل الشركة كشخص معنوي، والمسؤولية المدنية الخاصة كل هذه التساؤلات وغيرها سوف نقوم بمعالجتها من خلال هذا البحث.

رابعاً: منهجية الدراسة

سوف نعتد لدراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي والمنهج المقارن متخذين من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل لسنة 2004 أساساً للمقارنة مع كل من القانون المصري رقم (67) لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ولائحته التنفيذية رقم (238) بتاريخ 2011/1/23 والقانون الفرنسي رقم (730) لسنة 2008 ، والقانون رقم (179) لسنة 2009، إضافة إلى الإشارة لموقف قوانين أخرى من أجل الاستئناس بأفكارها المتعلقة بالموضوع مدار بحثنا، مقارنة بينها وبين أحكام قانون الشركات العراقي.

خامساً : هيكلية البحث

استناداً إلى ما تقدم من أهمية الموضوع والإشكالية والمنهجية قسمنا الدراسة إلى فصلين خصصنا **الفصل الأول** وعنوانه مفهوم الشراكة الاستراتيجية قسمناه إلى مبحثين الأول ماهية الشراكة الاستراتيجية و الثاني تمييز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهر بها والشروط الخاصة و نتناول في **الفصل الثاني** وعنوانه أحكام رأس المال في الشراكة الاستراتيجية على مبحثين، الأول أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية ، والثاني انقضاء عقد الشراكة ، ونختم الدراسة بخاتمة بما توصلنا إليه من نتائج وما تليها من توصيات .

الفصل الأول

مفهوم الشراكة الاستراتيجية



الفصل الأول

مفهوم الشراكة الاستراتيجية

أدى تطور سياسة اقتصاد السوق الحر إلى فتح طريق المشاركة بين القطاعين العام والخاص نحو تمويل وبناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية التي كانت حكرًا على الدولة، إذ كان أمام هذه الدول إفساح المجال للمبادرات الخاصة والفردية وإطلاق النشاط الاقتصادي لآليات السوق الحر أن تسعى لتحقيق هذه الغاية من خلال عدة وسائل، منها اللجوء إلى الخصخصة بمعناها الفني المتمثل ببيع المشروعات العامة للقطاع الخاص أو من خلال اللجوء إلى الأسلوب الآخر للخصخصة وذلك بالركون إلى الإدارة الخاصة للنشاط الحكومي مع الإبقاء على ملكية الدولة للمشروع المزمع تنفيذه عن طريق تمويل القطاع الخاص للإنشاءات والمرافق العامة دون زيادة الأعباء المالية للدولة، وفي هذا يمكن أن نرصد عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص كوسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، إذ يحقق هذا النمط من التعاقد إمكانية دخول الدول في الأسواق العالمية بطريقة أكثر فاعلية ليحقق الاستفادة من القطاع الخاص في مجال الموارد والخبرة والقوة الإدارية والفنية للدخول في تلك الأسواق .

وتتمتاز القواعد المنظمة لعقد الشراكة بالحدثة وندرة تناول الفقه القانوني في العراق لهذا العقد على الرغم من كثرة إبرامه في الوقت الحاضر وبشكل متنامي، وحيال ذلك نجد أن قواعده وأطر تنظيمه مبعثرة بين ثنايا القانون الخاص وفروعه، فتنظم أحكامه قواعد العقد وقواعد الالتزام العامة وبعض قواعد قانون التجارة على خلاف بعض التشريعات التي نظمت أحكام هذا العقد انطلاقاً من أهميته المتزايدة على صعيد العلاقات القانونية والاقتصادية كونه من الأساليب المهمة في مجال تمويل القطاع الخاص لأنشطة القطاع العام.

لذا فإن الدراسة في هذا الفصل تقتضي بيان مفهوم الشراكة الاستراتيجية لذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين الأول: ماهية الشراكة الاستراتيجية، أما المبحث الثاني: تناولنا به تمييز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهر بها والشروط الخاصة :

المبحث الأول

ماهية الشراكة الاستراتيجية

أدت المتغيرات في البيئة الدولية والاقتصادية خلال العقدين الماضيين إلى أنتشار ظاهرة العولمة وانفتاح الاسواق العالمية وزيادة حدة المنافسة على الاستثمار لما يحققه من خلق فرص عمل وتوفير رؤوس الأموال والتطور في مختلف جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية منها لتحقيق مالم تستطع الدول وقطاعاتها العامة انجاحها وفي مختلف الدول لاسيما في الدول النامية بتوفيرها لشعوبها مما الزمها أن تتخذ هذه الخطوات التي لاحظت نجاحها في الكثير من دول العالم المتقدمة باتخاذها منحىً جديداً لم يكن معمولاً به إلا وهو الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص والذي انبثقت عن سياسة السوق الحر لتمويل وتشغيل البنية الأساسية " ... ان القوانين التي تنظم الاستثمار هي قوانين تطبق على كل من يشمل القانون أي الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الوطني والمستثمر الاجنبي" ⁽¹⁾ كانت سياسات الدول آنذاك تجعلها حكرا عليها في أغلب دول العالم الثالث بصورة خاصة وبعض دول العالم بصورة عامة حيث تعد الشراكة من أساليب التعاون الحديثة نسبياً إذ تظهر الحاجة إلى الإلمام بتعريفها وإبراز أهم الخصائص من أجل أعداد دراسة قانونية تنفع المشرع العراقي في حال أراد وضع تشريع خاص بموضوع الدراسة ومن هنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو الآتي: المطلب الأول: التعريف بالشراكة الاستراتيجية ؛ المطلب الثاني: أنواع الشراكة الاستراتيجية وكما يلي:

المطلب الأول

التعريف بالشراكة الاستراتيجية

تعد الشراكة الاستراتيجية الاساس لنجاح المشروع، إذ إن الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص "على كافة مشروعات البنية الأساسية مثل الكهرباء والطاقة وخدمات امداد مياه الشرب والصرف الصحي ... لكي تطبق الشراكة يجب ان تكون هذه المشروعات تدر ارباحا مقابل تقديم الخدمة" ² وتعد الشراكة الاستراتيجية المعين الذي يعين الدولة وقطاعاتها العامة على قدرات وتطورات نجاح مشاريع البنى الأساسية ويجب أن يكون الطرفين لهما منفعة

¹ ميساء هاشم السامرائي ، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، منشورات زين الحقوقية ،بيروت – لبنان، ط1، 2018، ص23.

² صكبان خليل الشمري ، التمويل المصرفي لمشروعات البنية الأساسية بنظام مشاركة القطاع العام والخاص، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ط1، 2019 ، ص296

بالمشاركة ولديهم الحلول لنقاط الضعف المراد معالجتها من خلال الشراكة وتفادي المشاكل وحلها بشكل بسيط ، ويفضل أن يكون المشروع له شريكين لأن ذلك يعد عامل كبير في نجاح الشراكة مع احتفاظ كل واحد منهما بوظيفته ومهامه الأساسية المتفق عليها، وتكون الشراكة الاستراتيجية المناسبة للنهج الصناعي الحديث سواء كان الشريك الاستراتيجي محليا أم عالميا أم كليهما معا طالما تتوافر لكلا الحالتين الثلاث كفاءة الإدارة والكفاءة التقنية والمليء المالية.

إن مفردة الشراكة الاستراتيجية لها مدلول لغوي واصطلاحي سنحاول بيانها ضمن هذا المطلب في فرعين كالآتي:

الفرع الأول

تعريف الشراكة الاستراتيجية

أولاً: تعريف الشراكة الاستراتيجية لغةً

الشراكة في اللغة "مأخوذة من أشرك - شرك والجمع شركاء، و شاركه صار شريكه، واشتركا في كذا وتشاركا وشركه في البيع والميراث، والاسم الشرك وجمعه أشراك كشبر وأشبار، والشرك أيضا الكفر وقد اشرك بالله فهو مشرك"⁽¹⁾ وقوله تعالى: (وأشركه في أمري) "أي أجعله شريكي فيه، ويقال اشترك الأمر أي اختلط والتبس، واشترك فلان في كذا أي دفع أجرة مقابل الانتفاع به، واشترك الرجلان أي كان كل منهما شريكا للآخر، " (2) و (الشركة) هي عقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل مشترك، "والشريك هو المشارك غيره في التجارة ونحوها ، ومال أو أمر مشترك يعني أن لك ولغيرك فيه حصة وطريق مشترك هو طريق يستوي فيه الناس، وأسم مشترك تشترك فيه معان كثيرة"⁽³⁾.

إما كلمة استراتيجي المأخوذة من كلمة استراتيجية فليس لها جذر لغوي عربي، بل هي كلمة اغريقية وتعني تنويع المحفظة الاستثمارية لتحقيق توازن الدخل مع الربح الرأسمالي مع تجنب المغالاة في المخاطرة وتعرف باللغة الإنجليزية بمصطلح (Strategy) ، هي "مفهوم ذو دلالة عسكرية، إذ استخدمت في الحروب القديمة من أجل وضع الخطط المناسبة للإعداد للحرب قبل وقوعها، أو من أجل حماية المعسكر، أو الدولة من أي هجوم محتمل، لذلك تمّ تصنيف

¹ جمال الدين ابن منظور، الموسوعة العنقيدية، المكتبة الشاملة الحديثة، 2010، 2، ص461.

² احمد بن محمد الصديق، الوجيز المستشير، دار العهد الجديدة للطباعة، ج 2، 1990، ص8.

3 - جمال الدين ابن منظور، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ج 2، 2004، ص80.

الاستراتيجية كفن من الفنون العسكرية، والذي يساهم في التعامل مع الظروف كافة التي تؤدي إلى الاستعداد لحالة الحرب"⁽¹⁾.

ثانيًا: تعريف الشراكة الاستراتيجية اصطلاحاً

نتناول في هذا الإطار التعريف التشريعي والتعريف الفقهي وكما يلي:

1- التعريف التشريعي

للقوف على تعريف عقود الشراكة الاستراتيجية من الناحية التشريعية نبين أولاً تعريف المشرع العراقي والفرنسي والمصري.

بالنسبة لموقف المشرع العراقي من تعريف عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص فعلى الرغم من أن المشرع العراقي في قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 المعدل لسنة 2004 في المادة 7 فقرة اولاً سمح للجهات الادارية لأبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص بتشريعات مختلفة الا أنه لم يصدر إلى الآن تشريعاً عاماً يعرف وينظم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ويوضح اطارها العام، إلا أنه يوجد مشروع قانون تم قراءته قراءة اولى وثانية في البرلمان ولم يصوت عليه لحد الان ، وقد عرف المشرع في مشروع القانون عقد الشراكة بأنه "عقد يبرم بين جهة من القطاع العام واخرى من القطاع الخاص لمدة محددة يعهد بموجبه إلى القطاع الخاص تصميم أو تنفيذ المشروعات المشمولة بأحكام هذا القانون أو تمويلها كلياً أو جزئياً أو اعادة توظيفها أو صيانتها أو استغلالها أو تشغيلها أو اتاحة خدماتها للجمهور"⁽²⁾

وعرف المشرع الفرنسي عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في المادة الاولى من المرسوم الجمهوري (2004_599) الصادر 17 يونيو 2004 المعدل بالقانون (2008_735) الصادر في 28 يونيو "عقود الشراكة هي عقود تبرمها الجهة الإدارية تستند بموجبها الدولة أو احدى المؤسسات العامة للدولة إلى أحد أشخاص القانون الخاص، ولمدة تحدد وفقاً لمدة استهلاك الاستثمارات أو طرق التمويل المعتمدة، وهي مهمة عالمية تتعلق بتمويل الاستثمار أو المؤدات

1- عبد الحميد الهداوي، المحكم والمحيط الأعظم دار الكتب العلمية، بيروت، ج 2، ط1، 2000 ، ص321.

2 - مشروع قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المرسل بكتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء / دائرة شؤون مجلس الوزراء واللجان ذي العدد ش. ز. ل / 29056 / 10/1/10 في 27/8/2019 إلى مجلس النواب العراقي / مكتب الأمين العام لمجلس النواب.

غير الملموسة اللازمة للخدمة العامة، لبناء أو تحويل الأعمال أو المعدات، وكذلك لصيانتها أو تشغيلها أو لأدارتها مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة بدفعها بشكل مجزأ خلال مدة التعاقد"⁽¹⁾

وعقد الشراكة "قانون عقد الشراكة واللائحة التنفيذية الخاصة به رقم 340 لسنة 2019 بتاريخ 20 اذار 2019"⁽²⁾ عرف مرسوم المشتريات الفرنسي 1074 لسنة 2018 عقد الشراكة بموجب المادة 1112_1 بأنه "عقد اداري يهدف إلى تكليف مشغل اقتصادي مستثمر مجموعة من الفاعلين الاقتصاديين المستثمرين بمهمة عالمية يكون هدفها بناء أو تحويل أو تجديد أو تفكيك الهياكل والمعدات أو السلع غير المادية اللازمة للخدمة العامة أو لممارسة مهمه ذات مصلحة عامة أو تمويلها بصورة كلية أو جزئية"⁽³⁾

عرف الامر (556) الصادر في 17_6_2004 المعدل "عقد الشراكة عقد اداري يعهد بمقتضاه أحد اشخاص القانون العام إلى أحد اشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة متعلقة بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام مقابل مبالغ مالية تلتزم

1 - المرسوم المنظم لعقود الشراكة الفرنسي رقم 599 لسنة 2004.

2 - بحلول 17 ابريل 2014 اصدر الاتحاد الأوروبي توجيهات جديدة حول المشتريات الحكومية بعد الاتفاق بين دول الاعضاء والبرلمان الأوروبي والمفوضية، تتضمن التزاما على الدول الأعضاء إن تترجم هذه التوجيهات الخاصة بالعقود الحكومية إلى تشريعات وطنية خلال 24 شهرا وعلى هذا الأساس تم إعادة تشكيل النطاق القانوني لعقود الشراكة عن طريق تحويل التوجيهات الأوروبية العائدة إلى اتفاقيات الشراء والامتياز العامة وتم إلغاء مرسوم 559 لسنة 2004 نهائيا بموجب المرسوم رقم 5899، بتاريخ 23 تموز، 2015 المتعلق بالمشتريات العامة وعقد الشراكة (قانون عقد الشراكة واللائحة التنفيذية الخاصة به رقم 340-2019، بتاريخ 20 آذار، 2019 (مرسوم عقد الشراكة)، إضافة إلى صدور قانون رقم 65-2016، المتعلق باتفاقيات الامتياز (قانون عقد الامتياز).

وعلى الرغم من تحويل التوجيهات الأوروبية وتطبيق القوانين والمراسيم أعلاه كان يهدف إلى توضيح وتحديث البنية القانونية الفرنسية، بقيت القواعد القانونية التي تحكم عقود الشراء العامة (بما في ذلك عقود الشراكة واتفاقيات الامتياز موزعة في ما يقارب 30 نص قانوني، لذلك تقرر في عام 2018، جمع قانون عقود الشراكة و عقد الامتياز والعقود الادارية الأخرى في وثيقة قانونية واحدة تضم جميع القواعد المتعلقة باتفاقيات الشراء والامتياز العامة من اجل توفير وصول افضل للشركات لها، مع التركيز على الشركات صغيرة ومتوسطة الحجم (بتعبير آخر ليست هناك أي تغييرات كبيرة على جوهر الشروط القانونية).

وبناء على ذلك صدر المرسوم رقم 1074-2018، بتاريخ 24 تشرين الثاني، 2018 ، واللائحة التنفيذية الخاصة به رقم 1075 - 2018 بتاريخ 3 كانون الأول، 2018 ودخلت حيز التنفيذ في 1 نيسان، 2019. محمود محمد علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية (بالعربية والانجليزية)، مصر، الطبعة الخامسة، 2017، ص75.

3 - ويقصد بالمشغل الاقتصادي (المستثمر) بالمعنى المقصود في قانون النظام العام: - هو أي شخص طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص، أو أي مجموعة من الأشخاص يتمتعون بشخصية اعتبارية أو بدونها، يقدمون في السوق تنفيذ الأعمال أو الهياكل، أو توريد المنتجات أو تقديم الخدمات.

الإدارة بدفعها إلى المتعاقد معها بشكل مجزأ طوال مدة العقد بحيث تتولى مؤسسات من القطاعين الحكومي والخاص العمل معا لتحقيق ذلك خاصة بالمشاريع المتعلقة بالبنية التحتية"⁽¹⁾

أما المشرع المصري فقد عرف عقد الشراكة الاستراتيجية في المادة (2) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة من قانون رقم 67 لسنة 2010 بأنه: - "عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (2) من القانون"⁽²⁾

وبين في المادة نفسها بأن المقصود "شركة المشروع هي الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود الشراكة"⁽³⁾.

ويرى الباحث ضرورة الأخذ برأي المشرع المصري كونه الأقرب لفكرة الشراكة الاستراتيجية وحالات تطبيقها في العراق.

2-ثانياً: التعريف الفقهي

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

فمن الفقه من يرى بأن "الشراكة هي التنظيم بين كيان قانوني (الحكومة) من جهة وبين القطاع خاص من جهة أخرى لتصميم البناء والتمويل وتشغيل الأصول العامة أو الخدمات العامة عن طريق الاستثمار أو إدارة القطاع الخاص لفترة محددة من الزمن"⁽⁴⁾.

ويرى البعض بأنها" نوع من العقود تبرمه جهة عامة مع شريك من القطاع الخاص لتصميم منشأة عامة أو بنائها أو تجهيزها أو تشغيلها أو صيانتها ويتقاضى الشريك بموجب تعاقبه من المال العام أي من موازنة الدولة بصورة مبالغ مالية طوال المدة التعاقدية"⁽⁵⁾

1- نائل جي بوني، الكتاب الأحمر، من كونترايل الطبعة 46 من الطبعة 2، 1996، ص34.
2- قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة من قانون رقم 67 لسنة 2010 اللائحة التنفيذية له الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011.
3 - المادة (٢) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة من قانون رقم 67 لسنة 2010.
4- محمد احمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال BOT، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 52.
5- د. حماد عبد الرزاق، عقود الشراكة PPP، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص18.

والشراكة استنادا إلى هذا التعريف قد وضع في إطار تنظيمي يقتصر على الاستثمار مع العلم أن الشراكة من الممكن أن تكون في مجالات أخرى متعددة كالتصميم، والصيانة اذ تدخل أيضا بمفهوم الاستثمار.

إلى جانب ذلك تعريف الشراكة بأنها: "تحمل كل من القطاع العام من جهة وشريك من القطاع الخاص من جهة أخرى مسؤولية إقامة أو تشغيل أحد مشاريع البنى التحتية وتوزيع المخاطر بين الشركاء حسب قدراتهم بهدف تحقيق إنتاجية عالية"⁽¹⁾.

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

ومن الفقه من ذهب إلى القول إن الشراكة تعني: "أوجه التفاعل والتعاون العديدة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بتوظيف إمكاناتها البشرية والمالية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية على أساس من المشاركة والالتزام بالأهداف، وحرية الاختيار، والمسؤولية المشتركة والمساءلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاته حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة وتحقيق وضع تنافسي أفضل"⁽²⁾.

إن الأخذ بالشكل التعاوني للشراكة يعني "الإجماع في اتخاذ القرارات والاشتراك في القيام بالواجبات دون أن ينفرد أي طرف بالإشراف على المشروع، وهذا الشكل التعاوني قد يتعارض -حتى لو كنا بصدد علاقة شراكة بين طرفين- مع مصلحة المرفق العام، والذي يتطلب أحيانا تصرفات منفردة من القطاع العام بهدف حماية المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام"⁽³⁾.

1 - د. حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة (دراسة تحليلية نقدية تطبيقية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2016، ص 55 ؛ سميرة عمر علي محمد الكاديكي، الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2018 م، ص 70

2 - د. عبد الله شحاته خطاب، المشاركة بين القطاعين العام والخاص وتقديم الخدمات العامة على مستوى المحليات: الإمكانيات والتحديات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.pidegypt.org. تاريخ الزيارة 25/12/2021.

3- حبش محمد حبش، الخصخصة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط11/08/2010، ص35.

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

1- أنه عقد يبرم بين طرفين أحدهما هو القطاع العام، والطرف الثاني يتمثل بالقطاع الخاص والذي في الغالب يكون طرف أجنبي.

2- محل عقد الشراكة هو بالدرجة الأساس تنفيذ مشاريع البنى التحتية والخدمات المتعلقة بها والتي تكون بين الدولة او من يمثلها من جانب وطرف ثاني يمثل القطاع الخاص.

3- الشراكة علاقة عقدية طويلة الأجل بين القطاع العام والقطاع الخاص.

4- يتحمل طرفا العقد المخاطر الناتجة عن تنفيذ المشروع وان كانت غير متساوية أحيانا.

5- يتم دفع المستحقات المالية للمتعاقد بصورة مجزأة ودورية طوال مدة تنفيذ العقد والتي في الغالب تدفع من الموازنة السنوية للدولة.

واستنادا لما سبق، ولكي نكون أمام تعريف شامل للعناصر جميعاً التي ذكرناها آنفاً، يمكننا تعريف عقد الشراكة بأنه: علاقة تعاقدية تقوم على الاستغلال المشترك لما يقدمه أطراف العلاقة من مهارات وجهد في نشاط اقتصادي معين لغرض اقتسام الأرباح وبشرط أن تحدد المدة والمحل لتحقيق مصالح مشتركة أساسها تحقيق التنمية وتوفير الخدمات في الدولة (القطاع العام)

الفرع الثاني

خصائص الشراكة الاستراتيجية

علاوة على ما سبق ذكره من تعريف الشراكة يتبين لنا أن لهذه الاخيرة عدة خصائص مشتركة بينها وبين غيرها من المجموعات الاقتصادية ففي حال نشوئه بصيغة غير تنظيمية فهو يلتقي مع غيره من العقود بخصائص عامة اذ يعد من العقود الرضائية والملزمة للجانبين ومن عقود المعاوضات ومن العقود المستمرة وأن هذه الخصائص تعد من القواعد العامة لذا سنتناول بالبحث الخصائص التي ينفرد بها عن غيره من العقود الاخرى وتتمثل هذه الخصائص بما يلي:

اولا - الصفة الدولية

يمتاز عقد الشراكة الاستراتيجية بالصفة الدولية إذ إن مع اختلاف مفهوم التنمية وانتقال الدول لإيجاد بديل عن نظريات الاكتفاء الذاتي ظهرت النظريات التي تسمح بدخول المؤسسات الاقتصادية للاستثمار داخل الدول والتي في الغالب تكون بين الدولة او احدى الجهات التابعة لها من جهة اما الطرف الثاني فيكون في الغالب اجنبي (من دولة أخرى).

"ونظراً لأن عمليات انتقال الأموال مادية كانت أم معنوية، أو الخبرات فنية كانت أم إدارية إنما تتم في غالبيتها العظمى ضمن إطار عقدي، فمن هنا تأتي أهمية دراسة موضوع «العقود الدولية The international contracts» على مختلف أنواعها"⁽¹⁾.

تحتل العقود التجارية الدولية مقدمة الركائز الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد الدولي في الوقت الحاضر، وقد بدأت علاقات التجارة الدولية حقيقةً تتباعد منذ وقت بعيد عن سيطرة القوانين الداخلية، لتحكم أو تنظم عن طريق قواعد ذات طابع مهني وقواعد عرفية لا تنتمي بأصلها إلى قواعد مستمدة من قانون دولة ما، وقد عملت بعض الهيئات الدولية على وضع قواعد موضوعية موحدة دولية تخضع لها مباشرة معاملات التجارة الدولية، منها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي أولى اهتماماً لعدة مسائل في القانون الخاص تتعلق بموضوعات التجارة الدولية من أهمها البيوع الدولية. وقد أسفرت جهوده في هذا المجال عن توقيع اتفاقيتي لاهاي في أول تموز/يوليو سنة 1964، وتتضمنان قواعد موحدة للبيوع الدولية؛ الأولى منها تتعلق بالقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية، والثانية تشتمل على قواعد موحدة خاصة بتكوين هذا العقد وقد دخلت الاتفاقيتان حيز التنفيذ منذ 18 و23 آب/أغسطس سنة 1972 بالنسبة للدول التي صدقت عليهما إلا أنها أخفقت في تحقيق الغرض المقصود منها، إذ لم يصدق عليها سوى عدد قليل من الدول، كما - وأنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 17 كانون الأول/ديسمبر 1966 لجنة دائمة أسمتها «لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي United Nations Commission on International Trade Law»، بقصد تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجي لقانون التجارة الدولية. وحدد قرار إنشائها نوعية الأعمال التي يتسنى للجنة القيام بها لتحقيق هذا الغرض، ومنها على وجه الخصوص إعداد مشروعات واتفاقيات دولية وقوانين نموذجية وقوانين موحدة جديدة، أو تشجيع الأخذ بهذه الأدوات، وتشجيع تدوين المصطلحات

1 - د. هاني صلاح سرى الدين: الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل، مصر، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد التاسع والستون، 1999، ص32.

التجارية والقواعد والعادات والممارسات الخاصة بالتجارة الدولية ونشرها. وقد أنجزت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة حتى الآن عدداً لا بأس به من الاتفاقيات الدولية والقواعد النموذجية أهمها اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في نيويورك سنة 1974، و«البروتوكول» المعدل لاتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980 واتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام 1978 في هامبورغ وتعرف باسم قواعد هامبورغ التي دخلت حيز النفاذ في أول تشرين الثاني/نوفمبر سنة 1992 فيما يتعلق بالدول المنضمة إليها.

وبذلك يمكن القول بتعدد أساليب التوحيد الدولي لقانون التجارة الدولية والتي يمكن أن تتم بأحد الطرق التالية عقد اتفاقية دولية متعددة الأطراف من دون اعتماد قانون نمطي (اتفاقيات أبحاث). أو عقد اتفاقية دولية متعددة الأطراف تعتمد قانوناً موحداً (اتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع).

ولكن يلاحظ أن التوحيد يجب أن يقتصر على وضع الشروط العامة للتعاقد مع ترك التفاصيل للاتفاقات الخاصة في كل حالة على حدة، ولمواجهة الظروف المختلفة للتعاقدات الدولية.

ويعرف العقد الدولي عموماً بأنه: "العقد غير الداخلي الناظم لعلاقات الأفراد على الصعيد الدولي، وهو يستمد صفته الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها، ويتخذ عادة شكل شروط عامة أو عقد نموذجي"⁽¹⁾.

وعلى الرغم من ذلك فإن تحديد دولية العلاقة قد أثار بعض الصعوبات، وأدى إلى اختلاف الفقه حول المعيار الواجب الاتباع لتحديد دولية العقد بوصفه شرطاً لأعمال قواعد القانون الدولي الخاص، فبينما استقر "الفقه التقليدي على تبني المعيار القانوني الذي يعتد بعناصر الرابطة العقدية أخذ جانب من الفقه الحديث بالتركيز على المعيار الاقتصادي الذي يعبر عن مدى اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية."⁽²⁾

وخلاصة القول أن عقد الشراكة الاستراتيجية يمتاز بالصفة الدولية للأسباب الواردة أعلاه.

1 - حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد (دراسة قانونية مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى، الجامعة اللبنانية المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، ص42.

2 - جنان جاسم مشتت، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، 2019، ص23.

ثانياً- إنه عقد تجاري

يعد عقد الشراكة الاستراتيجية من العقود التجارية فمهم جداً معرفة صعوبة وضع أي تعريف للعقود التجارية أو العمل على اتباعها لأي تحديد أو قانون، وذلك أن كل عقد وارد في القانون المدني من الجائز استخدامه من حيث الأصل في ميدان التجارة ولا يمكن حصر كافة التعهدات والالتزامات التي يتم تبادلها في بيئة الأعمال، غير أن "العقد قد يكتسب الصفة التجارية بتطبيق أحد المعايير المقررة للعمل التجاري، حيث أن اصطلاح العقود التجارية وإن كان ذائع الاستعمال إلا أنه يفتقر إلى الدقة والتحديد، ذلك أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الاصطلاح، بل أن العقود التي ينظمها القانون المدني، بسبب أنه يتضمن أركان العقود المدنية نفسها وقد تكون عقوداً تجارية يتضمن نفس أركان العقود المدنية"⁽¹⁾.

كما يمكن تحديد تجارية عقد الشراكة من خلال الرجوع إلى المعايير التي حددها فقهاء القانون التجاري ومنها معيار التداول والمشروع والمضاربة لتحديد كونه عملاً تجارياً من عدمه.

وبالرجوع إلى نص المادة (7) أولاً "يعتبر تاجر كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق هذا القانون والمادة 5 تعتبر الاعمال التالية اعمال تجارية اذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها القصد مالم يثبت فيها العكس...." من قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 "

يشير النص إلى إن العمل التجاري هو كل عمل من شأنه تحقيق الربح أو الفائدة المالية وبالنظر إلى هدف الشراكة نجد ان "موضوع الشراكة يعد عملاً تجارياً إلى جانب ذلك فإن اعتماد معيار المشروع كونه يستند إلى عنصرين أساسيين هما الاحتراف ووجود تنظيم مسبق ومن خلال الاستعانة بقوة العمل ورأس المال"⁽²⁾.

وهذا ما نجده ينطبق على عقود الشراكة التي تتوافر فيها العناصر اعلاه فضلاً عن العمالة ورأس المال ونخلص إلى القول باعتبار عقود الشراكة عملاً تجارياً وفقاً للمعايير اعلاه.

1 - منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد في القانون الخاص، 2009، ص37.

2 - نص الفقرة السادسة من المادة (5) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 رقم أذ نصت على (تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة).

ثالثاً- صفة الاعتبار الشخصي

تعد عقود الشراكة من العقود ذات الاعتبار الشخصي إذ ان "العقود ذات الاعتبار الشخصي التي يتم إبرامها، يتم التركيز فيها على شخصية المتعاقد، أو على صفة جوهرية من صفاته"⁽¹⁾، بحيث يكون شخص المتعاقد أو إحدى صفاته هي الباعث الدافع للتعاقد معه، وعنصراً جوهرياً في العقد المبرم، أو يشكل أحد الأسباب الدافعة إلى انعقاد هذا العقد، وذلك بحسب ما تتجه إليه إرادة طرفي التعاقد، بالنظر إلى أن الاعتبار الشخصي يشكل عنصراً أساسياً في تنفيذ هذا النوع من العقود، سواء أكانت هذه العقود مدنية أم تجارية، وما يهنا هنا هو العقود التجارية حصراً لا غيرها وتتجلى هذه الصفة في عقود الشراكة القائمة على أساس اتحاد الجهود والإمكانات المختلفة لأطرافها ومنها القدرة المالية والتكنولوجيا التي تحتاج إليها هذه المشاريع.

ولأهمية هذه الخصيصة نجد ان اغلب العقود اشترطتها لبنودها ومن أمثلة ذلك نص المادة(21) من عقد المشاركة المبرم بين الشركة العامة للسيارات كطرف اول وبين شركة أيران كطرف ثاني "لا يحق للطرف الثاني التنازل عن العقد أو تحويل تنفيذ العقد إلى طرف ثالث وبالتالي يعد عقد الشراكة من العقود ذات الاعتبار الشخصي والتي قد يشكل وصفاً جوهرياً يؤدي الغلط فيه إلى إمكانية فسخ العقد، وذلك وفقاً لإرادة المتعاقد"⁽²⁾.

رابعاً - طبيعتها المركبة

أن عقود الشراكة الاستراتيجية تعد من العقود المركبة إذ إن "العقد المركب هو العقد الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد أي يتناول أكثر من عملية قانونية واحدة مثل بيع وإيجار، فالعقد المركب اذن عقد واحد يحقق أغراض تهدف إليها عدة عقود أخرى، مثل عقد الفندقية فهو عقد إيجار للغرفة وعقد بيع للطعام وعقد ودیعة للأمتعة"⁽³⁾.

ويعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود المركبة متعددة المراحل ابتداءً من مرحلة التصميم، مروراً بمرحلتى التشييد والتشغيل، وقد ينتهي بنقل الملكية أو تنفيذ العقد

1 - تتمثل الصفة الجوهرية بالسمعة التجارية والخبرة والتخصص خاصة في إطار الشراكة مع القطاع العام حيث يبحث الأخير عن شركات رصينة في مجال عملها. للمزيد ينظر هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2017، ص43.

2 - ياسر عوض إسماعيل إبراهيم، الجوانب القانونية المنظمة لعقود المشاركة (PPP)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة حلوان، القاهرة، 2020، ص52.

3 - احمد عباس زعيل، التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون الجامعة المستنصرية، 2021، ص16.

باكتمال المشروع او إنهاءه او انتهاء المدة، كما أن تنفيذ عقود الشراكة يحتاج إلى إبرام العديد من العقود، فضلا عن الاتفاق المبرم بين الجهة الحكومية والشريك الخاص الذي قد يكون وطني او اجنبي او مشترك، يوجد العديد من الاتفاقات الأخرى، ومنها الاتفاق الذي تبرمه شركة المشروع مع الجهات الممولة لتمويل تنفيذ المشروع وتشغيله،

والاتفاقات التي تبرمها شركة المشروع مع شركات المقاولات التي يعهد إليها ببناء المشروع، والموردين الذين يزودون المشروع بالمعدات والمواد اللازمة، وكثير من الاتفاقات الأخرى، ونظرا إلى تعدد مراحل عقود الشراكة وطبيعتها المركبة، فإن طول مدة العقد يعد نتيجة منطقية لذلك، حيث يعد "الزمن أحد العناصر الأساسية لاستكمال جميع مراحل الشراكة موضوع العقد، بدءا من مرحلة التصميم، مرورا بمرحلتى التشييد والتشغيل، وانتهاء بنقل الملكية"⁽¹⁾.

خامساً- عقد محدد المدة

إن عقود الشراكة من عقود المدة التي تحتاج إلى تحديد وقت لإبرامه وهذا النوع من العقود يتم إبرامه لإنجاز عمل ما لمدة محددة كالسنة أو السنتين أو أكثر ويكون للعقد تاريخ بداية وتاريخ انتهاء معينين. إذا انتهى عقد العمل المحدد المدة بانقضاء مدته، جاز تجديده باتفاق صريح بين طرفيه وذلك لمدة أو لمدد أخرى.

تعد من العقود طويلة الأجل نسبياً ألا أنه بالرجوع إلى القوانين المقارنة لم نجد ما يشير إلى التحديد الزمني حيث اختلفت في مسألة تحديد الحد الاعلى والادنى لهذه العقود.

اما المشرع العراقي لم يشير في قانون الشركات العامة إلى حد معين لهذه العقود.

ومن الجدير بالملاحظة أن مدة العقد تختلف باختلاف نوع العقد المبرم وما ينصب عليه فنجد أن عقود المشاركة تنحى في المدة منحىً طويل نسبياً في العقود المتعلقة بالإنشاءات والتشغيل بين تقليص المدة في النوع الآخر الذي ينص في اطار التكنولوجيا والمعلومات.

1- نايف احمد الشمري، النظام القانوني لزيادة رأس مال الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2013، ص68.

"إذا انقضت مدة عقد العمل محدد المدة واستمر طرفاه في تنفيذه دون أن يقوم بتجديده لمدة أخرى قبل تاريخ انتهائه، اعتبر ذلك منهما تجديدا للعقد لمدة غير محددة"⁽¹⁾،

ولا يسري ذلك على عقود عمل الأجانب علما ان عقد العمل قد يكون جزء من عقود الشراكة ولا يمكن ان يكون محل عقد الشركة كله.

سادسًا- يتضمن صفة المخاطرة

تمتاز عقود الشراكة الاستراتيجية بالمخاطرة الكبيرة إذ ان المخاطرة تعبير يشير إلى خطر مستقبلي محتمل ناجم عن إجراء عمل ما أي أن مفهوم المخاطرة يركز على النواحي السلبية المترتبة على القيام بذلك الفعل من منطلق آخر يمكن النظر للمخاطرة على أنها نتيجة طبيعية للأعمال التجارية ويُعد مبدأ (تقاسم المخاطر) حجر الزاوية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يقوم هذا المبدأ على إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي، تقوم على تنظيم المخاطر التي تم تحديدها وتحليلها مسبقاً، "...وذلك لغايات تجنبها أو التقليل من آثارها التي تنعكس سلباً على أهداف العقد، وغايته الأساسية، وكلفته، وجودته، وخصوصاً حين يتعلق الأمر بعقد إداري محله أحد المرافق العامة، وذلك من خلال تدوين هذه المخاطر ومعالجتها في صورة بنود عقدية للحصول على أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي"⁽²⁾.

وقد مر المشرع المصري على الاهتمام بمبدأ تقاسم المخاطر حين "أوجب على الأطراف تضمين عقود الشراكة شروطاً تحدد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين، أو بالحادث المفاجئ، أو بالقوة القاهرة، أو باكتشاف الآثار، والتعويضات المقررة بحسب الأحوال"⁽³⁾.

المطلب الثاني

أنواع الشراكة الاستراتيجية

من أجل النهوض بالبنى التحتية فقد "سعت الدول على اختلاف مذاهبها السياسية والاقتصادية إلى تحقيق التقدم الاقتصادي، وتحقيق المنفعة العامة، عن طريق إبرام عقود

1 - هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة اسيوط، 2017، ص45.

2- صلاح محمد سليمان، التحكيم في عقود البوت، دار مصر للنشر والتوزيع، ط1، 2018، ص44.

3- القانون المصري رقم 67 لسنة 2010، المادة الثانية، تنظيم مشاركة القطاع الخاص في تمويل وتجهيز وتطوير وصيانة المشاريع.

الشراكة مع بعض الشركات سواء الوطنية أو العالمية لكي تستطيع الدولة من خلالها تنفيذ مشروعاتها العامة، وتأمين استمرارية المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾.

وتعد عقود الشراكة، من أهم هذه العقود والتي ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة، ولاسيما أنها تساعد على إنشاء البنية الأساسية للدولة، وتقديم الخدمة المطلوبة من دون أن تتكبد الدولة نفقات هذه المشاريع، كما تساعد على تطوير تلك المشروعات وتحديثها مع إقامتها على أفضل حال ولاسيما أن الهدف من إبرام تلك العقود يكون مناط بتحقيق المصلحة العامة.

وتمنح عقود الشراكة عن طريق الدولة مباشرة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها لإحدى شركات القطاع الخاص سواء كانت وطنية، أو أجنبية أو مشتركة؛ بهدف تشييد احد المرافق العامة من مالها الخاص ثم تشغيله وإدارته من اجل استرداد ما أنفقته الشركة من أموال، وتحقيق الربح من المشروع خلال مدة إدارته، مع الالتزام بإعادة المشروع في نهاية مدة التعاقد بحالة جيدة إلى الجهة مانحة الامتياز بغير مقابل، وبما أن "الهدف الأساسي من هذا النوع من العقود هو تحقيق المصلحة العامة، كان لابد من تمتع الجهة مانحة الامتياز بنوع من الرقابة على تشييد المشروع وتشغيله لضمان وفائه بالعرض الذي أنشئ من أجله مع ضمان نقله بحالة جيدة في نهاية مدة التعاقد"⁽²⁾.

وقد تترتب على ذلك أن "...تقع مجموعة من الالتزامات على عاتق المتعاقد مع الجهة الإدارية مانحة الالتزام وخلال مراحل تنفيذ المشروع مع تحمله المخاطر المختلفة لغاية انتهاء المدة التعاقدية ونقل ملكيته للجهة الإدارية"⁽³⁾.

1- عمر احمد حضير، عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، دار مصر للنشر والتوزيع، ط1، 2016، ص67.

2- أمل عبد الصمد، عقود الشراكة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2017، ص89.

3 - في عالم كثر فيه المخاطر والأزمات يجبرنا للتعاون مع غيرنا، فالتعاون يسيطر على هذه التحديات ويضمن توفير الاحتياجات من المهارات والموارد والخبرة اللازمة لاختراق السواق الدولية، إذن قبل التطرق والتفكير في التحالف الاستراتيجي يجب التفكير في الشروط الأساسية لبناء التحالف الاستراتيجي التي تساعدنا على تحقيق مختلف الأهداف بطريقة مضبوطة ودقيقة، وبناء التحالف الاستراتيجي يسمح باستغلال الإجراءات أو التدابير التالية:

- * تحقيق تكامل تكنولوجي مريح.
- * يسمح بدخول أسواق جديدة.
- * تقليص وقت الابتكار والإبداع.
- * يتم فيه نقل التكنولوجيا.
- * خلق ظروف كإبراز أفكار جديدة ومنتجات جديدة وتحسين جودة المنتجات.
- * يسمح بفتح آفاق تجارية جديدة ككسب قنوات تجارية جديدة وتغطية أفضل للسوق.
- * تسهيل عملية المواصلات.

تتعدد أنواع الشراكة الإستراتيجية وتتباين تلك الأنواع فيما بينها من حيث السهولة والتعقيد وكالاتي:

الفرع الأول

الشراكة الاستراتيجية ذات الطابع العقدي

يتم ذلك بموجب عقد بين طرفين، اذ تتضمن هذه الصيغة تعاون كل من الدولة والمستثمر الأجنبي، في إطار تعاقدي ودون أن يؤدي إلى خلق مشروع مشترك وشخصية قانونية مستقلة عن أطرافه، ويتم التعاون من خلال أبرام اتفاق ذو طابع فني (عقد خدمات) يكون أكثر مرونة وتكون الآثار نابعة من العقد المبرم بين طرفيه؛ على أساس من أنه تنظيم مالي وإداري خاص تتجمع فيه الأشخاص والأموال بطريقة خاصة لتحقيق غرض اقتصادي مشترك، وتكون العلاقات بين أطراف الشراكة غالبًا عمودية.⁽¹⁾ ويتم من خلال المشروعات التي تتكون نتيجة لاتفاق طرف محلي أو أكثر عام أو خاص، وطرف أجنبي أو أكثر، يكون في العادة شخص خاصة يشترك بمقتضاه الطرفان في تأسيس مشروع معين أو يدخل الطرف الثاني في المشروع القائم⁽¹⁾، ونقصد هنا ان العقد يتم بين القطاع العام المتمثل بالدولة او من يمثلها من جهة (الدولة مستقطبة الاستثمار) وبين القطاع الخاص المتمثل بالدولة الأجنبية او طرف منها او طرف محلي او كلاهما يكونان جهة واحدة تمثل القطاع الخاص ويكون في إقليم الطرف الأول أو تكون الملكية للطرف الأول، ويتولى الثاني خدمات الإدارة والتوزيع وما أليها. "الغالب أن تكون الحكومات طرفا في المشروع، إذ غالبا ما يقصر اتفاق المشروع الإسهام فيه على هذه الأخيرة، أو يشترط اشتراك حد أدنى منها، أو يحدد عدد أو نوعية الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية الخاصة"⁽²⁾.

وذلك لكونه انسب الصيغ ولا يتصور قيامها ألا بالتعاون بين حكومتين أو أكثر أحدهم يمثل القطاع العام وهو الدولة المستقطبة للاستثمار والثانية تمثل القطاع الخاص كاستثمار المياه أو خطوط سكك الحديد أو إنشاء مفاعل نووي لتوليد الطاقة الكهربائية، إذ إن هذه الصيغة أقدر

* تدعيم المصدقية وتخفيض التكاليف وتقليل المخاطر. للمزيد ينظر فريد النجار، التحالفات الاستراتيجية من المنافسة إلى التعاون خيارات القرن الحادي والعشرين، إيتراك للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة- مصر 1999م، ص231.

1- باسم محمد ملحم، الشركات التجارية، دار المسيرة، عمان، ط1، 2012، ص76.
2 - اعتمدت الطريقة الأولى في عدد من الدول منها جمهورية مصر العربية والأردن، ينظر بهذا الخصوص د. حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987. ص24.

من غيرها على تحقيق التكامل الاقتصادي، وهي أقدر الصيغ على تمكين الدول النامية من الحصول على رؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا اللازمة لتنفيذ المشروعات.

هذا و " قد شاع استعمال الصيغة التعاقدية في الاتفاقيات التي تنشأ عن المشروعات المشتركة، ومنها شركة Wepco، إذ أبرم اتفاق الشراكة بين الهيئة الوطنية للبترول كشريك وطني وشركة فيليبس الأمريكية كشريك أجنبي. وتأخذ هذه الشراكات أشكال عديدة مثل التأجير، والإدارة، والخدمة، والبيع الكلي أو الجزئي، والشراكة الاستراتيجية والامتياز"⁽¹⁾.

أما موقف المشرع العراقي من الشراكة فيجد أساسه القانوني في الفقرة الثالثة من المادة (15) من قانون الشركات العامة رقم (28) لسنة 2015 والمعدل بالقانون رقم (22) لسنة 1997 المعدل التي نصت على (للشركة حق المشاركة مع الشركات العراقية والعربية والاجنبية الرصينة لتنفيذ اعمال ذات علاقة بأهداف الشركة داخل العراق).

من خلال النص أعلاه نستنتج إمكانية الشراكة التعاقدية مع القطاع العام وفي هذا الصدد نشير إلى قرار مجلس الوزراء رقم (492) الصادر سنة 2013 الذي حدد الضوابط الخاصة بالمشاركة مع الشركات والمؤسسات الاقتصادية العربية والأجنبية إلى:

أ- نقل التكنولوجيا التي تطور إمكانيات الشركات العامة.

ب- التخفيف من عبء القروض عن كاهل الدولة.

ج- إيجاد فرص عمل جديدة.

د- تحقيق التوازن في المصالح.

الفرع الثاني

الشراكة الاستراتيجية ذات الطابع التعاوني

إن قيام كل من الدولة والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها بالمساهمة في إنشاء مشروع مشترك يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة، ويسهم كل منهما بنسبة يتفق عليها بينهما في رأس مال هذا المشروع، سيؤدي إلى إنشاء شركة من الشركات المعروفة في القانون، إلا أن تأسيس شركة نتيجة الاتفاقات قد يتطلب بعض الإجراءات والشكليات القانونية. لذا يرى بعضهم أن هذا

1- جان العلية، قواعد الشراكة الفاعلة بين القطاعين العام والخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط2، 2010، ص87.

الاتفاق إذا كان يهدف لإنشاء شركة؛ فهو يعد بمثابة النظام الأساسي للشركة. وقد دخل مصطلح "الشراكة الاستراتيجية إلى النشاط الاقتصادي مع المباشرة بتخصيص بعض المؤسسات الحكومية مؤسسات الدولة من خلال خصخصة شركات القطاع العام وتفيد دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي"⁽¹⁾.

إذ "يتم شراء حصص الحكومة في الشركات المراد خصصتها بالشراء المباشر لأسهم الدولة عبر سوق الأوراق المالية، وفي الغالب يصنف نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضمن هذا التصنيف (ppp)"⁽²⁾.

أما اختيار الشكل القانوني فإنه مع افتراض أن الشراكة الاستراتيجية سوف تتخذ شكل شركة محلية ينبغي اختيار شكل الشركة من بين الشركات المعروضة في النظام القانوني لهذه الدولة. إذ يمكن أن يتخذ أشكالاً قانونية مختلفة، فقد يكون شركة مساهمة أو محدودة أو غيرها إلا أنه تظل صيغة الشركة المساهمة الأنسب والأكثر ملائمة خاصة للمشروعات المشتركة الكبيرة والشركات المتعددة الجنسية إذ تكون أحكامها واضحة يتمكن من خلالها "الشراكة الإستراتيجية" من تحديد حقوقه والتزاماته.

أما "في حالة المشروعات المتوسطة والصغيرة فيكون شكل الشركة المحدودة الأنسب قانوناً، الاقتصار الصلاحيات بيد المدير المفوض ولا يخضع لرقابة مجلس الإدارة"⁽³⁾ وبالرجوع إلى نص الفقرة (ثانياً) من المادة (10) من أحكام قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل نجدها تنص على أنه "يجب على الشركات التي تمارس أي من النشاطات الآتية أن تكون شركة مساهمة: التامين، الاستثمار المالي، ونعتقد أنه بالإمكان الرجوع إلى هذا النص فيما يتعلق بشكل الشركة"⁽⁴⁾ إلى جانب ذلك، ينبغي تحديد نسبة مساهمة "الشراكة الإستراتيجية في رأس مال المشروع وأثر ذلك على الشراكة الإستراتيجية، فهناك عوامل تحدد

1- محمود نوري حسين، التحكيم في تسوية المنازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2014 ص88.

2 - تعد من عقود الاستثمارات الأجنبية التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب الذين هم الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية، د. محمد عبد اللطيف، مصدر السابق، ود. محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1978، ص98

3 - . وفي هذا الصدد تشير إلى ما أشارت إليه المادة (19) من قانون الاستثمار السوري التي اشترطت أن تأخذ الشركة الأجنبية التي تتخذ صيغة الشراكة أداة لها شكل شركة مساهمة أو محدودة المسؤولية، وبدورنا نأمل من المشرع العراقي أن يحذو هذا الحذر لضمان دخول رؤوس الأموال المحلية في عملية الاستثمار وذلك لاعتبارات سياسية واقتصادية وقانونية.

4 - تنظر المادة (10) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.

شكل المشروع بما يتلاءم ظروف الدول المضيفة و فلسفتها الاقتصادية، وهذا ما يستكشف من خلال التشريعات الاقتصادية لهذه الدول"⁽¹⁾.

وفي هذا الاتجاه تتجه الدول اتجاهاين حسب الفلسفة الاقتصادية لكل منها

اولا- تفرض بعض الدول أن يكون ملكية أغلبية رأس المال للشركاء المحليين بما يكفل سيطرة الدولة على قطاعاتها الاقتصادية.

ثانيا- في حين تفتح تشريعات دول أخرى الباب أمام المشاركة الأجنبية دون قيود، وبالرجوع إلى نص المادة (2) من أحكام قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 نجدها تنص على انه :

1- تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الإنتاجية والخدمية وتنويعها.

2 - "تشجيع القطاع الخاص العراقي والأجنبي للاستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الاستثمارية وتعزيز القدرة التنافسية للمشاريع المشمولة بأحكام هذا القانون في الأسواق المحلية والأجنبية"⁽²⁾.

ومن النص يتبين لنا أن المشرع العراقي قد فتح الباب واسعا أمام المشاريع الاستثمارية للدخول في شراكات سواء مع القطاع العام أو الخاص ومن الجدير بالملاحظة، أن الشراكة الإستراتيجية (المستثمر الأجنبي غالبا) يتلاءم مع أي شكل من الشراكات ولا يمثل ذلك عائقا أمامه، هذا وتتخذ عقود الشراكة صيغ عدة أهمها:

- المشاركة مع القطاع الخاص (شركة محلية) إن الشراكة الاستراتيجية (المحلية) في العادة هي شركة لها قدر من الأهمية، كأن تقدم منافذ للتوزيع، العمالة، تسهيلات إنتاجية، وأن مثل هذه المشاركة ضرورية وعادة ما يبحث عنها الشراكة الإستراتيجية للوصول إلى تكامل في العمليات وعلى سبيل المثال يجد المنتج الموزعين والموردين داخل الدولة، إلى جانب "الحصول

1 - د. حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 2016، ص

2 - ينظر المادة (2) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل.

على مصادر طبيعية لدى الشراكة المحلي، ومن الأمثلة على ذلك بيع 33% من أسهم شركة الاسمنت الأردنية لشركة Lafarge الفرنسية عام 1999⁽¹⁾.

- "قد تكون الشراكة بين شركتين من القطاع الخاص من دولتين مختلفتين، وقد تكون الشراكة بين شركتين من دولة واحدة، ويحكم الشراكة عقد يتفق عليه الطرفان على أن لا يخل العقد بسياسة الدولة وفلسفتها الاقتصادية، هذا وغالبا ما تكون هذه العقود طويلة الأجل، ومن الأمثلة على ذلك الشراكة بين ابل وأي بي أم، وبين غوغل ولوكسيتيكا، وكذلك الشراكة بين كريستيان ديور وكوليت"⁽²⁾.

2- المشاركة مع القطاع العام (الدولة).

هذا الشكل ينشط في الدول النامية وبعض دول إيطاليا، والسويد، وفرنسا إذ تحرص هذه الدول على أن يشترك القطاع العام في مشروعات لأغراض النمو الاقتصادي، وفي هذا الشكل يرحب "الشريك الإستراتيجي" (المستثمر الأجنبي) بالدخول في شراكة مع الحكومة بشكل مباشر أو غير مباشر في مشروعات مشتركة وفي الصناعات الأساسية منها المشاريع الإنتاجية الضخمة البترولية، والصناعات الثقيلة وغيرها ومن جانب آخر فإن الدولة تحرص في التزاماتها القانونية على توفير المناخ الاستثماري المناسب للنهوض الاقتصادي.

"ومن ابرز الأمثلة على هذه الشراكات الشراكة بين شركة أرامكو السعودية وهي شركة بترولية عالمية مع شركة دار الأمريكية للبتر وكيمياويات لاستغلال بترول المملكة العربية السعودية، وكذلك عقود الشراكة بين تروسين وشركتي سنكلير وايني. وقد يبرم العقد كما أسلفنا بين الدولة من ناحية او احدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى كما في عقود الشراكة التي أبرمتها جمهورية مصر العربية مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتي بان أمريكان وفيليبس 1964"⁽³⁾.

1 - د. غسان عبيد، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، منشورات الحلبي، الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2015، ص 49. ود. درع حماد عبد، عقد الامتياز، مكتبة السنهوري، ط1، بغداد، 2011، ص 93.

2 - عبد الوهاب عبد الله العمري، اندماج الشركات التجارية متعددة الجنسيات، دار شتات للنشر، القاهرة، 2010، ص 335.

3- خالد إبراهيم السيد، التحكيم في عقود الفرنشايز، دار علام للإصدارات القانونية، ط1، 2012، ص 34.

المبحث الثاني

تميز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهب بها والشروط الخاصة

تتنافس الدول فيما بينها في الآونة الأخيرة لترتقي بمشروعات البنية الأساسية بصفة عامة والمرافق العامة بصفة خاصة، لتتمكن من تقديم المستوى الرفيع لمواطنيها من الخدمات المختلفة حتى تحقق لهم حياة أفضل، وعادةً ما تلجأ الحكومات إلى الاعتماد على موازنتها لتنفيذ هذه المشروعات الضخمة بحيث أن الحكومات بدأت في الآونة الأخيرة في الانسحاب من هذه المشروعات المرهقة لموازنتها وإعطاء الفرصة كاملة للقطاع الخاص للقيام بالجزء الأكبر من هذه المشروعات، بل والوقوف إلى جواره حتى يتمكن من القيام بهذه المشروعات فمنحته كثيراً من الحوافز والمزايا والتيسيرات حتى يتمكن من القيام بهذا الدور الحيوي والرئيسي بحيث أنها ومن ناحية أخرى وضعت مجموعة من الضوابط لتتمكن من حماية المصلحة العامة وحماية مصلحة الجمهور وتتأكد من كفاءة القطاع الخاص وقدرته على إنجاز هذه الأعمال الضخمة؛ "لأن القوة الاقتصادية للدولة أصبحت من أعظم القوى في الوقت الحاضر، هي تلك القوة التي لا يمكن أن تأتي من فراغ، ولكنها ردة فعل ايجابي لإقامة المشروعات الاقتصادية ومشروعات الخدمات العامة لتقديم الخدمة للمواطنين في الداخل وتدعيم موقع الدولة الاقتصادي في الخارج"⁽¹⁾.

سوف نتناول في هذه المبحث تميز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهب بها والشروط الخاصة بها وذلك على مطلبين الاول بعنوان تميز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهب بها والشروط الخاصة بها في المطلب الثاني وكما يلي:

المطلب الأول

تميز الشراكة الاستراتيجية عما يشتهب بها من أوضاع قانونية

لا تكفي مناقشة تعريفات الشراكة الاستراتيجية للإمام بمفهومها وتعتبر معرفة فروق هذا المصطلح مع مصطلحات أخرى تشابه معاني الشراكة الاستراتيجية لتحقيق ذلك، وهو ما

1- اكرم فاضل قصير، الاحكام القانونية لمنظمة المشاركات التجارية، دار مصر للنشر والتوزيع، ط1، 2016، ص87.

سنتطرق إليه في هذا المطلب كما ان التحالفات هي علاقات تجارية تحدد قدرات ونقاط ضعف بنقاط قوة وكل تحالف هو مشروع مشترك حيث يعمل كيانان أو أكثر لتحقيق هدف مشترك مع البقاء منفصلين ومستقلين كما "انه مشروع مشترك يدعم استراتيجية الأعمال الأساسية، ويخلق ميزة تنافسية، ويخفف من دخول المنافسين إلى السوق"⁽¹⁾ يسمح للشركات الفردية بتحقيق المزيد معاً أكثر مما يمكن أن تحققه بمفردها.

بمعنى آخر: "التعاون حيث يمكن أن تتخذ التحالفات الاستراتيجية عدة أشكال مختلفة كما ان مصطلح الشراكة الاستراتيجية يعني أشياء مختلفة لأناس مختلفين"⁽²⁾. وهنا سنعرّف الشراكة الاستراتيجية كعلاقة رسمية بين مؤسستين أو أكثر لها ثلاث ميزات:

-الغرض منه هو خلق قيمة للتحالفات الاستراتيجية بطريقة ما، على سبيل المثال، عن طريق زيادة الإيرادات، أو خفض التكاليف، أو توليد أفكار وابتكارات جديدة.

-يتم إدارة العمل المنجز معاً من قبل الجانبين بدرجات متفاوتة و ليس مجرد طرف واحد هو الذي يحكم.

-يتم تقاسم مخاطر وارباح المشروع المشترك في الشراكة الاستراتيجية، في الغالب بالتساوي، وان كانت تختلف المكافآت باختلاف حجم مشاركة الأطراف في الشراكة .

على سبيل المثال، قبل بضع سنوات، عقدت شركة IBM و Apple عقداً مع تحالف وبدأت شراكة استراتيجية لدمج خدمات شركة IBM في منتجات وأنظمة الأجهزة المحمولة من Apple، مما يمكّن عملاء IBM الكبار من إدارة العمليات الميدانية أثناء تحليل البيانات في الوقت الفعلي أدى هذا الترتيب إلى خلق قيمة لكل من شركة IBM و Apple⁽³⁾ نسقت الشركات عمليات البحث والتطوير والمبيعات الخاصة بها وتم الدفع لكل منهما من خلال مبيعات المنتجات والخدمات الجديدة، قد تتضمن الشراكات أيضاً استثمارات في منظمة أخرى أو " تلك التي تقوم بها المنظمات معاً مثل اتفاقيات التحالف أو اتفاقيات البحث والتطوير المشتركة أو اتفاقيات التسويق المشترك أو استثمارات الأقلية أو المشاريع المشتركة في الأسهم وعمليات

1- عبد الرحمان إدريس ثابت ومحمد المرسى جمال الدين، الإدارة الاستراتيجية، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2006 ص311.

2- وهلين توماس وهنجر دافيد، الإدارة الاستراتيجية، ترجمة محمود عبد الحميد وزهير نعيم الصباغ، السعودية: معهد الإدارة العامة، 2008، ص53.

3 - عبد الرحمان إدريس ثابت ومحمد المرسى جمال الدين، الإدارة الاستراتيجية، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2006، ص23.

الاندماج والاستحواذ هي الحالة التي يحكم فيها أحد الأطراف ويمتلك المخاطر الكاملة للصفقة التي يبرمها" (1).

هناك أنواع مختلفة من الصفقات التي تعتبر شراكة استراتيجية، لكنها تشترك جميعها في هدف واحد مشترك إيجاد طرق لتنمية الأعمال التجارية أو تطويرها.

تعمل "الشراكات كرافعات نمو للشركات، وعلى الرغم من التعقيدات، يجب إدارة جميع الصفقات بذكاء" (2) بعبارة أخرى، إذا كان الأمر يستحق العمل معًا لجعلها تؤتي ثمارها مما تقدم يتضح الأمر انه لتمييز الشراكة الاستراتيجية عما يشبهه بها سنوجز نوعين من الشراكات بفرعين الفرع الأول تمييز الشراكة الاستراتيجية عن الشركة و الفرع الثاني: تمييز الشراكة الاستراتيجية عن عقد البوت ، ثم نتناول في الفرع الثالث تمييز الشراكة الاستراتيجية عن الخصخصة وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع وكما يلي :

الفرع الأول

تمييز الشراكة الاستراتيجية عن الشركة

إن الشركة هي عقد يتولد عنه شخص معنوي، لذا نتناول عقد الشركة، وبما أن قانون الشركات العامة رقم (21) لسنة 1997 المعدل لسنة 2004 قد جاء بقواعد موحدة لتأسيس الشركات بشكل عام، وبالتالي فإن عقد الشركة عرف في الفقرة أولاً من المادة 4 من قانون الشركات النافذ بانه «عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة».

ويبدو مما تقدم أن الشركة هي مشتقة من أفعال اشترك وشارك وتشارك ويقصد بها اتفاق بين شخصين أو أكثر على القيام بعمل معين من أجل الحصول على ربح معين، كما يقصد بالشركة «المؤسسة أو المنظمة التي تتمخض عن هذا الاتفاق والشركة، في الأصل عقد ملزم للجانبين، وهي من عقود المعاوضات. ولكن هل يعتبر عقد الشركة من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بالكتابة؟ للإجابة أن الأصل هذا العقد يعتبر من العقود الرضائية، ومع ذلك يرى البعض

1 فرحات جمعة السعيد، الأداء المالي لمنظمات الأعمال، الرياض: دار المريخ للنشر، 2005، ص32.
2- مرسى خليل نبيل، هل يمكن لشركتك النجاح بدون إعداد خطة استراتيجية؟، الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية، 1995 ، ص56

أالكتابة هي ركن لانعقاد بدونه لا تستوفي الشركة أركانها فهو ركن لازم لإثبات العقد ولكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به في ظل أحكام قانون الشركات النافذ الذي لم يعتبر الكتابة ركنًا لانعقاد عقد الشركة بل هي وسيلة لإثبات . وإذا كانت القاعدة العامة أن الشركة هي عقد يفترض فيه تعدد الشركاء إلا أن قانون الشركات النافذ خرج عن هذه القاعدة عندما أجاز أن تؤسس الشركة من شخص واحد اذ نصت الفقرة ثانيا من المادة (4) على أنه «استثناء من أحكام البند أولا من هذه المادة:

- يجوز أن تتكون الشركة من شخص طبيعي واحد وفق أحكام هذا القانون ويشار لمثل هذه الشركة فيما بعد بالمشروع الفردي.

- يجوز تأسيس شركة محدودة المسؤولية من قبل مالك واحد وفقا للنصوص هذا القانون».

الفرع الثاني

تمييز عقد الشراكة عن عقد البوت (B.O.T)

تعد عقود البناء والتشغيل والنقل أسلوبًا حديثًا لإنشاء وإدارة المرافق العامة، ويطلق عليها عقود (البوت) (B.O.T) والتي تمثل اختصارًا للكلمات الانكليزية (TRANSFER, OPERATE, BUILD)، "وهي عقود تمول من قبل القطاع الخاص بهدف استثمار نشاط في الصناعة أو البنى التحتية ويتم تغطية نفقات المشروع من خلال العائدات التي تحققها"⁽¹⁾، لقد أدى الواقع العملي إلى إيجاد صور جديدة لعقد الشراكة، ولعل من أكثرها تداخلا "هو عقد (البوت) (B.O.T)، وبموجبه يقوم القطاع الخاص ببناء المشروع وتشغيله وتملكه طوال فترة العقد، وبعد انتهاء مدة العقد يقوم بتسليمه إلى القطاع العام بأعتبره المالك الأصلي، وبذلك يظهر الفارق بين كل من العقدين في ملكية المشروع، ففي عقد الشراكة يكون القطاع العام مالكًا للمشروع ابتداءً أما في عقد البوت فإن القطاع الخاص هو الذي يملك المشروع ثم يقوم بعد انتهاء مدة العقد بنقلها إلى القطاع العام"⁽²⁾.

1- د. رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 192

2- د. هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص25.

"ويتشابه عقد البوت مع عقد الشراكة في أن أحد طرفي العقد شخص عام والآخر شخص خاص، كما أن كل منهما يتعلقان بمشاريع البنى التحتية، وكلاهما من العقود المركبة والتي تتضمن التصميم والتمويل والإنشاء والصيانة، ويقومان على فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد"⁽¹⁾، لكن ذلك لا ينفي وجود أوجه اختلاف بينهما، تميز كل منهما عن الآخر تتمثل بما يأتي:

- المقابل المالي: فالمقابل المالي في عقد البوت يكون عبارة عن رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين بالخدمة، ويمكن أن تكون في صورة ثمن يتم دفعها بدفعة واحدة وذلك في حالة إذا ما التزمت الإدارة بشراء الخدمة من المتعاقد وبيعها إلى الجمهور بنفسها، أما المقابل المالي في عقد الشراكة فإنه "عبارة عن ثمن يقوم الشخص العام بدفعه إلى الشخص الخاص في صورة أقساط سنوية أو نصف سنوية أو شهرية وبصورة مجزأة طوال فترة العقد، يضاف إلى ذلك أن المقابل المالي يتم تحديده مسبقاً في عقد الشراكة أما في عقد البوت فإنه لا يكون محددة بل مرتبطة باستخدام المرفق العام والانتفاع به"⁽²⁾.

- مخاطر المشروع: "فمخاطر المشروع في عقد البوت سواء كانت ناتجة عن بناء المنشآت أو استغلاله أو تشغيله ينحصر بالقطاع الخاص ، بينما يتم تقسيم المخاطر بين طرفي العقد في عقد الشراكة"⁽³⁾.

- ملكية المشروع: "في عقد البوت تكون ملكية المشروع للمتعاقد فيحق له استغلاله طوال فترة العقد ومن ثم يقوم ببيعه إلى القطاع العام، أما في عقد الشراكة فإن القطاع العام يعد هو المالك الأصلي وله وحده فقط الحق في استغلاله"⁽⁴⁾.

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

1- د. جليل الساعدي، لبنى السعيد، ماهية عقد الـ (B.O.T) في القانون العراقي والمقارن، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص 38 وما بعدها.

2 - حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (P.P.P)، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص 187

3- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 81

4 - المادة (16) من مشروع قانون الشراكة العراقي.

الفرع الثالث

تميز الشراكة الاستراتيجية عن الخصخصة

مؤدى الخصخصة كمفهوم اقتصادي "نقل الأصول المملوكة للدولة ووكالاتها إلى القطاع الخاص، ففي ظل هذا النظام تنتقل ملكية الدولة إلى القطاع الخاص" (1) ويتم ذلك بأليات قانونية مختلفة منها قيد أسهم الشركة المملوكة للدولة في سوق الأوراق وطرحها للجمهور فالخصخصة كمفهوم تعني "عملية إعادة ترتيب الهيكلية للقطاع العام وتحديد دور الدولة والتخلي عن الأنشطة التي يمكن للقطاع الخاص القيام بها مستهدفة بوجه عام رفع الكفاءة الاقتصادية وتنمية هذه الأنشطة" (2).

وتكمن أهم الأهداف الرئيسية لبرنامج التحول للقطاع الخاص هو العمل على تحسين الأداء الاقتصادي والمالي للمؤسسات عن طريق ضمان استقلال الإدارة، إذ "عبر أن إلغاء ملكية، الحكومة هي الطريقة الوحيدة لجعل الاقتصاد يستجيب لضرورات السوق ومن ثم تيسير القدرة على التكيف في ظل الظروف التكنولوجية المتغيرة والمنافسة الدولية" (3).

ورغم إن التحول إلى القطاع الخاص يعني نقل ملكية المشروعات العامة كلياً أو جزئياً إلى القطاع الخاص، غير "إن مصطلح التحول إلى القطاع الخاص أصبح يعني في الدراسات الحديثة أكثر من ذلك بحيث أصبح وسيلة اقتصادية تعبر عن فلسفة جديدة لدور الدولة، وتتمثل هذه الوسيلة في تقليص دور الدولة في الإنتاج، إذ أن التحول إلى القطاع الخاص لا يعد غاية في حد ذاته وإنما هو إحدى الوسائل التي قد تنتهجها الدولة في الإصلاح الاقتصادي" (4)، فلم يعد مفهوم الخصخصة قاصرة على نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص و إنما ظهر اتجاه واسع لمفهوم الخصخصة، من هنا يفرق الفقه بين معنيين للخصخصة ، الخصخصة بمعناها الضيق و"الخصخصة بمعناها الواسع فالمعنى الضيق للخصخصة يعني نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وذلك إما ببيع المشروعات العامة كلياً أو

- 1 - ستيف هانكي، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص والتنمية الاقتصادية، ترجمه غنيم، دار الشروق، بيروت، 1990 ، ص13
- 2 - د. احمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2007 ، ص217 - 219 .
- 3 - د. أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص، القاهرة، 1999، ص14.
- 4 - د. أحمد جمال الدين موسى، فنون تطبيق الخصخصة، بحث منشور في مجلة حوت القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، دار الفكر والقانون، العدد الثاني عشر، تشرين الثاني، 1992 ، ص 486.

جزئياً وتصفية المشروعات العامة، كما تشمل أيضاً حالة تخفيض مساهمة الدولة في رأس مال المشروعات العامة عن طريق زيادة رأس مال هذه المشروعات بأموال يقدمها القطاع الخاص أو إدماج هذه المشروعات بالشركات الخاصة"⁽¹⁾.

أما الخصخصة بمعناها الواسع أو ما يطلق عليها (بالخصخصة الجزئية أو خصخصة الإدارة) فلا تقتصر على تحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص بل تشتمل أي صورة يتم من خلالها نقل وتحويل السيطرة على إدارة و" تشغيل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص ويشمل هذا التعريف الواسع كافة صور مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية بما في ذلك عقود الإدارة وتأجير المشروعات العامة"⁽²⁾، وذلك على أساس إن خصخصة الإدارة لا يترتب عليها أي تغيير في ملكية المشروع، إذ يظل المشروع مملوكة للدولة غاية ما في الأمر أنه يحدث تغيير في أسلوب ونمط إدارته

يفهم من ذلك أن " الخصخصة لا تقتصر فقط على نقل ملكية المشروع كلياً أو جزئياً إلى القطاع الخاص وإنما أيضاً تحويل القطاع المذكور مهمة إدارة المرافق العامة وذلك من خلال القطاع الخاص دورة"⁽³⁾ كبيرة ومؤثرة في إدارة المرافق الاقتصادية في الدولة عن طريق تمويل إنشاء المشروعات وتشغيلها بما يخفف العبء عن كاهل الميزانية العامة للدولة.

لذا فإذا ما أردنا التمييز بين المشاركة والخصخصة يمكن القول أن المشاركة ليست خصخصة في الأحوال جميعاً وإنما تعد صورة من صور خصخصة الإدارة أي (خصخصة جزئية) طالما "أن المشاركة لا تعني تخلي الدولة عن ملكية المشروع وإنما غاية ما في الأمر أن يقوم القطاع الخاص بتمويل وإدارة وتشغيل المشروع دون انتزاع الملكية تماماً من أيدي القطاع العام"⁽⁴⁾ كما يدخل في معنى خصخصة الإدارة (الخصخصة بمعناها الواسع) أيضاً عقود التراخيص وعقود الالتزام التجاري، إذ يعرف عقد التراخيص بأنه (العقد الذي يرخص بموجب المرخص للمرخص له الحق في استعمال تكنولوجيا معينة سواء كانت محمية كبراءات اختراع أم غير محمية كالمعارف الفنية بما فيها الإسرار الصناعية وذلك لمدة معينة ولقاء مقابل معين"⁽⁵⁾ ويلاحظ بهذا الصدد إن عقود التراخيص استناداً لما ورد أعلاه تدخل في نطاق

1 - مهند إبراهيم فندي الجبوري، مصدر سابق، ص 21 .

2 - د. سالم محمد عبود، الخصخصة نظام أم أسلوب؟، دار الدكتور للعلوم، 2010، ص 16 وما بعدها

3 - مهند إبراهيم فندي الجبوري، مصدر سابق، ص 22.

4 - د. احمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2007، ص 232.

5 - د. وفاء فلحوط، مصدر سابق، ص 28 .

الخصخصة بمعناها الواسع طالما إن المرخص (المانح) في هذا العقد يحتفظ بأصل الاختراع والإسرار العلمية والتكنولوجية كلما في الأمر أنه يخول المرخص له (المتلقي) سلطات الاستعمال والاستغلال بمقابل، وهذا ما ينطبق أيضا على عقد الالتزام التجاري إذ يعرف على أنه "عقد يتعهد بمقتضاه تاجر يطلق عليه الملتزم أو المتعهد بأن يقتصر نشاطه على توزيع بضائع معينة ينتجها تاجر آخر يطلق عليه مانح الالتزام في دائرة جغرافية معينة ولمدة محددة على إن يكون للملتزم وحدة احتكار بيع هذه السلع في النطاق الجغرافي المتفق عليه" (1) إذ أنه في عقد الالتزام التجاري يبقى المانح محتفظة بجميع المعارف الفنية والإسرار التكنولوجية وأصل الاختراع ويخول المتلقي سلطات الاستعمال و الاستغلال بمقابل، لذا فإنه يدخل في مفهوم خصخصة الإدارة إي (خصخصة بمعناها الواسع) طالما انه لا يترتب على هذا العقد تغيير الملكية ولكن الذي يحدد أسلوب ونمط الإدارة ، لهذا فهو يختلف عن عقد التجاري (الفرنشايز) الذي ينصرف مفهومه إلى كونه علاقة عقدية بين طرفين يمنح احدهم (صاحب الامتياز أو المانح) الطرف الآخر وهو "متلقي الامتياز الحق في استعمال حقوق الملكية الفكرية العائدة له أو إن يملك حق ترخيص علامة تجارية أو اسم تجاري أو رسوم ونماذج صناعية أو براءة اختراع بالشكل الذي يترتب عليه نقل المعرفة الفنية من المانح إلى المتلقي لتزويده بجميع الإسرار العلمية والتكنولوجية وأصل الاختراع بمقابل مايتفق عليه الطرفان مع تعهدهما بالتعاون المستمر بينهما بما فيه تقديم المساعدة الفنية" (2).

وبذلك فإن عقد الفرانشايز لا يدخل في مفهوم (خصخصة الإدارة) طالما أنه يترتب عليه نقل المعرفة الفنية وأصل الاختراع من المانح إلى المتلقي على خلاف عقد الالتزام التجاري.

المطلب الثاني

شروط ابرام الشراكة الاستراتيجية

يحكم عقد الشراكة الاستراتيجية كأى عقد بعدة شروط تحكم ابرام عقد الشراكة الاستراتيجية قانونيا، فيجب أن تتوافر الشروط التي حددها القانون، إلى جانب إجراءات معينة تلزمها، الشراكة الاستراتيجية لذى لا بد من بيان ومعرفة أطرافها قبل الشروع بشروطها وقبل

1 - د. حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار الكتب، مصر، 1993، ص7.

2 - د. أحمد أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، دراسة مقارنة، منشورات دراسة في القانون الخاص، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص41.

الدخول بذلك سوف نتناول هذا المطلب في فرعين الأول للأطراف عقد الشراكة والفرع الثاني شروط الشراكة الاستراتيجية وكما يلي:

الفرع الاول

أطراف عقد الشراكة الاستراتيجية

أكتسبت عقود الشراكة أهمية كبيرة لما تقدمه هذه الشركات للدولة من خدمات عامة في مشروعات البنى التحتية من خلال تمويل تلك المشاريع إلى جانب الكفاءة والسرعة في التنفيذ وينشأ عقد الشراكة عادة بين بين الشركات العامة أجنبية و عربية خاصة عند توفر الامكانيات ووجود تكامل بين الانشطة من جانب ومن جانب آخر عدم وجود مانع قانوني إما في حالة إذا كانت الشراكة بين أطراف محلية يساعد ذلك تكوين تحالفات مستقبلية في مجال معين وأن هذه الشراكة تتكون من اطراف محلية أحدها ينتمي إلى القطاع الخاص والآخر إلى القطاع العام وتختلف أساليب وإجراءات اختيار أحد المستثمرين المؤهلين تبعا للاختلاف التشريعات، ومع ذلك يمكن القول بأن أساليب الاختيار تنقسم إلى أساليب تنافسية.

مثل: المناقصات العامة والمحدودة، وأساليب غير تنافسية، وهي ما يقال لها الأمر المباشر أو المفاوضات المباشرة مع مصدر وحيد وبعد أن يتم اختيار المستثمر بأحد الأساليب المتقدمة تبدأ مرحلة إبرام عقد الشراكة.

أولاً: اختيار الطرف الاجنبي

لما كانت أساليب وإجراءات اختيار المستثمر المؤهل تختلف باختلاف التشريعات محل المقارنة سنقسم هذا الفرع إلى نقطتين على النحو التالي:

1- اختيار المتعاقد في القانون الفرنسي

"تنص المادة الخامسة من المرسوم رقم (559) لسنة 2004 والمعدل بالقانون رقم (٧٣٠) لسنة ٢٠٠٨، على أن يتم اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة طبقاً لأحد الإجراءات التالية"⁽¹⁾:

- التفاوض التنافسي مع المرشحين مباشرة.

1- هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة اسيوط، 2017، ص58.

- المناقصة العامة.

- الحوار التنافسي والذي يتم على مرحلتين.

كما تنص هذه المادة على أنه: "يجب على جهة الإدارة أن تحدد وبوضوح في الإعلان عن مشروعات عقود الشراكة والإجراء الواجب الإتياع، كما يجب أن يتضمن الإعلان أيضا مدة تقديم العطاءات، والتي يجب ألا تقل عن أربعين يوما من تاريخ هذا الإعلان" (1)

هذا، ومن الممكن أن يشتمل الإعلان الواحد على مشروعات متعددة، ولكل منها الإجراء الخاص به، على أن يترك للشركات أو المؤسسات الراغبة في التعاقد اختيار نوع المشروع والإجراء الخاص به، وذلك بما يتلاءم مع إمكانياتها ومعطياتها الفنية والمالية والإدارية والقانونية.

وفي حالة التفاوض التنافسي مع المرشحين مباشرة تتولى جهة الإدارة إعداد قائمة بالمرشحين الراغبين في التعاقد طبقا لهذا الإجراء، وأخرى للراغبين في التعاقد طبقا للمناقصات العامة، وقائمة ثالثة للحوار التنافسي الذي يتم على مرحلتين، بشرط ألا يقل عدد المرشحين عن ثلاثة بالنسبة للإجراءين الأولين (التفاوض التنافسي مع المرشحين مباشرة) والثالث (الحوار التنافسي والذي يتم على مرحلتين) وعن خمسة بالنسبة للإجراء الثاني (المناقصات العامة)، وبشرط ألا يكون من بينهم أحد الممنوعين من التعاقد مع جهة الإدارة.

ويجب أن تتوفر في المرشحين الكفاءة المهنية والتقنية والإدارية والمالية المطلوبة، فإذا تم استبعاد أحد المرشحين كان من حقه أن يطلب من جهة الإدارة الإفصاح عن سبب هذا الاستبعاد.

والجدير بالذكر أن الإدارة لا تلجأ إلى الحوار التنافسي الذي يتم على مرحلتين، إلا إذا كان هناك استحالة لأن تحدد جهة الإدارة بذاتها وبشكل مسبق الوسائل الفنية والتقنية والمالية والقانونية اللازمة لإتمام المشروع.

وسنتناول الحوار التنافسي الذي يتم على مرحلتين وفقا لنص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم (559) لسنة 2004 على النحو التالي:

المرحلة الأولى:

في هذه المرحلة "تعقد الإدارة حوار يهدف إلى تحديد المرشح الذي يمتلك الكفاءات والقدرات الفنية والتقنية والمالية والإدارية والقانونية التي يستطيع من خلالها تحقيق أهداف الإدارة من المشروع، وتناقش الإدارة في هذه المرحلة مع المرشحين الجوانب جميعاً التي يتضمنها عقد الشراكة".⁽¹⁾

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه ينبغي تحقيق المساواة الكاملة بين المرشحين كافة، بحيث يتمتع على جهة الإدارة أن تميز بعضهم على البعض الآخر، سواء من حيث المعلومات التي تدلي بها أم من حيث مدة وتاريخ ومكان إجراء الحوار، إلى جانب ذلك أنه يتمتع عليها أن تفشي بمعلومات معينة أدلى بها بعض المرشحين حول عطاءاتهم أو الحلول والآليات التي يقترحونها، وذلك بالكشف عنها إلى مرشحين آخرين، إلا إذا وافق أصحاب الشأن على ذلك.

ويحق لجهة الإدارة أن تواصل حواراتها مع المرشحين على حدة حول الوسائل الفنية والتقنية الخاصة بها، ومدى مقدرتها المالية وكفاءتها المهنية والقانونية، ومدى قدرتها على تلبية احتياجات المشروع... الخ، بل ولها أن تقرر أن تكون الحوارات التنافسية مع هؤلاء المرشحين على مراحل متتالية بقصد تحديد الجوانب المالية والاقتصادية وأستبعاد الجوانب الأخرى التي لا تجدي تنفيذاً أمثل للمشروع، وذلك من خلال مقارنة نتائج تلك الحوارات مع التقييم والدراسات الأولية أو التمهيديّة سالفه الذكر، وقد يؤدي ذلك إلى اكتشاف صعوبات ومعوقات عديدة تفضل الإدارة معها عدم إبرام العقد، وهو ما يعني أن هناك اختلافات جذرية بين مرحلة التقييم الأولي ومرحلة التفاوض أو التفاوض التنافسي.

المرحلة الثانية:

وتبدأ هذه المرحلة حين تصل جهة الإدارة إلى قناعة بأن الحوارات والمفاوضات السابقة قد وصلت إلى نتيجة إيجابية يجب أن تعلن الشركات والمؤسسات كافة التي شاركت في جميع مراحل الحوارات التنافسية.

وهنا تقوم جهة الإدارة بدعوة هؤلاء المتنافسين لتقديم عروضهم النهائية على أساس ما انتهت إليه المناقشات والحوارات من سبل ووسائل وحلول واقتراحات لتنفيذ المشروع، وذلك خلال مدة لا تقل عن شهر من تاريخ إعلان النتيجة السابقة، محددة لهم شروط تنفيذ العقد

1 - ساسي بوغار الشراكة الأجنبية في الجزائر في مجال المحروقات، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس فرع مالية جامعة الجلفة دفعة 2008 ، ص 70.

ومراحل تطور المشروع طوال مدة العقد، وكذلك حقوق والتزامات المتعاقد، كما تبين لهم أيضاً المعيار الذي يتم على أساسه التعاقد مع المرشح الفائز.

وبعد أن يتقدم المرشحون بعروضهم أو عطاءاتهم، والتي يجب أن تكون متضمنة العناصر الأساسية كافة أو الضرورية لتنفيذ العقد، " يمكن لجهة الإدارة أن تطلب منهم أو من بعضهم إيضاحات أو إضافات أو تعديلات على هذه العروض الأساسية للعروض أو العطاءات بما يميزها عن غيرها، وإلا كان في ذلك إخلال بما يجب أن يسود بين المرشحين كافة من مساواة ومنافسة شريفة. "(1)

وبعد فحص كفاءة العطاءات المتنافسة، تقوم الإدارة بترشيح وترجيح العطاء الأكثر فائدة وتميزاً من الناحية الاقتصادية والفنية والتكنولوجية والإدارية، وذلك طبقاً للمعايير المحددة في هذا الشأن، مع الأخذ في الاعتبار نتائج الدراسات والتقييم الأولي المشار إليه بالمادة الثانية، وكذلك الشروط والضوابط الموضحة بالإعلان عن المشروع.

والجدير بالذكر أنه ينبغي أن تكون معايير الترتيب على درجة متساوية، إلا إذا كان من المستحيل من الناحية الموضوعية أن تكون كذلك، إذ يجب في هذه الحالة ترتيبها حسب أهميتها وجدواها لصالح المشروع المعني.

وأهم هذه المعايير هي تلك المتعلقة بالتكلفة الإجمالية للعطاء، خاصة تكلفة البنية الأساسية والتشييد والصيانة والمعدات ونقل التكنولوجيا وإدارة المشروع واستغلاله، وكذلك النفقات غير الملموسة، خاصة المتعلقة بالبيئة وجودة الخدمات المقدمة طوال مدة العقد، و"من المعايير المعتبرة أيضاً مدى استعانة المتعاقد مع الإدارة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وأرباب الحرف، وأخيراً مدة تنفيذ العقد، ومدى المساهمة في التنمية المستدامة. "(2)

وبعد أن يتم اختيار المرشح للتعاقد، تقوم جهة الإدارة بإخطار باقي المرشحين برفض عطاءاتهم، "فإن كان هذا الإخطار بطريق البريد، فإنه يجب أن تمر مدة ستة عشر يوماً على

1 - د. محمد احمد عوض، الإدارة الإستراتيجية (الأصول والأسس العلمية)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2014، ص40.

2 - وائل محمود صبحي إدريس، طاهر محسن منصور الغالبي: أساسيات الأداء وبطاقة التقييم المتوازن، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2009، ص 23.

الأقل من تاريخ هذا الإخطار وصدور القرار بالتعاقد مع المرشح الفائز بالمشروع، وأما إن كان الإخطار بالطريق الإلكتروني فإن هذه المدة أقل إلى أحد عشرة أيام⁽¹⁾.

وفي حالة عدول جهة الإدارة عن إبرام العقد، فإنه يجب عليها أن تخطر جميع المرشحين بهذا العدول، وفي حالة تقدم أحد أصحاب العطاءات المرفوضة بطلب للوقوف على أسباب الرفض، فإنه يجب على جهة الإدارة أن تبادر بالرد على هذا الطلب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إليها، موضحة فيه ليس فقط أسباب رفض العطاء، وإنما أيضاً أسباب قبول العطاء الفائز، واسم صاحب هذا العطاء.

وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن عقد الشراكة لا يوقع من قبل جهة الإدارة إلا بعد موافقة السلطة المختصة بذلك وطبقاً للشروط والضوابط المحددة، والتي تبين مدى انعكاسات تكاليف المشروع على الميزانية العامة للدولة، ومدى توافر الاعتمادات المالية، وبعد أن يتم التوقيع على العقد، يعلن صاحب الشأن به قبل بدء التنفيذ، ويجب على جهة الإدارة أن تنشر في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان هذه الموافقة بالجريدة الرسمية على وفق النموذج المعد لهذا الغرض من قبل الوزير المختص بالشؤون الاقتصادية، بل وبمجرد توقيع عقد الشراكة ترسل نسخاً منه ومن ملحقاته للجهات الإدارية المختصة، وذلك على وفق ضوابط يحددها المرسوم المختص بذلك، مع ملاحظة أنه "يتمتع على تلك الجهات استخدام المعلومات والوثائق المرسله إليها إلا لأغراض إحصائية، أو لإجراء دراسات تحليلية اقتصادية وتجارية، ولذلك فهي تلتزم بكفالة سرية هذه المعلومات وتلك الوثائق وتمتنع من ثم عن الكشف عن فحواها أو نشرها بأي طريق كان."⁽²⁾

2- اختيار المتعاقد في مصر

لقد أجازت المادة (63) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة ٢٠١٠م للسلطة المختصة بعد موافقة الوحدة المركزية للمشاركة ثم اللجنة العليا لشؤون

1 - المادة 9: بمجرد اختيار الفائز بالعقد ، تبلغ الجهة العامة المرشحين الآخرين برفض عرضهم. في حالة الإرسال البريدي ، يتم احترام فترة ستة عشر يوماً على الأقل بين تاريخ إرسال الخطاب الذي يخطر المرشحين بقرار منح العقد وتاريخ إبرام العقد.

2_ المادة (9): لا يجوز توقيع عقد الشراكة إلا من قبل الدولة أو المؤسسة العامة التي يشرف عليها محاسب عام بعد موافقة الجهة الإدارية بشروط يحددها مرسوم تقيّم آثاره على المالية العامة وتوافر الاعتمادات. يتم إخطار المقاول بالعقد قبل أي بدء للتنفيذ. في غضون ثلاثين يوماً من هذا الإشعار ، ترسل الهيئة العامة إخطاراً بالجائزة إلى الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي للنشر. يتم تحرير إشعار الإحالة هذا وفقاً للنموذج الذي تم وضعه بأمر من وزير الاقتصاد. بمجرد التوقيع ، عقود

المشاركة أن تقرر أن يكون طرح المشروع على مرحلتين، وإجراء الحوار التنافسي كمرحلة أولى، بهدف الحصول على إيضاحات بشأن عناصر العروض الفنية والمالية المقدمة في هذه المرحلة، ويتم في المرحلة الثانية يتم تقديم العطاءات النهائية.⁽¹⁾

المرحلة الأولى مرحلة الحوار التنافسي:

تهدف هذه المرحلة إلى الوقوف على كافة المعطيات الفنية والمالية والتقنية لإعداد كراسة الشروط النهائية التي يتم على أساسها تقييم مختلف العطاءات لاختيار المستثمر المؤهل، ولذا تتجسد هذه المرحلة في كونها مرحلة حوار تنافسي، حيث تتطلب من المستثمرين المؤهلين ضرورة تقديم عطاءاتهم الفنية والمالية الأولية أو غير الملزمة، وذلك بناء على كراسة الشروط التي تعد خصيصاً لهذه المرحلة، والتي يجب أن تشمل على ما يلي:

أ-المعلومات العامة عن المشروع ومواصفاته.

ب-مواصفات المنتج النهائي ومستوى الخدمة ومؤشرات الأداء.

ج-الشروط الرئيسية لعقد المشاركة.

د-نظام التقييم الفني والمالي بشكل عام.

هـ-المتطلبات والنماذج والمستندات المطلوبة في كل من العرضين الفني والمالي غير الملزمين، والتي توضح الخطوط العريضة للعرضين الفني والمالي.

و-طريقة تقديم العرضين الفني والمالي غير الملزمين.

ز-إجراءات الطرح على مرحلتين، و"مواعيد تقديم طلبات الاستفسارات والرد عليها وآخر موعد لتقديم العروض الفنية والمالية غير الملزمة، والمواعيد المبدئية لإجراء الحوار التنافسي مع مقدمي العطاءات وطرح كراسة الشروط والمواصفات النهائية".⁽²⁾

والجدير بالذكر أن المستثمرين المؤهلين المتنافسين يقومون في هذه المرحلة الأولية بالإعداد لتقديم عروضهم المالية والفنية والتعاقدية غير الملزمة من خلال تكوين كونسرتيوم تعاقدية يضم أكثر من شركة من الشركات المتخصصة في أعمال المشروع المطروح، إضافة لبعض جهات التمويل.⁽³⁾ ويعرف الكونسرتيوم Consortium بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه

1- نص المادة (63) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010م.

2 - نص المادة (64) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 .

3 - د. محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 34.

طرفان أو أكثر على التنسيق فيما بينهما واستخدام امكانياتهما الفنية والمالية بغرض الدخول في مناقصة أو مفاوضة مع رب العمل، وتنفيذ عقد المقاوله على سبيل التضامن قبل رب العمل، ويكون كل طرف في علاقته الداخلية بالطرف الآخر مسؤولاً وحده عن تنفيذ جزء من الأعمال، ويكون مسؤولاً قبل الطرف الآخر عن تنفيذ هذه الأعمال⁽¹⁾.

وعادة ينظم هذا التجمع "الكونسرتيوم" مسؤولية تكاليف إعداد العطاء و مستنداته وتوزيعها بينهم، ومسؤولية كل عضو من أعضاء الكونسرتيوم في عملية الإعداد، وكيفية اتخاذ القرارات والتشاور فيما بينهم، وتنظيم عملية التفاوض مع الجهات الحكومية بعد رسو العطاء، وكلك تحديد شكل شركة المشروع ورأس مالها⁽²⁾

ويتعين على الجهة الإدارية أن تلتزم بتلقي استفسارات مقدمي العطاءات والرد عليها بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة عن طريق البريد الإلكتروني في الموعد المحدد لذلك⁽³⁾

وينبغي أن تجرى اجتماعات الحوار التنافسي مع مقدمي العطاءات غير الملزمة كل على حدة في إطار من المساواة بين مقدمي العطاءات، من حيث عدد الاجتماعات ومدتها، ويجب على جميع أعضاء اللجنة حاضري تلك الاجتماعات الالتزام بعدم إفشاء سرية ما يدور خلالها من مناقشات أو معلومات، والتوقيع على إقرار بذلك، و"على لجنة الحوار التنافسي إعداد مذكرة لمحاضر اللجنة ترفعها إلى اللجنة العليا، ويحظر دخول أية وسائل للاتصال مع أعضاء اللجنة أثناء انعقادها"⁽⁴⁾ والجدير بالذكر أن نص المادة (68) يتضمن تناقضا حينما أجاز عقد لقاءات منفردة، وأوجب في ذات الوقت أن تكون في ضوء قواعد المساواة، وهما أمرين متعارضين، إذ لا يستقيم وجود لقاءات منفردة وشفافية في ذات الوقت.

كما نلاحظ أن ذات النص قد فرض قيوداً، وهو الالتزام بعدم إفشاء السرية، وهو قيد قد يحقق ضمانات للمستثمرين من الحفاظ على سرية معلوماتهم، لاسيما التكنولوجية، و ضمانات للجهة الإدارية في المحافظة على متطلباتها لعقد المشاركة أو فيما يتعلق بالعقود السابقة التي أبرمتها كسابقة أعمال، وتتضمن تفاصيل ذات طبيعة سرية لا يجوز إفشاؤها.

1 - د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1999م، ص 9.

2 - د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص 39

3- نص المادة (66) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010

4- نص المادة (68) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010

وبإعمال قيد السرية يمكن تحقيق الطمأنينة لكل من الطرفين بعدم إفشاء أسرارهما، ومن ثم فلا حاجة إلى عقد لقاءات أو حوارات منفردة لما يصطدم ذلك مع مبدأي الشفافية والعلانية. إذ "لا يجوز القول بأن اللقاءات المنفردة تهدف إلى المحافظة على السرية، فلا يقصد بالسرية أن تتم المفاوضات في غير علانية"⁽¹⁾.

وفي ضوء ما يسفر عنه الحوار التنافسي مع المستثمرين المؤهلين، تضع الجهة الإدارية المعنية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة كراسة الشروط والمواصفات للمشروع؛ والتي يتم بناء عليها تقدير الأعباء والتكاليف وحساب المخاطر المرتبطة بالمشروع للوصول إلى القيمة التقديرية والمقارن الحكومي للمشروع "التكلفة التي يتم مقارنتها مع العطاءات المقدمة ثم يتم اعتماد هذه الكراسة من السلطة المختصة ل طرحها في المرحلة الثانية"⁽²⁾.

يتضح مما تقدم أن: المرحلة التمهيديّة لاختيار المستثمرين المؤهلين تمثل جزءاً لا يتجزأ من الإجراءات المرتبطة بعمليات الطرح والترسية، وذلك نظراً لأنها تهدف إلى الحد من المخاطر التي قد تهدد تنفيذ واستمرار المشروع إذا افتقرت شركة المشروع إلى الخبرات والإمكانات التي تؤهلها للقيام بالمشروعات العامة ذات الحجم الكبير وإدارتها وتشغيلها، وهو الأمر الذي من شأنه تعرض جهة الإدارة لمخاطرة التأخر في تنفيذ وتشغيل المشروع عن الجدول الزمني المتفق عليه في عقد المشاركة.

هذا فضلاً عن تحمل جهة الإدارة أعباء إضافية تتمثل في القيام بدراسة عدد من العطاءات التي لا يتمتع مقدموها بالأهلية المطلوبة للقيام بمشروعات عامة قد تمتد فترات التنفيذ لها إلى عدد من العقود.

كما أن الدول لا ترى أي تعارض بين اختيار المستثمرين المؤهلين أثناء مرحلة التأهيل المسبق ومعايير المنافسة والمساواة بين المستثمرين، حيث أن هذه المعايير يجب إعمالها بعد "التأكد من قدرة المستثمر على تنفيذ المشروع والاستمرار في تقديم الخدمات العامة المطلوبة خلال فترة العقد بالجودة والسعر المتفق عليهما"⁽³⁾.

1 - د. حمد بارود، حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع والسبعون، سنة 2004، ص 17
2 - نص المادة (69) من اللائحة التنفيذية لقانون المستثمرين المصري رقم (67) لسنة 2010.
3 - راجع تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية بمجلس الشعب، التقرير الرابع المشترك والخاص بمشروع قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، الفصل التشريعي التاسع دور الانعقاد العادي الخامس، ابريل 2010م، ص 56.

المرحلة الثانية مرحلة اختيار العطاء الفائز

"تسلم العطاءات؛ والتي يجب أن تكون موقعة من المستثمر أو ممن يمثله قانونا للجنة يطلق عليها لجنة تلقي العطاءات ودراساتها"⁽¹⁾ وتشكل هذه اللجنة بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية من عناصر فنية ومالية وقانونية مناسبة، إضافة لممثل عن كل من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ووزارة المالية والوحدة المركزية للمشاركة.

واللجنة أن تعهدت إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها أو ممن ترى اللجنة الاستعانة بهم من ذوي الخبرة لدراسة النواحي الفنية والمالية والقانونية للعطاءات المقدمة، ومدى مطابقتها للشروط والمواصفات المعلنة، وتقييم المطابق منها، وتقديم اللجان الفرعية تقارير بنتائج أعمالها وتوصياتها إلى لجنة تلقي العطاءات لدراستها وتقييم المطابق منها وفقاً لمعايير التقييم التي تحددها كراسة الشروط والمواصفات، وبما يحقق أفضل جدوى اقتصادية للدولة، و"يمنح كل عطاء درجة للتقييم وفقاً للأسس وبالطريقة المبينة بطلب تقديم العطاء النهائي وكراسة الشروط والمواصفات، ويتم بناء على هذه الدرجة ترتيب العطاءات المقبولة فنية"⁽²⁾

وتسليم العطاءات للجنة تلقي العطاءات يكون باليد في المكان وفي الموعد المحددين لتلقي العطاءات في كراسة الشروط والمواصفات في مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، ويجب أن يتضمن مظروف العرض الفني التأمين المؤقت المحدد بكراسة الشروط والمواصفات، وكافة المستندات الفنية المطلوبة الموضحة للمواصفات التفصيلية لتحقيق مستوى الخدمة أو مستوى المنتج النهائي للمشروع، ويجب أن يتضمن مظروف العرض المالي النماذج والمستندات المالية المنصوص عليها في كراسة الشروط والمواصفات، ثم يقوم رئيس لجنة تلقي العطاءات ودراستها بتكليف عضو أو أكثر من أعضاء اللجنة بتفريغ محتويات العطاءات الفنية والعطاءات المالية في أقل وقت ممكن في كشوف صفحاته مع تدوين الملاحظات اللازمة لذلك، "ويثبت ذلك في محضر اللجنة، ويقوم جميع أعضاء اللجنة بالتوقيع عليه"⁽³⁾

1 - نص المادة (55) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010م.
2 - نص المادة (39) من قانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م
3 - نص المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م

وعلى لجنة تلقي العطاءات ودراستها "التأكد من مطابقة العروض الفنية للمواصفات والاشتراطات الفنية المنصوص عليها في كراسة الشروط والمواصفات، وتتولى اللجنة تقييم العطاءات وفقا لنظام التقييم المحدد بالكراسة".⁽¹⁾

وينبغي استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات وفقا لنظام التقييم المحدد بكراسة الشروط والمواصفات، ويصدر بالاستبعاد قرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بناء على توصيات لجنة تلقي العطاءات ودراستها.

ويجب أن "يكون القرار الصادر باستبعاد أحد العطاءات مسببة و بالتفصيل الكافي، ويخطر أصحاب العطاءات غير المقبولة فنية بذلك القرار على عناوينهم المثبتة في عطاءاتهم بموجب خطاب موصي عليه مصحوبا بعلم الوصول وبالبريد الإلكتروني"⁽²⁾

وتجتمع لجنة تلقي العطاءات ودراستها في المكان والموعد المحددين لفتح المظاريف المالية، وتبدأ اللجنة أعمالها بالتحقق من سلامة غلقها، وتقوم بإثبات حضور أصحاب العطاءات المتواجدين أو ممثليهم، و"على اللجنة فض المظاريف المالية وفقا لترتيب ترقيمها، ويقوم رئيس اللجنة بإعلان القيم الواردة في كل عطاء؛ والتي سيتم على أساسها التقييم المالي، ويوقع على محضر هذه الجلسة جميع أعضاء اللجنة، بالإضافة إلى جميع أصحاب العطاءات الحاضرين أو ممثليهم"⁽³⁾

وتتم ترسية المشروع على صاحب العطاء الأقل قيمة حالية، طبقا للطريقة المحددة للحساب في كراسة الشروط والمواصفات في حالة إتباع نظام تقييم (مطابق - غير مطابق).

وفي حال إتباع نظام التقييم بالنقاط، تكون ترسية المشروع على صاحب العطاء الأدنى اقتصادية بعد أعمال الوزن النسبي لكل من العرضين الفني والمالي وفقا لمنهج حساب القيمة الذي "تحده كراسة الشروط والمواصفات حسب كل مشروع، ويكون صاحب العطاء الفائز هو صاحب أعلى نتيجة، وذلك بعد ترتيب نتيجة العطاءات من الأعلى إلى الأقل"⁽⁴⁾

و"يجب إخطار صاحب هذا العطاء بموجب خطاب إسناد موصي عليه مصحوبا بعلم الوصول، وذلك بعد اعتماد اللجنة العليا لتوصية السلطة المختصة باختيار صاحب العطاء الفائز

1 - نص المادة (72) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م

2 - نص المادة (74) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .

3 - نص المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .

4 - نص المادة (77) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .

والموافقة على إبرام العقد⁽¹⁾ يتضح مما تقدم أن قانون مشاركة القطاع الخاص رقم (67) لسنة 2010م ولائحته التنفيذية قد أسندا كافة إجراءات هذه المرحلة والخاصة بفحص العطاءات والبت فيها بعد تسلمه إلى لجنة واحدة تتولى فتح المظاريف، والبت في العطاءات، سواء أكانت فنية أو مالية.

كما يتضح أن المشرع قصر كيفية تقديم العطاء على التسليم باليد فقط، ويرى الباحث أنه يجب تقديم العطاء إضافة للتسليم باليد الإرسال بالبريد الموصي عليه، أو بوضع العطاء في الصندوق المختص بذلك بالجهة الإدارية، إذا كان العطاء مقدم من فرد أو شركة في الخارج، فإنه يجوز أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بسداد ثمن كراسة الشروط، أو من خلال التوقيع الإلكتروني.

إلغاء إجراءات الطرح:

لقد حدد المشرع في قانون تنظيم الشراكة حالات يجب فيها على الجهة الإدارية إلغاء إجراءات طرحة المناقصة، وأخرى جوازية يجوز للجهة الإدارية فيها أن تلغي إجراءات الطرح أو تستمر في إجراءات الترسية.

لقد حددت المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المشاركة المصري الحالات التي يجب فيها على الجهة الإدارية إلغاء إجراءات الطرح، وهما حالتين:

الأولى وجوبية: " إذا تم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك " (2)

الثانية جوازية في الحالات الآتية:

- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء وحيد.
- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات لا تتوافق مع الشروط والمواصفات المطروحة أو يتعذر تقييمها مالياً.
- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد زيادة غير مبررة على المقارن الحكومي المعتمد من اللجنة العليا.

1 - نص المادة (78) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .
2 - نص المادة (80) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .

استثناء مما تقدم، يجوز قبول العطاء الوحيد بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة تلقي العطاءات ودراستها، بعد موافقة اللجنة العليا، إذا توافرت الشروط الآتية:

أ- أن تقتضي المصلحة العامة عدم السماح بإعادة إجراءات طرح المشروع، أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها.

- أن يكون العطاء الوحيد مقبولاً فنياً ومطابقاً للشروط والمواصفات.

كما يجوز بعد موافقة اللجنة العليا قبول العطاء الأقل التي تزيد قيمته على المقارن الحكومي حتى نسبة لا تجاوز 20% من قيمة هذا المقارن، وكانت المصلحة العامة تقتضي ذلك.

"يكون الإلغاء بقرار يصدر من السلطة المختصة بناء على توصية من لجنة تلقي العطاءات ودراستها، وبعد موافقة اللجنة العليا المسبقة على طلب الجهة الإدارية بإلغاء إجراءات الطرح"⁽¹⁾

ويجب في الأحوال جميعاً الإلغاء الوجوبي منها والجوازية أن يكون قرار الإلغاء مسبباً، وعلى الجهة الإدارية إخطار مقدمي العطاءات على عناوينهم المثبتة في عطاءاتهم بقرارها بإلغاء إجراءات الطرح، وذلك "بموجب خطاب موصي عليه مصحوباً بعلم الوصول وبالبريد الإلكتروني خلال أسبوع من تاريخ إصدار القرار"⁽²⁾

كما لا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأية تعويضات عن قرار الإلغاء باستثناء تعويض بنسبة 10% من المصروفات الفعلية التي تكبدها صاحب العطاء لإعداد عطاءه بحد أقصى خمسمائة ألف جنيه مصري.

وتصرف هذه التعويضات من موازنة الجهة الإدارية خلال ثلاثة شهور على الأكثر من تاريخ تقديم طلب إلى الجهة الإدارية من صاحب العطاء أو من يمثله قانوناً في ذلك بموجب توكيل خاص بالصرف.

و"يكون الإلغاء في الحالتين السابقتين بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بعد أخذ رأي الوحدة المركزية للمشاركة، وموافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، بناء على توصية لجنة تلقي العطاءات ودراستها."⁽³⁾

1 - نص المادة (81) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .
2- نص المادة (82) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .
3 - نص المادة (83) من اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م .

ثانياً: اختيار أطراف عقد الشراكة الوطنيين

تقوم عقود الشراكة الاستراتيجية كأى عقود أخرى على تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، وهذا ما أشارت اليه المادة (73) من القانون المدني العراقي إذ عرفت العقد بالقول: (ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بالقبول الصادر من العاقد الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه). بيد أن الشراكة محل الدراسة تتميز بحقيقة مهمة تميزها عن سائر التصرفات، وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها والمتأتي من حقيقة أن أحد الأطراف يتمتع بمزايا خاصة، في إطار العقد الداخلي وهذا الطرف هو الذي تمثله الدولة. أما الطرف الأخر فهو (الشريك الاستراتيجي الذي يثار بصدده تساؤلات منها ما مدى اشتراط كون هذا الشخص طبيعى أو معنوي؟ وهذا ما سيكون محورنا في هذا الفقرة وكالاتي:

1- الدولة الطرف الأول في العقد

تعد الدولة أحد أطراف تحالف الشراكة، وهي طرف مهم كونها الطرف الذي يتمتع بحصانة قضائية، إلى جانب كونها تمثل أحد اشخاص البند الدولي العام وتتمتع بسيادة على أراضيها من هذا الجانب، قد يتساءل بعضهم أن الدولة وهي تبرم اتفاق الشراكة من الذي يمثلها، ومن يتحمل مسؤولية هذه الشراكة، خاصة و"قد تبين خلال البحث أن التعاقد يتم أما بطريق مباشر الدولة او من يمثلها (الوزارة) أو بطريق غير مباشر وهو قيام أحد المؤسسات التابعة لها بإبرام هذه الشراكة".⁽¹⁾

ألا ان مجلس شورى الدولة أخضع هذه المشاركات إلى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 وذلك من خلال قراره المرقم 2012/108 الصادر في 2012/11/17 إذ نص على (تخضع عقود المشاركة بين الشركة العامة والشركات الاخرى لأساليب تنفيذ العقود الحكومية المنصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008)

وهذا النص يشير إلى ترك العقود سواء تعلق تلك الأعمال بتنفيذ المقاولات والمشاريع العامة للدولة أو العقود الاستشارية أو تجهيز السلع والخدمات وغيرها.

وعلى هذا واستناداً إلى النص أعلاه نجد أن السند القانوني في قانون الشركات العامة رقم (22) لسنة 1997 المعدل في المادة (15) منه والتي قصدت مفهوم القطاع العام بالشركة العامة وقد ورد تعريف الشركة العامة في المادة (1) من قانون الشركات العامة العراقي رقم (22)

1 - اقبال عبد العباس يوسف، عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل، 2020 ، ص76.

لسنة 1997 المعدل والتي نصت على "الشركة العامة: الوحدة الاقتصادية الممولة ذاتيًا والملوكة للدولة بالكامل التي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري وتعمل وفق أسس اقتصادية".

و"إذا ما تلمسنا التشريعات المعاصرة، نجد أن نصوص قوانين الاستثمار العربية أشارت إلى ذلك من خلال هيئات أو مجالس متخصصة للتعاقد مع المستثمر الأجنبي، وتكون مرتبطة بمجلس الوزراء أو بوزير مختص"⁽¹⁾ والذي لا بد من الإشارة إليه بهذا الصدد أن الدولة قد تتعاقد مع المستثمر الأجنبي (الشريك الإستراتيجي) بصفتها شخص من اشخاص القانون الخاص فنجد أن الدولة بدأت تدخل في اطار العلاقات التي يحكمها هذا البند، وما يفسر ذلك حرص هذه الدول على تشجيع الأشخاص الأجنبية على الدخول في هذه العلاقات التي تكون هذه الدول بأمس الحاجة إليها، إذ إن استخدام هذه الأساليب يوفر عوامل الثقة والأمان للمستثمر الأجنبي، من جانب ومن جانب آخر يستفاد منه رضاء الدولة بالخضوع لقواعد القانون الخاص في العقود الدولية كما ان لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله وباقتراح من رئيس التشكيل الإداري للعقد اعتماد احد الأساليب التالية لتنفيذ العقود العامة باستثناء أسلوب العطاء الواحد والتعاقد المباشر وذلك أما وطنياً أو دولياً عند تحقق شروطه وكما يأتي:

المناقصة العامة: وينفذ هذا الأسلوب بإعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة، وإن تتسم الإجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح ومراعاة السقوف المالية المقررة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية عند اعتماد هذا الأسلوب.

المناقصة المحدودة: وينفذ هذا الأسلوب عندما تكون السلع أو الخدمات الاستشارية أو المقاولات موضوع المناقصة متوفرة لدى جهات محدودة من حيث الاختصاص لغرض تقديم عطاءاتها وفق المواصفات والتصاميم والشروط المعدة من جهة التعاقد ويتم بالإعلان عنها إلى جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم ممن تتوافر فيهم شروط المشاركة لقاء ثمن وتكون وفق الإجراءات الآتية:

-الأجراء الأول: يتضمن تسلم الوثائق الخاصة بالتأهيل القانوني والفني والمالي للمشاركين في المناقصة وذلك لتقييمها من لجنة مختصة في جهة التعاقد وفقاً لشروط التأهيل

1 - تنظر المادة 36 من قانون الاستثمار السوري رقم 3 لسنة 1991.

الفني والمالي والقانوني المطلوبة للتوصل إلى اختيار مؤهلين للاشتراك في الإجراء الثاني على ان لا يقل عددهم عن (3) ثلاثة مؤهلين.

- الإجراء الثاني: قيام جهة التعاقد بدعوة جميع المؤهلين مجاناً لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية لغرض الدراسة والتقييم والترسية وفقاً لإحكام هذه التعليمات.
المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني: - ويتم تنفيذ هذا الأسلوب بالإعلان عن المناقصة إلى جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية وبطرفين منفصلين لقاء ثمن مع مراعاة ما يأتي:

- فتح العطاءات الفنية ودراستها من لجان التحليل في جهات التعاقد لبيان المناقصين المؤهلين والمستجيبين للشروط المطلوبة.
- فتح العطاءات التجارية للمناقصين المؤهلين وبما لا يقل عن ثلاثة لاختيار العطاء الأفضل منها من لجان التحليل مع مراعاة الصلاحيات المالية المعتمدة لأغراض الإحالة بهذا الشأن.

- يتم اعادة ظروف العطاءات التجارية للمناقصين غير المؤهلين فنياً إلى مقدميها دون فتحها ومن ثم السير بإجراءات التحليل والتعاقد ووفق السياقات المعتمدة بهذا الشأن.
المناقصة بمرحلتين: يتم تنفيذ هذا الأسلوب بالمرحلتين التاليتين ويجوز أن يسبق تنفيذ هذا الأسلوب التأهيل المسبق ابتداءً، ويستخدم هذا الأسلوب في العقود التي يصعب على جهة التعاقد أعداد مواصفاتها الفنية أو تصاميمها وفي العقود ذات المستوى التكنولوجي المعقد والعقد التخصصية ذات الطبيعة العلمية المتطورة وكما يأتي:

- المرحلة الأولى: تتم بإعلان دعوة عامة للراغبين جميعاً ومقابل ثمن لتقديم عطاءاتهم الفنية على أساس التصاميم الأولية والمتطلبات الوظيفية أو وصف عام لمراحل تنفيذ العمل ليتم دراستها من لجنة فنية مختصة لغرض اختيار العطاءات المناسبة وفقاً لمعايير التأهيل الفني والمالي والقانوني والأعمال المماثلة ولجهة التعاقد تعديل التصميم الأولي أو المواصفات الفنية والمتطلبات الأخرى و"فقا للعطاءات الفنية المقدمة والمعدلة بعد التفاوض الفني ولجهة التعاقد تعديل الكلفة التخمينية عند الضرورة"⁽¹⁾.

- المرحلة الثانية: توجيه الدعوة المباشرة لمقدمي العطاءات الذين تم قبول عطاءاتهم الفنية على وفق معايير التأهيل في المرحلة الأولى لتقديم عطاءاتهم التجارية على أساس وثائق

1 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بنها، 2019 ، ص30.

المناقصة المعدلة ومن ثم السير في العملية التعاقدية وفقاً للإجراءات المحددة في هذه التعليمات الدعوة المباشرة: يتم تنفيذ هذا الأسلوب بتوجيه الدعوة المباشرة مجاناً إلى ما لا يقل عن (3) ثلاثة من المقاولين أو المجهزين أو الاستشاريين المعتمدين لرصانتهم وقدرتهم وكفاءتهم الفنية والمالية لتنفيذ مشاريع أو تعاقدات الجهات الرسمية وعند توفر واحد أو أكثر من المبررات الآتية:

- إذا تطلب العقد سرية في إجراءات التعاقد والتنفيذ.
- أن تكون هناك أسباب أمنية تستوجب ذلك.
- حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية.
- تجهيز الأدوية والأجهزة والمستلزمات الطبية التخصصية المنقذة للحياة.
- عزوف مقدمي العطاءات عن الاشتراك في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية أو في حالة تسلم عطاءات غير مستوفية للشروط والموصفات وللمرة الثانية.
- والعقود التخصصية التي تصدر ضوابطها دائرة العقود الحكومية العامة وبالتنسيق مع اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء.
- المشاريع الاستراتيجية والكبيرة التي تتطلب خبرات أجنبية والتي تحدد من اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء وبالتنسيق مع وزارة التخطيط والمنفذة من شركات عالمية رصينة ذات خبرة في هذا التخصص مدة لا تقل عن (5) خمس سنوات وإعمال مماثلة لا تقل عن (3) ثلاثة مشاريع في هذا المجال.

العطاء الواحد (العرض الوحيد): ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً إلى جهة مختصة واحدة مجهز أو مقاول أو استشاري لتنفيذ العقد وبموافقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة عند توفر احدي الحالتين الآتيتين:

- عندما تكون السلع أو الخدمات الاستشارية أو المقاولات ذات طبيعة احتكارية أو متوفرة لدى جهة معينة محتكرة تمتلك براءة الاختراع أو الإجازة أو الحقوق الحصرية لها.
- إذا كانت السلع أو المقاولات المطلوبة لأغراض الصيانة أو لتجهيز أدوات احتياطية لعقود سابقة.

التعاقد المباشر: ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً للتعاقد مباشرةً إلى جهة واحدة لتنفيذ هذا الأسلوب بموافقة اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء وبتوصية من اللجنة المركزية

للمراجعة والمصادقة على الإحالة للعقود الاستيرادية أو المحلية لتجهيز السلع أو الخدمات ذات الطابع التخصصي غير المحتكرة على أن تتوفر الشروط الآتية:-

- أن تكون العقود متعلقة بأمن وسيادة الدولة التي تقتضيها ظروف الضرورة القصوى.
- أن تتسم تلك العقود بمواصفات فنية ذات تقنية عالية أو متطورة، ويجوز قبول مواصفات فنية أو قياسية أكثر تطوراً والمعروضة من الجهة المطلوب التعاقد معها بعد تأييدها من جهة فنية مختصة في جهة التعاقد.
- ان تكون الجهة المطلوب التعاقد معها جهة رصينة ومعتمدة ومصنعة معروفة للمواد أو الخدمات المطلوب تجهيزها.

- وجود تقرير فني بالاحتياجات والمواصفات معد من جهة فنية مختصة مصادق عليه من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة.
- وجود جهة فاحصة رصينة تم استحصال الموافقة عليها للتأكد من دقة المواصفات المطلوبة ومدى مطابقتها للشروط المطلوب التعاقد عليها.
- تصدر اللجنة القطاعية المختصة قرارها خلال (14) أربعة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الطلب لديها وبعبءه تعتبر الموافقة حاصلة ضمناً

الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة:

- للشركات العامة والتي تمارس النشاط الاستيرادي التجاري الربحي للشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة وتخضع تعاقداتها إلى مصادقة مجلس ادارة الشركة.
- للشركات العامة التفاوض على الأسعار مع الجهات التي يتم التعاقد معها بهذا الأسلوب لتنفيذ مشاريعها أو تعاقداتها إذا كان مبلغ العطاء اعلى من الكلفة التخمينية المخصصة للتعاقد.

لجان المشتريات: ويتم استخدام هذا الأسلوب لتجهيز دوائر الدولة بالسلع والخدمات والأعمال وحسب الضوابط الواردة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية للسنة المعنية

- الطرف الأجنبي.

قد يتبادر إلى الذهن في إطار هذا النوع من العقود، من هو الشريك الإستراتيجي، وهل هو شخص طبيعي أم اعتباري، أم من الممكن أن يكون كلاهما وهذا ما سنوضحه في الآتي:

أولاً -الشخص الطبيعي.

لا يؤثر في طبيعة عقود الشراكة أن يكون الطرف المتعاقد مع الدولة شخصاً طبيعياً طالما محل العقد يتعلق بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها ولقد جاءت التشريعات المعاصرة في معظم الدول العربية بالنص صراحة على إمكانية ان يكون الطرف المتعاقد شخصاً طبيعياً الطرف الاجنبي كطرف في عقود الشراكة هو " الشخص التابع لدولة أخرى، وهو قد يكون شخص طبيعي أو معنوي. وقد بينا سابقاً أن الشراكة الاستراتيجية تمثل نوع من عقود الاستثمار المباشر وعادة ما تلجأ الدول النامية إلى الشراكة مع دولة متطورة لتحقيق التنمية الاقتصادية"⁽¹⁾، وعلى ذلك يستفاد أن الطرف الثاني في الغالب هو مستثمر أجنبي، ولم يحدد المشرع العراقي في قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 المعدل لسنة 2019 نسبة مشاركة الشخص الاجنبي في الشركات الوطنية الا أنه وبالرجوع إلى احكام المادة (12) منه اشارت إلى إمكانية وجود الشخص الاجنبي سواء كان طبيعياً أو معنوياً بوصفه عضواً في الشركات سواء كان مؤسس لها أم حامل اسهم أم شريك فيها وذلك من خلال ما نصت عليه المادة (12) يضمن هذا القانون للمستثمر ما يأتي:

- يحق للمستثمر توظيف واستخدام عاملين من غير العراقيين في حالة عدم امكانية استخدام عراقي يملك المؤهلات اللازمة وقادر على القيام بنفس المهمة على وفق ضوابط تصدرها الهيئة.

- منح المستثمر الاجنبي والعاملين في المشاريع الاستثمارية من غير العراقيين حق الإقامة في العراق وتسهيل دخوله وخروجه من والى العراق.

- عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات.

- عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة كلاً أو جزءاً وبتعويض عادل.

: للعاملين الفنيين والاداريين غير العراقيين في المشروع أن يحولوا رواتبهم وتعويضاتهم إلى خارج العراق وفقاً للقانون بعد تسديد التزاماتهم وديونهم تجاه الحكومة العراقية وسائر الجهات الاخرى.

يتبين من النص إمكانية مشاركة الاجنبي في الشركات العراقية بصفة مؤسس أو مساهم. وبالرجوع إلى قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 عرف المستثمر في المادة (1)

1 - د- أشراق صباح صاحب، المركز القانوني للشريك الاستراتيجي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، العدد الثالث- السنة التاسعة ، ص 11.

منه، أذ عرفت الفقرة المستثمر الأجنبي بالقول: (هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد أجنبي إذا كان شخصاً معنوياً أو حقوقياً) أما الفقرة فقد عرفت المستثمر العراقي بالقول هو الذي يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في العراق إذا كان شخصاً معنوياً أو حقوقياً ولقد أشارت تشريعات الاستثمار في معظم الدول العربية بالنص صراحة على امكانية أن يكون المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً من هنا نجد أن بالإمكان تصور تعاقد الدولة مع أشخاص طبيعيين لتحقيق التنمية الاقتصادية، مثاله "العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية مع المليونير اليوناني اناسيس الذي يملك شركة عملاقة في ناقلات النفط والذي أدى تعارضه مع العقد إلى نشأة النزاع الذي تم الفصل فيه بواسطة تحكيم ارامكو المعروف"⁽¹⁾

ب- الشخص الاعتباري.

يعرف الشخص الاعتباري بأنه "مجموعة من الأموال أو الأشخاص يرمي إلى تحقيق غرض معين ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض"⁽²⁾. وفي إطار البحث، فإن الشخص الاعتباري كطرف في عقود الشراكة في الغالب يأخذ شكل شركة.

وقد حددت المادة (47) من القانون المدني العراقي "الأشخاص المعنوية هي:

– الدولة.

– الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها.

– اللوئية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

– الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

– الأوقاف.

– الشركات التجارية والمدنية إلا ما استثنى منها بنص في القانون.

– الجمعيات المؤسسة وفقاً للأحكام المقررة في القانون.

– كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية."

1 - ينظر حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة، والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 195.

2 - تنظر محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادي (دراسة مقارنة مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2012، ص 59.

ومن المعلوم أن الاشخاص المعنوية تنقسم إلى قسمين " شخصية معنوية عامة وأخرى خاصة وما يهمنا في إطار هذه الدراسة هي الشخصية المعنوية الخاصة التي هي مجموعة من الأموال أو الاشخاص ومثالها الشركات"⁽¹⁾.

و"قد تأخذ هذه الشركة التي تتعاقد معها الدولة أكثر من صورة، فقد تكون شركة متعددة الجنسيات أو مشروع مشترك وكما بينا سابقا"⁽²⁾ وبإزاء ما تقدم، فإن المستثمر الأجنبي قد يكون شخص طبيعي أو معنوي دون أن يؤثر ذلك في طبيعة العقود طالما أن موضوعها يتعلق بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

يذهب فريق من الشراح إلى أن مفهوم مصلحة الشركة "محل حماية المشرع" تتحدد وفقاً لمصلحة مشروع الشركة كأثر من الآثار التي رتبها المشرع للشخصية المعنوية للشركة؛ لأن اقرار المشرع شخصية معنوية للشركة له نتائج عملية هامة على مستوى المصلحة الواجب الاخذ بها وعند تحديد المصلحة المراعاة بنظره عند تضاربها بين مختلف الأشخاص⁽³⁾، ومن اهم مرتكزات هذه النظرية انها تميز بين مصلحة الشخص المعنوي للشركة ومصلحة المساهمين فيها، وتركز في استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشركاء، وفي الوقت الذي يقر فيه الرأي المتقدم بأنه يغلب ان تتلاقى مصلحة الشركة مع مصلحة المساهمين فيها، الا انه في بعض الاحيان تتضارب هذه المصالح فيما بينها ويرون بأن مصلحة الشركة تتجاوز مصلحة المساهمين⁽⁴⁾.

وإذا كان التمييز بين مصلحة الشركة ومصلحة المساهمين غير ذي جدوى إذا ما نظرنا اليه نظرة سطحية؛ على اعتبار ان مصلحة الشركة تركز على المصالح الخاصة لمجموع المساهمين، فكيف تتضارب هذه المصالح مع هذا الفرض .

"يرى جانب من الباحثين أن من النادر أن تجتمع الآراء حول مصلحة واحدة ولاسيما في شركات كبرى كشركات المساهمة، ويستشهدون في ذلك بين المنازعات القضائية الكبيرة بين اغلبية واقلية المساهمين داخل الهيئة العامة"⁽⁵⁾، فمن المؤلف ان تنقسم الاصوات بين مؤيد ومعارض وممتنع بحسب المصالح الشخصية لكل مساهم أو مجموعة مساهمين في قراراتهم تجاه الحالة

1 - - د- أشراق صباح صاحب، المركز القانوني للشريك الاستراتيجي، مصدر سابق، ص 11.

2 - حيدر داود سلمان الزبيدي، تضارب المصالح في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون في جامعة كربلاء، 2021، ص30.

(3) SMITH، Bryant. Legal personality. The Yale Law Journal، 1928، 37.3: p.294 ;

د. وجدي سلمان حاطوم: مصدر سابق، ص 30 ؛ شوقي ناصر: آثار الشخصية المعنوية للشركة، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية - كلية القانون، مج4، ع17، العراق، ص 363

4- ، د. اشراق صباح الاعرجي: مصدر سابق، ص 2-3.

5- عبد الكريم امجوض: مصدر سابق، ص 51.

المعروضة للنقاش، وأن ما يميز مصلحة هؤلاء عن مصلحة الشركة كشخص معنوي هو الباعث، "إذ إن باعث مجموعة من الشركاء قد يكون توزيع الأرباح بين الشركاء، وقد يكون باعث الآخرين تحويل جزء كبير من هذه الأرباح إلى تطوير المشروع الأستثمري للشركة أو لزيادة نسبة الاحتياطي، وكذا بالنسبة لبقية القرارات فنكون هنا امام مصلحتين تتعارض كلاهما مع الأخرى (توزيع الأرباح، أم زيادة الاحتياطي المالي للشركة)"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

شروط ابرام الشراكة الاستراتيجية

نتناول الشروط اللازمة لأبرام عقد الشراكة الأستراتيجية وذلك على فقرتين وكما يلي:

أولاً: شروط دخول الشريك الاستراتيجي للشركة

تلجأ الشركة وكما أسلفنا في حالة المشروعات الكبيرة التي تحقق خسارة، أو قد تكون أرباحها قليلة، أو ترغب باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة، إلى زيادة رأس مالها وذلك من خلال إدخال شريك استراتيجي للشركة. هذا وقد أورد المشرع الاماراتي جملة من الشروط ينبغي تحققها لدخول الشريك الإستراتيجي في الشركة، حددتها المادة (224) بفقراتها اذ نصت على شروط مساهمته بالقول: "الشراكة الاستراتيجية" وهي " 1- لمجلس إدارة الشركة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار الخاص بزيادة رأس مالها لإدخال شريك استراتيجي كمساهم في الشركة على أن يعرض جميع الأسهم الجديدة أو أيا منها للاكتتاب بها من قبل الشراكة الاستراتيجية دون عرضها على المساهمين،"⁽²⁾ وبالشروط الآتية:

أ- أن يكون نشاط الشراكة الأستراتيجية مماثلاً أو مكملاً لنشاط الشركة ويؤدي لمنفعة حقيقية لها.

- أن يكون "الشراكة الاستراتيجية" قد اصدر ميزانيتين عن سنتين ماليتين على الأقل، ويستثنى من ذلك الحكومة الاتحادية والمحلية بالدولة

- إذا لم يتم مجلس الإدارة بعرض الأسهم الجديدة على "الشراكة الاستراتيجية" خلال فترة الثلاثة شهور المشار إليها في البند (1) من هذه المادة أو إذا لم يتم الشراكة الأستراتيجية بالاكتتاب بهذه الأسهم خلال فترة لا تتجاوز (30) ثلاثين يوماً من تاريخ عرضها عليه اعتبر

1- د. سالم عبد الرحمن غميص: مصدر سابق، ص 30

2 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بنها، 2019 ، ص30.

قرار الجمعية العمومية بزيادة رأس مال الشركة لإدخال "الشراكة الاستراتيجية" كأن لم يكن " وسنحاول بيان هذه الشروط وكالاتي:

- صدور قرار خاص من الهيئة العامة للشركة يقضي بدخول "الشراكة الإستراتيجية" إليها: " الجمعية العمومية للشركة هي صاحبة السيادة العليا وتختص الجمعية العمومية العادية بتعيين وعزل المديرين والمراقبين والتصديق على الميزانية السنوية وغيرها من مسائل الإدارة"⁽¹⁾

أما الجمعية العمومية غير العادية فهي لا تنعقد الا لظروف استثنائية، وتختص بتعديل نظام الشركة في حالة زيادة رأس المال أو تخفيضه أو الاندماج. ولكي تنعقد الجمعية العمومية غير العادية يجب أن يقوم مجلس الإدارة بدعوتها للاجتماع، وعليه يطلب دعوتها كذلك إذا طلب 25% من المساهمين الأسباب جدية، وحتى بعد اجتماع الجمعية العمومية غير العادية صحيحة يجب أن يتحقق النصاب القانوني لهذا الاجتماع، وبالرجوع إلى نص الفقرة (2) من المادة (92) من قانون الشركات العراقي النافذ نجدها تشترط الأكثرية " أي أكثرية الاسهم المدفوعة اقساطها)، وقد عدلت المادة اعلاه ولم يتعرض المشرع إلى نصاب الاجتماع غير العادي، إلا أنه اشترط لصحة القرارات في الاجتماع غير العادي أن تصدر باكثرية الاسهم المكونة لرأس المال، إذ اشارت الفقرة ثانياً من المادة (98) منه إلى (تصدر القرارات الخاصة بتعديل عقد الشركة أو زيادة رأس مالها أو تخفيضه أو دمجها أو تحويلها أو تصفيتاها باكثرية الاسهم المكتتب بها والمسدد اقساطها المستحقة في الشركة المساهمة"⁽²⁾ .

هذا وتعلن دعوة الجمعية العمومية في صحيفة يومية رسمية على الأقل.

- طرح الأسهم الجديدة للاكتتاب. ينبغي على مجلس إدارة الشركة أن يقوم وخلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار الخاص من الهيئة العامة بزيادة رأس مال، أن يعرض الأسهم جميعاً أو جزء منها للاكتتاب من قبل الشراكة الاستراتيجية دون عرضها على المساهمين، ويقصد بالاكتتاب هو "إعلان الرغبة في الاشتراك في الشركة من خلال شراء أسهمها أو جزء منها أو التنازل أليها أو ايلولة الأسهم إليه بطريقة ما، وقد اعتمد المشرع الإماراتي طريقة الاكتتاب الخاص ومن قبل الشراكة الاستراتيجية فقط دون المساهمين، وهذا يعد استثناء،

1 - تنظر المادة (54) من قانون الشركات العراقي والمتعلقة بزيادة راس المال

2 - تنظر المادة (98) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل، وكذلك ينظر د.لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2006، ص226.

وخروجاً على مبدأ الأولوية والأفضلية⁽¹⁾، ذلك أن الأصل أن الكل مساهم في الشركة حق الأفضلية (الأولوية) في الاكتتاب بالأسهم الجديدة بما يتناسب مع عدد أسهمه ورد الزيادة التي اكتتب بها الغير بنسبة ما اكتتب به وحق الأولوية في الاكتتاب يتمتع من خلاله المساهم بالأفضلية في الاكتتاب في حالة إصدار الشركة أسهماً جديدة من أجل الزيادة في رأس مالها.

وتقتضي الأسهم ذات الأولوية في الاكتتاب انه قبل عرض الأسهم الجديدة على بقية المساهمين أو أشخاص أجانب في الشركة، يكون للمساهمين الحاملين لهذا النوع من الأسهم الأولوية في الاكتتاب والتقدم على غيرهم من المساهمين.

وأهمية هذا النوع أنه يمكن المساهم أن يصبح مالكا لنسبة كبيرة من الأسهم مما يؤهله أن يكون ذا سلطة في الشركة. ويكون الاكتتاب للشراكة الاستراتيجية بعد تحقق شروط أوردها المشرع الإماراتي منها:

- أن يكون الشراكة قد أصدر ميزانيتين عن سنتين ماليتين، وينصرف هذا الشرط إلى الشراكة الإستراتيجية، لأن علة القيد قائمة هنا وهي ضمان قيام الشراكة الاستراتيجية بتأسيس الشركة بالجدية المطلوبة وتحمل مسؤولية هذا وعدم إتاحة الفرصة للتهرب من المسؤولية الناجمة عن مشاريع غير مدروسة أو صورية، ولعل مضي سنتين أصدر خلالها ميزانية يعد مؤشرا على أن الشراكة قد قطعت شوطا في الوصول إلى الأمان. إلا أنه من الملاحظ أن الشرط ورد عليه استثناء وهو ما يتعلق الحكومة الاتحادية والمحلية بالدولة، إذ قد تترأى استبعاد هذا الشرط إذا كان فيه مصلحة.

- أن يكون النشاط متماثل أو مكماً لنشاط الشركة. مبنغى هذا الشرط هو قدرة الشراكة الاستراتيجية على إعادة هيكلية الشركة وتحسين أداءها وهذا يتحقق فيما إذا كان نشاطه متماثلاً ومكماً لنشاط الشركة.

- ان يتم طرح الأسهم الجديدة للاكتتاب على الشراكة الاستراتيجية خلال مدة الثلاثة أشهر، وهذه المدة تبدأ من تاريخ صدور القرار الخاص بزيادة رأس المال، إذ يبقى الاكتتاب

1 - تنظر الفقرة (3) المادة (56) من قانون الشركات العراقي المعدل بخصوص حق الأفضلية، نشير بهذا الخصوص ان الاكتتاب في القانون العراقي يكون عاما يعرض على الجمهور منذ البداية، ويشترط أن يكون اكتتاب المساهمين بعدد من الأسهم يتناسب مع مساهمته في رأس المال، أي أن القرار الذي يصدر عن الهيئة العامة بالزيارة يحدد مقدار الزيادة، يخصص جزء منه للمساهمين القدامى على فرض مساهمة الجميع، ويبقى جزء اخر يعرض على الجمهور، اي ان الاكتتاب بموجب القانون العراقي لا يمكن أن يقتصر على المساهمين القدامى، اشارة إلى ذلك د. لطيف جبر كوماتي، مصدر سابق، ص 173

مفتوحا خلال هذه الفترة، وبمفهوم المخالفة فان انقضاء هذه المدة التي أوردتها المشرع في المادة (224) منه يترتب عليها اثر مهم وهو اعتبار قرار الجمعية العمومية بالزيادة كأن لم يكن.

أن دخول الشراكة الاستراتيجية للشركة يتم وفقا لأساليب أهمها الطرح الخاص للأسهم (الاكتتاب الخاص) ويقصد به عرض الأسهم التي تشكل رأس مال المشروع أو جزء منها لمستثمر واحد سواء كان من الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية التقدم للشراء وتلجأ الدولة عادة لهذا الأسلوب في حالة الشركات التي تعرضت لخسائر أو أن أرباحها ضئيلة. وتقوم الدولة أو الشركة عادة بالتفاوض المباشر مع الشركة الاستراتيجية من أجل الشراء.

ويمتاز هذا الأسلوب بكونه وسيلة لاختيار الشراكة الاستراتيجية القادر على النهوض بالشركة وإمكانية إعادة هيكلتها وإدخال التكنولوجيا الحديثة لها.

لتحسين أدائها ورفع كفاءتها، إلى جانب ذلك إمكانية الدولة من فرض شروط على هذا المستثمر. ألا انه وبالإطار نفسه، فان عملية البيع للشريك الإستراتيجي من خلال التفاوض المباشر ليست بالبساطة، فقد تواجه الشركة صعوبات عدة، قد تضطر بعضهم إلى اللجوء إلى أسلوب العطاءات الذي يتميز عن الأسلوب الأول كونه ينطوي على قدر من المنافسة خاصة عندما تكون الدولة طرفا فيها⁽¹⁾ وينبغي الإشارة أخيرا، إلى أنه يتطلب في كلا الطريقتين التأكد من سمعة الشراكة ومدى الملائمة المالية وخبرته وقدرته على إعادة هيكلية الشركة.

ثانياً: إجراءات الشراكة الاستراتيجية في الشركة

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى أهم الإجراءات الواجب اتخاذها لتحقيق الشراكة الاستراتيجية وهي:

1- دعوة الجمعية العامة للانعقاد

2- تقديم دراسة إلى الهيئة العامة بمنافع دخول الشريك الإستراتيجي.

دعوة الجمعية العامة للانعقاد.

يجب لزيادة رأس مال الشركة من خلال دخول الشريك الإستراتيجي أن يتم ذلك بصدور قرار من الهيئة العامة للشركة بالموافقة على دخوله، ولا شك أن هذا الأمر على درجة من الأهمية يترتب عليه تعديلات جوهرية في نظام الشركة، لذا ينبغي تحديد الأغلبية المطلوبة للموافقة على الزيادة بدخول الشراكة الإستراتيجية.

1 - د- أشراق صباح صاحب، المركز القانوني للشريك الاستراتيجي، مصدر سابق ، ص9.

وبالرجوع إلى القانون، يقرر توفر أغلبية خاصة في الموافقة على الزيادة حتى تكون صحيحة منتجة لأثاره، إذ يشترط أغلبية خاصة في الجمعية العامة غير العادية للموافقة على دخول الشريك الإستراتيجي، أذ نص قانون الشركات العراقي في الفقرة (2) من المادة (92) على القول: " إذا كان القرار يتعلق بزيادة رأس المال أو تخفيضه أو إطالة مدة الشركة أو حل الشركة قبل الميعاد فلا يكون القرار صحيحاً إلا إذا صدر بأغلبية الأسهم الممثلة في الاجتماع"⁽¹⁾. هذا وان الجمعية العامة غير العادية لا تجتمع إلا بناء على دعوة من مجلس الإدارة، وعلى المجلس توجيه هذه الدعوة اذا طلب اليه ذلك عدد من المساهمين تزيد على 25% من رأس المال الأسباب جدية، ويعطي القانون الحق في طلب توجيه الدعوة لأعضاء مجلس الإدارة في حال لم يتم مجلس الإدارة بدعوة الجمعية للانعقاد. وبنهاية الاجتماع تصدر الجمعية العمومية القرار النهائي بشأن دخول الشريك الإستراتيجي أما بالموافقة وما يترتب عليها من آثار تنتج عن العقد وتبدل الأوضاع الموجودة إلى أوضاع جديدة، تتغير فيها مراكز المساهمين وحقوقهم، وقد يكون القرار النهائي عدم الموافقة إذا كان من شأن هذا القرار مخالفة القوانين والأنظمة أو الإضرار بالمصلحة العامة

- تقديم دراسة إلى الهيئة العامة بمنافع دخول الشريك الإستراتيجي.

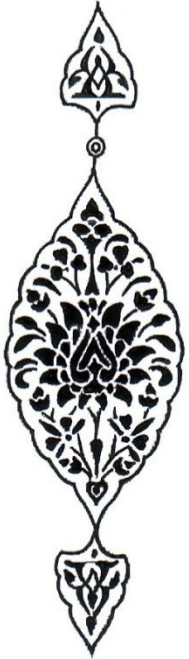
ينبغي على مجلس إدارة الشركة الأخذ بعين الاعتبار قبل اتخاذ قرار بزيادة رأس مال الشركة بدخول الشريك الإستراتيجي،" وأن تعرض على الجمعية العمومية دراسة تبين المنافع التي ستجنيها الشركة من إدخال الشريك الاستراتيجي كمساهم فيها"⁽²⁾، ذلك أن الأخيرة تمثل الجهة المختصة بالموافقة على زيادة رأس مال في الشركة، ويتم ذلك من خلال تقديم دراسة جدوى وتشكيل لجان تقييم أوضاع الشركة على وفق الأطر القانونية و على أساسها ومدى الحاجة لزيادة رأس المال، ودراسة الهيكل التنظيمي للمؤسسة والأنظمة المالية والإدارية المستخدمة ومدى التكنولوجيا المتوفرة والقدرات والخبرات الموجودة، إلى جانب التقارير المالية والمركز المالي للشركة والموجودات المالية وغير المالية والديون والظروف الأقتصادية السائدة في السوق، والمنافسة ووضع أسهم الشركة في سوق الأوراق المالية والقيمة السوقية لأسهمها. ومن ثم أعداد خطة واضحة لعرضها على الهيئة العامة والأطراف المعنية وبيان المطلوب من

1 - تنظر الفقرة ثانياً من المادة (92) من قانون الشركات العراقي النافذ المعدلة بالمادة (98) منه
2 - نشر بهذا الصدد إلى أن بعض التشريعات يجوز الغاء الحق التفاضلي للمساهمين بالاكتتاب، وبعضهم يذهب إلى جواز وضع شرط في عقد الشركة أو نظامها الداخلي باكتتاب المساهمين مقدمة عن حق الأولوية أو تقييده بأي قيد، ينظر د. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص188.

الشراكة سواء ما يتعلق بحجم الأستثمار وقضايا فنية وتكنولوجية لقاء تلك الشراكة إذ "ينبغي على مجلس الإدارة القيام بالإجراءات التي يكون الغرض منها التأكد من سلامة رأس المال وتبصير الشركاء بالوقوف على حقيقة المركز المالي للشركة والتعرف على المقابل الحقيقي والفائدة من الزيادة حتى يتمكنوا من اتخاذ القرار النهائي بشأن دخول الشريك الإستراتيجي"⁽¹⁾.

الفصل الثاني

أحكام رأس المال في الشراكة الاستراتيجية



الفصل الثاني

أحكام رأس المال في الشراكة الاستراتيجية

إن عقد الشراكة الإستراتيجية من العقود الملزمة للجانبين أو العقد التبادلي فهو العقد الذي ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين بحيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائناً ومديناً للآخر، فعقد البيع مثلاً يرتب منذ إبرامه التزامات في ذمة المشتري أهمها التزامه بدفع الثمن كما يرتب التزامات في ذمة البائع أهمها التزامه بتسليم المبيع.

بينما العقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي ينشئ منذ إبرامه التزامات في ذمة أحد عاقديه دون الآخر بحيث يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً فعقد الوديعة مثلاً لا يرتب التزامات إلا في ذمة المودع لديه وحده وهي المحافظة على الشيء المودع لديه وعلى ذلك لا بد من الإشارة إلى التزامات الأطراف الأساسية، إذ تتنوع وتختلف تبعاً لاختلاف نوع العقد المبرم بين طرفي العلاقة العقدية، إلى جانب ذلك نتناول انقضاء عقد الشراكة، ومن هنا ارتأينا أن نبحث في كلا الأمرين وكالاتي:

المبحث الأول

أثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية

يعد التمويل أهم النشاطات التي تقوم بها المؤسسات المالية المتخصصة وغيرها وقد ارتبط ذلك بالنشاطات الاقتصادية الكبيرة مثل المشاريع التنموية الكبيرة، إلا أن هناك إغفال عن المشروعات الصغيرة والتي في العادة تكون ذات أثر كبير على مجريات النشاط الاقتصادي لارتباطها بالأفراد مباشرة، فالمؤسسات الصغيرة من بين هذه المشاريع التي تحتاج إلى تمويل على حسب حجمها ونتيجة ما تقدم نتناول هذا المبحث على مطلبين الأول دور رأس المال في تكوين الشراكة الاستراتيجية والثاني بعنوان أثار الشراكة الاستراتيجية وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول

دور رأس المال في تكوين الشراكة الاستراتيجية

لرأس المال في الشركة المساهمة أهمية كبيرة، لأنها شركة أموال كما بينا فهو الضمان للدائنين، ومناطق تحديد المركز المالي والسمعة المالية للشركة وفي هذه الشركات يكون رأس المال كبير الحجم عادة لأن المشاريع الكبيرة هي التي تأخذ شكل الشركة المساهمة، لذلك يشترك صغار المدخرين في تكوين رأس المال عن طريق الاكتتاب العام.

ومن القواعد التي بينها قانون الشركات عن رأس المال، أنه يحدد بالدينار العراقي، فالمادة (26) تنص على أن ((يحدد رأس مال الشركة بالدينار العراقي)) وعليه فإن ما يدفع من رأس المال بغير الدينار العراقي يحوله كما بينت المادة (27) أن يرصد رأس المال لنشاط الشركة، ولوفاء التزاماتها، ومنعت التصرف به خلاف ذلك ونص المادة انه ((يخصص رأس مال الشركة لممارسة نشاطها المحدد في عقدها ووفاء التزاماتها ولا يجوز التصرف به خلاف ذلك وقد أورد القانون الحد الأدنى لرأس مال جميع الشركات، والمبلغ الذي حدد أثناء صدور القانون (50000 خمسون الف دينار) وهو مبلغ لا قيمة له حتى في حينه عند صدور القانون 1997 ويثير الغرابة، لأنه من غير المتصور تكوين وحدة اقتصادية أي كان شكلها وحجمها بالمبلغ المذكور، بل أنه لا يكفي لأجور الحارس الذي قد تعينه الشركة، ويمكن أن يعدل هذا المبلغ استناداً إلى الرخصة التي تنص عليها المادة (28) "... ولوزير التجارة تعديل الحد الأدنى وفق متطلبات التطور الاقتصادي" (1).

ومما يعاب على التحديد أنه ساوى بين أنواع الشركات، فأشترط ألا يقل رأس المال لأنواع الشركات جميعاً عن الحد المذكور، في حين يفترض أن يتفاوت الرقم مع تفاوت الشركات وتدرجها حسب الأهمية طبقاً لما انصرفت إليه إرادة المشرع، ولذلك فإن الشركة المساهمة وهي أهم الأنواع يقتضي أن يكون الحد الأدنى لرأسمالها أكبر مما عداها وتأتي بعدها المحدودة ثم التضامنية والمشروع الفردي.

تضمن القانون مبدأ لم يكن معروفاً في قانون 1983 الملغي وهو أن لا تتجاوز مطلوبات الشركة حداً معيناً من رأس مالها وموجوداتها فالفقرة ثانياً من المادة 28 تنص على أنه ((لا تزيد نسبة المطلوبات إلى مجموع رأس مال الشركة وحقوق المالكين الأخرى عن 300% ثلاثمائة من المائة ، وهو إجراء اقتصادي محاسبي غرضه منع الشركة من أن تكون مدينة بما يتجاوز الحدود التي بينها النص، حماية للدائنين، وإذا كان مصطلح رأس المال معلوماً، فإن حقوق المالكين بتقديرنا جميع ما للشركة من موجودات وأرباح محتجزة لم تدخل ضمن رأس المال، لأنها تدخل ضمن ضمان الدائنين.

أما عن تكوين رأس المال في الشركة المساهمة، فالمعروف أن قسماً من الأسهم يقتنيها المؤسسون والباقي يعرض على الجمهور في اكتتاب عام وقد تباينت الاتجاهات حول الحدود الدنيا والعليا التي يلزم المؤسسون الاكتتاب بها.

1 - ياسر محمد مالك محمد، أسباب غياب التقارير المالية الموحدة للفروع والشركات التابعة في الشركات القابضة السودانية رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والتنمية الريفية - جامعة الجزيرة، 2010 ، ص 17.

فالمادة 39 من القانون العراقي بينت وجوب اكتتاب المؤسسين في الشركة المختلطة بنسبة لا تقل عن 30 % ولا تزيد على 55% وفي الشركة الخاصة لا تقل النسبة عن 20 % ولا تزيد على 51 % وقد ألغي التعديل الذي أشرنا له الحد الأعلى بالنسبة للشركة الخاصة فقط.

أما القانون المصري لم يضع حدودا لما يجب أن يكتتب به من الأسهم في الشركة المساهمة ونتيجة ما تقدم نتناول دور رأس المال في تكوين الشراكة الاستراتيجية على فرعين الأول التمويل النقدي والعيني في تكوين رأس مال الشراكة الاستراتيجية والثاني الشكل القانوني للشراكة الاستراتيجية وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

التمويل النقدي والعيني في تكوين رأس مال الشراكة الاستراتيجية

حين نقوم بتأسيس الشركة من المعروف أن رأس المال هو أحد أركان عقد التأسيس للشركة وهو إما أن يكون بطريق الأسهم النقدية أو العينية وأحياناً قد يكون التمويل من مصدر آخر خارجي كالاقتراض مثلاً أو مصادر تمويل أخرى وعلى النحو الآتي:

أولاً: رأس المال العيني - هو كل ما له قيمة مالية غير النقود كالبضائع والسيارات أي قيمة الأصول العينية ويقصد بها كافة الأصول سواء كانت مادية أو معنوية أو غيرها مثل براءات الاختراع أو الشهرة أو العلامة التجارية ويفتضي حالياً تقديم شهادة التقييم للأصول من مكاتب معتمدة " الأصول العقارية من مئمن عقاري معتمد، الأصول الأخرى إما تقرير تقييم من محاسب قانوني أو مكتب دراسات اقتصادية مرخص له وتضاف في عقد التأسيس" (1).

ثانياً: رأس المال النقدي- هو " المبلغ النقدي الذي اتفق الشركاء على تحديده ولا بد من إيداعه لدى أحد المصارف ولا يهم باي عمل يقدم ويعد هذا المبلغ حصة الشريك وتمثل ديناً في ذمته للشركة" (2) أما المشرع العراقي اشترط ان يكون بالدينار العراقي والحد الأدنى هو 50000 خمسون ألف دينار وهنا لا بد من الإشارة إلى مسألة مهمة جداً وهي الميزانيات أو رأس المال ونقول:

أن معظم الشركات تذكر رأس مال رمزي في عقد التأسيس كرأس مال الشركة والواقع أن رأس المال الفعلي هو اكبر بكثير من ذلك وهنا يضطر المحاسب القانوني بتحويل أي موجودات

1 - د. محمد احمد عوض، الإدارة الإستراتيجية (الأصول والأسس العلمية)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2012 ص143.

2 - مصطفى كمال طه، أصول الإفلاس، المركز القومي للإصدارات، ط1، 2012، ص152.

أو فائض عن رأس المال إلى جاري الشركاء وبالتالي قد تخلق هذه الحالة إشكالات مستقبلية لدى الشركاء خاصة في حال الخسارة حتى ولو كانت الشركة عائلية وهنا دفع رأس المال بالكامل أو تقديمه على دفعات حسب المشاريع أو النمو أو اهداف الشركة على أن يكون رأس المال الذي لم يتم دفعه واجب السداد للشركة وليس اختياريا لأي شريك وبالتالي فإن القوائم المالية أو الميزانيات ستكون موحدة ولن توجد حالة من تضارب الميزانيات والتي عانت منها العديد من الشركات والتي قد تكون أدت إلى تصفية بعض الشركات وإلحاق الضرر بالملاك.

إن تنظيم رأس مال الشركة هو أهم جانب نجده عند المشرع لان الاعتبار المالي للشركات وخصوصاً الشركات المساهمة يعد الركيزة الأساسية لهذه الشركات ومن الطبيعي أن الشركات المالية قد تحتاج إلى زيادة في رأس مالها وفقاً لما يتطلبه وصفها الاقتصادي أو القانوني وعليه زيادة رأس المال في الشركات أثناء ممارستها لنشاطها والتغيرات التي تحصل كدخول مساهم جديد في نطاق الشركة بعد الزيادة ونرى وسائل زيادة الشركة لرأس مالها في القانون العراقي والقوانين الأخرى هل يكون وضع زيادة رأس المال موضع مميز للشركة القابضة كنموذج الشراكة الاستراتيجية ونود الإشارة ان بحث هذه النقطة المقصود بزيادة راس المال هو "تعديل لعقد الشركة بزيادة راس مالها وفقاً للوسائل والإجراءات التي يحددها القانون إما بإصدار اسهم جديدة أو بزيادة القيمة الاسمية للاسهم"⁽¹⁾ ولا بد من الإشارة إلى أن زيادة راس مال الشركة تصرف قد يرتب اثراً قانونياً تكون نتيجته تبعية شركة لأخرى ويمكن ملاحظة أن زيادة الشركة لرأس مالها قد يكون لأسباب عديدة، فقد يكون منها ازدهار اعمالها وحاجتها إلى اموال جديدة لتوسيع مشاريعها أو أن ديونها التي تتطلب منها اموال جديدة لتسديدها وهناك عدة صور لزيادة رأس المال وتمثل صور زيادة رأس المال رغبة حصول المساهمين على اسهم بدل الربح النقدي ويكون ذلك عن طريق " تحويل الأرباح إلى احتياطي ثم اضافته إلى راس المال من خلال تحويله إلى اسهم توزع مجاناً على المساهمين"⁽²⁾ وهذه الحالة نتصورها بالنسبة للشركات قوية النفوذ في الأسواق ذلك لان الذي يدفع المساهمة لهذا هو ارتفاع سعر السهم فيعزز به المساهم رصيده ويعتبر استثماراً جديداً للأرباح من جهة أخرى كما أن نشاط الشركة قد يتسع بما يتطلب زيادة رأس المال ومن صور زيادة رأس المال هو تحويل ما على الشركة من ديون والتي تعطى للدائنين" في حالة عجز ميزانيتها بسبب إلحاح الدائنين في المطالبة بديونهم وهكذا تضاف

1 - مهند ابراهيم الجبوري، زيادة رأسمال الشركة المساهمة في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون جامعة الموصل، ع 10، اذار 2001، ص 52.

2- مهند ابراهيم الجبوري، مصدر سابق، ص 53.

الأسهم الجديدة إلى رأس المال الأصلي فيزداد عدد المساهمين وتقل الديون عن الشركة" (1)

عرضنا فيما تقدم بعض أسباب زيادة رأس مال الشركة القائمة وصور تلك الزيادة مع إمكانية دخول شركة قابضة بصفة شريك استراتيجي وقد يكون الشريك قابضا ((مسيطرا)) وبهذا الأمر يكون في حالة أن الشركة التي تدخل في مساهمة وتسيطر على الشركة أن كانت شركة وطنية مع أننا يجب أن نذكر أن المساهمة توجد حقوقاً والتزامات فالشركة القابضة عند دخولها في الشركة القائمة كمساهم يجب أن لا تقوم بأي عمل يضر بمصالح الشركة إلا أن دخول الشركة المساهمة لزيادة رأس مال شركة قائمة يتطلب النظر إلى عدة جوانب مثل جنسية الشركة المساهمة المسيطرة ومحل عقد الشراء ونشير هنا ان القانون العراقي الملغي يحدد المشاركة للشركات الأجنبية مع أنه يوجد دور للشركات الأجنبية في الواقع العراقي وبصورة مستقلة أو بالتعاون من خلال فروع ومكاتب الشركات والمؤسسات الاقتصادية الأجنبية رقم (5) لسنة 1989 الملغي بالأمر 64 لسنة 2004 الصادر من سلطة الاحتلال الأمريكي فنجد نص المادة الاولى من هذا النظام وبتعريفه لفرع الشركة أو المؤسسة الاقتصادية الأجنبية ما يجاز بموجب هذا النظام من فروع الشركات أو المؤسسات الأجنبية التي تمارس نشاطاً دائماً في العراق بموجب معاهدة أو اتفاق أو عقد مع الدولة أو متعاقد لتنفيذ مشروع مع دوائر الدولة أو القطاع الاشتراكي أو شركات القطاع المختلط أو الاتحادات أو الجمعيات التعاونية أو الشركات المساهمة الخاصة التي لا يقل رأس مالها الاسمي عن مليون دينار وذلك بعد موافقة الجهة القطاعية المختصة لما تقدم سنتناول بعض الجوانب التي تثيرها مساهمة شركة قابضة أجنبية على شركة وطنية وتبدأ مسألة الجنسية حيث النص المميز الأول للشخص من حيث النظام الذي تحكمه وانطلاقاً من نظام مراقبة الأعمال الأجنبية، رقم (51) لعام 1978 (الملغي) حيث ينص في الفقرة (أ) على أن "لا يجوز لأي شخص أجنبي تعاطى الأعمال التجارية في الملكية سواء بصفته الشخصية أو بالإنابة أو الوكالة عنه شخص آخر أو بالاشتراك في شركات عادية أو المساهمة في شركات،... ما لم يحصل على موافقة خطية بذلك من رئيس الوزراء" (1) على أن الفقرة (ب) تقرر حق مساهمة الأجنبي يشترط أن لا تزيد مساهمة الأجنبي عنه (49%) من رأس المال وذلك في الشركات التجارية باستثناء الشركات الصناعية والسياحية والمقدمات المتعلقة بها وقد تم التطرق لذلك لبيان ان معظم القوانين التجارية تسعى الى إبقاء السيطرة لقطاعها العامة من خلال تحجيم نسبة المشاركة للقطاعات الخاصة سواء كانت اجنبية ام محلية

الفرع الثاني

الشكل القانوني للشراكة الاستراتيجية

تتخذ الشراكة الاستراتيجية الشكل القانوني المناسب لها فهي شركة مساهمة أو تكون شركة قابضة، وان كانت الشركة القابضة ماهي الا انموذج للشركة المساهمة الا انه لها خصوصية تطلبت منا بيانها منفصلة عن الشركة المساهمة وقد تنطبق أيضا على الشركة المحدودة تكون بنسبة لا تعد تذكر ولما تقدم سوف نقسم هذا الفرع الى فقرتين نبيين في أولا الشركة المساهمة ونوضح القابضة في المحور الثاني وكما يلي:

أولاً: الشركة المساهمة

تعد الشركة المساهمة من شركات الأموال حسب القانون العراقي على وفق ما جاء في المادة 6/ أولاً أن ((الشركة المساهمة المختلطة أو الخاصة، شركة تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن خمسة يكتب فيها المساهمون بأسمهم في اكتاب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتبوا بها تمتاز الشركة المساهمة بمجموعة من الخصائص:

1 - أنها شركة أموال: تمثل الشركة المساهمة انموذج لشركات الأموال أي أنها تنهض على حجم رأس المال وعلى السمعة المالية وعلى قيمة الأسهم التي يتم تداولها في أسواق المال، عدا مرحلة التأسيس – "الاعتبار الشخصي، يخفي دور الأشخاص، وبذلك تتجسد فكرة الشخصية المعنوية المستقلة بوضوح فيظهر كيان اقتصادي خارج الأشخاص، ولا تتداخل أموال هذا الكيان مع أموال الأشخاص المكونين له" (1).

2 - يستمد اسم الشركة من نشاطها مع اسم مبتكر، لا يظهر اسم الشركاء في اسم الشركة، لعددهم الكبير، ولغياب الاعتبار الشخصي، لذلك يكون للشركة اسم مبتكر إضافة إلى دلالاته على نشاط الشركة تشير بذلك المادة 13 / أولاً التي تقضي بأن يتضمن عقد الشركة اسمها المستمد من نشاطها وتقضي (المادة 2) من قانون الشركات المصري لكن غالبية القوانين المشار إليها أباحت التسمية باسم شخص طبيعي استثناء عندما يكون نشاط الشركة استثمار براءة اختراع، تكريماً لصاحب البراءة، ولم يتعرض القانون العراقي لهذه الحالة وما عدا ذلك فإنه

1 - محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادي (دراسة مقارنة مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2012، ص23.

يشترط في الاسم شروط الاسم التجاري المنصوص عليها في المادة (21) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.

3 - تبرز فكرة المنظمة في الشركة، يرى جانب من الفقه إمكانية تشبيه شركة المساهمة بالدولة، لما فيها من هيئات وتوزيع للاختصاصات فتكون الهيئة العامة بمثابة السلطة التشريعية، لأنها تضع الخطوط الرئيسية للنشاط الشركة، و"مجلس الإدارة بمثابة السلطة التنفيذية، يقوم بتنفيذ قرارات الهيئة العامة ويسأل أمامها، والرقابة المالية بمثابة السلطة القضائية"⁽¹⁾ وقد بين القانون اختصاصات كل هيئة من هيئات الشركة ونرى أن تقسيم الاختصاصات ورقابة الهيئات بعضها للأخر ما هي إلا نصوص نظرية، لا وجود لها في التطبيق العملي في الأغلب الأعم، التداخل هذه السلطات بيد مجلس الإدارة الذي يتكون من كبار المساهمين وهم في ذات الوقت الأغلبية في الهيئة العامة، التي لا تقاس عددياً إنما بعدد أسهم كل شخص، والهيئة العامة التي يسيطر عليها كبار المساهمين هي التي تعين مراقب الحسابات أيضاً ولا يقتصر التنظيم على تعدد الهيئات في الشركة وتوزع الاختصاصات بينها إنما يمتد أيضاً إلى تراجع فكرة العقد وتزايد تدخل الدولة في نشاط الشركة أثناء التأسيس وعند تغيير رأس المال زيادة أو تخفيضاً وفي تصفية الشركة وغيرها من الأحكام التي تجسد هذا المنحى.

4 - المسؤولية المحدودة عن ديون الشركة، من أبرز خصائص الشركة المساهمة، "المسؤولية المحدودة للمساهمين عن ديون الشركة فلا يسأل المساهم إلا بمقدار قيمة الأسهم التي اكتتب بها، فإن كانت قيمتها مدفوعة بالكامل فلا يسأل بأكثر منها"⁽²⁾ أما إذا كانت بعض الأقساط غير مدفوعة، فيسأل بمقدار غير المدفوع من قيمتها وعندما نقول محدودة فإنه لا يسأل بأمواله خارج مساهمته في الشركة لأنه يعلم حدود مسؤوليته، على خلاف شركات الأشخاص، التي يسأل فيها بصورة شخصية ويكون متضامناً مع الشركاء الآخرين ولا تعني المسؤولية المحدودة، أن مسؤولية الشركة محدودة بمقدار رأس المال فمسؤولية الشركة مطلقة بجميع، الذي يشير أيضاً إلى كون المسؤولية المحدودة للمساهم، تلك المتأتية من صفته هذه، أي مالكا لعدد من الأسهم، أما في غير ذلك قد يسأل بجميع أمواله، كمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن الأضرار التي تلحق الشركة.

1 - د. عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد، أحكام الإفلاس، ط1، مطبعة دار السلام، 1973، ص34.

2 - باسم محمد صالح في القانون التجاري القسم الثاني الشركات، مطبوعات جامعة بغداد 1983 ، ص54.

وقد يسأل الشركاء استثناء بصورة مطلقة عندما ينقص عدد الشركاء عن الحد الأدنى الذي بينه القانون.

5 - يقسم رأس المال في الشركة المساهمة إلى أجزاء صغيرة عادة، تسمى الأسهم وقابله للتداول وهذه الخاصية مع الخاصية المتعلقة بالمسؤولية المحدودة في الفقرة التي سبقتها من أهم ما يشجع الأفراد على المشاركة في هذه الشركات، لأنه يعلم حدود مسؤوليته، ويستطيع التخلي عنها في أي وقت ولأي كان لذلك يطلق على الشركات المساهمة بالشركات المفتوحة، والتي "يستطيع أن يدخل مساهما فيها أي شخص يقتني الأسهم من سوق الأوراق المالية وتنتهي شراكته بالتخلي عن الأسهم في سوق المال أيضا وبغير أن تكون لديه معرفة بطبيعة نشاط الشركة والرغبة في الاستمرار كشريك فيها، لذلك يتضاءل الانتماء للشركة كما يقال ⁽¹⁾ ولم يتعرض القانون في المادة 6/ أولا التي عرفت الشركة لخاصية تداول الأسهم إنما تعرضت للحق في نقل الملكية في المادة 64، التي تنص على أنه في الشركة المساهمة والمحدودة للمساهم نقل ملكية أسهمه إلى مساهم آخر أو إلى الغير والجدير بالملاحظة أن الشركة المساهمة بما تمتاز به من خصائص تمثل الشكل القانوني الأنسب للشراكة الاستراتيجية لما تتميز به من قدرة مالية عالية من خلال الأسهم التي تمثل رأس مال الشركة المساهمة وخاصة التداول التي تتيح للمساهمين المشاركة في تكوين رأس مال هذه الشركة.

إن لرأس المال في الشركة المساهمة أهمية كبيرة، لأنها شركة أموال كما بينا فهو الضمان للدائنين، ومناطق تحديد المركز المالي والسمعة المالية للشركة وفي هذه الشركات يكون رأس المال كبير الحجم عادة لأن المشاريع الكبيرة هي التي تأخذ شكل الشركة المساهمة، لذلك يشترك صغار المساهمين في تكوين رأس المال عن طريق الاكتتاب العام ومن القواعد التي بينها قانون الشركات عن رأس المال، أنه يحدد بالدينار العراقي، فالمادة (26) تنص على أن ((يحدد رأس مال الشركة بالدينار العراقي)) وعليه فإن ما يدفع من رأس المال بغير الدينار العراقي يحول له كما بينت المادة (27) أن يرصد رأس المال لنشاط الشركة، ولوفاء التزاماتها، ومنعت التصرف به خلاف ذلك.

أما عن تكوين رأس المال في الشركة المساهمة، فالمعروف أن قسما من الأسهم يقتنيها المؤسسون والباقي يعرض على الجمهور في اكتتاب عام وقد تباينت الاتجاهات حول الحدود الدنيا والعليا التي يلزم المؤسسون الاكتتاب بها فالمادة 39 من القانون العراقي بينت وجوب

1 - د. حسن محمد ، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص76.

"اكتتاب المؤسسين في الشركة المختلطة بنسبة لا تقل عن 30 % ولا تزيد على 55% وفي الشركة الخاصة لا تقل النسبة عن 20% ولا تزيد على 51 % وقد ألغي التعديل الذي اشترنا له الحد الأعلى بالنسبة للشركة الخاصة فقط" (1) القانون المصري لم يضع حدودا لما يجب أن يكتب به من الأسهم في الشركة المساهمة، القانون العماني في المادة 61 اشترط للاكتتاب بما لا يقل عن 30 % من الأسهم ولا يزيد على 60 % من قبل المؤسسين و"حدد مساهمة الشخص الواحد بما لا يتجاوز 20 % من رأس المال، سواء كان الاكتتاب باسمه أو بأسماء أبنائه القصر في حين أباحت قوانين أخرى ما يعرف بالاكتتاب المغلق، أي أن الأسهم لا تطرح في اكتتاب عام، وهذا يعني عدم وجود تحديد المساهمة للمؤسسين ما عدا الشركات التي تحصل على امتياز من الحكومة" (2) وقد ألغي التعديل الذي اشترنا إليه حدود مساهمة الشخص الواحد الواردة في الفقرتين أولاً وثانياً لتصبح مطلقة ولكن أبقى على التحديد الوارد في الفقرة ثالثاً من المادة 32 الخاص بشركات الاستثمار وحدود الاستثمار المطلوب بشركة واحدة "فلا يحق للشركة أن تستثمر في شركة واحدة ما يتجاوز 5% من رأس مالها ولا يحق لها أن تمتلك أكثر من 10 % من رأس مال شركة أخرى ولا تتخفف السيولة النقدية لشركة الاستثمار عن 10 % من رأس المال المدفوع في أي وقت" (3)

ثانياً: الشركة القابضة

اختلفت التعابير المستعملة للدلالة على مفهوم الشركة القابضة، حيث "يطلق بعضهم تعبير الشركة الأم للدلالة عليها، وقد يستعمل تعبير الشركة المسيطرة للدلالة عنها، لإبراز سيطرة

1 - أذ نصت المادة (39) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 على (أولاً - يكتب المؤسسون في الشركة المساهمة المختلطة بنسبة لا تقل عن (30%) ثلاثين في المئة ولا تزيد عن (55%) خمس وخمسين في المئة من رأس مالها الاسمي الذي ينبغي ان يشمل الحد الأدنى المقرر لقطاع الدولة البالغ (25%) خمس وعشرون من المئة.

- عند تأسيس شركة مساهمة خاصة، يساهم مؤسسو الشركة بما لا يقل عن 20% عشرين بالمائة من رأسمالها الاسمي.

- تطرح الاسهم الباقية للاكتتاب على الجمهور خلال 30 يوماً من تاريخ الموافقة على تأسيس الشركة، وذلك بواسطة بيان يصدره المؤسسون وينشرونه في النشرة وفي صحيفتين يوميتين على الأقل، وذلك بعد موافقة المسجل، وتصدر موافقة المسجل خلال تلك الفترة الزمنية ما لم يجد المسجل أن اوراق التسجيل تضلل المستثمرين، وفي حالة رفض المسجل طرح الاسهم للاكتتاب يحيل الموضوع الذي يقع في مجال اختصاصه إلى سلطة الدولة ذات الاختصاص في اسواق الاسهم والاوراق المالية....)

2 - د. ابو بكر احمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38 ، 2008 ، ص34.

3 - نص المادة (32) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997.

الشركة الأم على شركة أو شركات أخرى، عن طريق تملك نسبة كبيرة من رأس مالها" (1) تناول تعريف الشركة القابضة في الاصطلاح الفقهي والاصطلاح التشريعي وكما يأتي:

1- في الاصطلاح الفقهي: من خلال اطلاعنا على الدراسات التي تناولت موضوع الشركة القابضة، لم نجد لها تعريفاً متفق عليه بين الفقهاء الأجانب والفقهاء العرب، كما ويرى بعض الفقه العراقي أنه "لا يوجد تعريف متفق عليه للشركة القابضة" بين فقهاء القانون العراقي أيضاً (2) ومن التعريفات التي عرفت بها الشركة القابضة بأنها "شركة تمتلك غالبية رأس المال في شركات أخريات، بهدف السيطرة عليها وتوجيه نشاطها، وتكون الشركات الواقعة تحت سيطرة الشركة القابضة شركات تابعة أو ما يسمى بالشركات الخاضعة" (3) كما عرفت بأنها "شركة لها موضوع حصري مالي وإداري يكمن في أخذ إدارة المشاركات في الشركات الأخرى بغية السيطرة عليها" (4)، وبالمعنى الدقيق للكلمة عرفت الشركات القابضة بأنها "هي تلك التي يتم تشكيلها للاحتفاظ بأسهم شركاتها بينما لا تقوم بأي عمليات بنفسها" (5) ثم أن بعض التعريفات تظهر خصيصة جوهرية من خصائص الشركة القابضة والذي يتمثل بتحكم الشركة بمسألة تعيين مدير الشركة والسيطرة على قراراتها حيث عرفها بأنها "هي الشركة التي لها سيطرة معينة على شركة أخرى تسمى بالشركة التابعة" (6)، بحيث تستطيع الأولى أن تقرر من يتولى إدارة الشركة التابعة أو أن يؤثر على القرارات التي تتخذها الهيئة العامة للشركة" (7).

ويتضح من التعريفات المتقدمة، أن السيطرة والرقابة على تكوين مجلس إدارة الشركة التابعة إنما ناتج عن "استعمال حق التصويت المترتب للشركة القابضة على تملكها للأسهم في

- 1 - محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة (في مشروع قانون الشركات الاردني والقانون المقارن)، شركة شقير وعكشة للطباعة، عمان، 1990، ص 11
- 2 - د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 134.
- 3 - محمد حسين إسماعيل، مصدر سابق، ص 19
- 4 - ماجد مزيم، شركة الهولدينغ، دار العلم للملايين، بيروت، 1992، ص 23.
- 5 - م. اخلاص حميد حمزة جوراني، الشركات القابضة وفق تعديل قانون الشركات العراقي رقم 17 لسنة 2019، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 4، المجلد 4، العدد 4، الجزء 1، 2020، ص 123
- 6 - الشركة التابعة (هي الشركة التي تخضع للسيطرة المالية المباشرة أو غير المباشرة المستمرة والمستقرة لشركة أخرى مستقلة عنها قانوناً وتنتج السيطرة المالية من تملك نسبة مؤثرة من رأسمال الشركة ينظر: محمد حسين اسماعيل، مصدر سابق، ص 20 .
- 7 - د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص 63.

رأس مال الشركة التابعة من جهة، وناشئ أيضاً من العلاقة التعاقدية بين شركتين يتوافر لإحدهما الحق في تعيين مجلس إدارة الثانية من جهة أخرى" (1).

ومما تقدم نستطيع تعريف الشركة القابضة بأنها (شركة من شركات الأموال، تمتلك غالبية رأس مال شركات أخرى تسمى بالشركات التابعة، وبه تحكم سيطرتها على تلك الشركات إدارية ومالية بمختلف الأوجه القانونية، بغاية تحقيق الأرباح للشركة الأم وفقاً لخطة عمل استراتيجية واحدة تدير عليها الشركات الوليدة).

٢- في الاصطلاح التشريعي: إذا كان الفقه لم يتفق على تعريف موحد للشركة القابضة، فإن التشريعات المنظمة لأحكام الشركات القابضة لم تتفق على تعريف واحد لها أيضاً، إلا أن جميعها ركزت في تعريفها للشركة القابضة على السيطرة، حيث أن الغرض من الشركة القابضة يتمثل في المشاركة في رأس مال شركة أو عدة شركات أخرى بغرض السيطرة عليها(4). وعلى هذا الاتجاه سار المشرع العراقي في تعريفه للشركات القابضة في البند (أولاً) من المادة (7) من القانون رقم (17) لسنة 2019 (10) (قانون تعديل قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997) حيث عرفها بأنها (أ- الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو محدودة تسيطر على شركة أو شركات مساهمة أو محدودة تدعى الشركات التابعة بإحدى الحالتين:

- 1- أن تمتلك أكثر من نصف رأس مال الشركة إضافة إلى السيطرة على إدارتها.
- 2- أن تكون لها السيطرة على مجلس إدارتها في الشركات المساهمة. ب- يجب أن يقترن اسم الشركة بالإضافة إلى نوعها كلمة (قابضة) في جميع الأوراق والاعلانات والمراسلات التي تصدر عن الشركة. ويتضح من النص المتقدم ما يأتي:

أولاً: أن الشركة القابضة لا تكون إلا في شركات الاموال (مساهمة أو محدودة).

ثانياً: أن المشرع العراقي قد اعتمد معيار السيطرة - كما هو حال المنظومة القانونية في العالم - كأساس لوضع مفهوم للشركة القابضة، إذ وردت مفردة السيطرة ثلاث مرات في المادة المشار إليها آنفاً.

ثالثاً: إن السيطرة المنشودة تكون أما من خلال تملكها لما يزيد عن 51% من رأس مال الشركة إضافة إلى سيطرتها على الإدارة، أو من خلال السيطرة على أعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة.

1 - يمامة متعب مناف السامرائي، الشركات متعددة الجنسية والقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة الموصل، 2005، ص 42.

رابعاً: "أشترط النص إضافة كلمة (قابضة) إلى اسم الشركة بالإضافة إلى نوعها، حيث يجب أن يتم ذكره في مراسلات الشركة واعلاناتها ومستنداتها جميعاً ولكي تحقق الشركة القابضة أهدافها في دعم الاقتصاد الوطني فيكون لها ما يأتي"⁽¹⁾: (أ) - يحق للشركة القابضة أن تمتلك الأموال المنقولة والعقارية في حدود نشاطها. ب- لها تأسيس الشركات المتفرعة عنها (التابعة) وإدارتها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها. ج- يجوز للشركة أن تستثمر أموالها في سوق الأوراق المالية. د- يكون لها في سبيل دعم الشركات التابعة لها وتشجيعها تقديم قروض وتمويل وكفالات الأخيرة. هـ- وأخيراً يحق لها تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق الامتياز وغير ذلك من الحقوق غير المادية واستغلالها أو تأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها).

أما المشرع المصري فقد نظم الأحكام المتعلقة بالشركة القابضة في قانون قطاع الأعمال العام رقم (203) لسنة 1991، غير أنه لم يضع في هذا القانون تعريفاً للشركة القابضة، ولكن نستطيع من خلال النصوص الواردة في مختلف مواد هذا القانون أن نستخلص بياناً لمفهوم الشركة القابضة، حيث ورد في المادة (1) من القانون المذكور بأنه (... وتتخذ هذه الشركات بنوعيتها شكل شركات المساهمة) وكذلك ورد في المادة (2) منه على أنه (تتولى الشركة القابضة من خلال الشركات التابعة لها استثمار أموالها كما يكون لها عند الاقتضاء أن تقوم بالاستثمار بنفسها)، أما المادة (6) من القانون ذاته فقد بينت أنه (تعتبر شركة تابعة في تطبيق أحكام هذا القانون الشركة التي يكون لإحدى الشركات القابضة 51% من رأس مالها على الأقل) كما أن المشرع المصري وضع تنظيمياً خاصاً للشركة القابضة العاملة في سوق الأوراق المالية بموجب أحكام القانون رقم 95 لسنة 1992، حيث أجاز للشركة القابضة العاملة في سوق الأوراق المالية تأسيس شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم. ومن خلال ما تقدم يمكن القول أن المشرع المصري قد وضع الإطار العام لعمل الشركة القابضة، والذي يتمثل فيما يأتي"⁽²⁾:

أولاً: أن تأخذ الشركة القابضة شكل شركة مساهمة.

ثانياً: تقوم تلك الشركة باستثمار أموالها من خلال الشركات التابعة لها.

ثالثاً: أن المشرع قد ألزم الشركة القابضة بتملك نسبة لا تقل عن 51% من رأس مال الشركات التابعة لها، أي بمعنى تملك أغلبية رأس المال، والحصول على الأغلبية التي تمكنها

1 - البند (ثانياً) من المادة (7 مكرر) من القانون رقم (17) لسنة 2019

2 - أ. محمد علي ميلود السائح، الطبيعة القانونية للشركات العامة، بحث منشور في مجلة البحوث الأكاديمية - العدد العاشر، ص 190.

من السيطرة على الشركات التابعة ومن خلال التعريفات الفقهية والتشريعية للشركة القابضة التي وأن اختلفت في الصياغة أو الألفاظ إلا أنها اتفقت في المعنى في أنه لكي نكون أمام شركة قابضة يشترط توافر الشروط التالية:

1- أن تكون شركة تجارية: " فالشركة القابضة ليست نوع جديد من شركات الأشخاص وشركات الأموال، بل هي كقاعدة عامة شركة كأي شركة أخرى ذات شخصية معنوية وتتمتع بأهلية التملك وتصلح من ثم لأن تكون شركة قابضة"⁽¹⁾.

٢- أن تأخذ شكل شركة مساهمة: حيث "أن أبرز أنواع شركات الأموال وأهمها هي الشركة المساهمة، فإن الشركة القابضة تنتظم في شكل شركة مساهمة غالباً، أو أن تكون شركة محدودة"⁽²⁾.

3- أن توجد شركة تابعة: قلنا أن الهدف الرئيس من تأسيس الشركة القابضة هو سيطرتها على الشركات التابعة لها" فالشركة القابضة شركة تمتلك اغلبية رأس مال في شركات اخرى (ما يسمى بالشركات التابعة أو الشركات الخاضعة) بغاية توجيه نشاطها "⁽³⁾.

4- سيطرة الشركة القابضة على الشركة التابعة: ينبغي أن يكون هنالك سيطرة للشركة القابضة على قدرات الشركة التابعة ونشاطها، كأن تقوم "الشركة القابضة بوضع الخطة الانتاجية وتحديد السياسة المالية والاستثمارية للشركات التابعة وما إلى ذلك "⁽⁴⁾.

5- استقلال الشركة التابعة: يجب أن تتمتع الشركات التابعة بالشخصية المعنوية المستقلة عن الشركة القابضة "بمعنى أن يكون هنالك انفصال تام بين الشخصية الاعتبارية والقانونية للشركة التابعة عن الشركة القابضة "⁽⁵⁾.

كما ان للشركات القابضة عدة أنواع أذ وضحنا فيما سبق أن الشركة القابضة حديثة النشأة والظهور، ومع ذلك فإن لها أنواع مختلفة تظهر من خلالها، التي يمكن إجمالها بما يأتي:

- 1 - محمد حسين إسماعيل، مصدر سابق، ص 15.
- 2 - سعيد يوسف البستاني، علي شعلال عواضة، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار، بدون دار نشر، لبنان، 2011، ص 404؛ بن لالي سامية، الشركة القابضة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - بوداؤ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2019، ص 17 وما بعدها،
- 3 - رشا كمال حامد محمد، الإطار القانوني للشركات القابضة والفرعية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الخرطوم، السودان، 2014، ص 45.
- 4 - معتصم حسين أحمد الغوشة، مدى استقلال الشركة التابعة عن الشركة القابضة (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والإنجليزي)، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007، ص 47.
- 5 - اسماعيل محمد حسين - مصدر سابق - ص 31

أولاً: الشركة القابضة الصافية: " تعد الشركة القابضة الصافية، الشكل الأمثل للشركة القابضة، إذ ينحصر نشاطها في إدارة رأس المال الذي تمتلكه في الشركات التابعة الأخرى، من غير أن تمارس أي نشاط صناعي أو تجاري أو استثماري، بمعنى أن عملها إدارياً حصراً، يتحدد بالرقابة والتوجيه للشركات " (1).

ثانياً: الشركة القابضة المختلطة: وتقوم هذه الشركة بأعمال مختلطة بين القطاعات التجارية والصناعية)، "بالإضافة إلى عملها بصفة شركة قابضة، حيث تقوم الأخيرة بإدارة نشاطات بقية الشركات التابعة وتسييرها، لخدمة المصالح الصناعية والتجارية العائدة لها " (2).

ثالثاً: الشركة القابضة العائلية: هي نوع خاص من أنواع الشركات القابضة، إذ تتألف من مجموعة من أفراد عائلة واحدة، وكل فرد منهم يرأس عمل شركة معينة، ويكون مجموع هذه الشركات خاضع للعائلة، وتنشأ هذه الشركة باتفاق بين أفراد العائلة الواحدة، كما تتشكل من مجموعة هذه الشركات، شركة عائلية قابضة، "ويحدد الاتفاق المبرم بينهم القبول والأفضلية وغيرها من المسائل بغية المحافظة على التوازن داخل الشركة القابضة واستبعاد الشركاء غير المرغوب بهم، ومن مزايا هذا النوع أنه يسمح بتجميع الورثة، من خلال شراء سندات ورثة الراغبين بالانسحاب، كما أنه يسهل عملية الحصول على السيولة اللازمة لدفع حقوق التحويل " (3).

رابعاً: الشركة القابضة التجميعية: هي عبارة عن أداة لتركيز المشاريع وتجميعها، أي أنها "شركة تجمع مجموعة شركات بغاية جمع طاقاتها وتنظيمها في مختلف الميادين الاقتصادية والتجارية التي تقوم بأعمال مماثلة أو متقاربة فيما بينها " (4).

ونتيجة ما تقدم فإن مفهوم الشركة القابضة قد يختلط بمفهومها وتشكيلتها وهيكلتها مع مفاهيم وتشكيلات أخرى تتقارب معها في الواقع العملي، لذا سوف نقوم بتمييزها عما قد يختلط بهما من مفاهيم، و كما يأتي:

1 - ماجد مزيم، مصدر سابق، ص 38.

2 - ماجد مزيم، المصدر نفسه، ص 39

3 - بن لالي سامية، مصدر سابق، ص 20؛ وينظر: بركات حسينة، مجمع الشركات في القانون التجاري الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، ص 14؛ ساسي سارة، الشركة القابضة والشركة الأم والشركة التابعة في القانون التجاري الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة العربي ابن مهدي - أم البواقي، 2014، ص 15.

4 - ياسر محمد مالك محمد، أسباب غياب التقارير المالية الموحدة للفروع والشركات التابعة في الشركات القابضة السودانية رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والتنمية الريفية - جامعة الجزيرة، 2010، ص 17

أولاً: الشركة القابضة والمشروع المتعدد الجنسيات: "يقصد بالمشروع المتعدد الجنسيات بأنه عبارة عن كيانات متعددة لكل منها هويته المستقلة وموطنه المستقل، إلا أنها جميعاً تخضع الإدارة مركزية واحدة" (1) وتعرف كذلك بأنها "مجموعة شركات تتوزع بين عدة دول من أجل تحقيق مشروع اقتصادي واحد أو عدة مشروعات اقتصادية متكاملة بحثاً عن تقليل نفقات الإنتاج من أجل تعظيم الربح الناتج عن نشاط مجموعة الشركات" (2).

أن المشروع المتعدد الجنسيات يعد مؤسسة اقتصادية ليس لها كيان قانوني خاص بها، وإنما هي مجرد تشكيل اقتصادي يجمع عدد من الأعضاء الذين يتمتعون بكيان قانوني مستقل، حتى لو كانوا يخضعون لإدارة موحدة، وإن الذي يجمع كلا من المشروع المتعدد الجنسيات والشركة القابضة أنهما يقومان على استراتيجية اقتصادية تعدها الإدارة الرئيسة لكل منهما، إلا أنهما يفتقران في النمطية والهيكلية، حيث "أن النمط الغالب للشركة القابضة والشركات التابعة لها أنها شركات وطنية تحمل جنسية دولة واحدة، في حين تتوزع الشركات التابعة للشركة الأم في المشروع متعدد الجنسيات، في عدة دول من جهة، وتحمل كل شركة جنسية الدولة التي تستوطنها من جهة أخرى" (3).

ثانياً: الشركة القابضة وشركة الاستثمار: على الرغم من الاختلافات الموجودة بين الشركة القابضة وشركة الاستثمار من الناحيتين النظرية والقانونية، إلا أن نقطة الالتقاء بينهما تتمثل في أن نشاطهما متماثل (4)، والقائم على تلك الأسهم في شركات أخرى، غير أن شركات الاستثمار لا تسعى للسيطرة على إدارة تلك الشركات التي تساهم فيها، وإنما الهدف هو استثمار أموالها في أسهم هذه الشركات لتحقيق الربح، ولذا "فهي توظف أموالها من خلال المساهمة في شركات عدة من حيث النشاط الذي تقوم به كل منها، وهذه المساهمة تكون محدودة عادة، وموزعة بين شركات محدودة بالقدر الذي تراه مناسباً بغاية الحصول على الربح الذي

1 - محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 ، ص 202

2 - د. هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، ط1، منشورات الحلبي، 2008 ص886.

3 - محمد يونس العبيدي، مسؤولية الشركة القابضة عن الشركة التابعة (دراسة مقارنة)، دار شتات للنشر، القاهرة، 2016، ص 105.

4 - شركة الاستثمار المالي هي شركة منظمة في العراق، نشاطها الرئيسي فيه هو توجيه المدخرات نحو الاستثمار في الأوراق المالية العراقية، والأسهم والسندات وحوالات الحزينة والودائع الثابتة. ينظر: أ. م. د. حاتم غائب سعيد، المعايير القانونية للتمييز بين الشركات التجارية والمدنية، بحث منشور في مجلة الباحث للعلوم القانونية، العدد الثاني، تموز، ص37.

تبتغيه"⁽¹⁾ أما الشركة القابضة فإن الهدف الرئيس الذي تسعى إليه هو "السيطرة على إدارة الشركات التابعة من خلال مساهمتها أو تملكها في رأس مال تلك الشركات ذات النشاط المشابه متمائل أو متشابه أو متكامل وبالقدر الذي يضمن لها السيطرة أو المساهمة الفعلية عليه"⁽²⁾.

ثالثا: الشركة القابضة والشركة الشقيقة: تعرف الشركة الشقيقة بأنها "الشركة التي تتضمن جمعيتها العمومية ذات مساهمي شركة أخرى" ⁽³⁾ بعبارة أخرى أن الشركة تعد شقيقة لشركة أخرى، عندما تكون الهيئة العامة في كلتا الشركتين واحدة، أي أنهما تتكونان من المساهمين ذاتهم. إن كلا من الشركتين الشقيقتين مستقلتان عن الأخرى، فلا توجد بينهما علاقة تبعية قانونية، فالشركة الشقيقة غير تابعة من الناحية القانونية للشركة الأخرى، "فأسهم إحدى الشركتين لا تعد مملوكة لتلك الشركة لا كلية ولا جزئيا، أما بالنسبة لمجلس إدارة الشركتين الشقيقتين فهو قد يتمثل في كل منهما وقد لا يتمثل، والأمر في ذلك مناط بالهيئة العامة، كما لا يوجد ما يمنع من أن تكون كلتا الشركتين القابضتين لشركة قابضة أخرى" ⁽⁴⁾ أما الصفة المميزة للشركة القابضة وكما أوضحنا سابقا فهي صفة سيطرة الشركة القابضة (الأم) على الشركة التابعة أو الوليدة.

المطلب الثاني

اثار الشراكة الإستراتيجية.

تتمثل اثار الشراكة الإستراتيجية بحقوق والتزامات اطرافه، وهما الشريك العام التي قد تكون الحكومة أو إحدى الهيئات العامة عندما تمارس دورها كشريك متعاقد يتصرف في إطار من المساواة القانونية التي يقرها القانون بجانب ممارستها أعمالها السيادية في الغالبية العظمى من عقود المشاركة يكون منح عقد المشاركة عن طريق الدولة ممثلة في الحكومات الوطنية أو هيئاتها المتخصصة أو مؤسساتها العامة.

1 - أ. أحمد حسن وسمي، الأثار الاقتصادية والقانونية لعمليات الاستحواذ علي إدارة شركات المساهمة المقيدة في سوق الأوراق المالية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية - مجلة علمية محكمة)، ص 223 وما بعدها.

2 - د. محمود سمير الشرقاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، بدون دار نشر، 1974، ص 40 وما بعدها

3 - اسماعيل محمد حسين، مصدر سابق، ص 40.

4 - د. يوسف زكريا عيسى أرباب، أحكام الشركة القابضة في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة بالتطبيق على شركة مؤسسة دانفوديو القابضة)، بدون مطبعة، بدون دار نشر، 2012، ص 82 وما بعدها.

والمتعاقد معها الشريك الاستراتيجي و" هو ذلك الشخص الذي يعهد إليه بتنفيذ المشروع محل المشاركة، وقد يكون شخصا من أشخاص القانون الخاص يتخذ إحدى صور الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات"⁽¹⁾.

يولد عقد الشراكة شأنه شأن سائر العقود الالتزامات التعاقدية المتبادلة للمتعاقدين، وهذه الآثار ذات طبيعة عامة تتواجد في غالبية عقود الشراكة، وتنقسم هذه الحقوق والالتزامات على قسمين الأول منها حقوق والتزامات تتعلق بالشريك الإستراتيجي وحقوق والتزامات تتعلق بالدولة المضيفة، و على النحو الآتي:

الفرع الأول

العلاقة بين أطراف الشراكة الاستراتيجية

نتناول في هذه الفرع حقوق الطرف العام في الفقرة الأولى وأثار حقوق الطرف الخاص في الفقرة الثانية وكما يلي:

أولاً: حقوق الطرف العام

تتمتع الدولة بالعديد من الحقوق أهمها الحق في الرقابة والإشراف والتوجيه والحق في تعديل بعض شروط العقد بالإدارة المنفردة والحق في توقيع الجزاءات وستتناول ذلك على النحو التالي:

1- حق الرقابة والإشراف والتوجيه

لا خلاف على أن سلطة الرقابة مقررة للجهة الإدارية بغض النظر عن النص على ذلك في العقد من عدمه، بل " هو حق مقرر حتى ولو تضمن العقد شروطا تعاقدية خلاف ذلك، وسلطة الرقابة قد تقتصر على مجرد الإشراف، وقد تتعدى الرقابة لتصل إلى حد التدخل في التنفيذ وتغيير بعض الأوضاع"⁽²⁾.

وفي هذا الصدد ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول بأن " العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع شخصي خارجي مناط احتياجات المرفق الذي تستهدف العقود تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن

1 - د. حمادة عبد الرازق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مصدر سابق، ص70
2 - د. محمود عاطف، البناء العقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، سنة 2007م، ص215.

يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، و"هذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود"⁽¹⁾.

انطلاقاً مما تقدم يعرف بعض الفقه الرقابة طبقاً لمفهومها الضيق علي أنها" التأكد من أن الشريك الخاص المتعاقد يباشر وينفذ التزاماته العقدية طبقاً للشروط العقد، وبالتالي فإن هذا المفهوم يقصر سلطة الرقابة التي تمارسها جهة الإدارة عند حد الإشراف، وتتم ممارسة حق الإشراف من خلال إرسال مندوبين إلى موقع العمل للتأكد من تنفيذ العقد وجودة الخامات المستخدمة.

في حين يعرفها البعض الآخر طبقاً لمفهومها الواسع، فيقصد بها تدخل جهة الشريك العام في تنفيذ العقد، بحيث يكون له تغيير بعض أوضاع التنفيذ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة سلطة توجيه، ولا يقتصر على الإشراف فقط.

والرقابة ليست هدفاً في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق غاية بهدف التأكد من أن مستوى الأداء والطرق المتبعة في التنفيذ سوف تؤدي إلى تحقيق الأهداف المرجوة، لذا فإنها لا تقتصر على اكتشاف الانحرافات والاختلافات بين الأداء والمعايير الموضوعية، وإنما تبين أيضاً وسائل وسبل إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي. وتتعدد صور الرقابة وأشكالها في عقد الشراكة، فتشمل الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية، وهو ما سوف نتناوله على النحو التالي:

أ- الرقابة الفنية:

و"هي الرقابة التي تمارسها الإدارة على شركة المشروع فيما يتعلق باستغلال المرفق موضوع العقد للتأكد من أن هذا الاستغلال يتم وفقاً للاشتراطات الفنية المتفق عليها"⁽²⁾، وتتم الرقابة الفنية عن طريق فنيين تقوم الإدارة بإرسالهم إلى موقع المشروع للاطلاع على الوثائق الفنية والخرائط والرسومات ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية، "طبقاً لأسس الأداء والتقنيات الحديثة والمتطلبات والمعايير المستخدمة في التشييد واختبار المعدات والأدوات وأطقم التشغيل حسب المواصفات والوثائق والمقاييس المستخدمة عالمياً في هذا المجال"⁽³⁾.

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة 28/6/1992 م، في الطعن رقم 15 لسنة 30 ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا من 1985-1993م، الجزء الخامس والثلاثين، ص 363.

2 - د. أحمد محمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية على مشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ (B.O.T)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، لسنة 2008 ص 139.

3 - راجع في ذلك: نص المادة (5) من قانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010

ب- الرقابة المالية:

ويقصد بها حق الجهة الإدارية في التفتيش على حسابات شركة المشروع المتعلقة باستغلال المرفق العام موضوع العقد، " والرقابة المالية قد تكون رقابة سابقة تقوم فيها الجهة الإدارية بمراجعة الميزانية التي يقدمها الشريك الخاص، ومراجعة العقود التي يبرمها مع الغير، وقد تكون لاحقة بحيث يكون لجهة الإدارة الاطلاع على الحسابات والمستندات الخاصة بميزانية المشروع" (1).

ج- الرقابة الإدارية:

ويقصد بها الجهد الذي تقوم به الجهة الإدارية المتعاقدة لوضع معايير أداء تنسجم مع الأهداف المبتغاة من إقامة المشروعات العامة بنظام المشاركة ومقارنة الأداء الفعلي مع معايير الأداء الموضوعة سلفاً، "للتأكد من مدى انسجام ما يحدث في الواقع العملي مع ما هو وارد بالاتفاقيات الموقعة والقوانين واللوائح السارية، ومن ثم التعرف على نقاط الضعف والأخطاء لتصحيحها ومنع تكرار حدوثها" (2).

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على الإدارة حين تمارس سلطتها الرقابية أن تستخدمها في إطار نصوص العقد وشروطه، "ولا تتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة، فسلطة الإدارة لها نطاق معين لا يجوز لها أن تتعداه، وهذا النطاق هو الحد الفاصل بين سلطة الرقابة وسلطة تعديل نصوص العقد" (3).

2- حق تعديل بعض شروط العقد بالإدارة المنفردة

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد من أهم الخصائص التي تميز العقود الإدارية بصفة عامة، وعقود الشراكة بصفة خاصة عن غيرها من العقود، وهي من الخصائص غير المألوفة التي غالباً ما ينص عليها في العقد، "فالإدارة بمقتضى هذه السلطة تملك بإرادتها المنفردة -حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، ودون أن يحتج عليها بالقاعدة المدنية للطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" (4) "فهذا المبدأ ليس واجب التطبيق بصفة مطلقة في العقود الإدارية لأن الإدارة تملك حق تعديل شروط العقود الإدارية بضوابط معينة والاتفاق يكاد يكون تام بين فقهاء القانون العام

1 - د. حمادة عبد الرازق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مصدر سابق، ص 66.

2 - د. أحمد محمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية، مصدر سابق، ص 65.

3 - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2009م، ص 149.

4- د. محمد عبد العال السنيوري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص 208

في فرنسا على أن الشروط التي تقرر حقوق المتعاقد المالية لا يتناولها حق التعديل أما ما عدا ذلك من شروط فتخضع لقاعدة التعديل" (1).

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري في هذا الصدد إلى القول بأنه "تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف، خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها و انتظامها واستمرارها، و" من ذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد.... ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وإدارتها المنفردة، على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد" (2)

كم" ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري أيضا إلى القول بأن للإدارة دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام" (3) ويذهب معظم الفقه الفرنسي إلى حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة دون النص عليه في العقد أو القانون أو اللائحة.

نصت المادة (7) من قانون المشاركة المصري على أنه الجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد وبعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال طبقا للأسس والقواعد التي يبينها العقد وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر.

1 - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2008م، ص 143.

2- د. عزيزة الشريف، دروس في نظرية العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص 211- وما بعدها.

3 - حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر بجلسة 26/12/1901 م، مجموعة السنة 6، رقم 73، ص 219.

يتضح مما تقدم أنه: يجوز تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير ومقابل الخدمات المتفق عليها، وكذلك تعديل قواعد التشغيل والاستغلال فما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، حيث يعد ذلك من الشروط الإلزامية التي يحق للشريك العام تعديلها بإرادتها المنفردة دون موافقة شركة المشروع، طالما بقي للأخيرة الحق في التعويض، كما يحق للجهة الإدارية تعديل العقد عند حدوث تغيير في القوانين السارية وقت إبرام العقد، أما باقي شروط عقد المشاركة فإنها تعد شروط تعاقدية لا يحق للشريك العام تعديله بإرادته المنفردة ولكن يجب موافقة شركة المشروع على ذلك.

3- الحق في توقيع الجزاءات:

"تملك الإدارة حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها الذي يمتنع أو يتأخر عن تنفيذ التزاماته أو يهمل في تنفيذها ولو لم ينص على ذلك في العقد"⁽¹⁾ فالمبدأ المستقر في الفقه والقضاء أن للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ومبرر "هذه السلطة هي ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة، والإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرفق العام"⁽²⁾ بل إن الإدارة في فرنسا ليست مقيدة بالجزاءات التي ينص عليها العقد، فهي تستطيع توقيع جزاءات أخرى إذا رأت أنها أكثر تناسب مع المخالفات التي ارتكبتها المتعاقد.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن نظرية الجزاءات الإدارية قد خضعت لتطور هام في القضاء الفرنسي، فقد كانت الإدارة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من النصوص التعاقدية أو القانونية، ومن ثم كان من المستحيل عليها أن توقع جزاءات لم ينص العقد أو دفاتر الشروط على حق الإدارة في توقيعها أو لم ينص عليها اللوائح الإدارية، وإذا حدد العقد أو دفاتر الشروط جزاءات معينة لبعض المخالفات وأغفل تقرير جزاءات للمخالفات الأخرى فلم يكن يجوز للإدارة مخالفة هذه الشروط، إذ كان القضاء الفرنسي مستقراً تماماً على وجوب احترام النصوص التعاقدية.

1 - د. محمود عاطف البناء العقود الإدارية، مصدر سابق، ص 71.

2 - انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 28 \ 12 \ 1993 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا و الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في جلسة عشر عاماً، رقم (110)، ص 203

ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن هذا المبدأ بحكمه الصادر في 31 مايو سنة 1970 في قضية (دبلانك Deplanque) حيث ذهب إلى القول بأن إذا كان العقد مع تحديده للالتزامات الطرفين قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة، فلا يترتب على ذلك عدم وجود جزاءات. وإذا كان العقد قد حدد جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة، أغفل تحديد جزاءات لباقي المخالفات، فلا يترتب على ذلك أن هذه الأخيرة تبقى بدون جزاء ويرجع ذلك إلى صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة، بحيث لا يجوز أن يحمي سكوت العقد المتعاقد مع الإدارة من إخلاله بالتزاماته، وإذا نص العقد على بعض الجزاءات، "فإن ذلك لا يعني أن تقتصر الجزاءات التي يجوز توقيعها على تلك المنصوص عليها في العقد، بل تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة"⁽¹⁾.

على أنه يجب التمييز بين أمرين: فالنص على جزاءات معينة لبعض المخالفات لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات على المخالفات الأخرى، "بينما تنفيذ الإدارة بالجزاء الذي نص عليه في العقد أو القانون ليطبق على حالة معينة، بحيث لا يجوز لها كقاعدة أن تستبدل به غيره في هذه الحالة، فمن غير الجائز الاستعاضة عن نص صريح بجزاء آخر"⁽²⁾ وليس ثمة ما يمنع من الجمع بين جزاءات متعددة طالما قد تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها، وطالما أن القانون أو نصوص العقد لا تمنع ذلك.

إن الجزاءات التي تمتلك الإدارة الحق في توقيعها على المتعاقد معها قد تكون مالية كالغرامات التي يتفق عليها مقدمة أو التعويضات التي تكون للإدارة عندما يلحقها ضرر معين نتيجة خطأ المتعاقد معها، أو مصادرة التأمين الذي يودعه هذا الأخير ليضمن لها ملاءمته المالية "وقد تتمثل هذه الجزاءات أيضا في التنفيذ على حساب ومسؤولية المتعاقد، سواء أقامت الإدارة ذاتها بهذا التنفيذ أم عهدت به إلى شخص آخر، فضلاً عن ذلك قد تتمثل هذه الجزاءات في فسخ العقد؛ أي إنهاء الرابطة العقدية إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام"⁽³⁾.

1 - د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دون ناشر سنة 200م، ص 348.

2 - د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة 1973، ص 339.

3 - د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري فقها وإفتاء وقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2008م، ص 40.

ثانياً: حقوق الطرف الخاص

نتناول في هذه الفقرة حقوق الشريك الإستراتيجي والحقوق الخاصة بالمساهمين وكما يلي:

1- حقوق الشريك الإستراتيجي

يمكن حصر اهم الآثار بالنسبة للمستثمر أو الشريك والتي تنتج عن الشراكة في المقابل المالي، إلى جانب الحق في الإدارة، وعلى النحو الآتي:

ا- الحق في المقابل المالي.

يؤثر دخول الشريك الإستراتيجي على المساهمين في الشركة، إذ ينقلب هؤلاء المساهمين من أصحاب أغلبية إلى أقلية. وعليه فانه يجب أن تنفرد لهم في الشركة الحقوق التي يتمتعون بها وفقاً للأسهم الجديدة، وهذا يقتضي حصولهم من الشركة على حصص أو أسهم تقابل حصصهم أو اسهم بعد زيادة رأس المال بدخول الشريك الإستراتيجي. أما بالنسبة للشريك الإستراتيجي كونه مساهماً جديداً في الشركة، فإن زيادة رأس المال الشركة من خلاله يؤدي إلى تغيير مركزه القانوني تغييراً ملحوظاً؛ كونه يمثل أغلبية الاسهم، ولذلك يكون له كمساهم وشريك استراتيجي، حقوق المساهم من حق الادارة واقتسام الارباح والخسائر، وهذه أمور من النظام العام، فإذا تضمنت اتفاقية الشراكة شرطة يقضي بحرمان الشريك أو المساهم من بعض حقوق الشركة فيكون الشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً، ذلك أن الشريك الإستراتيجي كمساهم بما يقابل الاصول الصافية شركة وتكون له اسهم بمقدار حقه في الشركة" وإذا كانت نسبة الشراكة تؤدي إلى تغيير في الأسهم القديمة والأسهم الجديدة بعد دخول الشريك الإستراتيجي فيكون تعديل العقد بعد زيادة رأس المال وحصول الاكتتاب من قبل الشريك الإستراتيجي وتعديل العقد بما يساوي الفرق بين القيمتين"⁽¹⁾.

ب- الحق في ادارة الشركة.

"يحتفظ الشريك الإستراتيجي بصفته مساهم في الشركة، لذلك فانه يتمتع بجميع الحقوق التي تخوله هذه الصفة، ومنها الحق في ادارة الشركة والحق في التصويت"⁽²⁾ وبما أن دخول الشريك الإستراتيجي يكون عادة في اطار الشركة المساهمة بعد الاكتتاب بالأسهم المعروضة

1 - ينظر د. حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 655.

2 - ينظر د معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 188

عليه، فليس هناك صعوبة في اشتراكه في ادارة الشركة من خلال الجمعية العمومية؛ كونه يتمتع بملكية اكبر عدد من الأسهم، حيث يشترك في ادارة الشركة من خلال الجمعية العمومية حسب الشروط التي نصت عليها اتفاقية الشراكة.

اما يتعلق بعضوية مجلس الادارة فنتباين القوانين في تحديد اعضاء مجلس الادارة، اذ يحدد قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل العدد حسب ما إذا كانت الشركة مختلطة أم خاصة أذ نصت المادة (103) على " أولاً - يتكون مجلس ادارة الشركة المساهمة المختلطة من 7 سبعة اعضاء اصليين يتم اختيارهم على النحو التالي:

1 - عضوان يمثلان قطاع الدولة يتم تعيينهم بموجب قرار من الوزير أو وكيل الوزير المختص بالقطاع الذي تعود له الشركة، ما لم تتجاوز حصة قطاع الدولة في راس مال الشركة المختلطة في تاريخ تعيين العضوين 50% خمسين بالمائة من راس مال الشركة وفي هذه الحالة يقوم الوزير أو وكيل الوزير المختص بالقطاع الذي تعود اليه الشركة بتعيين ثلاثة اشخاص في مجلس ادارة الشركة يمثلون قطاع الدولة.

2 - خمسة اعضاء من خارج قطاع الدولة حاملي الاسهم وينتخبون من قبل الجمعية العمومية للشركة، ما لم تكن حصة قطاع الدولة في الشركة المختلطة في وقت التعيين قد تجاوزت 50% خمسين بالمائة من راس مال الشركة. وفي هذه الحالة يعين اعضاء الجمعية العمومية اربعة اشخاص من خارج قطاع الدولة يمثلون المساهمين في الشركة.

ثانياً - يكون لمجلس الادارة في الشركة المساهمة المختلطة سبعة اعضاء احتياط يختارون بالطريقة والنسب المقررة لاختيار الاعضاء الأصليين. وكذلك المادة (104) " أولاً - يتكون مجلس ادارة الشركة المساهمة الخاصة من اعضاء اصليين لا يقل عددهم عن (5) خمسة ولا يزيد عن (9) تسعة اعضاء ينتخبهم اعضاء الجمعية العمومية للشركة."⁽¹⁾

ثانياً - يكون لمجلس الادارة في الشركة المساهمة الخاصة، اعضاء احتياط يختارون بالطريقة والنسب المقررة للأعضاء الاصليين

وقد يكون مدير الشركة من الشركاء أو من غيرهم، سواء تم تعيينه باتفاق الشركاء، أو بقرار من مجلس الادارة، ويكون قابلاً للعزل، وله أن يستقيل، كما أن المجلس الادارة ان يستقيل

1 - ينظر الفقرة (1، 2) من المادة (103)، والمادة (104) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

جميع أعضائه أو بعضهم، ويصار إلى عضواً آخر بدل المستقيل أو مجلس إدارة آخر حسب النظام الجديد للعقد. وفي ضوء ما تقدم، لم يوفر المشرع العراقي أية مظاهر لحماية المساهمين باستثناء ما نصت عليه أحكام الفقرة (3) من القسم (10) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (74) لسنة 2004 التي نصت على حماية أقلية المساهمين من خلال إلزام المستحوذ على نسبة (30%) لأي شركة مساهمة مدرجة في سوق العراق للأوراق المالية، الإفصاح عن ملكيته في رأس مال الشركة، دون إيجاد أية حلول حقيقية لحماية أقلية المساهمين على عكس المشرع المصري. لذا نأمل من المشرع العراقي بإيجاد تنظيم تشريعي ضمن قانون سوق الأوراق المالية لغرض حماية أقلية المساهمين من مخاطر الاستحواذ على غرار المشرع المصري.

2- الحقوق الخاصة بالمساهمين

"يترتب على الشراكة الإستراتيجية الاكتتاب بالأسهم الجديدة دون عرضها على المساهمين، وأن هذا الإصدار قد يضر بالمساهمين القدامى أو بعضهم على أساس من أن المساهمين الجدد"⁽¹⁾ (الشريك الإستراتيجي) "يشترك في الاحتياطي الذي كونته الشركة من أرباح الأسهم الأصلية التي سبق اقتطاعها منهم سنوية. ومن هنا فإن زيادة رأس مال الشركة تترتب انخفاض القيمة الحقيقية للأسهم الأصلية وارتفاع قيمة الاسهم الجديدة"⁽²⁾.

الفرع الثاني

العلاقة بين أطراف الشراكة والغير

يعد عقد الشراكة الإستراتيجية من العقود الملزمة للجانبين، وتناولنا في الفرع الأول حقوق أطرافه ولا بد من الإشارة إلى التزامات الأطراف، إلا أنه من الضروري الإشارة إلى أن هذه الالتزامات تتنوع وتختلف تبعاً لاختلاف نوع العقد المبرم بين طرفي العلاقة العقدية، ولكن ما يمكن قوله أنه برغم اختلاف المحل في هذه العقود لكن تبقى مجموعة من الالتزامات ذات الطبيعة العامة والمشاركة تتواجد في غالبية عقود الشراكة، وتنقسم هذه الالتزامات على قسمين

1 - ومن الجدير بالملاحظة، أنه في إطار زيادة رأس مال بدخول الشريك الإستراتيجي للشركة عن طريق الاكتتاب، فإن الأخير يتم دون عرضه على المساهمين، وهذا ما نصت عليه المادة (224) من قانون الشركات الإماراتي رقم (2) لسنة 2015 بقولها (لمجلس إدارة الشركة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار الخاص بزيادة رأس مالها لإدخال شريك إستراتيجي كمساهم في الشركة على أن يعرض جميع الأسهم الجديدة أو أياً منها للاكتتاب بها من قبل الشريك الإستراتيجي دون عرضها على المساهمين.....)، ووفقاً للنص أعلاه، فإن الهيئة العامة هنا الغت الحق التفاضلي للمساهمين القدامى وحصرته بالشريك الإستراتيجي إلا أنه ومن جانب آخر، فإن المساهمين يظلون محتفظين بمركزهم القانوني كمساهمين في الشركة بما يقابل عدد الأسهم التي لهم بعد دخول الشريك الإستراتيجي.

2 - ينظر د. باسم محمد صالح و د. عدنان احمد ولي العزاوي، مصدر سابق، ص40.

الأول منها التزامات الشريك الإستراتيجي (المستثمر)، والثاني التزامات الدولة المضيفة وعلى النحو الآتي:

أولاً: التزامات الشريك الإستراتيجي

يقع على عاتق الشريك الإستراتيجي جملة من الالتزامات نوردتها بالآتي:

أ- الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال محل العقد.

ينبغي على الشريك وهو ينفذ المشروع أن يلتزم باحترام القواعد الفنية السائدة وما يجري عليه العمل على وفق المواصفات الفنية المنصوص عليها في العقد والمعترف بها دولياً في العقد.

ب. الالتزام بأمداد الدولة المضيفة للاستثمار بالمواد الملائمة للمشروع واستخدام التكنولوجيا المتطورة

من الموكد أن الدول التي تستضيف الاستثمار الأجنبي هي بحاجة إلى قدرات فنية وتكنولوجية تفتقر إليها، "ذلك فانه في الأعم أن تتضمن مثل هذه العقود تعهدات تلزم المستثمر الأجنبي بان يكون البناء متماشياً مع ما يمثل الجوانب الفنية الأكثر حداثة من التكنولوجيا المستخدمة في مجال التعاقد، وعادة يشار إليها بدقة تلافياً للمشاكل التي تنجم من تفسير الوسائل التكنولوجية الحديثة"⁽¹⁾.

ج- التزام الشريك بالقيام بالحد الأدنى من الاستثمار.

أن الدولة المضيفة للاستثمار غالباً ما تفرض على المستثمر المتعاقد معها ضرورة الالتزام باستثمار محدد يتم تحديده وتعيين مقداره في خلال مدة معينة يتفق عليها، ذلك أن الدولة تسعى من وراء عملية الاستثمار إلى تحويل النفقات المخصصة للاستثمار إلى قطاعات أخرى غير منتجة وصفوة القول، "أن الشراكة الإستراتيجية ينبغي أن تحقق شيئاً من النمو الاقتصادي الذي تسعى إليه الدول المضيفة للاستثمار"⁽²⁾.

د- الالتزام بالأعلام

أن عقود الشراكة تنصب على مشروعات ترتبط بخطة اقتصادية معينة وتصل قيمة المبلغ عشرات الملايين، كما انها تتصل بنظام قانوني وسياسة تشريعية واقتصادية غرضها التنمية

1 - ينظر بهذا الخصوص د. حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987. ص 24 د. غسان عبيد، المصدر السابق، ص 49.

2 - تنظر حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة، والأشخاص الأجنبية، ص 195

الاقتصادية، كل ذلك يمنح الدولة المضيفة للاستثمار مراقبة المشروع الإستراتيجي، "والى جانب ذلك يقع على الشريك أن يقدم الأوراق والمستندات التي تتعلق بالمشروع، ونشير إلى أن صراع نشب حول التزام شركة الألمانية وحكومة الكاميرون منشأه ان الشركة اخفت معلومات مهمة وثبت امتناعه عن الإفصاح"⁽¹⁾.

ثانياً: التزامات الدولة المضيفة

تتمثل أبرز هذه الالتزامات بما يلي:

1- التزام الدولة المضيفة بمساعدة المستثمر من القيام بالاستثمار على اراضيها.

ينبغي على الدولة المضيفة أن تتعهد بتقديم كل مساعدة ممكنة للمستثمر كي يتمكن من القيام بالمشروع، "أيا كانت المساعدة سواء بتسهيل الإجراءات الادارية والقانونية ومنها تسهيل دخول المختصين بالعمل ومنحهم التراخيص والسماح بإدخال الآلات والمعدات اللازمة للمشروع الاستثماري"⁽²⁾

2- الالتزام بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي.

وتتمثل هذه الحماية بأبرز اشكالها القانونية والحماية المادية، وتتمثل الأولى بإصدار تشريعات تسعى من خلالها إلى تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية من خلال نصوص تقرر تلك الحماية ويتم من خلال الجانب التشريعي المتقدم ذكره، أو عن طريق ابرام المعاهدات الثنائية أو الجماعية لحمايتها" اما النوع الثاني فيتمثل بفرض الحماية الكاملة والأمن على اقليمها وعادة ما تكون وفقاً للاتفاقيات دولية"⁽³⁾

1- رشا محمد جعفر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، ص54.

2 - دينيل جونستون ، نظم الإنتاج والضرائب البترولية الدولية عقود ،شارمنك ، اوكلاما ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ص94، 2009.

3- موقع داري:-<http://www.huffingtonpost.com/darilyn-aquino-joint-ventre>
businessag-b- web Aquino-Joint venture: اتفاقية عمل للتجارة الدولية 56097 تمت الزيارة في 2017/1/14.

3 - الالتزام بتنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية:

ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه مبدأ حسن النية، وهذا المبدأ مسلم به في مجال روابط القانون العام، كما هو " الشأن في مجال روابط القانون الخاص، بحيث لا يجوز الخروج على بنود العقد إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك" (1).

"إن التسليم بأن العقد شريعة المتعاقدين ووجوب تنفيذ جميع آثاره قد يحمل العاقد أيضاً على التمسك بالعقد ومحاولة المغالاة في الإفادة منه على حساب العاقد الآخر بأن يختار من طرق تنفيذه الطرق الأكثر إحكاماً بذلك العاقد الآخر، ولذا يجب تنفيذ العقد بحسن نية أي مراعاة الإخلاص والأمانة وتعرض العقد والامتثال في تنفيذ العقد حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالإلا على العاقد الآخر" (2).

ومؤدى هذا المبدأ أن يجري تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود وشروط بطريقة تتفق وما توجبه اعتبارات حسن النية في التعامل، "ويضع القضاء الإداري في اعتباره لدى تطبيق مبدأ حسن النية في العقد الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وما يجري عليه العرف الإداري من التوسع في تفسير معنى حسن النية في ضوء المصالح التي يحميها العقد والسلطات المشروعة للجهة الإدارية وفكرة حسن النية" (3).

ولتنفيذ عقود الشراكة بحسن نية أهمية خاصة في تشجيع الاستثمار وجذب المستثمرين وزيادة الثقة في الإدارة، وتطبيقاً لهذا المبدأ يجب أن تقوم الدولة وجهاتها الإدارية بتنفيذ كافة البنود والنصوص الواردة بعقد المشاركة بحسن النية، "إذ يجب عليها القيام بما هو ضروري لتمكين شركة المشروع من تشييد المشروع، ومن ذلك ضرورة التزامها بتسليم موقع المشروع خالياً لشركة المشروع وتمكينها من الوصول إلى الموقع وحيازته حيازة هادئة تمكنها من تنفيذ التزاماتها والبدء في تنفيذ الأعمال المتفق عليها" (4).

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بجلسة 11/4/1970، مجموعة أحكام السنة 15، ص 29
 2 - د. نجاتي عبد الغني إبراهيم، التنظيم القانوني لعقد منح الالتزام، مصدر سابق، ص 37
 3 - د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد، مصدر سابق، ص 66 .
 4 - د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود البوت B.O.T الإنشاء والتملك ونقل الملكية، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، سنة 2006م، ص 297 .

و"مبدأ حسن النية في المعاملات من الأمور الموضوعية التي تخضع التقدير القاضي، حيث يقدر مدى الجهد المبذول من جانب الإدارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية آخذاً في الاعتبار الظروف التي تحول دون هذا الوفاء كحالة الحرب مثلاً" (1).

4 - التزام الإدارة باحترام شروط العقد

ينبغي على الجهة الإدارية عند تنفيذ عقد الشراكة احترام كافة شروط العقد طالما وقعت عليه، سواء كانت الشروط صريحة أو ضمنية، "ولا يقتصر التزام جهة الإدارة على احترام العقد والالتزامات الصريحة المنصوص عليها، وإنما يشمل أيضاً ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" (2) ومن أهم الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها ما يلي:

أ- التزام الإدارة بتنفيذ التزاماتها بمجرد إبرام العقد:

يجب على الإدارة البدء في تنفيذ التزاماتها العقدية بعد التصديقات اللازمة من السلطات المختصة وسداد الملتزم مبلغ التأمين النهائي.

ب التزام الإدارة باحترام مدد التنفيذ في عقد الشراكة:

ينبغي على الإدارة أن تحترم مدد التنفيذ في عقد الشراكة، حيث أن عقد الشراكة غالباً ما يتضمن أنواع مختلفة من مدد التنفيذ، فهناك المدة المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية، فإذا كانت المدة محددة تحديداً واضحاً، فعلى الإدارة أن تلتزم بتنفيذ التزاماتها خلال تلك المدة كموعده تسليم موقع العمل مثلاً، أو استكمال مهمات معدات نقل الخدمة، "فإذا ما تأخرت في تنفيذ التزاماتها فإنها تلتزم بتعويض المتعاقد معها، فضلاً عن الغرامات المنصوص عليها في العقد والتي تلتزم بدفعها، كما يمتد العقد لصالح شركة المشروع بقدر أيام التأخير التي أخرجتها الدولة" (3).

ج- التزام الجهة الإدارية بشراء الخدمة:

إذا التزمت الجهة الإدارية بشراء الخدمة من شركة المشروع، فإنه يجب عليها احترام شروط هذا العقد وتنفيذ التزاماتها التي اتفقت عليها مع شركة المشروع بشراء هذه الخدمة حيث

1 - د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2003م، ص 293

2 - خالد بن محمد العطية، النظام القانوني لعقود التسيير والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 1990م، ص 202.

3 - د. حمادة عبد الرازق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مصدر سابق، ص 25

نصت المادة (3) من القانون 67 لسنة 2010 م بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص؛ والتي نصت على "يجوز أن يتضمن عقد المشاركة بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في المادة (2) قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج إلى الجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المنتفعين...".

ومن ناحية أخرى، فإذا تم الاتفاق على موعد محدد لشراء هذه الخدمة، فيجب على الجهة الإدارية أن تكون جاهزة لنقل هذه الخدمة والبدء في شرائها في الميعاد المتفق عليه، وحتى لا تتعرض للغرامات المنصوص عليها في العقد، كما أنه إذا اتفق على حد أقصى للخدمة التي تلتزم الجهة الإدارية بشرائها، فإنه لا يسوغ للجهة الإدارية أن تتجاوز هذا الحد، ومثل ذلك تماماً إذا تم الاتفاق على حد أدنى من الخدمة المتفق على شرائها.

5 - التزام الإدارة بتيسير الإجراءات الإدارية والقانونية

تلتزم شركة المشروع في عقد الشراكة بالحصول على التراخيص والموافقات اللازمة لإنشاء وتشغيل المشروع، كما أن هذه العقود غالباً ما تلزم الدولة بتقديم الحدود المعقولة التي تطلبها شركة المشروع لمساعدتها في الحصول على الموافقات، وقد لا يقتصر الأمر على تبسيط الإجراءات القانونية والإدارية فقط، بل يصل الأمر في بعض العقود إلى الاتفاق على أن تتحمل الدولة وحدها الحصول على جميع هذه الموافقات والتراخيص وإعفاء شركة المشروع كلية من القيام بذلك، وفي هذه الحالة تعفي شركة المشروع تماماً من هذه الإجراءات ويلتزم بها الإدارة. وقد يلزم عقد المشاركة شركة المشروع بالحصول على الموافقات والتصاريح والتراخيص اللازمة لإقامة مشروع، في حين يلزم الدولة بالحصول على موافقات أخرى متصلة بالعقد. وتلتزم الدولة بصفقتها مشجعة للاستثمار بتسهيل وتبسيط إجراءات الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة لإنشاء المشروع" (1).

وفي هذا الصدد نلاحظ أن قانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 م قد عني بتحديد اختصاصات اللجنة الوزارية المختصة برسم سياسات ومعايير المشاركة، وكذلك إنشاء الوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص، لتكون بمثابة بيت الخبرة الفنية والمالية والقانونية لهذه اللجنة الوزارية، فقد جاءت أحكام الفصل الثاني من القانون والتي تضم المادتين أرقام (14) و (10) لتنظيم تشكيل واختصاصات اللجنة الوزارية المشكلة برئاسة وزير المالية والمعنية برسم السياسات القومية وإصدار التعليمات والمعايير العامة للمشاركة، واعتماد العقود النموذجية

1 - د. حمادة عبد الرازق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة، مصدر سابق، ص 69.

والدراسات، واقتراح الآليات لدعم سوق تمويل هذا النوع من المشروعات، ومتابعة إجراءات توفير المخصصات المالية، وكذلك متابعة المشروعات والمساهمة في حسم النزاعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذها، كما نظمت المادة السادسة عشر إنشاء وتشكيل ونظام عمل الوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص، والتي تقوم بالمتابعة الفردية المشروعات الشراكة قبل وأثناء وبعد إجراءات الطرح والترسية، وحتى تمام تنفيذ العقود، كما أنها تقوم برسم العلاقة بين الوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص والجهات الإدارية الراغبة في التعاقد بنظام المشاركة، وبما يضمن التخطيط والتنسيق المركزي، وتنفيذ سياسة قومية لمشروعات المشاركة، وذلك بموجب المادتين الخامسة عشر والسادسة عشر من هذا القانون.

وبالتالي ندعو المشرع العراقي ان يذهب باتجاه ما ذهب اليه المشرع المصري.

المبحث الثاني

انقضاء عقد الشراكة

عندما ينوي الأطراف على ابرام عقد المشاركة "فينبغي تثبيت جملة أمور أساسية في العقد من ضمنها انتهاء العقد، وهذه الأمور عادة ما يتم مناقشتها في مرحلة المفاوضات وقبل التوقيع على العقد وبخاصة في ظل المدة الطويلة نسبية التي يستغرقها تنفيذ العقد"⁽¹⁾، وينقضي عقد المشاركة بعدة أسباب منها ما يكون اسباب عامة تنقضي بموجبها العقود كافة ومنها يكون اسباب واردة في قانون الشركات لانقضاء الشركة بصفة عامة ومن ثم يمكن أن تسري هذه الاسباب على شركة المشروع المتعاقدة مع القطاع العام، استنادا لما تقدم فسيتم البحث في هذين النوعين من الأسباب لانقضاء عقد الشراكة كل في مطلب مستقل وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول

الأسباب العامة لانقضاء

تتصل الأسباب الواردة في قانون الشركات لانقضاء عقد المشاركة بشركة المشروع التي تضطلع بتنفيذ عقد المشاركة، "إذ قد تطرأ عليها ظروف من شأنها أن تحول دون امكان استمرار

1 - سالي محمد جمعة سليم، سلطات الادارة في عقد الشراكة مع القطاع العام، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، 2020، ص320.

الشركة في تنفيذ الأعمال التي انشئت لأجل تنفيذها⁽¹⁾ وهذه الأسباب تتمثل - بصفة عامة - باستحالة تنفيذ المشروع الذي انشئت لأجله الشركة أو انجازه، "توقف الشركة المشتركة عن ممارسة نشاطها، افلاس الشركة فضلا عن الحل الارادي للشركة"⁽²⁾.

واستنادا لذلك تنقضي شركة المشروع في حالة أنجاز الأعمال التي أنشئت لتنفيذها كما لو أنشأت الشركة المذكورة لغرض بناء وحدات سكنية وقد تم انجاز العمل المذكور بالفعل، أو "في حالة استحالة تنفيذ المشروع الذي تأسست لتنفيذه كأن يصدر قانون يمنع الشركة من ممارسة نشاطها المحدد في عقدها وحصر ممارسة هذا النشاط بقطاع الدولة أو مؤسساتها العامة"⁽³⁾، "فضلا عن ذلك فقد يتفق الشركاء فيما بينهم على انقضاء الشركة قبل حلول الميعاد المحدد لها في عقد تأسيسها (الحل الارادي للشركة)، فالقاعدة أن من يملك الانشاء، يملك الالغاء أيضاً"⁽⁴⁾ "وتبعاً لذلك يجوز للشركاء أن يتخذوا قرارة مشتركة بإنهاء الشركة قبل انتهاء الأجل المحدد لها"⁽⁵⁾ ولا مرأ في "أنه يترتب على فقدان الشركة رأس المال برمته قيام استحالة مادية تحول دون استمرار الشركة ومن ثم انحلالها لاستحالة التنفيذ استحالة مادية"⁽⁶⁾، ويكون الأمر كذلك إذا هلك معظم رأس المال وأصبح استثمار الباقي متعذرة لعدم جدواه لذا فإن هذه الحالة يمكن أن

1 - ونشير بهذا الصدد إلى ما ورد في المادة (147) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل) التي حددت اسباب انقضاء الشركة بما يأتي: - عدم مباشرة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على تأسيسها دون عذر مشروع. - توقف الشركة عن مباشرة نشاطها مدة تزيد على سنه دون عذر مشروع. - انجاز الشركة للمشروع الذي تأسست لتنفيذه أو استحالة تنفيذه.

- اندماج الشركة أو تحولها وفق أحكام هذا القانون. - فقدان الشركة (75%) من رأسمالها الاسمي وعدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من البند ثانياً من المادة (76) من القانون. - قرار الهيئة العامة للشركة بتصفيته. أما المادة (194) من القانون اعلاه فقد حددت اسباب انقضاء الشركة البسيطة بقولها: تصفي الشركة البسيطة وفق ما هو منصوص عليه في عقدها وفي حالة عدم وجود نص فبالطريقة التي يتفق عليها الشركاء بالأجماع وإلا فبقرار من المحكمة

2 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، مصدر سابق، ص 23.

3 - د. جمال عبد الكريم العساف، التحكيم المتعدد الأطراف في ظل قوانين وقواعد التحكيم، القيادة العامة لشرطة الشارقة - مركز بحوث الشرطة، الامارات، العدد 10، 2018، ص 36.

4 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، مصدر سابق، ص 29.

5 - وهذا ما اشارت اليه المادة (529/2) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 والتي أجازت انتهاء الشركة عن طريق اجماع الشركاء على حلها. بيد أن الحل الارادي للشركة قد يواجه عقبات كثيرة اهمها عدم تحقق الاغلبية المطلوبة لصدور مثل هذا القرار، وحماية لأقلية الشركاء أو المساهمين من تعسف الاغلبية بهذا الشأن يصار عندئذ إلى منح الأقلية حق اللجوء إلى القضاء وطلب حل الشركة في حالة وجود اسباب جدية تبرر ذلك ويترك للقضاء تقدير مدى جديتها.

للمزيد ينظر: فاروق ابراهيم جاسم مصدر سابق ص 134.

6 - سالي محمد جمعة سليم، مصدر سابق، ص 37.

تدخل ضمن مصاف الانحلال غير الإرادي للشركة طالما لا دخل لإرادة الشركاء في ذلك (1). يفهم مما تقدم أن شركة المشروع كأي شركة خاصة قد تكون عرضة للانقضاء بأحد أسباب الانقضاء العامة والوارد ذكرها اعلاه، غير أنه سيتم تسليط الضوء على انقضاء الشخصية المعنوية للشركة كأحد الأسباب الرئيسية لانتهاء عقد الشراكة، وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

الانقضاء بالتنفيذ

سبق بيان أن عقد المشاركة إنما "ينشأ لغرض تنفيذ غرض معين ينقضي بانقضائه، وعليه فإن الطريق الطبيعي لانقضاء عقد المشاركة هو تنفيذه شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، وعن طريق التنفيذ فإنه يتم تحقيق الغاية المرجوة من وجود العقد" (2).

وأن كان تنفيذ هذا العقد يختلف مداه من عقد إلى آخر تبعاً لاختلاف نشاط المشروع الذي يرغب الأطراف بإنجازه، إلا أن جوهر هذا العقد واحد ألا هو قيام كل طرف من أطراف العقد بتنفيذ العمل الموكل إليه عندئذ ذلك يتم تسليم العمل للجهة التي نفذ المشروع لمصلحتها مقابل دفع الأخيرة مبلغاً من المال وبذلك "يكون عقد المشاركة قد انقضى وذلك لتحقيق غايته التي انشأ من أجلها وفي المدة المتفق عليها إذ غالباً ما ينقضي هذا العقد بانتهاء المدة المحددة في وثيقته، ويقصد بالمدة المحددة تلك المدة التي يلتزم خلالها الأطراف بتنفيذ الالتزامات الموكلة اليهم لتنفيذ نشاط المشروع" (3).

وهذا ما أكدته المادة (10/خامسة من عقد سوق المنصور المركزي بقولها يعد العقد منقضيًا عند تحقق احدى الحالات الآتية..... خامساً:- انتهاء مدة العقد مع امكانية تجديده باتفاق

1 - د. سميحة القلوبوي والشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، ط 2، القاهرة، 1992، ص 137 وما بعدها. وحري بالتنويه عنه أن هناك عدة مصطلحات تستعمل للأشارة إلى التغيير الذي تقوم به الشركة والذي يمس هيكلها الإداري والمالي (الدمج)، فعلى سبيل المثال يلاحظ أن قانون الشركات الانكليزي لعام 1958 استعمل عدة مصطلحات للتعبير عن ذلك التغيير منها مصطلح اعادة التنظيم، مخطط التسوية أو التصالح، الدمج. للمزيد من التفصيل ينظر: د. مجيد حميد العنبيكي، الشركات في القانون الانكليزي، الناشر صباح صادق جعفر وبغداد، 2000، ص 109

2 - ستار جبار شلاش البدري، العقود الادارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية في العراق - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد - 2019، ص 231.

3 - علي حمزة عباس، عطاء العقد و عطاء التفاوض في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2010، ص 45.

الطرفين⁽¹⁾ من ذلك أيضاً ما اشارت اليه الفقرة (8) من عقد المشاركة المبرم بين شركة العز العامة وشركة الزمرد لصناعة الأثاث والمعدات الكهربائية من أن مدة العقد المذكور 3 سنوات تبدأ من تاريخ التوقيع عليه ويمكن تجديدها باتفاق تحريري من قبل الطرفين، وفي حالة تنفيذ أي عقد مشترك ضمن إطار عقد المشاركة فأن النفاذ سوف تمتد تلقائياً لحين انتهاء المشروع. يتضح مما سبق أنه لما كان "عقد المشاركة من عقود المدة التي يمثل الزمن فيها عنصراً جوهرياً لذا فإن النهاية الطبيعية للعقد تحل بانقضاء مدته المحددة، وقد يتفق الطرفان على تجديد العقد"⁽²⁾.

او تمديد مدته المتفق عليها وعندئذ تطبق المدة المتفق عليها، ويحدث الفرض المذكور في عدة حالات منها "قد يتفق في العقد على تجديده شرط قيام الجهة العامة بأخطار المتعاقد معها بذلك قبل انتهاء الفترة الأولى بمدة لا تقل عن ثلاثة اشهر وذلك من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه"⁽³⁾، لذلك "يجوز للجهة العامة أن تسلك طريق تجديد عقد المشاركة بدلاً من استرداد المرفق وهذا من شأنه تشجيع المتعاقد أو شركة المشروع على الحفاظ على المرفق بحالة جيدة في حال ممارسة خيار التجديد"⁽⁴⁾ واستناداً لذلك فقد قضت المادة (3) من قانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010 بأنه يجوز أن يتضمن عقد المشاركة تنظيماً لتجديد مدته.

1 - ابرم هذا العقد بين الشركة العامة للأسواق المركزية (احدى تشكيلات وزارة التجارة) وشركة طاقات الاستثمار ذات المسؤولية المحدودة (امارتية الجنسية) وذلك بتاريخ 7/7/2008 وقد حددت مدة العقد المذكور ب(25) سنة قابلة للتجديد بموافقة الشركة العامة (الطرف الأول)، فضلاً عن ذلك فقد أوردت المادة (10) من العقد المذكور أنفاً حالات اخرى يعتبر العقد منقضية عند تحققها وهي: اولاً- ظهور مواقع اثرية أو ثروات معدنية أو نفطية وتقرر الجهات العراقية المختصة وضع اليد على الموقع وتحديد كيفية استغلاله اذ يعتبر العقد مفسوخة من تاريخ اشعار الطرف الأول للطرف الثاني بذلك، على أن يتم تعويض الطرف الثاني تعويضاً عادلاً عن الأضرار التي لحقت به.... ثانياً - التنازل أو الايجار جزءاً أو كلاً عن السوق (محل العقد) دون موافقة الطرف الأول التحريرية. ثالثاً - تغيير نوع الانتفاع لمحل العقد جزءاً أو كلاً دون موافقة الطرف الأول تحريرية.

2 - يعد التجديد احد طرق انقضاء الالتزام بغير طريق الوفاء، ومعناه استبدال دين جديد بدين قديم فيكون سبباً في انقضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد، فالتجديد هو اذا اتفق على انقضاء الالتزام القديم و عقد لأنشاء التزام جديد ويتميز الدين الجديد عن القديم اما بتغير الدين (في محلة أو في مصدره) أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن. للمزيد ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري وأ. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام....، مصدر سابق، ص 281.

3 - علي مخلف حماد، فكرة تحول عقود الإدارة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد السابع، العدد الثاني، 2019، ص57.

4 - عليا سيف سالم سيف الجابري، ضوابط التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، مقدمة إلى كلية القانون - جامعة الامارات العربية المتحدة، ص45.

نشير بهذا الصدد إلى عقد ترخيص خدمات اتصالات الهاتف الخليوي المبرم بين هيئة الاعلام والاتصالات ويشار اليه بالمرخص (احدى تشكيلات وزارة الاتصالات) وشركة اسيا سيل للاتصالات وهي شركة ذات مسؤولية محدودة ويشار اليها (بالمرخص له) إذ ورد في الفقرة (6) من العقد المذكور بان تكون مدة العقد (10) سنوات ابتداء من تاريخ نفاذها مالم يتم الغائها أو تقصير مدتها أو انهائها قبل انتهائها وفق احكامها، أما البند (ب) من الفقرة ذاتها فقد اجازت للمرخص له أن يتقدم في اي وقت بعد مرور (12 سنة) على ابرام العقد، بطلب إلى المرخص لتجديدها لفترة اضافية لمدة (5) سنوات تمنح لمرة واحدة ابتداء من تاريخ انتهاء المدة الأولية ويلتزم المرخص بعدم الاعتراض على طلب التجديد، شريطة رضاه عن استيفاء المرخص له لجميع الشروط والأحكام المبينة في اتفاقية الترخيص خلال المدة الأولية، "ويلتزم عندئذ المرخص له و المرخص بالتفاوض بنية حسنة على شروط واحكام مدة التجديد، بما في ذلك اجر الترخيص والاجر التنظيمي الواجب التطبيق خلال مدة التجديد"⁽¹⁾.

كما "قد يتفق الطرفان على أن العقد يسري مرة واحدة فقط لمدة تبلغ عدة سنوات كان تكون خمس سنوات، مالم يقر أحد الطرفين بأخطار الطرف الاخر برغبته في انهاء العقد في حدود القوانين والقواعد المنظمة لذلك"⁽²⁾.

الفرع الثاني

انتهاء عقد الشراكة

قد "ينتهي عقد الشراكة بقوة القانون بعدة حالات اهمها القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ومن ثم ينقضي بقوة القانون"⁽³⁾ وينصرف مفهوم "القوة القاهرة إلى كل حدث لا دخل لإرادة الانسان في وقوعه وليس في وسعه توقعه ولا يمكن درء نتائجه أو تلافي حدوثه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ومن ثم اعفاء المدين من الضمان اي من تعويض الضرر"⁽⁴⁾.

- 1 - يراجع نص الفقرة (6) من عقد ترخيص خدمات اتصالات الهاتف الخليوي المبرم بين هيئة الاعلام والاتصالات وشركة اسيا سيل للاتصالات ذات المسؤولية المحدودة بتاريخ 30/8/2007.
- 2 - هاني احمد خليل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مصر (تقييم للتجربة ورؤية مستقبلية)، رسالة مقدمة إلى معهد التخطيط القومي لنيل دراسة الماجستير في التخطيط والتنمية، 2017، ص23.
- 3 - علي حمزة عباس، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2010، ص70.
- 4 - للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، و أ. عبد الباقي البكري وأ. محمد طه البشير، الوجيز...، مصدر سابق، ص 240-21، ولعل من المناسب الإشارة بهذا الصدد إلى ما ورد في قرار محكمة التمييز

كما" ينبغي التمييز بين الظروف التي تتسبب في انقطاع مؤقت في مواصلة تنفيذ المشروع وبين الاحداث التي تجعل من المستحيل الاستمرار في تنفيذ المشروع في ظلها أي حالة تحقق القوة القاهرة ومن ثم يتحرر الملزم من التزامه نهائية⁽¹⁾، ومن الممكن عندئذ اللجوء إلى شركة

دون التعويض الأضرار الناجمة عن ذلك اذا كان الخطر قابلاً للتأمين عليه،" أما اذا لم يكن كذلك عمالة الحرب أو الكوارث الطبيعية عندئذ يتم تقاسم هذه المخاطر بين الطرفين (القطاع العام والمتعاقد معه)"⁽²⁾.

ونشير بهذا الصدد إلى ما ورد في عقد المشاركة المبرم بين الشركة العامة لصناعة السيارات وشركة (ايران خودرو) في البند (30) منه والتي قضت بأن القوة القاهرة تعني - لأغراض هذا العقد - "اية قوة خارج عن ارادة احد اطراف العقد ولم يكن يتوقع حدوثها أو تجنب وقوعها لأي سبب كان، وتمدد مدة العقد بقدر مدة القوة القاهرة وعلى الطرف الذي

الاتحادية مجلس القضاء الأعلى ذي العدد 686/ الهيئة الاستئنافية منقول بتاريخ 17/3/2010 (قرار غير منشور) في قضية تتلخص وقائعها بقيام المدعي (شركة النجم الذهبي وابطال الفرات للمقاولات العامة المحدودة) برفع دعوى على وزير الاعمار والاسكان اذ سبق وان تعاقدت الشركة المذكورة مع الوزارة المذكورة على تنفيذ مشروع انشاء الممر الثاني لطريق كسك ربعة في محافظة نينوى، وبعد مباشرتها بالعمل وانجازها نسبة متقدمة من فقرات المشروع تعرضت المنطقة إلى ظروف امنية صعبة وقد بلغت المدعى عليه بذلك فقد رفعت دعوى فسخ العقد والزام المدعى عليه بالتعويضات التي قدرها ب(ه) مليارات دينار بيد أن محكمة التمييز قد اصدرت حكمها في 17/3/2010 م مؤيده بذلك كل من الحكم الابتدائي وحكم محكمة الاستئناف والقاضي برد دعوى المدعي لعدم وجود اساس قانوني للمطالبة بالفسخ والتعويض عن قيمة الاعمال المنجزة وذلك بسبب استحالة تنفيذ الالتزام بسبب الظروف الأمني الذي تمر به المحافظة وهذا ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا ومن ثم يترتب عليه انقضائه خاصة وان المدعي عليه لم يخل بالتزامه العقدي ولهذه الاسباب تكون دعوى المدعي واجبة الرد. بيد انه يلاحظ أن قرار محكمة التمييز محل نظر ذلك أن الظروف الأمنية الصعبة يمكن أن تدخل في عداد الظروف الطارئة التي تسمح للمدين في حال تحققها باللجوء إلى المحكمة لرفع الإرهاق عنه من خلال انقاص الالتزام إلى الحد المعقول وذلك أما بزيادة التزامات الدائن أو انقاص التزامات المدين - وذلك اعمالاً للمادة (146) من القانون المدني العراقي التي عالجت آثار نظرية الظروف الطارئة، ولذلك فقد كان الأولى بالمحكمة أن تستند على نظرية الظروف الطارئة المقررة بموجب المادة (141) المشار إليها انفا بدلا من القوة القاهرة التي يترتب على اعمالها انقضاء الالتزام.

1 - ويصور لحالة الانقطاع المؤقت لمواصلة التنفيذ والتي لا يترتب عليها انتهاء العقد أو اعادة التوازن الاقتصادي فيه ادعاء المقاول في عقد الاشغال العامة بوجود صخور مجهولة كانت موجودة قبل ابرام العقد، إذ لا تمثل هذه الحالة ظرف طارئة لان الاخير يتطلب حدوث ظروف جديدة بعد ابرام العقد واثناء التنفيذ، ويستتبع ذلك عدم امكان اعتبار الحالة الماثلة من قبيل القوة القاهرة طالما انها لا تمثل حدثًا يكون من المستحيل في ظل وجوده الاستمرار في تنفيذ المشروع. للمزيد ينظر: جاك غستان و كريستوف جامان و مارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعل العقد أو الاره، ترجمة منصور القاضي، مجد للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط2، 2008، ص394.

2 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، مصدر سابق، ص 65.

يتعرض إلى القوة القاهرة اشعار الطرف الاخر خلال مدة (10) ايام من تاريخ حدوثها "(1)، وهذا ما اشارت إليه المادة

(20) من عقد تأهيل وتشغيل معمل سمنت كربلاء وذلك بتحديد مفهوم القوة القاهرة لأغراض هذا العقد بأنها أي قوة أو ظرف قاهر خارج عن إرادة طرفين العقد ولم يكن يتوقع حدوثه ولا يستطيع تداركه أو تجنب وقوعه لأي سبب كان ويصار في هذه الحالة إلى توقف العقد مؤقتاً مدة القوة القاهرة والى حين زوالها.

بيد أنه يلاحظ على ذلك أن حدوث القوة القاهرة يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ومن ثم ينقضى بقوة القانون لذلك يؤخذ على ما ورد في نصوص عقود المشاركة المذكورة أنها تخالف مفهوم القوة القاهرة وذلك لكونها أشارت إلى توقف العقد مؤقتاً خلال مدة حدوث القوة القاهرة وليس انقضائه بقوة القانون، في حين أن القوة القاهرة تعد من قبيل السبب الأجنبي بموجب صراحة نص المادة (211) من القانون المدني العراقي، "هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه بموجب المادة (435) من القانون اعلاه فإن الالتزام ينقضى اذا اثبت المدين أن الوفاء به قد اصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يدل عليه فيه "(2).

عود على بدء وسواء تم انتهاء العقد بانتهاء مدته أم بطريقة متيسره فإنه ينبغي أن يدرج في العقد شرط يتعلق بالنتائج المترتبة على انتهائه من حيث ملكية الانشاءات والتجهيزات واصول المرفق، و"الى ذلك فقد اشترطت الفقرة (K) من المادة (11) من امر المشاركة الفرنسي وجوب أن يدرج بالعقد شرط يتعلق بالنتائج المترتبة على انتهاء العقد من حيث ملكية الانشاءات والتجهيزات واصول المرفق "(3).

اما المشرع المصري فنجده قد اعتبر الشرط المتعلق بالنتائج المترتبة على انتهاء العقد الزامية ايضا في عقد المشاركة بموجب المادة (10) من قانون المشاركة المصري والتي نصت على أنه (.....) ويجب أن يتضمن عقد المشاركة الأحكام المنظمة لملكية منشأة المشروع واصوله اثناء مدة العقد و عنده انتهائه أو انهائه مبكرة).

1 - اما عقد المشاركة المبرم بين شركة العز العامة وشركة (ارتوفيس السابق الاشارة اليه فقد حدد في البند (1) منه عدة خيارات كأثر مترتب على حصول القوة القاهرة بقوله: في حالة حصول قوة قاهره لاي طرف اطراف العقد خارج عن ارادته وتمنع من تنفيذ الالتزام فيتوجب عليه الابلاغ تحريرية عن السبب أو الظرف هر خلال مدة العقد ليتم تعليق أو تمديد أو فسخ العقد وعلى الطرف الثاني الابلاغ عن ماهية تلك الظروف باب تحريري إلى الطرف الاول و التي تضاف إلى مدة العقد الأصلية

2 - يراجع بهذا الشأن ما ورد في نص المادتين (211 و 425) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

3 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، مصدر سابق، ص 47.

قد يصار إلى انتهاء عقد المشاركة دون أن يصدر خطأ من جانب شركة المشروع أو المتعاقد مع الجهة العامة، " غاية ما في الأمر أن الجهة العامة قد ترى أن تقديم الخدمة من قبل القطاع الخاص لم يعد يجدي نفعا مما يجعلها تلجا إلى إنهاء العقد بصورة مبتسرة أي قبل حلول الأجل المتفق عليه ومن ثم قبل تنفيذه استعمالا لسلطتها بإنهاء العقد بأرادتها المنفردة" (1)، وهذا ما نوهت عنه الفقرة (ل) من المادة (34) من قانون المشاركة المصري رقم (11) لسنة 2010 بقولها:- يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي... (ل): تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الانهاء المنفرد أو الانهاء المبكر أو الجزئي.

كما ونود الإشارة بهذا الصدد إلى ما ورد في البند (15) من عقد المشاركة المبرم بين شركة العز العامة وشركة الزمرد لصناعة الأثاث والمعدات الكهربائية بأنه يلغي عقد المشاركة في حال صدور تعليمات مركزية صادرة من مراجع الطرف الاول و المتمثل بشركة العز العامة) احدى تشكيلات وزارة الصناعة والمعادن " بيد أنه اذا اختارت الجهة العامة انهاء العقد دون وجود تقصير من جانب شركة المشروع أو المتعاقد معها عندئذ لا يكون هناك محل لمطالبة الشركة بتعويض الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ" (2) وانما يمكن لشركة المشروع مطالبة الجهة العامة بتعويض الأضرار التي لحقت بها جراء الانهاء المبسر للعقد ونشير بهذا الخصوص إلى ما ورد في عقد شراكة لبناء وصيانة شبكة الكهرباء ذات الجهد العالي لمетро انفاق لندن في المملكة المتحدة البريطانية والذي ابرم بين الشركة العامة للنقل في انكلترا مع شركة (Powerlink) عام 1998 ولمدة (30) عام وقد حدث في شهر آب من عام 2012 أي بعد مرور (15) عام على بدء تنفيذ العقد "أن لجأت الشركة العامة المذكورة إلى بند في عقد المشاركة اعلاه يسمح بإنهاء العقد وبصورة متيسره اي قبل انتهاء مدته مع تعويض شركة (Powerlink) نتيجة الاجراء المتخذ من قبلها" (3).

وبهذه المثابة فإن هذه الحالة تختلف عن حالة فسخ العقد بناء على صدور خطأ جسيم من قبل المتعاقد - والسابق الإشارة اليه. إذ لا يستحق المتعاقد في هذا الفرض أي تعويض من قبل الجهة

1 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، مصدر سابق، ص 23.

2 - هاني احمد خليل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مصر (تقييم للتجربة ورؤية مستقبلية)، رسالة مقدمة إلى معهد التخطيط القومي لنيل دراسة الماجستير في التخطيط والتنمية، 2017، ص 36.

3 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، مصدر سابق، ص 44.

العامّة بل قد يتطلب الأمر الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمرفق نتيجة خطأه الجسيم⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أنهاء الشراكة

قد ينتهي عقد الشراكة كذلك قبل حلول الأجل المعين في العقد وهذا الاتفاق يعد مشروعاً طبقاً للقواعد العامة، فالعقد أساساً هو " وليد ارادة طرفيه ولا مانع من أن ينتهي قبل ميعاده باتفاق الطرفين أيضاً، على أن ذلك يقتضي أن يعبر كل من الطرفين لا سيما الجهة العامة عن رغبتها في انهاء العقد بصورة صريحة وأن يتوافر من الأسباب ما يبرر ذلك"⁽²⁾.

وقد أشارت إلى المعنى اعلاه المادة (181) من قانون المدني العراقي رقم (4) لسنة 1951 (المعدل) بقولها للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده.

وتطبيقاً لذلك نجد عقد المشاركة المبرم بين شركة العز العامة وشركة الزمرد لصناعة الاثاث والمعدات الكهربائية قد تبني الحكم اعلاه وذلك في البند (9) منه إذ ورد فيه بأنه " اذا رغب احد الطرفين بالانسحاب من عقد المشاركة قبل تاريخ انتهائه يتم اشعار الطرف الاخر تحريراً وبفترة لا تقل عن (60) يوماً من تاريخ تقديم الطلب على أن تحظى بموافقة الطرف الأخر تحريراً وبما لا يؤثر على العقود المبرمة بين الطرفين مع الجهات المستفيدة حيث تبقى سارية المفعول ولحين انتهاء التزاماته التعاقدية "

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لانقضاء

يتعين اللجوء إلى القواعد العامة المقررة لانقضاء العقود المدنية بحسب أن عقد المشاركة يعد احد موضوعات القانون الخاص وعلى هذا الأساس فان عقد الشراكة ينقضي اما بتنفيذه وهذا هو الطريق الاعتيادي لانقضائه أو غير ذلك من الطرق التي قد ينقضي بها هذا العقد، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

1 - سالي محمد جمعة سليم، سلطات الادارة في عقد الشراكة مع القطاع العام، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، 2020، ص87.
2 - جنان جاسم مشتت، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، 2019، ص65.

الفرع الأول

الانقضاء بالافلاس

ابتداء نشير أن الإفلاس " هو نظام لأيسري الا على من يحترف النشاط التجاري في التاجر، فهو وسيلة خاصة للتنفيذ في الديون التجارية، اذ يمكن من خلاله تصفية أموال التاجر المتوقف عن اداء ديونه التجارية تصفية جماعية لغرض توزيع المبالغ المترتبة على هذه التصفية على الدائنين بصورة متساوية"⁽¹⁾ كما " يهدف إلى دعم الثقة في المعاملات التجارية وذلك بسلسلة من الاجراءات تهدف إلى حماية مصالح الدائنين بتمكينهم من الحجز على ما تبقى من أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء لكي لا تترك له فرصة لتهريب امواله اضراراً بهم"⁽²⁾.

وقد سبق القول بأن شركة المشروع عند تكوينها تتخذ أحد أشكال الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات، زد على ذلك " فان المشرع المصري اشترط أن تتخذ شركة المشروع شكل شركة مساهمة مصرية يؤسسها صاحب العطاء الفائز "⁽³⁾، ومن ثم فان شركة المشروع كاي شركة تجارية يمكن أن تتعرض للأفلاس وذلك اذا ما واجهت ظروف معينة من شأنها أن تؤدي إلى توقفها عن دفع ديونها التجارية، ومن ثم انقضاء الشخصية المعنوية للشركة، " إذ يعد افلاس شركة المشروع من أبرز الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء عقد المشاركة ويبرر ذلك بعدم قدرتها على المضي قدماً في تنفيذ المشروع إذ تشكل ملاءه الشركة اهمية بالغة في انجاز المشروع (موضوع العقد)"⁽⁴⁾.

ونشير بهذا الصدد إلى عقد مشاركة بناء وتجهيز المختبر الفيزيائي الوطني في مدينة (تدينغتون) في ضواحي لندن ليصبح نموذجاً للأبحاث الليزرية إذ دخلت مجموعة شركات (كونسرتيوم) لغرض تنفيذ العقد بيد أن معظم هذه الشركات قد افلست ومن ثم تم حلها وتصفيتها عام 2006 مما كان سبب في انهاء عقد المشاركة وذلك لعدم امكان مواصلة تنفيذ العقد من قبل

1 - د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، مصدر سابق ص.4، مع العرض أن الباب الخاص بالافلاس الوارد في قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970 الملغى لا يزال نافذة بحكم نص المادة (331) من قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984..
2 - للمزيد ينظر: د. عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد، أحكام الإفلاس، ط1، مطبعة دار السلام، 1973، ص 7.
3 - يراجع نص المادة (1) من قانون المشاركة المصري رقم (97) لسنة 2010 .
4 - منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد في القانون الخاص، 2009، ص76.

الشركات المتبقية من الكونسرتيوم) مما اضطر الحكومة إلى التعاقد مع وزارة التجارة والصناعة في لندن لتكملة بناء المختبر وبالفعل تم اكمال بناء المختبر في غضون (6) سنوات.

" الا أن هناك مسألة على جانب من الأهمية تتمثل بحقوق الجهة العامة على المشروع، إذ ان نظام الإفلاس يؤدي إلى تصفية جماعية الأموال المدين التاجر بمعرفة وكيل الدائنين بحيث توزع قيمتها عليهم طبقا لقاعدة قسمة الغرماء "(1).

وتلافيا لذلك نجد المشرع المصري في قانون المشاركة قد اورد حكما بمقتضاه لا يجوز حل شركة المشروع أو تغيير شكلها القانوني أو تخفيض رأسمالها الا بعد موافقة السلطة المختصة في الجهة العامة المتعاقدة، "ويقع باطلا كل اجراء أو تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة" (2) ويفهم من النص اعلاه أن المشرع المصري رغم عدم تنظيمه لمسألة اثر التصفية على حقوق الجهة العامة المتعاقدة إلا أنه اناط الموافقة على حل شركة المشروع ومن ثم تصفيته بالسلطة المختصة في الجهة العامة المتعاقدة ادراكا من المشرع لخطورة تصفية الشركة من حيث امكانية التنفيذ على المشروع بما يسبب اضرار للجهة العامة تتمثل في ضياع الهدف الذي يقف وراء انشاء المشروع.

لذلك يرى رأي - " بحق- أنه في حال عدم تدخل المشرع لحل مسألة حقوق الجهة العامة على المشروع بعد تصفيته فإنه يمكن معالجتها من خلال النصوص التعاقدية بحيث تتضمن ما يحمي الجهة العامة ويعطيها حقوقا على المشروع تقترب من حقوق الرهن(3)".

الفرع الثاني

الانقضاء من خلال دمج الشركة

المقصود باندماج الشركات هو " اجتماع شركتين أو أكثر في شركة واحدة سواء بانضمام شركة إلى اخرى، حيث تفقد الشركة المندمجة شخصيتها القانونية لصالح الشركة المندمج معها أو الدامجة وهو ما يسمى بالاندماج بطريق الضم)، أم بانحلال شركتين أو أكثر لتكوين شركة

1 - محمد صالح جبر، ابرام عقود الشراكة p.p.p في اطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 2018، ص 38.

2 - يراجع ما ورد في المادة (36) من قانون المشاركة المصري رقم (27) لسنة 2010.

3 - سميرة عمر علي محمد الكاديكي، الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية، 2018، ص 43.

جديدة على انقاضهما وهو ما يسمى بـ (الاندماج بطريق المزج) " (1) " فالدمج ليس إلا إعادة تشكيل لعدة شركات تنقل بموجبه تلك الشركات موجوداتها إلى أحدها أو إلى شركة جديدة تنشأ لهذا الغرض وذلك مقابل أن تخصص الشركة المحول لها أسهمها وسندات الأعضاء الشركة القديمة بنسب متفق عليها " (2).

وقد وردت أحكام الدمج في قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل) في المواد (148-153) أذ تقضي المادة (148) من قانون الشركات المذكور انفا بأنه: يجوز دمج شركة أو أكثر بأخرى أو دمج شركتين أو أكثر لتكوين شركة جديدة.

و"يعد الدمج حالة ارادية لانقضاء الشركة، لذلك فان اول الشروط لحصولها هو صدور قرار من الهيئات العامة للشركات التي تروم الاندماج" (3)، وعلى ذلك فإنه "يمكن أن يدخل الدمج ضمن اسباب انحلال الشركة ارادية" (4) اما المادة (149) فقد اشارت إلى شروط الدمج بين الشركات وكالاتي:

اولا- أن تكون ذات نشاط متماثل أو متكامل.

ثانيا - أن لا يؤدي الدمج الى:

1- فقدان الشركة المساهمة شخصيتها المعنوية لصالح شركة محدودة أو تضامنية.

٢- فقدان الشركة المحدودة شخصيتها المعنوية لصالح شركة تضامنية.

٣- فقدان الشركة المساهمة أو المحدودة أو التضامنية أو المشروع الفردي شخصيتها

المعنوية لصالح الشركة البسيطة.

ثالثا – ان يؤدي الدمج إلى زيادة عدد أعضاء الشركة المندمج بها أو الناجمة عن الدمج على الحد المقرر لها قانونا بحسب نوعها.

1 - د. ابو بكر احمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، 2008، ص98.

2 - ينظر د. مجيد حميد العنكي، مصدر سابق، ص107. وإذا ما اندمجت شركة بأخرى فيجب أن تقوم موجودات وديون كلا منهما بشكل دقيق ويصادق على ذلك المحاسبون القانونيون لجميع الشركات المندمجة وعلى هذا الأساس تحتسب أقيام اسهم الشركة الجديدة التي تبرز نتيجة للاندماج، بعد ان تعتبر الشركات المندمجة جميعها منحل وتفقدها شخصيتها. ينظر في ذلك: د. خالد الشاوي، مصدر سابق، ص507.

3 - د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق / الجامعة المستنصرية، العددان الأول والثاني، 1952 - 1959، ص75.

4 - د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة (ppp)، بحث مقدم إلى المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، 2012، ص98.

رابعا - ألا يؤدي الدمج إلى ترتيب اثار اقتصادية مخالفة لخطة التنمية والقرارات التخطيطية. استنادا لما تقدم فانه يمكن اعتبار دمج شركة المشروع مع شركة أخرى وبالشكل الذي يترتب عليه انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة بمثابة انقضاء الشركة المشروع ومن ثم انقضاء عقد المشاركة، والحكم ذاته اذا اتحدت شركة المشروع مع شركة أخرى أو شركات التكوين شركة جديدة. أما فيما يتعلق بالإجراءات الواجب القيام بها لغرض الدمج فقد تكفلت ببيانها المادة (100) من القانون اعلاه والتي منها: إعداد دراسة اقتصادية وفنية للشركات المساهمة المراد دمجها وتقديمها إلى الهيئة العامة لكل شركة، اتخاذ قرار الدمج لكل شركة على انفراد على أن يحدد فيه أسم ونوع الشركة التي سيتم الدمج بها أو " الشركة التي ستتكون من الدمج وترسل القرارات مع الدراسة إلى المسجل خلال (عشرة أيام) من تاريخ اتخاذها والذي ينبغي عليه البت في القرارات المذكورة خلال فترة (15) يوما من تاريخ استلامه لها "(1) كما بينت المادة (102) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل الأثر المترتب على عملية الدمج ذلك بانتقال جميع حقوق الشركة المندمجة والتزاماتها إلى الشركة الدامجة، ويلاحظ أن هذا الحكم قد لا ينسجم مع خصوصية عقد المشاركة اذ كما رأينا أن من خصائص هذا العقد هو أن شخصية المتعاقد مع القطاع العام تكون محل اعتبار في العقد الا اذا ادرج نص صريح في العقد على استمرار العقد ومن ثم انتقال الحقوق والالتزامات إلى الشركة الجديدة الناجمة عن الدمج وذلك استنادا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ونشير بهذا الخصوص إلى ما ورد في المادة (11/عاشرة من عقد سوق المنصور المركزي إذا اشارت إلى اثر حصول تغيير في شخصية الشركة العامة المتعاقدة (الشركة العامة للأسواق المركزية) وذلك بقولها في حال حصول متغيرات على شخصية الطرف الأول في العقد دمجها أو تصفيته أو تغيير الوصف القانوني لها فتؤول الحقوق والالتزامات الواردة في هذا العقد وفق ما تضمنه قرار التصفية أو الدمج "(2) وكان يستحسن بالعقد المذكور بيان مسألة التغير الذي قد يطرأ على شركة المشروع لما له من اثر على استمرار عقد المشاركة ولكون الشركة المذكورة هي التي تضطلع بتنفيذ عقد المشاركة.

قد تطرأ على حياة الشركة بعض المتغيرات التي توجب قيام الشركة بالتحول إلى نوع آخر من الشركات، من ذلك تطور نشاط الشركة وسعة حجمه يوجب عليها احيانا أن تتحول إلى نوع اخر يتيح نظامه القانوني تحقيق بعض الأهداف التي تسعى الشركة لتحقيقها، "ان تحول

1 - تراجع بشأن اجراءات دمج الشركات ما ورد في المادة (150) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل).

2 - تراجع نص المادة (11/عاشرة من عقد المشاركة بين الشركة العامة للأسواق المركزية وشركة طاقات الاستثمار المذكور سابقا.

الشركة المحدودة إلى شركة مساهمة، إذ كثيراً ما تنشأ الشركات المشتركة في الدول الاخذة بالنمو كشرركات مغلقة⁽¹⁾ خاصة وأن رأس المال الاستثماري يندر توافره لدى الجمهور المحلي في هذه الدول وقد يحدث بعض التطور في "دولة أخذت في النمو نتيجة لتطبيق برامج انمائية يصبح بعدها رأس المال الاستثماري متوافرة لدى الجمهور المحلي عندئذ قد يسمح الشركاء بتوسيع نطاق المشاركة المحلية في المشروع عن طريق طرح انصبة رأسمالية إضافية للاكتتاب العام من جانب الجمهور المحلي أو لغرض الاستفادة من مزايا زيادة رأس مال المشروع والتوسع في نشاطه ومن ثم فإن السبيل لذلك هو تحول الشركة المشتركة إلى شركة مساهمة يكون الاكتتاب فيها عام غير قاصر على المؤسسين"⁽²⁾، "فالتحول اذا هو تغيير في نوع الشركة إلى نوع اخر"⁽³⁾.

إما عن شروط التحول فقد حرصت المادة (103) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل) على تحديد شروطه وهي تمثل الشروط ذاتها التي تطلبها القانون للاندماج، ويفهم من هذه الشروط بأنه لا يجوز- لأغراض عملية التحول - ما يأتي:

أ- تحول الشركة المساهمة إلى محدودة أو تضامنية أو إلى مشروع فردي.

ب - تحول الشركة المحدودة إلى تضامنية.

ج- "تحول الشركة المحدودة أو التضامنية أو المشروع الفردي إلى شركة بسيطة"⁽⁴⁾.

إي أن المادة المذكورة قد اشترطت الا يؤدي التحول إلى فقدان الشخصية القانونية للشركة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة لمصلحة شركة اقل اهمية.

أما الشرط الثاني للتحول فهو وجوب صدور قرار من الهيئة العامة للشركة المراد تحولها

1 - تعرف الشركات المغلقة بأنها الشركات التي يكون الاكتتاب فيها قاصرة على مؤسسيها ومن اهم مزايا هذه الطريقة أن الشركة تعتبر مؤسسة بصورة تلقائية بعد صدور شهادة تأسيسها كما انها تجنب المؤسسين عناء اتباع الإجراءات الشكلية التي فرضها القانون بالنسبة للاكتتاب العام. ينظر د. أحمد البسام، مصدر سابق، ص293، وكما سبق القول فإن قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل) لا يسمح للشركة المساهمة باللجوء إلى طريق الأكتتاب المغلق عند تأسيس هذه الشركة ويظهر ذلك واضحة في نص المادة (37) منه والتي قضت بأنه يكون الأكتتاب العام برأس المال بالشركة المساهمة فقط، وهذا يعني أن الأكتتاب المغلق يكون جائزاً فقط في نطاق الشركات المحدودة.

2 - ياسر عوض إسماعيل إبراهيم، الجوانب القانونية المنظمة لعقود المشاركة (PPP)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة حلوان، القاهرة، 2020، ص54.

3 - تراجع المادة (103) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل).

4 - كسال عبدالوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة قسنطينة، الجزائر، 2015، ص35.

ومسبوقة بدراسة جدوى اقتصادية وفنية تتضمن اهداف ومسوغات التحول ويرفق بالقرار المذكور عقد الشركة المعدل ويرسل إلى مسجل الشركات خلال (عشرة ايام) من تاريخ صدوره، وخلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه لقرار التحول والعقد المعدل يمكن للمسجل عندها المصادقة على قرار التحول والعقد اذا كانت موافقة للقانون ويبلغ الشركة بذلك، ومن ثم فإن على الشركة نشر قرار التحول في النشرة الخاصة التي يعدها مسجل الشركات وفي صحيفة يومية⁽¹⁾.

ففي " عملية التحول تظل الشركة تؤدي الغرض الذي انشأت من اجله لكنها تتحول من نوع إلى نوع اخر من الشركات" ⁽²⁾ بيد أن التحول يكون سببا لانقضاء الشخصية المعنوية للشركة المتحولة وذلك استنادا للمادة (147/ رابعة) من قانون الشركات المذكور انفا، "أذا تحولت الشركة التضامنية التي تكون فيها مسؤولية الشركاء مطلقة وتضامنية إلى شركة محدودة أو مساهمة عندها يظل الشركاء مسؤولين عن التزاماتها المتحققة قبل تحولها مسؤولية مطلقة وتضامنية"⁽³⁾.

الفرع الثالث

انقضاء عقد الشراكة بالفسخ

- 1 - يراجع بهذا الخصوص ماورد في المادتين (154 و155) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل)
- 2 - هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة اسبوط، 2017، ص32.
- 3 - الا انه نود التنويه بهذا الصدد إلى قرار محكمة التمييز الاتحادية لمجلس القضاء الأعلى ذي العدد (293/ الهيئة الاستئنافية منقول /2010) بتاريخ 3/2/2010 (قرار غير منشور) بخصوص الدعوى المقامة من قبل السيد (عادل عبد الرزاق عبد العزيز) على وزير الاعمار والاسكان ومدير عام الهيئة العامة للاسكان، وتتلخص وقائع هذه الدعوى بانه سبق وان ابرمت شركة (عادل عبد الرزاق وشريكه للمقاولات العامة التضامنية عقدين مع المدعى عليهما الأول يتعلق بإنشاء مجمع سكني في محافظة الديوانية أما الثاني فيتعلق بإنشاء مجمع سكني في الكوت، الا ان المدعي عليهما منعا المدعي من تنفيذ التزامه وذلك بسبب تحول الشركة وذلك بتاريخ 78/2008 ومن ثم انقضاء شركة عادل عبد الرزاق وتحولها إلى شركة ارض الغيلاء للمقاولات العامة المحدودة لذلك اقام الدعوى للمطالبة بفسخ العقد المبرم بينهما، بيد أن محكمة التمييز قد ايدت حكم محكمة الموضوع بشأن الدعوى والصادر بتاريخ 22/12/2013 برد الدعوى لعدم وجود سند لها من القانون، وبلا حظ بهذا الصدد أن المحكمة لم توضح اسباب الرد هذا من جهة ومن جهة أخرى فان المادة (107) من قانون الشركات قد اكدت على بقاء مسؤولية اعضاء الشركة شخصية وغير محدودة وتضامنية عن التزاماتها المتحققة عليها قبل تحولها، ومن ثم فان هذا النص يقطع في عدم احقية المدعى عليه في منع المدعي من تنفيذ التزامه.

تقدم القول أن "عقد المشاركة يعد عقدًا ملزمًا للجانبين طالما أنه ينشئ التزامات على عاتق طرفيه وينشئ في الوقت نفسه ارتباطًا في تنفيذ هذه الالتزامات"⁽¹⁾.

، لذا فإن أمتناع أحد اطراف العقد عن تنفيذ التزامه يؤدي إلى قيام الطرف الاخر أما المطالبة بالتنفيذ العيني أو طلب فسخ العقد إذا ما تعذر تنفيذ العقد، والى هذا المعنى فقد اشارت المادة (177/1) من قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل) بأنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للأخر بعد الاعذار أن يطالب بالفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى"⁽²⁾، كما قد تلجا الجهة العامة إلى فسخ العقد مع المتعاقد معها اذا ما عمد إلى اجراء التغيير الجوهرى في الضمانات الفنية والمالية والتي ابرم العقد بالنظر اليها، كما "لو احدث تغييرات في رأس ماله أو اصوله المالية بالشكل الذي تصبح فيه الضمانات المقدمة من قبله غير كافية للوفاء بالتزاماته، وقد اقر القضاء الفرنسي هذا الحق للجهة العامة مؤسسة قضائه على مخاطر تنازع المصالح الذي قد ينشأ كأثر التغيير في حيازة أموال المتعاقد، واستنادا لذلك فقد صدر حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 31/7/1999 " ⁽³⁾مقر مشروعية قرار الجهة العامة بفسخ العقد لدواعي المصلحة العامة، الا أنه يلاحظ بأنه فضلاً عن تقارب الاجراء المتخذ من قبل المتعاقد والمتمثل بأجراء التغييرات في رأس ماله أو اصوله ومسألة التنازل عن العقد وذلك استنادا إلى حجة مفادها أن موافقة الجهة العامة وان كانت مشترطة لا مكان حدوث التنازل عن العقد حتى في حال عدم وجود شروط صريح بذلك في العقد، الا ان مثل هذه الشكلية "لا تشترط بصدد التغييرات التي يدخلها المتعاقد على امواله وبخاصة فيما يتعلق بنظم رقابتها مادامت غير مؤثره على القدرة الفنية والمالية للمتعاقد على التنفيذ، كما أن الإجراءين وان تقاربا في أن الجهة العامة يمكنها أن ترفض التصريح في حالة التنازل أو تفسخ العقد في حالة التغييرات المؤثرة في وضعية المتعاقد الاصلى مما يجعل من موافقة الجهة العامة على التنازل شرطة لمشروعيته فان الامر على عكس ذلك في حالة التغيير في وضعية أموال المتعاقد التي لا تؤثر على التنفيذ الا بشكل غير مباشر مما يضع على عاتقها

1 - يراجع بهذا الشأن ما ورد في المادة (107) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 (المعدل).
2 - وهذا ما حرصت على بيانه المادة (23) من عقد المشاركة المبرم بين الشركة العامة لصناعة السيارات وشركة (ايران خودرو) السابق الاشاره اليه بقولها: للطرف الاول انهاء العقد في حالة الإخلال الجسيم من قبل الطرف الثاني بالتزاماته وذلك بعد توجيه انذار للطرف الثاني بتدارك الخلل خلال مدة ثلاثة اشهر من توجيه الإنذار. في حين نجد أن عقد مشاركة تأهيل معمل سمنت كربلاء - السابق الاشاره اليه - قد حضر على الطرفين فسخ العقد في حالة مخالفة بنوده الا بعد اللجوء إلى التحكيم وصدور قرار قضائي بذلك وفق القانون المدني العراقي.

3 - احمد مصطفى كمال الكلاوي، التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بنها، 2019 ، ص30.

ضرورة اثبات الضرر الذي لحقها بسبب الاجراء الذي اتخذه المتعاقد حتى يمكنها ان تلجأ إلى الفسخ لمقتضيات المصلحة العامة⁽¹⁾

ونشير بهذا الخصوص إلى ما ورد في المادة (36) من قانون المشاركة المصري التي حظرت حل شركة المشروع أو تغيير شكلها القانوني أو تخفيض رأسمالها دون موافقة السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة، فضلا عن ذلك فقد وضع المشرع المصري اطاراً محدداً لتنازل شركة المشروع عن عقد المشاركة أو اي من الحقوق أو الامتيازات التي يربتها، اذ لم يجر هذه التصرفات الا اذ كان الهدف منها هو التمويل وبعد استحصال موافقة مسبقة من قبل السلطة المختصة بالجهة الادارية المتعاقدة، بمعنى أن التنازل عن عقد المشاركة لا يكون ممكناً الا الغرض التمويل وبشرط استحصال موافقة الجهة الادارية المسبقة. وهذا ما تأكد في ظل نص المادة (37) من القانون المذكور أنفا والتي قضت بعدم جواز قيام شركة المشروع بالتنازل عن عقد المشاركة أو اي من الحقوق التي يربتها أو الالتزامات الواردة فيه الا لغرض التمويل وبعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة ويقع باطلا كل اتفاق يقع على خلاف ذلك. كما كرس عقد المشاركة المبرم بين شركة العز العامة مع شركة (ارتوفيس) لصناعة وتجارة الاثاث المساهمة - تركية الجنسية بتاريخ 31/3/2014 النص على حالات فسخ العقد وذلك في البند (ثامنة) بقولها: يحق للطرف الأول فسخ العقد دون حاجة إلى اذار رسمي أو استحصال حكم قضائي وذلك في الحالات التالية: -

- اخلال الطرف الثاني بتنفيذ التزاماته العقدية التي نص عليها العقد.

- تأخره في تنفيذ التزاماته العقدية حسب المدة المحددة

- "اكتشاف أي خلل في تنفيذ التزاماته العقدية في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد"⁽²⁾.

كما ونشير بهذا الخصوص إلى أن هناك أمثله مستمدة من أحكام القضاء الفرنسي لأفعال تبرر فسخ العقد مع المتعاقد وهي :

- "عدم انتظام الطاقة الكهربائية الناشئ عن عدم ملائمة وكفاية الأدوات المستخدمة في

استغلال العام"⁽¹⁾.

1 - اقبال عبد العباس يوسف، عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل، 2020 ، ص76.

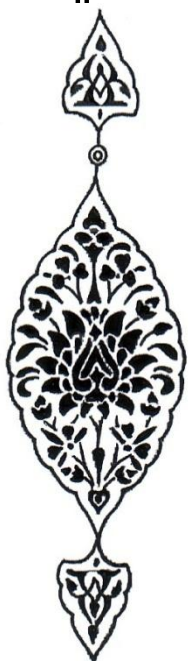
2 - مع العرض ان حالات الفسخ الواردة في المتن اعلاه هي ذاتها المقررة بموجب البند (ثامنا) من عقد المشاركة المبرم شركة العز العامة وشركة الزمرد لصناعة الأثاث والمعدات الكهربائية السابق الإشارة اليه

. عدم احترام المتعاقد للتعريفات والرسوم المحددة بموافقة الجهة العامة أو رفض امداد الجهة العامة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق.

- تنازل المتعاقد عن عقده كلياً أو جزئية إلى الغير دون موافقة مسبقه من الجهة العامة وفي مقابل ذلك فقد يتوافر لدى المتعاقد أسباب تؤدي به إلى طلب انهاء عقده قضاءه ومن هذه الاسباب: صدور خطأ جسيم من قبل الجهة العامة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها من ذلك تعديلها الشروط العقد على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد اخلافاً جسيماً بصورة تفوق إمكانات المتعاقد الاقتصادية أو الفنية، أو بتغيير جوهر العقد وجعله بمثابة عقد جديد ما كان المتعاقد ليقبله لو عرض عليه لدى ابرامه، أو "قد تقوم بمصادرة المرفق أو غيرها من الأصول بما يضر بشركة المشروع، أو عدم دفع مستحقات الشركة أو المتعاقد لفترة من الزمن، أو أن يكون هناك اخلافاً جسيماً من جانب الجهة العامة يجعل من المستحيل على شركة المشروع استكمال الانجاز أو تشغيل المشروع"⁽²⁾.

1 - آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص87.
2 - حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد (دراسة قانونية مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى، الجامعة اللبنانية المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، ص42.

الخاتمة



الخاتمة

في نهاية موضوع دراستنا استطعنا أن نسلط الضوء على الجوانب المختلفة، لأثر رأس المال على الشراكة الاستراتيجية (دراسة مقارنة)، وقد تناولنا موضوع الدراسة بمزيد من العناية والدراسة المتعمقة، لنصل في ختام البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي:

أولاً- النتائج

- 1- أختلف الفقهاء في وضع تعريف مناسب للشراكة الإستراتيجية سواء على نطاق الفقه الاقتصادي والقانوني و هذا مرده الى العديد من الأسباب منها حداثة المصطلح .
- 2- ارتأينا ومن خلال التعاريف التي وضعها الفقه الاقتصادي والقانوني والتشريعات المقارنة، الى وضع تعريف للشراكة الإستراتيجية وكالاتي: (علاقة تعاقدية تقوم على الاستغلال المشترك لما يقدمه أطراف العلاقة من مهارات وجهد في نشاط اقتصادي معين لغرض اقتسام الأرباح وبشرط أن تحدد المدة و المحل لتحقيق مصالح مشتركة)
- 3- يمتاز عقد الشراكة بعدة خصائص مشتركة بينها وبين غيرها من المجموعات الاقتصادية ففي حال نشوئه بصيغة تنظيمية فهو يلتقي مع غيره من العقود بخصائص عامة اذ يعد من العقود الرضائية والملزمة للجانبين ومن عقود المعاوضات ومن العقود المستمرة وأن هذه الخصائص تعد من القواعد العامة وهناك خصائص ينفرد بها وتميزه عن غيره من العقود الاخرى وتتمثل هذه الخصائص بالصفة الدولية وانه عقد تجاري ويمتاز بطبيعته المركبة وأنه عقد محدد المدة ويتضمن عنصر المخاطرة .
- 4- لقد اهتم المشرع الفرنسي بتحديد أهم أسس ومعايير وعناصر دراسة الجدوى لمشروع الشراكة وذلك حتى تستطيع الإدارة الوصول إلى قرار دقيق بشأن إبرام عقد مشاركة.
- 5- تنوع الأدوات والآليات الاقتصادية، بما في ذلك المشاريع المشتركة مع البلد المضيف، بما في ذلك المشاريع التعاقدية، وكلها تعتمد على تشريعات الاستثمار والسياسات الاقتصادية للبلد المضيف.

6- يتكون عقد الشراكة الإستراتيجية من طرفين هما الدولة المضيفة أو احدى مؤسساتها أو اشخاصها والشريك الإستراتيجي، وتنتج عن هذا العقد علاقة قانونية بين الطرفين، وتظهر في صورتها الكاملة في المشروعات المشتركة والتحالفات الإستراتيجية.

7- إن الشريك الإستراتيجي في الغالب هو شخص اعتباري يتمتع بمركز اقتصادي مهم، ولا ينفي أن يكون شخصا طبيعية كما أسلفنا.

8- لقد أناط المشرع الفرنسي بالجهة الإدارية المتعاقدة أداء الحقوق المالية للمتعاقد، فلا تنشأ علاقة مالية بينه وبين المنتفع بالخدمة، ولا تتعدى هذه العلاقة في أحسن فروضها تقاضي مقابل الخدمة من المنتفع، ليس كأصيل، ولكن كوكيل عن الجهة الإدارية المتعاقدة يقوم بالتصرف لصالحها ولحسابها أما بالنسبة للمشرع المصري فيمكن أن ينشئ أي منهما علاقة حقيقية بين المتعاقد وجمهور المستهلكين أو المنتفعين بما مقتضاه ارتباط الحقوق المالية له بنتائج الاستغلال ولا يكون للجهة الإدارية، أي دور هنا في تأمين هذه الحقوق على خلاف النمط العام لهذه العقود، حيث سيحصل المتعاقد حقوقه من المنتفعين وستتحدد هذه الحقوق في ضوء عدد المنتفعين ومقدرتهم المالية وإقبالهم على المنتج أو الخدمة التي يقدمها المشروع.

9- هناك شروط ينبغي تحققها لدخول الشراكة الإستراتيجية من بينها موافقة الجمعية العمومية على ذلك بعد بيان المنافع من دخوله.

10- إن التشريع المصري والفرنسي قد جعلوا شرط اقتسام المخاطر بين طرفي العقد شرطاً جوهرياً للحكم بصحة العقد والإقرار بوجوده من الناحية القانونية.

11- إن المركز القانوني للشريك الإستراتيجي حدده القانون بكونه مساهم في الشركة، وهذا يرتب حقوق له الحق في المقابل والتصويت والإدارة.

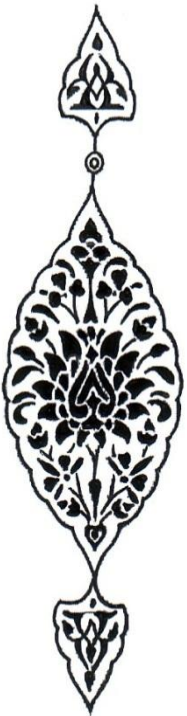
12- ينقضي عقد الشراكة بعدة أسباب منها ما يكون أسباب عامة تنقضي بموجبها العقود كافة ومنها يكون أسباب خاصة في قانون الشركات ومن ثم يمكن أن تسري هذه الأسباب على عقود الشراكة.

ثانياً- التوصيات

1- بما إن الواقع الاقتصادي والتشريعي في العراق يفتقر الى نصوص تنظم عقود الشراكة اذا ندعو المشرع العراقي بالحدو حذوه المشرع المصري والفرنسي في ذلك .

- 2- ندعو المشرع العراقي بلمصادقة على مشروع القانون (الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص) والذي تم التصويت عليه في البرلمان مرتين لتشجيع المستثمرين للدخول الى العراق.
- 3- اعتماد التحديد الأمثل لمدة عقد الشراكة لتشغيل المرافق العامة لما لذلك من متعلقات تمس جوانب التنمية في البلد.
- 4- ندعو المشرع عند تنظيمه لقانون الشراكة ان يضع مجموعة شروط تضمن له سيادته وحمايته للتنمية الاقتصادية والبنى الأساسية.
- 5- ندعو المشرع العراقي في حالة عدم إقرار قانون الشراكة ان يعدل او يضيف بعض النصوص القانونية (القانون التجاري، قانون الشركات، قانون الاستثمار).
- 6- ندعو المشرع العراقي لتجهيز نظام ضريبي متكامل يرتبط في هيكلته في الأجهزة الرقابية لتحقيق مردود اقتصادي يحصل عليه من عقود الشراكة الاستراتيجية .
- 7- ندعو المشرع بتوفير مجموعة من الإصلاحات في التعامل التجاري لتشجيع القطاع الخاص او المستثمر الأجنبي (الشريك الاستراتيجي) بالاستثمار في العراق مما يساعد في تطوير السوق وتقليل عدد المضاربين .
- 8- بعد ان تبين ان عقود الشراكة الاستراتيجية قد انجحت اقتصاد الكثير من الدول والتي تعد اليوم من الدول المتقدمة اقتصاديا لذا ندعو المشرع العراقي بلحذو حذوها ك(أمريكا،فرنسا، اليابان،الصين، الامارات).
- 9- إدخال أدوات استثمارية جديدة، بما في ذلك صناديق الاستثمار المتداولة في السوق، لتطوير السوق وزيادة عدد المتداولين وتقليل عدد المضاربين.
- 10- سن التشريعات اللازمة بشأن الأهلية للإفصاح والشفافية في مجال الشراكات الاستراتيجية، وكذلك الوعي الإعلامي بمحتوى الشراكات، حيث يعد ذلك من أكثر الوسائل فعالية لتحقيق الغرض المتمثل في توفير رأس المال من خلال الاستثمار الأجنبي وتقديم المساعدة الفنية.
- 11- أثبتت التجربة الدولية أن نموذج الشراكة من أكثر السبل فعالية لتحقيق الغرض من الاستثمار الأجنبي وهو توفير الأموال والمساعدات الفنية، لذلك نوصي بهذا النموذج للعراق.

المصادر



المصادر

- القرآن الكريم.

أولاً: المصادر باللغة العربية

أ- المعاجم اللغوية :

1. جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، دار احياء التراث العربي، بيروت ، ج5
2010.
2. احمد بن محمد الصديق الوجيه المستشار ، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة
لشؤون المطابع الأميرية، 1990.
3. جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مكتبة
الشروق الدولية ، ج 2، 2004.

ب - الكتب القانونية

1. إبراهيم سيد أحمد، "العقود والشركات التجارية"، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة
للنشر، الإسكندرية، 1999م.
2. عبد الحميد الهنداوي ، المحكم والمحيط الأعظم ، دار الكتب العلمية، ج 2، ط1، بيروت،
2000.
3. أبو بكر احمد عثمان النعيمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق
البنية التحتية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2016.
4. أحمد أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، دراسة مقارنة، منشورات دراسة في
القانون الخاص، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
5. احمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة -
مصر، 2007.
6. أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحويل القطاع العام الى القطاع الخاص، القاهرة،
1999.
7. أسامة رقيعة، " المدخل لدراسة قانون الشركات"، الطبعة الأولى، فضاءات النشر
والتوزيع، عمان-الأردن، 2013.

8. أسامة نائل المحيسن، " الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس"، دار الثقافة، عمان، 2008.
9. اكرم فاضل قصير، الاحكام القانونية لمنظمة للمشاركات التجارية، دار مصر للنشر والتوزيع، ط1، 2010.
10. إلياس ناصي، موسوعة الشركات التجارية: "الأحكام العامة للشركة"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2008.
11. أمل عبد الصمد، عقود الشراكة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2012.
12. باسم محمد ملحم، الشركات التجارية، دار المسيرة، عمان، ط1، 2010.
13. جاك غستان و كريستوف جامان و مارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد او الإرادة، ترجمة منصور القاضي، المجد للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط٢، 2008.
14. جان العلية، قواعد الشراكة الفاعلة بين القطاعين العام والخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب بيروت، ط2، 2010.
15. جليل الساعدي، لبنى السعيدى، ماهية عقد الـ (B.O.T) في القانون العراقي والمقارن، دار السنهوري، بيروت، 2019.
16. جمال عبد الكريم العساف، التحكيم المتعدد الأطراف في ظل قوانين وقواعد التحكيم، القيادة العامة لشرطة الشارقة - مركز بحوث الشرطة، الامارات، العدد 10، 2018.
17. حبش محمد حبش، التخصص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2014.
18. حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار الكتب، مصر، 1993.
19. حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط2، 2008.
20. حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987.
21. حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة (دراسة تحليلية نقدية تطبيقية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2016.
22. حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

23. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة، والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
24. حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (البوت)، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، 2014.
25. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دون ناشر سنة 2002.
26. خالد إبراهيم السيد، التحكيم في عقود الفرنشايز، دار علام للإصدارات القانونية، ط1، 2014.
27. خير الدين عمرو، التسويق الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
28. رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
29. رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1990.
30. رشا محمد جعفر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2014.
31. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري فقها وإفتاء وقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2008.
32. ساسي بوغار، الشراكة الأجنبية في الجزائر في مجال المحروقات، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس فرع مالية جامعة الجلفة دفعة 2008.
33. سالم محمد عبود، التخصص نظام أم أسلوب، دار الدكتور للعلوم، 2010.
34. ستيف هانكي، تحويل الملكية العامة الى القطاع الخاص والتنمية الاقتصادية، ترجمه غنيم، دار الشروق، بيروت، 1990.
35. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، ط2، القاهرة، 1992.
36. صلاح محمد سليمان، التحكيم في عقود البوت، دار مصر للنشر والتوزيع، ط1، 2016.
37. عبد الرحمان إدريس ثابت ومحمد المرسي جمال الدين، الإدارة الاستراتيجية، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2006.
38. عبد الوهاب عبد الله العمري، اندماج الشركات التجارية متعددة الجنسيات، دار شتات للنشر، القاهرة، 2010.

39. عزيز العكيلي، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد، أحكام الإفلاس، ط1، مطبعة دار السلام، 1973.
40. عزيزة الشريف، دروس في نظرية العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2014.
41. علي فضالة أبو الفتوح، التحليل المالي وإدارة الأموال، القاهرة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، 2002.
42. عمر احمد خضير، عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، دار مصر للنشر والتوزيع، ط1، 2016.
43. عوض الله زينب حسين، الاقتصاد الدولي، مصر، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1999.
44. غسان عبيد، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، منشورات الحلبي، الحقوقية، ط1، بيروت، 2015.
45. فرحات جمعة السعيد، الأداء المالي لمنظمات الأعمال، الرياض، دار المريخ للنشر، 2005.
46. فريد النجار، التحالفات الاستراتيجية من المنافسة إلى التعاون خيارات القرن الحادي والعشرين، إيتراك للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة- مصر 1999.
47. لطيف جبر كومانى، الشركات التجارية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2006.
48. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009.
49. مأمون عبد العزيز، التجارة والتحكيم الدولي، دار الاصدار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2014.
50. مجيد حميد العنكي، الشركات في القانون الانكليزي، الناشر صباح صادق جعفر، 2000.
51. محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، 1978.
52. محمد احمد عوض، الإدارة الإستراتيجية (الأصول والأسس العلمية)، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2010.
53. محمد احمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال BOT، المكتب الجامعي الحديث، 2009.
54. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2016.
55. محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادي (دراسة مقارنة مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2012.

56. محمود عاطف، البناء العقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، 2007.
57. محمود نوري حسين، التحكيم في تسوية المنازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2008.
58. مرسي خليل نبيل، هل يمكن لشركتك النجاح بدون إعداد خطة استراتيجية، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، 1995.
59. مصطفى كمال طه، أصول الإفلاس، المركز القومي للإصدارات، ط1، 2010.
60. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2010.
61. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008.
62. ميساء هشام السامرائي، التنظيم القانوني للاستثمار الاجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2018.
63. نايف احمد الشمري، النظام القانوني لزيادة رأس مال الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2019.
64. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001.
65. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1999.
66. هليلين توماس وهنجر دافيد، الإدارة الاستراتيجية، ترجمة محمود عبد الحميد وزهير نعيم الصباغ، السعودية، معهد الإدارة العامة، 2008.
67. وائل محمود صبحي إدريس، طاهر محسن منصور الغالبي، أساسيات الأداء وبطاقة التقييم المتوازن، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2009.
68. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
69. يوسف بن مختار استراتيجية الشراكة بين المؤسسات، مذكرة تخرج لنيل شهادة دولية في الادارة والتسيير جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير الدفعة الثانية 1996 - 1998.

ج - الرسائل والاطاريح الجامعية :

1. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود البوت B.O.T الإنشاء والتملك ونقل الملكية، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، سنة 2004.
2. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2003.
3. خالد بن محمد العطية، النظام القانوني لعقود التسيير والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1990.
4. سالي محمد جمعة سليم، سلطات الادارة في عقد الشراكة مع القطاع العام، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، 2020.
5. ستار جبار شلاش البدري، العقود الادارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية في العراق - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد - 2019.
6. علي حمزة عباس، عطاء العقد و عطاء التفاوض في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2010.
7. عليا سيف سالم سيف الجابري، ضوابط التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام، مقدمة إلى كلية القانون - جامعة الامارات العربية المتحدة 2012 .
8. د. أحمد محمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية على مشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ (B.O.T)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 2008.
9. هاني احمد خليل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مصر (تقييم للتجربة ورؤية مستقبلية)، رسالة مقدمة الى معهد التخطيط القومي لنيل دراسة الماجستير في التخطيط والتنمية، 2017.
10. مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، مقدمة الى كلية القانون - جامعة الشرق الأوسط، 2013/2016.

11. هاني احمد خليل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مصر (تقييم التجربة ورؤية مستقبلية)، رسالة مقدمة الى معهد التخطيط القومي لنيل دراسة الماجستير في التخطيط والتنمية، 2017.
12. سالي محمد جمعة سليم، سلطات الادارة في عقد الشراكة مع القطاع العام، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، 2020.
13. علي حمزة عباس، عطاء العقد و عطاء التفاوض في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2010.
14. سميرة عمر علي محمد الكاديكي، الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2018.
15. احمد مصطفى كمال الكلاوي، التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة بنها، 2019.
16. اقبال عبد العباس يوسف، عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، 2020.
17. آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012.
18. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد (دراسة قانونية مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى، الجامعة اللبنانية المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية 2018.
19. جنان جاسم مشتت، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، 2019.
20. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1973.
21. هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة اسبوط، 2017.

22. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد في القانون الخاص، 2009.
23. محمد صالح جبر، ابرام عقود الشراكة البوت في اطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 2018.
24. سميرة عمر علي محمد الكاديكي، الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية، 2018.
25. ياسر عوض إسماعيل إبراهيم، الجوانب القانونية المنظمة لعقود المشاركة (البوت)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة حلوان، القاهرة، 2020.
26. كمال عبدالوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة قسنطينة، الجزائر، 2015.
27. هيثم يسن عبد الرحيم حسن، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة اسيوط، 2017.

د - البحوث العلمية:

1. **ابو بكر احمد عثمان**، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، 2008.
2. د. حمد بارود، حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع والسبعون، سنة 2004.
3. **زينة غانم عبد الجبار، مستشار مساعد هدى عبد الله الحساني: الاستحواذ على الشركات المساهمة بين التبعية والاستقلال دراسة في ضوء قانون الشركات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، 2018، مج 7، ع 1.**
4. د. عبد الله شحاته خطاب، المشاركة بين القطاعين العام والخاص وتقديم الخدمات العامة على مستوى المحليات: الإمكانيات والتحديات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.pidegypt.org. تاريخ الزيارة 25/12/2021.
5. د. هاني صلاح سرى الدين: الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل، مصر، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد التاسع والستون، 1999.

6. د- أشراق صباح صاحب، المركز القانوني للشريك الاستراتيجي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث- السنة التاسعة، 2017.
7. أحمد جمال الدين موسى، فنون تطبيق الخصخصة، بحث منشور في مجلة حوت القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، دار الفكر والقانون، العدد الثاني عشر، تشرين الثاني، 1992.
8. علي مخلف حماد، فكرة تحول عقود الإدارة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد السابع، العدد الثاني، 2019.
9. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق / الجامعة المستنصرية، العددان الأول والثاني، 1952-1959.
10. د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة (البوت)، بحث مقدم الى المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، 2012.

هـ – القوانين:

1. قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل.
2. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
3. اللائحة التنفيذية لقانون المشاركة المصري رقم (67) لسنة 2010.
4. قانون الاستثمار السوري رقم 3 لسنة 1991.
5. قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 (المعدل).
6. قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 المعدل.
7. القانون المصري رقم (67) لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ولائحته التنفيذية رقم (238) لسنة 2011.
8. القانون الفرنسي فقد تم اعتماد عقود المشاركة بالأمر رقم (559) لسنة 2004 والمعدل بالقانون رقم (730) لسنة 2008.
9. القانون الفرنسي رقم (179) السنة 2009.

ثانياً: المصادر باللغة الأجنبية

- 1-Delvolvé: Traité des contrats administratives. Tomel-André de L'aubadere - Frank Moderne – Pierre L.G.D.J. 1983. 2
- 2- droit français et service public ou B.O.T.en le contrat de concession de Chereif khater égyptien etude comparée de l'evolution contemporaine, Thesé, Paris, Serbonne 2004, 3- Fouchard (Ph), Gaillard (E), Goldman (B), Traite de l'arbitrage international, LITEC ,1996 4
- 3- Geores Dupuis-Marie Jose Guedon et Patuice Chetien Droit administrative, 4- G. Vedel, «la notion de clause exorbitante», Mélanges Mestre, Sirey, 1956, 5-Jean Pierre Beguin: Les entreprises Conjointes internationaux dans les pays en voie de développement, 1972
- 6- Nael G Bunni, The handbook of contract law 46-th edition of the red book, 2nd edition ,1996 .
- 7-Daniel Johnston, international petroleum fiscal systems and production sharing contracts, Oklahoma, USA 94.
- 8-Ronald Charles Wol- the complete guide to international joint ventures third edition - Wolters Kluwer -2011 .
- 9- Darilyn Aquino-joint venture: business agreement for international trade web site: <http://www.huffingtonpost.com/darilyn-aquino-joint-venture-businessag-b-560987.html> visited at .2022/1/14

Abstract

This study aims to highlight the impact of capital on the strategic partnership as one of the means of attracting foreign and local investment, difficult and advanced technology, and a means to implement and finance infrastructure projects and public utilities, especially after the success of this experience in many countries of Europe and Asia and moving away from the policy of state monopoly on economic development plans, in addition In order to increase the financial burden and economic problems that led to an increase in government expenditures with the existence of a deficit in public budgets, it became necessary to search for new methods to establish these projects, which prompted countries to follow the contracting method that embodies the strategic partnership. Therefore, the Constitution of Iraq of 2005 included the need to reform the Iraqi economy according to Modern economic foundations in a way that guarantees the full investment of its resources, diversification of its sources, and encouragement and development of the private sector. In the light of this constitution, many laws were issued that gave a prominent role to the private sector in investment, service and economic projects, the most important of which is Investment Law No. (13) of 2006, which included partnership projects between the public and private sectors with its provisions, and the Fifth Amendment Law No. (28) of 2015 allowed the law of Public companies for public companies have the right to participate with sober companies to implement works related to the company's objectives inside Iraq, and the Industrial Cities Law No. (2) of 2019 included encouraging the participation of the private sector in the investment of industrial cities.

The researcher found, through the study, the ineffectiveness and sufficiency of laws in covering the stages of the strategic partnership, which requires a legislative regulation that is familiar with all its aspects, because the impact of capital on the strategic partnership is of a special and complex nature based on the principle of risk distribution and its multiple forms and stages of implementation and the multiplicity of parties involved in it, which requires Procedures and conditions, some of which are pre-contract, some during the contract, and others are post-contract, for example, owning capital, technical or technological expertise, owning markets, in addition to administrative expertise, or determining the financial compensation, in addition to means of settling disputes, and making this a general reference for the parties, so the researcher calls Parliament By voting on the draft law on partnership between the public and private sectors and its regulation, with some amendments to the draft, similar to what is done in the laws of some countries (France and Egypt) in question.



**The Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Karbala
College of Law**

**The impact of capital on strategic partnership
"A comparative study"**

**Thesis submitted To the Council of the Faculty of Law -
University of Karbala, It is part of the requirements for
obtaining a master's degree in private law**

Writtin by the student

Youssef Hamid Taher

Supervised by

Assist . Prof. Dr. Eshraq sabah sahib

1444 A.H.

2022 A.D