Citation: Mahmood, Yasir Sh. (2023), Arbitration in Partnership Contract Disputes Between Public and Private Sectors: A Comparative Study. *Regional Studies Journal*, Vol. 17, No. 56, 219-256: https://doi.org/10.33899/regs.2023.178240

التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص

دراسة مقارنة

م.د. ياسر شاكر محمود

كلية الحقوق/ جامعة الموصل/ العراق

yasirshakir.m@uomosul.edu.iq

الاستلام: ٢٠٢٢/٩/٢٩ القبول: ٢٠٢٢/١٠/٢٩ النشر: ٢٠٢٣/٤/١

مستخلص البحث

موقف قوانين الشَرَاكَة ومدى اشارتها الى التَحْكِيم بوصفه احدى اليات حسم المنازعات بين طرفيه؛ فعقد الشراكة يعد نظاماً جديداً للعقود عبر الشراكة والتَعَاون التجاري والاداري بين طرفيه في تنفيذه، إذ يتولى الشريك الخَاص تقديم السلع والخدمات موضوع مشاريع الشراكة، ويمكن القطاع العام بواسطتها من توفير خدمات وسلع ومشاريع استثمارية مختلفة في مدة زمنية معينة بمقابل مالي تقدمه للمستثمر في شكل دوري خلال مدة "العقد"، بهدف السماح للقطاع الخاص في تعزيز دوره في النشاط التجاري والاقتصادي بعيداً عن مفهوم الخصخصة، ودون اللجوء الى موازنة الدولة. ان عقد الشَرَاكَة يتضمن التزامات وعقوداً مختلفة يتطلب تحقيقها مشاركة طرفيه وحصول منازعات بينهما، الأمر الذي يستلزم تسويتها بالتحكيم لسرعة حسمها. تم تقسيم الدراسة على ثلاثة مباحث، تناولت ماهية عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين ألعَام والخَاص واطرافه، ثم انواعه وطبيعته القَانُونيَة، فضلاً عن التَحْكِيم في مُنَازعَات عَقِد الشَرَاكَة. واستنتجت الدراسة ان عقد" الشراكة لا ينطوي على نقل ملكية المشروع إلى القطاع الخاص في نهاية مدته، بل يشترك الطرفين بالتشغيل والإدارة والتمويل، وان نجاح هذه الشَرَاكَة تحتاج الى أطر تشريعية وتنفيذية ومالية تقوم على مبدأ الشفافية، وحماية المنافسة، وتشجيع الاستثمار.

الكلمات المفتاحية: عقد الشراكة؛ القطاع العام؛ القطاع الخاص؛ الخصخصة.

Available online at https://regs.mosuljournals.com/, © 2020, Regional Studies Center, University of Mosul. This is an open access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

Arbitration in Partnership Contract Disputes Between Public and Private Sectors: A Comparative Study

Lect. Dr. Yasir Sh. Mahmood
College of Law/ University of Mosul/ Iraq
yasirshakir.m@uomosul.edu.iq

Received: 29/9/2022 Accepted: 29/10/2022 Published: 1/4/2023

Abstract

The position of the partnership laws and the extent to which they refer to arbitration as one of the mechanisms for resolving disputes between the two parties; The partnership contract is a new system of contracts through partnership and commercial and administrative cooperation between its two parties in its implementation, as the private partner undertakes the provision of goods and services subject to the partnership projects, and enables the public sector through it to provide various services, goods and investment projects in a specific period of time in exchange for money that it provides to the investor in a periodic manner during the term of the "contract", with the aim of allowing the private sector to enhance its role in commercial and economic activity away from the concept of privatization, and without resorting to the state budget. The partnership contract includes various obligations and contracts, the realization of which requires the participation of both parties and the occurrence of disputes between them, which necessitates their settlement by arbitration for speedy resolution. The study was divided into three sections which covered the nature of the partnership contract between the public and private sectors and its parties, then its types, and legal nature, in addition to arbitration in partnership contract disputes. The study concluded that the partnership contract does not involve the transfer of ownership of the project to the private sector at the end of its term.

Keywords: Partnership contract; public sector; private sector; privatization.

Available online at https://regs.mosuljournals.com/, © 2020, Regional Studies Center, University of Mosul. This is an open access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

المقدمـة

اولا: التَعْرِيفْ بموضوع الدراسة:-

عقد الشَرَاكَة مفهوم حديث بموجبه يتم انشاء وتشغيل مشاريع البنية التحتية المتنوعة بواسطة الجمع بين موارد وطاقات وخبرات كل من القَطَاعين العَام والخَاص، وهو نهج تتبعه الدول في تامين السلع والخدمات العامة بعد ان كَانت الدَوْلة هي التي تَضْطَلع بِها بِهَدف رَفع العِبء عن المُوَازنَة العَامَة، وتحويل جهد القَطَاع العَام الى اوجه انفاق اخرى يَعْزِف عَنها القَطَاع الخَاص بهدف تاهيل وتحسين تقديم السلع والخدمات العامة.

ان هذه الشَرَاكَة وما يتضمنه عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص من ابرام اتفاقيات وعقود مختلفة تهدف الى مجموعة اغراض يتطلب تحقيقها مشاركة طرفيه ولا بد من حصول منازعات حول تطبيق بنوده مما يستلزم وسائل سليمة تلجا اليها الاطراف المتنازعة، ويعد التَحْكِيم من اهم الوسائل الودية لحل النزاعات ولتسوية ما يثور من نزاعات بطريقة ودية تغنيهم عن اللجوء الى اجراءات التقاضي التقليدية عن طريق رفع دعوة قضائية، وسيطرت الاطراف على الاجراءات مما يؤدي الى السرعة في حسم النزاع.

ثانيا: اسباب اختيار الموضوع واهميته:-

١- ابتعاد القَطَاع الخَاص في العراق عن اية عمليات استثمار متوسطة او كبيرة وسيطرة شركات القَطَاع العام على جميع قطاعات الاقتصاد الوطني نتيجة قرار تأميم المنشآت الاقتصادية عام (١٩٦٤) مما نتج عنها تجربة غير مستقرة في العلاقة بين الحكومة والقَطَاع الخَاص، ثم ظهرت تسمية القَطَاع المختلط كبداية "لمفهوم الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص".

٢- ان التطور التجاري المتزايد اثبت فشل كلا القَطَاعين في تحقيق المزيد من النمو التجاري والاقتصادي كلا على انفراد في الكثير من الدول، مما استوجب احدى

برامج الاصلاح اعتماد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص في بناء وتشغيل المشاريع.

٣- يمثل التَحْكِيم احدى الوسائل الودية لتسوية المنازعات في عقد الشَرَاكَة يكون لاطرافه دور كبير في اجراءاته، ويؤدي الى سرعة حسم النزاع.

ثالثا: اهداف الدراسة:-

١- ان تطوير الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص يتولى الشريك الخَاص تقديم الخدمات موضوع مشاريع الشَرَاكَة ويمكن الدولة من توفير خدمات وسلع ومشاريع استثمارية وتجارية واقتصادية واجتماعية، وسيحافظ على العلاقة ما بين الطرفين من ناحية التشغيل والادارة والتمويل.

٢- تبين الدراسة موقف قوانين الشَرَاكَة ومدى اشارتها الى التَحْكِيم باعتباره احدى اليات حسم المنازعات بين طرفيه.

رابعا: مشكلة الدراسة:-

١- المُشَرِع العراقي لم يشرع قانون خاص للشراكة بين القَطَاعين العَام والخَاص رغم اقتراح مشروع القَانُون من سنة ٢٠١٩، مما يشكل نقصا تشريعيا يجب معالجته، لمعرفة الشكل القَانُوني له والعلاقة بين القَطَاعين العَام والخَاص.

٢- هناك قصور واضح في "قانون الشَرِكَات العراقي العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧" بفهم اهداف الشَرَاكَة حيث ترك المجال مفتوح للدخول في شراكات مع الشَرِكَات العربية او الاجنبية ولم يسمح بالشَرَاكَة مع القَطَاع الخَاص العراقي، مما يحفز الشركاء الوطنية على الاستثمار في النشاط التجاري والصناعي (قانون الشركات العامة العراقي (ق.ش.ع.ع)، ١٩٩٧).

٣- ان اكثر الدراسات التي تناولت البحث في موضوع عقد الشَرَاكَة خلطت بينه وبين عقد المشاركة، وتناولت موضوع من الناحية الادارية، رغم ان من الفقه اعتبره عقدا تجاريا او ذو طبيعة خاصة.

خامسا: تساؤلات الدراسة:-

١. هل المُشَرِع العراقي شرع قانون خاص للشراكة بين القَطَاعين العَام والخَاص اسوة بالدول المجاورة؟

٢. هل تم اعتماد الشَرَاكَة في العراق بعد سنة ٢٠٠٣، مع القَطَاع الخَاص كسياسة اصلاحية في المشاريع العامة ومنحه فرص استثمارية لتعزيز مشاركته في القَطَاع الصناعي والتجاري؟

٣. هل تطرقت قوانين عقد الشَرَاكَة الى اسلوب التَحْكِيم باعتباره وسيلة ودية لتسوية المنازعات بين القَطَاعين العَام والخَاص؟

٤. سَادِسا: نِطَاق الدِراسَة:

٥. النِطَاق المَوضُوعِي في موضوع عُقُود "الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص" وما يشتمل عليه من صور، ويتمثل موضوعنا دراسة التَحْكِيم احد اهم الاليات اللازمة لحَسِم المُنَازعَات النَاشئة عَنها.

٦. النِطَاق التَشْرِيعِي فيقصد به التَشَرِيعَات الوَطنِية والمقارنة الخَاصة "بعقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص".

٧. النطاق الشخصي للدراسة المتمثل في الاشخاص المعنوية المكونة لعقود الشَرَاكَة وهما الشخص العام: الدولة، وشركات القَطَاع العام، والشريك الخَاص اي شخص معنوي خاضع للقانون الخَاص بما في ذلك شركات القَطَاع الخَاص او الموردين وغيرهم.

سَابِعَا: مَنْهَج الدِرَاسِة:-

سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي من خلال تناول ومناقشة اراء الفقهاء المختلِفَة، كذلك اعتمد المَنَهج المُقَارِن بين كل من "مشروع قانون عقد الشَرَاكَة العراقي"، و"قانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ الخَاص بتنظيم مشاركة القَطَاع العَام والخَاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة المصري"، و الامر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤ المتضمن قانون عقود الشَرَاكَة الفرنسي.

ثامـنا: هيكلية الدِرَاسَة:-

سيتم تقسيم البحث على ثلاثة مباحث، وكما ياتي:

المبحث الاول: ماهية عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص واطرافه وانواعه، وهو بدوره قُسم الى مطلبين؛ تناول الاول: تعَريف عَقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص، بينما خصص الثاني: لاطراف عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص وخصائصه.

المبحث الثاني: انواع عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص وطبيعته القَانُونيَة وقسم على مطلبين تناول الاول: انواع عقد بين القَطَاعين العَام والخَاص، ثم عرض الثاني: الطبيعة القَانُونيَة لعقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص.

المبحث الثالث: التَحْكِيم في مُنَازعَات عَقِد الشَرَاكَة، وتم تقسيمه على ثلاثة مطالب؛ كشف الاول: ماهية التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة واطرافه، وبين الثاني: انواع اتفاق التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة واسباب اللجوء اليه، واوضح الثالث: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية من التَحْكِيم في مُنَازعات عَقِد الشَرَاكَة.

المَبْحَث الاول

ماهية عَقِد الشَرَاكَة بيـن القَطَاعين العَام والخَاص[١]

تم تقسيم هذا المبحث الى مطالب عدة؛ وضح الاول: تَعْرِيف عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص، واستعرض الثاني: اطراف عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص وخصائصه.

المطلب الاول: التعريف بعقد الشَرَاكَة بيـن القَطَاعين العَام والخَاص

نبدا من تعريف عقد الشَرَاكَة في الفقه القَانُوني، ثم نستعرض التَعْرِيفْ التشريعي لهذه العقد.

الفرع الاول: تعريف عقد الشَرَاكَة فـي الفقه القَانُوني

عرف راي عقد الشَرَاكَة (الكوت، ٢٠١٨، ٢٠)، بانها: "عقد يعهد بمقتضاه القَطَاع العام الى احد اشخاص القَطَاع الخَاص، القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالاعمال والتجهيزات الضرورية للمرافق العامة[٢]، وادارتها استغلالها وصيانتها، اثناء المدة المحددة في العقد، وذلك مقابل مبالغ مالية مقسطة تلتزم الادارة المتعاقدة بدفعها اليه طوال مدة فترة التعاقد، وخصوصا في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية".

نرى ان هذا التَعْرِيفْ وان تَضَمن الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص الا انه ركز على المَشْرُوعات المُشْتَركة وخَاصة المُتعلقة بالبُنيَة التَحْتِيَة.

وعرف عقد الشَرَاكَة ايضا (الجمل، ٢٠١٦، ١٧٠٤–١٧٠٥؛ الرشيد، ٢٠٠٧، ٦)، بانها: "اوجه التفاعل والتعاون بين شركات القَطَاعين العَام والخَاص المتعلقة بتوظيف امكانياتهما البشرية والمالية والادارية والتنظيمية والتكنلوجية والمعرفية على اساس من المشاركة، والالتزام بالاهداف، وحرية الاختبار، والمسؤولية المشتركة من اجل تحقيق الاهداف الاقتصادية والاجتماعية، التي تهم العدد الاكبر من افراد المجتمع، ولها تاثير بعيد المدى على تطلعاتها، لكي يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة، وتحقيق وضع تنافسي افضل".

نلحظ ان التَعْرِيفْ اعلاه بين بعض خَصَائص عقد الشَرَاكَة واهدافه، والمُنَافسَة بين شَرِكَاته، وهناك من عرف (محمد، ٢٠١٢، ٣٤) لـ"p.p.p" بانها "اتفاق بين اثنين او اكثر من الشَرِكَات تمكنهم من العمل على نحو تعاوني، باتجاه اهداف مشتركة او متوافقة معا، والتي يكون فيها قدر من السيطرة والمسؤولية والاستثمار المشترك للموارد وتقاسم المخاطر والمنافع المتبادلة".

ويمكننا تعريف عقد الشَرَاكَة بانه: شَكِل مِن اشْكَال التَعَاون عن طريق اوضاع تجارية يقوم بها طرفيه شركات القَطَاع العام، وتلك الشَرِكَات المملوكة للقطاع الخَاص للتعاون والتنسيق في تقديم الخدمات او مشاريع البنية التحتية عندما تَقْتَضي هذه العُقُود على السَمَاح لِلقَطَاع الخَاص بالتمويل والادارة والاستغلال والصيانة طوال مدة العقد، ثم يتم تسيد المبلغ من قبل القَطَاع العام على شكل اقساط سنوية او نصف سنوية.

اذا يقوم القَطَاع الخَاص في عقد الشَرَاكَة بعمليات عدة تتمثل في التمويل والادارة والاستغلال والصيانة للمشروع او المرفق العام طوال مدة العقد.

الفرع الثاني: تعريف عقد الشَرَاكَة في التشريعات القَانُونيَة

لم يعرف المُشَرِع العراقي[٣] في مشروعه عقد الشَرَاكَة، وانما بين اطرافه الجهة الادارية وشركة المشروع والية التعاقد والتمويل والادارة، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لانتاج او تقديم الخدمة فترة التعاقد، واليات فض منازعاته.

عرف "قانون الشَرَاكَة المصري" (قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة المصري (ق.ت.م.ق.خ)، ٢٠١٠، المادة (٢))[٤] في المادة (١) منه عقد الشَرَاكَة بانه عَقِد تُبْرُمه الجِهَة الادارَية مع شركة المشروع وتعهد اليها بمقتضاه الى شركة المشروع تمويل وانشاء وتجهيز مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة واتاحة خدماتها او تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم انشاؤه او تطويره، وتقديم الخدمات

والتسهيلات اللازمة لكى يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الانتاج او تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد.

وقد عرفه المُشَرِع الفرنسي في المادة (١) من الامر الخَاص بعقود الشَرَاكَة[٥] بانه (عقد اداري يعهد بمقتضاه احد اشخاص القَطَاع العام الى احد اشخاص القَطَاع الخَاص القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالاعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام واداراتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في مقابل مبالغ مالية تلتزم الادارة المتعاقدة بدفعها اليه بشكل مجزا طوال مدة الفترة التعاقدية، وتتولى مؤسسات من القَطَاعين العَام والخَاص العمل معا لانجاز مشاريع او تقديم خدمات للمواطنين وخصوصا في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية.

ويلاحظ مما سبق ذكره ان مفهوم الشَرَاكَة مفهوم حديث ومتعدد الاوجه ذو اهمية متزايدة، ومرتبط بابعاد عدة يبرز منها البعد التجاري والاقتصادي والاجتماعي والاداري والقَانُوني، وتكون هذه العقود عبر الشَرَاكَة بين شركات عامة وطنية من جهة، وشركات خاصة من جهة اخرى. والشَرَاكَة نهج تتبعه الدول في تامين الخدمات العامة بعد "ان كانت الدولة هي التي تضطلع بها بهدف رفع العبء عن الموازنة العامة، والقائه على عاتق القَطَاع الخَاص، وتحويل جهد القَطَاع العام الى اوجه انفاق اخرى يعزف عنها القَطَاع الخَاص" (مشوح، ٢٠١١، ٧٩٣).

اذا ان الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص تعني ان تتولى مؤسسات جهة الادارة والمتعاقد الخَاص العمل معا لتحقيق مشاريع او تقديم الخدمات للجمهور، وخصوصا المشاريع المتعلقة بالبنية الاساسية، كالمطارات، والجسور او تقديم خدمات النقل الجوي، على ان يشارك القَطَاعين العَام والخَاص في التكاليف ومخاطر الاستثمار والتخطيط والتنفيذ والرقابة والتنظيم، وان هناك مَجْهُود تَعَاونِي مستمر من اجل تحقيق هدف مشترك، وان عقد الشَرَاكَة سيستمر لفترة طويلة كلما كان الهدف طويل الاجل (حمادة، ٢٠١٤، ١٧٠٥).

المطلب الثاني: اطراف عَقِد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص وخصائصه

تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين بين الاول اطراف عقد الشَرَاكَة، وتناول الثاني: خصائصه وكما ياتي:

الفرع الاول: اطراف عقد الشَرَاكَة

تتمثل اطراف عقد الشَرَاكَة فيما ياتي:

اولا: القَطَاع العام

القَطَاع العام: هي الجهات التي تتبع لسيطرة الدولة وتقوم بادارتها وتسيرها وتخضها لرقابتها، وتمارس انشطتها تحت اشراف الحكومة، وتعد الطرف الاول لعقد الشَرَاكَة، وتشمل الجهات الادارية: الوزارات والهيئات العامة، والوزير المختص او رئيس مجلس ادارة الهيئة او الممثل القَانُوني للشخص المعنوي العام (حرير، ٢٠١٩، ٦٣).

ثانيا: القَطَاع الخَاص

القَطَاع الخَاص: هو كل شخص طبيعي او معنوي غير خاضع للحكومة، ويمارس انشطة تجارية في اطار القَطَاع الخَاص لتحقيق ارباح وفق نظام الية السوق، ويشمل الشخص الاعتباري الوطني او الاجنبي كالمستثمر الذي يفوز باحد عقود المشاركة طبقا لاحكام هذا القَانُون، وشركة المشروع التي تحتاج الى الخبرة التي تؤهلها لتنفيذ عُقُود المُشَاركَة (الحديدي، د.ت، ٥٣؛ الكاديكى، د.ت، ١٢٥؛ حرير، ٢٠١٩، ٦٦).

اذا يتميز عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص بتعدد الاطْرَاف المُشْتَرَكة في تنفيذه، وتشمل كل من الجهة الحكومية التي تسعى عبر مؤسساتها الى تحقيق المصلحة العامة، وتقديم افضل الخدمات والسلع للمنتفعين، اما الشريك الخَاص الذي يسعى الى تحقيق اكبر الارباح باقل تكلفة عبر شركة المشروع سواء التي تتولى تشييد المشروع او تشغيله، فضلا عن الجهات الممولة للمشروع او الموردة له (الفواعير، ٢٠١٦، ص ١٦)، والطرف الخَاص في عقد الشَرَاكَة قد يتمثل في شركات وطنية

من ناحية، وشركات اجنبية او متعددة الجنسيات يكون نشاطها الاستثمار التجاري الدولي من ناحية اخرى (السامرائي، ١٩٩٥، ٨).

وفقا للمفهوم السابق يعد عقد الشَرَاكَة اداة لتجميع اطرافه الجهة الادارية، وشركة المشروع وتكون مُسْتَقلة قَانُونا، يتمتع كل منها بِشْخصِيتَها القَانُونيَة الخَاصة بها، ولكنها ترتبط ببعضها بروابط قانونية وتجارية تجمعها، وخاضعة لوحدة القرار، وهو تجمع افقي لانشاء مشروع معين وتقديم الخدمات، وتقوم العلاقة بين اعضائه على التَعَاون المُشْتَرك لفترة طويلة، والالتزام بالمنافع المتبادلة، وتتميز بتوزيع المخاطر، ولكل طرف التزاماتها الخَاصة بها، مما يُسَهل تَركيز الاهدَاف وَتَوزيع المَهَام (غصن، ٢٠١٠، ٢٢٤؛ محمد، ٢٠١٢، ٥٣).

السؤال هنا هل اشار مشروع قانون الشَرَاكَة العراقي الى امكانية عقد الشَرَاكَة مع الشَرِكَات العامة الخاسرة او المتوقفة عن العمل.

وبشان موقف مشروع قانون الشَرَاكَة العراقي نجد بانه لم تشر الاسباب الموجبة لسن هذا القَانُون الى سبب رئيس لعقود الشَرَاكَة وهو انقاذ الشَرِكَات العامة الخاسرة والمتوقفة عن العمل لتخفيف العبء على الموازنة من جهة، وتشجيع القَطَاع الخَاص من جهة اخرى، وليس تركيز الشَرَاكَة على مشاريع جديدة بين القَطَاعين العَام والخَاص في الوقت الذي تعاني فيه المشاريع والمصانع الحكومية التوقف والعجز المالي الى الحد الذي وصل بتلك المشاريع الى اقتراض مبالغ على شكل سلف من المصارف الحكومية لتسديد مستحقات العاملين فيها.

الفَرع الثَّاني: خصائص عَقِد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص

تتمثل اهم خصائص عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص فيما ياتي:

اولا: عقد الشَرَاكَة من العقود الرضائية: العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين اي مجرد اقتران الايجاب بالقبول، والاصل في العقود ان تكون رضائية، والكتابة في هذا العقد لا وسيلة لاثبات العقد لا لانعقاده (السنهوري، ٢٠١١، ١٦٣)، يمكننا القول ان عقد الشَرَاكَة من العقود الرضائية التي لا تتطلب

انعقادها شكل معين، ولكن طول مدة تنفيذه ادى الى كتابته، وهذا ما جرى عليه العرف.

ثانيا: عقد الشَرَاكَة من العقود المركبة: يرتب عقد الشَرَاكَة التزامات مختلفة في احكامه ويعتبر عقد مركب لانه يهدف الى مجموعة اغراض يتطلب تحقيقها وابرام اتفاقيات وعقود مختلفة (العظيم، د.ت، ٧٧)، ويكون الهدف من ابرام عقد الشَرَاكَة هو القيام بعملية شاملة مشروع من خلال مراحل التصميم والتمويل والاشياء وتجهيز وتشغيل والادارة والصيانة، فضلا على ابرام عقود المنتفعين بالخدمة كل هذه العمليات يجمعها شخصية واحدة تنتهي بانجاز مشروع محل عقد الشَرَاكَة، اي تجمع كل مراحل ومهام المشروع في صيغة عقد واحد يسمى عقد الشَرَاكَة (حرير، ٢٠١٩، ٥٤-٥٥).

ثالثا: عقد الشَرَاكَة يوفر الاموال للموازنة: ان لجوء الدولة الى عقد الشَرَاكَة في تمويل مشروعات البنية الاساسية يحقق هدف في ان الموازنة لا تتحمل مبالغ طائلة وتمويلات ضخمة دفعة واحدة، وهي دائما تكون مطالبة من قبل شعوبها باحداث مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة، فتلك المشروعات هي بوابة التنمية الاقتصادية من ناحية، كما انها تعد حاجات اساسية لا يمكن لمواطنيها انشاء مرافق الكهرباء الماء وانما يجب على الدولة ان توفرها بغض النظر عن توافر ميزانية او عدمها، لذلك يتم اللجوء الى تمويل هذه المشروعات التي لا يقبل عليها هذا القَطَاع من دون اللجوء الى الاقتراض من الخارج وغيرها من الامور(الكوت، ٢٠١٨، ٧١)، مما يشكل مشكلة نتيجة ضعف مؤشرات الحكم الرشيد نتيجة مشكلات الفساد الاداري، وعدم الاستقرار السياسي، وضعف معدلات النمو (السماك، ٢٠١٣، ٣٢)، وهنا يهدف عقد المشاركة الى نقل المخاطر الى الشريك الخَاص بما يمكن ان يقلل التكلفة الحكومية في حالات الظروف الطارئة والقوة القاهرة اثناء تنفيذ المشروع او تقديم الخدمة (حسن، ٢٠١٦، ١١٠).

رابعا: عقد الشَرَاكَة يخضع لمبدا العلانية والشفافية والمنافسة: ان وجود منافسة حرة حقيقية بين المتقدمين في مشروعات عقد الشَرَاكَة من شانه ان يؤدي الى اسْتبعَاد

لِلمُسْتَثمر غير الكفوء وخُروجه مِن المُنَافسَة، ويؤدي الى حصول على افضل الشَرِكَات والمستثمرين، ومن ثم التعاقد على تنفيذ المشروع، وفي ظل غياب المنافسة الحرة يفتح الباب على مصراعيه للفساد ويؤدي الى اسناد المشروع الى شركات وهمية نتيجة تواطؤ مع هذه الشركات (العمري، ٢٠١٢، ٣٠٦)، مما يلحق الضرر الجسيم بالمرافق العامة والمشروع، بالتالي يتم اختيار في عقد الشَرَاكَة بقدر من الوضوح وعدم السرية وان كافة الاجراءات معلومة ومعروفة للكافة (حمادة، ٢٠١٤، ١١١).

خامسا: عقد الشَرَاكَة يمتد لمدة زمنية طويلة: عقد الشَرَاكَة طلب تجديد عقد الشَرَاكَة مدة طويلة نسبيا، وذلك لان عقد مشروعات البنية التحتية وسواء بالنسبة للطرفين شركة المشروع وجهة الادارة يتطلب تنفيذه التزاماته مدة زمنية طويلة تمتد من (٥) الى (٣٠) سنة واكثر في بعض الحالات الاستثنائية وكلما زادت تكاليف الانشاء للمشروع كل ما طالت المدة والعكس (حرير، ٢٠١٩، ٥٥؛ ق.ت.م.ق.خ، ٢٠١٠، المادة (٢)؛ مشروع قانون الشراكة العراقي (م.ق.ش.ع) ، د.ت، المادة (١/١٠)).

سادسا: عقد الشَرَاكَة من العقود الملزمة للجانبين: العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمه كل من المتعاقدين، وعقد الشَرَاكَة هو عقد ملزم للجانبين طوال مدته لانه يرتب التزامات متقابلة على الطرفين محل العقد شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها اهمها استغلال المستثمر للمشروع طوال مدة العقد، وعدم اصدار تشريعات مقيدة للاستثمار، وعدم انهاء العقد بارادة منفردة، "ويلتزم بتنفيذ المشروع وتشغيله طبقا للعقد"، تسلِيم المَشْرُوع لِلجِهَة الادَارِيَة، وتلتزم بالمقابل الجهة المَانِحَة بدفع ما يترتب عليها من التزامات اهمها التزامات المالية (العبيدي ومحمود، ٢٠١٧، ١٧)، وبذلك ان عقد الشَرَاكَة "اقرب الى النظرية العقدية في الحالة التي يكون للاطراف الاعضاء المشاركين فيه كامل الحرية في تنظيم حقوق والتزاماتهم استنادا الى مبدا سلطان الارادة، وبخلاف النظرية النظامية التي لا يكون للاطراف المتعاقدة مخالفة القواعد الامرة لنظام الشَرِكَات القَانُوني" (احمد، ٢٠١٥، ٣٠٠).

المبحث الثاني

انواع عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص وطبيعته القَانُونيَة

سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نبين في الاول انواع عقد بين القَطَاعين العَام والخَاص، ونستعرض في المطلب الثاني: الطبيعة القَانُونيَة لعقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص.

المطلب الاول: انواع عقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص

يصنف عقد الشَرَاكَة من خِلال مَعَايير عدة اهمها طَبيعَة العَقِد والتَنظِيم القَانُوني الخاضع لها، واستنادا الى معيار ونوع المنتج او الخدمة المقدمة في العقد، بحيث يتحدد الدور الذي يقوم به كل من شركات القَطَاع العام، وشركات القَطَاع الخَاص في تلك الشَرَاكَة، وياخذ عقد الشَرَاكَة صور عدة اهمها:

الفرع الاول: عقد الشَرَاكَة وفقا لطبيعته

يصنف عقد الشَرَاكَة من خِلال مَعَايير طَبيعَة العَقِد الى عقد شراكة تعاقدية افقية، وعقد شَرَاكة تَعاقُدية عَامودية، نتناولها فيما ياتي:

اولا: عقد شراكة تعاقدية افقية: تدور هذه الشَرَاكَة حول ادارة المشروع وتنظيمه على اسَاس المُشَاركَة بين القَطَاعين العَام والخَاص وفق علاقات افقية ويشترك جميع الاطراف في اداء المهام والواجبات، فضلا عن اتخاذ القرارات ولا يوجد اشراف منفرد لاي طرف او حتى فرض القواعد (حمادة، ٢٠١٤، ١٢–١٣)، فهنا "اتفاق تسمح لشركتين او مجموعة من الشَرِكَات ان توجه جهودها على قدم المساواة لتنظيم قطاع معين، ووضع طرق للتعاون بين الشَرِكَات وفق ترتيبات تسمح باستغلال انشطتها في هذا القَطَاع، وتعمل على تكاملها، وحمايتها من المخاطر" (الزهاوي، ١٩٩٠، ١٩)، وقد تتم هذه الشَرَاكَة عبر تحمل كل طرف "تنفيذ جزء معين من اعمال المشروع لمدة محددة، دون ان يعملوا على تكوين شركة ذات شخصية معنوية مستقلة، ويحتفظ كل

طرف بالجزء الذي يخصه في المشروع، وذلك بموجب عقد يحدد فيه التزامات وحقوق الطرفين بصورة دقيقة".

ثانيا: عقد شَرَاكة تَعاقُدية عَامودية: وتعنى هذه الشَرَاكَة ان الشَرِكَات تنظم عقد بين طرفين وتكون العلاقة بين هذه الشَرِكَات عامودية مع وجود ادارة تمارس "الرقابة والسيطرة على النشاط"، ولا تمارس اداء المهمات او تقديم الخدمات، بل تعتمد على الشَرِكَات الاطراف المتعاقدة في ذلك، وهذا العقد يبرم بين الدولة او بين احدى مؤسساتها الوطنية من ناحية وشركات القَطَاع الخَاص من ناحية اخرى (حمادة، ٢٠١٤، ١٣)، لذلك هنا عقد الشركة يعد من الاتفاقات التعاقدية التي تنشا بارادة اطرافه، بدون قصد التمتع بالشخصية المعنوية، ويتم تحديد اثاره من خلال ما يرد فيه من شروط، فيكون العقد مجرد اتفاق للمشاركة التي ينشا عنها نِظَام لِلعَمل المُشْتَرك، اذا المَرجِع في تحديد طبيعة عقد الشَرَاكَة هي ارادة اطرافه (مؤمن، ٢٠١١، ٦١-٦٢).

يخلط احد الفقه (حسن، ٢٠١٦، ٦٠-وما بعدها) بين عقد الشَرَاكَة وعقود المشاركة ويعتبراهما وجهان لعملة واحدة، ولكن بعض الفقه (الكوت، ٢٠١٨، ١٥؛ حرير، ٢٠١٩، ٦٨) ونحن نؤيده يرى ان لكل منهما مضمون يختلف عن الاخر، وذلك ان عقد المشاركة يعني جميع اوجه المشاركة بين القَطَاع العَام والخَاص في انشاء مشروعات البنية التحتية كعقود الادارة والامتياز والبوت وعقد الشَرَاكَة، مما يعني ان عقد الشَرَاكَة احد صور عقد المشاركة يشارك فيها القَطَاع الخَاص مع القَطَاع العام في تمويل وانشاء وتشغيل المشاريع والمرافق العامة على ان يتقاضى الشريك الخَاص مقابل مالي بطريقة مجزاة على اقساط.

الفرع الثاني: عقد الشَرَاكَة وفقا لمعيار العقد

اولا: عقد الادارة: وهنا يكون القَطَاع الخَاص يتحمل عملية التمويل او عمليات الصيانة او الاستثمار في التسهيلات الازمة لتقديم الخدمة ويكون مسؤولا عن الادارة، وفي هذه الحالة تتحول حقوق التشغيل فقط للشريك الخَاص وليس حق الملكية، وهنا

القَطَاع العام يوفر الضمانات التي بموجبها يحصل القَطَاع الخَاص على حقوقه من المبالغ المالية الملزم بدفعها او رسوم تقديم الخدمة.

ثانيا: عقد الخدمة: فهنا اتفاق يكون بموجبه شركات القَطَاع العَام والخَاص ان تُوَجِه جُهُودَها على قَدم المُسَاواة لتنظيم قطاع معين، ووضع طرق للتعاون بين اطراف العقد وفق اوضاع تسمح باستغلال انشطتها في هذا القَطَاع، ثم يحصل القَطَاع الخَاص على عائد تقديم الخدمة من القَطَاع العام مقابل تزويد الخدمة (ابو سريع، ٢٠١٨، ٤٩).

مثال: "عقد الشَرَاكَة في مجال خدمات النقل الجوي كشكل من اشكال التعاون والتنسيق في تقديم الخدمات الجوية، ويبرم عقد الشَرَاكَة هنا بين احدى مؤسسات الدولة كشركة الخطوط الجوية الوطنية كطرف، واحدى شركات الطيران الخَاصة كطرف ثاني"، وتتصف هذه الشَرَاكَة بعلاقات تعاقدية قائمة على التعاون بين اطرافها عبر تكثيف الجهود والوسائل والامكانيات في تقديم الخدمة الجوية، ويشترك جميع الاطراف باتخاذ القرار والواجبات من دون اشراف طرف معين او فرض القواعد التي يرغبها (الطائي، ٢٠٢٠، ١٠٤–١٠٥).

ثالثا: عقد التاجير: في هذا العقد يقوم القَطَاع الخَاص بانشاء وصيانة احد مشروعات البنية التحتية وتحمل مسئولية التشغيل والادارة وتحصيل الايرادات، وتحمل قدر كبير من المخاطر التجارية مقابل الحصول مقابل مالي ياخذ صورة ايجار من قبل القَطَاع العام (الجهة الحكومي) لمدة محددة في العقد (الكوت، ٢٠١٨، ١٨).

رابعا: عقد الانتفاع طويل الاجل: ياخذ هذه العقد صيغة قيام شركة المشروع بتمويل وبناء وتشغيل المشروع لفترة طويلة، ثم يتم نقل الملكية المشروع الى القَطَاع العام.

خامسا: عقد الامتياز: يتولى القَطَاع الخَاص استثمار وادارة وتشغيل المشروع لمدة محددة، ثم تؤول ملكية المشروع للقطاع العام التي يبقى مالكا لاصول المشروع، وهنا يتحمل صاحب الامتياز نفقات الانشاء والاستثمار بما يخفف على الدولة الاعباء المالية (حسن، ٢٠١٦، ٦٨–٦٧).

ذهب بعض الفقه (الكاديكى، د.ت، ٢٢١-٢٢٤) الى اعتبار عقد نقل الملكية من صور عقد الشَرَاكَة وبموجبه يتم نقل الملكية الى القَطَاع الخَاص بصورة نهائية، ويكون مسؤولا عن ادارة المرفق العام ويخضع في نفس الوقت للرقابة من الجهة المتعاقدة وفق ما تحدده سياسات الدولة وقوانينها، لضمان نوع المنتج او الخدمة المقدمة، والالتزام بالمعايير المحددة لحماية المستهلك، ونحن نرى ان عقد نقل الملكية لا يعد من صور عقد الشَرَاكَة، وذلك لان القَطَاع الخَاص لا يتملك المشروع اصلا حتى يقوم بنقل ملكيته انما القَطَاع الخَاص عليه التمويل المشروع ثم يتم تسيد المبلغ من قبل القَطَاع العام على شكل اقساط سنوية او نصف سنوية.

والمُشَرِع العراقي في قانون الشَرَاكَة يتوجب عليه تحديد القَطَاعات التي ينبغي تشجيع الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص في كقطاع الخدمات واهمها الكهرباء والاتصالات، والسكن، والانتاج بهدف توفير فرص عمل للعاطلين، وتنويع الاقتصاد المحلي، وتحقيق الامن الاقتصادي (طعمة، د.ت).

المطلب الثاني: الطبيعة القَانُونيَة لعقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص

ان البحث الطبيعة القَانُونيَة لعقد الشَرَاكَة يستلزم منا البحث بالنظام القَانُوني الذي يحكم او ينتمي اليه هذا العقد، والاتجاهات الفقهية التي ذهب البعض الى تكييفها بانها من عقود القانون الخاص، والبعض الاخر اعتبرها من عقود القانون العام وهو ما ايده المشرع الفرنسي، وبعض الفقه حدد طبيعة خاصة لهذه العقود، لذلك تم تناول الطبيعة القَانُونيَة لعقد الشَرَاكَة وفق ثلاث فروع خصص الاول: عقد الشَرَاكَة من عقود القَانُون الخَاص، والثاني: الطبيعة الادارية لعقد الشَرَاكَة، والثالث: عقد الشَرَاكَة عقد ذات طبيعة خاصة.

الفرع الاول: عقد الشَرَاكَة من عقود القَانُون الخَاص

عقد الشَرَاكَة يعتبر من العقود التي تنتمي الى القَانُون الخَاص، وذلك لان هذا العقود شانها شان عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها ان تتمتع الادارة التي تعتبر طرفا بالشروط الاستثنائية المعروفة في القَانُون الاداري وتطبق احكام القَانُون

الخَاص، وبخلافه تعرض الشَرِكَات المستثمرة الاجنبية عن الاستثمار في تلك المشاريع.

كما ان عقد الشَرَاكَة من عُقُود القَانُون الخَاص بحجة على اساس "مبدا العقد شريعة المتعاقدين" وفق مبادئ القَانُون المدني، وذلك نظرا للمفاوضات الطويلة التي تنشا بين الادارة والطرف الاخر الخَاص، وبناء على ذلك فان العقد يحمه مبدا سلطان الارادة وتقوم على اساس التوازن بين الحقوق والواجبات بين طرفيه من دون ان يكون للجهة الحكومية سلطات على الطرف الاخر (الفواعير، ٢٠١٦، ٣٥).

كذلك ان عقد الشَرَاكَة في مجال القَانُون الخَاص يعتبر من عقود التجارة الدولية وعليه فان متطلبات التجارة تفرض على الادارة ان تنزل للتعاقد شانها شان الافراد العادين، كما ان دور الدولة في عقود التجارة الدولية يعتبر محدود للغاية بحيث تكون ادارة المشروع للشخص الخَاص.

واخيرا اذا حدث نزاع بين طرفي العقد يكون القَضَاء العادي فهذه العقود ترفض ان تتميز الادارة بالسلطات التي تمنحها لها العقود الادارية والمعرفة بامتيازات وصلاحيات غير معروفة في مجال القَطَاع العام، مما يترتب عليه عرض النزاع على التَحْكِيم التجاري الدولي دون القَضَاء الوطني للفصل فيه (حرير، ٢٠١٩، ٤١–٤٢؛ حمادة، ٢٠١٤، ٢٥–٢٦).

الفرع الثاني: الطبيعة الادارية لعقد الشَرَاكَة

يكيف عقد الشَرَاكَة على انها عقود ادارية فهذه العقود احد طرفيها الادارة او احد اجهزتها المعنوية، وتهدف الى تسيير مرفقا لتحقيق مصلحة علمة، وان كانت في مظهرها الخارجي ترمي الى تحقيق ارباح للمستثمر، الا انها مع ذلك تستهدف تحقيق مرفق عام وتتضمن شروطا غير مالوفة في القَانُون الخَاص، كالاعفاء من الضرائب والجمارك او منحه ارض يقيم عليها المشروع، وبالتالي تتوافر هنا مقومات العقود الادارية فيها (الجنابى، ٢٠١٩، ١١٢)، وقد يتم منح جميع الموافقات للشركات بصورة الكترونية في هذه العقود (الفواعير، ٢٠١٦، ٢٧؛ حمادة، ٢٠١٤، ٢٩).

كذلك الشخص المعنوي المتمثل في الادارة يبقى متمتعا بصفته العامة طوال مدة العقد فان فقدها في احد مراحل العقد يتحول الى احد اشخاص القَانُون الخَاص، ويصبح العقد من العقود الخَاصة، ويخضع لاحكام القَانُون الخَاص، كما يجب ان يتصل العقد بنشاط مرفق عام لاشباع حاجات عامة لدى الجمهور (حرير، ٢٠١٩، ٤٤).

وقد ساند هذا الاتجاه المُشَرِع الفَرَنسِي[٦] والفقه (Bezan & et al،n.d ، 43؛ حرير، ٢٠١٩، ٤٦) ونص في المادة (١) من قَانُون عقود الشَرَاكَة الفرنسي على ان عقد الشَرَاكَة عقد اداري يعهد بمقتضاه احد اشخاص القَطَاع العام الى احد اشخاص القَطَاع الخَاص...، بحيث ان القَضَاء الاداري الفرنسي يشترط لكي يكون العقد اداريا توافر احد الشروط الثلاثة الاتية: وهي ان تكون الادارة طرفا في العقد، وان يتضمن شُرُوطًا غَير مَألُوفَة في مَجَال القَانُون الخَاص، وان يتصل بنشاط مرفق عام، فتكفي توافر عنصر واحد من العناصر الثلاثة حتى يمكن اعتبار العقد اداري.

الفرع الثالث: عقد الشَرَاكَة ذات طبيعة خاصة

تمثل خصوصية عقد الشَرَاكَة في يتضمن بعض الاحكام في القَانُون العَام، وكذلك اخرى في القَانُون الخَاص تجعل من الصعب وضع قاعدة عامة ومجردة تقضي بانها عقد من عقود القَانُون الخَاص او عقد اداري او صيغة اخرى من العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر، وذلك يعني انه على الرغم من ان عقد الشَرَاكَة يتعلق بالمرفق العام الى انه يفتقد وجود الشروط الاستثنائية باعتبارها من الشروط التي تقوم عليها العقود الادارية التي يحكمها القَانُون الاداري كما انه ينعدم وجود تنظيم شامل وكامل لهذه العقود (الحديدي، د.ت، ٩٦؛ الفواعير، ٢٠١٦، ٣٨).

كما ان الادارة غالبا ما تلجا في انشاء المرافق العامة الى اسلوب الاتفاق مع اشخاص القَانُون الخَاص وبذلك تتخلي عن سلطتها العامة، وتتعامل مع الاشخاص الخَاصة بصفتهم لا بصفتها كشخص عام، ومن ثم تبسيط الاجراءات وتقديم كافة التسهيلات وبالتالي يعتبر عقد الشَرَاكَة واحد من العقود القَانُون الخَاص، لكن يعيق

هذا القول الجهة القضائية التي تتولى الاختصاص في حالة نشوب نزاع ففي عقود القَانُون الخَاص التقليدية كالعقود المدنية والتجارية فان القَضَاء المختص للفصل في المنازعات هو القَضَاء المدني والتجاري، لكن الفرق بين هذه العقود وعقد الشَرَاكَة يكمن في صفة الاطراف المتعاقدة ففي عقود القَانُون الخَاص يعتبر طرفي العقد من اشخاص القَانُون الخَاص، اما في عقود الشَرَاكَة فان احد طرفيه هو شخص عام في حالة نشوب نزاع في اطار تنفيذ هذا العقد فلا يمكن للادارة العامة ان تتجاهل صفتها كسلطة عامة مما يمنعها بالتوجه الى القَضَاء العادي الذي يعتبر غير مختص في هذه الحالة انما القَضَاء الاداري يكون هو المختص، والطبيعة الخَاصة تتمثل في ان عقد الشَرَاكَة يعتبر عقد من عقود القَانُون الخَاص والاداري من حيث العلاقة ما بين الطرفين وطبيعته معا باعتبار ان هذه العقود لست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، وانما يمكن مراجعة كل عقد على حدا لمعرفة مدى عده عقد شَرَاكَة من عدمه (حرير، ٢٠١٩، ٤٨٦٣).

المبحث الثالث

التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة

يعدّ التَحْكِيم من اكثر اسَاليب تَسْوية المُنَازَعات شيوعا التي تنشا بين الشَرِكَات وبين الادارة في عقود المُشَاركَة الدُوَلَية بين الشَرِكَات في المنازعات التجارية، رغم تعدد الوسائل التي يلجا اليها الاطراف في عقد الشَرَاكَة لتسوية منازعاتهم، ويعتبر التَحْكِيم طريقا استثنائيا لحل المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية والقَانُونيَة بين الاطراف، وبغض النظر عن الاطراف سواء كانوا من اشخاص القَانُون العام ام الخَاص.

تم تقسيم هذا المبحث الى مطالب عدة، وضح الاول: ماهية التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة واطرافه، واستعرض الثاني: انواع اتفاق التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة واسباب

اللجوء اليه، وبين الثالث: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية من التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة.

المطلب الاول: ماهية التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة واطرافه

تم تقسيم المطلب الى فروع عدة تناول الاول: التعريف بالتَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة، وبين الثاني: تشكيل هيئة التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة.

الفرع الاول: التحكيم بالتَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة

عرف التَحْكِيم بانه: نظام خاص لفض المنازعات بين الاطراف عن طريق اخْتِيارهم شَخَص مُحَكم او عدة اشخاص كهيئة تحكيم لحسم خِلَافَاتهم بعيدا عن القَضَاء لتسويته (السبعاوي، ٢٠١٤، ٦١).

وعرف التَحْكِيم ايضا بانه: اتفاق اطراف عقد الشَرَاكَة جهة الادارة وشركة المشروع (المستثمر) لتسوية المنازعات التي تنشا بينهما او التي يمكن ان تنشا خلال تنفيذ اتفاق عقد الشَرَاكَة وما يترتب عليه من اجراءات معقدة (الكوت، ٢٠١٨، ٢٣٨-٢٣٩).

وعرف التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة بانه: اتفاق اجرائي بين القَطَاع العام والقَطَاع الخَاص (المستثمر) على احالة المنازعات الناشئة عنه الى فرد او هيئة تحكيم ليفصلوا فيه بحكم ملزم لاطرافه خلال فترة زمنية محددة، على ان يكون اللجوء الى التَحْكِيم مكتوب في عقد الشَرَاكَة (الكاديكى، د.ت، ٢٨٦).

ويمكننا تعريف التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة بانه: اسلوب لتسوية المُنَازعَات التي تنشا بين جهة الادارة وشركة المشروع (المستثمر) يلجا اليه اطراف عقد الشَرَاكَة لِلفَصِل في المُنَازعَات القائمة بينهم عن طريق قرار تحكيمي.

اذا في الحالة التي لم تتوصل الاطراف عقد الشَرَاكَة الى تسوية المنازعات الناشئة عنه بالوسائل الودية [٧]، يجوز ان يُعرض النِزاع بِناءً على طَلب اي طَرف من اطراف عقد الشَرَاكَة على التَحْكِيم بعد اتفاق الاطراف لتسوية النزاع القائم بينهما واخْتِيَار المُحَكمين والاجرَاءات التي يتم التَحْكِيم بها، مالم يتم تنظيمها بقانون او

اتفاقية (الشواوره، ٢٠١٧، ٣٨٦؛ يوسف، ٢٠١٣، ٣٨)، فاذا كانت ارادة الاطراف هي التي تنتج اتفاق التَحْكِيم لابد من اقرار المُشَرِع لهذه الارادة لتنتج التَحْكِيم اثاره (الكاديكى، د.ت، ٢٨٧).

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة

يكون التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة بواسطة هيئة تحكيم تشكل من ثلاثة محكمين في الغالب، يقوم كل طرف في النزاع بترشيح احدهم، ويختار رئيس الهيئة من قبل المحكمين الذين تم اختيارهم او اطراف النزاع انفسهم على شريط ان لا يكون مواطنا من دولة اي من الطرفين، وقد يكون تشكيل هيئة التَحْكِيم مؤسسي نظامي [٨]، وتطبق هيئة التَحْكِيم على النزاع القواعد التي يتفق عليها اطراف النزاع، وبخلافه تطبق القواعد الموضوعية في القَانُون الاكثر اتصالا بالنزاع او الاتفاقيات الدولية بعد مراعاة شروط العقد محل النزاع والاعراف التجارية (ابو عيطة، ٢٠١٤، ١٤٤)، ثم يتم اصدار حكم التَحْكِيم وهو القرار الذي تصدره هيئة التَحْكِيم وعلى جميع اطراف النزاع الالتزام بتنفيذ قرار او حكم هيئة التَحْكِيم بصورة تامة والى الحد الذي يتفق مع قوانينها، وعادات واعراف التجارة الدولية، وفقا للمعاهدات المختصة بتنفيذ الاحكام الاجنبية، للقضاء على اختلاف النظم القَانُونيَة، وصعوبة تنفيذ حكم التَحْكِيم (اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم الاجنبي والاعتراف بحجيته (ا.ن)، ١٩٥٨، المادة (١/٣)؛ الشواوره، ٢٠١٧، ٣٨٩؛ زيدان، ٢٠١٣، ١٦٣-١٦٤؛ علي، ٢٠١٦، ١٦٥).

المطلب الثاني: انواع اتفاق التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة واسباب اللجوء اليه

تم تقسيم المطلب الى فروع عدة تناول الاول: اتفاق التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة، وبين الثاني: اسباب اللجوء الى التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة.

الفرع الاول: اتفاق التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة

يكون التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة على صورتان هما:

اولا: شرط التَحْكِيم كاحد بنود عقد الشَرَاكَة يتفق الاطراف فيه على الالتجاء الى التَحْكِيم كَوَسِيلة لِحَل المُنَازعَات التي قد تنشا بينهما حول تفسير العقد وتنفيذه قبل قيام النزاع، وشرط التحكيم في اصله يواجه نزاعا مستقبلا ومحتملا ينشا وقد لا ينشا (النعيمي وياسين، ٢٠٢٣، ٢٢٠).

ثانيا: مشارطة التَحْكِيم: هو اتفاق منفصل عن عقد الشَرَاكَة الاصلي يبرمه الاطراف بعد وقوع المنازعة اي بصدد نزاع قائم بينهما بالفعل واحالته للتحكيم (الكاديكى، د.ت، ٢٩١–٢٩٢؛ الكوت، ٢٠١٨، ١٤٢).

تتميز المشارطة في التَحْكِيم عن الشرط بانها تكون في المنازعات الواقعة فعلا ووضوح موضوع النزاع، اما الشرط فيرد على منازعات محتملة الوقوع، ويترتب على هذه التفرقة ان المشارطة تلزم تحديد موضوع النزاع لصحة الاتفاق لانها تتم بعد قيام النزاع، اما شرط التَحْكِيم فيرد بشكل عام وبالنسبة لجميع او بعض انواع النزعات، وفي كليهما يتخلى الاطراف عن الاحتكام الى القَضَاء بالنسبة للنزاع القائم، ويعبر عن ارادة الخصوم ورغبتهم في النزول عن الالتجاء الى القَضَاء وحسم النزاع بواسطة التَحْكِيم.

ان لشرط التَحْكِيم فائدة وقائية فهو يستبعد ذلك الاختلاف في مسار عرض النزاع الذي قد ينجم عند ابرام مشارطة التَحْكِيم (البياري، ٢٠٠٩، ٤)، حيث يعتبر منبع التَحْكِيم التجاري الدولي في معظم الاحيان وان اكثر من (٨٠%) من عقود التجارة الدولية تتضمن شرطا تحكيمينا، وتكمن اهمية اتفاق التَحْكِيم بتنازل المتعاقدين عن اللجوء الى القَضَاء العادي صاحب الاختصاص الاصيل وعرض نزاعهم على اشخاص معينين من قبلهم (رضون، ١٩٨١، ٢١).

وهناك شروط يلزم توفرها سواء في اتفاق التَحْكِيم سواء المشارطة او الشرط تتمثل في الشروط الشكلية كالكتابة، والشروط الموضوعية وهي تراضي الاطراف ومحل وسبب، فضلا عن شروط في المحكمين وعدم مخالفة اتفاق التَحْكِيم للقانون (الصباحي، ٢٠١٩، ٤٥؛ حرير، ٢٠١٩، ٢٢١–٢٢٨).

والتَحْكِيم من حيث نطاقه قد يكون تحكيم داخلي عندما يكون النزاع بجميع اطرافه وعناصره الى دولة واحدة ويخضع هنا في اجرائه للقانون المحلي، وهناك التَحْكِيم الدولي عندما ينتمي احدى الاطراف المُتَنَازعة لِدَولة اجنبَيَة ويرتبط بانظمة قَانُونية لدول عدة، وفق معيار عادات واعراف التجارة الدولية رغم تعارضها مع قوانين اطراف النزاع (ابو عيطة، ٢٠١٤، ٢٥٨؛ الجارحي، ٢٠١٨، ٢١١؛ الناصري، ٢٠١٧، ٦٠).

ويلجا كل من اشخاص القَانُون العام، واشخاص القَانُون الخَاص الى الطرق البديلة لفض المنازعات كالتَحْكِيم، وان كان الامر بالنسبة للاشخاص العاديين لا يطرح اي مشكل في هذا المجال، فان الصعوبة تنشا عندما يتعلق الامر بالاشخاص المعنوية العامة نظرا للطابع الاستثنائي الذي يشكله كل من النظام القَانُوني، والقضائي الذي يحكمها الذي يرجع لكونها هيئات انشات خصيصا لتحقيق المصلحة العامة عن طريق اشباع الحاجات العامة (سلامي، ٢٠١٧، ٣).

الفرع الثاني: اسباب اللجوء الى التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة

تتمثل اسباب اللجوء الى التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة الى ما ياتي:

اولا: بساطة وسرعة اجراءات التَحْكِيم:

ان اجراءات التَحْكِيم بسيطة حيث يقوم اطراف النزاع في عقد الشَرَاكَة بتحديد تلك الاجراءات وهو الامر الذي يؤدي الى سرعة اصدار قرار التَحْكِيم وحل سريع للنزاع (الحسين، ٢٠١٢، ١٦٢)، حيث ان اطراف النزاع يختارون التَحْكِيم كالية لفض نزاعاتهم بدلا من القَضَاء صاحب الاختصاص العام لان هذا الاخير تكون لاجراءاته معقدة مقارنة مع اجراءات التَحْكِيم التي تتميز ببساطة في الاجراءات وقلة الجهد لوضع حد للنزاع، وان الاعتبارات العملية تدعو دائما الاتفاق على التَحْكِيم والذي يجنب اطرافه سلبيات الاطار الاجرائي للقضاء العادي من بطء في اجراءات الدعوى واطالة امد التقاضي وتجنب علانية الجلسات القَضَاء، فضلا عن ذلك ان التَحْكِيم يتميز بقلة التكاليف مقارنة باجراءات التقاضي والاقتصاد في الوقت والجهد، وتجنب

مشاكل تنازع القوانين، لذا فهو يعد الوسيلة المثلى لفض ما ينشا من منازعات (البياري، ٢٠٠٩، ٤).

ثانيا: التَحْكِيم يعتبر ضمانة للتشجيع على الاستثمار:

يسعى الشريك في القَطَاع الخَاص الى استثمار امواله عند الشَرَاكَة مع القَطَاع العام وهنا يبحث المستثمر الى الضمانات ويعد التَحْكِيم من اهم الضمانات الذي يشترط انه في حالة حدوث نزاع يتم تسويته بعرضه على التَحْكِيم (حرير، ٢٠١٩، ٢٠٨-٢٠٧)، وبالتالي يعد التَحْكِيم ضمانة اجرائية لتشجيع الاستثمار في عقد الشَرَاكَة ضد المخاطر التجارية وغير التجارية من شانه ان يبدد مخاطر المستثمر (الحسين، ٢٠١٢، ١٧٢-١٧٣؛ الكوت، ٢٠١٨، ٢٤٢)، الذي لا يرغب في وسائل التسوية الداخلية لانها لا توفر له الامان القَانُوني لاختلاف المراكز القَانُونيَة لاطراف عقد الشَرَاكَة والحصول على بيئة قانونية التي بموجب يتم فض المنازعات (حداد، ٢٠٠٤، ٤٤).

ثالثا: التَحْكِيم قضاء متخصص:

ان التَحْكِيم يعطي القدرة لاطراف النزاع على عرضه على هيئة لتسويته بما يمتلكوه من خبرة قانونية وفنية متخصصة لتسوية منازعات عقد الشَرَاكَة التي تتطلب فض منازعاتها معرفة فنية، وخبرة تتناسب مع توسيع مجالات الاستثمار الاجنبي بما يملكه المحكمون من مؤهلات وخبرة قانونية وعلمية لحسم النزاع المعروض عليهم (الكوت، ٢٠١٨، ٢٤١)، خلال مدة محددة ويكون حكم التَحْكِيم ملزما لاطراف النزاع ويحوز حجية الامر المقضي به (حداد، ٢٠٠٤، ١٨؛ حسن، ٢٠١٦، ١٦٤)، فضلا عن ان اغلب خلافات عقد الشَرَاكَة تدور حول مسائل فنية او تقنية وحسم هذه المنازعات لا يحتاج الى قاضي بقدر الحاجة الى محكم متخصص يساهم بشكل فعال في حل النزاع بين الطرفين (الحسين، ٢٠١٢، ١٥٧)، خاصة عَدَم ثِقَة الشَرِكَات الاجنَبيَة بالقَضَاء الوطني (المراغي، ٢٠١٥، ٦٦-٦٩؛ حسن، ٢٠١٦، ١٦٤).

رابعا: المحافظة على استمرار العلاقات بين الاطراف:

يسعى التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة الى استمرار اطرافه في علاقاتهم لانهم اتفقوا على اللجوء الى التَحْكِيم بارادتهم الحرة، ووافقوا باختيار منهم هو ما مسبقا ما يصدره المحكم من قرارات ويقومون بتنفيذها طواعية وكانه صادر من مجلس العقد، ومن ثمة يترتب عليه تحقيق السلم الاجتماعي واستمرار المعاملات بين الطرفين المتخاصمين واستقرارها مستقبلا (عرفة، ٢٠٠٦، ٤٧٠).

خامسا: التَحْكِيم يفصل في النزاع بطريقة سرية:

ان جلسات التَحْكِيم تجري بحضور الاطراف المتنازعة فقط والنظر في المنازعات التي تتم بين اطراف عقد الشَرَاكَة تجري بطريق سرية للاجراءات التحكمية وما تتضمنه هذه العقود من شروط باعتبارها اسرار تجارية او صناعية لها قيمة في نظر المستثمر (الكوت، ٢٠١٨، ٢٤٠).

المطلب الثالث: موقف القوانين والاتفاقيات الدولية من التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة

قسم المطلب الى فروع عدة بين الاول: موقف القوانين من التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة، واستعرض الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة.

الفرع الاول: موقف القوانين من التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة

تم في هذا الفرع تناول مَوقِف القَوَانين المُقَارنة مِن التَحْكِيم كل من قانون الشَرَاكَة العراقي، وقَانُون تنظيم المشاركة المصري العراقي، الامر الفرنسي الخَاص بعقود المشاركة العراقي.

اولا: مشروع قانون الشَرَاكَة العراقي: اشارت المادة (١١) من مشروع قانون الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص العراقي على ان تحل المنازعات بين اطرافه وفق احكام القَانُون العراقي، ولم تشير اتباع اسلوب التَحْكِيم التجاري الوطني او الدولي، نقترح تعديل المادة باضافة فقرة اتباع اسلوب التَحْكِيم وسواء للتحكيم التجاري

بدلا من الاكتفاء بحل المنازعات بين اطرافه طبقا لاحكام القَانُون العراقي (م.ق. ش.ع، د.ت، المادة (١١))، وحسنا فعل المُشَرِع العراقي في مقترحات تعديل مشروع قانون الشَرَاكَة باضافة فقرة حل المنازعات بين اطرافه وفق اسلوب التَحْكِيم التجاري الوطني او الدولي، وعدم الاكتفاء بحله وفق القَانُون العراقي باعتبار ذلك يمثل نوع من الثقة للمستثمر الاجنبي في الاستثمار في العراق.

وقد نص على اتباع اسلوب التَحْكِيم ايضا قانون الاستثمار العراقي اذ نَصْت الَمَادة (٢٧/ف٥) (قانون الاستثمار العراقي (ق.ا.ع)، ٢٠٠٦، المادة (٢٧/ف٥)) مِنه عَلى انه "... اما في المنازعات التجارية فيجوز للاطراف اللجوء الى التَحْكِيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الاطراف"، ثم الغى التعديل الثاني لقانون الاستثمار رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ هذه المادة وحل محلها "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القَانُون الى القَانُون العراقي وولاية القَضَاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجء الى التَحْكِيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التَحْكِيم ووجهته والقَانُون الواجب التطبيق"

ثانيا: قانون تنظيم المشاركة المصري (ق.ت.م.ق.خ، ٢٠١٠، المادة (٣٥)): نصت المادة (٣٥) من قانون تنظيم مشاركة القَطَاع الخَاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة منه على انه " يخضع عقد المشاركة لاحكام القَانُون المصري، ويقع باطلا كل اتفاق يتم على خلاف ذلك"، واضافت بانه "ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التَحْكِيم او غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقا لما يتفق عليه في عقد المشاركة".

ثالثا: الامر الفرنسي الخَاص بعقود الشَرَاكَة: ذهب المُشَرِع الفرنسي في الامر رقم (٥٥٩-٢٠٠٤) المتعلق بعقود الشَرَاكَة في الفقرة (L) من المادة (١٣) منه "اجراءات منع النزاعات وتسويتها والشروط التي يجوز بموجبها اللجوء الى التَحْكِيم

عند الاقتضاء، مع تطبيق القَانُون الفرنسي" (الامر الجمهوري والخاص بعقود الشراكة الفرنسي، ٢٠٠٤).

خلاصة مما سبق نلاحظ ان المُشَرِع العراقي اشار في المادة (١١) من مشروع قانون الشَرَاكَة الى ان تحل المنازعات بين اطرافه وفق احكام القَانُون العراقي، وهو موقف ينتقد عليه اذ كان من الاجدر اتباع اسلوب التَحْكِيم التجاري الوطني او الدولي بحل المنازعات في عقد الشَرَاكَة، فضلا عن ذلك نص في المادة (٢٧/ف٥) قانون الاستثمار العراقي على السماح للاطراف اللجوء الى اسلوب التَحْكِيم في المنازعات التجارية، ولكن مشروط ذلك ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة الاستثمارية بين الاطراف".

اما المُشَرِع المصري اشارت الفقرة الاولى من المادة (٣٥) من قانون تنظيم المشاركة المصري على ان يخضع عَقِد المُشَاركَة لاحكام القَانُون المصري، ويقع باطلا كل اتفاق يتم على خلاف ذلك، وهنا اشار الى ان عند تنظيم عقد المشاركة يتم تطبيق القَانُون المصري، ثم اضاف في الفقرة الثانية بانه اجاز للاطراف لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة اللجوء الى التَحْكِيم او غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية ولكن ذلك مشروطا بموافقة "اللجنة العليا لشؤون المشاركة"، وطبقا لما يتفق عليه في عَقِد الَمُشَاركة، مما يعني ان المُشَرِع المصري اعتمد اسلوب التَحْكِيم وتوسع بشمول وسائل اخرى لتسوية المنازعات غير القضائية كالمشاورات والوساطة وغيرها.

وبشان المُشَرِع الفرنسي نص في المادة (L/١٣) من الامر المتعلق بعقود الشَرَاكَة فقط اشترط عند تسوية النزاعات التي يتم فيها اللجوء الى التَحْكِيم عند الاقتضاء تطبيق القَانُون الفرنسي.

وبالتالي ان اهمية التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة ومميزاته يتوجب ان تتضمن القوانين اللجوء الى التَحْكِيم فيها لفض المنازعات، وذلك بعد عقد الشَرَاكَة يرتب التزامات مركبة ومختلفة في احكامها، ويهدف الى مجموعة اغراض يتطلب تحقيقها

وابرام اتفاقيات وعقود مختلفة، تبدا من خلال مراحل التصميم والتمويل والانشاء والتجهيز والتشغيل والادارة والصيانة، وتنتهي بابرام عقود المنتفعين بالخدمة، الامر الذي جعل من التَحْكِيم الوسيلة الاهم لفض المنازعات بين طرفي العقد القَطَاع العَام والخَاص.

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من التَحْكِيم في منازعات عقد الشَرَاكَة

انطلاقا من الدور الهام الذي تلعبه بدائل تسوية المنازعات وعلى راسها التَحْكِيم تم انشاء العديد من المراكز الدولية[٩] التي تتخذ من التَحْكِيم وسيلة لتسوية المنازعات اهمها:

اولا: اتفاقيـة نيويورك لسنة ١٩٥٨:-

فقد نصت اتفاقية نيويورك (ا.ن، ١٩٥٨) في المادة (٢) منها على انه "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الاطراف الى اللجوء الى التَحْكِيم....." ويقصد بالاتفاق المكتوب شرط التَحْكِيم الوارد في عقد او اتفاق التَحْكِيم الذي وقعه الاطراف ...."، كذلك تضمن نطاق المادة (١) من اتفاقية نيويورك بانها تطبق على الاعتراف وتنفيذ احكام التَحْكِيم الاجنبية الصادرة في دَولَة غير الَدولة التي يُطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها الناشئة عن الخِلافَات بين القَطَاع ومتى كانت ناشئة عن خلافات بين اشخاص طبيعيين او اعتباريين، وتنطبق ايضا على قرارات التَحْكِيم التي لا تعتبر قرارات محلية في الدولة التي يطلب فيها الاعراف بهذه القَرَارات وتَنفِيذَها.

هذه الاتفاقية حددت معيارين لتحديد المقصود بقرار التَحْكِيم الاجنبي الاول مكان صدوره في غير دولة المطلوب الاعتراف وتنفيذه فيها والثاني: احكام التَحْكِيم الاجنبية التي تعتبر احكاما اجنبية حسب قانون الدولة المراد تطبيق الحكم فيها (الكوت، ٢٠١٨، ٢٤٦).

اذا في حالة حدوث منازعة في عقد الشَرَاكَة بين القَطَاع العَام والخَاص يمكن للاطراف اللجوء الى تطبيق حكم التَحْكِيم التجاري الاجنبي وفق اتفاقية نيويورك

باعتبار نطاق تطبيقها يشمل الخلافات التجارية الناشئة عن علاقة قانونية، سواء تعاقدية او غير تعاقدية .

ثانيا: اتفاقيـة واشنطن لسنة ١٩٦٥:-

يتم احالة النزاع في عقد الشَرَاكَة عبر شرط التَحْكِيم او مشارطته وعرضه الى مركز لتسوية منازعات الاستثمار كالمركز الدولي (ICSID) (الجازي، ٢٠٠٢، ٢)، وقدد حددت المادة (٢٥) من هذه اتفاقية واشنطن[١٠]، نطاق تطبيقها على المنازعات التي تنشا بين الدول والمستثمرين الاجانب على شروط اهمها ان تكون الدولة منظمة للاتفاقية، والاعتراف بحجية احكام التَحْكِيم الصادرة من هذا المركز، وتنفذ الالتزامات المالية الناشئة من هذا الحكم، واعتبارها نهائية لا يجوز الطعن بها (خليفة، ٢٠٠٥، ١٤٨).

ويعد مركز الاكسيد من اهم المَرَاكز الدُولية المُتَخصِصَة في تسوية منازعات الاستثمار، وذلك نتيجة للخدمات الاستثنائية التي يقدمها حيث يوفر المركز للمستثمرين، وكذلك للدول المتعاقدة اسلوبين مختلفين لتسوية المنازعات الناتجة عن الاستثمارات يمكن للاطراف الاختيار بين التوفيق التجاري والتَحْكِيم التجاري، ويعد التَحْكِيم التجاري الاوفر من حيث اللجوء اليه وذلك نتيجة المزايا التي يوفرها (سلامي، ٢٠١٧، ٤).

ثالثا: اتفاقيـة الاستثمار الثنائية (BITS):

تنشا معاهدات الاستثمار المختلفة سواء الثنائية او الجماعية بنود تعد وسائل قانونية ومختصة لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة والمستثمر، بخلاف التَحْكِيم التجاري الدولي الذي تكون الاتفاقيات التجارية الخَاصة هي المختصة (الجازي، ٢٠٠٢، ٣).

الخاتمة

اولا: النتائج:

١. يعرف عقد الشَرَاكَة بانه: شَكل من اشْكَال التَعَاون عن طريق ترتيبات تجارية يقوم بها طرفيه شركات القَطَاع العام، وتلك الشَرِكَات المملوكة للقطاع الخَاص للتعاون والعمل معا لتحقيق مشاريع البنية التحتية وتقديم الخدمات عندما تنص هذه العقود على السماح للقطاع الخَاص بالتمويل ثم يتم تسيد المبلغ من قبل القَطَاع العام على شكل اقساط سنوية او نصف سنوية، والمشاركة في التكاليف ومخاطر الاستثمار والمعرفة والتخطيط والتنفيذ والرقابة والتنظيم.

٢. انواع عقد الشَرَاكَة استنادا على طبيعته، عقد شراكة تعاقدية افقية تدور هذه الشَرَاكَة حول ادارة المشروع وتنظيمه على اساس المشاركة بين القَطَاعين العَام والخَاص وفق عقد شَرَاكَة افقية او عقد شَرَاكَة عامودية.

٣. اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القَانُونيَة لعقد الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص وفق ثلاث اراء الاول اعتبره عقد الشَرَاكَة من عقود القَانُون الخَاص، والثاني: اعطى الطبيعة الادارية لعقد الشَرَاكَة، والثالث: وضع طبيعة خاصة لعقد الشَرَاكَة، تتمثل في ان عقد الشَرَاكَة باعتبار ان هذه العقود لست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، وانما يمكن مراجعة كل عقد على حدا لمعرفة مدى عده عقد شَرَاكَة من عدمه.

٤. التَحْكِيم يعرف في عقد الشَرَاكَة بانه: اسلوب لتسوية المنازعات التي تنشا بين جهة الادارة وشركة المشروع (المستثمر) يلجا اليه اطراف عقد الشَرَاكَة للفصل في المنازعات القائمة بينهم عن طريق قرار تحكيمي.

٥. يكون التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة بواسطة هيئة تحكيم تشكل من ثلاثة محكمين في الغالب، يقوم كل طرف في النزاع بترشيح احدهم، ويختار رئيس الهيئة من قبل المحكمين الذين تم اختيارهم او اطراف النزاع انفسهم، وقد يكون تشكيل هيئة التَحْكِيم مؤسسي.

٦. يكون التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة على صورتان هما: اولا: شرط التَحْكِيم كاحد بنود عقد الشَرَاكَة يتفق الاطراف فيه على الالتجاء الى التَحْكِيم كوسيلة لحل المنازعات والخلافات التي قد تنشا بينهما حول تفسير العقد وتنفيذه قبل قيام النزاع،

وثانيا: مشارطة التَحْكِيم: هي اتفاق منفصل عن عقد الشَرَاكَة الاصلي يبرمه الاطراف بصدد نزاع قائم بالفعل بينهما بالفعل على اخضاعه للتحكيم.

٧. اسباب اللجوء الى التَحْكِيم في عقد الشَرَاكَة: اولا: بساطة وسرعة اجراءات التَحْكِيم، والتَحْكِيم يعتبر ضمانة للتشجيع على الاستثمار، وقلة النفقات من سمات التَحْكِيم، والتَحْكِيم قضاء متخصص، والمحافظة على استمرار العلاقات بين الاطراف، والتَحْكِيم يفصل في النزاع بطريقة سرية.

٨. نصت القوانين المقارنة على اللجوء الى التَحْكِيم فيها، وذلك بعد عقد الشَرَاكَة يرتب التزامات يتطلب تحقيقها ابرام عقود مختلفة تبدا من خلال مراحل التصميم والتمويل والتجهيز والتشغيل والادارة والصيانة، وتنتهي بابرام عقود المنتفعين بالخدمة، الامر الذي جعل من التَحْكِيم الوسيلة الاهم لفض المنازعات بين طرفي العقد القَطَاع العَام والخَاص.

ثانيا: التوصيات:

١. ندعو المُشَرِع العراقي الى سرعة اقرار مشروع قَانُون الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص، وذلك لان نجاح هذه الشَرَاكَة تحتاج الى اطر تشريعية وتنفيذية ومالية يعكس روح الشَرَاكَة مع القَطَاع الخَاص يقوم على مبدا الشفافية وحماية المنافسة وتشجيع الاستثمار، فضلا عن معالجة مشروع القانون اسس تفعيل الشَرَاكَة بشكل عملي مدروس، والنص الى تنويع الاقتصاد العراقي واخراجه من الاحادية الريعية لتوفير فرص عمل واستقرار ونمو اقتصادي وتجاري مستدام.

٢. ندعو المُشَرِع العراقي الى تعديل نص المادة (١١) من مشروع قانون الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص العراقي باضافة فقرة (اتباع اسلوب التَحْكِيم وسواء التَحْكِيم التجاري الوطني او الدولي) بدلا من الاكتفاء بحل المنازعات طبقا لاحكام القَانُون العراقي لتشجيع الشَرِكَات الاجنبية على الشَرَاكَة في العراق.

٣. ندعو المُشَرِع العراقي الى اقرار مشروع قانون التحكيم العراقي كون نطاقه يشمل كل تحكيم يكون اطرافه من اشخاص القانون العام او من القانون الخاص او من

كليهما، والنزاع في العلاقة القانونية سوء تجارية، مدنية، ادارية، صناعية، زراعية، خدمية.

٤.ندعو المُشَرِع العراقي الى تبسيط اجراءات الاستثمار وايجاد حلول لمشاكل المستثمرين ومعالجة سلبيات قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، مما يشجع على جذب الاستثمارات الاجنبية.

٥.يتوجب على المُشَرِع العراقي ان يحدد في قانون الشَرَاكَة بين القَطَاعين العَام والخَاص القَطَاعات التي ينبغي تشجيع الشَرَاكَة والاستثمار فيها، وخصوصا المشاريع المتعلقة بالخدمات والبنية الاساسية، كالمطارات، والجسور والكهرباء والاتصالات.

٦.ندعو دوائر الدولة الخدمية والاستثمارية الى تاسيس قسم التشغيل المشترك لتنفيذ عقود بالشَرَاكَة مع القَطَاع الخَاص بالاستناد الى قانون الشَرَاكَة، وصياغة عقد شراكة نموذجي تضيمن كافة الامور الفنية من تنفيذ وانشاء وادارة وتاهيل وتطوير وتوزيع المخاطر، وتقسيم المهام ومدد الاستثمار، وكيفية استحصال وتقسيم الارباح المالية، وحسب الشروط الخَاصة لكل عقد.

٧.ندعو المُشَرِع في مشروع قانون الشَرَاكَة العراقي الاشارة في الاسباب الموجبة لسنه الى انقاذ المصانع والشَرِكَات العامة الخاسرة والمتوقفة، وليس تركيز الشَرَاكَة على مشاريع جديدة بين القَطَاعين العَام والخَاص.

الهوامش

(١) الـ (P.P.P) اختصاراً للكلمات (public–private partnership)، التي تعني الشراكة بين القطاع العام والخاص في تنفيذ المشروعات، وتقديم الخدمات العامة.

(٢) يقصد بالمرفق العام كل مشروع تنفيذه الدولة او تشرف على تنفيذه، ويعمل بانتظام واستمرار لخدمة الجمهور، فهو مشروع يسير بطريقة مشتركة بين القطاع العام والخاص (حرير، ٢٠١٩، ٤٥).

(٣) بعد الاطلاع على، لم يتم تعريف عقد الشراكة وفق قوانين الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧، ورقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، لكن تم استعمال مصطلح القطاع المختلط، وشركات مساهمة مختلطة، ولكن القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، سمح للشراكات العامة (القطاع العام) الشراكة مع الشركات

العربية أو الأجنبية، ولم يذكر القانون الشراكة مع القطاع الخاص العراقي، مما يعنى بأنه لا يسمح بهذه الشراكة، وهذا يعد قصور واضح في فهم أهداف الشراكة.

(٤) تقابلها (اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء، ٢٠١١، المادة (١)).

(٥) ينظر المادة (١) من الامر رقم (٥٥٩) لسنة ٢٠٠٤، المتضمن عقود الشراكة الفرنسي.

(٦) ينظر المادة (١) من الأمر الخاص بعقود الشراكة الفرنسي.

(٧) وتشمل الوسائل (الودية) لفض منازعات عقد الشراكة، المشاورات، والتوفيق، والوساطة، والخبرة الفنية، (الكوت، ٢٠١٨، ٢٢٧ وما بعدها).

(٨) مثال على مراكز التحكيم المؤسسي النظامي: مركز العراق للتحكيم الدولي الذي انشأ سنة ٢٠١٠، ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وايضاً مركز واشنطن للتحكيم الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، وهيئة (D.S.B) لتسوية المنازعات بين الدول الأعضاء في منظمة التجارية العالمية من خلال التحكيم، (شرف الدين، ٢٠١٤، ٤٣-٤٤؛ علي، ٢٠١٦، ١٩٠-١٩٢).

(٩) التحكيم المؤسسي هو الذي يتم عن طريق مراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة على سبيل المثال: محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، ومحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي(LCIA)، ومحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي، وهيئة التحكيم الأمريكية (AAA)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID) في واشنطن، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وتتولى هذه المؤسسات تنظيم العملية التحكيمية بدءاً من تعيين هيئة التحكيم، مروراً بإجراءاته، وانتهاء بصدور قرار التحكيم وإبلاغه لأطراف النزاع؛ أما التحكيم الخاص أو الحر أو الطليق (Ad hoc) فهو الذي يتم دون اللجوء لمراكز التحكيم، حيث يقوم فيه أطراف النزاع باختيار المحكمين وتحديد القانون أو القواعد الواجبة التطبيق سواء على إجراءات أو موضوع النزاع وتحديد مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين وكيفية سدادها (الزيني، ٢٠١٩؛ الكوت، ٢٠١٨، ٢٤٠-٢٤١).

(١٠) للمزيد من التفاصيل عن مركز تسوية منازعات الاستثمار؛ يراجع الموقع الالكتروني الاتي:
https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/the-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid

المصادر والمراجع

المصادر العربية:

ابو سريع، د. م. م. (٢٠١٨). دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في توفير الخدمات العامة The Role of Public-Private Partnerships in The Provision of Public Services. المصرية للنشر والتوزيع.

ابو عيطة، د. ا. (٢٠١٤). التحكيم التجاري الدولي International Commercial Arbitration. دار الفكر الجامعي, الاسكندرية.

احمد، ا. ا. س. (٢٠١٥). الشركات التجارية في القانون السعودي Commercial Companies in Saudi Law. المركز القومي للاصدارات القانونية.

اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم الاجنبي والاعتراف بحجيته (ا.ن) The New York Convention on The Execution and Recognition of Foreign Arbitration Awards, (1958). https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/new-york-convention-a.pdf.

الامر الجمهوري والخاص بعقود الشراكة الفرنسي Republican Order Amending French Partnership Contracts، رقم الامر (٥٥٩). (٢٠٠٤).

البياري، ب. ا. (٢٠٠٩). شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية Arbitration Clause in International Commercial Contracts، رسالة ماجستير غير منشورة. الجامعة الاردنية.

الجارحي، د. ع. ا. (٢٠١٨). اتجاه هيئات التحكيم لاعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الادارية ذات الصفة الدولية (عقود الدولة) The Arbitral Tribunals Tendency to Implement International Trade Rules on An International Character (Administrative Contract Disputes (State Contracts) . (مج. ٢). المركز القومي للاصدارات القانونية.

الجازي، ع. م. ح. (٢٠٠٢). التحكيم في منازعات عقود الاستثمار Arbitration in Investment Contract Disputes. مجلة نقابة المحامين، ٢٩.

الجمل، د. ه. م. م. س. (٢٠١٦). الشراكة بين القطاعين العام والخاص في العراق بين خيارات التطوير والتفعيل (رؤية مستقبلية) Public-Private Partnership in Iraq Between Development and Activation Options (Future Vision). مجلة كلية الشريعة والقانون، ٣١(٤). https://mksq.journals.ekb.eg.

الجنابى، د. ح. ح. م. (٢٠١٩). دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الحدود The Role of International Arbitration in Settling Border Disputes. مجلة دراسات اقليمية، ١٣(٤٢).

الحديدي، ط. م. ج. (د.ت). النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية المنازعات The Legal Regime of Construction, Operation and Transfer Contracts (BOT) and The Arbitration Rules Application in Dispute Settlement. دار الكتب القانونية.

الحسين، د. ح. ش. (٢٠١٢). التحكيم في منازعات العمليات المصرفية- دراسة في اطار القانون السوري Arbitration in Banking Operations Disputes - A Study Within the Framework of Syrian Law. المجلة القضائية، ٤.

الرشيد، د. ع. م. (٢٠٠٧). ادارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المفاهيم-النماذج-التطبيقات) Managing the Partnership Between the Public and Private Sectors (Concepts-Models-Applications). (ط. ٢). المنظمة العربية للتنمية الادارية.

الزهاوي، د. ف. ح. ص. (١٩٩٠). المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار Joint Ventures According to Investment Laws. دار الحكمة للطباعة.

الزيني، د. ا. ر. (٢٠١٩). التحكيم في عقود الفيديك واليات تسوية المنازعات التي تنشا عنها Arbitration In FIDIC Contracts and The Mechanisms for Settling Disputes Arising from Them. https://www.bibliotdroit.com.

السامرائي، د. م. ع. (١٩٩٥). النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات The Legal System of Multinational Corporations، رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة بغداد.

السبعاوي، ز. م. ح. ع. (٢٠١٤). التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون International Commercial Arbitration Between Sharia and Law. المركز القومي للاصدارات القانونية.

السماك، د. م. ا. س. (٢٠١٣). التنمية البشرية المستدامة بمجلس التعاون لدول الخليج العربية Sustainable Human Development in the Cooperation Council for the Arab Gulf States. مجلة دراسات اقليمية، ١٠(٣٢).

السنهوري، د. ع. ا. (٢٠١١). الوسيط في شرح القانون المدني The Mediator in Explaining the Civil Law. منشورت الحلبي الحقوقية.

الشواوره، د. ن. خ. (٢٠١٧). العلامة التجارية وحمايتها من اعمال المنافسة غير المشروعة Protection Trademark from Unfair Competition. الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع.

الصباحي، د. ع. ش. ا. (٢٠١٩). مسؤولية الشركة متعددة الجنسية عن النشاط الاستثماري لشركتها الوليدة The Multinational Company Responsibility for The Investment Activity of Its Fledgling Company. دار الاكاديميون للنشر والتوزيع.

الطائي، ي. ش. م. (٢٠٢٠). تحالفات شركات النقل الجوي- دراسة مقارنة Air Carrier Alliances - A Comparative Study، اطروحة دكتوراه غير منشورة. جامعة الموصل.

العبيدي، د. فائق مشعل قدوري، و محمود، د. ص. ف. (٢٠١٧). الشراكة بين القطاعين العام والخاص في العراق بين خيارات التطوير والتفعيل (رؤية مستقبلية) Public-Private Partnership in Iraq Between Development and Activation Options (Future Vision). مؤتمر الشراكة بين القطاعين العام والخاص انماط جديدة للتنمية الاقتصادية.

العظيم، د. د. ح. ص. (د.ت). الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام Recent Trends in Commitment Contracts. دار النهضة العربية .

العمري، ع. ص. ا. (٢٠١٢). تجارة التسويق الهرمي عبر الانترنيت Online Pyramid Marketing Business. مجلة دراسات اقليمية، ٩(٢٦).

الفواعير، س. ب. (٢٠١٦). عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص The Partnership Contracts Between the Public and Private Sectors. المجلة الدولية للقانون، ٢. https://qspace.qu.edu.qa/bitstream/handle.

الكاديكى، س. ع. ع. م. (د.ت). الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص Oversight of Partnership Contracts Between the Public Sector and The Private Sector. دار الجامعة الجديدة.
الكوت، د. . م. ع. ا. (٢٠١٨). عقود الشراكة (P.P.P) Partnership Contracts (P.P.P)). المؤسسة الحديثة للكتاب.
اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء Executive Regulations Issued by Cabinet Resolution، رقم اللائحة (٢٣٨). (٢٠١١).
المراغي، ا. ع. ا. (٢٠١٥). دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية The Arbitration Role in Encouraging and Protecting Foreign Investments. المكتب الجامعي الحديث.
الناصري، د. م. ن. ص. م. (٢٠١٧). الوافي في المحكم التجاري The Sufficient in The Commercial Court. المؤسسة الحديثة للكتاب.
النعيمي، د. ز. ع. ا.، و ياسين، ا. ط. (٢٠٢٣). دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الحدود The Role of International Arbitration in Settling Border Disputes. مجلة دراسات اقليمية، ١٧(٥٥).
حداد، ح. ا. (٢٠٠٤). الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري Summary of the General Theory of Commercial Arbitration.
حرير، ا. (٢٠١٩). النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص The Legal System of Partnership Contracts Between the Public and Private Sectors. المركز الاكاديمي للنشر.
حسن، د. ح. ع. (٢٠١٦). عقد المشاركة لتمويل وانشاء وادارة المرافق العامة Partnership Contract for Financing, Establishing and Managing Public Utilities. دار الجامعة الجديدة.
حمادة، د. ح. ع. ا. (٢٠١٤). عقود الشركة (P.P.P (P.P.P)Company Contracts). دار الجامعة الجديدة.
خليفة، ع. ع. (٢٠٠٥). الاسس العامة في العقود الادارية General Foundations in Administrative Contracts. دار الفكر العربي.
رضون، ا. ز. (١٩٨١). الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي General Principles of International Commercial Arbitration. دار الفكر العربي.
زيدان، م. ه. (٢٠١٣). حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة International Commercial Arbitration Judgment in International Joint Venture Disputes. مجلة التشريع والقضاء، ٥(١).
سلامي، ع. (٢٠١٧). الطرق البديلة لحل نزاعات الاستثمار في اطار اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ Alternative Ways of Resolving Investment Disputes Within the Framework of the 1965 Washington Agreement، رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة البويرة.
شرف الدين، د. ا. (٢٠١٤). التحكيم في منازعات عقود الامتياز النفطي امام هيئات التحكيم القضائي Arbitration in Oil Concession Contract Disputes in front of Judicial Arbitral Tribunals.

طعمة، د. ح. ح. ا. (د.ت). قراءة في مشروع قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص A Reading of The Draft Law on Partnership Between the Public and Private Sectors.

عرفة، ح. س. (٢٠٠٦). التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي Arbitration and Conciliation and Its Applications in The Criminal Field. جامعة نايف العربية للعلوم الامنية.

علي، س. ح. (٢٠١٦). التحكيم في منازعات الاوراق المالية طبقا لقواعد الاونسيترال Arbitration in the Currency Paper Disputes Under the UNCITRAL Rules. المركز القومي للاصدارات القانونية.

غصن، د. ع. ع. (٢٠١٠). الشركات المدنية في القانون اللبناني Civil Companies in Lebanese Law.

قانون الاستثمار العراقي (ق.ا.ع) Iraqi Investment Law ، رقم القانون (١٣). (٢٠٠٦).

قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة المصري (ق.ت.م.ق.خ). The Egyptian Private Sector Participation Regulating Law in Infrastructure Projects, Services and Public Utilities in، رقم القانون (٦٧) (٢٠١٠).

مؤمن، د. ط. ش. (٢٠١١). التجمع المؤقت للمشروعات Temporary Assembly of Projects. دار النهضة العربية.

محمد، ا. ج. (٢٠١٢). محددات اختيار النماذج الاستراتيجية للشركات العامة – الخاصة Determinants of Choosing Strategic Models for Public-Private Companies,، رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة الموصل.

مشروع قانون الشراكة العراقي (م.ق.ش.ع) The Iraqi Partnership Draft Law، رقم القانون بلا.

مشوح، ا. لبانه. (٢٠١١). الترجمة والتنمية الفكرية ـ القطاع الاداري نموذجا Translation And Intellectual Development - The Administrative Sector as A Model. مجلة جامعة دمشق، ٢٧(٣–٤).

يوسف، د. ي. ح. (٢٠١٣). التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الاسلامية International Arbitration Between International Law and Islamic Sharia. المركز القومي للاصدارات القانونية.

المصادر الاجنبية:

Bezan, C. X., Deruy, L., & Fornacciari, M. (n.d). No Title.