



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

عقد مشارکت عامه و خصوصی (تعهدات مرافق عامه)

Public private partnership (PPP)

نویسنده: دکتر محمد ظریف علم (ستا نکزی)

نحمده ونستعینه ونستغفره، ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله:

در جوامع بشری عقود از دیر زمانی نسبت ضرورت انسانها وجود داشته، که به کثرت از جانب انسانها منعقد میگردد، اگر در زندگی روزمره خویش عقود را که انعقاد مینمایم برشماریم چندین عقد را هر انسان روزانه برای نیازمندیهای خویش انعقاد مینماید. روی ضرورت بشری عقود در رشته حقوقی به مرور زمان در ادوار زندگی بشری رشد نموده و عقود متعدد ایجاد گردیده است، یکی از جمله عقود که ما در صدد بحث آن استیم عقد مشارکت عامه و خصوصی که به اصطلاح حقوقی و فقهی تحت عنوان تعهدات مرافق عامه در مصطلحات حقوقی افغانستان شناخته میشود.

لزوم تکالیف دولت ها در رفاه زندگی بشری خدمات عامه میباشد، دولت در برخی موارد از سکتور خصوصی منحیث اشخاص حقیقی یا حکمی برای رفاه عامه استمداد میجوید تا در عرصه مشارکت، عقود را با دولت منعقد و متعهد نمایند، سکتور خصوصی به نیابت دولت خدمات عامه را انجام میدهد، در مورد سکتور خصوصی از یک سو برای خویش سود میجویند و از سوی دیگر خدمات عامه بطور با کیفیت توسط شروط عقد منعقد شده باید تداوم یابد، بنابراین عقد مشارکت عامه و خصوصی از دیر زمانی تحت عنوان تعهدات مرافق عامه در سیستم حقوقی افغانستان مجاز بوده که در ضمن احکام مشخص آن میتوان به قانون مدنی مصوب سال ۱۳۵۵ هـ ش اشاره نمود که در لابلای بحث به مواد آن اشاره خواهد شد.

عقد مشارکت عامه و خصوصی چنانچه از نامش معلوم میگردد یک عقد مشارکت دولت با افراد حقیقی یا حکمی خصوصی غرض خدمات عامه میباشد در اینوع عقد شخص متعهد میگردد تا خدمات عامه را که دولت به او بالاین عقد معین واگذار نموده است انجام میدهد و در مقابل آن نفع خویش را کسب مینماید.

قانون مشارکت عامه و خصوصی در سال ۱۳۹۵ هـ ش بطور قانون خاص نافذ گردید، در زمان تسوید و تصویب قانون متذکره دیدگاه بر این بود که این یک عقد جدید شرکت عامه و خصوصی در افغانستان میباشد، که از تجارب کشورهای اروپائی و غربی جدیداً در افغانستان بوجود آمده است، در حالیکه چنین نبوده عقد مشارکت عامه و خصوصی از دیر زمانی در افغانستان از نظر مصطلح عقد حقوقی که قبلاً ذکر از آن نمودیم وجود داشته تحت عنوان عقد (تعهدات مرافق عامه) در قانون مدنی افغانستان احکام خاص خویش را داشت و تحت عنوان عقود معینه توصیف گردیده بود، خیال و تفکر هر آن چیز که گویا بطور نوساز و نسبت آن به دو دهه اخیر بعد از سال ۱۳۸۱ هـ ش بر میگردد جهل نسبت به عدم فهم و درک سیستم حقوقی افغانستان بوده، در حالیکه سیستم حقوقی افغانستان یکی از جمله غنی ترین سیستم های حقوقی کشورهای منطقه میباشد. از زمان تدوین قوانین موضوعه که از قواعد و احکام فقه اسلامی منبع گرفته است و برای اولین بار بعد از استقلال افغانستان در سال ۱۳۰۲ هـ ش با انفاذ اولین قانون اساسی (نظامنامه دولت علیه شاهی افغانستان) در زمان شاه امان الله خان و به تداوم آن انفاذ (۴۹) نظامنامه در عرصه های مختلف حقوق عامه و خصوصی یکی پی دیگری که در آن زمان تنفیذ گردیده بود، اساس و تهداب قوانین موضوعه را با پیروی از احکام شریعت اسلامی در افغانستان تا به حال دوام داده است، در سال ۱۳۵۵ هـ ش در زمان زمامداری جمهوریت سردار محمد داوود خان برخی قوانین با پیروی از قوانین کشورهای عربی (مصر، عراق و سوریه) از جانب حقوقدانان متبحر افغانی آن عصر قانون مدنی و قانون جزاء افغانستان نافذ گردید، در قانون مدنی که در چهار جلد منحیث یک کود در رشته حقوق مدنی نافذ گردیده که تا به حال نافذ میباشد، عقد تعهدات مرافق عامه را که فعلاً بنام عقد مشارکت عامه و خصوصی یاد میگردد در جلد (۳) آن تصریحات خویش را دارد. بنام در این

بحث خویش می‌خواهم تا عقد مشارکت عامه و خصوصی (تعهدات مرافق عامه) را از نظر حقوقی آن با در نظر داشت قوانین نافذۀ افغانستان معرفی نموده و در این بحث خویش عناوین ذیل را دنبال خواهیم نمود.

۱. عمومیات (تعریف، سیر تاریخی عقد)؛
۲. تأسیل عقد مشارکت عامه و خصوصی در احکام فقه اسلامی؛
۳. خصوصیات عقد مشارکت عامه و خصوصی؛
۴. شروط عقد مشارکت عامه و خصوصی؛
۵. شرایط متن قرار داد مشارکت عامه و خصوصی.

مبحث اول

عمومیات

در این مبحث لازم الذکر است تا عقد مشارکت عامه و خصوصی براساس حکم قانون سابق (قانون مدنی) و قانون لاحق (قانون مشارکت عامه و خصوصی) تعریف نمایم و همچنان سابقه تاریخی عقد مشارکت عامه و خصوصی (PPP) در جهان و افغانستان بحث نمایم:

مطلب اول: تعریف عقد مشارکت عامه و خصوصی:

عقد مشارکت عامه و خصوصی مصطلح جدید است که بعد از سال ۱۳۹۵ هـ ش در سیستم حقوقی افغانستان از اصطلاح انگلیسی ترجمه گردیده که در اصطلاح انگلیسی به Public private partnership یاد می‌گردد که مخفف آن (PPP) میباشد در حالیکه قبلاً ذکر نمودیم قانون مدنی افغانستان این عقد را بنام عقد تعهدات مرافق عامه از قبل یاد

نموده بود که همان مفهوم عقد مشارکت عامه و خصوصی میباشد، مصطلح تعهدات مرافق عامه از نظر دستور زبان لفظ ترکیبی اضافی (تعهدات - مرافق - عامه) میباشد که قرار ذیل بطور انفرادی توضیح میگردد:

۱. **تعهدات:** جمع تعهد بود و در لغت به معنای بیان بستن، به ذمه گرفتن و ضمانت کردن استعمال میگردد.
۲. **مرافق:** جمع مرفق است به معنای متکا استعمال میگردد. حقیقت لفظ مرفق در عربی آرنج عضو انسان را میگوید و بدین جهت در دستور زبان و مصطلحات حقوقی به متکا (تکیه گاه) استعمال میگردد که انسان متکا خویش آرنج را قرار میدهد و بالای آن تکیه مینماید.
۳. **عامه:** در لغت به معنای همگان و همه استعمال میگردد. و در خصوص بحث ما به معنای موارد خدمات عامه استعمال میگردد.

بعد از معنای لغوی هرکدام از اصطلاحات فوق در جمع اضافی (تعهدات مرافق عامه) معنای همان مشارکت عامه و خصوصی را میرساند که اشخاص خصوصی تعهد مسپارند تا خدمات عامه را بالوسيله یک عقد با دولت که نمایندگی عامه مردم را میکند منعقد نمایند. از نظر اصطلاحی عقد مشارکت عامه و خصوصی (تعهدات مرافق عامه) طبق قانون مدنی و قانون مشارکت عامه و خصوصی قرار ذیل تعریف میگردد:

أ) تعریف تعهدات مرافق عامه: قانون مدنی تعهدات مرافق عامه را چنین تعریف نموده است:

تعهدات مرافق عامه: عبارت از عقديست که غرض از آن اداره مرافق عامه دارای صفت انتفاعی بوده، بین حکومت و فرد یا حکومت و شرکت عقد میگردد و بموجب آن استفاده از مرافق عامه برای مدت معین به اختیار متعهد گذاشته میشود.

ب) تعریف مشارکت عامه و خصوصی:

شراکت میان یک یا چند اداره و یک یا چند جانب خصوصی جهت احداث یا توسعه زیربناها، تسهیلات و عرضه خدمات عامه که در آن حقوق و وجایب، خطرات، نفع و ضرر میان جوانب طور متناسب تقسیم گردیده و شرایط آن در قرارداد مشارکت تعیین میگردد.

تعریف متذکره دارای اشتباه لفظی بوده از تعریف نمیتوان مفهوم مصطلح مشارکت عامه و خصوصی را برداشت نمود، در تعریف مشارکت میان یک یا چند اداره را تذکر داده و بعد میان یک یا چند جانب خصوصی را تذکر داده است که از نظر لفظی تعریف نتوانسته هدف مشارکت عامه و خصوصی را تمثیل نماید و اگر تعریف چنین اصلاح گردد بهتر است:

(شراکت یک و یا چند اداره حکومتی با یک یا چند جانب خصوصی جهت احداث) در ترکیب جمله بندی ابتدائی معانی حروف که یک اصل در تقنین است رعایت نگردیده عوض حرف (یا) که برای مانع الجمع استعمال میگردد حرف (با) که برای الصاق و پیوست استعمال میگردد در جمله با یک یا چند جانب خصوصی استعمال مینمود مفهوم حقوقی مشارکت عامه و خصوصی از آن استنباط میگردد در حالیکه تعریف فعلی مشارکت را بین ادارات دولتی جدا و بین افراد خصوصی را جدا با حرف (یا) ذکر نموده است که با مفهوم عقد مشارکت عامه و خصوصی سازگار نبوده، اگر به تعریف قانون مدنی نظر گردد بطور جامع و مانع طبق قواعد منطقی از نظر ادبیات زبان تقنین، درست تعریف گردیده که میتوان طبق قواعد منطقی یک تعریف جامع آنرا توصیف نمود.

مشکل اساسی در قوانین فعلی ترجمه قوانین از لسان انگلیسی است، مترجم نمیتواند دستور زبان دری و پشتو را با دستور و قواعد زبان انگلیسی سازش بدهد، در حالیکه قوانین سابق از زبان عربی ترجمه میگردد و دستور قواعد

زبان عربی با دستور زبان دری و پشتو بیشتر سازگاری دارد و یا ترجمه به دقت حقوقی در آنزمان صورت می‌گرفت مترجم بر علاوه فن ترجمه، قواعد دستور زبان دری و پشتو، قواعد حقوقی و قواعد علم منطق را نیز میدانست که در تقنین فهم و درک خصوصیات متذکره حتمی و لازمی میباشد.

مطلب دوم: سابقه عقد مشارکت عامه و خصوصی:

عقد مشارکت عامه و خصوصی و یا عقد تعهدات مرافق عامه، از جمله عقود معاصر طبق قواعد عمومی عقد بوجود آمده سابقه دیرینه مانند عقد بیع و سایر عقود ندارد از اینرو سابقه آن در جهان و افغانستان قرار ذیل اشاره می‌گردد:

۱- سابقه عقد مشارکت عامه و خصوصی در جهان:

در جهان با بوجود آمدن صنعت و استخراج کثرت معادن عقد مشارکت عامه و خصوصی بوجود آمده است، و یا به پیشرفت روز افزون تکنالوجی که ضرورت انسانها به آن وابسته است عقد مشارکت عامه و خصوصی را بوجود آورده است، دولت ها بخاطر که در رفاهی عامه و رشد بنیه اقتصادی فرد و اجتماع عقود مشارکت را در خدمات عامه به سکتور خصوصی توسط یک عقد واگذار نموده است.

در کشور های عربی این عقد زمانی بوجود آمد که دولت ها منحصیث مالکین عامه به شرکت های بزرگ نفتی عقد تعهد مرافق عامه را غرض استخراج نفت منعقد نمودند که از این رهگذر شرکت ها و دولت هردو نفع را کسب مینمودند که به مرور زمان در سایر عرصه ها نیز این عقد بنام تعهدات مرافق عامه در قوانین انعکاس نموده و فعلا یکی از عقود مهم اقتصادی تجارتي در جهان محسوب میگردد.

۲- سابقه عقد مشارکت عامه و خصوصی در افغانستان:

در افغانستان از دیر زمانی این عقد وجود داشته که از دو منبع مهم حقوقی ذیل سرچشمه میگیرد:

أ) عرف: اگر به عرف افغانستان نظر گردد قبل از اینکه عقد مشارکت عامه و خصوصی (تعهدات مرافق عامه) در قوانین افغانستان انعکاس یابد براساس عرف جاریه در افغانستان چنین عقد موجود بود، مثال بارز آن پل است که در جواز وزارت مالیه و مقابل ارگ ریاست جمهوری فعلی موقعیت دارد تا به حال بنام همان عقد مشارکت عامه و خصوصی (تعهد مرافق عامه) مشهور میباشد بنام پل (یک پیسگی) که حالا هم منحیث آدرس مشخص به همان نام قدیم خویش که تغیر فزیکتی نموده مشهور است، برخی روایات وجود دارد که این پل بالای دریای کابل در آنزمان افزاز گردیده بود که غرض خدمات عامه عبور اشخاص از دریای کابل را مساعد میساخت و در مقابل هر بار عبور یک پیسه پول رایج الوقت را از عابر اخذ مینمود در حالیکه افزاز پل ها و پل چک از جمله وظایف عامه دولت محسوب میگردد لیکن دولت در آنوقت توسط قرار داد این وظیفه را به شخص خصوصی واگذار نموده بود، بنابراین در عرف افغانستان خصوصاً در پایتخت شهر کابل چنین عقد وجود داشت.

ب) تقنین: قانون افغانستان بر مبنای عرف جامعه و پیروی از قوانین کشورهای عربی مانند مصر، عراق و سوریه در سال ۱۳۵۵ هـ ش با انفاذ قانون مدنی افغانستان عقد مشارکت عامه و خصوصی تحت عنوان (تعهدات مرافق عامه) که در جلد (۳) باب سوم، فصل اول، قسمت سوم در ضمن چندین ماده تصریح شده است که قرار ذیل مواد متذکره ذکر میگردد رسمیت داده شده بود::

ماده (۱۵۲۵):

تعهدات مرافق عامه، عقدیست که غرض از آن اداره مرافق عامه دارای صفت انتفاعی بوده، بین حکومت و فرد یا حکومت و شرکت عقد میگردد و بموجب آن استفاده از مرافق عامه برای مدت معین به اختیار متعهد گذاشته میشود.

ماده (۱۵۲۶):

متعهد مرافق عامه بموجب عقدیکه بامعامله داران می بندد، تعهد میکند تا برای طرف مقابل خدمات لازمه را طور معمول بمقابل اجرتیکه مطابق شروط مصرحه عقد و شروطیکه طبیعت کار و احکام قوانین مربوط ایجاب میدارد، انجام میدهد.

ماده: ۱۵۲۷:

(۱) متعهد مرافق عامه، مکلف است مساوات تام را در مورد تادیه اجرت و انجام خدمات بین معامله داران خود تأمین نمایند. در مورد عقودیکه متعهد بامعامله داران عقد می نماید، نرخیکه از طرف حکومت تعیین می گردد واجب الرعایت بوده و متعاقدین مخالف آن موافقه کرده نمی توانند، اگر حکومت تعدیل این نرخ را لازم دانسته و منظور نماید، نرخ جدید از تاریخ منظوری تعدیل بدون تأثیر بمقابل مرعی الاجراء می باشد.

(۲) معامله داریکه زیادت از نرخ معینه تادیه نموده باشد، میتواند استرداد آنرا مطالبه نماید. اگر متعهد کمتر از نرخ معینه اخذ نموده باشد، می تواند تکمیل آنرا مطالبه نماید. و هر نوع موافقه دیگر بخلاف این حکم باطل شناخته میشود.

مبحث دوم

مشروعیت عقد مشارکت عامه و خصوصی در احکام فقه اسلامی

فقه اسلامی نسبت به جامعیت و کلیت که در احکام خویش دارد در همه ادوار تاریخ بشریت بعد از نزول آن قابلیت تطبیق را دارد، عقد مشارکت عامه و خصوصی نیز از جمله عقود است که با اصول شریعت اسلامی در تضاد نبوده و همچنان فقهای اسلامی برای عقد مشروع قواعد عمومی را که وضع نموده است در مطابقت به آنها چنین عقد مشروع میباشد. عقد مشارکت عامه و خصوصی در عقود مشارکه توثیق در فقه اسلامی مورد بحث قرار میگیرد در صورتیکه در عقود مشارکت شروط ذیل تحقق یابد عقد صحیح است که شروط متذکره از نظر فقهی عبارت اند از:

۱. عقد قابلیت وکالت را داشته باشد: در صورت که عقد مشارکت عامه و خصوصی قابلیت نیابت وکالت را داشته باشد مشروع است، زیرا در احکام عقد شرکت ثبوت اشتراک در فایده تجارت آنست و در عقد متذکره شخص متصرف وکیل شخص غایب و حکومت محسوب میگردد.
۲. فایده و نفع در عقد تعهدات مرافق عامه باید معلوم باشد.
۳. سایر شروط عمومی عقد که بنا بر خصوصیت خویش آنرا تقاضاء مینماید.

مبحث سوم

خصوصیت عقد مشارکت عامه و خصوصی

عقد مشارکت عامه و خصوصی از نظر سیستم حقوقی افغانستان یک عقد تجارتي محسوب ميگردد و احكام قوانين تجارتي بالاي آن رعايت و تطبيق ميگردد، اگرچه طبق حكم ماده (۱۱) اصولنامه تجارتي افغانستان دولت صفت تجارتي را كسب نموده نميتواند ليكن ميتواند معاملات تجارتي را انجام دهد. منابع عقود تجارتي در ماده دوم اصولنامه تجارتي در قدم نخست قرارداد تجارتي معرفي گرديده است به تعقيب قوانين تجارتي متعاقب عرف تجارتي و در اخير ساير احكام قوانين معرفي گرديده است، بنا برين قانون مشاركت عامه و خصوصي نيز قانون تجارتي در عرصه خویش محسوب ميگردد كه بيشتر تشكيلات اين عقد را معرفي ميدارد و قرارداد عقد مشاركت عامه و خصوصي توسط خصوصيات هر عقد در متن قرار داد بايد مد نظر گرفته شود زيرا قانون نميتواند انواع مختلف قرار داد ها را نسبت به خصوصيات آن در متن خویش تسجيل نمايد قانون احكام عمومي را معرفي ميدارد و احكام خصوصي در عقد مشاركت عامه و خصوصي در متن قرارداد قانوني آن مد نظر گرفته ميشود.

در قرارداد مشارکت عامه و خصوصی از نظر حقوقی عناصر ذیل حتمی و الزامی است که باید درج قرارداد گردد:

۱. **ايجاب:** پيشنهاد است كه از جانب شخص حقيقي و يا حكومي (شركت ها) به مرجع سكتور عامه تقديم ميگردد و بايد طی مراحل اداري آن درج قرار داد گردد؛
۲. **قبول:** مرجع منظور كننده سكتور عامه بايد قرار داد را منظور نموده باشد كه قبول در عقد تلقی گردد؛
۳. **موضوع عقد:** عقد مشاركت به يك هدف مشخص منعقد ميگردد بايد موضوع عقد در قرارداد بطور واضح بدون اغماض درج باشد؛

۴. **سبب عقد:** در عقد مشارکت باید ذکر گردد که سبب عقد باید معتبر، مشروع بوده و مغایر نظم و آداب عامه

نباشد؛ در ضمن عناصر اساسی فوق طرفین قرار داد مکلف اند موارد فرعی ذیل را نیز مد نظر بگیرند:

(۱) عنوان یا نام، تخلص و محل سکونت طرفین عقد؛

(۲) تعهد طرفین در اجرای قرار داد؛

(۳) کمیت، کیفیت و یا قیمت خدمت؛

(۴) میعاد، محل و نحوه اجرای خدمت؛

(۵) مؤیده در مقابل نقض قرار داد؛

(۶) طرق حل منازعه (میانجگری، حکمیت، مراجعه به محکمه) مشخص گردد؛

(۷) ذکر حالات غیر مترقبه که تأخیر را در تطبیق عقد ممکن بوجود آورد؛ ۸- سایر موارد که خصوصیت هر عقد

مشارکت عامه و خصوصی تقاضای آنرا مینماید. در عقد مشارکت عامه و خصوصی بر علاوه موارد فوق شرایط

ذیل نیز حتمی میباشد:

۱- یک طرف عقد باید دولت افغانستان باشد، طرف مقابل میتواند اشخاص حقیقی انفرادی باشد و یا هم شرکت

های تجارتي خصوصی؛

۲- شخص متعهد دارای صفت انتفاعی در مقابل خدمت باشد؛

۳- دولت خصوصیت نظارتي را بالای تعهدات عقد داشته باشد؛

۴- در صورتیکه دولت در مقابل عقد مشارکت عوض مالی بدست آورد در اینصورت عقد مشارکت عامه و

خصوصی نوع اجاره محسوب میگردد؛

۵- نرخ در مقابل خدمت باید از جانب دولت به توافق جانب مقابل با رعایت عدالت اجتماعی تعیین گردیده باشد؛

۶- در ختم قرار داد در صورتیکه تأسیسات پروژوی موجود باشد باید بطور کامل به دولت تسلیم گردد، مگر اینکه در متن قرار داد طوری دیگری تصریح شده باشد.

نویسنده: دکتور محمد ظریف علم (ستانکزی)
کابل افغانستان ۲۳/۵/۱۳۹۹ هـ ش

منابع:

- ۱- وزارت عدلیه، سال ۱۳۳۶ هـ ش **اصولنامه تجارت**.
- ۲- وزارت عدلیه، جریده رسمی (۳۵۳) سال ۱۳۵۵ هـ ش، **قانون مدنی افغانستان**
- ۳- وزارت عدلیه، جریده رسمی (۱۱۵۰) سال ۱۳۹۳ هـ ش، **قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال**.
- ۴- وزارت عدلیه، جریده رسمی (۱۳۲۲) سال ۱۳۹۷ هـ ش، **قانون مشارکت عامه و خصوصی**.
- ۵- المعجم الوسیط.
- ۶- فرهنگ عمید.