

الباب الثاني

الخصخصة التي ترد على الإدارة

يقصد بخصخصة الإدارة تحويل إدارة شركات القطاع العام إلى القطاع الخاص، فيدير الأفراد أو الشركات الخاصة هذه الشركات^(١)، وتتمثل خصخصة الإدارة (Management Privatization) في حزمة من السياسات والإجراءات التي يمكن من خلالها التخفيف والتخلص من جميع السياسات والإجراءات المقيدة لإدارة الملكية العامة، بالإضافة إلى إصدار التشريعات والسياسات والإجراءات التي تسمح بإدارة الأصول والموارد وتشغيلها، استناداً إلى مجموعة المبادئ والقواعد التي تتماثل مع تلك التي يديرها القطاع الخاص.

وقد اتجهت الدول نحو خصخصة الإدارة؛ لمعالجة المشكلات الاقتصادية، فضلاً عن تحسين الإنتاجية وتحقيق استمرارية الجودة في الخدمات بدقة وإتقان وأقل تكلفة ممكنة على المدى البعيد، بحيث لا تخرجها عن التنظيم والتضمين المستهدف للمصلحة العامة؛ لذلك يجب مراعاة التغيرات المستقبلية في البيئة الخارجية والداخلية والتطور التقني والتكنولوجي المتسارع الذي ينبغي تطويعه في خدمة العمل الإداري لاستغلال الفرص وتلافي التهديدات المستقبلية.

وبينما يبقى رأسمال الشركات في يد الدولة، تتنافس وحدات القطاع الخاص في الحصول على عقود تخول لها حق الإدارة لحساب الدولة، مقابل مزايا معينة، كحصة في الربح أو الإنتاج، حيث ينطوي هذا التخصيص على قرار ضمني بأفضلية القطاع الخاص^(٢) والعجز والقصور في الإدارة العامة^(٣)، ووفقاً لهذا الأسلوب من الخصخصة تظل ملكية المشروعات العامة للقطاع العام، ولكن يتحول الشكل القانوني للشركات العامة، بحيث تنفصل الإدارة عن الملكية، وتدار المشروعات العامة من قبل القطاع الخاص^(٤)، وقد لجأت العديد من الدول إلى هذا الأسلوب في تنظيم الأنشطة الرئيسية بالقطاع العام وإدارتها، وخاصة في قطاع الخدمات العامة^(٥).

(١) د. محمد حناوي، الخصخصة وإعداد القيادات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) د. محمد رياض الأبرش، ود. نبيل مرزوق، تخصيص الإدارة، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٣)

John Nellis and Sunita Kikeri, The privatization of public enterprises in: Said El Naggar, privatization and structural adjustment in the Arab countries, 1989, PP 50 – 81.

(٤) كريستين كسيدز، "خصخصة مشروعات البنية الأساسية للمتطلبات والبدائل والخبرات"، ترجمة د. منير إبراهيم هندي، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ١٩٩٧، ص ٥٠ – ٦٥.

(٥) د. سعيد عبد العزيز عثمان، الخصخصة في قطاع الخدمات العامة القابلة للتسويق، الإسكندرية، بدون تاريخ ومكان نشر، ص ٩.

وتتطلب هذه الآلية إبرام عقد تلتزم فيه أطرافه بتحقيق نتائج وأهداف محددة خلال فترة زمنية معينة تحدث في نهايتها المحاسبة بين طرفيه على ما نُفذ، فالخصخصة ليست هدفاً في حد ذاتها، وإنما وسيلة لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، وتغير شكل الملكية إذا لم يصاحبه تغير في شكل الإدارة لن يؤدي إلى تحقيق الكفاءة المطلوبة، فالمشكلة الأساسية في الخصخصة ليست في تغير شكل الملكية، وإنما في تغير شكل الإدارة^(١).

وتعد خصخصة الإدارة البديل الثاني لخصخصة الملكية، حيث يصعب في بعض الأحيان وبالنظر إلى المصلحة العامة بيع بعض المؤسسات الاقتصادية وتخلي الدولة تماماً عن ملكيتها لما لها من أهمية^(٢)، فتلجأ بطريقة أو بأخرى إلى نقل الإدارة فقط إلى القطاع الخاص دون المساس بملكيتها للأصول أو للأسهم، وذلك عن طريق البيع، وبحيث تصبح التبعية الإدارية والفنية إلى القطاع الخاص، في حين تظل الملكية للدولة وللقطاع العام^(٣)، وتستند الإدارة الخاصة على مفاهيم وأساسيات الإدارة الخاصة، وتستخدم الأدوات المتقدمة التي تستعمل في دول تتبع نظام اقتصاديات السوق، حيث تقاس كفاءة وحداتها الاقتصادية بالربح والإنتاجية المرتفعة، بخلاف ما هو مستخدم في الدول النامية من أدوات الإدارة التي لا تأخذ بالمعايير المتبعة في الدول المتقدمة.

وعلى هذا تعددت أسباب اللجوء إلى تلك الآلية، إذ قد لا يقتصر على الأدوات والأساليب المتقدمة، بل المصلحة العامة تحتم في بعض الأحيان الإبقاء على دور الدولة بخصوص تقديم خدمة معينة، ومن أهم الأسباب رغبة بعض الدول في عدم التخلي عن الملكية لبعض شركات القطاع العام مطلقاً، وفي بعض الأحيان قد يكون السبب تحقيق الربح الذي يعد من ركائز آليات السوق.

ومن منظور ما تقدم نعرض في هذا الباب في فصله الأول لأهم الملامح الأساسية لإدارة الشركات العامة، ونتطرق لموقف التشريعات المقارنة بشأن خصخصة الإدارة، إذ إن هناك عدداً من التساؤلات تفرض نفسها، وهي: هل أصدر تشريع منظم للخصخصة وفقاً للضوابط والقيود التي تحكمها من خلال نصوص قانونية ملزمة، أم هل الأمر مبادئ عامة وتوجيهات تسيير عليها الحكومة في وحدات القطاع العام، وهل اكتفت التشريعات المقارنة بتنظيم خصخصة الملكية أو نظمت كذلك خصخصة الإدارة؟ وبناء عليه ينقسم هذا الباب إلى فصلين :-

الفصل الأول : فصل الملكية عن الإدارة .

الفصل الثاني : أهمية التمييز بين خصخصة الملكية وخصخصة الإدارة .

(١) د. محمد حناوي، الخصخصة وإعداد القيادات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٤.
(٢) د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة والمؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٩، ص ١٢٥.
(٣) د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي، بيروت، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٢٨٧.

الفصل الأول

فصل الملكية عن الإدارة

انتشرت ظاهرة الفصل بين الملكية والإدارة في الأنظمة الاقتصادية الحالية، إذ إن الأصل في أي شركة مساهمة أن يكون هناك فصل للملكية عن الإدارة، وهو ما أطلق عليه إسم خصخصة الإدارة، وفيه تنتقل الإدارة من الشخص العام إلى الأفراد (المستثمرين) مع الاحتفاظ بملكية المشروع للدولة^(١)، ويعني هذا أن الدولة لا تزال تملك النصيب الأكبر، وهي لا تود أن تمارس حق إدارة قطاعها؛ لذلك تفوض الإدارة لمستثمرين من القطاع الخاص ممن تتوافر فيهم الخبرة والدراية الكافية في إدارة تلك الشركات من خلال جهاز فني كفء^(٢).

ويتحقق فصل الإدارة عن الملكية عندما يمثل كل من مجلس الإدارة (الرئيس والأعضاء) والجمعية العامة ملكية المشروع، في حين يمثل العضو المنتدب للإدارة في القطاع الخاص إدارة المشروع. وعلى هذا يتحقق مبدأ الفصل بين الملكية والإدارة، كما سبقت الإشارة إليه، إذ أن ذلك يؤدي إلى نقل الأنشطة الموكلة بواسطة الحكومة لأشخاص القانون الخاص^(٣)، مع احتفاظ الشخص العام بملكية موجودات المشروع العام^(٤)، بيد أن هناك محاولات جديّة من قبل المشرع المصري والمشرع العراقي كي يعودا إلى الأصل بعدما خُرق هذا المبدأ لسنوات عديدة من خلال الاعتماد على الملكية العامة، وتعد هذه العودة إلى الأصل بمثابة تحولاً أساسياً في إدارة الشركات.

أما عن الضوابط والإجراءات اللازمة لتحقيق الأهداف المرجوة من خصخصة الإدارة وكيفية وضع السياسات والاستراتيجيات والخطط ومتابعة تنفيذها فتكون من خلال مجالس إدارة الشركات (رؤساء وأعضاء)، وسنوضح الأساليب التي اتبعت وكذلك العقود التي تبرمها الحكومات مع القطاع الخاص في هذا الفصل، وذلك في بحثين:-

المبحث الأول : نقل إدارة المشروعات المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص .

المبحث الثاني : عقود التأجير والخدمات .

(١) د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) د. خضير حسن خضير جيرة الله، طرق وأساليب التخصيص، الدوحة، سلسلة إصدارات غرفة تجارة وصناعة قطر، ٢٠٠٦، ص ٣٤.

(٣)

Tanquerel (T.): "L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale", Volume 18, in Fonction publique: vers une privatisation, d'Aubert, Bellanger et autres, Journées de Droit administratif, Zurich, 2000, p 22.

(٤)

المبحث الأول

نقل إدارة المشروعات المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص

تعد القدرات الإدارية بالقطاع الخاص إحدى الوسائل التي تستخدم لزيادة حدة المنافسة في المشروعات التي حولت إلى القطاع الخاص^(١)، كما تشير التجارب إلى أن إدخال عناصر المنافسة في الدول النامية قد أسهم في رفع الكفاءة التشغيلية وتخفيض التكاليف في العديد من المجالات التي أسندت مهمة تنفيذها إلى القطاع الخاص، مثل نظافة المدن وتقديم خدمات والصيانة وغيرها^(٢).

هذا بخلاف القدرات الإدارية في معظم الشركات المملوكة للدولة الأقل من المستويات المطلوبة عالمياً، وذلك الأسلوب من الخصخصة يستعمل عندما يكون هناك مشروع كبير للحكومة يحتاج إلى موارد مالية ضخمة لا تستطيع الحكومة توفيرها فتعطي الإدارة إلى شركة خاصة^(٣)، وقد يرجع السبب إلى عدم تكافؤ الفرص، بالإضافة إلى أن المرتبات والأجور والحوافز المقررة في الشركات المملوكة للدولة في الدول النامية أقل من مثيلاتها في القطاع الخاص.

وفضلاً عن ذلك فإدارة المشروعات المملوكة للدولة بواسطة القطاع الخاص قد تكون عن طريق نقل إدارة المشروعات العامة من الدولة إلى القطاع الخاص بهدف تطوير وزيادة الإنتاج^(٤)، بحيث يدار الاقتصاد القومي بكفاءة أعلى وبفاعلية أكثر، وهذا ما أكدته تقرير البنك الدولي، إذ يدعو الدول إلى زيادة مشاركة القطاع الخاص في إدارة الأنشطة التي تسيطر عليها الحكومة^(٥)، ومع ذلك فلا بد من احتفاظ الدولة بوجودها في بعض الأنشطة الاقتصادية المهمة ذات الصبغة الاستراتيجية مع ممارسة دورها الرقابي.

وقد حرصت بعض التشريعات^(٦)، على وضع آليات لمشاركة القطاع الخاص وإدارته للمشروعات العامة بأن يتمتع بقدرة فنية وإدارية، بحيث يؤدي إلى تعظيم المكاسب، إذ إن شركات القطاع الخاص عادة ما تتمتع بحرية أكبر في التكيف مع ظروف السوق المتغيرة ويترتب على ذلك ضخ التكنولوجيا

(١) د. محمد صبري بن أوانج، الخصخصة، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) عبد الله يحيى المعلمي، القدرات المالية والإدارية والفنية للقطاع الخاص ودورها في إنجاح عملية التخصيص، ندوة التخصيص وأثره في الاقتصاد السعودي، ٩ رجب ١٤٠٩ - فبراير ١٩٨٩م، الإدارة الاقتصادية والبحوث، الغرفة التجارية الصناعية للمنطقة الشرقية، المملكة العربية السعودية، ص ٣.

(٣) د. عزيزة الشريف، اتجاهات التشريعات لحل مشكلة العمالة الزائدة في أعقاب حركة الخصخصة، بحث مقدم لمؤتمر الأوضاع القانونية والاقتصادية للعمل في ظل المتغيرات المحلية والعالمية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، المجلد الأول، العدد الحادي والعشرون، إبريل ١٩٩٧، ص ٢٣٣.

(٤) تقرير البنك الدولي لعام ١٩٨٨ عن التنمية في العالم، ص ٢٠٦.

(٥) المادة (٤) من قانون التخصيص الأردني رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٠، الفقرة (ب) "حيث نصت على نقل إدارة المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص بمقتضى اتفاق بينهما يخول القطاع الخاص حق إدارته وتشغيله". وكذلك قانون التخصيص العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٧٧ / ٢٠٠٤ عد من بين أساليب التخصيص الواردة بالمادة (٣) منه : منح القطاع الخاص حق الإنشاء والملكية والإدارة أو حق الامتياز أو ترخيص الإنشاء أو الإدارة أو تأجير المشروعات والتخصيص.

والآلات والأدوات الحديثة لإدارة شركات القطاع العام؛ لأن التكنولوجيا التي مر عليها الزمن وقصر الاستثمار في تحديثها كانت من العوائق الأساسية التي واجهتها الشركات المملوكة للدولة، فهي تتطور باستمرار، كذلك فإن التأهيل الذي يحصل عليه المدراء في شركات القطاع الخاص يحقق فوائد كبيرة تعود على الشركات التي تتجه نحو الخصخصة، وتتطلب خصخصة الإدارة توافر شروط، أهمها: قابلية هذه الشركات للخصخصة أو عدم قابليتها؛ لأسباب قد تتعلق بالسيادة، ومنها ما يتعلق بطبيعة النشاط الذي تقدمه، ومنها ما يتعلق بإرادة المشرع، فمن استقراء التجارب الدولية يتضح أن التشريعات قسمت الشركات إلى قسمين، ففيما يخص موقف المشرع الفرنسي يتبين أنه قسم الشركات من حيث قابليتها للتفويض، ومقتضى ذلك أن العقد الذي يفوض إدارة مشروع عام غير قابل للتفويض يعد غير مشروع، وهناك ما يعرف بالمشروعات السيادية، وهي المشروعات التي تضطلع بوظائف تتعلق بسيادة الدولة، مثل مشروعات الدفاع والشرطة والضرائب، ولاشك أن هذه المؤسسات تتعلق بصميم وظيفة الدولة، فلا يجوز خصخصتها أو التنازل عن إدارتها بأيّة طريقة للقطاع الخاص.

أما فيما يتعلق بالمؤسسات غير السيادية، فقد يرجع عدم جواز تفويضها إلى طبيعة المؤسسة نفسها^(١)، وقد يكمن عدم جواز تفويضها إلى إرادة المشرع، فقد حدد نسبة معينة في التشريعات المقارنة، إذ قضت المادة السابعة الفقرة الثانية من قانون ٦ أغسطس ١٩٨٦ بأن المشروعات العامة التي لا تملك الدولة فيها أغلبية رأس المال تكون أداة خصخصتها مجرد قرار إداري بذلك، ويتضح من هذا النص أنه أعطى الدولة أحقية التنازل عن ملكية القطاع العام للقطاع الخاص، دون سند تشريعي من القانون العادي يبيح لها ذلك في حالة عدم ملكيتها لأغلبية رأس المال في المشروع أو يعني أن تقتصر مهمة المشرع على وضع القواعد التي تنظم الخصخصة، وتقوم الإدارة بعد ذلك بالإجراءات التنفيذية بناءً على تفويض من المشرع بذلك، على حين يستلزم عرض الموضوع على لجنة الخصخصة في حالة المشروعات التي يجب صدور قانون بشأن خصخصتها.

ويتبين مما سبق أن المشرع الفرنسي في القانون السابق قد احتفظ بمبدأ الاختصاص التشريعي^(٢)، بشأن الخصخصة، حيث أوجب صدور قانون للموافقة على خصخصة مشروع معين، مع السماح في حدود معينة للسلطة الإدارية بخصخصة بعض المشروعات من خلال التفويض الإداري، وكذلك بموجب المادة (١٦) من قانون شركات قطاع الأعمال العام، تخرج الشركة التابعة من نطاق القانون إذ انخفضت

(١) فيما يتعلق بقطاع الصحة فقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي أنه: لا يجوز للمؤسسات العلاجية أن تعهد إلى مشروعات خاصة بمهمة القيام بإقامة المرضى الذين تتطلب حالتهم الحجز بالمستشفى، وذلك لأن الإقامة بالمستشفى أحد العناصر الأساسية غير القابلة للانفصال عن مهمة القطاع العام وتقوم بها المؤسسات العلاجية. لمزيد من التفاصيل ينظر: C. E, Assemblée generale, avis 16 juin 1994, EDCE 1994, P. 267.

(2)

نسبة إسهام الشركة القابضة والأشخاص المعنوية العامة وبنوك القطاع العام في رأسمال الشركة عن (٥١%)، في حين نصت المادة (١٠٣) الفقرة (١) على نسبة ٥٠% من رأسمال شركة المساهمة.

وأما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري فقد جاءت فلسفة القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ حيث كانت الضرورة ملحة للبحث عن الأسلوب لتطوير أداء القطاع العام وتحسين وتحرير إدارته لتحقيق النتائج الاقتصادية المرجوة ، واتجهت الآراء إلى أن ذلك يتحقق بالفصل بين الملكية والإدارة ، بحيث يقتصر دور الدولة ممثلة في الجمعيات العمومية للشركات القابضة على المحاسبة عن النتائج. وتمارس الإدارة في ذات الوقت نشاطها في الاستثمار بذلك الأسلوب والمنهج الذي تدار به الاستثمارات الخاصة بعيدا عن سيطرة الأجهزة الحكومية والتعقيدات الإدارية فتحرير القطاع العام عموما يستهدف زيادة فاعلية المؤسسات الإنتاجية المملوكة للدولة وتأمين ربحيتها بالفصل الكامل بين الملكية والإدارة. كما صدرت عدة قوانين أخرى تمنح القطاع الخاص الحق في إنشاء المشروعات العامة أو إدارتها في القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ الخاص بالموانئ التخصصية، بحيث يسمح للقطاع الخاص بإنشاء الموانئ العامة أو التخصصية أو أرسفة متخصصة في الموانئ القائمة وإدارتها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها لمدة ٩٩ سنة حداً أقصى تؤول بعدها جميع المنشآت إلى الدولة دون مقابل، وصدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بخصوص منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين والأجانب، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اشخاصاً معنويين في الداخل والخارج لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول... إلخ.

كما صدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بتعديل قانون مؤسسة النقل البحري والذي أجاز لرأس المال الأجنبي العمل في مجال الوكالات البحرية وفتح المجال لخصخصة شركات قطاع الأعمال العام للتوكيلات والخدمات الملاحية والذي يعطي للقطاع الخاص حق ممارسة أنشطة النقل البحري في إطار الضوابط التي يضعها الوزير المختص، والقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨ الخاص بدمج شركات توليد ونقل وتوزيع الكهرباء طبقاً للتوزيع الجغرافي وإعادة هيكلتها وتحويلها إلى شركات مساهمة خاضعة للقانون رقم ١٥٩ وطرح نسبة من أسهمها للاكتتاب العام، والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بتحويل الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة، والقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ الخاص بإضافة مادة جديدة للقانون المشار إليه رقم ١ لسنة ١٩٩٦ والخاص بالموانئ التخصصية، والقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٨ الذي يرخص للحكومة تملك القطاع الخاص لبعض أسهم البنوك العامة، والقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٩٨ ويختص بتنظيم مساعدة القطاع الخاص في رؤوس أموال شركات التأمين المعتمد بها من شركات القطاع العام.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي، فلم تكن عنده خصخصة الملكية الأسلوب الوحيد الذي طبق على الشركات، وإنما كان هناك عدة أساليب أخرى، مثل التأجير وعقود الإدارة التي عملت على تحقيق أهداف التحسين والتطوير بدون نقل الملكية، إذ أن هناك بعض قطاعات، مثل الأدوية والمطاحن والمخابز وتنقية النفط وغيرها خضعت للخصخصة، حيث تعاقدت الحكومة العراقية مع العديد من الدول على خصخصة الإدارة، من ذلك تعاقدها مع شركة ألمانية تسمى (إم. بي. إنش) وشركة كندية (كب جينت) وكذلك total فرنسي، كما أقر البرلمان العراقي خصخصة الكهرباء بعدما فشلت الكثير من المساعي التي بذلتها الحكومة لتحسين شركتها خلال السنوات التسع الماضية، رغم صرف نحو ٢٧ مليار دولار دون نتيجة تذكر.

وترى الباحثة في هذا الصدد أن الأساليب المتبعة في الإدارة لم تكن وفقاً للوسائل الحديثة المتبعة، ومن ثم نطرح هنا سؤالاً مهماً، وهو: ما الوسائل التي يمكن أن تتفادى بها الدول النتائج التي وصلت إليها حالياً؟ وما السياسات الملائمة لها؟ لذا سوف نعرض لأهم آليات انفصال الإدارة عن الملكية في المطالب الآتية:

المطلب الأول

عقود الإدارة Management Contracts

يقصد بعقود الإدارة العقود التي تبرمها الحكومة أو الجهة العامة مع المؤسسات والأفراد المحليين والأجانب لإدارة المشروعات العامة مقابل أجور محددة أو نسبة من العائدات أو حصة من رأسمال المشروع المدار من قبل القطاع الخاص، وذلك يكون حافزاً لها على ضبط الإدارة وتحقيق الأرباح^(١)، وعادة ما تكون فترة العقد من ٣ - ٥ سنوات، ويطلق عليه البعض (التعاقد من الباطن) Contracting out^(٢)، إذ تتعهد شركة من القطاع الخاص تمارس طبيعة مشروع القطاع العام نفسها بإدارة الأنشطة وأداء العمليات الإنتاجية أو الخدمية، ويحول جزءاً منها إلى القطاع الخاص^(٣).

وتقع على الدولة جميع المخاطر والتبعات في عقود الإدارة، فتتحمل الخسائر، حيث إنها المالكة للمشروع^(٤)، وتعود عليها أرباحه وتتكدب جميع الخسائر، ويتسم هذا الأسلوب بأن الدولة تحتفظ بملكية المشروع مع التخلي عن إدارة الأنشطة للقطاع الخاص^(٥)، وهذا ما يميزه عن خصخصة الملكية، ويعد من أهم طرق الخصخصة الآخذة في النمو، وذلك لما يتمتع به من مزايا عديدة أهمها:

١- خلق المنافسة بين شركات القطاع الخاص؛ لتقديم أفضل الخدمات وأقل سعر وأعلى جودة؛ من أجل الحصول على حق أداء النشاط (إدارة مشروعات عامة). ولما كانت معظم شركات القطاع العام تعاني من سوء الإدارة والبيروقراطية، والدول ترغب في الإبقاء على ملكيتها لهذه الشركات؛ لذا عُد عقد الإدارة الخاص من أفضل أساليب الخصخصة، ولتصحيح مسارها، إذ يقصد بأسلوب عقد الإدارة الخاص "عقد بمقتضاه تحول إدارة الشركات العامة إلى إدارة من القطاع الخاص، وتستند على مفاهيم حديثة وتستخدم أدوات إدارية وتقنية متقدمة، بحيث تقاس كفاءة هذه المشروعات بالربح والإنتاجية المرتفعة".

ويعرفه البعض^(٦) بأنه "اتفاق بين الحكومة بوصفها المالك ومجموعة إدارية من القطاع الخاص على إدارة شركة أو مصنع أو أية أصول حكومية، مع بقاء الملكية في يد الحكومة، وذلك مقابل مبلغ من المال قد يكون محدوداً أو يشكل نسبة من الأرباح. ويستلزم التطبيق المثلي لهذه العقود عدة أمور مهمة منها: وجوب عدم تركيز الشركات الحكومية في يد فئة معينة، كما يستوجب اختيار المجموعة الإدارية

(١) د. نبيل مرزوق، الخصخصة وأبعادها الاقتصادية والاجتماعية، دار الفكر المعاصر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٦٨.

(٢) د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ١٦٣. وكذلك د. محمد صيري بن أونج، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) د. محمد عمر الحاجي، الخصخصة (مالها وما عليها)، دار المكتبي، سوريا، دمشق، ٢٠٠٧، ص ٤٠. وكذلك د. وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٤) د. محمد المتولي، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٥) وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٦) د. محمود الدمرداش، المرجع السابق، ص ٢٤٦، وكذلك د. محمد حناوي، الخصخصة المصرية، المرجع السابق، ص ٢٢.

وفقاً لمعايير موضوعية، بمعنى أن الجهة الإدارية التي يبرم معها العقد يجب أن تكون على قدر كاف من الخبرة والاحتراف في نشاط الشركة نفسه، ولها سمعة جيدة^(١)، لذا في بعض الحالات تشهد مجموعة إدارية بمجموعة أعمال منجزة من قبل، لتدعيم ذلك الرأي فيكون دليلاً على قدرة هذه الجهة وخبرتها في مجال معين؛ لإنجاز ما تقوم به على أفضل وجه أو تقديم خدمة معينة^(٢).

٢- قابلية القطاع الخاص على التكيف مع الظروف الخاصة بالعمل.

٣- أنه يؤدي إلى إعادة توزيع الأدوار بين القطاع العام والقطاع الخاص.

٤- التوفير في تكاليف أداء الخدمة والتغلب على مشكلة عدم مرونة العمالة الحكومية مع التغيرات المستحدثة^(٣)، وتعد هذه المزية من أهم مزايا هذا الأسلوب.

وقد لجأت العديد من الدول إلى هذه الطريقة وطبقوها^(٤)، فنراها - مثلاً - في التجربة الفرنسية المعروفة باسم خطة التعاقد التي حققت نجاحاً في كل من السنغال وساحل العاج وجامبيا^(٥).

ففي فرنسا صدر القانون رقم ٨٦ - ٧٩٣ في ٢ يوليو سنة ١٩٨٦، وتناول تحويل المشروعات العامة التي آلت ملكيتها إلى الدولة بطريق التأمين إلى القطاع الخاص، كما صدر القانون رقم ٨٦ - ٩١٢ في ٦ أغسطس سنة ١٩٨٦، وتناول الضوابط الكفيلة بحماية المصالح الفرنسية بمناسبة التحول إلى القطاع الخاص، واستمر تطبيق سياسة التحويل إلى القطاع الخاص (الخصخصة) في فرنسا - بعد توقف البرنامج بضع سنوات - فصدر أخيراً قانون ١٩ يوليو ١٩٩٣، وأدخل مشروعات أخرى في برنامج التحول لم يتضمنها قانون ٢ يوليو ١٩٨٦، فالتشريع الفرنسي غني بمبادئ وقواعد كفيلة بمنع سيطرة الأجانب وبدء نشوء احتكارات، وكذلك كفيلة بحماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية.

وقد حققت عقود الإدارة في فرنسا نتائج إيجابية عند تطبيقها في قطاع تزويد المياه، إذ لجأت الحكومة الفرنسية إلى عقود الإدارة الخاصة، حيث تضمن عقد الإدارة المبرم حوافز مالية للإدارة ترتبط بمدى تحسين أداء الخدمة، ونجحت الإدارة الخاصة فعلياً في قطاع المياه في تحقيق نتائج إيجابية

(١) د. منير إبراهيم هندي، تجارب عالمية في الخصخصة، المرجع السابق، ص ٩٣ - ٩٤.

(٢) د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٣) بخلاف ذلك قد لا تتحقق تلك المزايا عندما لا تستطيع الإدارة الخاصة للمشروعات اتخاذ القرارات الرئيسية تشغيلية كانت أو إنتاجية التي تؤثر على الأداء التشغيلي بالمرق، نتيجة عدم تحمل مسؤولية الأداء ونتائجه داخل المرفق. ينظر بهذا الخصوص د. عبد العزيز السوداني، تقييم تجارب الخصخصة في الدول النامية، بحث مقدم إلى مؤتمر الخصخصة ونقل التكنولوجيا والتنمية في مصر المنعقد بكلية التجارة - جامعة الإسكندرية، ١٦ - ٢٠ مايو ١٩٩٣، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، عدد خاص، ص ١١.

(٤) ففي أمريكا أوصى مكتب الإدارة والموازنة الأمريكي بضرورة استعمال عقود الإدارة في ١٤ مجال نشاط وخدمة، منها التشغيل الآلي للبيانات وإدخال البيانات على الحاسب الآلي وإدارة الحسابات ومنع القروض والهندسة المعمارية والمدنية والتدريب والخدمات السمعية والبصرية وخدمات التغذية والخدمات البريدية وإعداد الملفات وخدمة المكتبات وخدمات غسيل وتنظيف الملابس والمفروشات وخدمات صيانة الملاعب وأحواض السباحة العامة، نقلاً عن د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٥) د. عبد العزيز السوداني، المرجع السابق، ص ٤٤.

وانخفاض إهدار في المياه، وانخفاض عدد الوصلات اللازمة لتأدية الخدمة، كما لجأت حكومة غينيا بيساو عام ١٩٩١ إلى إبرام عقد إدارة مع شركة الكهرباء الفرنسية، وبمقتضى هذا العقد تتولى شركة الكهرباء الفرنسية إدارة المرفق لمدة عامين تحصل خلالها الإدارة الفرنسية على مكافأة مالية تتضمن جزءاً ثابتاً تحصل عليه بصرف النظر عن النتائج المتحققة^(١).

أما فيما يتعلق بالتشريع المصري، فقد صدر القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، وبموجب هذا القانون حلت الشركات القابضة محل العديد من الهيئات العامة، كما حلت الشركة التابعة لها محل شركات القطاع العام، وبمقتضاه أيضاً سمح للشركات القابضة بحرية إدارة مواردها بما يتلاءم مع ظروفها واحتياجاتها بغرض تعزيز قدرتها^(٢)، كما منحت اللائحة التنفيذية لمجلس إدارة الشركة القابضة اختصاص تكوين محافظ الأوراق المالية للشركات التابعة وإدارتها، واستثمار أموالها، وبالإضافة إلى ذلك نص هذا القانون على مبدأ الفصل بين الملكية والإدارة من خلال نقل إدارة الأنشطة والخدمات من قبل خبراء ومتخصصين لإدارة تلك الشركات، مع احتفاظ الحكومة بملكية تلك الشركات، إذ تظل الشركات العامة خاضعة لبعض القيود المتعلقة بسياسات التوظيف وتعيين الموظفين والعاملين وتحديد الأجور، كما تخضع في بعض الحالات للتدخلات السياسية، وفي هذا الصدد أسند فندق الهلثون إلى شركة أجنبية، والخطوة الثانية تمثلت في عام ١٩٨٦، حيث أسندت سبعة من الفنادق المصرية إلى شركات أجنبية خاصة، محاولة للتغلب على الخسائر الفادحة لهذه الفنادق.

مما سبق يتضح لنا أن المشرع المصري قد وسع مفهوم الخصخصة، وذلك على أساس أن برنامج الحكومة لخصخصة شركات قطاع الأعمال العام غطى جميع المفاهيم التي أوردها، وذهب إلى أنه لا يقصد بالخصخصة فقط بيع شركات قطاع الأعمال العام إلى القطاع الخاص، فهذا هو المفهوم الضيق للخصخصة، ولكنها تتسع لتشمل تطوير قطاع الأعمال ونموه وإدارته، من خلال آليات السوق وفتح أسواق جديدة محلياً وخارجياً والاهتمام بجودة المنتجات وتطويرها^(٣)، وهذا يبدو جلياً في أن قانون قطاع الأعمال العام والخاضع لقانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ أجاز توكيل إدارة المشروعات وتشغيلها إلى القطاع الخاص.

(١) د. المرسى السيد حجازي، المرجع سابق، ص ١٢٠٨

(٢) د. علي عبد الوهاب، القدرة التنافسية للاقتصاد المصري في جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة في ظل برنامج الإصلاح الاقتصادي، بحث مقدم إلى مؤتمر تعزيز القدرة التنافسية (الاستراتيجية والسياسات والآليات في الفترة ٢٧ - ٢٩ يوليو ٢٠٠٦)، كلية التجارة، جامعة الإسكندرية، ص ١٢ - ١٧.

(٣) د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢١ وما بعدها.

وفي جمهورية مصر العربية رأى البعض^(١)، أن عملية الخصخصة (خصخصة الملكية، خصخصة الإدارة) قد انطلقت من عدة دوافع أهمها: التخلص من الوحدات العامة الخاسرة ورفع مستويات الكفاءة الإنتاجية ومعالجة المشكلة الاقتصادية الراهنة وعودة الحرية للمواطن المصري وتوسيع قاعدة الملكية لوسائل الإنتاج، بدلاً من تركيز الملكية في يد الحكومة.

أما عن موقف المشرع العراقي، فقد أقدمت الحكومة العراقية في أواخر الثمانينات وبداية التسعينات على برنامج ضخم للانفتاح الاقتصادي، أجاز خصخصة الإدارة عن طريق عقود الإدارة وغيرها من العقود المبرمة مع القطاع الخاص، على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين؛ ولهذا فإن الإدارة ملزمة باتباع الإجراءات والأساليب التي نص عليها القانون بغرض التعاقد مع أفضل المتقدمين من النواحي المالية والفنية والإدارية دون أن يصل إلى درجة يخلت معها مبدأ الحفاظ على التوازن بين طرفي العقد الذي يقرره العقد في إطار القانون الخاص، وبهذا يختلف عن عقد الإدارة المقرر في ظل القانون العام وبشروط استثنائية من جانب الدولة.

ويلاحظ مما تقدم أن عقود الإدارة ماهي إلا مجموعة من الترتيبات أو الاتفاقات بمقتضاها يدير الطرف الأجنبي كل العمليات والأنشطة الوظيفية الخاصة بالمشروع الاستثماري في الدولة المضيفة أو بعضها مقابل عائد معين على هيئة أتعاب أو مقابل مشاركة في الأرباح.

ويتميز هذا النوع من الاستثمار بأنه يسهم في التقدم الفني في ميادين الإنتاج والإدارة والتسويق وتنمية مهارات القوى العاملة، ويقلل من الآثار السلبية والاقتصادية نتيجة عدم امتلاك المستثمر الأجنبي لأي حصة في رأس المال، ولكن يعيبه أن تحكم العنصر الأجنبي في إدارة نشاط وعمليات المشروع قد يخلق تعارضاً في المصلحة بينه وبين الطرف الوطني، علاوة على أن إسهامات هذا النوع من الاستثمار في تدفق النقد الأجنبي وخلق المهارات الفنية محدودة^(٢)، كما نصت المادة ٢٩ من قانون الاستثمار العراقي على أنه تخضع جميع الاستثمارات لأحكام هذا القانون باستثناء ما يأتي:

أولاً: الاستثمار في مجالي استخراج النفط والغاز وإنتاجهما.

ثانياً: الاستثمار في قطاعي المصارف وشركات التأمين^(٣).

ويبدو أن المشرع العراقي باستثنائه قطاعي إنتاج النفط والغاز من نطاق قانون الاستثمار أراد أن يخضع الاستثمار في هذين القطاعين الحيويين لقواعد تختلف عن تلك الموجودة في قانون الاستثمار رقم

(١) د. عبد الرحمن يسري أحمد، التحول إلى القطاع الخاص في مصر لماذا؟ وما هو الأسلوب المناسب؟، بحث مقدم إلى المؤتمر المشترك الأول - قطاع الأعمال العام، استراتيجيات وأساليب التحول، الإسكندرية، يونيو ١٩٩٢، ص ٧٢.

(٢) انظر : د. محمد السيد سعيد، الشركات عابرة القومية ومستقبل الظاهرة القومية، عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨٦، ص ٢٢٨.

(٣) يخضع لقانون المصارف الصادر بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣، ويخضع التأمين لقانون أعمال التأمين رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥.

١٣ لسنة ٢٠٠٦ دون أن يحرم المستثمر الأجنبي من الولوج إلى هذين القطاعين والاستثمار فيهما بغرض تطويرهما، فهناك في العراق قانون خاص للاستثمار في تصفية النفط الخام، وهو القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٧، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه أولاً: للقطاع الخاص إنشاء مصافي لتكرير النفط الخام وامتلاك منشآتها وتشغيلها وإدارتها وتسويق منتجاتها عدا امتلاكه للأرض، ثانياً: يقصد بالقطاع الخاص في هذا القانون كل شركة أو مجموعة شركات عراقية أو أجنبية منفردة أو مؤتلفة ذات إمكانية مالية برأسمال خاص، مؤسسة وفق أحكام قانون الشركات رقم (١) لسنة ١٩٩٧، وقادرة على إنشاء مصافي لتصفية النفط الخام بإمكاناته تقنية وفنية.

هذا علماً بأن هناك مشروع قانون للنفط والغاز قيد الدراسة أوسع نطاقاً من القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٧ الذي ينحصر تطبيقه في نشاط تصفية النفط الخام دون أن يشمل عمليات الاستثمار الأخرى في قطاعي النفط والغاز، وقد نصت المادة ١٥ من مشروع قانون النفط والغاز على أنه: أولاً: تمنح تراخيص العمليات النفطية على أساس عقد تنقيب وإنتاج أو عقد تطوير وإنتاج يبرم بين الوزارة أو الهيئة وشركة عراقية أو شركة أجنبية تحدد فيه الأهلية الفنية والقدرة المالية، وفقاً لمعايير أهلية الشركات الموضوعة من المجلس ووفق آليات التفاوض والتعاقد المنصوص عليها في المادة (١٨) من هذا القانون، إذ من أهم أهداف قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ "تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة؛ للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الإنتاجية والخدمية"^(١).

ويستوحى من هذا النص أنه يمكن خصخصة الإدارة وفق ضوابط قانونية واردة في ذلك القانون في القطاعات كافة^(٢)، إذ اشترط على الشركة الأجنبية التي ترغب في الاستثمار في قطاعي النفط والغاز أن تكون مسجلة في العراق وفقاً لأحكام قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، ولها ما لا يقل عن (١٠%) عشرة في المائة، ولا يزيد على ٤٩% تسعة وأربعين في المائة من أسهم رأسمالها مملوكة من مواطنين عراقيين أو شركات عراقية عامة أو خاصة، بالإضافة إلى ذلك فإن الإجراءات الخاصة بعقود الإدارة لا تختلف كثيراً عن الموجود في العطاءات والمناقصات، فهي تلزم في بادئ الأمر بإعلان ينشر في الجرائد والمجلات الاقتصادية عن المناقصة، بحيث يتضمن الإعلان بيانات كافية عن النشاط أو الخدمة المدارة من القطاع الخاص وإعداد كراسة الشروط بدقة مبيهاً فيها التزامات كلا الطرفين، وبالأخص الالتزام القائم بالخدمة أو النشاط، ثم تتلقى العطاءات من الموردين أو المتعاقدين (المستثمرين) من القطاع الخاص، وتشكل لجنة لفحص العطاءات، بحيث تتصف بالحياد والموضوعية، وتكون مهمتها فرز المستثمرين والعطاءات وتصنيفهما وتصنيف البيانات وتبويبها والمقارنة بينها؛ من أجل الوصول إلى أفضل العطاءات واتخاذ القرار السليم بشأنها؛ لأن من المهام الأساسية لهذه اللجنة وضع معايير بموجبها يفضل أحد

(١) المادة (٢) الفقرة أولاً من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.

(٢) التنقيب عن النفط والغاز، جمع قمامة في المدن، نظافة المستشفيات والجامعات والطرق وغيرها.

العطاءات على غيره من العطاءات، من حيث الجودة والسعر والمدة وسمعة المورد.... إلخ. ومما لا شك فيه أن المواد القانونية المذكورة في القانون العراقي يعترضها بعض الغموض، إذ إن القبول بخصخصة الإدارة للمشاريع العامة ليس مسألة عابرة (ميسورة) بل يتوقف على طبيعة الأنشطة العامة والضوابط المشار إليها، وإذا كان بالإمكان إدارة بعض المشاريع العامة، فلا بد من تنظيم شروط العقود تنظيمًا أفضل فيما يمس جودة الخدمة والتوقيت والتكاليف، ويقع عبء ذلك على الحكومة العراقية وإمكانية توقيع عقوبات وغرامات على المورد خاصة، حتى يتسنى لها إضفاء نوع من الجدية على التعاقد وتجنب المشاكل التي تمس تنفيذ بنود العقد والتي سبق أن وقعت فيها مع الشركات الأجنبية.

والجدير بالذكر أن المشروعات العامة بات من المتعذر على المستثمر (الشخص الخاص) - متى كان شريكاً مع السلطة العامة في شركة مختلطة، أو إذا كان قد كلف بإدارة مشروع عام عن طريق الإدارة غير المباشرة أو عقد الإدارة- أن تكون له حقوق على الأموال العامة للإدارة، إلا إذا كانت شركة المساهمة حينئذ تمكنه من تلك الحقوق، إذ قد تبرم عقود الإدارة بأجل طويل مع القطاع الخاص، على أن تتضمن نية الحكومة في بيع المنشآت بأي من الطرق الأخرى إذا أثبت قدرته على تطوير المشروع العام طبقاً لبنود العقد.

ومن منظور ما تقدم يتضح أن السبب الرئيس الذي كان وراء نجاح هذه الآلية التي تحدثت عن طريق إبرام العقود هو الاعتماد على الأسلوب التنافسي في العطاءات المقدمة من قبل المستثمرين. بيد أن التقارير الدولية تشير إلى تواضع نصيب مصر والعراق من التدفقات العالمية والإقليمية للاستثمارات الأجنبية^(١)، نتيجة انعكاسات عديد من المشكلات التي تواجه هذه البلدان في فترات متعاقبة، فضلاً عن عدم فاعلية السياسات التي اتبعتها الحكومات في البلدان النامية في سبيل تشجيع الاستثمارات وجذبها^(٢)، ويرتبط السبب أيضاً بسرعة عمليات الخصخصة وإنجازها، وهو ما يبين تواضع دورها في تحقيق أهداف التنمية وعلاج مشكلات الاقتصاد، وعدم نجاح السياسات الحكومية في تحقيق أهدافها يعزى إلى عدم توافر البيئة السياسية والتنظيمية الملائمة، نتيجة عدم وجود الشفافية والإفصاح، ويتطلب هذا إعادة النظر وإجراء إصلاحات في التشريعات، من أجل خلق مناخ ملائم لجذب الاستثمارات.

(١)

UNCTAD, 2012.

(٢)

Dumludag Devrim: "A Comparison of Foreign Direct Investment Turkey and Egypt: Motivations and obstacles" MPRA paper.2012, no. 27521, p.16-17.

المطلب الثاني

عقد الامتياز

وهو أحد أقدم الطرق التي يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص (فرداً كان أو شركة) بمهمة إدارة المشروع العام، وتشير الدراسات الاقتصادية والقانونية إلى استخدام عقد الامتياز كأسلوب من أساليب خصخصة الإدارة، حيث تتسم تلك العقود بأنها تتضمن كل الحقوق التي يتمتع بها المستثمر الخاص في ظل عقود الإيجار^(١)، ولكن دور القطاع الخاص في تشغيل المشروع وإدارته وتحمل مسؤولياته يكون أكبر نسبياً في عمليات الإحلال والتجديد والتوسع (خلال فترة العقد التي تتراوح بين "١٥ - ٥٠ سنة")^(٢)، ويخضع عقد الامتياز لإجراءات معينة حددها المشرع، منها الإعلان المسبق واعتماد مبدأ المنافسة، وأصبحت عقود الامتياز تخضع للنظام القانوني نفسه الذي تخضع له عقود التفويض العام^(٣)؛ ولهذا فهو يعد أحد صور تفويض إدارة المشروع العام^(٤).

ويعد عقد امتياز قناة السوييس صورة لتلك العقود، ورغم أنه مع دولة مستثمرة، وليس مع مستثمر فرد، ويستلزم تنفيذ عقود الامتياز في غالبية الحالات من المستثمر الخاص القيام بنفقات استثمارية ضخمة لتشغيل المشروع وتقديم خدماته؛ لأن القيام بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق إنشاء مشروع عام وتسييره على نفقته الخاصة وعلى مسؤوليته يكون مقابل منحه حق تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين تحت إشراف الشخص العام ورقابته^(٥)، فإن هذا النوع من العقود يتضمن جزئياً شكلاً من أشكال التمويل الحديثة يطلق عليه (BOT)^(٦)، أو البناء والتشغيل ثم التحويل للحكومة^(٧)، حيث يتولى القطاع الخاص بناء المشروع على نفقته مقابل حقه في تشغيل هذا المشروع مدة من الزمن بحسب الاتفاق، ثم يعيد المشروع إلى الدولة، فيصبح جزءاً من ملكيتها، وباستقراء الواقع يتضح أن عقود الامتياز ليست واسعة الانتشار بقطاع المرافق العامة الاقتصادية في الدول النامية^(٨)، وإن استخدمت بدرجات متفاوتة بالدول المتقدمة، مثل إنجلترا* وفرنسا.

(١) د. مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) د. سعيد عبد العزيز عثمان، المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) المادة الثانية من قانون الخصخصة اللبناني رقم ٤٦٢ لعام ٢٠٠٢.

(٤) د. وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٥) د. علي الخطار، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتته للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، ١٩٩٢، ص ١٧.

(٦)

Build – operation – transfer.

(٦) على سبيل مثال عقدت حكومة مصرية اتفاقية في ٢٠١٤ مع صين لإنشاء سكة قطار فائقة سرعة وفقاً لنظام البوت.

(٨) د. صالح بكر الطيار، النظام القانوني لمشروعات البوت BOT (البناء – التشغيل – نقل الملكية)، مركز الدراسات العربي الأوروبي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٩٥.

* تعد مصر ثاني دولة في استخدام السكة الحديد بعد إنجلترا، حيث تعود إلى عام ١٨٥٦ عن طريق الامتياز، حيث أقيم أول خط بها بين القاهرة والإسكندرية بطول (٢٠٩) كم.

وهناك أسلوب آخر يعد شكلاً من أشكال عقود الامتياز أطلق عليه نظام Boo^(١)، وبموجب هذا الأسلوب يتولى القطاع الخاص بناء المشروع وتشغيله وتملكه مقابل مبلغ مالي يدفعه للدولة كحق انتفاع، وقد حقق نجاحاً في العديد من الدول المتقدمة، وبدأ انتشاره على نطاق واسع في بعض الدول النامية^(٢)، ومن خلاله يمكن لهذه الدول نقل التكنولوجيا وتحديث الإدارات الحكومية عن طريق خلق باب المنافسة مع ذلك القطاع وإشراكه في إدارة الخدمات العامة وتشجيعه على الاستثمار بما يحقق سياسة الخصخصة وتحرير الاقتصاد من الشمولية والتدخل غير المبرر من الدولة^(٣)، وتخفيف العبء عن كاهل الحكومة^(٤). وفي الوقت الحاضر نرى مشروع مترو الأنفاق وغيره من المشروعات السياحية واستثمارات التنقيب عن البترول والثروات الطبيعية، فضلاً عن مشروعات أخرى متعددة.

ومن الجدير بالذكر أن منح صيغة الامتياز لمثل هذه المشروعات يكمن في أن الامتياز في هذه الحالة يمكن الحكومة من إحكام الرقابة على إنشاء هذه المشروعات وإدارتها، وأيضاً نقل الملكية عند نهاية المدة بالحالة الجيدة التي تمكنها من أن تعهد بعد ذلك بالمشروع إلى قطاعها الخاص الوطني^(٥)، حيث يكون التركيز في المرحلة الراهنة على تطبيق نظم إدارة الجودة الشاملة Total Quality management في الأجهزة الحكومية، إذ ركزت تجربة بريطانيا على إعادة تشكيل أدوار الدولة وتطبيق التجربة الرائدة الناجحة في الخصخصة التي نقلت عنها في تجارب عالمية عديدة^(٦).

هذا كله يؤدي إلى تعظيم وتفعيل وإغناء دور القيادات والإدارات التنفيذية في كل المستويات في الأجهزة التي ينصب عليها التطوير، من حيث مشاركتها في إدارة برامج التطوير وتخطيطها وتنشيط مبادرات هذه القيادات بشأنها ومباشرتهم للجهود التطويرية ذاتياً، ومن ثم يحقق هذا المسار فك القيود والجمود والبيروقراطية التي ولدتها النظم والهياكل واللوائح؛ لذا وضعت وكرست جهود من أجل تقليص الضوابط البيروقراطية وتبسيط الإجراءات لإدارة الأعمال في القطاع العام وتنمية قدرات القيادات الإدارية فيه.

(١)

Build – operation – owned.

(٢) د. منير إبراهيم هندي، أساليب وطرق الخصخصة، المرجع السابق، ص ٤٠ – ٤٨.
(٣) د. رضا صاحب أبو حمد، الخصخصة وإمكانيات تطبيقها في العراق، بدون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص ٥، وكذلك د. أحمد صقر عاشور، التحول إلى القطاع الخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٦٦.
(٤) د. صالح بكر الطيار، المرجع السابق، ص ٩٦.
(٥) د. أحمد صقر عاشور، إصلاح الإدارة الحكومية (أفاق إستراتيجية للإصلاح الإداري والتنمية الإدارية العربية في مواجهة التحديات العالمية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية (إدارة البحوث والدراسات)، ١٩٩٥، ص ١٠٢.
(٦) د. أسعد السعدون، أساليب خصخصة في دول مجلس التعاون الخليجي، المقال منشور في جريدة التجارية الصادر في مملكة البحرين، العدد ٢٢١، ٢٠٠٩، ص ٢.

وفضلاً عما تقدم، فإن مفهوم التحول الضمني إلى القطاع الخاص الذي يتمثل أساساً في إدارة الدول للمشروعات العامة وفقاً للأسس التي يعمل بها القطاع الخاص ليس مفهوماً جديداً أو مستحدثاً^(١)، إذ عرفته ميادين الإدارة منذ مطلع هذا القرن متمثلاً في المؤسسة العامة بوصفها أداة إدارية تبتدع وتصحح؛ لتعمل بعقلية القطاع الخاص وروحه، دون أن تفرط في أهدافها العامة وفي مسؤولياتها تجاه المصلحة العامة^(٢).

(١) د. أحمد ماهر، المرجع السابق، ص ١٦٣. وكذلك د. محمد صبري بن أونج، المرجع السابق، ص ٢٩.
(٢) د. عبد الرحيم الريح، مقال تحت عنوان "استراتيجية الخصخصة في العالم، مجلة أبوظبي الاقتصادي، مجلة تصدر عن غرفة تجارة وصناعة أبوظبي، الإمارات العربية المتحدة، العدد ٣٢٠، نوفمبر ١٩٩٨، ص ٩٢.

المبحث الثاني

عقود التأجير والخدمات Leasing & Service contracts

يقصد به عقد إجارة^(١)، بين شركة القطاع العام وشركة خاصة بتشغيل الشركة الخاصة أصول الشركة العامة، وتحفظ بالأرباح لنفسها، مع بقاء الأصول ملكاً للشركة العامة، على أن تتقاضى شركة القطاع العام مبلغاً بدل إيجار، وتتراوح مدة العقد عادة بين ست سنوات إلى عشر سنوات، وعلى هذا يعد عقد الإيجار عقداً متوسط الأجل، إذ تظل الدولة محتفظة بالملكية مقابل قيام المستثمر بتشغيل المشروع العام وصيانته وتمويله وتحمل جميع المخاطر التجارية ودفعه لتعريفات محددة^(٢) ومنح صلاحيات وسلطات كافية للمستثمر^(٣)، ويذهب البعض^(٤)، إلى أن هذه الطريقة تهدف إلى التأجير طويل الأجل لبعض الأصول أو الأنشطة غير المستغلة اقتصادياً بشركات قطاع الأعمال العام، بحيث يستأجر القطاع الخاص تلك الأصول أو يستخدم التسهيلات المملوكة للدولة لمواصلة الأعمال لحسابه الخاص^(٥).

وتعد عقود تقديم الخدمات إحدى آليات خصخصة الإدارة التي جرى العمل بها في الدول المتقدمة والنامية على حد سواء وبالاخص مع تراجع تدخل الدولة في الاقتصاد الوطني وتقليص الانفاق الحكومي على الخدمات وتزايد الأخذ باللامركزية وذلك في مجالات عديدة مثل الخدمات البريدية، خدمات المكتبات، خدمات غسل وتنظيف الملابس والمفروشات، وتنظيف الشوارع وجمع القمامة^(٦). ومن منظور ما تقدم نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : عقود التأجير .

المطلب الثاني : عقود تقديم الخدمات .

(١) تعرف المادة (٥٥٨) من القانون المدني المصري على أنه "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة معينة لقاء أجر معلوم"، وفي القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نصت المادة (٧٢٢) عقد الإيجار بأنه: "تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور". كما عرفته المادة ٦٥٨ من القانون المدني الأردني بأنه "تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم" وهناك الكثير من التشابه بين نصي القانون المدني العراقي والقانون الأردني، ورغم ذلك لم ينص صراحة على عقود الإيجار الخاصة.

(٢) د. نبيل مرزوق، الخصخصة، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٣) د. وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٤) د. الحسن محمد محمد سابق، أثر الخصخصة على حقوق العمال، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٢٨.

(٥) د. محمد عمر الحاجي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٦) د. احمد ماهر، المرجع السابق، ص ١٦٧.

المطلب الأول

عقود التأجير

تعد عقود التأجير إحدى الوسائل المعتمدة في خصخصة إدارة الشركات في بعض الدول المتقدمة^(١) والنامية، ومنها مصر^(٢) والعراق^(٣)، وغالباً ما توفر الدولة الاستثمارات الرئيسية (تكون غالبيتها متوافرة فعلياً)، ثم يستأجر القطاع الخاص الشركة باستثماراته الأساسية، وتتعهد الشركة الخاصة بتشغيل الشركة وصيانتها وتوفير الخدمات المطلوبة لحسابه وتحت مسؤوليته، مع الالتزام بدفع مبالغ مالية محددة بالعقد، مقابل الحق في استغلال أصول الشركة العامة وما تملكه من تسهيلات، إذ تلجأ الدول إلى هذه العقود في حالة الشركات الضعيفة التي تعاني من الخسارة وصعوبة العثور على المستثمرين، وغالباً ما يحقق هذا الأسلوب بعض المزايا بصرف النظر عن مساوئه، ومنها التغلب على بعض مشاكل العمالة الحكومية المقنعة التي تعاني معظم المؤسسات والشركات الحالية منها في الوقت الراهن، ويستخدم الآن القطاع الخاص غالباً عمالة تتوافر فيها كفاءات معينة^(٤).

ويصبح القطاع الخاص مسؤولاً عن عمليات التشغيل والصيانة^(٥)، إذ بمقتضى عقد الإيجار تخول للمستأجر (القطاع الخاص) حقوق على إيرادات التشغيل المتدفقة خلال المدة المحددة للعقد، في مقابل تحمل الالتزامات والمخاطر التجارية^(٦)؛ لذلك تضطر الشركة إلى خفض النفقات المتمثلة في الضمان الاجتماعي والسلامة المهنية والرعاية الصحية... إلخ، وتحافظ على الأصول. وتسهم هذه الطريقة في رفع العبء عن الميزانية وجذب المهارات الفنية والإدارية المتطورة، ثم تستخدم الأصول استخداماً أكثر كفاءة، أما المخاطر التجارية المتعلقة بالنشاط التشغيلي للمشروع والمتمثلة في المخاطر الرأسمالية، فيتحملها المرفق بصفته هيئة عامة.

(١) ففي فرنسا حدثت عملية الخصخصة لتأمين الاحتياج والتوزيع المائي بصيغة أخرى تقوم على أساس نقل مسؤولية إدارة المشروع إلى القطاع الخاص لفترة محددة، تتراوح ما بين عشر سنوات وعشرين سنة، بحيث يدير القطاع الخاص المشروع، مع الاحتفاظ بملكته لسلطات الدولة، وهو شكل أقرب إلى العلاقة الإيجارية في القانون الخاص.

(٢) فأجاز القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٦ إجراء تعديل في اختصاص هيئة كهرباء مصر، حيث أجاز منح النزاعات الشركات العامة إلى المستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وصيانة محطات توليد الكهرباء. لمزيد من التفاصيل ينظر علي الصعيدي، خصخصة قطاع الكهرباء في مصر، أعمال الندوة المنعقدة في ٤ نوفمبر ٢٠٠١، تحرير: منى الجرف، أوراق اقتصادية، مركز البحوث والدراسات، عدد ١٨ مارس، القاهرة.

(٣) فقد أقدمت الحكومة العراقية سنة ١٩٨٨ على برنامج ضخم للانفتاح الاقتصادي والخصخصة باتجاه اقتصاد السوق، وفي بداية التسعينيات كانت ٥٣% من الأراضي ملكية خاصة و٤٦% منها مؤجرة من الدولة إلى القطاع الخاص، وظل ١% تحت سيطرة الدولة.

(٤) د. وجيه إبراهيم عبده، المرجع السابق، ص ٦٦. وكذلك د. مختار عبد المنعم خطاب، العولمة وضرورة الإصلاح والخصخصة في مصر، بدون مكان النشر، ٢٠٠٣، القاهرة، ص ٤.

(٥) د. الحسن محمد سباق، المرجع السابق، ص ٣١.

(٦) كما حدث في تأجير شركة نقل الركاب في العراق قبل ٢٠٠٣.

وقد استخدمت هذه الآلية لأول مرة في الستينيات، واتبعت الحكومة المصرية في بداية عام ٢٠٠٠ هذا النوع من الخصخصة في سبع شركات للمجمعات الاستهلاكية، من خلال عقد التأجير *leasing* *contract*، حيث يستثمر المستثمر بمقتضى هذه العقود تلك الشركات لحسابه الخاص ولمدة زمنية معينة، مقابل إعطاء الدولة مقابلاً اتفق عليه في تلك العقود، ويتحمل هنا المستأجر جميع المخاطر التجارية ومقابل الاستئجار وتكاليف الصيانة والإصلاح للأصول المستخدمة، بقطع النظر عن الأرباح التي يحققها. وتلائم هذه الآلية الشركات التي تكون متوقفة تماماً عن الإنتاج وتعرضت لندهور شديد يصعب معه إنقاذها إلا بوجود إدارة خبيرة، وحينئذ لا يبقى هناك حل سوى التخلي عن المشروع وتركه إلى القطاع الخاص؛ ليعيد تأسيس مقوماته من جديد وسبل تنميته^(١)، إلا أنه يعاب على هذا الأسلوب أنه يؤدي إلى صعوبة التمييز والفصل بين الاستثمارات الفرعية المملوكة للاستثمارات الرئيسية التي يتعين أن يتحملها المستثمر الخاص، والاستثمارات الرئيسية التي من المفروض أن يتحملها المرفق العام بوصفه هيئة عامة، كذلك يؤخذ على هذا الأسلوب أنه يحتاج إلى تكاليف ونفقات عالية؛ لإعادة هيكلة المشروعات المتدهورة بإصلاح أجهزتها وإعادة ترتيبها من جديد، وعلى الرغم من ذلك ثبت باستقراء التجارب الدولية نجاح هذا الأسلوب، كما في المملكة المتحدة – على سبيل المثال – إذ أدت عقود النقل إلى توفير خدمة ضرورية للأفراد.

وهناك أوجه تشابه واختلاف بين عقود الإدارة وعقود التأجير، إذ تتشابه عقود الإيجار مع عقود الإدارة في الكثير من السمات، حيث إن كلاهما يوفر للشركات المراد خصخصتها الكفاءات والمهارات الإدارية والفنية والتكنولوجيا الحديثة، مقابل تعويض مادي يتقاضاه كلا الطرفين في الحالتين، وأن كلا منهما لا ينطوي على خصخصة الملكية، إذ يحتفظ القطاع العام بالملكية، ويتخلى عن إدارة الأنشطة فقط. ويختلف عقد الإدارة عن عقد الإيجار في أن عقد الإدارة يقتضي أن تتولى الإدارة دفع أجره إدارة المشروع العام إلى الفرد أو الشركة من القطاع الخاص، ودون أن يكون لهذا الأخير بالضرورة الحق في الأرباح جراء إدارته للمشروع العام بالرغم من أن هذا الأجر قد يربط بالأرباح أو بجودة، أما عقد الإيجار فمن المعروف أن الفرد أو الشركة من القطاع الخاص هو الذي يدفع أجره للمشروع العام للإدارة نظير انتفاعه بهذا المشروع، وكذلك تختلف عقود التأجير عن عقود الإدارة في أن الأخيرة هي العقود التي تبرمها الحكومة مع الأفراد المحليين والأجانب (المستثمرين) لإدارة الشركات دون أن تتيح لهم تحديد شروط؛ لأن الحكومة تملّي الشروط التي تعمل شركة الإدارة بموجبها، في حين تتيح عقود التأجير استثمار الموارد والأصول من قبل القطاع الخاص حين تأخذ عملية التأجير أحياناً طابع التأجير التمويلي، وبذلك يوكل للمستثمر إدارة المشروع واستثماره لمدة زمنية محددة، ثم تعود ملكيته للدولة، ومن ثم يقع

(١) حاتم كريم بلحاوي، المرجع السابق، ص ٨.

تحديد شروط الاستثمار في المشروع العام على عاتق المستأجر، ويتحمل مسؤوليته وهو ما يعد قاعدة عامة^(١).

وفي إطار موضوع خصخصة الإدارة وبقدر تعلق الأمر بصور مشاركة القطاع الخاص في المشاريع العامة، نجد أنه قد زاد في الآونة الأخيرة الاهتمام بالتأجير بوصفه أحد أساليب خصخصة الإدارة^(٢)؛ لذا يمكننا الإشارة إلى أربعة أنواع من عقود التأجير، وهي عقد الإيجار التشغيلي وعقد التأجير التمويلي وعقد الترخيص التجاري وعقد تأجير استغلال المحل التجاري، ومن منظور ما تقدم نعرض لهذه العقود في أربعة فروع، مع بيان دورها في عملية الخصخصة وأثر التحول إلى القطاع الخاص في تلك العقود.

الفرع الأول

عقد الإيجار التشغيلي Operating Lease

ويطلق على هذا النوع أحياناً عقود التأجير الخدمية، وفيه يستغل المستأجر أصول المنشأة نفسها، ويتولى المؤجر صيانة هذه الأصول، مع مراعاة تكلفة الصيانة عند تقرير القيمة الإيجارية في العقد^(٣)، ويعد عقد الإيجار التشغيلي من العقود قصيرة الأجل، إذ يقع بموجبه تأجير أصول شركة معينة للقيام بعمل محدد، ثم تعود هذه الأصول إلى المؤجر ثانية، فالمؤجر قد يستفيد ويحقق أرباحاً من جراء تأجير هذه الأصول للقطاع الخاص أكثر من مرة.

ولأن فترة التعاقد قصيرة نسبياً، وتعود حيازة هذه الأصول للمؤجر، عند انتهاء مدة التعاقد، لذا يتحمل المؤجر بعد ذلك بعض النفقات، كالصيانة والتأمين والتقاعد^(٤)، كما يُسأل المؤجر عن الضرائب المستحقة عليه عن الأصول، ولا يثير مشاكل قانونية أو محاسبية معقدة^(٥). وبناءً على ما تقدم يتميز عقد الإيجار التشغيلي بعدة مزايا مهمة منها^(٦):

١- تتاح للمستأجر حرية فسخ التعاقد لأنه غالباً ما تكون مدة العقد أقل من العمر الافتراضي لهذه الأصول.

٢- لا يسمح هذا العقد باستهلاك رأس المال المستثمر أو الأصول المؤجرة، وتغطي فترة التعاقد جزءاً

(١) صهيب موسى جفال، المرجع السابق، ص ٩٠، كذلك د. مهند جبوري، النظام القانوني للتحول، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) محسن حسن، الخصخصة دراسة تحليلية للمفهوم والآليات، مجلة القانونية، العراق، العدد الثلاثون، ٢٠٠٨م.

(٣) د. سيد أحمد سيد يعقوب، الخصخصة ودورها في التنمية وتطوير الأنظمة الاقتصادية والسياسية المعاصرة، تجربة حكومة دولة الكويت، ٢٠٠٦، ص ١٠٠.

(٤) محمود الدمرداش، المرجع السابق، ص ٢٥٠ - ٢٥٢.

(٥) د. محمود السيد عرفات سليمان، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، بعنوان "أثر الخصخصة على السياسات الضريبية"، دراسة مقارنة وتطبيقية على الاقتصاد المصري، ٢٠٠٩، ص ١٢٤.

(٦) د. محمود محمد، التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل، مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، السنة الخامسة والسبعين، العدد ٣٩٦، إبريل ١٩٨٤، ص ٧١.

فقط من العمر الافتراضي، ولا يوجد خيار للشراء لدى المستأجر في نهاية مدة العقد.

٣- أنه اتفاق يعطي المؤجر إلى المستأجر بموجبه حق استخدام أصل لفترة زمنية متفق عليها، مقابل دفعة أو سلسلة دفعات.

٤- يكون المؤجر من خلاله مسؤولاً عن بعض الخدمات كالصيانة وتحمل مخاطر التأمين والتقاعد.

الفرع الثاني

عقد التأجير التمويلي

يطلق على هذا النوع من العقود عقود التأجير الرأسمالي، وبخلاف عقد التأجير التشغيلي، فإن العقد التأجير التمويلي يغطي فيه الإيجار فترة زمنية تمتد لتقارب نهاية العمر الافتراضي للأصول، ويتميز عقد التأجير التمويلي بالصعوبة البالغة في إلغاء الاتفاق وبطول الفترة الزمنية، وقد لا يلغي هذا النوع من التأجير في بعض الأحيان لأسباب سياسية، بحجة أنه نوع من أنواع بيع الشركة بيعاً خفياً^(١).

ويعد عقد التأجير التمويلي وسيلة من وسائل التمويل المناسبة للمشروعات التي تعد وسائل تمويل تقليدية^(٢) للوفاء بمطالبها الاستثمارية، وكذلك تلائم المشروعات التكنولوجية التي تتطور وتطراً عليها تغيرات مستمرة، كما أنها تضمن للممول استرداد التمويل، إذ يستند نظام التأجير التمويلي على فكرة مؤداها أنه بدلا من أن تقدم مؤسسة التمويل إلى المشروع طالب التمويل قرضاً ليشترى به ما يحتاج إليه أو يجري به ما يلزمه من توسعات تقدم له ما يحتاجه من أصول إنتاجية عن طريق بيعها إليه بالتقسيط مع تأخير نقل ملكية الأصول، ومن ثم يصبح المشروع مالكا لهذه الأصول الإنتاجية في جميع الحالات بنهاية مدة الإيجار، ولا يلتزم المستأجر في مواجهة مؤسسة التمويل إلا بدفع الأقساط المتفق عليها، سواء أكانت أقساط القرض أم أقساط الثمن المقسط، وفي هذه الحالة تكون مؤسسة التمويل معرضة لمخاطر إفلاس المشروع أو تعسره بما يحول بينها وبين الحصول على كامل حقوقها في أغلب الحالات.

ولتجنب كل ذلك تشتري مؤسسة التمويل ما يحتاج إليه المشروع من أصول إنتاجية، أو تنشئ التوسعات المطلوبة، ومن ثم تكون هي المالك القانوني للأصول الإنتاجية أو المنشآت، ثم توجرها للمشروع طالب التمويل نظير أجره يتفق عليها بينهما، بحيث تمثل هذه الأجرة جزءاً مقابل استهلاك الأصول الإنتاجية المؤجرة، وجزءاً يقابل النفقات المالية والإدارية والفائدة المقررة على المبلغ المدفوع في شراء الأصل الإنتاجي أو إنشائه، بالإضافة إلى هامش ربح تحصل عليه مؤسسة التمويل^(٣).

وعلى هذا يمكن تعريف التأجير التمويلي بأنه نظام تمويلي يمول فيه المؤجر (الممول) شراء أصل

(١) د. محمود السيد عرفات، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٢) مثل القروض والبيع بالتقسيط، اللذين يعرضان الممول لخطر عدم استرداد التمويل الذي قدمه لمشروع ما.

(٣) د. عبد الرحمن السيد قرمان، عقد الإيجار التمويلي طبقاً للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، دراسة مقارنة بين القانونيين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٠.

رأسمالي، ويطلب من مستأجر (مستثمر) صرف استثماره لمدة لا تقل عن ٧٥% من العمر الافتراضي للأصل مقابل دفعات (مقابل التأجير) دورية^(١)، وتكون مدة الإيجار تقارب في معدلها العمر الافتراضي للأصل المؤجر، سواء أكان منقولاً أم عقاراً، مع احتفاظ المؤجر لملكية الأصل حتى نهاية العقد.

ويجب على المستثمر (المستأجر) دفع الأجرة مقابل انتفاعه بهذه الأموال والحصول على منافعها الاقتصادية، إذ يكون الأصل المؤجر هو ضمان التمويل ومصدر سداد دفعات مقابل التأجير، وتعد الدفعات مقابل التأجير جزءاً من ثمن الأصل المؤجر، بالإضافة إلى أنها مقابل الانتفاع بالأصل^(٢)، ويترتب على إخلال المستأجر بشروط العقد إمكان المؤجر من استرداد الأموال بصفته مالكا إذا ما توقف عن دفع الأجرة، كما يكون له حق استرداد الأموال من تفليسة المستأجر دون الدخول في متاهات إجراءات الإفلاس التي يمر بها الدائنون وهو ما يظهر المستأجر في وضع أفضل بالنسبة لإمكانياته الافتراضية^(٣).

وتتضح فكرة التأجير التمويلي بوصفه أحد أساليب خصخصة الإدارة، من خلال إنشاء الدولة لمشروع ما يحتاج إليه القطاع الخاص في أحد مشاريعه، أي تتمثل وظيفته في تقديم التمويل لشراء الأصل من المنتج لحسابه وباسمه، ثم يؤجره إلى المستأجر والقطاع الخاص^(٤) الذي يمول بدوره مصروفات إنشاء المشروع ونفقاته^(٥)، وهذا الوضع يمكن الدولة من تملك مشروع اقتصادي يمول من خلال ما يحصل من القطاع الخاص من أقساط وفوائد وهامش ربح معقول^(٦)، وهو أفضل من أن تمنح الدولة القروض بوصفها وسائل تمويلية تقليدية للقطاعات الأهلية التي قد تتعرض لمخاطر الإفلاس وفشل مشاريعها.

وتعد هذه الوسيلة من وسائل التمويل المهمة في مرحلة التحول من القطاع العام إلى القطاع الخاص جزئياً، أي عندما لا ترغب الدولة في التنازل عن ملكية مشاريعها، وإنما تحتفظ بملكيتها وتقوم بتأجير بعض مشاريعها للقطاع الخاص، فإن هذه العملية تحقق فوائد متبادلة^(٧)، فالدولة – الممولة – تضع شروطاً تكفل استمرار المستأجر في دفع الأجرة المتفق عليها والالتزام بصيانة الأصل المؤجر والمحافظة

(١) د. حسام الدين عبد الغني، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٥.

(٢) سعيد عبد الخالق، التأجير كأداة للتمويل، أبعاده وتقنياته، البوابة القانونية.

<http://www.ladis.com/last> visited 27/12/2014

(٣) صابر حسن الغنام، التأجير التمويلي كأحد الأساليب المقترحة للخصخصة، مؤتمر دور المحاسبة والمراجعة في مرحلة الخصخصة، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣.

(٤) د. حسين حسين شحاته، التأجير التمويلي، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر المحاسبي الإسلامي، بدون سنة نشر، ص ٤.

(٥) كلاويش مصطفى، نظام التمويل الذاتي وتطبيقه في المستشفيات الحكومية في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص ٢٣.

(٦) المادة (١١) من قانون الشركات العامة العراقي، رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

(٧) بخلاف البعض يذهب إلى أن الخصخصة عقيدة ونحن نميل إلى القول أن الخصخصة ليست عقيدة وإنما مصلحة متبادلة بين الأطراف، لمزيد من التفصيل قضايا اقتصادية خاصة، د. عبد الرحمن يسري وآخرون، الناشر: قسم الاقتصاد، كلية التجارة، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠١ وما بعدها.

عليه طول مدة العقد، وبالنسبة للمشروع طالب التمويل فإنه يحقق مصلحه باقتناء الأصول الإنتاجية المؤجرة، ويحقق منافعه الاقتصادية، وفي النهاية له الحق في تجديد العقد إذا وافق الطرف الأول، أو يعيد الأصول إلى الدولة^(١)، وفي عقد التأجير التمويلي ينقل المؤجر إلى المستأجر المنفعة المقصودة من الشيء، بالإضافة إلى مخاطر الاستغلال ونفقات الصيانة، فيتحمل القطاع الخاص الذي يستأجر أصول شركة حكومية مخاطر التأجير^(٢)، بالإضافة إلى التزامه بدفع الأجرة.

ومما سبق يمكن إبداء بعض الملاحظات حول مزايا التأجير التمويلي، إذ هو عقد غالباً ما يكون غير مسمى في القوانين المقارنة، لكن شراح القانون يحرصون على بيان مزاياه وتحديد حقوق كل طرف فيه وواجباته. وفيما يلي أهم مزايا التأجير التمويلي:

١- من حيث انتقال ملكية العين المؤجرة

تنتقل ملكية العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة إلى المشتري بنص في عقد الإيجار^(٣)، بإعطاء المشتري حق الخيار بالشراء^(٤)، ويراعى في تحديد ثمن الشراء ما سبق أن أداه المستأجر من أقساط الأجرة عن المدة السابقة^(٥)، على أنه في بعض القوانين إذا لم يتحقق الشراء يعاد النظر في الأجرة برجع المستأجر على المؤجر ومطالبته بفرق الأجرة، تأسيساً على أن قسط الإجارة في التأجير التمويلي يكون أكبر من قسط الإجارة التشغيلية^(٦).

٢- من حيث قابلية العقد للإلغاء

لا يكون العقد قابلاً للإلغاء حتى يضمن المؤجر استرداد قيمة العين المؤجرة^(٧)، وإذا فسخ العقد قبل انتهاء مدة الإجارة بواسطة المستأجر كان عليه أن يدفع باقي الأقساط، وعادة ما يحدث التأمين ضد إلغاء العقد بما يكفل للمؤجر الحصول على القيمة الإيجارية عن باقي مدة العقد والتمن المحدد به^(٨).

٣- من حيث انتقال منافع ومخاطر ملكية العين المؤجرة

تنتقل منافع ومخاطر ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر، والمنافع المعروفة هي التشغيل أو الاستخدام المربح طوال مدة الإيجار بدون توقف، وبالربح المتوقع من التحسن في القيمة المتبقية التي

(١) د. عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، ص ١٠.

(٢) يقتصر التمويل على الأصول الرأسمالية بهدف الاستثمار وليس الاستهلاك ويكون الأصل استثمارياً عينياً ويشمل جميع الأصول (منقول أو عقار) ولا يشمل الأوراق المالية والتجارية كالنقد والسندات والاستثمار وأذونات. استاذنا د. هاني دويدار: النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، ط٢، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٧٢٢.

(٣) حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص ١٤.

(٤) المادة (٥) من قانون التأجير التمويلي المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٥ والذي تم تعديله بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١. منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ (تابع) في ١٠ مايو سنة ٢٠٠١.

(٥) المادة (٥) من القانون نفسه.

(٦) محمود مصطفى زعاريير، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٧) صابر حسن الغنام، المرجع السابق، ص ٥.

(٨) المادة (١٠) من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ والتي نصت على أنه (يجوز للمؤجر أن يشترط التأمين على الأموال المؤجرة بما يكفل له الحصول على القيمة الإيجارية عن باقي مدة العقد والتمن المحدد به).

يشتريها المستأجر في نهاية المدة، أما المخاطر فتشمل إمكانيات الخسائر من طاقة غير مشغلة أو من التقادم التكنولوجي^(١) أو من تغيرات في المردود ناتجة عن أوضاع اقتصادية متغيرة، إضافة إلى ما يصيب العين المؤجرة من تلف أو خسائر تحتاج معه إلى صيانة وإصلاح، حيث إن مصروفات الصيانة والتأمين تكون على عاتق المستأجر، وهذا ما نصت عليه المادة (٩)، حيث أشارت إلى التزام المستأجر باستعمال وصيانة وإصلاح الأموال المؤجرة، وفي ذلك ضمان لحماية ملكية المؤجر؛ لأن قوانين الإيجار العادي تجعل هذه الصيانة على المالك، وأنه ملتزم في جميع الأحوال بسداد أقساط الأجرة حتى نهاية العقد دون النظر إلى أية ظروف^(٢).

٤- من حيث إقرار إعفاءات الضرائب والرسوم الجمركية

حيث نص قانون التأجير التمويلي المصري على إقرار إعفاءات الضرائب والرسوم الجمركية للمستأجر وليس إلى المؤجر، فإذا كانت المعاملة المقررة قانوناً إعفاء المستأجر من هذه الضرائب^(٣)، فإن المؤجر يعفى منها حتى لو كانت المعاملة المقررة قانوناً له عدم الإعفاء، كما أنه في حالة فسخ العقد^(٤) أو إبطاله أو انتهاء مدته دون أن يشتري المستأجر العين يسقط هذا الإعفاء وتستحق الضرائب والرسوم، بالإضافة إلى ذلك نص القانون المذكور في حالة شراء المؤجر بصفته ممولاً العين من الغير، فإنه في تحديد قسط الأجرة يراعى - كما سبق - استرداد ثمن الشراء والعائد على المال المستثمر، بما يعني أن العملية بيع، وهذا ما يفهم من نص المادة (٢٢) التي نصت على أنه: إذا صدر حكم بإنقاص ثمن البيع - أي الثمن الذي باع المورد العين به للمؤجر الممول - لأي سبب من الأسباب، تعين تخفيض أقساط الأجرة والثمن المتفق عليه في هذا العقد بالنسبة نفسها التي خفض بها الثمن^(٥).

يتضح مما سبق حقيقة التأجير التمويلي، وهو أنه عملية بيع، وإن كان يكيف الشكل القانوني له على أنه إيجار، وأن هذه الوسيلة تمكن شركات القطاع العام وشركات القطاع الخاص وشركات الاستثمار من استخدامها استخداماً يمكنها من مواكبة التطورات العلمية الحديثة، وهو ما ينعكس على نشاطها وتطوير أعمالها ويزيد من كفاءتها، خاصة في الفترة المقبلة التي تعتمد على إدخال أحدث ما في العصر من تكنولوجيا، حيث يكون التأجير التمويلي مخرجاً لمثل تلك الشركات.

(١) محمود محمد فهمي، التأجير التمويلي وسيلة جديدة لتمويل وتنشيط سوق المال، شركة الطوبجي للطباعة، بدون تاريخ نشر، ص ٦٣ - ٦٤.

(٢) المادة (٩) من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ المعدل.

(٣) المادة (٢٧) من قانون تأجير التمويل المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ المعدل.

(٤) د. فخري الدين الفقي، صناعة التأجير التمويلي مع دراسة تحليلية للسوق المصري، ج ١، بنك الكويت الصناعي، مارس، ٢٠٠٠، ص ٧٨.

(٥) المادة (٢٢) من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ المعدل.

الفرع الثالث

عقد الترخيص التجاري (الفرنشايز)

يعرف عقد الترخيص التجاري "Franchising" بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه الطرف مانح الفرنشايز (الفرنشايزور) بالسماح لشخص آخر يسمى الممنوح له (الفرنشايزي) باستخدام العلامة التجارية وجميع الإشارات والرموز التجارية التابعة لها، مع نقل المعرفة الفنية وتقديم المساعدات الفنية والتجارية له، مقابل أن يلتزم الفرنشايزي بدفع رسوم دخول شبكة الفرنشايز والأقساط الشهرية المتفق عليها في العقد"^(١).

ويعد عقد الترخيص التجاري مثلاً للعقد المركب^(٢)، ومما لا شك فيه أن عقد الترخيص التجاري يمنح المرخص له بعض حقوق الملكية التجارية والصناعية، مثل (الاسم التجاري - الرسوم والنماذج الصناعية - براءة الاختراع - العلامة التجارية - المعرفة الفنية) لإنتاج السلعة أو توزيع منتجاته أو خدمات تحت العلامة التجارية التي ينتهجها أو يستخدمها مانح الترخيص^(٣)، وبناء على ذلك فإن عقد الترخيص يقسم وفقاً لطبيعة الأعمال التي يمارسها مانح الترخيص إلى ثلاثة أنواع، هي^(٤):

١- عقد الترخيص التجاري للخدمات، وهو عقد يخول بمقتضاه مانح الترخيص للمرخص له الحق بتقديم الخدمات التي يقدمها الطرف الأول، ويلتزم هذا الأخير بأن يقدم المساعدات الفنية التي تمكن المرخص له من تقديم تلك الخدمات، ومثاله عقد الترخيص في مجال الخدمات الفندقية ومحلات الوجبات السريعة ومكاتب تأجير السيارات.

٢- عقد الترخيص التجاري للإنتاج، وهو ذلك العقد الذي يخول بمقتضاه للمرخص له الحق بإنتاج السلع التي ينتجها مانح الترخيص، وذلك وفق التعليمات والرقابة الفنية من جانب هذا الأخير، على أن تسوق المنتجات باستخدام العلامة التجارية نفسها التي توضع على السلع الأصلية، وكثيراً ما تتضمن عقود البيع المبرمة بين المتلقي والمستهلك بياناً بالجهات التي يمكنها تقديم الصيانة ضماناً للمنتج، فإذا تضمن العقد مثل ذلك البيان عد ضماناً عاماً للشبكة يجيز للمستهلك الرجوع لا على المانح فحسب،

(١) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، القاهرة، بدون ذكر الناشر، ١٩٩٣، ص ١٠١.

وكذلك د. فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، مطبعة الحسين الإسلامية، القاهرة، الطبعة ١، ١٩٩٠، ص ٢٢.

(٢) المادة (٧٧) فقرة (٢) من قانون التجارة المصرية الجديد:

فهو لا يقتصر على نقل المعرفة الفنية، وإنما يلتزم المانح له بنقل التحسينات تبعاً للمعرفة الفنية، سواء أكان ذلك بموجب عقد معرفة فنية يسيطر أم مركز ما يجعل هذا العقد مركباً؛ لكون محله غير قابل للانقسام، بحيث يكون كل التزام فيه ضرورياً لتنفيذ الالتزام الآخر. لمزيد من التفاصيل ينظر د. محمد محسن نجار، عقد الامتياز التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١١٤.

(٣) د. محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري، مرجع سابق، ص ٢٣١.

(٤) د. فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها. وكذلك د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٧.

وإنما على سائر المتلقين الذين تضمنهم البيان، باستثناء المتلقين الذين انضموا لاحقاً إلى الشبكة، ولم يتضمنهم البيان الوارد في العقد الذي أبرمه المتلقي مع المستهلك، أما إذا لم يتضمن عقد الترخيص التجاري (الفرانشيز) مثل تلك الشروط، فإن نسبية أثر العقد تحول دون رجوع المستهلك على المتلقي فقط دون غيره^(١)، ومن الأمثلة على عقد الترخيص التجاري للإنتاج في مجال إنتاج المشروبات شركة coca-cola، وفي مجال الألبان شركة جيهينة.

٣- عقد الترخيص التجاري للتوزيع، وهو العقد الذي يكون محله بيع المرخص له للسلع التي ينتجها المرخص^(٢)، ويرمي هذا النمط من العقود إلى تمكين المرخص له من تسويق المنتجات من خلال نظام معين محدد من قبل المانح، وهو أوسع أنواع عقود الترخيص التجاري انتشاراً، وأياً كان نوع عقد الترخيص، فإن أطرافه المرخص والمرخص له، وهذا الأخير قد يكون شخصاً واحداً أو عدة أشخاص، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً معنويين^(٣).

ويعد عقد الترخيص التجاري من العقود المهمة في ميدان التعامل التجاري في ظل العولمة والاقتصاد الحر ومن أهم آليات الاستثمار التي استخدمتها الشركات في الدول الصناعية وأخطرها بوصفها من عقود نقل التكنولوجيا، ووسيلة تمارس ممارسة واسعة لفرض سيطرتها على الأسواق العالمية؛ لتسويق منتجاتها وخدماتها، كما طبقت في عديد من الدول النامية^(٤) لتلبية حاجتها للتكنولوجيا، وذلك لاستخدامها في التنمية الاقتصادية والصناعية^(٥).

وهذا النظام شائع بين المستثمر الأجنبي والطرف الوطني من صغار المستثمرين، حيث يستند على فكرة تأجير الرخص التجارية، ويتسم بطابع عالمي، فهو يوصف بالعالمية، ذلك لأنه يأخذ طابع العولمة المعلوماتية المنظمة، وعلى هذا الأساس فإن تلك العقود لها دور مهم وخطير في الدول التي تعتمد على البترول في صادراتها، وذلك لأن دخول الشركات الأجنبية أو الشركات المتعددة الجنسيات لهذه الدول من أجل الاستثمار والعمل، ورافق دخول هذه الشركات المتخصصة دخول الشركات التي تقدم الاستشارات، سواء أكانت قانونية أم مالية أم إحصائية أم تسويقية أم دراسات جديدة متخصصة في مجال معين.

وعلى هذا الأساس، فقد اتبعت بعض الدول الصناعية هذه العقود، ومنها فرنسا؛ لذلك نجد أن

(١) د. محمد محسن نجار، عقد الامتياز التجاري، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) د. عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣)

Kenneth W. Clarkson, Roger Leroy Miller, Bonnie Blaire, West's business law, West publishing company, St. Paul U. S. A. 1986, P. 731.

(٤) مثل ليبيا والدول الخليجية.

(٥) د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مطبعة عبير للكتاب والأعمال التجارية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٧ - ١٨، وكذلك د. أحمد صقر عاشور، التنمية وقضايا الإصلاح المؤسسي في مصر، بدون ناشر، ٢٠٠٦، ص ١٧٧.

المشرع الفرنسي^(١) قد أشار إلى تحول الشركات العامة إلى القطاع الخاص التي سبق لها أن مُنحت ترخيصاً للغير، فقرر معاملة المرخص له على نحو مماثل للعاملين في الشركة العامة، من حيث وجوب عرض نسبة معينة من أسهم الشركة عليهم؛ لشرائها بالأولوية^(٢)، فضلاً عن إمكانية شرائهم للأسهم بسعر منخفض، وكذلك منحهم عدداً معيناً من الأسهم مجاناً، وفقاً لما أشرنا إليه فيما تقدم، غير أن المشرع الفرنسي اشترط لكي يحصل هؤلاء على هذه المعاملة التفضيلية أن يكون لهم حق القصر^(٣)، ويكون للمرخص له حق القصر، إذا تضمن عقد الترخيص المبرم مع الشركات العامة، شرطاً يسمى (شرط القصر) الذي يقصد به هنا التزام أحد طرفي عقد الترخيص بالتعامل مع الطرف الآخر فقط^(٤).

ويذهب البعض^(٥) إلى أن هذا الشرط يحافظ على التوازن داخل عقد الترخيص، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن هذا الشرط يقيد المرخص له ويغل من حرية التصرف، وقد يكون هذا الشرط تبادلياً، يضمن لكل من الطرفين عدم التعامل مع الغير فيما يتعلق بالسلع أو الخدمات محل عقد الترخيص، وهذا ما يسمى بعقد الترخيص الاستثنائي^(٦)، حيث تكون ثنائية الالتزام بالحصريّة الإقليمية خروجاً عن القواعد العامة في المنافسة^(٧).

أما عقد الترخيص غير الاستثنائي، بخلاف عقد الترخيص الاستثنائي، فهو لا يمنح ترخيصات أخرى لأي عدد من الأشخاص ضمن النطاق المكاني الذي يحدده عقد الترخيص، بل يسمح للمرخص له بالتزود بمنتجات أخرى من موردين آخرين غير مانح الترخيص، أو أن يستعمل علامة تجارية أخرى غير علامة مانح الترخيص، بحسب محل عقد الترخيص^(٨)، ولا يتمتع المرخص له بحق القصر في مثل هذا النوع من عقود الترخيص، ومن ثم لا يكون له الحق في التمتع بالشروط التفضيلية عند شرائه أسهم الشركة العامة مانحة الترخيص.

(١) من الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد عدل القانون ٢ يوليو ١٩٨٦ بالقانون رقم ١٩ يوليو ١٩٩٣ الذي أدخل تعديلات على بعض بنود القانون السابق.

(٢) فقد تضمنت المادتان (١٢ و ١١) من القانون ٦ أغسطس ١٩٨٦ مسألة شروط الاستفادة من الاكتتاب في الأسهم المقررة للعاملين والكمية التي يمكن الاكتتاب فيها، كما تضمنت كيفية توزيع أسهم مجانية ووضع حد أدنى لنسبة أسهم العمال، فيما يتعلق بحق الاكتتاب في الأسهم المقررة للعمال لكل من عمل في المشروع سابقاً لمدة لا تقل عن خمس سنوات دون اشتراط أن تكون متصلة (م ١١)، أما بالنسبة للكمية المحددة للعمال فهي ١٠% من مجموع الأسهم، ويستفيد العمال من خصم بواقع ٢٠% من قيمة الأسهم المباعة بشرط الاحتفاظ بها لمدة سنتين، وأن تدفع قيمتها خلال ثلاث سنوات (م ١٢) من القانون المذكور.

(٣) المادة (١١) من قانون التحول إلى القطاع الخاص الفرنسي الصادر ١٩٨٦/٨/٦.

(٤) د. مهند الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٥) د. محمد محسن نجار، عقد الامتياز التجاري، المرجع السابق، ص ٥٨ - ٥٩.

(٦) د. فايز نعيم رضوان، عقد الامتياز التجاري، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٧) لأن الأصل في الفكر الانتشار، ومن ثم يكون الاستثناء استثناءً على هذا الأصل.

(٨) د. محمد محسن نجار، عقد الامتياز التجاري، المرجع السابق، ص ٦٦. وكذلك حالة مقدار أحمد الجليلي، العلامة التجارية، دراسات قانونية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٧، ص ١٠٣.

أما عن إمكان انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة فمن هذا الشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول، وذلك لإنشاء وتشغيل خدمات اتصالات بنظام "جي. إس. إم ٩٠٠" في مصر، حيث يصل عدد الشركات التي تعمل بنظام الفرانشايز في مصر إلى ٣١٠ تمثل الشركات المحلية منها (٤٩%) بعد أن ارتفع عدد المشروعات المصرية التي نجحت في التوسع خلال السنوات الخمس الماضية، بعد أن كانت نسبة الشركات المصرية لا تزيد على ٢٣% فقط من حجم مشروعات الفرانشايز في مصر، وتصل مدة عقود الفرانشايز في أغلب العقود إلى خمس سنوات، وهي المدة التي يمكن فيها للمرخص له أن يحصل على إيرادات تعوض حجم الاستثمارات التي يضعها في مشروعه.

وقد طبق نظام التراخيص في مصر في مجال الاتصالات، فقد صدر القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨^(١) بتحويل الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة مصرية، واستناداً إلى أحكام هذا القانون صدر القرار الجمهوري رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٨ في ٤ أبريل ١٩٩٨ بإنشاء جهاز تنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية، ونصت المادة الأولى منه على أن "ينشأ جهاز لتنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية يتبع وزير النقل والمواصلات"^(٢). وأنطت المادة الثانية من هذا القرار بالجهاز المذكور الموافقة على الترخيص للشركات بالعمل في مجال الاتصالات ومتابعة أدائها والإشراف عليها ووضع القواعد التي تكفل المنافسة المشروعة بينها، وقد منح أول ترخيص في ١٨ إبريل ١٩٩٨ إلى شركة المواد الأولية والحاجات اللازمة لتصنيع المنتجات، وأوجبت الالتزام بنقل المعرفة الفنية للمرخص له في مجال التصنيع والتسويق^(٣).

أما فيما يتعلق بإمكانية تطبيق هذه العقود في العراق، فينبغي أن يبين أثر تحول الشركات العامة في عقود الترخيص التي سبق أن أبرمتها هذه الشركات، وإمكان انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد إلى الشركة الناجمة عن التحول بوصفها الخلف العام للشركة العامة، وفي هذا الصدد يتعين أن نميز بين فرضين: الأول: يتعلق بكون الشركة العامة هي المرخص في عقد الترخيص، أما الفرض الثاني: فيتعلق بكون الشركة العامة هي المرخص له في هذا العقد.

وفيما يخص الفرض الأول، فمن المعروف أن الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق الشركة العامة بوصفها الجهة المانحة للترخيص هو تمكين المرخص له من الانتفاع بعقد الترخيص، من خلال تمكينه من استعمال حقوق الملكية الصناعية أو عن طريق توريد المواد، وفي هذا الفرض تنتقل الآثار المترتبة على عقد الترخيص من الشركة العامة إلى الشركة الناجمة عن التحول بوصفها خلفاً لها، فتحل هذه

(١) الجريدة الرسمية، العدد ١٣ في ٢٦ مارس ١٩٩٨، ص ٩.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، المرجع السابق، ص ٥١.

(٣) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، المرجع السابق، ص ١٢٥.

* بالنسبة للخدمات فإن إقليم كردستان العراق منذ بداية ٢٠٠٥ حتى الآن يمنح تراخيص لشركات بشأن خدمات تشغيل خدمات المنازل وخدمات كومبيوتر وبيع الأفلام وتأجيرها وخدمات الطباعة والاستنساخ والتصوير.

الشركة الأخيرة محل الشركات العامة في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الترخيص التجاري. ومن الصعوبة بمكان تصور تحقق مثل هذا الفرض في الواقع العملي في العراق، والسبب يكمن وراء ذلك في أنه لم يسبق له أن منح أي ترخيص لأية جهة كانت، سواء أكان محل عقد الترخيص هو الإنتاج أم التوزيع أم الخدمات*، أما فيما يتعلق بالفرضية الثانية التي تكون فيها الشركة العامة الطرف الثاني (المرخص له) في عقد الترخيص، فيصعب تصور انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الترخيص من الشركة العامة إلى الشركة الناجمة عن التحول، بخلاف شركة المساهمة، ذلك أن شخصية المرخص له تكون محل اعتبار في عقد الترخيص^(١)، ومن ثم لا يترتب على هذا انتقال حقوق المرخص له والتزاماته في عقد الترخيص إلى خلفه العام وهو ما يعد قاعدة عامة.

فطبيعة عقد الترخيص التجاري وما يفرضه من التزامات على عاتق المرخص له هي التي تجعل من شخصية المرخص له محل اعتبار في العقد*، إذ يلتزم المرخص له في عقد الترخيص بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية التي يطلع عليها بمقتضى عقد الترخيص^(٢)، فإن الطابع السري لها يهدد مصلحة حائزها إن كشفها دون ضمانات فعلية لحمايتها^(٣)، وهذا المعيار نسبي وليس مطلقاً؛ لذا يمكن أن تكون المعرفة الفنية معلومة لدى قلة من المشتغلين بفرع النشاط^(٤)، إلا أنه يقتصر حق استغلال هذه المعرفة الفنية على المرخص له فقط دون غيره، بحيث يحظر عليه التصرف في الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الترخيص دون موافقة المرخص الذي يكون من حقه فقط حرية اختيار المرخص لهم^(٥).

وبناء على ذلك، يعد انقضاء الشركة العامة المرخص لها، بموجب عقد الترخيص جراًء عملية التحول سبباً لانتهاء هذا العقد؛ لما يؤدي إليه هذا الانقضاء من انهيار للاعتبار الشخصي في عقد الترخيص التجاري^(٦)، ونظراً للفوائد التي يحققها نظام الفرنشايز على الصعيد الدولي، إذ إنه يحقق التنمية

(١) د. سمحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٦، ص ٣٤٠، وكذلك زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص ٣٦.

* عدم تنفيذ هذا الالتزام من قبل المرخص له يخول المرخص الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض متى ما كان هناك ضرر نتج عن عدم تنفيذ العقد من قبل المرخص له.

(٢) د. حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، ١٩٨٧، ص ١٢٣.

(٣) Jean – Paul Celmet : La franchise commerciale et industrielle, le franchising, le franchisage, 2 ème edition 1981, Entreprise Moderne d'Edition, p. 15.

(٤) د. حسام عيسى، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٥) د. مهدي الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢١٦.

(٦) تنص المادة ٥ الفقرة (١) من قانون الالتزامات الخاصة بعقد الترخيص التجاري الأوربي الذي أقره الاتحاد الفرنسي للتخخيص التجاري في ١٩٨٠/٢/٢٩، على أنه "لمنح الترخيص بعد الاختبار والتحدي، ألا يوافق على منح التراخيص إلا لطالبيه الذين اتضح بعد فحص طلباتهم أنهم يتمتعون بالصفات الشخصية والكفاءات والوسائل الضرورية التي يرجح معها فرصة نجاح عقد الترخيص التجاري، ومن حق منح الترخيص في حالات الضرورة أن يطلب من مقدم طلب الترخيص استكمال المعلومات المهنية الخاصة والضرورية للوقوف على مدى إمكانية نجاح العقد، نقلاً عن د. فايز نعيم رضوان، عقد ترخيص تجاري، المرجع السابق، ص ٨٦.

الاقتصادية والتجارية بالنسبة للجهة الممنوح لها، كما أنه يسهم في تشغيل الأيدي العاملة المحلية، كما يعد وسيلة ناجحة لحل أزمة البطالة، ويقلل هذا النظام من نسب السيولة المتسربة للخارج وزيادة الاستثمار في المشاريع الصغيرة والمتوسطة.

وكما يؤدي أيضاً إلى تحفيز الشركات المحلية لإعادة ترتيب أوراقها حتى تتمكن من المنافسة، إذ تحسن الجودة للسلع المحلية أو الخدمة التي تقدمها للمستهلك، وهذا التطوير في المنتجات المحلية يسهم في اللجوء إلى تداول المنتج المحلي عوضاً عن البضائع المستوردة، ويساعد على رفع كفاءة القوى البشرية من خلال التدريب والتأهيل الذي تتلقاه في المشاريع المقامة، وعلى الرغم من ذلك قد يعاب على هذه النظم طلب الشركة المانحة للامتياز مبالغ سنوية باهظة مقابل الاسم فقط، وهو ما يؤدي إلى خسارة المستفيد من حق الامتياز أو تقليل مستوى الخدمة لتوفير بعض المبالغ.

ويتضح مما تقدم أنه يجب أن يلاحظ الآثار المترتبة عند تحويل المشروعات العامة التي لا تتخذ شكل الشركة إلى القطاع الخاص، إذ إن عقد الترخيص التجاري ينتهي عند تحويل المشروعات العامة التي لا تتخذ شكل الشركة إلى القطاع الخاص، أي عن طريق بيعها أصولاً، إذا كان هذا المشروع مرخصاً له بموجب عقد ترخيص سابق على عملية التحول؛ لما يؤدي إليه ذلك البيع من انهيار للاعتبار الشخصي في عقد الترخيص.

وعلى هذا الأساس يرى البعض^(١) أن هذه العقود (عقود الترخيص) مثلت عقبة أمام عملية التحول إلى القطاع الخاص في الدول النامية، وبالأخص التي جرت في مصر، فقد رفضت شركة شيراتون العالمية بيع فندق شيراتون القاهرة، كما اعترضت الشركات الأجنبية (مانحة الترخيص) على بيع شركة النصر لتعبئة الزجاجات (كوكاكولا) المصرية وأسهم الشركة المصرية لتعبئة الزجاجات (بيبسي كولا)، وحققت هذه الشركات أهدافها، إذ بيعت أسهم الشركة المصرية لتعبئة الزجاجات (بيبسي كولا) لشركة بيبسي كولا الأجنبية بمشاركة شركة مصرية، وكذلك شركة النصر لتعبئة الزجاجات (كوكا كولا) فقد اشترتها شركة كوكا كولا الأجنبية بالمشاركة مع شركة مصرية أيضاً.

(١) د. منير إبراهيم هندي، خلاصة التجربة المصرية في الخصخصة، المرجع السابق، ص ١٩٦ - ١٩٨.

الفرع الرابع

تأجير استغلال المحل التجاري (التأجير بالجدك)^(١)

يخول عقد إيجار المحل التجاري للمستأجر الانتفاع بالمحل، أي الاستغلال في مزاولة الأعمال التجارية^(٢). وقد نصت المادة ٣٧ الفقرتان الأولى والثانية من قانون التجارة المصري الجديد على وجوب كتابة عقد تأجير استغلال المحل التجاري وقيده في سجل خاص، فضلاً عن شهره بقيده في السجل التجاري، وتعد فكرة استغلال المحل التجاري فكرة منبثقة من حق الملكية أساساً، وعلى هذا يمكن حق الاستغلال للمالك من التصرف فيه مباشرة، ويقع تأجير الاستغلال بعقد يطلق عليه (عقد الإدارة الحرة للمتجر) أو تأجير استغلال المحل التجاري^(٣).

ومن منظور ما تقدم يعد تأجير استغلال المحل التجاري عقداً شكلياً يشترط لانعقاده الكتابة، وإلا كان باطلاً^(٤)، بمعنى أن الكتابة ليست إثباتاً فقط، بل ركن من أركان انعقاد العقد، ويترتب على إغفالها البطلان. ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يشترط كتابة عقد تأجير استغلال المتجر، لا في قانون ١٩٥٣ القديم ولا في القانون الحالي ١٩٥٦ الخاص بتنظيم هذا العقد، وبناء عليه يعد العقد صحيحاً، رغم أنه يحدث شفاهة^(٥).

وقد نظم المشرع الفرنسي عقد الإدارة الحرة أو تأجير استغلال المتجر بتنظيم خاص في قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦، وعالج قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أحكام عقد تأجير المحل التجاري^(٦)، إذ تضمن الفصل الخامس منه بعض الأحكام المتعلقة بالمتجر، ولكنه نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٣ على أنه (مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في جميع الحالات التي لا يتضمن فيها التقنين التجاري الجديد قواعد منظمة للمحل التجاري فإنه يتعين الرجوع إلى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ والمبادئ القانونية العامة، ويعرف هذا العقد بأنه "العقد الذي يترتب عليه قيام المستأجر باستغلال متجر أو مصنع يملكه آخر باسمه ولحسابه، مقابل أجره متفق عليها"^(٧)).

(١) (الجدك) كلمة فارسية تعني الأرفف، وتطلق عرفاً على المحل التجاري، وقد استخدم القانون المدني المصري القديم (الملغي، في المادة ٣٦٧) هذا اللفظ للدلالة على المحل التجاري (المتجر أو المصنع) تمشياً مع التقنين المدني الجديد الذي استبعد اصطلاح الجدك، رغم استمرار استعماله إلى حد ما في أحكام المحاكم ولدى رجال القانون، ينظر في تفصيله: د. سميحة القليوبي، المحل التجاري (بيع المحل التجاري - رهنه - تأجير استغلاله)، ط ٤، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٥٩.

(٢) د. هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة الاعمال التجارية (التجار - السجل التجاري- الدفاتر التجارية- المحل التجاري)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢، ص ٣٠٧.

(٣) د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، المرجع السابق، ص ١٢٨. وكذلك أستاذنا د. هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة الاعمال التجارية، المرجع السابق، ص ٣٢٤-٣٢٥.

(٤) تنص المادة (٣٧) الفقرة (١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً"، وكذلك قانون التجارة الجزائري ٢٠٣ نهج النهج نفسه.

(٥) د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٦) محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٧) المادة (١٦٩ - ١٧٥) من قانون التجارة الجزائري رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥.

وبموجب التعريف السابق يمكن المستأجر (القطاع الخاص) المستثمر من استغلال متجر أو مصنع مملوك للقطاع العام مقابل عائد مالي، إذ يعد عقد تأجير استغلال المحل التجاري نموذجاً مقبولاً وملائماً بوصفه أحد أساليب الخصخصة (الجزئي) لمشاريع الدولة العامة، حيث تمكن هذه الآلية الدولة من الاحتفاظ بملكية مشروعها العام محل العقد مع الحصول على العائد المتفق عليه بدلاً لتأجير استغلال المحل التجاري، وقد تزامن ظهور عقد الإدارة الحرة للمحل التجاري (تأجير استغلاله) مع استقرار فكرة فصل الملكية عن الإدارة، وانتشر خصوصاً في حالة تولي القاصر ملكية متجر أو مصنع، فيلجأ الولي إلى تأجير الاستغلال فترة محددة، حتى يبلغ القاصر السن القانونية ويتسنى له مزاولة التجارة، ويعد هذا النظام أيضاً مخرجاً لطائفة من الأشخاص ممنوعين من ممارسة التجارة واحترفها، كالأطباء والمحامين والمحاسبين.. والذين يرغبون بالاحتفاظ بملكية محالهم التجارية، مع عدم مزاولة التجارة، وقد يترتب على هذا النظام فوائد عملية عديدة أدت إلى ظهور شركات متخصصة في تأجير الإدارة، كذلك يترتب على تأجير المحل التجاري انفصال ملكيته عن الاستغلال التجاري، ذلك أن المؤجر هو مالك المحل، في حين يزاول المستأجر الأعمال التجارية من خلاله.

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية لعقد تأجير استغلال المحل التجاري فقد ذهب غالبية الفقه إلى أنه عقد إجارة منقول، فالمحل التجاري نتيجة انفصال حق الملكية عن حق الاستغلال أصبح محلاً للإجارة^(١)، ولما كان المتجر منقولاً معنوياً، فإن العقد بين المالك والمدير المستأجر (القطاع الخاص) عقد إجارة أشياء معنوية، ويلزم فيه المستثمر (المستأجر) باستغلال المحل، مقابل أجره متفق عليها، ويلزم القطاع العام (المؤجر) بتسليم المستأجر المحل التجاري بكل عناصره، ويلتزم المؤجر أيضاً بضمان استغلال المستأجر للنشاط التجاري^(٢).

وتظهر أهمية التفرقة بين عقد تأجير استغلال المحل التجاري وعقد إيجار عقار من الناحية القانونية في أن الأخير يرد على العقار، في حين يكون محل عقد تأجير استغلال المحل التجاري محلاً تجارياً بالمعنى القانوني السابق، فمحل عقد تأجير استغلال محل تجاري ليس عقاراً، أي المكان المادي الذي تمارس فيه التجارة، بل هو المكان (منقول معنوي) بماله من سمعة تجارية واسم تجاري ووسائل الاتصال بالعملاء^(٣)، فالمكان ليس إلا عنصراً ثانوياً في عقد تأجير استغلال المحل التجاري، فإذا ثبت من نصوص العقد ومن ظروفه وملابساته أن الغرض الأساسي منه أو الباعث على إجرائه لم يكن المكان المبني في حد

(١) حيث يعرف المحل التجاري بأنه "ملكية معنوية تتكون من حق في الاتصال بالعملاء المتصلين بالمحل بواسطة عناصر تخدم الاستغلال"، ينظر د. علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١١.

(٢) د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، المرجع السابق، ص ١٣٨.

(٣) د. محمد السيد الفقي، دروس في القانون التجاري الجديد (الأعمال التجارية - التجار - الأموال التجارية) دار المطبوعات الجديدة، ٢٠٠٠، ص ٢٧١. وكذلك د. فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٦، ص ٦٤.

ذاته، بل كان من أجل استغلال الاسم التجاري للمحل وزبائنه وموقعه ورواج تجارته ورخصته الإدارية إلى غير ذلك من العناصر المادية والمعنوية فهو عقد تأجير استغلال محل تجاري.

أما إذا كان الغرض الأساسي منه الانتفاع بالمأجور فهو عقد إيجار، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع في حدود سلطاتها من إرادة المتعاقدين ومن ظروف التعاقد وملابساته أن الغرض الأساسي من إجارة المحل ليس هو المبنى في ذاته، وإنما ما اشتمل عليه من أدوات وآلات، وأن المبنى ليس إلا عنصراً ثانوياً بالنسبة لهذه الأدوات والآلات، فإن هذه الإجارة لا يسري عليها قانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧^(١).

يتبين من وقائع هذا الحكم أن المحكمة قد كفت العقد في القضية السابقة على أنه عقد تأجير استغلال محل تجاري، وأن المكان ليس الأساس في هذا العقد، ولكن ما يتصل به من عناصر معنوية هو الذي يؤدي دوراً في اعتبار العقد عقد تأجير استغلال محل تجاري، ويتمثل ذلك في الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والآلات والأدوات التابعة للمحل التجاري.

ولعل زيادة إيضاح عقد تأجير استغلال المحل التجاري على النحو السابق مصلحة للعلاقات القانونية من ناحية، وللبناء القانوني للمشرع من ناحية أخرى، حيث اشترط المشرع المصري في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ضرورة وجود عنصري الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية في عقد تأجير استغلال المحل التجاري، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤ منه على أنه (ويجب أن يتضمن المتجر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية) كما قضت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة نفسها على أنه (يجوز أن يتضمن المتجر عناصر معنوية أخرى كالاسم التجاري والسمعة التجارية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والحق في الإيجار وحقوق الملكية الأدبية والفنية وحق المعرفة وترخيص الاستغلال والصناعة)^(٢)، (ويجوز أن يتضمن المتجر البضائع والأثاث والآلات والأجهزة والمعدات وغيرها من المهمات اللازمة لاستغلال المحل التجاري).

وبناء على ذلك كله يتضح هذا العقد بجلاء من منظور قانوني، وذلك لتمييزه عما قد يشته به من عقود أخرى، والملاحظ في الآونة الأخيرة لجوء مالك العقار أحياناً إلى تجهيز عقاره تجهيزاً يخرج عن دائرة تأجير العقار خالياً، ويعتمد إلى وضع بعض الأثاث والأرفف وتركيب تليفون وغيرها من المنقولات المادية، بل قد يوفر بعض العناصر المعنوية أيضاً، مثل استخراج الرخص الإدارية^(٣)، ويكتفي عند هذا

(١) المادة (٣٤) الفقرة الأولى من قانون التجارة المصري و نشر بالجريدة الرسمية العدد (١٩) مكرر الصادر في ١٩٩٩/٥/١٧.

(٢) إذ تعد العلامة التجارية جزء من المحل التجاري وهذا ما أكدته محكمة النقض المصري في (الطعن رقم ٨٠١ لسنة ٥١ هـ - جلسة ١٩٩٦/٢/١٢)، مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية ودائرة الحوال الشخصية، السنة السابعة والأربعون (الجزء الأول) من يونيه إلى ديسمبر ١٩٩٦، محكمة النقض، المكتب الفني، ص ٣٢٨ ع ١٤.

(٣) د. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص ١٠٠.

الحد، ثم يؤجره على أساس عقد الإدارة الحرة أو عقد تأجير استغلال المحل التجاري تهرباً من الخضوع لأحكام قانون تأجير الأماكن خالية المتعلقة بتخفيض الأجرة، والتكليف السليم الذي يذهب إليه غالبية الفقه هو أن هذا العقد من عقود إجارة عقار مفروش ويخضع لأحكام قانون إجارة الأماكن المفروشة، وليس من قبل عقود تأجير استغلال المتجر^(١).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمين بتاريخ ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٣ مؤكدة ما جرى عليه القضاء الفرنسي، بعد عقد التأجير الوارد على متجر قبل استغلاله عقد إدارة حرة؛ لتوافر جميع العناصر المادية والمعنوية بما فيها عنصر الاتصال بالعملاء الذي يعد وجوده مؤكداً، كذلك جرى القضاء الفرنسي على عد عقد الإجارة الوارد على محطات البنزين وخدمة السيارات من قبيل عقود الإدارة الحرة^(٢).

وكذلك قضت محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص بأن تأجير المكان مفروشاً كما يسري على الأماكن المعدة للمسكن يسري على غيرها من الأماكن أياً كان الغرض من تأجيرها، فما ينطبق على العين المعدة للسكن ينطبق على المحل التجاري، ويكفي لعد المحل مؤجراً مفروشاً أن يزوده المؤجر بمنقولات من عنده تفي بالغرض المؤجر من أجله، ولا يشترط أن يشتمل الإيجار على العنصر المعنوي للمحل التجاري، كالسمعة التجارية؛ ذلك لأن تأجير المحل مفروشاً يختلف عن تأجير الجذك، فالأول لا يشمل سوى العنصر المادي المتمثل في المكان وما ورد به من منقولات، أما الثاني فإنه يشمل بالإضافة إلى ذلك العنصر المعنوي للمحل التجاري^(٣).

وبناءً على هذا فإن عقد تأجير استغلال المحل التجاري ليس عقد إيجار عقار، وإنما هو عقد إجارة لمنقول معنوي يخضع للقواعد العامة في عقد الإيجار، وهو عقد إجارة واردة على منقولات معنوية، ومع عدم وجود تشريع خاص ينظم عقد تأجير استغلال المحل التجاري يلجأ إلى القواعد العامة لعقد الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني وقانون التجارة.

ولا يزال عقد تأجير استغلال المحل التجاري مفتقراً إلى تنظيم القانون الخاص به في العراق، كما هو الحال في مصر، إذ يقتصر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ على تنظيم بيع ورهن المحل التجاري، على خلاف الوضع في فرنسا، فهناك نصوص خاصة تنظم إيجار المحل التجاري عدا تلك التي تسري على التصرفات الواردة على المحل التجاري التي وردت في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. ويترتب على ذلك أن العقد المذكور يخضع للقواعد العامة في إيجار العقارات والمنقولات على حد سواء،

(١) د. سميحة القليوبي، تأجير استغلال المحل التجاري، الإدارة الحرة للمتجر، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٨٧.

(٢) محكمة ديجون الفرنسية جلسة ٢٢ مايو ١٩٦٩ - ومحكمة باريس جلسة ٢٥ مايو ١٩٧٠ بالجازيت ١٩٧٠ - ٢٠٣٠ و J. C. D. ١٩٧٠ - ١١ - ١٦٦٢٩.

نقلاً عن د. سميحة القليوبي، تأجير استغلال المحل التجاري، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٣) نقض تجاري مصري، في الطعن رقم ١٦٥٩ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٨٩/٧/٧ مشار إليه في د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، المرجع السابق، ص ١٥٢.

وكذلك القواعد العامة في القانون المدني، إذ نصت المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته على أنه (١- للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة. كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره. ٢- فإذا اشترط أن الإيجار للمستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون إلا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا أن يمتنع عن الموافقة إلا بسبب مشروع).

وأمام عدم وجود قانون خاص ينص صراحة على حل تلك الإشكالية، ومن أجل المحافظة على المراكز القانونية خلال إجراء عملية الخصخصة جذب مزيد من المستثمرين و خلق المناخ الاستثماري الملائم، ومن أجل ضمان استقرار المعاملات فلا بد من تدخل المشرع لتنظيم ذلك بقانون.

وبناء على هذا ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم عقد تأجير استغلال المحل التجاري بنصوص قانونية صريحة، ذلك لأن هذا الأسلوب للتحويل يلائم المشروعات التي لا يرغب القطاع العام في التنازل عن ملكيتها، وفي الوقت نفسه يستفيد من عوائدها من خلال تأجير استغلال تلك المنشآت للقطاع الخاص فهو يؤدي دوراً مهماً في الدخل القومي من خلال ارتفاع قيمة الأصول المؤجرة خلال فترة العقد وبعد انتهائه؛ لأن قيمتها تزداد في الوقت الذي تستفيد فيه الدولة من أجرة استغلالها، ومن هنا فإن عقد الإدارة الحرة وسيلة مهمة من وسائل خصخصة الإدارة.

فيما سبق فإننا تعرضنا لأهم العقود التي تعد من أساليب خصخصة الإدارة (الخصخصة غير الناقلة للملكية) إذ يترتب على هذه العقود رفع كفاءة المشروع عن طريق إدخال نظم إدارة تتسم بالمرونة والسرعة، وذلك لاختلاف الفلسفة الإنتاجية لكلا القطاعين، وكذلك استخدام وسائل مبتكرة في الإدارة والتصميم والتشغيل تؤدي إلى التنافس بين مختلف القطاعات وهو ما يحقق أداء أفضل للمشروع، كما يوفر فرصة لتشجيع التدفقات الأجنبية، من حيث الاستثمارات والخبرات المختلفة التي تساعد على تحسين أداء رؤوس الأموال التي تسهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية دون أية معوقات تؤدي إلى توقفه.

المطلب الثاني

عقود تقديم الخدمات

تتمثل عقود تقديم الخدمات في تلك العقود التي تبقى فيها الدولة على ملكية الشركة، مع تحويل العمليات والأنشطة الخدمية للقطاع الخاص أو شركات أجنبية؛ للاستفادة من خبرات الشركات الأجنبية^(١)، وخاصة في مجال الفنادق، كما حصل في مصر في منتصف الثمانينات في الفنادق وغيرها من القطاعات، وتنسم هذه العقود ببعض المزايا، كتوفير تكاليف أداء الخدمات والتغلب على بعض مشاكل العمالة الحكومية المقنعة؛ لأن القطاع الخاص غالباً ما يستخدم عمالة تتوافر فيها كفاءات معينة^(٢).

هذا على الرغم من أن مقدمة الدستور السابق لفرنسا لعام ١٩٤٦ كانت تنص على أن "تنظيم التعليم العام والمجاني والعلمي في جميع المستويات واجب على الدولة"^(٣)، فيتضح من هذا النص أن وجود مرفق التعليم ضرورة وواجب على الدولة توفيره، ومن هنا فلا يكون محلاً للخصخصة، ومع هذا فلا يفترض ذلك عدم وجود قطاع خاص للتعليم في فرنسا بجانب التعليم العام، بل إن مجلس الدولة الفرنسي أقر التشريعات التي تنشئ تعليمًا خاصًا، كذلك نصت مقدمة الدستور السابق على ضرورة وجود قطاع صحي عام، بمعنى أنه فرض على الدولة ضرورة وجود مستشفيات حكومية توفر العلاج المجاني للمواطنين.

والوضع هذا ينطبق على موقف المشرع المصري والمشرع العراقي، إذ لا بد من قيام الحكومة بتوفير مرفق عام صحي يكفل الحماية الصحية للأفراد كافة، ونذكر أن هذه الميادين خارجة عن نطاق الخصخصة، بمعنى أنها لا تكون موضوعات للخصخصة، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية في مصر بقولها: "إن الاستثمار العام لا يقتصر على ميادين محددة، بل يمتد إلى مواقع رئيسية تشمل الدولة كلها، وتستطيع من خلالها تنفيذ المطالب السياسية والاجتماعية، ويندرج تحت متطلباتها في مجالات الدفاع والأمن والعدل والصحة والتعليم وحماية بيئتها ومواردها وصون بنيته الأساسية والحد من نمو سكانها وأداء خدماتها الأساسية عامة، ويلزمها أن تعزز قياداتها هذه بدعمها لأعباء يعجز الاستثمار الخاص عن تحملها"^(٤).

ويعد هذا النظام من أكثر أشكال الخصخصة الشائعة الانتشار في قطاع الخدمات العامة، كما تعد الخدمات التعاقدية من أكثر صور العقود انتشاراً وشيوعاً، ومنها خدمات الصيانة وخدمات توفير الطعام، (توريده للمستشفيات) وخدمات النظافة، ومن ذلك ما تقوم به شركة الجنائن من خدمات النظافة في إقليم

(٢) د. نحمده عبد الحميد ثابت، ترويج قضايا الخصخصة (تجارب عالمية)، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ٢٠٠٤.

(٣) د. سعيد عبد العزيز، خصخصة الخدمات العامة، المرجع السابق، ص ١٢.

(٤) د. محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري لخصخصة، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٥) المحكمة الدستورية ٢٢ فبراير ١٩٩٧، في دعوى رقم ٤٤٤ ق، سنة ١٧ قضائية.

كردستان العراق منذ ٢٠٠٨ حتى الآن، وتخضع للإجراءات التي تستلزمها التعاقدات في ظل عطاءات تنافسية، وتختار أفضل العطاءات من بين المنافسين في ظل وجود معايير واضحة ومحددة لاختيار العطاءات المقدمة، إضافة إلى معايير محددة للأداء تلتزم بها الجهات المتعاقدة فتضمن العقود المبرمة جزاءات رادعة تطبق في حالة عدم الالتزام بهذه المعايير، وقد أثبتت التجارب والدراسات الدولية أن عقود الخدمات، وخاصة النظافة والصيانة والصحة^(١) قد حققت كفاءة أعلى، مقارنة مع ما هو مقدم من قبل القطاع العام، وهذا يكمن فيما تفرضه المنافسة مع متعاقدي القطاع الخاص^(٢).

ويمكن أن نورد على الطريقتين السابقتين بعض الملاحظات الآتية منها:

١. هناك العديد من الأمور المهمة يجب الالتفات إليها وهي لا بد من أن تتزامن مع خصخصة الإدارة، كما فعل المشرع الفرنسي، وعلى الدول النامية مراعاتها، منها وضع مجموعة من القواعد التي تكفل بها الحكومات الشفافية والرقابة الفعالة على هذه العقود.
 ٢. ترشيد الإنفاق العام ووقف الإهدار في مجالات كثيرة، فتعثر القطاع العام لا يعني بالضرورة أن القطاع الخاص سيكون بديلاً في كل الحالات ولا سيما في مجال الكهرباء والطاقة وغيره.
 ٣. لا بد من تفعيل تحصيل الضرائب والرسوم وتوسيع قاعدة المكلفين، بدلاً من اللجوء إلى الخصخصة خياراً متسعاً ونهائياً لا بديل عنه.
- فتعثر القطاع العام لا يعني بالضرورة اللجوء إلى الخصخصة وتفويض إدارتها إلى القطاع الخاص، إذ لا بد من رسم معالمها التشريعية والمؤسسية والتنظيمية الظاهرة، خاصة في ظل موجة العولمة التي غالباً ما تكون الدول النامية من ضحاياها، إذ إن المديونية وعجز الميزانية لا تعود في أساسها إلى الأوضاع المتردية للقطاع العام، وإنما تعود إلى فشل الحكومات في رسم وتبني وتنفيذ سياسة إدارية ومالية واقتصادية سليمة.
- وفضلاً عن ذلك فإن الفاحص المدقق للتجارب العالمية الناجحة يجد سر نجاحها يكمن في وجود توجه استراتيجي مدروس لها، أو بمعنى وجود خطة واضحة لهذه التجارب تدعم التنمية وخصخصة الإدارة وتعززها، والتجارب غير الناجحة لم يكن لها استراتيجية واضحة أو كان لها إستراتيجية ناقصة أو غير متلائمة مع ظروفها، إذ أن هناك إجماعاً عالمياً على أن تجارب الخصخصة لا يمكن نقلها وتطبيقها بحذافيرها من دولة إلى أخرى؛ نظراً لتباين الظروف والمراحل الاقتصادية لكل منها.

(١) د. سيد أحمد سيد يعقوب، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٢) د. كريستينا كيدز، خصخصة مشروعات البنية الأساسية، المتطلبات والخبرات والبدايل، ترجمة د. منير إبراهيم هندي، المرجع السابق، ص ٨٧ - ٧٩.