مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

آثار إمتياز المرفق العام بين أطرافه وفقا لتعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في العراق وإقليم كوردستان

أ.د. عبدالملك يونس محمد
القسم القانون، الكلية القانون، الجامعة صلاح الدين، المدينة اربيل، الدولة العراق
abdulmalik.mohammed@su.edu.krd

دلشاد حسن مصطفى
القسم القانون، الكلية القانون، الجامعة صلاح الدين، المدينة اربيل، الدولة العراق
najar_73@yahoo.com

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: 2021/10/13
القبول: 2021/1/10
النشر: صيف 2022

الكلمات المفتاحية:
Franchise Contract, Administrative, Concessionaire Rights & Obligations, Executive Instructions.

Doi:
10.25212/lfu.qzj.7.2.34

الملخص

نشأت الدولة ورافق ذلك إلتزامها بتقديم خدمات لجمهور الأفراد فيها مواطنين كانوا أم غير ذلك، فأقتصرت هذه الخدمات في بداياتها على الخدمات الأساسية في (الأمن و الدفاع و العدالة) وهو ما تفرضه فكرة الدولة الحارسة، لكن التطور الحاصل في دور الدولة فرض عليها التدخل و بشكل أوسع في الحياة الأمر الذي رتب حقوقاً للافراد تجاه الإدارة بالمطالبة بمزيد من الخدمات فقدمت على إنشاء المرافق العامة لتقديم الخدمات، وواجهت الإدارة صعوبات في توفير هذه الخدمات ومن نظريات العقد الإداري وجد الحل الذي اتبعته الإدارة و المتمثل في منح تسيير مرافقها العامة لجهات لا ترتبط بالإدارة ارتباطاً عضوياً فتم توصيف هذا النوع من التسيير بإمتياز المرفق العام فتخلصت الدولة من الاعباء المالية المكلفة لموازنتها فضلاً عن توفير فرص العمل للأفراد فيها وتقديم الخدمات بشكل افضل مما لو تولت الإدارة بنفسها تقديم الخدمة ودون ان تنتقل ملكية المرفق الى من منح الإمتياز.

إلا ان الأمر ليس بهذه البساطة فقد انتج هذا الإمتياز حقوقاً و إلتزامات على طرفيه وجب عليهما احترامها فأنتبه المشرع لذلك فعمد الى منح السلطة التنفيذية سلطة إصدار تشريعات فرعيه لتنظيمها وغايتهُ في ذلك هو مجاراة الواقع في الدولة من خلال سهولة تعديل التشريع الفرعي بالنسبة لجهة إصداره بالمقارنة مع صعوبة تعديل القوانين فيما لو نظم هو الحقوق والإلتزامات، فأصبح من حقوق صاحب الإمتياز الذي يسعى لتحقيق الربح من نشاطه في المرفق العام المقابل المالي وضرورة المحافضة على توازنه فضلاً عن حقه في تسهيلات مختلفة تلتزم الإدارة بتقديمهما إليه، بالمقابل ينهض حق الإدارة في الاشراف والتوجيه وتعديل بنود الإمتياز نفسه كونها المالك الحقيقي للمرفق محل الإمتياز.

المقدمة:

الآثار الناجمة عن الإمتياز تنشأ من طبيعته ذاتها، وهي بالأساس لا وجود لمثيلها في القانون الخاص، فالإمتياز من حيث الموضوع هو أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، ومن حيث الشكل فهو عمل

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

قانوني يأخذ صيغة العقد، على أساس ذلك يتحتم أن ينتج عن الإمتياز كعقد آثار قانونية في شكل حقوق والتزامات متبادلة بين الاطراف المكونة له، فتكَّونْ على أساس هذه الفكرة حقوق صاحب الامتياز هي التزامات الادارة نحوه وبالعكس تمثل حقوق الادارة في الامتياز التزامات على صاحب الامتياز يجب احترامها، كما يمنح الإمتياز للإدارة سلطة لايوجد مثيلها في عقود القانون الخاص والتي تؤسس على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) فيكون لها بموجبها أن تفرض وبإرادتها المنفردة على صاحب الإمتياز تعديلات عليه ليس له الحق في مناقشتها او رفضها، وقد تم إقرار ذلك قانوناً في تشريعات فرعية تمثل الأساس القانوني لعمل الإدارة ليس فقط في امتياز المرافق العامة بل في العقود الادارية ككل وهي تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، ويبدو السبب في تشريع هذه التعليمات مراعاة المصالح المتعارضة للإدارة وصاحب الامتياز، وتثير هذه التعليمات إشكالية في التطبيق العملي من حيث مدى إلتزام الإدارة بالشروط الواردة فيها ومدى مراعاة الحقوق والإلتزامات المتقابلة لطرفي الإمتياز، فيهدف البحث لدراسة مدى إلتزام بهذه التعليمات عند إنشاء الإمتياز، عليه سوف نتولى البحث في هذا الموضوع من خلال ثلاثة مطالب، الأول لدراسة حقوق صاحب الإمتياز وما يتحمله من إلتزامات، أما المطلب الثاني فيكون للبحث حقوق الإدارة وإلتزاماتها تجاه صاحب الإمتياز، ويكون المطلب الثالث والاخير للدراسة في تعديل الحقوق والالتزامات.

المطلب الاول
تعريف إمتياز المرفق العام

إمتياز المرفق العام مفهوم يُعبر عن الإنتقال من طريقة الإدارة المباشرة الى طريقة الإدارة غير المباشرة لتسيير المرفق العام سعياً من الدولة في التخلص من أعباء الإدارة المباشرة سواء كانت أعباء مالية او أعباء تقديم الخدمات الكاملة للافراد ولتوفير كفائة المرفق العام وفعاليتهُ في تقديم الخدمة المنوطة به باسلوب ناجع وفعال ولغرض الوقوف على تفصيل هذا المفهوم سنتولى شرحه في فرعين، الاول لتعريف إمتياز المرفق العام للتأسيس لدراسة خصائص إمتياز المرفق العام في الفرع الثاني.

الفرع الاول: تعريف إمتياز المرفق العام

للوقوف على المعنى الدقيق لمصطلح الإمتياز لا بد من معرفة مفهومه في اللغة والاصطلاح

الإمتياز لغةً

جاء في قوله تعالى: (وَامْتَازُوا الْيَوْمَ أَيُّهَا الْمُجْرِمُونَ)[1]، كذلك في قوله تعالى (لِيَمِيزَ اللَّهُ الْخَبِيثَ مِنَ الطَّيِّبِ وَيَجْعَلَ الْخَبِيثَ بَعْضَهُ عَلَى بَعْضٍ)[2] . فَتميُز القوم في الأية الاولى أي إنفردوا عن المؤمنين عند اختلاطهم

(1) القرآن الكريم سورة يس الآية (59).
(2) القرآن الكريم سورة الانفال الاية (37).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بهم وذلك هو الفصل ايضاً والتفضيل على من سواه[3]، فإمتياز الشيء يعني أنه بدأ فضلُهُ على مثلهِ وانفصل عن غيرهُ وانعزل فامتاز القوم تميزَ بعضهم عن بعض [4]

الإمتياز اصطلاحاً

إختلف تعريف الإمتياز بحسب جهة النظر فتنصرف وجهة النظر الاولى بتعريفه بأنه (عقد اداري يتولى الملتزم فرداً كان ام شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته ادارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنفعين مع خضوعِهِ للقواعد الاساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي يتضمنها عقد الإمتياز)[5]، وعُرف كذلك بانه (عقد اداري يتولى بمقتضاه احد اشخاص القانون الخاص عادةً فرد او شركة تشغيل احد المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة على مسؤوليتهِ وبواسطة عمالهِ واموالهِ مقابل رسوم يتلقاها من المنتفعين)[6]، وعُرف الإمتياز ايضاً بانه (عقد اداري يتم بين شخص معنوي من اشخاص القانون الخاص يتعهد بمقتضاه الملتزم بالقيام على نفقتهِ وتحت مسؤوليتهِ باداء خدمة عامة للجمهور طبقاً للشروط الموضوعة له مقابل التصريح باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الارباح ويكون الاستغلال في صورة التصريح الملتزم بتحصيل اجر ورسم من المنتفعين)[7]، كذلك تبنى المشرع وجهة النظر هذه في تعريف الإمتياز بانه (عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد او شركة يعهد اليها استغلال مرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون، والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائِهِ لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية او ملتزماً)[8]، ويلاحظ على التعاريف تركيزها على الجانب الشكلي وتبنتها كوجهة نظر بوصف العمل القانوني بانه عقد فضلا على انها قصرت الإمتياز على المرافق العامة الاقتصادية فقط، يضاف الى ذلك ان المنتفعين من المرفق دائماً هم المكلفون بالاعباء المالية للمرفق والتي تدفع للجهة التي تتولى الإمتياز بصورة رسوم وذلك لا يتفق والاسلوب الحديث لإمتياز المرافق العامة الذي يتجه الى المشروع الذي تُقيمهُ الدولة بوصفهِ مرفقاً عاماً اياً كان نشاطه اقتصادي او تجاري او خدمي كما انه ليس دائماً يكون الربح المقرر للجهة المتعهدة بتسيير المرفق في صيغة رسوم يتحملها المنتفعين من المرفق فقد تساهم الدولة مع المنتفعين في تحمل المبلغ او تتحملهُ لوحدها في صيغة مبلغ مقطوع شهري اونصف سنوي او سنوي تدفعه الإدارة للجهة متولية تسيير المرفق العام. وتتجه وجهة النظر الثانية في تعريف الإمتياز بمعزل عن صيغة الشكل القانوني كعقد انما تنظر للإمتياز كونهُ نمط واسلوب من اساليب ادارة

(3) ابراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، مجمع اللغة العربية، مطبعة مصر، القاهرة، 1381 ه – 1961 م، ص900.
(4) الامام العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري: لسان العرب، ج8، الدار الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 2003، ص411.
(5) د.سليمان الطماوي: الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)، ط4، مطبعة عين شمس، القاهرة، ص108.
(6) د.ماجد راغب الحلو: العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص236.
(7) د.محمود عاطف البنا: العقود الادارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص51.
(8) المادة (891) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل النافذ.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المرافق العامة فهو (شكل من اشكال تمويل المشاريع تمُنَح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الإتحادات المالية الخاصة، ويدعى شركة المشروع إمتيازاً لتنفيذ مشروع معين، وعندئذٍ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وادارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق ارباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الإمتياز تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة)[9].

فالإمتياز اسلوب يسمح للدولة بمنح حق ادارة وتسيير مرفق عام لشخص من أشخاص القانون الخاص بمعنى اخر هو عملية تَسمح لأشخاص القانون العام بالتخلي عن صلاحياتهم في تسيير مرفق عام واستغلاله لمصلحة أشخاص القانون الخاص[10]. فإمتياز المرفق العام من حيث الشكل هو عقد بين الإدارة وشخص من اشخاص القانون الخاص هذا الشكل القانوني يمثل الوسيلة القانونية لارتباط الطرفين وضمان الحقوق والالتزامات المتقابلة الناشئة عنه وهو من حيث الجوهر صيغة واسلوب من صيغ ادارة المرافق العامة لتقديم الخدمات العامة وتحقيق الهدف في اشباع الحاجات العامة.

الفرع الثاني: خصائص إمتياز المرفق العام

يتميز هذا الاسلوب في ادارة المرافق العامة بعدة خصائص يمكن اجمالها بما يأتي:-

1. لإمتياز المرفق العام تفسيران في توصيفه القانوني أي أن النظر لهذا النظام لايكون من ناحية واحدة بل من ناحيتين الاولى تتمثل بالجانب الشكلي فيكون في توصيفه القانوني بموجبها عقداً من العقود المسماة بموجب نص القانون المدني في المادة (891) طرفيه الإدارة والجهة التي ترغب بالحصول على الإمتياز فهو عقد إداري لان أحد طرفيهِ وبشكل دائم شخص عام فضلاً عن تمتع الإدارة بسلطة استثنائية فيه و وجود شروط غير مألوفة في القانون الخاص بالرغم من ان القانون المدني بَينَ احكام الإمتياز والتزام المرافق العامة بشكل مجمل[11]، بيدَ أن الإمتياز من حيث المضمون هو اسلوب لادارة المرافق العامة وإنشائها من قبل اطراف غير الإدارة التي يفترض بها تولي هذه المهمة، هدفها الإستفادة من سرعة وجودة خدمات الجهة التي تتولى الإمتياز ورفع الاعباء المالية المترتبة على الإنشاء والإدارة عن كاهل الدولة ونقلها الى الجهات القائمة بالإنشاء والإدارة.

2. مدة الإمتياز محددة وطويلة نسبياً فيلتزم صاحب الإمتياز بإدارة المرفق العام لمدة محددة فهو ليس إلتزام أبدي وليس تنازلا عن المرفق العام إنما مجرد طريقة لتسييره ولكن يراعى في تحديد المدة الطويلة

---

(9) تعريف لجنة الامم المتحدة للقانون النموذجي (الانسترال) نقلا عن د. مطيع علي حمود جبير: العقد الاداري بين التشريع والقضاء في اليمن (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص177.

(10) ينظر د. وليد حيدر جابر: التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص59؛ كذلك ينظر د. سناء بلقواس: التسيير المفوض للمرافق العامة والتحولات في انشاء وتسيير المرافق العامة من عقد الامتياز لعقد البوت، بحث منشور في مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، المجلد (15)، العدد (21)، لسنة 2019، ص397.

(11) المواد (891-899) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل النافذ.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع من إنشاء وادارة والسماح للملتزم بقدر معقول من الربح فكانت المدة تمنح لـ (99) سنة أما في التشريعات الحديثة عملت على تحديد مدة الإمتياز بما لا يتجاوز ثلاثون سنة [12].

3. ملتزم المرفق العام بطريق الإمتياز يتولى تسييره متقيداً بجميع المبادئ والضوابط التي تحكم المرافق العامة بما فيها المالية ومنها ايضاً، مبدأ المساواة بين المنتفعين من المرفق العام، وحق الإدارة في التدخل وغيرها من المبادئ[13].

4. موضوع الإمتياز إدارة وتسيير مرفق عام، يتحمل الملتزم فيه نفقات التسيير ويضمن له سيراً منتظماً ومطرداً فضلاً عن تحمله الأخطار المالية للمرفق نظير رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق العام وبالمقابل تلتزم الإدارة بإعادة التوازن المالي للإمتياز عند إختلاله لان المرفق يبقى على الرغم من ادارته من جهة غير الدولة محتفظاً بصفته كمرفق عام[14].

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

المطلب الثاني
حقوق صاحب الإمتياز والتزاماته

تسيطر على حقوق صاحب الإمتياز فكرة رئيسية هي أنه يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة له تتمثل في حصوله على الربح والعائد المالي الذي يستحصل عليه مقابل تنفيذ التزاماته، عليه سوف ينقسم هذا المطلب الى فرعين، الاول لدراسة حقوق صاحب الامتياز، اما الثاني فيكون لبحث التزاماته.

الفرع الأول/ حقوق صاحب الإمتياز

لغرض إستمرار صاحب الإمتياز في تنفيذه للامتياز وتحقيق المصلحة العامة بالاشباع الحاجات العامة، ومصلحة المرفق نفسها، تتحدد حقوق صاحب الامتياز بما يأتي:-

(12) ينظر علي بوسيف: النظام القانوني لعقد الامتياز، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة السنة الجامعية 2018-2019، ص14.
(13) ينظر سعاد بن جيلاني: النظام القانوني لعقد الامتياز كاسلوب لتسيير المرافق العامة، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد (الرابع)، ديسمبر، 2017، ص171.
(14) ينظر انس هشام محمد الحيالي، التحكيم في منازعات عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 1438هـ - 2017 م، ص12.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

اولاً: الحق في الحصول على المقابل المالي

يعد الحق الاول والاساسي لصاحب الإمتياز، فهو حصاد صاحب الامتياز من المرفق محل الامتياز، وقد جرى العرف على تسمية هذا المقابل بالرسم، فهو المقابل المالي الذي تستقل الادارة بتحديده ويحصل عليه صاحب الامتياز، ويلتزم بأدائه المنتفعين بخدمات المرفق محل الامتياز، وهو قيمة سعرية تأذن الادارة لصاحب الامتياز بتحصيلها، وينص على هذا الرسم كمقابل مالي في شروط الإمتياز نفسه أو في دفاتر الشروط الملحقة به وتلجأ الادارة في تحديدها للرسم الى إحدى الوسائل، فقد تنفرد بتحديده بعد إستشارة صاحب الامتياز دون أن يكون لهذه الاستشارة طابع تعاقدي على الرسم أو أن تحدده الادارة بصورة قطعية دون إستشارة أو أن تكتفي الإدارة بتحديد الحد الأقصى لمقدار الرسم تاركة لصاحب الامتياز حرية تقديرية في حدود الحد الاقصى الذي حددته الادارة سلفاً على أن لا يكون الرسم الذي حدده صاحب الامتياز سارياً دون تصديق عليه من الادارة تحقيقا للصالح العام[15]. وقد يحيل المشرع تحديد الرسم الى الطابع الشكلي لإمتياز المرفق العام بأن يتم تحديد الرسم في صيغة الإمتياز ذاته وكذلك شروط وقواعد تعديل وتغيير أو مراجعة الرسم[16].

وترد على حرية الادارة وصاحب الامتياز في تحديد الرسم قيوداً منها:-

1. مراعاة مبدأ المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة يقتضي على أساسه أن تكون الخدمات والرسم الذي يدفعه المنتفعون متساويا بالنسبة للجميع، ولا تحول هذه المساواة أن تكون هنالك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض في الرسم أو الاعفاء منه، ويجب تحقيق المساواة في ذلك أيضاً على أساس توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف سواء بالنسبة لظروف المنتفعين العامة أو بالنسبة للظروف الخاصة للمنتفعين دون إن يكون هنالك معاملة خاصة أو مميزات لأحد المنتفعين بالذات[17]، من ذلك تخيفض الرسوم أو الإعفاء منها لذوي عوائل الشهداء أو الجرحى وضحايا الإرهاب في إنتفاعهم من بعض المرافق العامة.

2. قد يتدخل المشرع بتحديد الرسم الذي يجب على المنتفعين أدائه مقابل خدمة المرفق العام محل الامتياز، فتتقيد سلطة الادارة وصاحب الامتياز في هذه الحالة بعدم مخالفة التحديد التشريعي لسعر الرسم كتحديد سعر الكهرباء أو المحروقات أو أن يحدد المشرع عدم تجاوز الرسم نسبة معينة من الربح فتكون هذه النسبة قاعدة آمرة لا يمكن مخالفتها، ويترتب على ذلك التزام الادارة بإعادة النظر في سعر الرسم متى

(15) ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص ص 207-208؛ كذلك ينظر د. مطيع علي حمود جبير، مصدر سابق، 2006، ص ص 535-536.
(16) المادة (29) من قانون التدبير المفوض للمرافق العامة المغربي رقم (05 -54) لسنة 2006؛ كذلك المادة (19) من قانون اللزمات التونسي رقم (23) لسنة 2008.
(17) ينظر د. محمود خلف الجبوري: العقود الادارية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1998، ص190؛ كذلك المادة (893) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 العدل النافذ؛ كذلك المادة (670) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل النافذ.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

تجاوزت الارباح الناجمة عن استغلال المرفق من قبل صاحب الإمتياز الحد الاقصى المقرر قانوناً[18]. وهو موقف أكثر تطورا من موقف المشرعين المغربي والتونسي الَّذينْ لم يقررا منح الإدارة حق تعديل الرسم بإرادتها المنفردة، أما موقف المشرع العراقي فهو متأخر جداً قياساً بالتشريع المقارن، فلا يوجد نص تشريعي يحدد بموجبه الرسم مقابل الخدمة، ولا بيان سلطات الادارة في تعديله من عدمه، الأمر الذي يجعل صاحب الإمتياز بمأمن من تعديل الرسم وتحصيل أرباح كبيرة في بعض الحالات، نتيجة تغير الظروف الاقتصادية أو السياسة المالية في الدولة، الامر الذي يجعل المنتفعون من خدمات المرفق تحت تحكم صاحب الإمتياز. ويصاحب المقابل المالي المقرر لصاحب الامتياز بصفة أصلية والذي يمثل الرسم مزايا مالية أخرى كضمان حد أدنى من الربح او التزام الادارة بإقراض صاحب الامتياز مبالغ في حدود معينة، أو ضمان لدى البنوك في الحصول على القروض، وتندرج هذه المزايا تحت عنوان المقابل المالي لصاحب الامتياز وتلتزم الادارة الوفاء بها ايضا، على انه متى ما مارست الادارة الحق في تعديل الرسوم بغير تجاوز للحد الاعلى للرسم خضع هذا التعديل لقواعد المسؤولية، فيكون لصاحب الإمتياز الحصول على التعويض اذا ما ترتب على التعديل أضرار مادية لحقت به [19].

ثانياً: الحق في الحصول على المزايا والتسهيلات

غالبا ما تقرر الإدارة لصاحب الإمتياز بعض التسهيلات التي تساعده على القيام بمهام المرفق العام، فصاحب الإمتياز يتحمل تكاليف باهظة في سبيل إنشاء المرفق وإدارته ويمكن إجمال هذه الامتيازات بما يلي:-

1. تأمين النشاط من المنافسة

يتمتع صاحب الإمتياز بميزة عدم المنافسة من خلال منحه الحق في إحتكار نشاط المرفق العام موضوع الإمتياز من منافسة المشروعات المماثلة فيكون إحتكار قانوني قرره المشرع بنص صريح يمنع بموجبه أي منافسة ومع ذلك يجب أن يكون محدد بفترته الزمنية التي غالبا ما تكون محددة بفترة الإمتياز نفسه[20].

والسؤال الذي يطرح هنا أنه، إذا ما أغفل المشرع إصدار مثل هذا القانون، فهل يعني إدارة صاحب الإمتياز للمشروع تكون في إطار المنافسة الحرة مع المشروعات المماثلة؟

(18) ينظر وفاء محمود احمد البيواتي: المقابل المالي في العقود الادارية، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 1439هـ 2018م، ص228؛ كذلك المادة (3) من قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947 المعدل النافذ.

(19) ينظر د. مصطفى سالم النجيفي: العقود الادارية والتحكيم، ط1، الافاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1998، ص 270؛ كذلك ينظر، د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص209.

(20) ينظر د. هاني علي الطهراوي: القانون الاداري (ماهية القانون، التنظيم الاداري، النشاط الاداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص279.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

للاجابة على ذلك، تبرز وسائل تأمين النشاط الاخرى فالإمتياز نفسه قد يتضمن بنود منح صاحب الإمتياز وضع إحتكاري معين، فيقع الإلتزام على الادارة بذلك، ومن ناحية يمكن تحقيق ذلك بتعهد الإدارة بعدم منح تراخيص لإشغال الدومين العام للمشروعات الخاصة المماثلة خاصة وأن معظم المرافق العامة تتطلب إصدار مثل هذه التراخيص، فالتزام الادارة بحماية صاحب الامتياز ضد المنافسة يمكن أن يأتي بالنص التشريعي او النص عليه في الامتياز نفسه، ومع ذلك فهو ليس التزام عام أو مطلق فيجوز النص في الإمتياز بأن الضمانات الممنوحة لصاحب الإمتياز لا تمنعها من إبرام إمتيازات أخرى مع آخرين، ومع ذلك تبقى الادارة ملزمة بهذا الالتزام، لأن صاحب الإمتياز يتعاون معها في تسيير المرفق العام الذي يقع عليه تحسين وتطوير ظروف واستغلال المرفق العام إستجابة للتقدم العلمي و التقني لتحسين خدمة المرفق العام بشكل أفضل، وإلاّ أستردت حريتها في عقد إتفاقية إمتياز جديدة أو منح تراخيص لأحد الأشخاص لممارسة النشاط ذاته في منطقة الإمتياز[21].

2. توفير التسهيلات المالية

تلجأ الدول لتشجيع القطاع الخاص الوطني والهيئات الأجنبية الخاصة للإستثمار داخل الدولة الى جملة من الإعفاءات منها إعفاء نشاط صاحب الامتياز المتعلق بتشغيل المرفق العام من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو محدودة الفترة، كما يمكن شمول السلع والتجهيزات المستوردة لإنشاء المرفق العام أو اللازمة لإدارته من تخفيضات على الرسوم الكمركية او الاعفاء منها[22]. وقد أخذ بهذه التسهيلات إقليم كوردستان – العراق، حيث عمد الى إعفاء المشروع الذي يقام في إقليم كوردستان من جميع أنواع الضرائب والرسوم المقررة بموجب التشريعات النافذة ولمدة (10) سنوات تبدأ من تاريخ تقديم المشروع للخدمات أو تاريخ الإنتاج الفعلي، بالتالي فهذا الاعفاء يشمل كل نشاط قبل هذا التاريخ، فضلا عن إقرار الإعفاء من الضرائب والرسوم لجميع الآلات والأجهزة والمعدات والمكائن المستوردة للمشروع خلال سنتين من الموافقة على قوائم هذه الآلات، ويشمل الإعفاء قطع الغيار لهذه الآلات وكذلك العدد والآلات اللازمة لتوسيع أو تطوير أو تحديث المشروع، وأضاف المشرع إعفاء من الرسوم الكمركية للمواد الاولية المستوردة للإنتاج لمدة (5) سنوات وكل احتياجات المشروع[23].

أما المشرع العراقي فقد أعتمد نفس المدة وهي (10) سنوات للإعفاء من الضرائب والرسوم، إلا أنه جعل إعفاء الآلات والأجهزة والتي اطلق عليها تسمية الموجودات مقرراً لها الاعفاء لمدة (3) سنوات، وكذلك فعل بالنسبة لقطع الغيار للموجودات، وكذلك المواد اللازمة لتطوير أو توسيع المشروع وقرر اعفاء

(21) ينظر د.حمادة عبد الرزاق حمادة: النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص680؛ كذلك ينظر د. ابو بكر احمد عثمان: عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014 – 2015، ص158.

(22) ينظر د. مروان محى الدين القطب: طرق خصصة المرافق العامة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص369.

(23) المادة (الأولى) الفقرة (ثامناً) والمادة (الخامسة) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان – العراق رقم (4) لسنة 2006.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

اضافي كل (4) سنوات من رسوم الاستيراد لمشاريع معينة، كالمستشفيات والمؤسسات السياحية والتربوية لغرض التجديد[24] ، لكنه لم يمنح أي إعفاءات كمركية كما فعل المشرع الكوردستاني، وأضاف المشرعان مزايا مالية أُخرى تتمثل من تمكين صاحب الإمتياز بإخراج رأس المال الذي أدخل للعراق وعوائده وبعملة قابلة للتحويل عند نهاية الامتياز[25].

3. تسهيلات عقارية

تضع بعض الدول قيوداً على تملك ألأجانب أشخاصاً طبيعة أو معنوية للعقارات فيها، ولتمكين صاحب الامتياز من حسن تنفيذه، وتشجيعاً على الاستثمار في الدولة، تعطي الحق في تملك العقارات دون التقييد بالضوابط المتعلقة بتملك الاجانب، ومن باب أولى له الحق في الأستئجار متى كان الغرض من الشراء أو الاستئجار تأسيس أو توسيع وتطوير المشروع وفق أحكام قانون الاستثمار، ويشمل ذلك العقارات السكنية بما يتطلبه المشروع بعد موافقة هيئة الاستثمار[26]. في حين هنالك من يأخذ منحى آخر فيمنح التسهيلات العقارية بأسلوب آخر، مميزاً بين الاملاك العامة والاملاك الخاصة، فأما الأولى يميز فيها بين الاملاك العامة المخصصة لنشاط المرفق يكون فيها لصاحب الامتياز حق إستغلالها لإنجاز نشاط المرفق دون أن يترتب على ذلك تملكها، اذ تبقى مملوكة الدولة كذلك حال الاملاك العامة المخصصة للجمهور، يكون لصاحب الإمتياز حق إستغلالها متى كان ذلك ضرورياً لنشاط المرفق العام وأن يكون ذلك بمساعدة الإدارة لصاحب الامتياز[27].

أما الاملاك الخاصة وفي سبيل إنجاز نشاط المرفق العام، يمكن نزع الملكية الخاصة وحتى الإقرار أيضا بحق الإستيلاء والإشغال المؤقت عليها على أن يحدد القانون الجهات التي تستفيد من هذه الامتيازات، وأن يكون الإستملاك لحساب الادارة وعن طريقها وليس لحساب صاحب الامتياز [28].

ثالثاً: الحق في الحفاظ على التوازن المالي للإمتياز

أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذا الحق تعبير التوازن المالي الشريف بين حقوق صاحب الإمتياز والتزاماته، وهو حق لا وجود له في القانون الخاص، لارتباطه بحق الادارة في التعديل الذي ليس له وجود في ذلك القانون ايضا، لأنه يقوم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويعني التوازن المالي المساواة ما بين النفقات والإيرادات مع إحتساب هامش ربحي ملائم يكون هو السبب من وراء إرتضاء الدخول في

(24) المادة (1) الفقرة (ج) والمواد (15-18) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل النافذ.
(25) المادة (السابعة) الفقرة (ثالثاً)من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان – العراق رقم (4) لسنة 2006؛ كذلك المادة (11) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل النافذ.
(26) المادة (اولاً) الفقرة (تاسعاً) و المادة (الرابعة) الفقرات (ثالثاً، سابعاً، عاشراً) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان - العراق رقم (4) لسنة 2006.
(27) المادة (23) من قانون التدبير المفوض للمرافق العامة المغربي رقم (05، 54) لسنة 2006؛ كذلك المواد (35 – 36) من قانون اللزمات التونسي رقم (23) لسنة 2008.
(28) ينظر د. ابو بكر احمد عثمان: عقود تفويض المرفق العام، مصدر سابق، ص161.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الإمتياز فهو الإبقاء على طبيعة الإمتياز كما روعيت عند إبرامه والإستمرار في التعامل معه كظاهرة طبيعية، فقد تزيد الادارة من التزامات صاحب الإمتياز أو تنقص منها، ويجب أن يحتفظ الإمتياز بتوازنه المالي والاقتصادي وخواصه الأصلية ما دام قائماً ومستمراً[29].

فكرة التوازن المالي للإمتياز، تعني الإبقاء على طبيعته كما روعيت عند إنشاء الإمتياز، فالأصل أن المقابل المالي في الإمتياز يتسم بطابع الإستقرار والثبات ويحدث أن تعمد الإدارة الى زيادة الإلتزامات المترتبة على الإمتياز أو تنقصها، ولكن يجب عليها أن تحتفظ بتوازنه الاقتصادي والإبقاء على خواصه الأصلية، فيعني التوازن، ضرورة وجود تناسب بين إلتزامات صاحب الإمتياز وحقوقه حتى يتمكن من تنفيذ إمتياز المرفق العام على النحو المحدد في شروط الإمتياز، ويختل هذا التوازن نتيجة لتدخل الإدارة بتعديله أو بسبب إجراء من إجراءاتها، يؤدي الى جعل مركز صاحب الإمتياز أسوء ويحدث ذلك إما بسلطة الادارة السيادية (فعل الأمير) أو بسبب ظروف طبيعية (الظروف الطارئة) أو نتيجة لظروف مادية (الصعوبات المادية غير المتوقعة)، بالتالي فان أي زيادة في أعباء صاحب الإمتياز نتيجة لإستخدام الادارة لسلطتها في تعديل الإمتياز أو الاسباب غير الإعتيادية الأخرى من شأنه أن يرتب حقاً أساسياً لصاحب الإمتياز في تغطية تلك الأعباء على نحو يعيد التوازن المالي لإمتياز المرفق العام لحالته الاولى، ففي الإمتياز تكون العلاقة وثيقة بين الحقوق والالتزامات، فمثلما تكون الإلتزامات قابلة للزيادة يجب أن تكون الحقوق معرضة للزيادة أيضا والحفاظ على التوازن المالي للامتياز، مرجعةً إعتبارات العدالة وما يتعين أن يكتنف الإمتياز من حسن نية، لما يؤدي اليه هذا الحفاظ من تحقيق للمصلحة العامة في إستمرار سير المرافق العامة بإنتظام وما يستوجب ذلك من تعويض صاحب الإمتياز دون خطأ من الادارة [30]. وتبرز أهمية التوازن المالي، بأن صاحب الإمتياز قد وضع في الحسبان توظيف أمواله في مرفق الإمتياز بغرض تحقيق ربح معقول طوال مدة سريان الإمتياز، مما يفترض على الإدارة إحترام تلك المدة، لأن صاحب الإمتياز رتب عملياته المالية معتمداً على إسترداد نفقات المشروع والحصول على ربح عند إستمرار الإمتياز نافذاً، فإذا ما تصرفت الإدارة تصرفاً أخل بهذا التوازن خلال هذه المدة، يحق لصاحب الإمتياز المطالبة بإعادة التوازن للإمتياز[31]. أما بخصوص ما يشير إليه بعض الباحثين بشأن حق صاحب الإمتياز بإحترام الإدارة لالتزاماتها الناشئة عن الإمتياز، فهو من مفترضات الطبيعة الشكلية لإمتياز المرفق العام، بوصفه عقد إداري فهو حق مقرر لصاحب الإمتياز دون الحاجة للنص عليه في بنود الإمتياز أي

(29) ينظر لمياء هاشم سالم قبع: اختلال التوازن المالي في العقد الاداري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2013، ص ص 29-30.

(30) تعد نظريات (فعل الامير)، (الظروف الطارئة) و (الصعوبات المالية غير المتوقعة) اساس الالتزام بالمحافظة على التوازن المالي للامتياز للمزيد من التفصيل؛ كذلك ينظر د. صفاء فتوح جمعة: العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2017، ص ص 170-182؛ كذلك ينظر نكتل ابراهيم عبد الرحمن احمد الطائي: عقد امتياز المرفق العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 1429هـ - 2008م، ص ص 222-241؛ ص ص 170-182؛ ينظر د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ص 598-725؛ كذلك ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ص 213-249.

(31) ينظر لمياء هاشم سالم قبع، مصدر سابق، ص34.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أنه ليس حق مخصص نشأ نتيجة العقد، بل أن الغاية من منح إمتياز المرفق العام هي التي تلزم الإدارة بذلك آلاَ وهي ضمان سير المرفق العام بإنتظام وإطراد لتحقيق المصلحة العامة، فلماذا تمنح الإدارة الإمتياز إن لم تكن لها نية إحترام ما جاء به من التزامات، فضلا عن أن إخلال الإدارة بذلك يمنح صاحب الإمتياز حق طلب الفسخ القضائي للإمتياز والتعويض، فكما يحق للإدارة طلب الفسخ نتيجة خطأ صاحب الإمتياز وتعويضها عن الضرر الذي لحقها، يكون العكس صحيح كذلك[32]. يؤيد هذا الرأي حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقول (متى كان من الثابت أنه قد حيل بين المتعاقد والبدء بتنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح الزراعي له الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها بتسليم الطاعن موقع العمل وتمكنه من بدء التنفيذ، ومن ثم إذا لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بعدم تسليم موقع العمل الى الطاعن طيلة عام بأكمله، هو ما يحق معه القول بأنها أخلت اخلالاً جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل وأنها تأخرت بتنفيذ إلتزامها هذا مدة كبيرة، مما يقوم سببا مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك)[33].

الفرع الثاني/ التزامات صاحب الامتياز

يُلقَى على عاتق صاحب الإمتياز جملة من الإلتزامات يتعين عليه لتقيّد بها **وهي كالآتي:-**

أولا: الالتزام بالتنفيذ الشخصي للإمتياز

دائما ماكانت شخصية صاحب الإمتياز ما يعرف بالإعتبار الشخصي أو المؤهلات الشخصية موضع إعتبار لدى الادارة، وهو ما يقصد به كل صفات صاحب الإمتياز الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل المتفق عليه، فيدخل في المؤهلات الشخصية، سمعة صاحب الإمتياز، من ناحية الكفاية الفنية والمالية والامانة والثقة وحسن، المعاملة وتخصصه في نوع العمل محل الإمتياز، وما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص، وما قام به قبل ذلك من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه[34]، ويعطي الطابع الشخصي للإدارة قدراً من الحرية في إختيار صاحب الإمتياز فهو بصفة عامة الإعتداد بشخصية صاحب الامتياز أو صفة من صفاته لغرض الاطمئنان الى قدرة صاحب الإمتياز على تنفيذ مشروع المرفق العام وادارته لمدة طويلة لذا يسيطر على كيفية اختيار صاحب الإمتياز معيارين، الأول الكفاءة المالية كونها تعد الضمان القوي لتنفيذ الإمتياز الذي يقتضي توفير أفضل الخدمات للمنتفعين على وجه الدوام والاستقرار، مع توفير أكبر قدر مالي لخزانة الدولة. أما الثاني يغلب عليه الجانب الفني بإختيار أكفأ

(32) ينظر د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص180.
(33) حكم المحكمة الادارية المصرية في 30 حزيران 1967، القضية رقم (862) السنة (9) قضائية، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الادارية العليا، ص1127.
(34) ينظر د. كنعان محمد المفرجي: الإعتبار الشخصي في العقد الاداري (دراسة مقارنة) ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013، ص44.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المتقدمين لتولي الإمتياز وأداء الخدمة العامة بتنفيذ المشروع طبقاً للأصول والقواعد والمعايير المشروطة، ويتأكد من ذلك من خلال وثائق الخبرة المرفقة مع العرض والتي تدل على سنوات العمل السابقة في الأعمال المشابهة وحسن تنفيذها، فالإعتبار الشخصي يلعب دوراً بالغ الأهمية نظراً للصلة بين الإمتياز والمرفق العام، فهو من ألافكار الاساسية لإختيار صاحب الامتياز وتنفيذ الإمتياز(35).

وتنفيذ صاحب الامتياز لالتزاماته شخصياً هو في الغالب الأعم التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، يتعين على صاحب الإمتياز تحقيق هذه الغاية ولا تبرأ ذمته إلاً بالوفاء بموضوع الامتياز، بأن يكفل سيرالمرفق العام بإنتظام دون تعريض هذا السير للخطر، فهو إلتزام مطلق لا يعفي صاحبه عدم إحترام الإدارة لأي من التزاماتها حتى لو كان أداء المقابل المالي أو أن نشأت بين صاحب الإمتياز والإدارة خلافات من أي نوع فأي أخلال من جانب الادارة يقابله حق صاحب الإمتياز بالتعويض، ولا يتحلل من المسؤولية عن هذا الإلتزام حتى لو وقع الفعل من أحد تابعي صاحب الإمتياز ودون علمه أو بغير رضاه، كما لا يسوغ لصاحب الإمتياز التحلل من الوفاء بالتزامه بحجة أن ثمة إجراءات إدارية حالت دون ذلك، فهو إلتزام عام مطلق يقتضي التنفيذ من صاحب الإمتياز بنفسه وأن يسهر شخصياً على تنفيذه من قبل المرفق الذي ألتزم به(36).

ويترتب على هذا الإلتزام، عدم جواز تنازل صاحب الإمتياز عن المشروع لغيره أو أي جزء منه أو أي منفعة أو إلتزام أو مصلحة له فيها إلاً بموافقة تحريرية من الأدارة كون ذلك يمثل اهداراً للاعتبار الشخصي فهو احلال صاحب الإمتياز غيره في تنفيذ المشروع محل الإمتياز والالتزامات الناشئة عن هذا التنفيذ(37).

ومع ذلك يجب التمييز بين التنازل الكلي والجزئي وبين إلاتفاقات التي قد يبرمها صاحب الإمتياز بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزامه، كشراء بعض الأصناف أو تنفيذ بعض الأعمال وهو الأمر الذي يدفعه الى عقد إتفاقات ثانوية والمتفق عليها فقهاً وقضاءً والتي تعد جائزة ما لم ينص في الإمتياز عن تحريم

(35) ينظر ستار جبار البدري: العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان، 2018، ص215؛ كذلك المادة (اولا) الفقرة (ج) من الضوابط رقم (1) تعليمات لمقدمي العطاءات في وثائق المناقصة صادرة عن وزارة التخطيط العراقية لسنة 2012؛ كذلك المادة (ثانياً) الفقرة (2) البند (ب، ج، ء، هـ) من الضوابط رقم (12) الخاصة بضوابط ومعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية العامة لعقود الإشغال والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية صادرة عن وزارة التخطيط العراقية لسنة 2012؛ كذلك المادة (7) الفقرة (عاشراً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 الملغاة؛ كذلك المادة (35) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في إقليم كوردستان – العراق رقم (2) لسنة 2016.
(36) ينظرد. كنعان محمد محمود المفرجي، مصدر سابق، ص ص 49 -50.
(37) المادة (الثالثة) الفقرة (1) من شروط المقاولات لاعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية والكيمائية، جمهورية العراق، مجلس الوزراء، هيئة التخطيط، الدائرة القانونية، 1987؛ كذلك المادة (الثالثة) من شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية، إقليم كوردستان –العراق، وزارة المالية والاقتصاد، مديرية المالية العامة، 2000/11/1.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أمثالها[38]. وأنفرد المشرع الكوردستاني بإجازة التنازل في حالة الضرورة القصوى مع الموافقة الخطية المسبقة من رئيس السلطة الادارية المتعاقدة وإلتزام المتنازل له بكل معايير وشروط الإمتياز المنصوص عليها. لقد كان المشرع الفرنسي أكثر تحديداً فيما يتعلق بالتنازل الجزئي آخِذاً به مع بقاء مسؤولية صاحب الإمتياز عن أداء جميع الإلتزامات الناشئة عن الإمتياز مشترطاً في ذلك أن يكون التنازل أقل من 10% من القيمة الإجمالية للإمتياز[39]، وأخذ المشرع الجزائري بنفس التنظيم الفرنسي لحالة التنازل الجزئي، إلاّ أنه حدد التنازل الجزئي بما لا يزيد عن 40% من القيمة الإجمالية للإمتياز[40].

كذلك لا يحق لصاحب الإمتياز التعاقد من الباطن على الأعمال بأجمعها أو أي جزء منها، بمعنى أن يقوم صاحب الامتياز بأبرام عقد مع شخص لا تربطه بالإدارة أي رابطة قانونية بقصد تنفيذ جزء من الإمتياز أو الإمتياز كله بدون موافقة الإدارة التحريرية، ومع ذلك لا تعفي هذه الموافقة صاحب الإمتياز من أية مسؤولية أو التزام ويبقى مسؤولاً عن أي عمل أو الإمتناع عن عمل أو تقصير من قبل المتعاقد من الباطن أو من هم بأمرته، أما المشرع الكوردستاني فقد أجاز التعاقد من الباطن بنسبة لا تزيد عن 30% من قيمة الإمتياز أو أي نسبة أخرى تحدد في إتفاق الإمتياز مع الموافقة التحريرية للإدارة مانحة الإمتياز، وبقاء مسؤولية صاحب الإمتياز الاصلي على تنفيذه[41].

ويختلف هذا التصرف القانوني عن التنازل عن الإمتياز، بأن الاخير من شأنه حلول شخص جديد كليا محل صاحب الإمتياز تجاه الإدارة، أما في التعاقد من الباطن فيبقى صاحب الإمتياز في العلاقة القانونية أمام الإدارة ويقتصر الأمر على تخويل المتعاقد من الباطن تنفيذ جزء أو أكثر من أعمال الإمتياز دون علمها[42].

والسؤال هنا هل يُعَدْ التعاقد من الباطن خروجاً عن مبدأ الإعتبار الشخصي لإمتياز المرفق العام؟

(38) ينظر د. مصطفى سالم النجيفي، مصدر سابق، ص243؛ كذلك المادة (73) الفقرة (ثانيا) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في إقليم كوردستان – العراق رقم (2) لسنة 2016؛ كذلك المادة (الثالثة) من شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية، حكومة إقليم كوردستان – العراق، وزارة المالية و الاقتصاد، مديرية المالية العامة، 2000/11/1.

(39) Voir 1’ Art 35/1 du de’cret nº2016-86”…des tiers ne peut e’tre inferieure a’ 10% de la valeur globale estime’e du contrat de concession..”.

(40) المادة (60) من المرسوم التنفيذي رقم (18-199) لسنة 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام في الجزائر.

(41) المادة (الثالثة)الفقرة (2) من شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية والكيمائية، جمهورية العراق، مجلس الوزراء، هيئة التخطيط، الدائرة القانونية، 1987؛ كذلك المادة (خامساً) الفقرة (أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في إقليم كوردستان – العراق، رقم (1) لسنة 2011 الملغاة؛ كذلك المادة (73) الفقرة (اولا) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في إقليم كوردستان - العراق رقم (2) لسنة 2016 النافذة؛ كذلك المادة (الرابعة)من شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية، حكومة إقليم كوردستان - العراق، وزارة المالية والاقتصاد، مديرية المالية العامة، 2000/11/1.

(42) ينظر د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص337.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

للإجابة عن ذلك يمكن القول أنه على الرغم من أن صاحب الامتياز لا زال ظاهراً في العلاقة القانونية مع الإدارة بالتالي لا يمس فكرة الإعتبار الشخصي إلاّ أن أساس رفض التعاقد من الباطن هو إلتزام صاحب الإمتياز بتحمل المسؤولية الشخصية والإلتزام بالضمان في تنفيذ الإمتياز برمته.

ثانياً: الالتزام بالتنفيذ وفقاً لشروط الإمتياز

أساس فكرة إمتياز المرفق العام هو الاستغلال وتسيير لمرفق قائم بالأصل فيقتصر الإلتزام على التشغيل والصيانة إلا أن ذلك لا ينفي أن تعهد الادارة بالإنشاء أيضا فينفذ صاحب الإمتياز المشروع بالمواصفات المشروطة في الإمتياز وما تفرضه الشروط العامة، حيث تتحدد أوصاف المشروع ومواعيد تنفيذه ومقاديره، فالإمتياز كعقد يُعَدْ وثيقةَ ملزمةِ واجبة الإحترام عبرت عن التقاء إرادتين تتضمن التزامات متقابلة لذلك تعد مرحلة التصاميم والرسومات الخاصة بالمشروع أساس التنفيذ وجب الأمر أن تكون متفق عليها بين الإدارة وصاحب الإمتياز حتى يتم تنفيذ العمل وفقاً لها وعلى الإدارة الإحتفاظ بعدد كاف من نسخ التصاميم للمشروع حتى يتسنى لها مراقبة الإنشاء والتشغيل والصيانة، لحين أيلولة ملكيته للإدارة عند إنتهاء مدة الإمتياز، ويتم الإنتقال بعد ذلك لمرحلة التسيير يتولى صاحب الإمتياز تقديم الخدمة وفقاً للمواصفات المتفق عليها، وهو إلتزام بتحقيق نتيجة تنهض بموجبه مسؤولية صاحب الإمتياز عند مخالفة المواصفات، ويجوز لصاحب الإمتياز إدخال بعض التعديلات على تصميم المشروع عند وجود عيوب فنية فيه، كذلك تعديل مواصفات الخدمة المقدمة على أن يكون التعديل لزيادة جودتها، فالتزام صاحب الإمتياز ينصب على تقديم خدمة للجمهور أو إقامة مشروع صالح للغرض المبين في الإمتياز ومن ثم تقديم الخدمات كما يمكن للإدارة إدخال تعديلات دون أن يتحول الأمر لتغيير شامل وجوهري(43).

ثالثاً: الالتزام بالتنفيذ ضمن المدة

نظراً لأن محل الإمتياز هو إستغلال وتسيير المرفق العام وقد يضاف الى ذلك الإنشاء لمرفق عام يتعلق بعدد كبير من الجمهور، كان إحترام مدد التنفيذ والتشغيل التزاماً جوهرياً وأساسياً ويلتزم صاحب الإمتياز بالمدد المنصوص عليها في الإمتياز وبدء التشغيل، وتحدد المدة بإحدى الطرق، أما بالتزام صاحب الإمتياز بالتنفيذ خلال مدة معينة والتي يكون ضرورياً فيها تحديد بداية مدة التنفيذ، التي تكون إما بالإشارة الى تاريخ معين في شروط الإمتياز أو أن يُسكَتْ عن تحديد بداية التنفيذ، فتكون بداية المدة باليوم الذي يقوم فيه صاحب الإمتياز بمباشرة عملية إستغلال المرفق العام بدون انقطاع، أما الطريقة الثانية فهي إلتزام صاحب الإمتياز بالتنفيذ في تاريخ محدد، وقد أشترط المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغاة، ضرورة تحديد مدة التنفيذ على أن إحتساب هذه المدة يكون أما من تاريخ المباشرة أو تاريخ توقيع الإمتياز أو أي تاريخ آخر ينص عليه في شروط الإمتياز، أما التعليمات النافذة فقد اشترطت ذكر مدة الإمتياز بالأيام التقويمية، فان لم يتم الإتفاق على مدة فيجب إنجاز العمل في مدة معقولة وفقاً للعرف

(43) ينظر د. مروان محي الدين القطب، مصدر سابق، ص 377؛ كذلك مقدمة الضوابط رقم (10) قبول الفقرات أو المواد التي يظهر فيها حيود (انحراف) عن المواصفات المتعاقد عليها الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية لسنة 2014.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التجاري السائد وبحسب طبيعة عمل المرفق محل الامتياز، والوسائل المستخدمة فيه على أنه يفضل تحديد الإمتياز ومدته ببدء صاحب الإمتياز بالاستغلال لتفادي النزاع وتمتلك الإدارة سلطة فرض الجزاء في حال التأخر في التنفيذ(44).

رابعاً: الالتزام بتشغيل المرفق العام وصيانته

ينقسم هذا الالتزام الى شقين، فيقتضي الأمر الإبتداء بالتشغيل لينهض بعد ذلك الالتزام الثاني بالصيانة، فيعد التشغيل جوهر إمتياز المرفق العام لأنه الهدف من إقامة المشروع لتقديم الخدمات للجمهور، فضلا عن أنه يكفل لصاحب الإمتياز تحقيق الايرادات له لاسترداد نفقات الإنشاء وتحقيق الأرباح. ومهمة التشغيل في الأصل لصاحب الامتياز، يقوم بها بنفسه عندما يكون متخصصاً في شؤون المرفق الذي تولى تشييده، فيلتزم بالتشغيل وفقاً لمعايير الأداء لتحقيق الاستغلال الأمثل، أو أن يعهد صاحب الإمتياز بالتشغيل والصيانة لمشغل متخصص بموجب عقد بين المشغل وصاحب الإمتياز، على أن تعود الإيرادات لهذا الأخير لتسديد التمويل وتحقيق الربح(45).

ونعتقد أن الطريقة الثانية يمكن اللجوء اليها في حالة الإمتياز بالإنشاء والتشغيل، على أساس أن صاحب الإمتياز مختص بالإنشاء وغير مختص بالتشغيل، ولكن لا يمكن الركون لها متى كان الإمتياز بتشغيل مرفق عام فقط، وإلاّ عُدَّ ذلك تعاقداً من الباطن مخالف لنص القانون. ويُتبع بالضرورة هذا الالتزام، عملية صيانة المشروع، فيلتزم صاحب الإمتياز طبقاً لشروطه بصيانة المشروع بكامل معداته وآلآته، حيث يرتبط هذا الالتزام، بإعادة المشروع للإدارة عند نهاية مدة الإمتياز وهو بحالة تشغيلية جيدة وتستند عملية الصيانة الى برامج الصيانة الدورية التي تضمنها الامتياز وتم الاتفاق عليها، أما إن لم ينص عليها، فمن واجب صاحب الإمتياز صيانة المرفق العام، بالاستناد الى العرف وما جرى عليه العمل في الاعمال المماثلة(46).

(44) ينظر د. محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995، ص ص110-113؛ كذلك المادة (14) الفقرة (اولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الملغاة؛ كذلك المادة (ثالثاً) الفقرة (6) من الضوابط رقم (14) بشان صيغة العقد الصادرة عن وزارة اتخطيط العراقية رقم (2) لسنة 2014 النافذة؛ كذلك المادة (12) الفقرة (اولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في إقليم كوردستان - العراق رقم (1) لسنة 2011 الملغاة؛ لذلك المادة (78) الفقرة (اولا) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في القيم كوردستان- العراق رقم (2) لسنة 2016 النافذة.
(45) ينظر د. جابر جاد نصار: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 134.
(46) ينظر ستار جبار البدري، مصدر سابق، ص226.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الثالث

حقوق وإلتزامات الإدارة

يقتضي على الإدارة في تنفيذ جانبها من الإمتياز إحترام شروطه وحسن النية في التعامل، وبالمقابل تتمتع في نطاق الإمتياز بمجموعة من الحقوق، يقررها النظام الاستثنائي للعقد الاداري، ويفرضها حسن سير المرفق العام وترتيباً على ذلك سنتناول دراسة ذلك في ثلاثة افرع، الاول لبحث حقوق الادارة في إمتياز المرفق العام، والثاني لبيان التزاماتها، أما الفرع الثالث سيكون لشرح سلطة الادارة في تعديل الامتياز.

الفرع الاول/ حقوق الادارة في إمتياز المرفق العام

سوف نلقي الضوء على حقوق الإدارة تجاه صاحب الإمتياز من خلال ثلاثة أوجه تيباعاً:-

اولاً: حق الادارة في إختيار صاحب الإمتياز

للإدارة حرية وسلطة تقديرية كاملة في أختيار من تعهد إليه بالمرفق العام بصيغة الإمتياز سواء للتشغيل والإدارة فقط أم للإنشاء والتشغيل، فالإدارة هي التي تنشئ المرافق العامة وتتولى إدارتها بالطريقة التي تراها محققة للمصلحة العامة أو أن ترى أن المصلحة العامة وإشباع حاجات الجمهور تتطلب إنشاء مرفق عام وبسبب الإمكانات الفنية أو المادية ترتأي منحها للقطاع الخاص او العام لفترة زمنية معينة بالتالي يكون من باب أولى الإقرار بحريتها في إختيار صاحب الإمتياز طالما لا يؤثر ذلك على طبيعة المرفق العام ولا على الحقوق والإلتزامات التي يقررها القانون الإداري للإدارة تجاه المرفق، فالإدارة تُعد مسؤولة من الناحية الإدارية والقانونية عن حسن سير المرفق الممنوح إمتيازه ويعبر عن هذا الحق الإعتبار الشخصي لصاحب الامتياز فالإدارة لا تلتزم بإتباع أسلوب المناقصة أو المزايدة فقط بل يكون لها الحق في إجراء المناقصة المحدودة التي يحق فيها لمن تتوافر فيه شروط محددة الاشتراك فيها أو إعتماد أسلوب الدعوة المباشرة الموجهة الى أشخاص طبيعية أو معنوية معينين بالذات بموجب كتاب موجه اليهم[47].

ثانياً: الحق في الإشراف والرقابة والتوجيه

يثبت هذا الحق للإدارة من طبيعة المرفق العام فلإدارة تبقى المالك للمرفق ولم تتنازل عنه لصاحب الإمتياز وهي صاحبة الكلمة الاخيرة في إدارته وتسييره ويبرر ذلك تحقيق المرفق للمصلحة العامة فضلاً عن طول مدة الإمتياز فيجب التأكد من الحفاظ على هذه المصلحة يضاف الى ذلك ضرورة إعادة المرفق للإدارة عند إنتهاء مدة الإمتياز بحالة جيدة ولضمان ذلك كله تقر للإدارة الحق في الرقابة والاشراف فهي تَيَقُنْ الادارة من تنفيذ صاحب الإمتياز لإلتزاماته طبقاً لشروط الإمتياز فيقتصر هذا المفهوم على المعنى

(47) ينظر د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، مصدر سابق، ص73؛ كذلك ينظر حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص 537؛ كذلك الفصل الثالث بعنوان (أساليب التعاقد) المادة (3) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 النافذة؛ كذلك المادة (20) بعنوان (أساليب التعاقد) والمواد (39-48) الفصل الثالث بعنوان (أساليب التعاقدات الأخرى) من تعلميات تنفيذ التعاقدات الحكومية في إقليم كوردستان - العراق رقم (2) لسنة 2016 النافذة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الضيق لرقابة الادارة والتي تقف عند حق الاشراف على مراحل التنفيذ وتسيير المرفق العام من خلال مندوبها لدى المرفق العام(48).

بينما يتوسع إتجاه آخر في الرقابة لتعني تدخل الإدارة في تنفيذ الإمتياز بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ وإختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة فتكون سلطة توجيه وليس سلطة إشراف وحسب وهي ليست هدفاً بذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق غاية معينة قوامها التثبت من مستوى اداء صاحب الامتياز وطرق التنفيذ المتبعة بأنها تحقق الغاية المرجوة(49).

فهدف الحق في الرقابة لن يكون بأي شكل من الاشكال السيطرة على المرفق العام فصاحب الإمتياز يملك السيطرة على المرفق ويتمتع بكافة الوسائل القانونية لتسييره والاستمرار بذلك لتحقيق النفع العام، بل يتحدد نطاق الرقابة بالبحث عن مدى تقيد والتزام صاحب الإمتياز بشروط الإمتياز وبنود دفتر الشروط فتتحدد بضوابط لا تحد من إستقلالية صاحب الامتياز، إنما مجرد الإشراف عن طريق مندوبي الإدارة عن تسيير المرفق العام أو عن طريق الرقابة المالية بالتفتيش عن حسابات صاحب الإمتياز وتجدر الإشارة الى أنه ليس هذا الحق من شروط الإمتياز نفسه ولكنه من الشروط اللائحية، لذلك فأساسه القانوني في طبيعة نشاط المرفق العام فلا يمكن أن يترك وشأنه ينفذه كما يشاء وإنما لا بد من إشراف ورقابة تتأكد بها الإدارة من أن المرفق يعمل دائما في حدود الغرض منه وهو اشباع حاجات عامة فالرقابة مبدأ عام لا يجوز الإتفاق على خلافها أو التنازل عنها لأنها من النظام العام(50).

ففي فرنسا ألزم المشرع في قانون سابين (Sapin) على صاحب الإمتياز إعداد تقرير عام يرفعه الى جهة الإدارة المانحة للإمتياز يتضمن حسابات عمليات إمتياز المرفق العام جميعها وتحليل جودتها ويرفق به ملحق تتمكن بواسطته الإدارة بالرقابة وتقييم أداء المرفق العام(51)، كما أكد المشرع أيضاً بالأمر رقم (2016-65) المتعلق بالإمتياز إلتزام صاحب الإمتياز بتقديم تقرير كل عام يتضمن الحسابات التي تبين جميع العمليات المتعلقة بأداء الإمتياز وتحليل نوعية المصنفات والخدمات(52).

وأخذ المشرع العراقي بالمفهوم الواسع للرقابة - إشرافاً ورقابةً وتوجيهاً - وكمبدأ عام لا يجوز التنازل عنها مُلزماً المهندس المشرف أو ممثله بإجراء الرقابة والاشراف فله إختيار وفحص أية مواد يراد

---

(2) L. folliot_ Lalliot: Exe'cution du contrat administratif, J.C.A., 2 fasc, P614.

(49) ينظر د. محمد فؤاد عبد الباسط: العقد الاداري - المقومات والاجراءات والاثار، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2006، ص251.

(50) ينظر د. محمد سعيد حسين امين، مصدر سابق، ص272؛ كذلك نظر د. هاني علي الطهراوي، مصدر سابق، ص287.

(2)Vair l' Art (40) de La Lion° 93-122 du 29 Janvier, 1993, relative a' la pre'vention de la corruption et a'la transparence de La vie e'conomique et des procedures pabliques.

(52) Voir l'Art (52) de l'ordonnance n°2016-65.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إستخدامها وإعطاء تعليمات تحديدية لصاحب الامتياز الذي يكون ملزماً بها كما يلتزم ايضا بتقديم تقرير يمثل منهاج العمل كلما طلب المهندس منه ذلك(53).

أما المشرع المصري، فقد قَصَرَ حدود رقابة الادارة على الإشراف والرقابة على عمل صاحب الإمتياز ومتابعة نشاطه في مرحلة الإنشاء والتنفيذ من خلال مندوبين يتم تعيينهم من قبلها لتولي هذه المهمة مع تقديم صاحب الإمتياز تقارير دورية للإدارة(54).

ثالثاً: سلطة الإدارة في تعديل الإمتياز.

للإدارة في الإمتياز بطبيعته الشكلية كعقد إداري لها ما لها في باقي العقود الإدارية والتي تتميز بها عن عقود القانون الخاص التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث يُعَدْ العقد بمثابة قانون بين العاقدين لا يمكن المساس به من غير الإرادة المشتركة لهما، في حين يختلف الأمر تماماً في الإمتياز وباقي العقود الادارية إذ أن أحد مقومات سلطة الإدارة الجوهرية في مواجهة صاحب الإمتياز تعديل شروط الإمتياز بإرادة الإدارة المنفردة فتغير من شروطه زيادة أو نقصاناً في الإلتزامات من حيث كمية الأعمال أو تعديل وسائل وطرق التنفيذ دون الحصول على موافقته وحسب مقتضيات المصلحة العامة وضرورة إستمرار المرافق العامة دون المساس بالمزايا المالية لصاحب الامتياز(55).

فكثيراً ما يحدث في إمتياز المرفق العام لطول مدته أن تتغير الظروف عن تلك التي أُبرِمَ فيها، عليه فإن الطبيعة المرنة والمتغيرة للإمتياز بوصفه عقد إداري تتطلب من الإدارة تعديله لضمان إستمرار سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة بإرادتها المنفردة وإقرار حق الإدارة في ذلك بسلطة إستثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ذلك أن الإمتياز له حياة خاصة ذات متغيرات تقنية ومالية وإنسانية بالتالي لا يمكن للإدارة الركون الى آثار ترتبت إستناداً لإرادة صاحب الإمتياز مع الإدارة طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين خاصة اذا لم تعد شروط الامتياز تلائم حاجة المرفق العام وتؤدي الى الإضرار بمصلحته فأُطْلِق في إطار القانون الاداري قاعدة مرادفة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ألا وهي (العقد شريعة المرفق العام) فظروف المرفق هي التي تؤثر على بقاء وإستمرار الإمتياز كما تم ابرامه مع صاحب الإمتياز، لهذا قُرّرَ للإدارة سلطة تعديل بنود الإمتياز التنظيمية بإرادتها المنفردة لجعل بنوده أكثر ملائمة

(53) المواد (2، 14) من شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية، جمهورية العراق، مجلس الوزراء، هيئة التخطيط، الدائرة القانونية، 1987.
(54) المادة (5) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات العامة المصري رقم (67) لسنة 2010.
(55) ينظر د. هشام عبد السيد صافي محمد: الضوابط العامة لعقد الإمتياز الإداري دراسة مقارنة بين مصر والجزائر، بحث منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 2016، ص11؛ كذلك ينظر د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص403.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

لظروف المرفق العام أو أكثر فائدة لتحقيق غاياته في تحقيق المصلحة العامة[56]. ويثار التساؤل عن الأساس القانوني الذي تستمد منه الإدارة حقها في تعديل الإمتياز؟ لم يتفق الفقه على أساس محدد يمكن الركون اليه للإجابة على هذا التساؤل وتنازعت جوانبه فكرتان:

الأولى فكرة السلطة العامة، تتأسس بموجبها سلطة لإدارة في تعديل الإمتيازات التي تبرمها بأنها ليست في الأساس إمتيازاً عقدياً بل أنها تنبثق من أعمال السلطة العامة المخولة لها بإعتبارها القائمة على إنتظام العمل بالمرفق العام فهي سلطة من سلطات الادارة الاصلية التي لا يمكن تقييدها لتعلقها بالنظام العام ولا يجوز التنازل عنها صراحة أو ضمناً[57].

أما الثانية فهي فكرة الرابطة التعاقدية، ويظهر بموجبها الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل الإمتياز يقوم داخل الرابطة التعاقدية بين الإدارة وصاحب الإمتياز وليس خارجها فهي إمتياز تعاقدي لكن تم الإختلاف في أساسها بين فكرة تحقيق المصلحة العامة وبين فكرة إنتظام سير المرفق العام[58]. وبتقديرنا فإن الأساس لهذه السلطة يكمن في المزج بين فكرتي المصلحة العامة واحتياجات المرافق العامة للسير بانتظام واطراد وسلطة الادارة في تحقيق تلك الإحتياجات، فالمصلحة العامة تتغير بتغير الزمان والمكان ومن ثم لا يمكن تقييدها بقالب جامد فيتعين على الإدارة تعديل الإمتياز كلما أقتضت حاجة المصلحة العامة ذلك حتى في الإمتيازات الضخمة والتي تجري مسبقاً دراستها بعناية ويخطط لها بدقة، فقد تطرأ ظروف تتجاوز ما هو متوقع عند إبرام الإمتياز تهدد إستمرارية سير المرفق العام فتظهر الحاجة للتعديل لتمارس الادارة سلطتها في ذلك.

على أن سلطة الإدارة في تعديل الإمتياز ليست مطلقة تمتد لتشمل جميع شروط وبنود الإمتياز بل أنها تنال بالتعديل فقط الشروط التنظيمية دون العقدية، وفي ذلك قيدت هذه السلطة جملة من الشروط ضماناً لعدم تعسف الإدارة في إستعمال الحق وتحقيقاً لغرض المرفق العام وتتحدد هذه الشروط فيما يلي[59]:-

1. يتعين توافر مبرر لصحة تعديل الإمتياز بأن تستجد ظروف بعد إبرام الإمتياز تستوجب ممارسة الإدارة لهذه السلطة فتغير الظروف عما كانت عليه قبلا جعلت شروط الإمتياز غير ملائمة لحسن سير المرفق العام و هذا هو الاساس لسلطة التعديل وهو ما تقتضيه مصلحة المرفق العام تماشياً مع الظروف الجديدة،

(56) ينظر احمد طلال عبد الحميد : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين 1433هـ -2012 م، ص34.
(57) ينظر د. احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص216.
(58) ينظر د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص464.
(59) للمزيد من التفصيل ينظر د. ابو بكر احمد عثمان، مصدر سابق، ص ص 209-212؛ كذلك ينظر د. احمد عثمان عياد، مصدر سابق، ص 218 وما بعدها؛ كذلك ينظر د. هشام عبد السيد صافي محمد، مصدر سابق ص ص 11-12؛ كذلك ينظر د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ص 404-415.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

على ذلك فان بقاء الظروف التي أنشئ امتياز المرفق العام في ظلها يحول بين الإدارة وممارسة سلطة التعديل والقول بخلاف ذلك يؤدي الى اطلاق يد الإدارة في التحلل من إلتزاماتها بموجب الإمتياز.

2. يجب توافر الإعتماد المالي لمواجهة تعديل الإمتياز بالزيادة حتى لا يكون في التعديل إرهاقاً لخزينة الدولة.

3. تقييد الادارة في أن لا يمس التعديل سوى الشروط المتصلة بالمرفق العام كأسلوب العمل في المرفق وطريقة تنفيذ الإمتياز أو كيفية إشباع إحتياجات الجمهور كذلك الجوانب الفنية والإدارية ولتنفيذ الإمتياز والجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ دون المساس بالشروط المتعلقة بالمصالح والمزايا المالية لصاحب الامتياز مثل رسوم الخدمات المقدمة من المرفق أو الارباح التي تتحقق له، بمعنى آخر أن لا يؤدي التعديل للإخلال بالتوازن المالي للإمتياز، كما يجب أن يكون التعديل جزئيا فلا يسوغ للإدارة إلزام صاحب الامتياز بإداء التزامات أجنبية عن الإمتياز نفسه لأن أساس العلاقة بين الادارة وبين صاحب الامتياز هي إتفاق الإمتياز المبرم فكل إلتزام يخرج عن هذا الاطار لا يكون صاحب الإمتياز ملزماً بتنفيذه.

4. تلتزم الإدارة بإحترام قواعد المشروعية عند ممارستها سلطة التعديل بأن يصدر القرار الاداري بالتعديل مستوفياً لأركانه مراعياً قواعد مبدأ المشروعية من حيث الشكل الذي أشترطه القانون ومن حيث السلطة المختصة قانوناً بإصداره وفقاً للقواعد القانونية للسبب والمحل وأن تكون غايته تحقيق المصلحة العامة والاَ عُدَّ قرار التعديل باطلاً.

لقد أقر المشرع الفرنسي سلطة الإدارة في تعديل إمتياز المرفق العام في الامر 65 -2016 فمنح الإدارة سلطة تعديل شروط الإمتياز أثناء تنفيذه دون الحاجة الى إجراءات جديدة للمنافسة على أن لا يغير التعديل طبيعة الإمتياز وفقاً للحدود التي رسمها بالتالي يمكن القول أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل إمتياز المرفق العام أثناء التسيير والتشغيل في فرنسا يكرسها نص القانون(60).

كذلك فعل المشرع المصري عندما منح الإدارة سلطة تعديل شروط إمتياز المرفق العام فيما يتعلق بتشغيله أو إستغلاله بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات في حدود الإطار المتفق عليه على أن يسري تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل الخدمة بأثر مباشر من تاريخ التعديل، كما أجاز تعديل الإمتياز أيضاً اذا ما طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام الإمتياز(61)، ويبدو أن المشرع المصري قد اجاز خروجاً عن القيود المفروضة على الإدارة في التعديل فيما يتعلق بأسعار الخدمات والمنتجات التي يقدمها المرفق العام محل الإمتياز بناءً على إتفاق مسبق ومحدد في صيغة الإمتياز وبنوده.

(60) Voir l ‘ Art (55) l’ ordonnance nº 2016-65.
(61) المواد (7، 8) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات العامة المصري رقم (67) لسنة 2010.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أما في العراق فقد مُنِحَتْ الإدارة سلطة تعديل الإمتياز بشرط إخطار صاحب الإمتياز تحريرياً بإجراء تغيير في شكل ونوعية وكمية الأعمال ومناسيبها زيادة أو نقصان أو في أي جزء منها أو حتى تنفيذ عمل إضافي ضروري لإكمال عمل المرفق وعمل صاحب الإمتياز تنفيذ أي من تلك التعديلات مع إبلاغ الإدارة في أي زيادة بجدول الكميات المسعر(62). وقد تَّميز المشرع الكوردستاني بالمرونة لمواكبة التطورات في الظروف التي تنشأ أثناء تنفيذ وتشغيل المرفق العام بالإمتياز حرصاً منه على إستمرار سير المرفق وصولاً الى الهدف المرجو في تحقيق المصلحة العامة، إذ منح الإدارة سلطة تعديل الإمتياز الا أنه قيد من ناحية أخرى قدرتها في إستعمال هذه السلطة للخشية من التعسف فيها فأجاز تعديل الأسعار وهو في الأساس أمر يتعلق بالشروط العقدية التي لا يمكن ممارسة سلطة التعديل فيها كمبدأ عام متى كانت مدة الامتياز اكثر من (18) شهراً، أو في حالة عدم إستقرار أسعار السوق للمكونات الأساسية للإمتياز إستجابة لما ينشأ في السوق من تغييرات إقتصادية وتجارية مع إشتراط النص على هذه السلطة في وثائق الإمتياز ووجود وموافقة مسبقة من رئاسة مجلس وزراء إقليم مع إشتراط توقيت ممارسة هذه السلطة المنصوص عليها، والظروف التي تبرر التعديل ومعادلات مقدار التعديل المسائية، أما الشروط التنظيمية فقد أعطي للإدارة سلطة أيضا على الرغم من انها تعد المجال الأصيل للتعديل على أن لا يؤدي الى الزيادة عن 25% من قيمة الإمتياز وإلا يتم عرض المشروع للإمتياز من جديد وإن لم يؤثر التعديل على الطبيعة الأساسية للإمتياز مع موافقة السلطة المالية المختصة وشروط شكلية أخرى كتدوين التعديل(63).

الفرع الثاني/ التزامات الإدارة في إمتياز المرفق العام

مثلما تتمتع الإدارة بحقوق تجاه صاحب الامتياز يقع عليها في ذات الوقت التزامات تجاهه منها ما يفرضه القانون والبعض الآخر يفرضه الطابع الشكلي لإمتياز المرفق العام وكما يأتي:

اولاً: التزام الإدارة بتنفيذ الإمتياز بحسن نية

مبدأ حسن النية من المبادئ الراسخة والثابتة في التشريعات وهو مبدأ مقنن في القانون المدني بوصفه أحد الأصول العامة في القانون يسري على جميع العقود المدنية والإدارية على حد سواء، وبالرغم من النص التشريعي لمبدأ حسن النية وتحريم كل فعل أو ترك يتعارض مع هذا المبدأ ومقتضياته، الا أنه أحجم عن وضع تعريف قانوني محدد له وترك أمر ذلك للفقه والقضاء مكتفيا بالزام المتعاقدين بمراعاته (64). فهو فكرة اخلاقية خالصة تشكل قاعدة سلوك، فمقتضيات فكرة حسن النية تتطلب من الإدارة مراعاة النزاهة

(62) المادة (52) من شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية، جمهورية العراق الهندسة المدنية، جمهورية العراق، مجلس الوزراء، هيئة التخطيط، الدائرة القانونية، 1987؛ كذلك المادة (52) من شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية، حكومة إقليم كوردستان - العراق وزارة المالية والاقتصاد، المديرية المالية العامة، 2000/11/1.
(63) المواد (79-80) من تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في إقليم كوردستان-العراق رقم (2) لسنة 2016 النافذ.
(64) ينظر عبد الحكيم بن عيسى: مبدأ حسن النية في العقد، بحث منشور في مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد (4)، العدد (1) لسنة 2021، ص181؛ كذلك الماد (150) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل النافذ؛ كذلك المادة (148) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل النافذ.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

والأمانة في معاملاتها فيما يتعلق بإمتياز المرفق العام ترتبط بمدى مراعاته ودعائم هذه الفكرة تتصف بالعموم والتجريد حتى لو لم يتضمنها نص تشريعي، ومخالفة مقتضيات حسن النية لمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقتضي به تلك المقتضيات دون النظر لما اذا كانت الادارة تعلم بالمقتضى الذي خالفته أو لا تعلمه فإمكانية العلم تفيد سوء النية(65).

فهو (ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجب العقد من أداء)(66) أو أنه هو (مراعاة عدم الإضرار بالمصالح المبُرَرةَ المشروعة للطرف المقابل في العقد) هذه المراعاة تظَهر من خلال الالتزام بعدم الإضرار بالمصالح(67). ومفاد هذا المبدأ، أن يجري تنفيذ الإمتياز طبقاً لما أشتمل عليه من بنود وشروط بمجرد الإنتهاء من التصديقات اللازمة من قبل السلطات الإدارية المختصة المخولة قانوناً بإنشاء الإمتياز وبطريقة تتفق وما توجبه إعتبارات حسن النية في التعامل ويضع القضاء

الاداري في إعتباره لدى تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ الإمتياز الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وما يجري عليه العرف الإداري من التوسع في تفسير معنى حسن النية في ضوء المصالح التي يحميها الإمتياز والسلطات المشروعة لجهة الإدارة، ويخضع مبدأ حسن النية لتقدير القاضي حيث يقدر مدى المجهود المبذول من جانب الادارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها آخذاً بالاعتبار الظروف التي تحول دون هذا الوفاء(68).

فالإدارة ملزمة تجاه صاحب الإمتياز بتوفير المناخ القانوني الملائم بتحقيق جميع الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فضلا عن الأوضاع القانونية التي تحيط بأي مشروع كتسلم موقع المشروع والوسائل اللازمة للاستغلال والقيام بكل ما يلزم لتمكين صاحب الإمتياز من إستعمال المال العام متى تضمن الإمتياز ذلك فضلا عن إجراء الاستملاك اللازم للعقار المملوك للأفراد وإن كان يشمل ذلك العقارات(69).

(65) ينظر د. اكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبدالله: اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلة (13) العدد (49)، 2007، ص ص 407-409.
(66) فاطمة الزهراء زيتوني: مبدأ حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، الجزائر، 2017-2018، ص35.
(67) هدى بن يوب: مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي- ام البواق، 20212-2013، ص48.
(68) ينظر د. محمد سعيد حسين امين، مصدر سابق، ص199.
(69) المادة (7) الفقرة (ب) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل النافذ؛ كذلك المادة (4) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان – العراق رقم (4) لسنة 2006 النافذ؛ كذلك المواد (4، 7) من قانون مطار اربيل المدني رقم (20) لسنة 2003.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً: الالتزام بتبسيط الإجراءات القانونية

ويتضمن ذلك إلتزام الإدارة بتسهيل منح التراخيص والموافقات والتصاريح اللازمة لصاحب الإمتياز للبدء بتشغيل المشروع، لأن إخلال الإدارة بذلك وإمتناعها عن مساعدته في تبسيط الإجراءات أو إتخاذها موقف إيجابي بمعارضة صاحب الإمتياز في التشغيل يؤدي الى نهوض مسؤوليتها بالتعويض عما فاته من كسب [70]. فضلاً عن تسهيل تمكين صاحب الإمتياز من الحصول على الرسوم مقابل الخدمات المقدمة للمنتفعين وتسهيل فتح الحسابات المصرفية له سواء في المصارف الوطنية أم الأجنبية وسواء بالعملة المحلية أم الأجنبية، فضلاً عن تسهيل مشاركته للتداول في سوق الاوراق المالية، كذلك تبسيط إجراءات الحصول على الموافقات الخاصة بتصاريح العمل للخبراء والعمال الأجانب داخل الدولة وتسهيل دخولهم وخروجهم منها مع منحهم الحق بإجراء التحويلات المصرفية لرواتبهم وتعويضاتهم بعد تسديد ديونهم والتزاماتهم، فضلاً عن تسهيل ايصال خدمات البنى التحتية الخارجية الى حدود المشروع محل الإمتياز[71]. كما يحق لصاحب الإمتياز الأجنبي إعادة رأس ماله الى خارج الدولة وتسهيل إجراءات ذلك عند تصفية المشروع أو التصرف فيه بما لا يتعارض مع أحكام القانون كتحويل المشروع الى مستثمر آخر وطني أو اجنبي كلا او جزأً مع مراعاة الإجراءات الكمركية والالتزامات الضريبية المعمول بها[72]. وقد تتولى الإدارة تبسيطاً للإجراءات الحصول على بعض الموافقات والتصاريح المتصلة بالمشروع محل الإمتياز وترك البعض الآخر يتولاه صاحب الامتياز، أو قد يحصل زيادة في تبسيط الإجراءات على صاحب الإمتياز أن يتم الإتفاق على أن تتحمل الادارة وحدها الحصول على جميع الموافقات والتراخيص وإعفاء صاحب الإمتياز كلياً من القيام بها[73].

ثالثاً: الالتزام بإحترام شروط الإمتياز

يختص هذا الالتزام بالجانب الشكلي في إمتياز المرفق العام، ويرجع أصله الى قواعد القانون المدني وعلى الرغم من أن المشرع العراقي لم يأتي بنص على هذا الالتزام كما جاء في القانون المدني لمصري اذ نص على أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقصه أو تعديله إلاَّ بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)، أما المشرع العراقي فنص على (أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه) كذلك (1- اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لِأحد العاقدين الرجوع عنه ولاتعديله إلاَّ بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)[74]. ومقتضى هذا النص، أن القاضي يطبق شروط الإمتياز كما

(70) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (4489) في 2010/12/12 منشور في النشرة القضائية العدد (8)، ايار – حزيران 2011 ص45.
(71) المادة (10) الفقرة (ثالثا) البند (ط) المواد (11، 12) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل النافذ؛ كذلك المادة (7) الفقرات (3، 4، 7) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان – العراق رقم (4) لسنة 2006.
(72) المادة (7) الفقرات (5، 6) من قانون الاستثمار في إقليم كوردستان – العراق رقم (4) لسنة 2006.
(73) ينظر د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص631.
(74) المادة (147) لفقرة (1) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل النافذ؛ كذلك المواد (145، 146 الفقرة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل النافذ.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

لو كان يطبق شروط القانون، فالإمتياز كعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بين أطرافهُ فالإدارة تتمتع بالحرية في إبرام الإمتيازات لكن حريتها ليست مطلقة من أي قيد بل محددة بمقتضيات تحقيق المصلحة العامة وضرورة سير المرفق العام بإنتظام، وأكد القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في أحكام عديدة، إذ ذهب مجلس الدولة الفرنسي للحكم في قضية إنارة مدينة بوردو الى أنه (من حيث الأصل أن عقد الالتزام ينظم حتى أنقضائه وبطريقة نهائية الإلتزامات المتبادلة لكل من الملتزم ومانح الإمتياز)، كما ذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر الى أن قضاء المحكمة الادارية العليا جرى على أن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود الادارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية يجب تنفيذها طبقاً لما أشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير هذه العقود ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً للعقد الذي أُبرِم معهُ والشروط والقواعد التي أبرم على أساسها على إعتبار أن كليهما أرتضى هذه الأحكام لتكون الشريعة التي تحكم علاقته بالطرف الآخر(75).

كذلك أكدت محكمة التمييز الإتحادية العراقية في أحكامها على أن أساس القوة الملزمة للإمتياز هو إرادة طرفيه طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فأقرت مبدأً تمييزياً مفادهُ (إذا نفذ أحد طرفي العقد التزاماته العقدية كاملة فيستحق المبلغ الوارد في العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين ولا تنفذ بحقه القرارات الصادرة عن الجهات المعنية لدائرة الطراف الآخر) حيث وجدت المحكمة أن الحكم المييز صحيح وموافق للقانون ذلك أن المحكمة إتبعت قرار النقض التميزي المرقم 217/ إستئنافية منقول/ 2009 في 2009/02/30 وثبت لها من خلال التحقيقات إن المدعي أبرم العقد المرقم (23أ) في 2005/05/25 مع المدعى عليه إضافة لوظيفته وقد نفذ المدعي إلتزاماته العقدية وبذلك فأنه يستحق المبلغ المتفق عليه بالعقد وان قيام المدعي عليه إضافة لوظيفته بخصم 20% من المستحقات تنفيذاً لقرار مجلس الدفاع الأعلى لا سند له من القانون لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية(76).

الخاتمة

الحمدلله الذي مكننا من اتمام هذه الدراسة وقد توصلنا من خلالها لجملة إستنتاجات ومقترحات نلخصها في الأتي:

أولا: الإستنتاجات

1. امتياز المرفق العام هو عقد إداري من حيث الشكل، بموجبه تعهد الحكومة أو الإدارة وتسمى (السلطة المانحة للامتياز) الى احد اشخاص القانون الخاص (فرد أو شركة) ويسمى الملتزم (صاحب الامتياز)

(75) نقلا عن احمد طلال عبد الحميد، مصدر سابق، ص ص 31-32.
(76) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (515 / عقد/ 2010) في 2010/06/20 غير منشور.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بإدارة احد المرافق الاقتصادية (التجارية والصناعية) واستغلاله على مسئوليته ونفقته الخاصة لقاء رسوم يتقاضاها من المنتفعين والتي تمثل ربحاً له ويكون هذا العقد لمدة محددة وصدر بموجب قانون ويكون للإدارة حق تعديل الشروط التنظيمية للعقد بإرادتها المنفردة وفق ما تقتضيه المصلحة العامة وبما يضمن دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد. وهود عقد إدارى ومن العقود المسماة بنص القانون الاً انه من حيث المضمون كان تعريفه موضع اختلاف بحسب وجهة النظر اليه، وهو محدد المودة ويصدر بنص القانون، ويتضمن نوعين من الشروط الأولى هي الشروط اللائحية (التنظيمية) والإدارة لها حق تعديلها أو الغائها طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة بإرادتها المنفردة، وشروط تعاقدية لا تستطيع تعديلهاأو الغائها الا بالاتفاق مع المتعاقد معها.

2. تتمتع الامتياز بخصائص ليس لها مثيل في باقي العقود في القانون الخاص بل لا مثيل لها في مجال العقود الإدارية الأخرى من حيث مدته الطويلة نسبيا ونشأته بموجب تفويض قانوني بقانون أو بناءً على قانون.

3. من أبرز ما يتضمنه الإمتياز هو تأمين الإدارة لصاحب الإمتياز من المنافسة وتوفير تسهيلات مالية وعقارية لا تلتزم الإدارة بتأمينها بالنسبة للمتعاقدين معها في العقود الإدارية الأخرى.

4. للإدارة تجاه المتعاقد حقوقاً تستمده من كونها تمثل السلطة العامة والتي عليها ضمان حسن سير المرفق العام وهذه الحقوق هي حقوق أصلية ثابتة للإدارة حتى ولو لم يتضمنها العقد وهي حق التعديل والرقابة (اشراف وتوجيه).

ثانياً: المقترحات

1. يفضل قيام السلطة التنفيذية بوصفها المصدر لتعليمات تنفيذ التشريعات الفرعية ومنها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية تحديد مدد الإمتياز دون ترك ذلك للسلطة التقديرية للإدارة لسد ابواب الفساد في ذلك وعدم إثراء بعض متولي المرافق العامة في صيغة الإمتياز على حساب مصلحة الإدارة.

2. يستحسن قيام السلطة التنفيذية بإضافة تعديل على تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لمراعاة الظروف المالية التي تمر بها الدولة فيما يخص تسديد الحقوق المالية لصاحب الامتياز من حيث مدد التسديد.

قائمة المصادر

القرآن الكريم.
اولاً: المعاجم والقواميس.
1. ابراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، مجمع اللغة العربية، مطبعة مصر، القاهرة، 1381هـ – 1961 م.
2. الامام العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري: لسان العرب، ج8، الدار الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 2003.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً: الكتب القانونية.

1. د. ابو بكر احمد عثمان: عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014 – 2015.
2. د. احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
3. د. جابر جاد نصار: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
4. د. حمادة عبد الرزاق حمادة: النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
5. ستار جبار البدري: العقود الإدارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان، 2018.
6. د. سليمان الطماوي: الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)، ط4، مطبعة عين شمس، القاهرة.
7. د. صفاء فتوح جمعة: العقد الاداري الالكتروني، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2017.
8. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
9. د. كنعان محمد المفرجي: الإعتبار الشخصي في العقد الاداري (دراسة مقارنة) ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013.
10. لمياء هاشم سالم قبع: اختلال التوازن المالي في العقد الاداري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2013.
11. د. ماجد راغب الحلو: العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة.
12. د. محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995.
13. د. محمد فؤاد عبد الباسط: العقد الاداري - المقومات والاجراءات والاثار، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2006.
14. د. محمود خلف الجبوري: العقود الادارية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1998.
15. د. محمود عاطف البنا: العقود الادارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
16. د. مروان محى الدين القطب: طرق خصصة المرافق العامة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
17. د. مصطفى سالم النجيفي: العقود الادارية والتحكيم، ط1، الافاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1998.
18. د. هاني علي الطهراوي: القانون الاداري (ماهية القانون، التنظيم الاداري، النشاط الاداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
19. وفاء محمود احمد البيواتي: المقابل المالي في العقود الادارية، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 1439هـ - 2018م.
20. د. وليد حيدر جابر: التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح الجامعية

اطاريح الدكتوراه

- مطيع علي حمود جبير: العقد الاداري بين التشريع والقضاء في اليمن (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.

رسائل الماجستير

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1. احمد طلال عبد الحميد: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين 1433هـ -2012 م.
2. انس هشام محمد الحيالي، التحكيم في منازعات عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 1438هـ - 2017 م.
3. علي بوسيف: النظام القانوني لعقد الامتياز، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة السنة الجامعية 2018-2019.
4. فاطمة الزهراء زيتوني: مبدأ حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، الجزائر، 2017-2018.
5. نكتل ابراهيم عبد الرحمن احمد الطائي: عقد امتياز المرفق العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 1429هـ - 2008م.
6. هدى بن يوب: مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي- ام البواق، 2012-2013.

رابعاً: البحوث والدوريات:

1. د. اكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبدالله: اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلة (13) العدد (49)، 2007.
2. د. دسناء بلقواس: التسيير المفوض للمرافق العامة والتحولات في انشاء وتسيير المرافق العامة من عقد الامتياز لعقد البوت، بحث منشور في مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، المجلد (15)، العدد (21)، لسنة 2019.
3. سعاد بن جيلاني: النظام القانوني لعقد الامتياز كاسلوب لتسيير المرافق العامة، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد (الرابع)، ديسمبر، 2017.
4. عبد الحكيم بن عيسى: مبدأ حسن النية في العقد، بحث منشور في مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد (4)، العدد (1) لسنة 2021.
5. د. هشام عبد السيد صافي محمد: الضوابط العامة لعقد الإمتياز الإداري دراسة مقارنة بين مصر والجزائر، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 2016.

خامساً: القوانين والتعليمات.

القوانين.

1. قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947 المعدل النافذ.
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل النافذ.
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل النافذ.
4. قانون مطار اربيل المدني رقم (20) لسنة 2003.
5. قانون الاستثمار في إقليم كوردستان – العراق رقم (4) لسنة 2006.
6. قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل النافذ.
7. قانون التدبير المفوض للمرافق العامة المغربي رقم (05 -54) لسنة 2006.
8. قانون اللزمات التونسي رقم (23) لسنة 2008.
9. من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات العامة المصري رقم (67) لسنة 2010.

التعليمات.

1. شروط المقاولات لاعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية والكيمائية، جمهورية العراق، مجلس الوزراء، هيئة التخطيط، الدائرة القانونية، 1987.
2. شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية، جمهورية العراق الهندسة المدنية، جمهورية العراق، مجلس الوزراء، هيئة التخطيط، الدائرة القانونية، 1987.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

3. شروط المقاولة لاعمال الهندسة المدنية، إقليم كوردستان –العراق، وزارة المالية والاقتصاد، مديرية المالية العامة، 2000/11/1.
4. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 الملغاة.
5. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في إقليم كوردستان - العراق رقم (1) لسنة 2011 الملغاة.
6. الضوابط رقم (1) تعليمات لمقدمي العطاءات في وثائق المناقصة صادرة عن وزارة التخطيط العراقية لسنة 2012.
7. الضوابط رقم (12) الخاصة بضوابط ومعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية العامة لعقود الإشغال والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية صادرة عن وزارة التخطيط العراقية لسنة 2012.
8. مقدمة الضوابط رقم (10) قبول الفقرات أو المواد التي يظهر فيها حيود (انحراف) عن المواصفات المتعاقد عليها الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية لسنة 2014.
9. الضوابط رقم (14) بشان صيغة العقد الصادرة عن وزارة اتخطيط العراقية رقم (2) لسنة 2014 النافذة.
10. تعليمات تنفيذ التعاقدات الحكومية في إقليم كوردستان – العراق رقم (2) لسنة 2016.
11. المرسوم التنفيذي رقم (18-199) لسنة 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام في الجزائر.

سادساً: القرارات القضائية.

1. حكم المحكمة الادارية المصرية في 30 حزيران 1967، القضية رقم (862) السنة (9) قضائية، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الادارية العليا، ص1127.
2. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (515 / عقد/ 2010) في 2010/06/20 غير منشور.
3. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (4489) في 2010/12/12 منشور في النشرة القضائية العدد (8)، ايار – حزيران 2011.

سابعاً: المصادر الاجنبية.

الكتب

1. L. folliot_ Lalliot: Exe’cution du contrat administratif, J.C.A., 2 fasc.

القوانين

1. Vair l’ Art (40) de La Liono 93-122 du 29 Janvier, 1993.
2. Voir l’Art (52) de l’ordonnance no2016-65.
3. Voir 1’ Art 35/1 du de’cret no2016-86.

ئاکامەکانی ئیمتیازی دەزگای گشتی لە نێوان لایەنەکانیدا، بەپێی ڕێنماییەکان جێ بەجێ کردنی گرێبەستە حکومیەکان لە عێراق و هەرێمی کوردستان

پـوختـه:

دروست بوونی دەوڵەت هاوکات بوو لەگەڵ پابەندبوونی بە پێشکەشکردنی خزمەتگوزاری گشتی کەوا لە سەرەتادا تەنها خزمەتگوزارییە سەرەکییەکان بوو (بەرگری، ئاسایش، دادپەروەری)

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ئەمانە هاووتابوو لەگەڵ دەستەواژەی (دەوڵەتی پاسەوان). بەڵام بەرەو پێش چوونی رۆڵی دەوڵەت و دەست تێوەردانی لەکاروباری کۆمەڵگا، پابەندبوونی تازەی کەوتە ئەستۆ بە دابینکردنی مافی خزمەتگوزاری زیاتر و فراوانتر بۆ هاوڵاتیان بۆ ئەم مەبەستە دەوڵەت ملکەچ بوو بە دروستکردنی دەزگاکی گشتی جۆراوجۆر لە گشت بەشە کارگێریەکان، ئەم دەست پێشخەریە ئەرکی دارایی دەوڵەتی قورس کرد، ناچار بوو بۆ پەنا بردنی بیرۆکەکانی گرێ بەستی کارگێری بەتایبەت بەڕێوەبردنی دام و دەزگا گشتییەکان بە ڕێگای کەرتی تایبەت بە شێوازی ئامرازی جیا وەک (أسلوب الإمتياز) (گرێبەستی فرێنچایی) کەوا ئەرکی کارگێری گشتی کەم کردەوە و هەڵی کار دەرەخسێنێت بۆ هەموان و کوالیتی خزمەت گوزاری بەرزتر دەکات ئەمەش بەرژەوەندی گشتی دابین دەکات.

بەڵام ئەم گۆرانکاریانە وای خواست کەوا هەردوو لای گرێبەستەکە پابەند بن بە جێ بەجێ کردنی ئەرکەکانیان و بەدەست هێنانی مافەکانی گرێبەست کەوا قازانجە سەبارەت بە کەرتی تایبەت و دابین کردنی بەرژەوەندی گشتی بە پێشکەش کردنی خزمەت گوزاری سەبارەت بە کارگێری گشتی.

ئەم روداوە هاندەر بوو بۆ یاسا دانەر بە پێدانی دەسەڵات بۆ دەسەڵاتی جێ بەجێ کار (السلاحية التنفيذية) بۆ دەرهێنانی ڕێساو ڕێنمایی بە مەبەستی ڕێکخستنی شێوازی تازەی بەڕێوەبردنی دەزگا گشتییەکان بە شێوازی فرێنچایی (إمتياز)، وە بەکارهێنانی دەسەڵاتەکەی بۆ هەمواکردنی گرێبەستەکە لە کاتی پێویست.

Effects of the General Facility Franchisor between its parties according to the instructions for implementing government contracts in Iraq and the Kurdistan Region

Prof. Dr. Abdulmalik Yuns Mohammed
Department of Law, College of law, Salahadin University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq.
abdulmalik.mohammed@su.edu.krd

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(7) – العدد (2)، صيف 2022
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

Dilshad Hassan Mustafa
Department of Law, College of Law, Salahadin University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq.
najar_73@yahoo.com

Keywords: General Facility Franchisor, Effects of the General Facility Franchisor, Right and abligations of the franchisor, Right and obligations of administration in the franchise, administrative contract execution instruction.

Abstract

The state arose and this was accompanied by its commitment to provide services to the public of individuals, whether citizens or not. In their beginnings, these services were limited to basic services in (security, defense and justice), which is imposed by the idea of the guardian state, but the development in the role of the state forced it to intervene in a way wider in life, which arranged the rights of individuals towards the administration to demand more services, so it proceeded to establish public utilities to provide services, the administration faced difficulties in providing these services, and from the theories of the administrative contract, the solution followed by the administration was found, which is to grant the management of its public facilities to bodies that are not organically linked to the administration. to individuals and to provide services in a better way than if the administration itself provided the service and without transferring the ownership of the facility to the franchisee. However, the matter is not so simple. This privilege has produced rights and obligations on both sides that they must respect. The legislator took note of this, so he proceeded to grant the executive authority the power to issue subsidiary legislation to organize it. The difficulty of amending the laws if he regulates the rights and obligations, so that one of the rights of the concessionaire who seeks to make profit from his activity in the public facility becomes the financial compensation and the need to maintain its balance as well as his right to various facilities that the

administration is obliged to provide to him. The franchise itself being the real owner of the franchise facility.