

الفصل الثاني

أهمية التمييز بين خصخصة الملكية وخصخصة الإدارة

تبدو أهمية التمييز بين خصخصة الملكية وخصخصة الإدارة من عدة نواح قانونية، منها ما يتعلق بالنظام القانوني لكل منهما، وكذلك مدى قابلية المشروعات للخصخصة وكيفية خصصتها إن أمكن، ونعني بذلك أن هناك مشروعات لا تكون قابلة للخصخصة، وبناءً على ذلك فنستعرض لكل منهما، وذلك في المبحثين التاليين:

المبحث الأول : اختلاف النظام القانوني لخصخصة الملكية والإدارة .

المبحث الثاني : انعكاسات خصخصة الإدارة على خصخصة الملكية .

المبحث الأول

اختلاف النظام القانوني لخصخصة الملكية والإدارة

اهتم المشرع في العديد من دول العالم بمعالجة هذا الموضوع، سواء أكان ذلك بالنص عليه في الدستور أم بتنظيمه بقانون، واختلف مسلك الدول في هذا التنظيم حيث أن هناك دولاً تجيز خصخصة الملكية والإدارة عامة وأصدر المشرع فيهما قانوناً لينظمهما^(١)، ومن هذه الدول فرنسا التي أصدر مشرعها قانوني ٢ يوليو و ٦ أغسطس عام ١٩٨٦، وذلك امتثالاً لنص المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي الصادر ١٩٥٨ الذي جاء فيه "أن القواعد المتعلقة بتأميم المشروعات وتحول ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص ينظمها القانون"^(٢)

ونجد أن المشرع الفرنسي قد أخذ بمعيار أغلبية رأس المال، بمعنى أن المشروعات التي لا تملك الدولة فيها أغلبية رأس المال وأرادت أن تتنازل عن حصتها فيها لا يستلزم ذلك صدور قانون بصدها وقد قضت المادة السابعة الفقرة الثانية من قانون ٦ أغسطس ١٩٨٦ بأن المشروعات التي لا تملك الدولة فيها أغلبية رأس المال، تكون أداة خصصتها مجرد صدور قرار إداري بذلك، ويتضح من هذا النص أنه أعطى الدولة أحقية التنازل عن ملكية القطاع العام للقطاع الخاص دون سند قانوني يبيح لها ذلك في حالة عدم ملكيتها لأغلبية رأس المال في المشروع، أو تعني أن تقتصر مهمة المشرع على وضع القواعد التي تنظم الخصخصة، وتقوم الإدارة بعد ذلك بالإجراءات التنفيذية بناءً على تفويض من المشرع بهذا.

وعلى هذا الأساس يحدد الاختصاص التشريعي للخصخصة حسب المشروعات بفئتين:

الفئة الأولى: المشروعات التي أُممت بناءً على قانون والمشروعات التي تقوم على مرافق عامة وطنية والمشروعات التي تتمتع باحتكار فعلي، وأيضاً المشروعات الموجودة بالجدول الملحق بالمادة الرابعة لقانون ٢ يوليو ١٩٨٦.

الفئة الثانية: المشروعات التي لا تدخل في الطائفة الأولى، ويملك أغلب رأسمالها أكثر من مساهم عام.

ومن استقراء قانوني ٢ يوليو ١٩٨٦، ٦ أغسطس ١٩٨٦ نجد أنه لا بد من صدور قانون في الفئة الأولى، في حين يكفي بالقرار الإداري أو مجرد ترخيص إداري من الجهة الإدارية بالنسبة لمشروعات الفئة الثانية، ويستلزم عرض الموضوع على لجنة الخصخصة في حالة المشروعات التي يجب صدور قانون بشأن خصصتها.

(١) من الدول التي أخذت بهذا الاتجاه الأرجنتين والفلبين والبرازيل وبريطانيا. و د. مهدي إسماعيل الجزاف، المرجع السابق، ص ٢٩٥

(٢) د. محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، مرجع سابق، ص ٢٢. وانظر كذلك :

Michel Durupty, op, cit, P. 52 .

وقد وضع المشرع الفرنسي ثلاثة شروط قانونية لإجراء عملية الخصخصة، وهي كالآتي:

١- ألا يكون المشروع المزمع خصخصته مرفقاً عاماً وطنياً، وقد أطلق المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٥، ٢٦ يونيو ١٩٨٦ على بعض المرافق العامة ذات الأهمية القصوى إسم المرافق العامة الدستورية، وجعل من هذه المرافق مرافق غير قابلة للخصخصة، ولا يمكن تحويلها إلى القطاع الخاص، وذلك كمرفقي القضاء والدفاع. وقد يتوفر في المرافق العامة مدلولان: المدلول العضوي (الشكلي) وهو الهيئة نفسها التي تتولى إشباع حاجة عامة للأفراد، والمدلول المادي (الموضوعي) وهو الخدمة نفسها التي تقدم إلى الجمهور، وحينما يتطبق المدلولان نكون أمام مرافق عامة إدارية، وهذه لا يجوز خصخصتها.

أما المشروعات الاقتصادية والمؤسسة فهي مجال الخصخصة.

٢- عدم جواز خصخصة المرافق التي تتمتع باحتكار فعلي: ويقصد بالاحتكار الفعلي النشاط الذي تمارسه المشروعات، بحيث تحرم الأفراد من ممارسة النشاط نفسه الذي تزاوله، كذلك فإن المنتفعين من خدمات هذا المرفق سيجدون أنفسهم مضطرين إلى التعامل معه والإذعان إلى جميع شروطه دون مناقشتها^(١).

ويهدف المشرع من منع عدم جواز خصخصة المرافق التي تتمتع باحتكار فعلي حماية جمهور المستهلكين الذين يضطرون للتعامل معها مهما كانت الشروط معدة مسبقاً من قبلها، وذلك لأن هذه الجهة هي الجهة المنوط بها تقديم الخدمة، هذا في حالة خصخصة الإدارة، كما أن هذا الاحتكار قد يؤدي إلى فرض شروط تعسفية على جمهور المتعاملين وذلك لعدم وجود منافسة تحد من إمكانية إطلاق شروطه.

٣- وجوب أن تعوض الدولة في حالة نقل الملكية تعويضاً عادلاً^(٢).

اشتراط المشرع الفرنسي ضرورة تعويض الدولة تعويضاً عادلاً وذلك من خلال التقييم الصحيح للمشروع، وفقاً لقيمته الحقيقية؛ لأن بيع المشروع بأقل من قيمته يؤدي إلى إثراء المشتري بلا سبب على حساب الدولة أو مجموع المواطنين، وهو أمر يخالف مبدأ المساواة والذي يعد من أهم المبادئ القانونية التي تنظم العلاقات الدولية، وقد حرصت عليه جميع الدساتير، ونصت عليه المادة (٢) من ميثاق الأمم المتحدة الصادر في ١٩٤٥/٦/٢٦.

والحكمة من اشتراط سلامة تقدير المشروع ونقل ملكيته إلى القطاع الخاص الحفاظ على الأموال العامة التي ستؤول إلى الدولة بمجرد البيع والتي ستفق في أوجه الإصلاح الاقتصادي، ولا بد من عدم

(١) د. أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المكتب الجامعي الحديث ٢٠٠٨، ص ١٥٨

(٢) د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة، المرجع السابق، ص ٣٩

وجود أي أفضلية عند البيع لمواطن على مواطن آخر، حتى يتوحد حماية حق الملكية العامة والخاصة^(١). ومن جانبنا نرى أن هذا المبدأ يعد ضماناً مهماً متفقاً عليها بالنسبة للمستثمرين الأجانب من أجل استثمار رؤوس أموالهم في الدولة التي توفر هذه الضمانة بموجب الاتفاقية أو في قوانينها الداخلية^(٢)، وتسهم في عملية التنمية الاقتصادية للدولة، فضلاً عن توفير الحماية القانونية لهم في البلد المراد توظيف رؤوس أموالهم فيها.

أما فيما يتعلق بالإطار الدستوري المصري لبرنامج الخصخصة، فالدستور السابق لعام ١٩٧١ كان يقوم على النظام الاشتراكي، كما يتبين من النصوص ٢٣ و ٢٤ و ٣٢ و ٣٣ وعليه فإن تحول الاقتصاد المصري من النظام الاقتصادي القائم على التخطيط المركزي والملكية العامة وملكية الشعب لأدوات الإنتاج ووسائله إلى اقتصاد السوق والتحرر الاقتصادي هو قول مخالف لنصوص الدستور^(٣).

وقد تداركت الحكومة المصرية أهمية الأمر، وهو ما دفع بها إلى تعديل الدستور في عام ٢٠٠٧ بعد مرور أكثر من خمسة عشر عاماً على تبني فكرة الخصخصة، وهذا له مدلوله، كذلك الدستور الجديد الصادر عام ٢٠١٢ يؤيد ويجيز فكرة الخصخصة، أما بخصوص التنظيم القانوني للخصخصة، فلا يوجد قانون موحد للخصخصة على غرار ما هو معمول به في العديد من دول العالم^(٤)، وقد أصدر المشرع المصري القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ لتنظيم عملية تحول الملكية العامة إلى القطاع الخاص فيما يتعلق بشركات قطاع الأعمال، إلا أنه لا يوجد قانون موحد خاص ينظم عمليات خصخصة الإدارة والملكية تنظيمًا محددًا، ومن هنا كانت الحاجة لوجود مثل هذا التشريع بين مجالات الخصخصة وأساليبها.

وأما في العراق فإن الدستور العراقي الصادر ١٩٧٠ الملغي قد قرر صراحة أن نظام الدولة هو النظام الاشتراكي، كما قرر ملكية الشعب من خلال الدولة لوسائل الإنتاج الأساسية والثروات الطبيعية، ومن ثم تضع هذه النصوص قيوداً على حرية الدولة في تبني سياسة التحول إلى القطاع الخاص، فمن

(١)

Michel Durupty, op, cit, P. 50.

(٢) حيث يقرر قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ على سبيل المثال في المادة (١٠) أن "يتمتع المستثمر بصرف النظر عن جنسيته بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات، ويخضع للالتزامات الواردة في هذا القانون وقانون الاستثمار في إقليم كوردستان رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦، ويظهر بجلاء قيد المبدأ في المادة الثالثة، حيث نص على أن يعامل المستثمر ورأس المال الأجنبي كالمستثمر والرأسمال الوطني...." وكذلك قرر قانون تشجيع الاستثمار في الأردن رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥ في المادة (٢٤/ب) أن "يعامل المستثمر غير الأردني في أي مشروع تسري عليه أحكام هذا القانون معاملة المستثمر الأردني".

(٣) د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، المرجع السابق، ص ٢٤

(٤) مثل قانون ٦ أغسطس لسنة ١٩٨٦ في فرنسا صدر مرسوم ٢٤ أكتوبر ١٩٨٦، وهو يتعلق بتنفيذ تحول المشروعات، فينظم هذا المرسوم شروط تنفيذ عمليات الخصخصة التي تحدث خارج السوق، وقانون الخصخصة رقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠٠ اللبناني وكذلك قانون التخصيص رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠ الأردني وغيرها.

المعروف أن جمهورية العراق قد نهجت النهج الاشتراكي نفسه، كما كان مقرراً في مصر، وقد قرر الدستور العراقي ذلك في أكثر من مادة من مواده^(١)، إذ من استقراء النصوص يتضح أن الدستور العراقي يقرر صراحة أن نظام الدولة هو النظام الاشتراكي، كما يقرر ملكية الشعب من خلال الدولة لوسائل الإنتاج الأساسية والثروات الطبيعية، ومن ثم فإن هذه النصوص تضع قيوداً على حرية الدولة في تبني سياسة التحول إلى القطاع الخاص في العراق فلا يجوز أن يكون الهدف من التحول إلى القطاع الخاص في العراق، هو التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، كما لا يجوز تحويل وسائل الإنتاج الأساسية والثروات الطبيعية إلى القطاع الخاص، ذلك أن المادة (١٣) من الدستور العراقي، تنص صراحة على أن استثمار هذه الثروات يحدث من قبل الدولة مباشرة.

وقد جسد الدستور الاتحادي الجديد للعراق لعام ٢٠٠٥^(٢) هذا الاتجاه في التزام الدولة بإصلاح الاقتصاد العراقي على وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثماراً كاملاً لموارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته فضلاً عن تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة في العراق؛ لذا فمن الصعب في ظل الوضع الإقليمي والدولي الجديدين القبول بقانون يهمل دور القطاع الخاص ويمنع الاستثمارات الأجنبية ويعطي الأولوية للقطاع العام وهيمنة السلطة المركزية ورقابتها على مجمل النشاط الاقتصادي، ويكون فيه تعارض مع متطلبات النظام الاقتصادي والتجاري العالمي الجديد.

ومما تقدم يتضح لنا أنه ليس هناك تشريع موحد خاص بهذا الموضوع، حيث يوجد قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ بشأن بيع أصول الشركة العامة، وكذلك توجد بعض القرارات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة المنحل، وهو: القرار المرقم ٢٧٣ الصادر في ٢٣/٤/١٩٨٩^(٣)، والقرار المرقم ١٤٠ لعام ١٩٩٣^(٤) والقرار المرقم ١٠٠ الصادر في ٢٠/٩/١٩٩٥^(١)، وكذلك قانون الشركات

(١) نصت المادة الأولى على أن "العراق جمهورية ديموقراطية شعبية ذات سيادة، هدفه الأساسي تحقيق الدولة العربية الواحدة وإقامة النظام الاشتراكي" كما جاء في مادته الثانية عشر أنه "تتولى الدولة تخطيط وتوجيه الاقتصاد الوطني؛ بهدف إقامة النظام الاشتراكي على أسس علمية ثورية..." وكما ورد في المادة الثالثة عشر منه أنه "الثروات الطبيعية ووسائل الإنتاج الأساسية ملك الشعب تستثمرها السلطة المركزية في جمهورية العراق استثماراً مباشراً وفقاً لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني".

(٢) نصت المادة ٢٥ من الدستور العراقي الحالي على ما يأتي: "تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته"، وكذلك نصت المادة ٢٦ منه على "تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون".

(٣) وقد أجاز بقرار من رئيس الجمهورية نقل ملكية المشروع الحكومي الذي تزيد قيمته على مليون دينار إلى القطاع المختلط أو الخاص بقيمته التقديرية، وتتخذ الجهة التي تنتقل إليها ملكية المشروع شكل شركة مساهمة وفقاً لأحكام قانون الشركات رقم ٣٦ لعام ١٩٨٣ الصادر في الوقائع العراقية ذي العدد ٣٢٥٤ في ٨/٥/١٩٨٩.

(٤) وقد خول وزير الصناعة والمعادن صلاحية تحويل المعامل التابعة للوزارة إلى شركة مساهمة عامة بعد الحصول على موافقة ديوان الرئاسة، الوقائع العراقية، العدد ٣٤٧٧ في ٢٧/٩/١٩٩٣، وقد ألغى هذا القرار المرقم ٦٧ في ٨/٦/١٩٩٦ والمنشور في الوقائع العراقية ذي العدد ٣٧٢٦ في ١٥/٦/١٩٩٦.

العامّة المرقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧، وقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤.

ومن ثم ندعو المشرع العراقي إلى إصدار قانون خاص بعمليات الخصخصة يضم جميع الأحكام القانونية الخاصة بهذه العملية، أسوة بالدول التي أخذت بهذا الاتجاه، على أن ينظم هذا القانون عملية إعادة هيكلة المشروعات وتحديد الجهة المختصة بالإشراف على عملية الخصخصة، وكذلك تنظيم إجراءات تعيين الشركة العامة المطلوب خصخصتها واختيار الوسيلة الملائمة لهذا وتقرير الآثار القانونية الناجمة عن ذلك.

ومن منظور ما تقدم وما طرح من نظام دستوري وقانوني للخصخصة يتبين لنا أن الخصخصة لا تكون إلا بقانون أو بناء على قانون، أما تفويض الإدارة للقطاع الخاص فإنه قد يحدث بما يسمى بالأسلوب التعاقدى للإدارة بواسطة شخص خاص أو وفقاً لقرار من جانب الإدارة، ويطلق عليه البعض^(٢) الأسلوب اللاتحي في إسناد الإدارة للقطاع الخاص، وكذلك تخضع خصخصة الملكية لقيود أشد من تلك التي تخضع لها خصخصة الإدارة، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن خصخصة الملكية تؤدي إلى إعادة هيكلة الشركة العامة وتحويلها إلى مساهمة، ومن ثم تنقل إلى القطاع الخاص، في حين لا تحتاج خصخصة الإدارة إلى تلك الإجراءات، وبعبارة أخرى تؤدي الخصخصة إلى تغيير النظام القانوني الذي تخضع له، وفضلاً عن ذلك فهناك جوانب أخرى، وهي كالآتي:

أولاً: الشركات والمشروعات التي يمكن أن تكون محلاً لخصخصة الملكية أو خصخصة الإدارة

تشير النصوص القانونية في التشريعات المقارنة إلى أن المشروعات التي تستمد ضرورتها من مبادئ أو قواعد دستورية والمرتبطة بسيادة الدولة واستقلالها لا تجوز خصخصتها، كما لا يجوز نقل إدارتها للقطاع الخاص، مثل القضاء والدفاع، أما المشروعات الدستورية غير السيادية، فلا يجوز خصخصة الملكية فيها، أي نقل ملكيتها، سواء أكان كلياً أم جزئياً، ولكن يجوز خصخصة الإدارة فيها، أي إن القطاع الخاص يديرها وفقاً للأساليب الحديثة، متمثلة في الصحة والتعليم، كما هو الشائع في أرض الواقع.

ولما كان التفويض الكامل لإدارة المرافق السيادية غير جائز، وأنه يجوز فقط في حدود معينة اللجوء إلى نقل إدارتها للقطاع الخاص، فقد قرر المجلس الدستوري أن تحصيل الضريبة لا يكون إلا بواسطة مرافق أو هيئات توضع تحت سلطة الدولة أو رقابتها^(٣)، وأجاز المجلس أن يعهد القانون إلى أشخاص خاصة تخضع لوصاية الدولة ورقابتها لتحصيل الضرائب.

(١) وقد أجاز تحويل المنشآت والشركات والمعامل إلى شركات مساهمة خاصة أو مختلطة.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، المرجع السابق، ص ٢٤

(٣) ينظر؛

ثانياً: تختلف خصخصة الملكية عن الإدارة من حيث الهدف

تهدف خصخصة الملكية في معظم الدول المتقدمة والنامية على حد سواء إلى إعادة هيكلة الشركة، سواء أكان ذلك من الناحية المالية التي تشمل إعادة تقييم الأصول وإعادة هيكلة الديون ومبادلة الدائنين بحقوق الملكية وكذلك زيادة رأسمال الشركة، أم من ناحية إعادة الهيكلة التنظيمية في صورة اندماجات والتخلص من بعض الشركات الخاسرة وكذلك القضاء على بيروقراطية القطاع العام والتركيز على الشركات التي يمكن إصلاحها وتؤدي ثمارها وعدم التركيز على الشركات التي ينبغي تصفيتها. ومن الجدير بالذكر أن الهدف الأساسي هو رفع الكفاءة الاقتصادية وزيادة الإنتاجية وتوسيع قاعدة الملكية، من خلال تخلي الدولة عن ملكية أصولها وأسهمها للقطاع الخاص، ويحدث ذلك إما عن طريق فقد الدولة لأغلبية رأس المال وبيعه للقطاع الخاص، وإما بالاتفاق المباشر على بيع أسهم هذه الشركات وأصولها إلى الأفراد والمستثمرين.

أما فيما يتعلق بخصخصة الإدارة، فإنها تهدف إلى تشجيع القطاع الخاص وزيادة دوره في عملية التنمية الاقتصادية وتقليص دور القطاع العام^(١)، من خلال إعادة الهيكلة الإدارية بالآليات الحديثة والأدوات التقنية لإدارة المشروعات العامة وتشغيلها، مع بقاء ملكية هذه المشروعات للدولة، بذلك تعفي الدولة نفسها من نفقات ومصروفات ضخمة، وفي الوقت نفسه تبقى محتفظة بملكية أصول هذه المشروعات والشركات العامة.

وأيًا كان الأمر فإن خصخصة الإدارة واستخداماتها تستند إلى فكرة فصل الإدارة عن الملكية، من خلال تقديم الحكومة مبلغاً ثابتاً من المال (لمجموعة إدارية) لمستثمرين من القطاع الخاص من ذوي الكفاءة والخبرة والدراية لكي يقوموا بمهمة إدارة الشركة العامة وتسيير أمورهم وفقاً لأسس الإدارة الحديثة والمتقدمة.

ثالثاً: من حيث الأساليب المتبعة

سبق أن أشرنا إلى الآليات المتبعة في خصخصة الملكية وخصخصة الإدارة، فعلى الرغم من اختلاف طبيعة الخصخصتين، فإنهما يشتركان في أنهما من أساليب الخصخصة الهيكلية التي تتمثل في تحجيم القطاع العام، من خلال نقل ملكية المشروعات العامة أو إدارتها إلى القطاع الخاص، وبيان التكيف القانوني المنضبط لخصخصة الشركة، يتضح أن تكيف تحول الشركة من القطاع العام إلى القطاع الخاص وصف لمحل الخصخصة، وليس تكيفاً قانونياً لعملية الخصخصة نفسها.

ذلك لأن التصرف القانوني لإحداث الخصخصة يتباين بحسب الأسلوب المتبع في تطبيقها، إذ قد

(١) د. حسين عمر، الجات والخصخصة، الكيانات الاقتصادية الكبرى، التكاثر البشري والرفاهية (مشكلات اقتصادية معاصرة)، دار الكتاب الحديث، ١٩٩٧، ص ٨٥.

يتمثل في بيع الشركة بكاملها إلى شخص طبيعي أو معنوي أو عدة أشخاص بالمزاد أو الممارسة أو بيع جانب من الأصول أو من خلال العروض العامة لأسهمها للشراء أو ببيعها للعاملين أو بنظام التأجير التمويلي أو عن طريق إبرام عقود الإيجار والإدارة، وهو ما يمكن القول معه إن تغيير الشكل من جهة والتأمين أو الخصخصة من جهة أخرى هما شكلان لتحول الشركات^(١)، لم يعرض المشرع المصري سوى للأول في المادة ١٣٦ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، بنصه على أنه "يجوز تغيير الشكل القانوني لشركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة...." يقتصر النص كما هو واضح على شكلين فحسب من أشكال الشركات، وهما شركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة، ومن ثم لا ينطبق النص على شركات المساهمة. ولعل المشرع لم يشأ الترخيص لها بالتحول لحظره أو لندرته عملاً بالنسبة لهذه الشركات. رغم ذلك وطبقاً للرأي الراجح في الفقه المصري فإن التأمين يعتبر كالتحول بمفهوم تغيير النظام. وبناء على ذلك فإن التأمين أو الخصخصة هما شكلان لتحول الشركات ويترتب عليهما تغيير النظام القانوني الذي يخضع له الشخص المعنوي وإن استمر قائماً. ومن ثم فهو في حقيقته تغيير في الأحكام التي تخضع لها الشركة وهو تغيير لا تنعكس آثاره على العلاقات الداخلية بين الشركاء فحسب، بل تمتد إلى العلاقات الخارجية للشركة أي علاقتها بالغير. وبالنسبة للشريك قد يؤدي الأمر إلى تغيير كامل في مركزه القانوني كما يتجلى في تحول شركة التضامن إلى شركة مساهمة أو العكس، وبخاصة من حيث مدى المسؤولية عن ديون الشركة بعد التحول^(٢). والتحول جائز بالنسبة لجميع الشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية بما فيها شركة المساهمة بشرط أن يتضمن نظامها الأساسي نصاً يخول لها ذلك. وتطبقاً لذلك لا تعد الخصخصة في جميع فروضها تغييراً في شكل الشركة، فقد تتم عملية بيع شركة القطاع العام إلى عدة مستثمرين أو إلى مستثمر واحد في القوانين التي تجيز ذلك، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يقوم ببيان الشركة بأي شكل كان. كذلك يختلف النظام القانوني لعروض الأسهم، سواء كان عرضاً عاماً للشراء أو عرضاً ببيع أو طرحاً خاصاً بنظام التأجير التمويلي أو عقد إيجار وإدارة، فلكل نظامه القانوني الخاص به.

وعلى هذا يمكن أن تستقر عملية الخصخصة على مجموعة من النظم أو العقود المتباينة لعقد الشركة وعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الاستغلال الحر وعقد الترخيص التجاري. ونستخلص من ذلك أن الخصخصة يمكن أن تستوعب كل النظم أو العقود التي تستوفي عناصرها.

فكل من خصخصة الملكية وخصخصة الإدارة تسهم أيضاً في جذب الاستثمارات الأجنبية، حيث اكتسبت خصخصة الشركات العامة، أو تحويل ملكيتها أو نقل إدارتها إلى القطاع الخاص أهمية متزايدة

(١) د. مراد منير فهم، تحول الشركات، (تغير شكل الشركة) منشأة المعارف، ط١، ١٩٨٦،

(٢) د. مراد منير، تحول الشركات، المرجع السابق، ص ٢٩.

خلال العقد الماضي في إطار الجهود الكبيرة التي أخذت معظم الدول المتقدمة والنامية تبذلها لإصلاح أوضاع اقتصاداتها، وأصبح لمسيرة الخصخصة زخم متعاظم مع ظهور النظام المالي والتجاري الدولي الجديد الذي يهدف إلى فتح بعض الاقتصادات على بعض، بحيث يركز التعامل فيما بينها على التنافس وفق آليات السوق.

وبوجه عام فإن بروز الخصخصة واكتسابها الأهمية المتزايدة يعود إلى التحول الكبير الذي حدث في استراتيجية التنمية التي اتبعتها معظم الدول النامية^(١)، من استراتيجية شمولية ارتكزت على التوجه المركزي للموارد والإدارة الاقتصادية التي أدت إلى هيمنة القطاع العام على الاقتصاد وتفتشي القيود الإدارية في جميع جوانبه إلى استراتيجية تركز على آليات السوق في تخصيص الموارد، وتستهدف تحرير الاقتصاد من القيود وانفتاحه على الخارج وإفساح مجال أكبر أمام القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي، وقد أسهم ذلك التحول في جذب مزيد من رؤوس الأموال الأجنبية .

وهكذا أخذت الدول تعمل في إطار الاستراتيجية الجديدة على تطبيق سياسات من شأنها أن تفسح المجال أمام القطاع الخاص للقيام بإدارة المشروعات عامة، هذا من جانب، ومن جانب آخر، تسهم الخصخصة في تمكين الدولة من القيام بالدور الجديد المطلوب منها، وذلك بإبعادها عن المجالات التي تقل فيها كفاءتها ودفعها إلى التركيز بدلاً عن ذلك على المجالات المهمة المتصلة بها التي لا يمكن فيها الاعتماد على الاستثمارات الخاصة وحدها، ومن أهمها إنشاء البيئة الكلية المستقرة والمحفزة للنمو والإشراف عليها وتشجيعها، وكل ذلك يصب في مصلحتها لجذب المستثمرين .

(١) وتقدر حصيلة الخصخصة الإجمالية في الدول النامية خلال الفترة منذ عام ١٩٩٠ حتى نهاية عام ٢٠٠٠ بحوالي ٣٤٢ مليار دولار أمريكي، وخلال هذه الفترة ارتفعت الحصيلة من ١٢ مليار دولار في عام ١٩٩٠ إلى أعلى مستوى بلغته خلال التسعينيات وهو حوالي ٦٧ مليار دولار في عام ١٩٩٧، ثم انخفضت تدريجياً إلى أن بلغت حوالي ٣٥ مليار دولار في عام ٢٠٠٠، نتيجة انخفاض عوائد الخصخصة في دول شرق آسيا؛ بسبب الأزمة المالية التي تمر بها وإكمال القسم الأكبر من برامج الخصخصة في بعض دول أمريكا اللاتينية. لمزيد من التفاصيل ينظر قاعدة بيانات الخصخصة - البنك الدولي .

المبحث الثاني

انعكاسات خصخصة الإدارة على خصخصة الملكية

تلجأ شركات المساهمة عند ممارستها لنشاطها إلى إبرام بعض العقود وفقاً لمتطلبات هذا النشاط، ووفقاً للقواعد العامة تنتقل جميع الحقوق والالتزامات التي ترتبها العقود المبرمة مع القطاع الخاص، ومن هذه العقود عقد الإيجار وعقد الترخيص التجاري وغيرها، ويعرقل ارتباط الشركات المالكة للأسهم والشركات المدارة من قبل القطاع الخاص عن طريق عقود تسليم هذه الشركات في حالة خصخصة الإدارة إلى المستثمرين والمشتريين^(١)، وخاصة أنه عندما لا تديرها بنفسها (المالك) فعندئذ تثار بعض المشكلات القانونية المتعلقة بعملية التحول إلى القطاع الخاص، ويظهر ذلك بوضوح عند انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار وعقد الترخيص التجاري التي سبق أن أبرمتها الشركة العامة مع القطاع الخاص، لذا نتعرض في هذا المبحث لأهم الآثار القانونية المتعلقة بهذين العقدين، وذلك بتناول كل منهما في مطلب على حدة كالآتي:

المطلب الأول: أثر خصخصة الإدارة عن طريق عقد التأجير في خصخصة الملكية .

المطلب الثاني: أثر خصخصة الإدارة عن طريق عقود الترخيص الإداري في خصخصة الملكية.

(١) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، بيع اسهم شركات قطاع العام، المرجع السابق، ص ١٤٠

المطلب الأول

أثر خصخصة الإدارة عن طريق عقد الإيجار في خصخصة الملكية

تتضمن بعض عقود الإدارة شروطاً تقيد حقوق الشركات المالكة في بيع الفنادق أو التصرف فيها من خلال مدة سريان عقد الإدارة، فتوجب موافقة شركة الإدارة على شخص المشتري أو تخول لها حق الاعتراض عليه^(١)، ففي عقود الإيجار التي توجب فيها الدولة أصولاً عمومية للخواص لاستغلالها من قبل هؤلاء يتحمل المؤجرون كل الأخطار التجارية والمالية، وتلك العقود شائعة جداً في العلاقات الدولية عموماً، ويعد ضرباً من ضروب الخصخصة، له فوائد عديدة، من بينها: نسج علاقات مثمرة بين الملكية العمومية والمهارة الخاصة، تخليص الدولة من عبء التسيير والإدارة والقرار الإنتاجي أو التجاري أو الاستثماري دون التفريط في أرصدها وممتلكاتها، ومن ثم تنفي كل المشاكل المرتبطة بالتقويم والتفريط في الأصول العمومية... إلخ^(٢).

ولما كانت عملية التحول إلى القطاع الخاص لا تؤدي إلى انقضاء الشركة العامة بل إلى انتقال الحقوق والالتزامات إلى شركة المساهمة الخاصة أو المختلطة الناجمة عن التحول، فإن التساؤل يثار عن ماهية الحقوق والالتزامات التي تنتقل من الشركة العامة إلى الشركة الناجمة عن التحول والتي من بينها الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الإيجار التي سبق أن أبرمتها قبل إجراء عملية الخصخصة، وعن كون هذه العملية تعد من قبيل تنازل الشركة^(٣) عن عقد الإيجار لمصلحة الشركة الناجمة عن التحول أو لا؟

للإجابة عن هذا التساؤل، لابد من بيان: هل هناك اختلاف بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن؟ يرى بعض الفقهاء القانونيين أن التنازل عن الإيجار يختلف عن الإيجار من الباطن، والسبب يكمن في أنه في الحالة الأولى لا يوجد إلا عقد إيجار واحد فقط، وهو العقد الأصلي، في حين يوجد في الحالة الثانية عقد إيجار أصلي ما بين المؤجر والمستأجر، ثم عقد إيجار من الباطن ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن.

وبصدد أثر تلك العقود على خصخصة الملكية ذهب المشرع المصري إلى حسم هذا الموضوع صراحة في المادة الثانية من قانون شركات قطاع الأعمال التي قررت حلول الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام وحلول الشركات التابعة محل الشركات العامة التي كانت عليها هذه الهيئات، فقد ورد

(١) حسام الدين عبد الغني الصغير، بيع أسهم شركات قطاع العام، المرجع السابق، ص ١٤٠

(٢) د. ضياء مجيد، الخصخصة والتصحيحات الهيكلية (آراء واتجاهات)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٨٢.

(٣) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقولة)، مطابع التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩، ص ٢٨٧.

في هذه المادة أنه "تنتقل إلى الشركات القابضة والشركات التابعة لها بحسب الأحوال، كافة ما لهيئات القطاع العام وشركاته الملغاة من حقوق بما فيها حقوق الانتفاع والإيجار ..."^(١).

ويتضح من النص أن تحويل الهيئات العامة والشركات التابعة لها إلى شركات قابضة وأخرى تابعة لها يستلزم انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة على عقود الإيجار من الهيئات العامة والشركات التابعة لها إلى الشركات القابضة أو الشركات التابعة بحسب الأحوال، وهذا يعني أنه عندما تكون الشركة مدارة من قبل القطاع الخاص تنتقل تلك العقود إلى القطاع الخاص المشتري في خصخصة الملكية.

ولم يشأ المشرع المصري أن يتخلف عن ملاحقة ركب التطور ومستجدات العصر من مسايرة التشريعات الحديثة فيما نصت عليه، بحيث لم يعد هناك أدنى شك في أن التحويل يستلزم انتقال العقود بما فيها عقود الإيجار، وذلك على خلاف المشرع العراقي وكذلك المشرع الأردني بصدد مسألة انتقال الحقوق والالتزامات، فإذا نظرنا إلى موقف المشرع الأردني وجدنا سؤالاً يطرح نفسه، وهو: هل تنتقل حقوق الإيجار والانتفاع من المشروع أو المؤسسة العامة إلى الشركة الناتجة من التحول بوصفها حقوقاً والتزامات مالية، أو لا تنتقل على أساس أن حقوق الانتفاع والإيجار منفصلة، ولا يشملها الانتقال؟.

ووفقاً للمادة ٥/ج/٣ من قانون المالكين والمستأجرين الأردني^(٢)، يعد سبباً موجباً للإخلاء تغير شخصية المستأجر، ومن الطبيعي في حالة التخاصية أن تنتقل الملكية من الصفة العامة إلى الصفة الخاصة، ومن ثم يؤدي هذا الوضع إلى الإخلال بالحقوق المالية التي تنتقل من السلف إلى الخلف، وهدماً لمبدأ الخلافة القانونية التي نص عليها القانون^(٣)، ويذهب رأي آخر في القانون الأردني^(٤) إلى أنه يمكن قياس حالة تحول المؤسسات أو الهيئات العامة إلى شركات مساهمة على حالة الاندماج فيما يتعلق بتحديد آثار الخلافة العامة فيما بين الشركات.

ويستعين هذا الرأي بقرار محكمة التمييز الأردنية والذي يتعلق بحالة اندماج الشركة المستأجرة للعقار بشركة أخرى، وقد جاء في هذا القرار أنه "يترتب على اندماج الشركة المستأجرة للعقار بشركة أخرى زوال شخصيتها الاعتبارية، وتعد الشركة الدامجة شخصية مختلفة عن شخصية الشركة المندمجة، ويعد استمرار انشغالها للمأجور دون موافقة المالك الخطية موجباً للإخلاء، عملاً بالمادة ٥/ج/٣ من قانون المالكين والمستأجرين بوصفها من الغير، وليست طرفاً في عقد الإيجار، ولا يغير من ذلك أن جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة تؤول إلى الشركة الدامجة بحدود عقد الاندماج بوصفها خلفاً قانونياً لها عملاً بالمادة ٢٦٨ من قانون الشركات الأردني، إذ أن ذلك ينصرف إلى الأمور المالية، وليس في قانون

(١) المادة الثانية من قانون شركات قطاع الأعمال المصري رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ .

(٢) قانون المالكين والمستأجرين، رقم ١١ لسنة ١٩٩٤، ويعد قانوناً خاصاً .

(٣) محمود مصطفى الزعاري، المرجع السابق، ص ١٣٦ .

(٤) صهيبي موسى جفال ، المرجع السابق، ص ٥٠ .

الشركات رقم ١/٨٩ ما يعالج حالة العقارات المستأجرة، فيكون الحكم بإخلاء المأجور متفقاً مع أحكام القانون^(١).

وبالرغم من انتقاد أصحاب هذا الرأي لذلك القرار القضائي، من حيث الأسباب التي يبني عليها في عدم اعتبار حق الإيجار من الحقوق المالية، فإنه يتفق معه في النتيجة، من حيث عد انقضاء الهيئة أو المنشأة العامة وانتقال جميع حقوقها والتزاماتها إلى شركة المساهمة الناجمة عن التحول بمنزلة التنازل عن عقد الإيجار بالقياس على حالة الاندماج التي يشير إليها العقار المأجور، على أساس نص المادة ٨ من قانون الشركات الأردني المتعلقة بالخلافة العامة، وهو نص عام تقيد به المادة ٥/ج/٣ من قانون المالكين والمستأجرين الأردني، بوصفه قانوناً خاصاً يطبق على العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وقد عدت محكمة التمييز الأردنية في قرارها المرقم ١٩٩٥/٩٩٨ يد الشركة الناجمة عن الاندماج، في حكم اليد الغاصبة للعقار، على أساس أن شخصية الشركة المندمجة التي كانت تشغل العقار قد انتهت بتمام عملية الاندماج، وانتهى تبعاً لذلك عقد الإيجار^(٢).

وأمام عدم صراحة النص في قانون التخصيص الأردني يجب التدخل تشريعياً لحل هذه الإشكالية من أجل المحافظة على المراكز القانونية خلال عمليات الانتقال من شكل المؤسسة أو السلطة أو الهيئة العامة إلى شركة المساهمة الناتجة عن التحول، طبقاً لأحكام الخلافة العامة، ويجب أن يكون هذا التدخل لمصلحة فكرة انتقال حقوق الإيجار من المؤسسة أو السلطة أو الهيئة العامة إلى شركة المساهمة الناتجة عن التحول، على أساس أن حقوق الإيجار عنصر من العناصر الإيجابية التي تنتقل جنباً إلى جنب مع العناصر السلبية، وذلك أسوة بما هو عليه الوضع في حالة اندماج الشركات^(٣)، حيث أكدت محكمة النقض المصرية أن الشركة المندمجة فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلف عام للشركات المندمجة، وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها، وذلك في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج، مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين^(٤).

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فإنه يثار تساؤل: هل يعد انقضاء الشركة جراء التحول وانتقال عقود الإيجار التي سبق أن أبرمتها إلى الشركة الناجمة عن التحول بمنزلة التنازل عن تلك العقود أو لا؟ وللإجابة عن هذا السؤال وبقدر تعلق الأمر بالتشريع العراقي، يلاحظ أنه لا يمكن عد انقضاء الشركة العامة جراء التحول وانتقال عقود الإيجار التي سبق وأن أبرمتها إلى الشركة الناجمة عن التحول بمنزلة تنازل عن عقد الإيجار؛ لذا فإن الشركة الناجمة عن التحول تعد خلفاً عاماً للشركة العامة، وتتلقى كل

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم ٩٤/٩٤٤ المصدر نفسه، ص ٥٠ .

(٢) نقلاً عن صهيبي موسى جفال، المرجع السابق، ص ٥٠ .

(٣) د. حسام الدين الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، المرجع السابق، ص ٦٠٨ .

(٤) حكم نقض مصري، الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٥٠ ق، جلسة ١٩٨٤/١/١٩ .

حقوقها والتزاماتها الناشئة عن عقد الإيجار^(١)، فمن المعروف أن عقد الإيجار ينتقل من السلف إلى الخلف العام، وأن موت المستأجر لا يؤدي إلى انتهاء عقد الإيجار^(٢).

وبقدر تعلق الأمر بالتشريع العراقي نرى أن هذه المسألة لا تثير الإشكالية في القانون العراقي في الوقت الراهن، ذلك أنه حتى لو صح تكيف انتقال الآثار المترتبة على عقود الإيجار التي أبرمتها الشركة العامة إلى الشركة الناجمة عن التحول على أساس أنها تعد بمنزلة تنازل من الشركة العامة عن عقد الإيجار لمصلحة الشركة الناجمة عن التحول، فإن هذا التكيف لا يعد سبباً لإخلاء المأجور أو لانتهاء عقد الإيجار الذي تبرمه الشركة العامة التي أصبحت تخضع لأحكام القانون المدني، بعد أن كانت تخضع لأحكام قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ الذي كانت تمنع الفقرة الأولى منه المادة الحادية عشرة منه التنازل عن الإيجار، فقد عدل هذا القانون الأخير بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ المعدل لقانون إيجار العقار^(٣)؛ لذا لم تعد عقود الإيجار المبرمة بين القطاع العام والقطاع الخاص خاضعة لقانون إيجار العقار، وذلك لاختلاف الغرض من الإيجار، ففي حالة أن يكون الإيجار ليس غرضه السكن، وإنما الهدف منه ممارسة النشاط الاقتصادي للشركة، تخضع حينئذ عقود الإيجار التي تبرمها الشركة العامة للقانون المدني.

ووفقاً للقواعد العامة في القانون المدني يجوز للمستأجر أن يتنازل لغيره عن الإيجار، ويثبت هذا الحق للمستأجر من عقد الإيجار نفسه، دون الحاجة إلى اتفاق خاص يقضي بمنحه إياه، ويرى بعض فقهاء القانون^(٤) أنه يصح أن يرد تصرف المستأجر على كل المأجور أو جزء منه. وأكد نص المادة ٧٧٥ من القانون المدني العراقي ذلك بقوله: ١- للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك أن يتنازل لغيره عن الإيجار، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره. ٢- فإذا اشترط أن إيجار المستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون إلا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا أن يمتنع عن الموافقة إلا بسبب مشروع"

ويتضح من النص السابق أنه أجاز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد استلامه له أو قبل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق بينه وبين المؤجر يقضي بخلاف هذا، وقد يقضي العرف بعدم جوازه في حالتين سابقتين لا يمكن له ذلك فيهما، ومع هذا نص في الفقرة الثانية منه على أن للمستأجر التنازل عن

(١) تنص المادة ٧٨ الفقرة (١) من القانون المدني العراقي على أنه "لا ينتهي الإيجار بموت المستأجر"

(٢) د. مهدي الجبوري، النظام القانوني للتحول من القطاع العام إلى الخاص، المرجع السابق، ص ٢٠٩

(٣) المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٣٨٤٨ في ٢٠٠٠/١٠/١٦ وأن هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٦ والمنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٦٤٧ في ١٩٩٦/١٢/٩ وكان ينص على عدم سريان قانون إيجار العقار على العقارات المؤجرة لأغراض تجارية أو صناعية، وإنما يقتصر نطاق تطبيقه على العقارات المؤجرة لأغراض السكن للعراقيين الواقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات.

(٤) د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

الإيجار إذا كان هناك سبب مشروع.

وعلى هذا الأساس نرى أنه من الأولى أن عقود الإيجار التي تبرمها الشركة العامة تنتقل إلى الشركة الناجمة عن التحول بوصفها خلفاً عاماً لها، وأنه حتى لو عد هذا الانتقال بمنزلة تنازل عن الإيجار، فإن ذلك لا يتعارض مع أحكام القانون المدني العراقي. ومن الجدير بالذكر أنه في حالة تحويل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص عن طريق خصخصة ملكية، وكانت هذه المشروعات العامة قائمة على أراض مستأجرة، فإن بيعها يقتضي أن تنتازل الجهة المالكة لهذا المشروع عن عقد الإيجار لمصلحة المشتري والمستثمرين من القطاع الخاص، وفقاً لأحكام التنازل الواردة في القانون المدني العراقي^(١). إن كل ما سبق كان في سياق الحديث عن انتقال عقود الإيجار التي أبرمتها الشركة العامة إلى الشركة الناجمة عن التحول، بوصفها مستأجرة^(٢)، أما إذا كانت الشركة العامة هي المؤجرة، فإن الأمر هذا لا يعدو أن يكون إلا تطبيقاً من تطبيقات انتقال ملكية المأجور الذي عالجته المادة ٧٨٦ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها أنه:

١- إذا انتقلت ملكية المأجور إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذاً في حقه إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي ترتب عليه انتقال الملكية.

٢- لمن انتقلت إليه الملكية له أن يتمسك بعقد الإيجار حتى لو كان هذا العقد غير نافذ في حقه. ووفقاً لهذا النص يمكن انتقال عقود الإيجار من الشركة العامة (المؤجرة) إلى الشركة الناجمة عن التحول، بشرط ثبوت تاريخ فسخ الإيجار عند تحويل الشركة العامة، ففي هذه الحالة تخلف الشركة الناجمة عن التحول الشركة العامة في جميع مالها وما عليها من الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار.

ويرى البعض أن الحكم نفسه يطبق على حالة عدم كون الإيجار نافذاً في حق الشركة الناجمة عن التحول لعدم ثبوت تاريخه، غير أنها تمسكت به رغم ذلك^(٣). ويذهب رأي ثانٍ^(٤) إلى أن هذا الغرض الآخر لا يمكن تصوره بالنسبة لعقود الإيجار التي تبرمها الشركة العامة، إذ أن هذه العقود تكون ثابتة

(١) فقد نصت المادة (١٢) من قانون إيجار العقار على حلول مشتري المصنع محل مستأجر العقار الذي أنشئ فيه هذا المصنع دون أن تعد ذلك تنازلاً عن الإيجار أو إيجاراً من الباطن، فقد جاء فيها أنه إذا كان المأجور عقاراً أنشئ فيه المصنع وباع المستأجر المصنع، حل المشتري محل المستأجر في عقد الإيجار، طبقاً لأحكام هذا القانون، غير أن هذا النص يعد ملغياً صراحة. لمزيد من التفاصيل د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٢) هناك العديد من التطبيقات لهذه الحالة عندما تؤجر دولة عقارات لغرض ممارسة الأنشطة الاقتصادية، مثل مدارس خاصة وجامعات وغيرها.

(٣) د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٤) د. مهند الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢١٢.

التاريخ؛ لأنها عقود رسمية تبرم وفقاً للقانون^(١)، وهو يعد كذلك طالما روعيت فيه مجموعة من الإجراءات القانونية الواجبة الاتباع عند إبرام عقود الإيجار، وهذه الإجراءات يقوم بها الموظفون المختصون قانوناً.

المطلب الثاني

أثر خصخصة الإدارة عن طريق عقود الترخيص التجاري في خصخصة الملكية

يقصد بعقد الترخيص التجاري "Franchising" "العقد الذي بمقتضاه يمنح أحد طرفيه الذي يطلق عليه مانح الترخيص الطرف الآخر الذي يطلق عليه المرخص له حق استخدام حق من حقوق الملكية الصناعية (الاسم التجاري - الرسوم - النماذج الصناعية - براءة الاختراع - علامة تجارية - المعرفة الفنية) لإنتاج السلعة أو توزيع منتجاته أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الترخيص^(٢).

وقد تعددت مجالات الفرانشيز لا بوصفها أثراً للتوسع في مفهومها فحسب، بل بوصفها وسيلة لانتشارها وتعميمها في مجالات ما كانت لتبلغها إلا باقترانها بمثل آلية الفرانشيز، ومع ذلك فقد اتجه جانب من الفقه إلى قصر الفرانشيز على مجالي التوزيع والخدمات، وعده تطوراً لاحقاً لعقد الالتزام التجاري (Concession)، في حين ذهب الرأي الراجح إلى عده آلية لها هويتها الخاصة التي لا تقتصر على مجال التوزيع والخدمات فحسب، وإنما تمتد إلى المجال الإنتاجي^(٣)، فقد تفاضل المشروعات الكبرى - وخاصة الشركات دولية النشاط - بين وسيلتين للاستثمار، إما من خلال فروع مملوكة لها وإما شركات تنتسب إليها^(٤)، هذا في الدول المتقدمة كفرنسا على سبيل المثال، وكذلك استفادت منه الدول النامية في تلبية حاجتها للتكنولوجيا الحديثة واستخدامها في تنمية اقتصادها^(٥).

(١) قانون بيع إيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ وفيه عقد الإيجار يكون رسمياً إذا نظمته أو صدق عليه موظف عام مختص مراعيًا في تحريره الأوضاع المقررة قانوناً، حيث عرفت الفقرة الأولى من المادة (٢١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ السندات الرسمية بقولها "السندات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما حدث على يديه أو ما أولى به ذوو الشأن في حضوره".

(٢) د. فايز رضوان، عقد الترخيص التجاري، مطبعة الحسين الإسلامية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٢٠.

(٣) وهو يشمل الانتاج الصناعي، حيث يقدم المانح إلى الممنوح المعرفة السرية التي تسمح بإنتاج السلع، ويعطي موافقته لتصنيع هذه السلع وبيعها تحت علامته التجارية. وهذا ما هو شائع في المطاعم السريعة التي يتم تأسيسها. المستشار صالح بن عبد الكريم بن إبراهيم السعوي، عقد الامتياز التجاري، مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠١٣، ص ٢٦.

(٤)

Didier ferrier, La franchise Encyclopédie Dalloz Commercial, , 1991, P.5.

(٥) بخصوص أثر التحول إلى القطاع الخاص في عقد الترخيص التجاري بنظر د. مهند الجيوري، النظام القانوني للتحويل إلى القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢١٢.

ومؤدى ذلك أن التساؤل المطروح يكمن حول أثر تلك العقود التي سبق أن أبرمتها الشركات العامة مع القطاع الخاص، فضلاً عن بيان مدى إمكانية انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد إلى الشركة الناجمة عن التحول بعد خصخصة الملكية بوصفها الخلف العام للشركة، وبهذا الصدد، يجب أن نميز بين فرضيتين: أولاًهما تتعلق بكون الشركة هي المرخص في عقد الترخيص، أما الثانية فتتعلق بكون الشركة العامة هي المرخص لها في هذه العقود.

ففي الفرضية الأولى، يجب على الشركة بوصفها الجهة المانحة للترخيص، أن تمكن المرخص له من الانتفاع بعقد الترخيص، بتمكينه من استعمال حقوق الملكية الصناعية، أو عن طريق توريد المواد الأولية والحاجات اللازمة لتصنيع المنتجات، أو الالتزام بنقل المعرفة الفنية للمرخص له في مجال التصنيع والتسويق^(١)، وبموجب العقد تنتقل الآثار المترتبة على عقد الترخيص من شركة المساهمة إلى الشركة الناجمة عن التحول بوصفها خلفاً عاماً لها، فتحل هذه الأخيرة محل شركة المساهمة في كل الحقوق والالتزامات الناشئة عن الترخيص التجاري.

وقد طبقت هذه العقود في كل من فرنسا ومصر والعراق بوصفها العمل الذي يخول القدرة على فعل شيء معين، وهذا المعنى هو ما أخذ به القانون الفرنسي وتبعه المصري^(٢)، في حين استعملت لفظة الإجازة في العراق في القواعد القانونية المتعلقة بهذا الشأن بمعنى الترخيص^(٣)، لذا توجد حالات عديدة في القانون الفرنسي يجوز فيها إسناد إدارة الشركات إلى القطاع الخاص بواسطة أسلوب الترخيص، ومن هذه الحالات نقل النفط عن طريق خط الأنابيب، وتوزيع الكهرباء وبعض قطاعات الخدمات في شركة طيران Air France، ولعل من أحدث تطبيقات نظام التراخيص في القانون الفرنسي التطبيقات الخاصة بحالات إنشاء شبكات التليفزيون الكابل Cables ، مثل Research Cables والاتصالات والإذاعة المسموعة والمرئية.

وفيما يتعلق بإنشاء شركات التليفزيون الكابل فإن المادة ٣٤ من القانون رقم ١٦٠٧ لسنة ١٩٨٦ تنص على أن المحليات تنشئ الشبكات أو تصرح بإقامتها، غير أن المحليات ليس لها الحق في استغلال الشبكات بنفسها، إنما تقتصر فقط على ترشيح مستغل للمجلس الأعلى للإذاعة المسموعة والمرئية الذي يصدر ترخيصها بالاستغلال^(٤).

(١) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، المرجع السابق، ص ١٢٥.
(٢) د. محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والأخطار في القانون المصري، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٧، ص ٤٢٦.
(٣) عبد الأمير علي موسى، النظام القانوني للتخصيص أو الإجازة في التشريع العراقي، رسالة ماجستير في كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨١، ص ١٠٦.
(٤)

Truchet: Nature et régime Juridique. L'exploitation des réseaux cablés, Revue Française de Droit Administratif (R.F.D.A). 5-6 octobre, 1996, P.981.

المشار إليه لدى د. محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، المرجع السابق، ص ٢٣.

ووفقاً لقانون ١٧ يناير (كانون الثاني) ١٩٨٩ فإن إنشاء الإذاعة المسموعة المرئية الخاصة يخضع لنظام التراخيص، وذلك يرجع إلى أسباب فنية، بحيث يوائم المشرع بين ممارسة حرية الاتصالات والمقتضيات الفنية التي تتفق مع وسائل الاتصالات المسموعة والمرئية.

ويشترط القانون توقيع اتفاق بين المجلس الأعلى بصفته ممثلاً عن الدولة وطالب الترخيص (القطاع الخاص) من المستثمرين، ولاتزيد مدة الترخيص على عشر سنوات بالنسبة لمرفق التلفزيون، وخمس سنوات بالنسبة لمشروعات الراديو، ويكون للمجلس الأعلى للإذاعة المسموعة والمرئية أن يوقع جزاءات في حالة إخلال المرخص له بشروط العقد^(١).

أما فيما يتعلق بالاتصالات السلكية واللاسلكية، فوفقاً للقانون رقم ٢٦ يوليو ١٩٩٦، فإن إنشاء استغلال الشبكات المفتوحة للجمهور يخضع لترخيص يصدر من الوزير المختص وبعد أن تفحص "سلطة تنظيم الاتصالات ملف الطلب، يمنح الترخيص لمدة خمسة عشر عاماً، ويعهد القانون إلى سلطة تنظيم الاتصالات، بالرقابة على التزامات المرخص له المفروضة عليه وتوقيع جزاءات في حالة إخلاله بتلك الالتزامات.

وفيما يتعلق بموقف المشرع المصري فتطبيقات نظام الترخيص في القانون المصري، بموجب المادة الأولى من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨، فقد حولت الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة مصرية، كما نص القانون المذكور^(٢) على نشوء جهاز لتنظيم مشروعات الاتصالات السلكية واللاسلكية تؤول إليه الاختصاصات المعدة للهيئة القومية، ويتولى كذلك مهمة الإشراف ووضع الخطط والبرامج اللازمة ومتابعة تنفيذها واعتماد أسعار الخدمات المقدمة للجمهور^(٣)، وإصدار التراخيص للشركات للعمل في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية ومتابعة أداء هذه الشركات والتنسيق بينها، ويصدر بتنظيم الجهاز وكيفية مباشرة اختصاصه قرار من رئيس الجمهورية^(٤).

وقد أنطت أول ترخيص إلى الشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول، وذلك بموجب المادة (٢) من قانون ١٨ أبريل ١٩٩٨، وذلك لإنشاء خدمات اتصالات بنظام (جي. إس. أم ٩٠٠) وتشغيلها في مصر وكانت المدة الممنوحة هي خمسة عشر عاماً، قابلة للتجديد لمدد متتالية كل منها خمس سنوات، ولا يجوز للمرخص له التنازل عن الحقوق والواجبات والمصروفات والالتزامات والامتيازات الممنوحة له

(١) ينظر في هذا الخصوص د. محمد محمد عبد اللطيف، حرية الإذاعة المسموعة والمرئية، بحث مقدم لمؤتمر الإعلام والقانون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مارس ١٩٩٩.

(٢) المادة ١٢ من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ المصري.

(٣) المادة ١١ من القانون نفسه.

(٤) واستناداً إلى أحكام القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ صدر القرار الجمهوري رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٨ في ١٤ أبريل (نيسان) ١٩٩٨ بإنشاء جهاز تنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية ونصت المادة الأولى من هذا القرار على أن ينشأ جهاز لتنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية يتبع وزير النقل والمواصلات.

بهذا الترخيص إلى شخص آخر دون موافقة كتابية مسبقة من المرخص^(١)، كما يجب على المرخص له، المحافظة على سرية الاتصالات والمعلومات التي يحصل عليها خلال تقديم خدمات الاتصالات ما لم تكن مطلوبة^(٢).

أما فيما يتعلق بالمشروع العراقي، فقد أصدر الأمر رقم ١١ الصادر عن السلطة الانتقالية المؤقتة بشأن ترخيص خدمات ومعدات الاتصالات السلكية واللاسلكية الجزء الثاني المادة (١) التي تنص على أن تتولى وزارة النقل والمواصلات (الوزارة) مسؤولية ترخيص جميع خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية التجارية في العراق، ولا يجوز تركيب أو تشغيل معدات الاتصالات السلكية واللاسلكية التجارية في العراق بدون إذن مسبق مكتوب من الوزارة، إذ تعرض للمصادرة دون تعويض أي من تلك المعدات التي تستخدم لهذه الأغراض التجارية دون الحصول على ترخيص مسبق.

وقد منحت التراخيص للعديد من الشركات^(٣)، وكانت مدتها سنتين، وانتهت بنهاية عام ٢٠٠٥، وستعرض بعدها لمناقصة جديدة، وأن الهيئة العامة الوطنية للاتصالات والإعلام هي الجهة المكلفة بضبط تنفيذ شروط التراخيص، علماً بأن القوانين المعمول بها في هذا النطاق لم تحدد شروط قبول طلبات الحصول عليها، وسيكون للبنك الدولي وبعض الشركات الاستثمارية دور في هذه العملية^(٤)، ولعل من أحدث التطبيقات شركة كورك تيليكوم وأسياسيل وزين حتى الآن.

ومما سبق يتضح لنا أن التشريع العراقي يختلف عن التشريعين الفرنسي والمصري، من حيث مدة الترخيص، ففي النظام الفرنسي مدته خمسة عشر عاماً، ولم يحدد المشروع قابليته للتجديد، في حين يذهب مثيله المشروع المصري إلى إقرار المدة نفسها، وهي خمسة عشر عاماً، ولكنها قابلة للتجديد لمدد متتالية، كل منها خمس سنوات، ونحن من جانبنا نرى أن مدة السنتين لنظام الترخيص المعمول به في العراق مدة غير كافية لغرض ممارسة المرخص له عمله بكفاءة، هذا من جانب، كما أن الجهة المراقبة، وهي الهيئة الوطنية للاتصالات ستكون غير قادرة على معرفة كفاءة المرخص له من عدمها، سبب قصر المدة من جانب آخر؛ لذا ندعو المشروع إلى تعديل هذه المدة تماشيًا مع مستجدات العصر ومواكبة قوانين الدول المتقدمة، ومنها القانون الفرنسي الذي يعد رائدًا في هذا المجال، ومن اللازم أيضاً وضع ضوابط محددة لشروط منح الترخيص.

(١) عملاً بالمادة ١٩ من القانون رقم ١٨ أبريل لسنة ١٩٩٨.

(٢) طبقاً للمادة ٢٦ من القانون نفسه.

(٣) أمثلة لتلك الشركات: شركة أسياسيل، وهي شركة عراقية، وشركة أوراتسكوم، وهي شركة مصرية في المنطقة الوسطى، وشركة الأثير الكويتية في المنطقة الجنوبية، وقد فازت تلك الشركات بالمنافسة للحصول على إجازات الهواتف النقالة كل حسب منطقته المخصص لها.

(٤) عبد الأمير علي موسى، المرجع السابق، ص ١٠٧.

ومن الجدير بالذكر أن النجاح الذي حققه نظام منح التراخيص في مجالات الاتصالات اللاسلكية قد يغري الحكومة العراقية باستخدامه في مجالات أخرى، مثل نقل النقط عن طريق خطوط الأنابيب أو توزيع الكهرباء أو في مجال النقل، ولا سيما أن دولاً كثيرة سبقتنا في هذا المجال مثل فرنسا.

أما عن الفرض الثاني الذي تكون فيه الشركة العامة المرخص له، فيصعب فيه تصور انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الترخيص من الشركة العامة إلى الشركة الناجمة عن التحول؛ ذلك لأن شخصية المرخص له تكون محل اعتبار في عقد الترخيص^(١)، ومن ثم فإن حقوق والتزامات المرخص له في عقد الترخيص لا تنتقل إلى خلفه العام بوصف ذلك 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، إذا يلتزم المرخص له في عقد الترخيص بالمحافظة على سرية المعلومات التي يطلع عليها بمقتضى عقد الترخيص، ويكون حق الاستغلال مقصوراً على المرخص له فقط، بحيث يحظر على المرخص له التصرف في الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الترخيص بدون موافقة المرخص الذي يكون من حقه فقط حرية اختيار المرخص لهم^(٢).

ومن منظور ما تقدم، يعد انقضاء الشركة المرخص لها، بموجب عقد الترخيص جراء عملية التحول سبباً لانتهاء هذا العقد لما يؤدي إليه هذا الانقضاء من انهيار للاعتبار الشخصي في عقد الترخيص التجاري^(٣)، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، إذ قد يجيز المرخص له أن يتنازل بمقابل أو دون مقابل عن الحقوق المترتبة على عقد الترخيص.

وقد أشارت إلى هذا الاعتبار الشخصي لعقد الترخيص التجاري المادة (٥) الفقرة (١) من قانون الالتزامات الخاصة بعقد الترخيص التجاري الأوروبي الذي أقره الاتحاد الفرنسي للترخيص التجاري في ١٩٨٠/٢/٢٩، فقد جاء فيها أنه "لما منح الترخيص بعد الاختبار والتحري ألا يوافق على منح الترخيص إلا لطالبيه الذين اتضح بعد فحص طلباتهم أنهم يتمتعون بالصفات الشخصية والكفاءات والوسائل الضرورية التي يرجع معها فرصة نجاح عقد الترخيص التجاري، ومن حق مانح الترخيص في حالات الضرورة أن يطلب من مقدم طلب الترخيص استكمال المعلومات المرضية الخاصة والضرورية، للوقوف على مدى نجاح العقد"^(٤).

بعد أن بينا خصخصة الملكية وخصخصة الإدارة وآلياتها والتميز بينهما، ننتقل في القسم الثاني إلى بيان آثار تحول الشركات ومظاهره.

(١) د. سميحة القلوبوي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦، ص ٣٤٠. وكذلك زينة غانم عبد الجبار الصفاء، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٢) د. فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، المرجع السابق، ص ١٦٥ - ١٦٦؛ كذلك د. محمد محسن نجار، عقد الامتياز التجاري، المرجع السابق، ص ٣٣٧، وعبد الأمير، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٣) د. فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٤) نقلاً عن د. فايز نعيم رضوان، عقد الترخيص التجاري، المرجع السابق، ص ٨٦ وما بعدها.