

جامعة الجزائر 1-بن يوسف بن خدة

كلية الحقوق

# عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه علوم  
التخصص: القانون الخاص

إشراف الأستاذ :  
ا.د لمطاعي نور الدين

إعداد الطالبة :  
خوجة حسينة

## لجنة المناقشة:

- ا.د عجة الجيلالي ..... رئيسا  
ا.د لمطاعي نور الدين ..... مشرفا  
د. بورايو محمد ..... عضو  
د. عيادي فريدة ..... عضو  
د. رابحي تبوب فاطمة الزهراء ..... عضو  
د. بن رقية بن يوسف ..... عضو

السنة الجامعية: 2017-2018

## كلمة شكر و تقدير

اشكر الله سبحانه و تعالى على فضله ان مكنتني و يسر لي انجاز هذا العمل المتواضع و انهاءه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى كل من ساعدني في انجاز هذه الاطروحة سواء من قريب او من بعيد.

الشكر موصول كذلك الى استاذي الفاضل الأستاذ الدكتور لمطاعي نور الدين لمساعدته لي في اثناء مدة انجاز هذا العمل و تحمله عناء الاشراف و المتابعة.

كما أتقدم بالشكر و التقدير الى الأساتذة الافاضل رئيس لجنة المناقشة و أعضاءها لتفضلهم قبول مناقشة الاطروحة.

شكرا جزيلا لكم جميعا

## اهداء

اهدي ثمرة هذا العمل الى روح ابي الطاهرة رحمه  
الله و اسكنه فسيح جناته.

الى امي الغالية

الى كل اخواتي و اخواتي او اولادهم، الى اختي  
العزيزة صبيحة

كما اهديه الى كل من ساعدني في إنجازهِ

## المقدمة

لقد بات واضحا في كل الدول ، و بعد انتهاج سياسات اقتصادية كبيرة و متنوعة أن النهوض بأعباء التنمية الشاملة في أي دولة لا يمكن أن يطلع به القطاع العام لوحده أي كانت وسائله البشرية و المادية ، بل ينبغي لضمان اطر ناجحة إفساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في بناء الحركة التنموية و يدفع بها إلى الأمام .

و ترسخ الاعتقاد في كل الدول أن السياسة التنموية الهادفة و الجادة هي التي تسعى الى الرفع من المستوى المحلي، و تهدف الى جعل الجماعة المحلية البنية الأساسية للتنمية و قطب إشعاعي و اقتصادي.

و قد تبت أن تحقيق معدل مرتفع من النمو الاقتصادي يتطلب اضطلاع القطاع الخاص بدور اكبر ، كما يتطلب شراكة أقوى بين الاستثمار العام و الاستثمار الخاص ، و لهذا حضي موضوع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص باهتمام كبير من قبل الحكومات في مختلف أنحاء العالم ، بعد أن اتضح بان عملية النمو الاقتصادي و الاجتماعي تعتمد على حشد و جمع كافة إمكانات المجتمع ، بما فيها من طاقات و موارد و خبرات كل من القطاع العام و الخاص ، لتشارك في تنظيمات مؤسسية تتولى إنشاء و تشغيل المشاريع بمختلف أنواعها ، بعد أن واجهت التنظيمات المؤسسية المنفصلة و المستقلة قطاعيا تحديات و صعوبات في تحقيق الأهداف التنموية بالمستويات الطموحة المستهدفة .

و عليه تسعى الحكومات التي تتبنى نظم الشراكة أن تساهم فيها كافة قطاعات المجتمع في توجيه إدارة و تشغيل المشاريع و تطويرها و تنميتها، فكلما زادت مشاريع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في بلد ما ارتفع معدل نمو الإنتاج المحلي الإجمالي، ذلك أن هذه المشاريع عادة ما تكون كبيرة و طويلة الأجل، كما أن الاستثمار الذي يتم بهذه الطريقة يجذب الى السوق أيضا مستثمرين آخرين من القطاع الخاص مما يعزز النمو الاقتصادي.

و لهذا تعتبر الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من أهم المواضيع التي عرفتھا التطورات الاقتصادية في العالم مؤخرا، حيث أصبحت في الآونة الأخيرة إحدى المفاهيم المتداولة بشكل كبير على مستوى الإسهامات القانونية، و أدبيات المؤسسات المالية، كصندوق النقد الدولي و البنك العالمي و الخطب الرسمية و الندوات العلمية.

و لم تأتي هذه الأهمية التي حضي بها موضوع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بمحض الصدفة ، بل أبرزتها عوامل عدة ، منها الأساليب القديمة في تسيير المرافق العامة التي أصبحت تعرف عجزا في التمويل ، الأمر الذي اثر سلبا في المردودية ، و من ثم اثر في مفهوم المصلحة العامة الذي أصبح يتناقض مع ثقافة المحاسبة و التقييم و التدقيق في المشاريع الاقتصادية الحكومية ، و عجز المرافق العامة على تلبية حاجيات المرتفقين الناتج عن محدودية الموارد المالية المحلية ، كذلك تقرير المذهب الليبرالي تحت ضغوط التكتلات الجهوية و تأثير العولمة و الشمولية ، كل هذا أدى الى إعادة النظر في دور القطاع الخاص و منه اكتسبت عقود الشراكة مع القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة أهميتها .

إلا أن هاته النوعية من العقود هي مسألة ليست جديدة، و الحاجة الى مشاريع الشراكة موجود منذ زمن ليس بقريب، و قد جاءت نتيجة لتطور عقود التزام المرفق العام ، فقد عرفت منذ القرن الثامن عشر عندما أقامت السلطة الملكية في فرنسا نوع من الشراكة مع القطاع الخاص لإقامة الأقبية المائية في فرنسا .

و في القرن التاسع عشر كان للشراكة دورا هاما في النمو الاقتصادي و الاجتماعي السريع الذي شهدته الولايات المتحدة الأمريكية، و معظم دول أوروبا الغربية مثل مشاريع الإنارة العامة في فرنسا.

أما في القرن العشرين فقد شهدت بداياته ومنتصفه تراجعاً كبيراً في استخدام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، و كان ذلك لعدة أسباب منها ان الصيغ التي كانت معتمدة في بدايات القرن العشرين لم تنجح في الموازنة بين الطرفين ، فأحيانا كان القطاع العام أقوى و أحيانا كان القطاع الخاص اقوي ، كما كان للحروب التي شهدتها أوروبا في القرن العشرين عاملاً هاماً لتراجع هذه المشاريع ، حيث انه بعد الحرب العالمية الأولى التي قادت الى مسائل الاعمار ، اكتشفت الدول الأوروبية انه من الأفضل زيادة دور القطاع العام في الاستثمار ، و تعزز ذلك الدور بعد الأزمة الاقتصادية التي عصفت العالم عام 1929 .

و في عام 1990 نشأت مرحلة حديثة من الشراكة ، حيث كان الهدف هو إقامة مشاريع كبيرة بأسرع ما يمكن لتحرير الميزانيات العامة ، و قد كانت المملكة المتحدة ( بريطانيا ) أول من أخذت بها تحتى مسمى مبادرة التمويل الخاصة PFI<sup>1</sup> ، و التي انطلقت في حكومة جون ماجور سنة 1992 ، و لكن التطبيق الفعلي في انجلترا لهذه العقود لم يبدأ الا في سنة 1995 ، و في سنة 1997 طور حزب العمال هذا النوع من العقود بشكل فوري خاصة في مجال الصحة ( إنشاء المستشفيات ) حالياً 10% الى 15% من مشاريع الاستثمار في بريطانيا يتم عن طريق عقود الشراكة .

و قد أخذت بهذا النوع من العقود فيما بعد جل الدول الأوروبية من بينها فرنسا، ثم اهتم الأمريكيون بهذا الموضوع و طورو فيه، و بعده اهتم العالم كله بهذه النوعية من العقود لانجاز أضخم المشاريع ، الأمر الذي أدى الى مجموعة من الاستثمارات التي وصلت ذروتها عام 1998 .

أما في الدول العربية فقد عرفت العديد من مشاريع الشراكة لا سيما في سنوات العشرة الأخيرة ، خصوصاً بعد عجز المرافق العامة في تلبية حاجات المرتفقين الناتج عن محدودية الموارد المالية المحلية ، البشرية و التكنولوجية لدى القطاع العام و عدم قدرة الحكومات على

---

<sup>1</sup> PFI privat finance initiative

تحقيق التنمية المستدامة بمفردها ، و ضغوط المنافسة المتزايدة و انخفاض معدلات النمو، و بالتالي انحصار مبدأ تدخل الدولة ، و بروز مبادئ اقتصاد السوق في عدد من البلدان و الدول العربية.

أما في بلادنا فقد شرعت الجزائر منذ عدة سنوات في إجراء إصلاحات و تحولات على مستوى قطاعاتنا المرفقية و الاقتصادية معا ، فبات من الضروري على التشريع الجزائري أن ينتهج مسعا يكون أكثر واقعية مع الوضع الاقتصادي الحالي ، عن طريق تطوير الهياكل القاعدية ، و تفعيل دور القطاع الخاص ، و تأهيل الموارد البشرية بهدف توفير جو ملائم لاستغلال الطاقات الإنتاجية ، و تحسين المستوى المعيشي .

و لعل المنهج المتبع حاليا يقضي بالشراكة مع القطاع الخاص من اجل التغطية في رؤوس الأموال و التخفيف من ثقل المديونية ، أي على الدولة التعامل أكثر مع القطاع الخاص عن طريق إبرام عقود الشراكة .

و لا يقتصر أمر ضمان نجاح الشراكة على التشريعات و الأنظمة ، و إنما لابد من خلق روابط ناجحة بين أطراف عقود الشراكة ، فكلاهما له أبعاد متعددة ذات جوانب إدارية اقتصادية و اجتماعية ، تلتقي في نقاط مشتركة مستندة الى مبادئ الشفافية و الإفصاح و المساءلة ، و الحقوق المتساوية لأصحاب المصلحة ، و تحديد المسؤوليات من اجل رفع كفاءة استخدام الموارد و تعزيز القدرة التنافسية ، و جذب مصادر التمويل و توسيع المشاريع لخلق فرص عمل جديدة ، و دعم الاستقرار الاقتصادي .

و لقد تم اختاري لهذا الموضوع لأهميته، حيث أن الحياة المدنية في العصر الحديث تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية، و هذا لاتصالها المباشر بخدمات عامة تقدم للمواطنين.

إلا أن المشاريع المتعلقة بالمرفق العام و الذي هو أساسا ملكا للدولة قد تعجز عنها ميزانيات الدول و خاصة الفقيرة، و لهذا كان الحل الامثل هو التوسع في المشاريع التي يقيمها القطاع الخاص عن طريق عقود الشراكة، و التي اعتبرها البعض النافذة لدخول الحياة العصرية بمتطلباتها، بل إنها بمثابة الخلاص للدول و الحكومات لتحقيق ما تتطلبه المرفق لسد حاجات المواطنين من سكنات و طرق دون ان ترهق ميزانية الدولة.

و قد أردت دراسة هاته النوعية من العقود كذلك بالنظر الى العديد من المزايا التي تحققها في مجال البنية الأساسية و المرافق العامة، حيث يتولى الشريك الخاص القيام بإنشاءات و إدارتها مقابل مبالغ مالية يمكن أن تأخذ مسمى الإيجار، إضافة الى تحويل هامش ليس بقليل من المخاطر المرتبطة بالاستثمار الى القطاع الخاص، و بالتالي فان هذا النموذج التعاقدى يسمح للدولة بتخفيض حجم مديونيتها ، مع الاستمرار في إقامة مشاريع أساسية و هامة تفعل أهداف التنمية الاقتصادية و الاجتماعية التي تريد بلوغها .

و عليه فان عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يسمح خصوصا في دول العالم الثالث الى تقادي مشكلات اقتصادية و مالية كبيرة و التي تعوق عجلة التطور الاقتصادي و الاجتماعي ، من خلال اللجوء الى القطاع الخاص لإقامة و تشغيل و تجهيز العديد من الأنشطة ذات الصلة بالخدمات الأساسية للمواطنين ، دون ضغوط إضافية على الميزانية العامة و الاقتراض الخارجي .

لهذا فان دراسة هذا الموضوع هي مهمة جدا خاصة في بلادنا ، و التي لا يوجد فيها نظام قانوني ينظم هاته النوعية من العقود ، و أملنا كبير في أن يحذو المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي و المصري في تنظيم أو وضع نظام قانوني لهاته العقود ، و العمل بها في تسيير مرافقنا العمومية و إقامة مشاريع كبرى بهاته الصيغة التعاقدية خاصة السكنية .

و بمناسبة ذكر المشرع الفرنسي أردت أن افتح قوسا و أقول أن المشرع الفرنسي قد اصدر قانونا لهاته النوعية من العقود تحت مسمى " عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص " و كان هذا من خلال الأمر رقم 2004- 559 المؤرخ في 17 جوان 2004 ، حيث وضع نظام قانوني مستقل خاص بها ، إلا انه تراجع عن ذلك و ادمج هاته العقود في قانون الصفقات العمومية من خلال الأمر رقم 2015- 899 المؤرخ في 23 جويلية 2015 تحت تسمية " صفقة الشراكة " ، و سوف نتكلم عن هاته القوانين بنوع من التفصيل عندما نتكلم عن الشكل التعاقدى لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في فرنسا .

و منه فان دراستنا لهذا الموضوع سوف تركز أساسا على القانون المصري ، دون أن نهمل القانون الفرنسي ، سواء قانون الشراكة القديم لسنة 2004 و الذي يعتبر هو أساس و أصل نشوء هاته النوعية من العقود ، سواء في فرنسا او حتى في جل الدول العربية التي أصدرت لها قوانين لعقود الشراكة مع القطاع الخاص مستوحاة من القانون الفرنسي ( لسنة 2004 ) و كذلك نشير الى صفقة الشراكة ، و هى التسمية الجديدة في فرنسا لعقود الشراكة و التي جاءت في قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 .

و أثناء البحث واجهنا عدة مشاكل في تحضير الرسالة ، إلا أن أهم و اكبر مشكل هو عدم وجود نظام قانوني جزائري كما قلت سابقا ينظم هذا النوع من العقود بالمعنى الانجلوفرنسي "عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص " ، نعتمد عليه في التحليل و الدراسة ، حيث ان المشرع الجزائري لم يستحدث مثل هذه العقود كفئة قانونية مستقلة ، و إنما لا زال يلجا الى العقود الكلاسيكية لإشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة و إنشاء المشاريع الضخمة ، و لهذا فقد اعتمدت على القانون المصري أساسا كما قلت و القانون الفرنسي .

كذلك ندرة المراجع و خاصة الجزائرية التي تناولت هذا الموضوع بالدراسة و التحليل هذا من جهة .

من جهة أخرى ، و نظرا للصفة المركبة و المعقدة لهاته النوعية من العقود تجعلنا في بعض الأحيان نخرج عن الإطار القانوني للعقد ، و هو أساس دراستنا و نتناول بعض الجوانب المالية و الاقتصادية.

و من خلال الدراسة و البحث تبادر الى الذهن عدة مسائل قانونية تثور حول هذا الموضوع أهمها ، ما المقصود بالتعاقد عن طريق عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ؟ و يتفرع عن هذا التساؤل عدة أسئلة تتمثل في:

-ما هي الطبيعة القانونية لهاته النوعية من العقود؟

-هل يتعلق الأمر عند الحديث عن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص على شكل تعاقد واحد أم أشكال مختلفة؟

-هل يمر هذا النوع من العقود بنفس الإجراءات التي تمر بها العقود الأخرى للانعقاد أم له خصوصية؟

-هل تكفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القواعد العامة لانعقاده و انقضاءه أم يجب توفر شروط ينفرد بها؟

-هل حقيقة اللجوء الى عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يعد المخرج الامثل للخزينة العمومية من تحمل نفقات المشاريع الكبرى؟ أي هل هو وسيلة تمويل لإقامة مشاريع البنية الأساسية ؟ و إذا كان الأمر كذلك فما هي الإضافات التي أتى بها عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

و للإجابة على هاته الأسئلة اتبعنا الخطة التالية :

## مقدمة

الباب الأول: عقد الشراكة آلية جديدة لإنشاء و تسيير مشاريع البنية الأساسية و

### المرافق العامة

الفصل الأول: ماهية عقد الشراكة

المبحث الأول : مفهوم عقد الشراكة

المطلب الأول : تعريف الفقه و القانون المقارن لعقد الشراكة

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة

المبحث الثاني: تحديد أطراف العقد و أشكاله التعاقدية

المطلب الأول: تحديد أطراف العقد

المطلب الثاني : صور عقد الشراكة

الفصل الثاني : تقنية التعاقد و تقديم الخدمة في عقد الشراكة

المبحث الأول: المراحل التمهيدية للتعاقد

المطلب الأول: دراسة جدوى المشروع

المطلب الثاني: التعاقد مع مستشاري الطرح و التأهيل المسبق

المبحث الثاني: طرح المشروع للتعاقد

المطلب الأول : الطرح على مرحلة واحدة

المطلب الثاني: الطرح على مرحلتين

الباب الثاني : اثار تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

الفصل الأول : حقوق و التزامات الاطراف

المبحث الأول : حقوق و التزامات الجهة الإدارية

المطلب الأول: حقوق الجهة الإدارية

المطلب الثاني : التزامات الجهة الإدارية

المبحث الثاني: حقوق و التزامات الشريك الخاص

المطلب الأول : حقوق الشريك الخاص

المطلب الثاني: التزامات الشريك الخاص

الفصل الثاني : تسوية النزاعات الناشئة عن التنفيذ و نهاية عقد الشراكة

المبحث الأول : فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد

المطلب الأول : التسوية الودية

المطلب الثاني : اللجوء الى التحكيم

المبحث الثاني : نهاية عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

المطلب الأول : النهاية الطبيعية للعقد

المطلب الثاني : النهاية غير الطبيعية للعقد ( المبسترة )

خاتمة

## الباب الأول: عقد الشراكة آلية جديدة لإنشاء و تسيير مشاريع البنية

### الأساسية و المرافق العامة

انتهى التطور على المستويين القانوني و الاقتصادي إلى إيجاد فرع جديد لدراسات القانون العام يطلق عليه القانون العام الاقتصادي، يهتم في الأساس بتنظيم الدور الذي تقوم به الدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية.

و تعد المرافق العامة احد أهم فروع هذا القانون، إذ يهتم بدراسة مختلف أنواع المرافق العامة من حيث الإنشاء و النظام القانوني و طرق الإدارة ، سواء بواسطة الدولة أو القطاع الخاص و يمثل عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (PPP) آخر حلقات التطور القانوني في رحاب القانون العام الاقتصادي ، حيث لم تعد أعباء تمويل عملية التنمية مقصورة على الدولة و أجهزتها الحكومية ، بل صار للقطاع الخاص دور رئيسي في الاضطلاع بجانب من هذا العبء ، و من ثم صار لازماً فتح الطريق نحو مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية و التي تشمل على سبيل المثال خدمات إنتاج و توزيع الكهرباء و النقل، بما في ذلك الطرق و خطوط السكك الحديدية و المطارات و خدمات التزويد بالمياه . و لا تقتصر مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية على الدول الصناعية وحدها، بل امتد ليشمل البلدان النامية على اختلاف درجة تقدمها و تطورها<sup>1</sup>.

فبعد أن كان تقديم خدمات البنية الأساسية حكراً على الدولة ، بدأ يسود الاتجاه في البلدان الصناعية ، و في كثير من بلدان شرق آسيا و أمريكا اللاتينية و أوروبا الشرقية ، و بعض الدول العربية نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص الى جانب الحكومة على نحو يتيح أساليب أكثر كفاءة و اقل تكلفة في تقديم الخدمات ، و هو الأمر الذي يؤدي الى رفع مستوى المعيشة و تحقيق معدلات التنمية المنشودة ، و هذا كله عن طريق عقود الشراكة .

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،

و استنادا لهذه الأفكار الأساسية سنعالج هذا الباب في فصلين ، الفصل الأول نعالج فيه الإطار العام لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من حيث المفهوم ، الخصائص و تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له ، و طبيعته القانونية ، و شكله في بريطانيا ، فرنسا مصر ، و موقف المشرع الجزائري من ذلك ، أما في الفصل الثاني خصصناه لدراسة النظام القانوني لعقد الشراكة من حيث التكوين .

## الفصل الأول: ماهية عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تعد عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من أحدث الطرق التي تلجا إليها الإدارة لتسيير المرافق العامة و تقديم الخدمات، إضافة إلى إيجاد التمويل لأنشطتها لدى القطاع الخاص ، بما يؤدي في النهاية إلى تشجيع الاستثمار ، فهذا النوع من العقود يؤدي الى تكوين علاقة طويلة الأمد نوعا ما بين جهة الإدارة و المتعاقد معها ، في النواحي الفنية و المالية بغرض إنشاء مرافق تتعلق بالبنية الأساسية ، أو تنظيم و تقديم خدمات المرافق العامة بدءا من الإنشاء و الاستغلال ، مرورا بالصيانة حتى نهاية فترة العقد .

و للوقوف على المبادئ الجوهرية لهذا النظام التعاقدى المستحدث قسمنا هذا الفصل الى بحثين ، المبحث الأول تكلمنا فيه عن مفهوم ، خصائص و الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، أما في المبحث الثاني فتكلمنا عن أطراف العقد و أشكاله التعاقدية .

## المبحث الأول: مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تعددت التعريفات لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من قبل الفقه و القانون و بعض المنظمات الدولية ، و لعل السبب في ذلك يرجع لحدثة و انتشار هذه العقود سواء على المستوى الدولي أو على المستوى المحلي ، بيد انه على الرغم من كثرة هذه التعريفات إلا أنها تلتقي جميعا حول فكرة واحدة ، و هي قيام احد أشخاص القانون الخاص بتصميم و بناء و إدارة و استغلال احد مشاريع البنية الأساسية أو المرافق العامة ، لفترة محددة بناء على اتفاقية المشروع ، على أن يقوم هو ( الشريك الخاص) بتمويل هذه المشاريع مشتركا في ذلك مع بعض مؤسسات التمويل المختلفة ، ثم يقوم في نهاية المدة المتفق عليها بإرجاع المشروع أو المرفق مرة أخرى إلى الدولة ، لهذا سوف نتناول تعريف الفقه و القانون لهذا العقد ثم لطبيعته القانونية .

### المطلب الأول: تعريف الفقه و القانون المقارن لعقد الشراكة

أردت أولا قبل التطرق إلى تعريف عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، تعريف كلمة الشراكة لغة و قانونا في الفرع الأول ، ثم ننتقل إلى تعريف الفقه و القانون لعقد الشراكة في الفرع الثاني ، أما الفرع الثالث نتطرق فيه إلى خصائص عقد الشراكة .

### الفرع الأول: تعريف كلمة الشراكة

الشراكة لغة مأخوذة من لفظ أشرك ، شارك ، و يقال أشركه في أمره أي ادخله فيه ، شاركه كان شريكه ، و يقال فلان شارك في عمل كذا ، له نصيب منه ، و يقال اشترك الأمر ، أي اختلط و التبس ، اشترك فلان في كذا ، يعني دفع اجر مقابل الانتفاع به ، و اشترك الرجلان يعني كان كل منهما شريك للآخر ، تشاركا ، اشتركا ، و الشركة : عقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل مشترك و الشريك : المشارك غيره في تجارة أو نحوها .

و يعتبر مفهوم الشراكة مفهوما حديثا حيث لم يظهر في القاموس Larousse إلا في سنة 1987 ، و قد عرف هاته الكلمة بأنها " نظام يجمع بين المتعاملين الاقتصاديين و الاجتماعيين " <sup>1</sup>.

أما القواميس اللاتينية الأخرى فقد عرفت كلمة الشراكة بأنها "عبارة عن نشاط اقتصادي ينشأ بفعل تعاون أشخاص من ذوي مصالح مشتركة لانجاز مشروع معين ، حيث تكون طبيعة التعاون تجارية ، مالية ، تكنولوجية " .

أما القواميس العربية فقد عرفت كلمة الشراكة بأنها " اختلاط النصيبين بحيث لا يتميز الواحد عن الآخر ، و هي مصدر فعل شارك و تشارك أي وقعت بينهما شراكة " <sup>2</sup>.

و في مجال العلاقات الدولية فان أصل استعمال كلمة شراكة تم لأول مرة من طرف الأمم المتحدة للتجارة و التنمية ( CNUCED ) في نهاية الثمانينات <sup>3</sup>.

كما تم استعمال كلمة شراكة كثيرا من طرف الباحثين دون إعطائها مفهوما دقيقا، حيث اختلفوا في وضع مفهوم واحد و هذا راجع لاختلاف القطاعات و الأهداف التي تسعى إليها الشراكة ، فمنهم من قال :

**أولا :** نمط أو نموذج من العلاقات الخاصة و المميزة و القائمة بين المؤسسات ، و المبني على تعاون طويل المدى يتعدى العلاقات التجارية ، و الهادف الى تحقيق غايات تلبية متطلبات المتعاملين .

**ثانيا :** الشراكة هي ذلك الكيان الذهني القائم بين الشركات المبني على علاقات مميزة عمادها البحث المشترك في المدى المتوسط و الطويل الأجل ، الموجه الى خلق و توسيع المتطلبات الضرورية .

---

<sup>1</sup> ليث عبد الله القهيوي ، بلال محمود الوادي : الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، 2012 ، ص 23

<sup>2</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة 2014 ، ص 17

<sup>3</sup> ليث عبد اله القهيوي ، بلال محمود الوادي ، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، مرجع سابق ، ص 23

ثالثا : هي العلاقات المشتركة و القائمة على تحقيق المصالح المشتركة من جهة ، و تحديد مدى قدرات و مساهمات كل طرف من جهة أخرى للوصول إلى الغايات المنشودة و المتوقعة<sup>1</sup>.

رابعا : و هناك من قال أن الشراكة هي اتفاق بين عدد من الأطراف لتحقيق هدف أو أهداف مشتركة بواسطة انجاز عدد من الأعمال المشتركة ، مع الأخذ بعين الاعتبار المصالح الخاصة لكل شريك ، هذا العمل الجماعي المشترك يتم على أساس تعاقد بين الأطراف المشاركة و أن اختلفت دوافعهم و مصالحهم ، بمعنى آخر التعاون مع أطراف أخرى لتحقيق هدف أو أهداف لا تستطيع تحقيقها بمفردها مطلقا ، و لا تستطيع الوصول إلى النتائج المرجوة منها بالعمل المنفرد .

خامسا : الشراكة هي عقد أو اتفاق بين مشروعين أو أكثر قائم على التعاون فيما بين الشركاء ، و تتعلق بنشاط إنتاجي ( مشاريع تكنولوجية و صناعية ) أو خدمي او تجاري، و على أساس ثابت و دائم و ملكية مشتركة ، و لا يقتصر هذا التعاون فقط على مساهمة كل منهما في رأس المال ، و إنما المساهمة الفنية الخاصة بعملية الإنتاج و استخدام براءات الاختراع و العلاقات التجارية و المعرفة التكنولوجية ، و المساهمة كذلك في كافة عمليات و مراحل الإنتاج و التسويق ، و سيتقاسم الطرفان المنافع و الأرباح التي تتحقق من هذا التعاون طبقا لمدى مساهمة كل منهما المالية و الفنية.

### **الفرع الثاني: تنازل الدولة عن مهامها للقطاع الخاص**

إن عجز المرافق العامة على تلبية حاجيات المرتفقين الناتج عن محدودية الموارد المالية المحلية ، أدى إلى إعادة النظر في دور القطاع الخاص و الذي أصبح المساند و الفعال في التنمية الاقتصادية المحلية ، و عليه فان مفهوم أو تعريف عقد الشراكة بين القطاعين العام

---

<sup>1</sup> مؤتمر العمل العربي ، الدورة التاسعة و الثلاثون ، البند العاشر ، " تكامل دور القطاعين العام و الخاص " ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2012.

و الخاص هو مفهوم حديث نسبيا في النظرية و الممارسة الاقتصادية ، فهو يعبر عن نوع من العقود تختلف عن العقود الكلاسيكية.

و رغم الرواج الكبير الذي عرفته عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في العشرية الأخيرة ، و رغم الاهتمام الكبير من قبل الاقتصاديين<sup>1</sup> ، و الحقوقيين ، و علماء الاجتماع و الحكومات و المؤسسات الدولية ، يمكن القول انه ليس لها تعريف موحد و متفق عليه و إن كانت التعريفات المختلفة تشير إلى نفس المدلول و المصطلح ، و هو ما يعكس الحالات المتعددة و المتنوعة و الواقع المعقد لهذا النوع من العقود .

#### أولا : التعريف الفقهي لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

عرف الأستاذ Auby عقد الشراكة بأنه "عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشاريع القطاع العام ، حيث يتولى الشريك الخاص تمويل ، إنشاء ( البناء ) ، ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة معينة " .

كما عرفه الأستاذ الدكتور سامي عبد الباقي بأنه " العقد الذي بمقتضاه تقوم السلطة المانحة ( احد أشخاص القانون العام ) بتكليف احد أشخاص القانون الخاص ، سواء كان وطني أو أجنبي بمهمة إنشاء و استغلال المرفق العام لمدة محددة".

كما عرفه الدكتور محمد محمد بدران " مشروعات الشراكة هي تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها ، على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها قائمة ، و يقوم القطاع الخاص بتصميم و بناء و إدارة المشروع خلال فترة محددة"<sup>2</sup>.

و يذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه " نظام تعهد فيه الحكومة إلى إحدى الشركات سواء كانت وطنية أو أجنبية من القطاع الخاص بإنشاء مشروع ، و غالبا ما يكون من المشاريع الأساسية للدولة و المتعلقة بمرفق من مرافقها العامة ، ثم تقوم شركة المشروع بتنفيذه

<sup>1</sup> Olivier Williams : Partenariat public- privé, publication de la banque mondiale 2009

<sup>2</sup> محمد محمد بدران : نحو أفاق جديدة للخصخصة ، مقالات بمركز الدراسات القانونية ، جامعة القاهرة ، ص 23

(تصميمه ، بناءه ، استغلاله ) لفترة معينة ينص عليه العقد ، و تكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف بناءه ، بالإضافة إلى ربح مناسب ، و في نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومة و شركة المشروع ينتقل المشروع بأكمله إلى الحكومة و بحالة جيدة دون أن تتحمل الحكومة أية تكاليف".

و قال البعض الآخر بأنه " نظام بمقتضاه تعهد الدولة أو احد مشروعاتها العامة إلى اتحاد مشروعات يطلق عليه اسم " كونسورتيوم " ، بواسطة عقد يسمى عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص لتنفيذ و استغلال مشروع محدد ، لفترة زمنية تتناسب مع حجم عائدات المشروع ،على أن تنتقل ملكية المشروع بدون مقابل إلى الدولة في نهاية العقد<sup>1</sup>.

كما عرف قاموس أكسفورد عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بأنه " اتفاق بين الحكومة و القطاع الخاص بشأن المرافق العامة أو البنية التحتية ، بما يعني جلب أولويات اجتماعية مع مهارات إدارية للقطاع الخاص ، و تخفيف عبئ إنفاق رأس مال كبير على الحكومة ، و تحويل مخاطرة زيادة التكلفة للقطاع الخاص ، بالإضافة إلى ذلك تحويل كامل للتجهيزات العامة للقطاع الخاص<sup>2</sup>.

كما عرفه رجال الاقتصاد بأنه نوع من الاستثمار يتولى القطاع الخاص إقامة و تشغيل مشروع بنية تحتية ، كان من المعتاد أن يتولى بناءه و إدارته القطاع العام أو الحكومة ، على أن يتم تحويله مرة أخرى للحكومة بعد فترة كافية يتم فيها استرداد رأس مال المستثمر و تحقيق معدل عائد معقول.

---

<sup>1</sup> طه محييد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود ، مطابع نشأت ، دار الكتب القانونية ، مصر ، طبعة 2013 ، ص 48

<sup>2</sup> يشير مصطلح الشراكة بين القطاعين العام و الخاص إلى الترتيبات التي يقوم بها القطاع الخاص بتقديم أصول و خدمات تتعلق بالبنية التحتية جرت العادة على أن تقدمها الحكومة ، و يمكن الدخول فيها للقيام بمجموعة كبيرة من مشاريع البنية التحتية و الاجتماعية و الاقتصادية

و مجموعة أخرى من الفقهاء تقول بان " عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو تعاون لانجاز مشاريع مشتركة بين الدولة و المؤسسات العمومية ، أو الجماعات المحلية من جهة ، و المقاولات الخاصة من جهة أخرى بواسطة عقد"

" هو اتفاق تعاقدى بين السلطة العامة و شركة خاصة ، تمتد لفترة زمنية طويلة من اجل إنشاء أصول و تقديم خدمات مرتبطة بها ، و في ظل هذه الاتفاقية يلتزم الشريك الخاص بتنفيذ الاستثمارات ، و بطبيعة الحال يتحمل قدر هام من مسؤولية التصميم ، يقوم الشريك العام بتحديد متطلباته من خلال تحديد المواصفات و النتائج المرغوبة ، و لكنه لا يحدد الجوانب الهندسية التفصيلية ، يتم السداد للشريك الخاص خلال فترة التشغيل من خلال الرسوم ، أو رسوم دورية تحصل من الشريك العام ، أو تحصل مباشرة من المستهلك، أو مزيجا من الطريقتين في أنواع معينة من الخدمات العامة<sup>1</sup>"

و يرى البعض أن عقود الشراكة ( PPP ) هي اتفاق بين القطاعين العام و الخاص بشكل واضح ، على موضوعات الشراكة لتقديم البنية التحتية العامة أو المرافق العامة بواسطة القطاع الخاص ، و التي كان الحصول عليها يتم بواسطة ما يعرف بالقطاع العام اصطلاحا و بموجب اتفاقيات الشراكة يصبح مقاولو القطاع الخاص مقدمو خدمة لمدة طويلة و يجمعون بين مسؤوليات التصميم ، البناء ، التشغيل ، الصيانة ، و احتمالية تمويل الأصول لتقديم الخدمات التي يحتاجها القطاع العام ، و نتيجة لذلك يزداد دور الوكالات الحكومية المركزية و المحلية كمنظمين ، و تركيز جهودهم في تخطيط الخدمة ، و تنظيم الأداء ، و نفاذ العقد أكثر من الإدارة المباشرة و تسليم الخدمات.

و هناك من يقول أن عقد الشراكة هو " علاقة شراكة بين شركة قطاع خاص و وكالة حكومية بهدف إكمال مشروع سيخدم العامة ، و المشاركة العامة و الخاصة يمكن أن تستخدم لتمويل ، بناء و تشغيل مشاريع ، مثل شبكات المواصلات العامة ، أماكن الانتظار

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن: عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة

تمويل المشروع من خلال هذا العقد يمكن أن يسمح بإكماله بصورة أسرع أو جعله محتملا في موعده ، كما أن عقد الشراكة يستخدم استثمارات القطاع الخاص لتمويل مشروع عام عندما لا يكون التمويل العام متاحا ، لكن القطاع الخاص ربما يكون مهتما بتمويل إنشاء مشروع للاستفادة من عوائد التشغيل عند اكتمال المشروع " .

و يرى آخرون أن عقد الشراكة هو نموذج مالي لمشروع بنية تحتية عام ، مثل نظام جديد للاتصالات ، و الشريك الخاص أو شركة المشروع يمكن أن تكون مملوكة ملكية خاصة لاتحاد أموال كونسرتيوم ذا خبرة في مجال محدد ، أما الشريك العام فيمثلته الحكومة محليا . كما أن عقد الشراكة يتسم بالمرونة ، فيمكن أن يكون في صورة إدارة قصيرة الأجل سواء مع أو بدون حاجة للاستثمار ، أو في صورة عقد طويل الأجل يتضمن تمويل ، تخطيط ، تشغيل صيانة و نقل الملكية <sup>1</sup> .

#### ثانيا : تعريف المنظمات و الهيئات الدولية لعقد الشراكة

##### \* تعريف صندوق النقد الدولي لعقد الشراكة :

عرف صندوق النقد الدولي عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بأنه " عرض هياكل تحتية أو خدمات للقطاع الخاص كانت تقدمها الدولة تقليديا ، أي أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يتم من خلاله وضع ترتيبات يستطيع بمقتضاه القطاع العام توفير السلع و الخدمات ، من خلال السماح للقطاع الخاص بتقديمها بدلا من أن يقدمها القطاع العام بنفسه أي بصورة مباشرة <sup>2</sup> .

و بشكل أكثر تحديدا فان القطاع الخاص يكون له دور اكبر في تخطيط و تمويل ، تصميم و تشغيل و صيانة الخدمات العامة ، هذا الدور يتم من خلال ترتيبات تعاقدية بين الحكومة

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 56

<sup>2</sup> مجلة صندوق النقد الدولي ، قضايا اقتصادية ، الاستثمار العام و الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، العدد 40

و القطاع الخاص في مشاريع معينة ، يتم بمقتضاها قيام القطاع الخاص بإمداد الحكومة بالأصول و الخدمات التي من التقليدي أن يقدمها القطاع العام.

و يتوقف شكل التعاقد بين القطاعين العام و الخاص على المهام التي يمكن أن يتولاها القطاع الخاص ، أي هو اتفاق تعاقد بين القطاعين العام و الخاص يكون الاتفاق فيه واضح الأهداف ، و يتعلق بمساهمة القطاع الخاص على شكل تقديم أصول أو خدمات و التي كانت الحكومة تقدمها مباشرة .

و بهذا التعريف نجد أن صندوق النقد الدولي يؤكد على انه في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يتم نقل الصلاحيات التي تقوم بها السلطة العمومية إلى القطاع الخاص<sup>1</sup>.

\* تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية اليونيدو UNIDO لعقد الشراكة:

تقول هذه المنظمة أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو العلاقة الممكنة التي تقوم بين القطاعات العمومية و الخاصة لضمان تقديم خدمة عن طريق عقد<sup>2</sup>، و من منظور هذه الهيئة يضم القطاع الخاص كلا من المؤسسات الخاصة غير الحكومية و المنظمات التعاونية.

كما قالت أن عقد الشراكة "هو وجه من أوجه التفاعل و التعاون العديدة بين القطاعين العام و الخاص ، المتعلقة بتوظيف إمكانياتها البشرية ، المالية ، الإدارية و التنظيمية و التكنولوجية و المعرفية على أساس من المشاركة ، و الالتزام بالأهداف و حرية الاختيار، المسؤولية المشتركة و المساءلة من اجل تحقيق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع ، و لها تأثير بعيد المدى على تطلعاتها حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة و تحقيق وضع تنافسي أفضل " .

<sup>1</sup> ليث عبد الله القهيوي ، بلال محمد الوادي : الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، مرجع سابق ، ص 24

<sup>2</sup> Nicolas Ponty : Contrat de partenariat PPP, article de UNIDO ou PNUD

و بالتالي فان هذا التعريف يركز على طابع التعاون بين القطاعين العام و الخاص ، و هو مرتبط بأعباء عديدة ، يبرز منها البعد الإداري و التنظيمي و التعاوني و الاقتصادي الاجتماعي و القانوني.

كما عرفته هذه المنظمة بأنه " ذلك النموذج أو الهيكل الذي بمقتضاه يتم استخدام استثمارات القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية للدول، و هي الوظيفة التي كانت تقع على عاتق القطاع العام تاريخيا ، و الذي يكون فيه تمويل المشاريع حجر الزاوية بالنسبة لنظام الشراكة حيث يعتمد المقرضون على أصول المشروع نفسه و تدفقاته النقدية كضمان لهم، لكي يستردوا أموالهم مرة أخرى بدلا من أن تؤدي هذه المهمة مجموعة الضمانات الحكومية، أو أصول الشركة أو الشركات الراعية للبرنامج ككل<sup>1</sup>.

#### \* تعريف البنك العالمي لعقد الشراكة :

يرى البنك العالمي أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ليس له معنى قانوني ، و يمكن استخدام هذا المفهوم لوصف الأشكال المتعددة جدا ، و التي تضع في علاقة تعاونية القطاع العام و القطاع الخاص ، و في أثناء هذه العلاقة يلتزم المتعامل الخاص ب :

- تصميم و انجاز أو تحسين هيكل تحتي عمومي.
- تحمل مخاطر كبيرة على المستويات المالية و التقنية و العلمية.
- تلقي مقابل مالي من المتعامل العمومي على دفعات خلال مدة العقد أو من المنتفعين (الرسوم ) أو الاثنتين معا.
- تسليم الهيكل التحتي للقطاع العام عند نهاية العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> طه محييد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 49

<sup>2</sup> Nicolas Ponty : Administrateur de l'INSEE Economiste principal au UNIDO ou PNUD , op

و عليه ، و حسب البنك العالمي فان عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بمفهومه الواسع ، هو كل العلاقات التعاقدية و التشريعية بين هيئات عمومية و خاصة تهدف لتحسين أو الرفع من خدمة الهياكل التحتية.

و من منظور هذه المؤسسة الدولية فان الهيئة العمومية تتضمن السلطة الوطنية أو الإقليمية أو المحلية ، كما أنها ليست مجرد عملية مالية أنية مع القطاع الخاص ، بل يجب أن تركز على أسس سياسية متينة تقوم على التزام السلطات العمومية لضمان على المدى الطويل الاستقرار السياسي و تشريعات دائمة و مؤسسات مستقرة .

أما اللجنة الأوروبية : ففي كتابها الأخضر لسنة 2004 حول الشراكة بين القطاعين العام و الخاص تؤكد الطبيعة التعاقدية بين السلطات العمومية و عالم المؤسسة الخاصة ، التي تهدف لضمان تمويل و انجاز و تجديد و استغلال و صيانة هيكل تحتي أو تقديم خدمة .

#### تعريف جمعية الدول الإفريقية لعقد الشراكة :

ترى هذه الجمعية أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو المزج بين حاجة عمومية و قدرات خاصة ، من اجل إيجاد فرصة لتلبية هذه الحاجة و تحقيق الربح ، و هنا تؤكد هذه المنظمة نجاعة المشاريع المنجزة و الفوائد التي يجنيها كل طرف.

ثالثا : تعريف القانون المقارن لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (التعريف

#### التشريعي للعقد)

#### 1- في المملكة المتحدة ( بريطانيا ) :

و هي تعد من البلدان السبابة لهذا النوع من العقود و الأكثر تجربة ، و لا تعرف هذه العقود في بريطانيا تحت مسمى الشراكة بين القطاعين العام و الخاص - Partenariat Public Privé (PPP) ، و إنما يطلق عليها اسم مبادرة التمويل الخاصة (PFI) ، إلا أن

المصطلحان الفرنسي و الانجليزي يشيران إلى مضمون واحد ينحصر في مشاركة القطاع الخاص للقطاع الحكومي في الإنشاءات العامة و الاستغلال و الصيانة .

و بتبني سياسة مبادرة التمويل الخاصة ، قدمت الحكومة البريطانية تسهيلات و حوافز للقطاع الخاص من اجل الاستثمار في المشاريع العامة ، و في دولة مثل المملكة المتحدة التي لا تعرف نظام القانون الإداري ، فقد كانت تعرف هذه العقود بانها " عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل إنشاء و استغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة " ، و بموجب مبادرة التمويل الخاصة يشارك القطاع الخاص في تصميم ، بناء ، تمويل و تشغيل المشاريع الاقتصادية مقابل تحصيله عوائد الخدمات المقدمة ، ملكية هاته المشاريع تؤول بعد ذلك إلى القطاع العام ، و سوف نتكلم عن مبادرة التمويل الخاصة في بريطانيا بالتفصيل عندما نتطرق إلى الأشكال التعاقدية لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

## 2- في فرنسا :

عرف القانون الفرنسي عقد الشراكة بأنه " عقد إداري يعهد بمقتضاه احد أشخاص القانون العام إلى احد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية، تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال و التجهيزات الضرورية للمرفق العام ، و إدارته و صيانتته و استغلاله طوال المدة المحددة في العقد ، في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل ،في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية<sup>1</sup> ."

---

<sup>1</sup> Article 1 ancienne loi de partenariat (2004) « Les contrats de partenariat sont des contrats administratif par les quel l'état ou un établissement public de l'état au tiers pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissement ou des modalités de financement retenues une mission globale relatives au financement d'investissements immatériels d'ouvrages ou d'équipements nécessaire au service public a la construction ou transformation des ouvrages ou équipement ainsi qu'a leur entretien leur maintenance leur exploitation ou leur gestion et le cas échéant a d'autres prestations de service concernant a

### 3- في مصر:

عرف المشرع المصري عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في المادة الأولى (01) و الثانية (02) من القانون رقم 67 لسنة 2010 ،المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة على انه " .....عقد المشاركة عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع و تعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة الثانية (02) من هذا القانون ..... " ، أما المادة الثانية (02) فتتص على انه " للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاه إلى شركة المشروع تمويل ، إنشاء و تجهيز مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة و إتاحة خدماتها أو تمويل و تطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويرها و

---

=l'exercice par la personne publique que la mission de service public dont elle est chargée , le cocontractant de la personne publique assure la maitrise d'ouvrage des travaux a réaliser il peut se voir confier tout ou une partie de la conception des ouvrages la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat elle peut être liée a des objectifs de performance assignés au cocontractant «

Article 67 de la nouvelle loi (2015) « un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier a un operateur économique ou un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet

1 -La construction ; la transformation, la rénovation , la démantèlement ou la destruction d'ouvrages , d'équipement ou des bien immatériels nécessaire au service public ou a l'exercice d'une mission d'intérêt général

Tout ou partie de leur financement

Le titulaire du marché de partenariat assure la maitrise d'ouvrage de l'opération a réaliser

Cette mission globale peut également avoir sur l'objet

- tout ou partie de la conception des ouvrages ; équipements ou bien immatériels
- l'aménagement ; l'entretien ; la maintenance ; la gestion ou l'exploitation d'ouvrages d'équipements ou de bien immatériels ou une culminaison de ces éléments
- la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concernant a l'exercice par la personne publique de la mission des services public ..... »

تقديم الخدمات و التسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام و باضطراد طوال فترة العقد .....

كما عرفته الوحدة المركزية للمشاركة في مصر بأنه " نوع من العقود تبرمه جهة عامة مع شريك من القطاع الخاص لتصميم منشأة عامة أو بناءها أو تجهيزها أو تشغيلها أو صيانتها و يتقاضى الشريك بموجبه أتعابه من المال العام ، أي من موازنة الدولة في صورة مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية."

كما قالت انه " هو عبارة عن علاقة طويلة الأجل بين الجهات الإدارية بالدولة ، تهدف إلى قيام القطاع الخاص بتقديم خدمات أو تنفيذ مشروعات كانت أجهزة الدولة منوطة بتنفيذها، و ذلك دون الإخلال بدور الحكومة في النهوض بالخدمات و المشاريع العامة و الإشراف عليه و لكن خلال نظام جديد للتعاقد و تقديم الخدمة.

#### 4- في تركيا :

يعرف عقد الشراكة في تركيا بأنه " نموذج تمويلي خاص لتطوير المشاريع يتطلب تكنولوجيا عالية و رأس مال مستثمر عال، و يتم استعادة الاستثمارات ( شاملة قيمة الفوائد المكتسبة ) المدفوعة من شركة رأس مال المستثمر أو الشركة الأجنبية عن طريق جهة الإدارة، أو المستفيدين من الخدمات من خلال شراء المنتجات أو الخدمات المنتجة من الشركة خلال فترة العقد<sup>1</sup>."

و ينطوي التشريع التركي على عدد من القوانين المنظمة لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، و التي تختص في غالبيتها بقطاع معين مثل :

<sup>1</sup> تعريف القانون التركي لعقد الشراكة باللغة الانجليزية

is a special financing model developed for use in the realization of project requiring advanced technology and substantial material resource wherein the investment – including profit to be made– is paid to the capital investment company of foreign thong the purchase by the administration or the service users of goods or services produced during the ration period by the company

\* القانون رقم 3465 الصادر سنة 1988 الخاص بالطرق السيارة ، و الذي يرخص للقطاع الخاص بتشبيدها و صيانتها و استغلالها.

\* القانون رقم 5335 الصادر سنة 2005 الخاص بالنقل الجوي.

\* القانون رقم 5396 الصادر سنة 2005 الخاص بقطاع الصحة، و تتمثل في السماح للقطاع الخاص ببناء مراكز طبية و استغلالها قبل أن تنتقل ملكيتها للدولة.

كما أعطى هذا القانون كذلك إلى إحداث مديرية الشراكة بين القطاعين العام و الخاص سنة 2007 ، هذه المديرية مكلفة بتحديد المشاريع التي يتعين انجازها و إعداد الوثائق اللازمة لإبرام عقود الشراكة ، و كذا إعلان إجراءات طلب العروض و تتبع تنفيذ المشاريع.

5- في لبنان :

يعرف عقد الشراكة في لبنان من خلال القانون المنظم لشراكة القطاع العام و الخاص في مادته الأولى (01) "..... المشروع المشترك: أي مشروع عام ذو طبيعة اقتصادية يساهم فيها القطاع الخاص عن طريق التمويل و الإدارة و إحدى العمليات التالية على الأقل، الإنشاء التشييد، التطوير، الترميم، التجهيز، الصيانة، التأهيل، التشغيل.....".

و تجتمع في لبنان كل الأسباب المؤدية لاعتماد طريق الشراكة ، و هذا بفضل نظامه الاقتصادي الحر ، كحرية صرف العملات و تحويلها من و إلى الخارج فضلا عن كفاءة أجهزة التمويل ، و رغم وضع قانون خاص ينظم عقد الشراكة إلا أن مشاريع الشراكة تبقى قليلة في لبنان ، فالمشروع الأساسي و الذي جرى تحقيقه فعلا وفق هذه الصيغة هو مشروع تجهيز و استثمار مغارة جعنا ، حيث أعطيت شركة ماباس الألمانية حق استثمار مرفق جعنا السياحي المكون من مغارتين و استراحة و مطاعم و مواقف للسيارات ، و قد حددت مدة العقد بثمانية عشرة سنة (18 سنة ) بين وزارة السياحة و شركة ماباس الألمانية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة 2014، ص 24

## 6- في الكويت :

تنص المادة 152 من الدستور الكويتي على انه " كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون و لزمان محدد ."

إلا أن الواقع العملي فيما يتعلق بعقود الشراكة مع القطاع الخاص يجرى على إبرام هذه العقود دون صدور قانون خاص بكل حالة على حدى ، و من خلال تفسير لجنة الشؤون التشريعية و القانونية في مجلس الأمة الكويتي للمادة 152، هل يلزم صدور قانون خاص في كل حالة على حدى أم يكفي صدور قانون عام ينظم قواعد الشراكة في دولة الكويت ؟ فأجابت اللجنة بان الدستور لا يتطلب صدور قانون خاص في كل حالة على حدى، إذا عهدت الدولة إلى جهة خاصة بإدارة مرفق عام ،أو إذا عهدت الدولة إلى جهة بإنشاء أو إدارة مرفق عام<sup>1</sup>.

و انطلاقا من هذا صدر قانون رقم 116 لسنة 2014 المنظم لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و يتضمن 76 مادة ، و بالرغم من أن المشاريع التي تنفذ بواسطة القطاع الخاص بنظام الشراكة في دولة الكويت تعتبر حديثة نسبيا ، إلا أن هذه الدولة قطعت شوطا ملحوظا في هذا المجال ، حيث استطاع القطاع الخاص الكويتي كونه يمتلك القدرات و الإمكانيات المالية ، و الكفاءات البشرية و يبتعد نسبيا عن البيروقراطية ، أن يحقق آمالا معقودة عليه خلال فترة زمنية قصيرة ، في تحمله المسؤولية و قيامه بتنفيذ المشاريع الموكلة إليه بأكمل وجه .

و من ابرز هذه المشاريع التي تمت ترسيتهها على القطاع الخاص مشروع المنطقة الحرة في الكويت ، حيث قامت الحكومة الكويتية بمنح الشركة الوطنية العقارية حق تأهيل و بناء أول منطقة حرة في ميناء شويخ و لفترة واحد و عشرون سنة ( 21 سنة ) ، و ذلك بهدف تنشيط

<sup>1</sup> خالد عبد العزيز العضيبي : ولاية القضاء الإداري في الكويت ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 2005 ، ص 123

الوضعين التجاري و الاستثماري في الكويت ، كذلك سوق الشرق ، و هو سوق تتوفر فيه كافة الأنشطة التجارية و الترفيهية ، كما أن عدة منتجات تم منحها للقطاع الخاص خلال السنوات الماضية ، إلى جانب المجمعات التجارية المنتشرة في مناطق عدة داخل الكويت.

و قد استطاع القطاع الخاص المكلف بمشروع المنطقة التجارية الحرة في الكويت تحقيق العديد من الانجازات، سواء تلك المتعلقة بالبنية التحتية و إقامة الأرصفة و الممرات و كذلك المخازن و الأسواق، إلى جانب إقامة فنادق داخل المنطقة.

إلى جانب مشروع المنطقة الحرة قامت شركة المشاريع المتحدة بتطوير مطار الكويت الدولي و قد حقق هذا المشروع نجاحا كبيرا و أعاد إلى المطار الدولي مظهره ، خصوصا و أن المطار هو الواجهة لأي بلد ، لأنه البداية الأولى للقادمين إليه مما يعكس لدى القادم مدى تقدم البلد و حضارته<sup>1</sup>.

#### 7- في ليبيا :

تعرف أو يطلق على عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في ليبيا بأنها عقود المشاريع غير الممولة من الميزانية العامة ، و قد نصت المادة 136 من لائحة العقود النافذة في ليبيا " يقصد بعقود المشاريع غير الممولة من الميزانية العامة مشاريع الصناعية و الخدمية أو مشاريع المرافق العامة ، مثل توليد الطاقة الكهربائية و تحلية و معالجة مياه الصرف الصحي و الطرق و النقل و الاتصالات و غيرها ، التي تطرحها الجهة الإدارية مع أي جهة غير ممولة من الخزانة العامة ، و تتولى الجهات أو الوحدات الإدارية شراء أو تأجير أو استئجار المنتج أو الخدمة وفقا للشروط التي يتفق بشأنها ، كما يجوز لأدوات التنفيذ بيع المنتج أو الخدمة للأفراد مباشرة في الحالات التي تحددها الجهة أو الوحدات الإدارية ."

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، عقد ال bot ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، طبعة 2006 ،

" مشروعات تملكها الجهات أو الوحدات الإدارية و تطرحها للتنفيذ أو الإيجار أو التأهيل أو التطوير مع التشغيل ، ثم يتم تسليمها في حالة صالحة للتشغيل للجهة أو الوحدة الإدارية بعد انقضاء المدة الزمنية المحددة في العقد<sup>1</sup>"

#### 8- في المغرب :

تعرف المادة الأولى (01) من قانون 12-86 المؤرخ في 22 ديسمبر 2014 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بأنه " عقد محدد المدة يعهد بموجبه شخص عام إلى شريك خاص مسؤولية القيام بمهمة شاملة تتضمن التصميم و التمويل الكلي أو الجزئي و البناء و إعادة التأهيل و صيانة و استغلال منشأة أو بنية تحتية أو تقديم خدمة ضرورية لتوفير مرفق عام...."<sup>2</sup>

#### 9- في تونس :

عرف القانون رقم 49 لسنة 2015 المؤرخ في 28 نوفمبر 2015 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في الفصل الثالث عقد الشراكة بما يلي " يقصد بالعبارات التالية على معنى هذا القانون مايلي :

عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو عقد كتابي لمدة محددة يعهد بمقتضاه شخص عمومي إلى شريك خاص بمهمة شاملة تتعلق كلياً أو جزئياً بتصميم و إحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أو لا مادية ضرورية لتوفير مرفق عام .

---

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot، مرجع سابق ، ص 24

<sup>2</sup> المادة الأولى (01) من القانون التمهيدي لقانون الشراكة المغربي تنص على " الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هي شكل من التعاون تعهد من خلاله الدولة و الجماعات الترابية أو هيئات و المؤسسات العمومية و المنشآت العامة و عموماً كل شخص معنوي خاضع للقانون يسمى الشخص المعنوي خاضع للقانون العام لشركائها الخاضعين للقانون الخاص يسمى الشريك الخاص بمسؤولية القيام بمهمة شاملة تتضمن التصميم و التمويل الكلي أو الجزئي و الانجاز و إعادة التوظيف و صيانة و/أو استغلال منشأة أو بنية تحتية ضرورية لتوفير خدمة عمومية و ذلك بواسطة عقد إداري محدد المدة يسمى عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص"

و يشمل عقد الشراكة التمويل و الانجاز أو التغيير أو الصيانة ، و ذلك بمقابل يدفع الى الشريك الخاص من قبل الشخص العمومي طيلة مدة العقد طبقا لشروط المبينة به و يشار إليه في ما يلي بعقد الشراكة .....".

أما عن عقد الشراكة في كندا :

إن المجلس الكندي للشراكة مع القطاع الخاص عرف هذا العقد بأنه " مخاطرة مشتركة فيما بين القطاعين العام و الخاص ، تعتمد على خبرة كل طرف التي تحدد بوضوح الأفضل للاحتياجات العامة من خلال توزيع مناسب للموارد ، المخاطر ، الحوافز "

و المجلس الكندي للشراكة بين القطاعين العام و الخاص انشأ في فترة حكومة المحافظين الفدرالية برئاسة Stephen Harper سنة 1993 ، و قد كان هذا المجلس يقوم بعمل أبحاث حول هذه المواضيع و في كل عام يحتفل بتجارب الشراكة الناجحة ، و استخدمت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في بناء مشاريع البنية التحتية ، مثل أنظمة العبور (الترانزيت) كما في <sup>1</sup> Bus rapid transit

عقد الشراكة في جنوب إفريقيا :

فقد عرف قانونهم عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بأنه " عقد بين شخص عام، مؤسسة ، بلدية ، و شخص خاص يقوم بموجبه بتقديم عمل جوهري مالي و فني و مخاطرة في عملية تصميم و تمويل و بناء و تشغيل مشروع <sup>2</sup>."

و تعددت مشاريع الشراكة في جنوب إفريقيا في مجالات السياحة و الصحة و المياه و الطاقة و المخلفات و الإسكان و السكك الحديدية و التعليم و مشاريع الميترو بمراحله المختلفة.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 30

<sup>2</sup> مؤتمر العمل العربي، الدورة التاسعة و الثلاثون، البند العاشر " تكامل دور القطاعين العام و الخاص"، القاهرة، جمهورية مصر العربية 2012

إذن ما يجب تلخيصه هو أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يعني في مفهومه الواسع كل أشكال التعاون بين السلطات العمومية من جهة و مؤسسات القطاع الخاص من جهة أخرى ، و عليه فهي عقود تعهد بموجبها الدولة أو مؤسسة عمومية إلى شخص خاص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمار المرتقب انجازه ، بما أن لها مهمة شاملة و كلية تتضمن التمويل ، البناء و الاستغلال ، و في بعض الأحيان تدبير المرفق العام ، إضافة إلى التطوير أو التحضير الأولي للمشروع ، المتعاقد مع الشخص العام أي الأشخاص الخاصة تتقاضى مقابل ، ويكون عبارة عن أقساط شهرية أو نصف سنوية من الحكومة ، و الأداء الحكومي يمتد طوال مدة العقد أو من الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين أو الاثنين معا.

أما في مفهومه الضيق فيمكن اعتبار عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو كل عملية تعاون للدولة و امتدادها من جهة، و مؤسسات خاصة من جهة أخرى ، حول مشاريع مشتركة للخدمة العمومية.

أي التعريف الضيق لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يعني التعاون لانجاز مشاريع مشتركة بين الدولة أو مؤسسات عمومية أو الجماعات المحلية من جهة ، و المقاولات الخاصة ( وطنية أو أجنبية ) من جهة أخرى ، و هذه الشراكة تتم بواسطة عقد، و بطبيعة الحال لا يدخل في هذا النطاق مختلف أشكال المساعدات و التحفيزات التي تقدمها الدولة للقطاع الخاص لتشجيعه على الاستثمار و إنشاء مناصب عمل.

و ما يجب التركيز عليه لإعطاء مفهوم أو تعريف لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو طابعه التعاقدية بين القطاعين ( العام و الخاص ) ، حول مشاريع تنموية للبناءات التحتية للخدمة العمومية تشمل في غالب الأحيان الاتصالات ، الطاقة ، الكهرباء ، الطرقات ، المياه ، السكك الحديدية .....الخ.

## الفرع الثالث: قيام عقد الشراكة على مبدأ الشمولية و اقتسام المخاطر لإقامة مشاريع البنية الأساسية على المدى الطويل

اتفقت العديد من الدراسات و البحوث لهيئات و منظمات دولية و إقليمية<sup>1</sup> و باحثين ، أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ما هو إلا وسيلة و أداة لتنظيم علاقات مستقرة ما بين وحدتين ، تتطلب هذه العملية جملة من الخصائص تميزها عن غيرها من العقود الكلاسيكية أو التقليدية .

### أولاً : عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص عقد شامل

إن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو نظام اقتصادي مركب و شامل، حيث تقوم الحكومة أو الجهة الإدارية باختيار شركة المشروع من القطاع الخاص، فتعطيها امتياز تتولى بموجبه إقامة مشاريع البنية التحتية بجميع مراحلها من تصميم، تمويل ، إنشاء و تشغيل خلال فترة زمنية معينة ، بعد انتهاء هاته الفترة تقوم الشركة المستثمرة بنقل إدارة المشروع للحكومة ، و يتعين أن تكون هاته الفترة طويلة نسبياً بقدر يكفي لتغطية رأس المال المستثمر في المشروع ، و يحقق ربح أو عائد مناسب للشركة .

و بالتالي فإن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو عقد كلي يجمع كل مراحل أو مهام المشروع أو جزء منها، و يحتوي على عدة عناصر أهمها تمويل استثمارات التجهيزات و المنشآت الضرورية للمرفق العام ، إنشاء و تحويل التجهيزات أو المنشآت أو الاستثمارات الأخرى ، كما يشمل على صيانة التجهيزات و المنشآت و استغلالها و تدبيرها، كما يمكن أن تشمل عقود الشراكة مع القطاع الخاص على تقديم خدمات المرفق العام.

و لعل خاصية الشمولية هي الخاصية التي تميز هذا النوع من العقود بامتياز ، حيث تتكفل مؤسسة واحدة أو مجمع بكل أو بعض مهام التصميم ، التمويل ، الانجاز ، الاستغلال و

<sup>1</sup> مؤتمر العمل العربي: الدورة التاسعة و الثلاثون، البند العاشر " تكامل دور القطاعين العام و الخاص "، القاهرة ، جمهورية مصر العربية، 2012

الصيانة و تصبح هي المسؤولة عن كل جوانب الخدمة ، و هذا يسمح لها الأخذ بعين الاعتبار التكامل بين مختلف مراحل المشروع<sup>1</sup>، كما أن من سمات الشمولية هو قيام القطاع الخاص بتمويل هذه المشاريع ذاتيا أو الحصول على التمويل من المصاريف .

إن تكفل المؤسسة الخاصة بمهام انجاز و إدارة المشروع من شأنه أن يؤدي إلى التخفيف من الضغوط المتزايدة على الميزانيات الحكومية، الأمر الذي يمكن الدولة من إنفاق مواردها على أولويات أخرى، و يزيح العبء الإداري عن كاهل الدولة و يحمله للقطاع الخاص ، حيث يقوم القطاع الخاص بتشغيل المشروع و إدارته على أسس و قواعد تجارية دون اعتماد وسائل الإدارة العامة ، و بالتالي البعد عن البيروقراطية .

كما أن خاصية الشمولية التي تتميز بها عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص تؤدي إلى تحقيق آثار خارجية ايجابية أهمها تخفيض التكاليف الكلية للمشروع ، كما تساهم في تحسين نوعية الخدمة المقدمة ، فهي عقود تضم مهمة الصيانة و التجديد و الترميم التي قللت العقود التقليدية من أهميتها و لم تدرجها بصفة وافية في حساب التكاليف ، و هذا من شأنه أن يؤدي إلى ارتفاع معدلات النمو و الحفاظ على نوعية المشاريع و إطالة فترة حياته و بالتالي الحفاظ على الخدمة العمومية.

#### ثانيا : عقد الشراكة عقد تقاسم المخاطر بين الطرفين

يعد مبدأ توزيع المخاطر احد السمات الرئيسية لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و المميز لها عن غيرها من العقود الإدارية ، و يعتبر مفهوم التوزيع الأمثل للمخاطر احد أهم المحاسن التي تنسب لتمويل المشاريع بشكل عام و لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بشكل خاص ، حيث تقترن مشاريع البنية التحتية في العادة بمجموعة من المخاطر المختلفة ، إذ يكاد لا يخلو أي مشروع من وجود مخاطر معينة تصاحبه ، و درجة هذه المخاطر تختلف من مشروع إلى آخر لكونه ينشأ بين طرفين هما القطاع الخاص و الدولة ،

<sup>1</sup> احمد سيد احمد محمود : التحكيم في عقود الشراكة PPP ، دار النهضة العربية ، مصر ، طبعة 2013 ، ص 98

فتحاول الدولة نقل مخاطر المشروع من على عاتقها و تحميلها بقدر المستطاع للقطاع الخاص ، الذي يقوم بدوره بتقليل من درجة هذه المخاطر .

و بما أن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هي عقود إجمالية بطبيعتها كما قلنا سابقا، تتضمن كل المراحل بدءا من تصميم المشروع و انتهاء بتشغيل و الاستغلال و الصيانة ، فان المتعاقد الخاص و العام يبقى متحملا معا دائما لهامش من المخاطر بسبب ارتباط تنفيذ هذه العقود بمحتوى اقتصادي ، مالي و قانوني متطور .

و تعرف المخاطرة على أنها فرصة حدوث حدث يؤدي إلى جعل الظروف الحقيقية للمشروع تختلف عن تلك المفترضة على توقعات سابقة، و مثال عن المخاطر مخاطر الحصول على كل التراخيص المطلوبة للبناء ، و تأخر عمليات البناء و تجاوز التكاليف الاعتمادات و وفرة الخدمة و جودتها.....الخ<sup>1</sup>.

و قد أصبحت تقسيم المخاطر و توزيعها و إدارتها مواضيع أساسية يجب مراعاتها إذا أريد لأي علاقة شراكة مع القطاع الخاص أن تنجح ، كما أنها تعد خطوة مهمة للحالة التجارية للمشروع ، حيث تتضمن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص آليات خاصة لتقسيم المخاطر ، فعكس العقد التقليدي الذي تتحمل فيه السلطة العمومية كل مخاطر المشروع خاصة تلك المتعلقة بمرحلي الانجاز و الاستغلال ، فان عقد الشراكة مع القطاع الخاص يقسم المخاطر بين السلطة العمومية و القطاع الخاص كل حسب طاقته و قدرته ، فمثلا في العقد التقليدي تتحمل الدولة أعباء تمويل المشروع من أموال الخزينة العمومية ، أما في عقد الشراكة يمكن أن يتحمل القطاع الخاص جزء من عبء التمويل أو كله حسب نوعية العقد إذ تحدد آلية لتغطية التكاليف حسب دفعات دورية منظمة من صاحب المشروع ( الحكومة ) أو مدفوعات المستعملين أو الاثنين معا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مجلة صندوق النقد الدولي ، قضايا اقتصادية " الاستثمار العام و الشراكة بين القطاعين العام و الخاص " العدد 40

<sup>2</sup> برنامج المعاملات الالكترونية ، الدليل الإرشادي السريع ' شراكة القطاعين العام و الخاص ' ، المملكة العربية السعودية

و اقتسام المخاطر بين طرفي العقد يفترض تحديدها بصورة دقيقة ، و هو ما يتطلب تحديد أسس تقييم المخاطر بالنسبة للمشروع بكامل مراحلها ، مثل الوقوف على مدى قدرة المتعاقد على تأمين تصميمات ملائمة للإنشاءات ، و مدى قدرته على توفير و تأمين التمويل الضروري للمشروع طوال مدة التنفيذ بمختلف مراحلها ، و كذا ضمان تنفيذ ملائم لمختلف مراحل العقد و ما يطرأ عليها من تطورات بصورة تضمن بالمقابل تقديم خدمة عالية الجودة و دون انقطاع<sup>1</sup>.

و بعبارة أخرى فان تقييم المخاطر يهدف بالأساس إلى تقييم محتوى متكامل عن مشاريع الشراكة في ضوء المعطيات المعاصرة ، و تلك التي متوقعة في المستقبل و التي من الممكن أن تؤثر في تنفيذ عقد الشراكة مستقبلا .

و يكون للمؤسسات المالية دور في تحديد مضمون اقتسام المخاطر بالنظر إلى اعتبار أن عقود الشراكة مع القطاع الخاص هي عقود تمويل تؤدي إلى نشوء علاقات بين المتعاقد و المؤسسات المالية التي تتدخل لضمان تمويل إنشاءات التي يتولاها هذا الأخير، و عليه فمن الطبيعي في مثل هذا الإطار أن تدرس المؤسسة المالية الجوانب المختلفة للمشروع ، و التي ستدخل لضمان التمويل و كذلك المخاطر المرتبطة به من مختلف الجوانب الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية الإدارية و القانونية.

و المخاطر التي تؤخذ في الاعتبار في عقد الشراكة مع القطاع الخاص، هي التي تؤثر سلبا في تنفيذ الجيد و المنتظم للمشروع من حيث مدته أو تكلفته أو مستوى الأعمال التي يلتزم بها المتعاقد بمقتضى العقد ، هذه الأنواع من المخاطر يجب أن تكون موضوعا للتقييم و الدراسات ثم للتقسيم ، و يجب أن يكون توزيع المخاطر شاملا للجوانب الفنية، الاقتصادية، المالية و الإدارية.

---

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، دار النهضة العربية ، مصر ، طبعة 2010

و يستعمل في أحيان كثيرة في تحليل المخاطر و حصرها طريقة تسمى مصفوفة المخاطر، و مصفوفة المخاطر عبارة عن أداة مصممة لتوحيد المعلومات المأخوذة عن دورة إدارة المخاطر، و تساعد جميع الجهات ذات العلاقة لرؤية الصورة الكاملة للمخاطرة<sup>1</sup>.

و تشمل المصفوفة على فئة المخاطرة، وصف المخاطرة، عواقب و اثر حدوث المخاطرة، و خطوات امتصاص أو تخفيف المخاطرة.

و تتعدد المخاطر التي يمكن أن تكون محلا للتصنيف المبني على دراسة فنية، فهذه المخاطر قد تكون سياسية تتمثل في عدم الاستقرار السياسي في الدولة، و ما يكتنف ذلك من تغيرات محتملة في الحكومات<sup>2</sup>.

و قد ترتبط المخاطر بالتشغيل و الاستغلال، مثل مخاطر عدم دقة التقديرات المتعلقة بتكلفة توريد الخدمة أو تكلفة الصيانة و غيرها من المخاطر، كما قد ترتبط بالنواحي المالية كتطور سعر الفائدة و سعر النقود.....الخ.

و قد اختلفت البلدان المشاركة في الدراسات الرائدة إلى حد بعيد في كيفية تعاملها مع شروط اقتسام المخاطر، و تمثل الضمانات الحكومية احد أشكال الدعم الحكومي المشروعة لاستثمارات البنية التحتية ، عندما تكون الحكومة في وضع يؤهلها لتوقع المخاطر و السيطرة عليها و بالتالي التقليل من تكلفتها ، غير أن مثل هذه الضمانات تخلق بعض المتاعب من حيث عدم خضوعها عادة لنفس درجة الفحص الدقيق ، عند إعداد الميزانية العامة مقارنة بالإنفاق العادي ، و تزداد حدتها على وجه الخصوص أثناء الأزمات ، و يقتضي الأمر إعطاء أولوية لوضع سياسة استشرافية رشيدة بالنسبة للضمانات بشرط توخي الشفافية في مجال المالية العامة .

<sup>1</sup> ليث عبد اله القهيوي ، بلال محمود الوادي : الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، مرجع سابق ، ص 61

<sup>2</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 277

و يجب أن تكون الضمانات جيدة التصميم و محددة النطاق و المدة الزمنية، و ينبغي للحكومة بصفة خاصة تجنب تقديم ضمانات أوسع نطاقا مما ينبغي لتحقيق أهدافها<sup>1</sup>.

و تعد الضمانات الحكومية من السمات الشائعة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، و الضمانات الحكومية تصبح ملزمة للحكومات التي تصدرها للوفاء بتعهداتها في حال وقوع حدث غير مؤكد سبق تحديده بوضوح.

و لذلك فإن الحكومة مثلا التي تقدم ضمانا لقرض حصلت عليه إحدى شركات القطاع الخاص كانت قد دخلت مع الحكومة في شراكة، فإن الحكومة قد تجد نفسها مضطرة إلى سداد هذا القرض ( الذي حصلت عليه هذه الشركة لتمويل احد المشاريع ) عند عجز هذه الشركة عن السداد.

و عليه فإن الفكرة الأساسية لكل ما قلناه حول تقسيم المخاطر تتلخص فيما يلي:

أي مشروع أي كان حجمه و أي كانت طبيعته يشتمل على عدد من المخاطر المرتبطة بميادين عدة (اقتصادية، سياسية، تقنية، قانونية، مالية.... الخ ) ، بدلا أن يتحمل طرف من الأطراف المتعاقدة كل المخاطر المتعلقة بانجاز و تسيير المشروع ، سواء كان هذا الطرف عموميا أو خاصا ، فإن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يقترح توزيع المخاطر بين جميع الأطراف المتعاقدة ، كل حسب ما هو قادر على تسييره سواء كانت تقنية ، اقتصادية مالية.... الخ.

### ثالثا : عقد الشراكة عقد طويل الأجل

بما أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي آلية من آليات تمويل مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة، حيث يتكفل الشريك الخاص بتمويل ، تصميم ، إنشاء . تجهيز و

---

<sup>1</sup> إن الحاجة للضمانات قد يتلاشى مع مرور الوقت ، فمن المحتمل انتقال مزيد من المخاطر إلى القطاع الخاص مع تزايد خبرة البلاد المعني في مجال الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، و ازدياد قوة إطار سياسته إلى جانب انخفاض أوجه عدم اليقين المحيطة باستخدام هذه الشراكة .

تشغيل المشروع ، ثم صيانتها طيلة مدة العقد ، لذا فان طبيعة هذه العقود تقتضي أن تكون طويلة المدة ، إذ يمتد العقد عموما من خمسة إلى ثلاثون سنة ( 05 إلى 30 سنة ) ، و هذا ما جاءت به المادة (02) من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة<sup>1</sup> .

عكس القانون الفرنسي الذي اوجب تضمين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمدة معينة ، دون أن يبين حد ادنى أو أقصى لهذه المدة.

إلا انه يجوز الخروج عن المدة المحددة بالعقد بالزيادة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، مثلا إذا كانت المدة تتراوح ما بين خمسة (05) سنوات و ثلاثون (30) سنة مثل ما جاء في القانون المصري، فانه يجوز الخروج على هذه المدة و تجاوزها، كان تكون هناك مصلحة عامة جوهرية تقتضي ذلك ، فقد تكون هناك حاجة ملحة من قبل الدولة لمشروع ما ، و هذا المشروع يتطلب أموال و نفقات باهظة تكون معها مدة الثلاثون (30) سنة غير كافية لرد هذه النفقات الباهظة و تحقيق هامش ربح معقول للشريك الخاص.

و من ثم فقد يشترط الشريك الخاص على الجهة الإدارية أن تزيد مدة العقد عن الثلاثون (30) سنة، و ذلك عندما يستشعر المستثمر أن المبالغ التي سوف ينفقها على تمويل المشروع من الضخامة ، بحيث تكون معها الثلاثون (30) سنة غير كافية لرد ما أنفقه و تحقيق هامش ربح يقبله<sup>2</sup>.

و هنا يمكن القول انه أمر ايجابي من جهة ،لأنه يضمن للسلطة العمومية تقديم الخدمة العمومية ، أما بالنسبة للمتعامل الخاص فاسترجاع التكاليف و تحقيق الأرباح ، لكن من جانب آخر فان طول مدة العقد حامل لعدم اليقين من ناحية ضمان الطلب (إقبال

---

<sup>1</sup> تنص المادة الثانية فقرة أولى (1/2) من قانون الشراكة المصري على انه " ..... و لا يجوز أن تقل هذه المدة عن خمس سنوات و لا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء أو إتمام أعمال التطوير ....."

<sup>2</sup> تنص المادة الثانية فقرة ثانية (2/2) من قانون الشراكة المصري على انه " و مع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا للمشاركة الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد عن ثلاثون سنة إن اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية "

المستعملين) و تحسين التكاليف ، و من ناحية استقرار المحيط الاقتصادي و السياسي و المؤسساتي ، و لهذا فمراجعة هذا النوع من العقود و اللجوء المتكرر لإعادة التفاوض على هاته العقود ، و في بعض الأحيان فسخها أصبحت عادية و حتى محبذة في كثير من الأحيان ، لأنها تحدث التعديلات اللازمة عليها بفعل المستجدات و تقلبات السوق، و الأوضاع السياسية و الطبيعية (كوارث طبيعية) ، و التي قد تتخلل مدة العقد الطويلة ، كما أن طول مدة العقد يعمل على إيجاد تحفيز لدى المؤسسات الخاصة.

و تحدد مدة العقد من خلال عدة تواريخ كتاريخ التوقيع على العقد، تاريخ بدء تقديم الخدمة تاريخ آخر يوم لتقديم الخدمة ، و الذي يجوز بعده للجهة الإدارية المتعاقدة إنهاء عقد الشراكة لعدم قيام الشريك الخاص انجازه بتقديم الخدمة ، و تاريخ انتهاء العقد نهاية طبيعية طبقا لما تم تحديده عند التوقيع على العقد .

كما أن مسودة عقود الشراكة في بريطانيا PFI نصت على ضرورة تحديد مدة العقد بقولها " يجب تحديد تاريخ بدء الخدمة لتمييز بين وقت توقيع العقد و قبل مدة الخدمة من مدة الخدمة نفسها ، و إن اختيار المدة يجب أن يحدد في ضوء عدة عوامل و يجب أن لا تقل مدتها عن عشرة (10) سنوات "

كما توجد التواريخ الحرجة و هي تخص تاريخ آخر يوم لتقديم الخدمة ، و هو التاريخ الذي لا يكون متوقعا بعده بدء في تقديم الخدمة إذا وجد الشريك الخاص نفسه غير قادر على تقديم الخدمة قبل هذا التاريخ ، عندئذ يكون إنهاء العقد خيارا للجهة الإدارية المتعاقدة ، لكن في هذه الحالة يجب أن يكون لدى هذه الأخيرة خطة لهذا الاحتمال ، و يكون على الشريك الخاص أن يتحمل كل التكاليف المترتبة على ذلك لعدم قدرته على مواجهة هذا التاريخ الحرج<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 114

و يمكن القول في الأخير أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو عقد محدد المدة ، و المقررة للشريك الخاص لاستغلال المرفق العام و ادارته ، حيث أنها غالبا ما تكون بنص القانون ، و هي مدة طويلة أقرتها معظم التشريعات الحديثة على أن لا تزيد عن ثلاثون (30) سنة في الغالب إلا في حالات نادرة.

#### رابعا : عقد الشراكة عقد تمويلي

إن تمويل و تشغيل احد المرافق العامة في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتم بصفة رئيسية عن طريق القطاع الخاص ، و يتم التمويل وفقا للمفهوم التمويلي الاقتصادي المعروف دوليا بنظام " تمويل المشروع " Financement de projet ، و هنا يتم التركيز على أصول المشروع و ليس صاحب المشروع ، فعملية التمويل مرتبطة بمشروع بذاته و بأصول هذا المشروع .

ففي ظل مفهوم " تمويل المشروع " ، و هو الأسلوب الذي يتم به تمويل مشاريع البنية الأساسية بنظام الشراكة ، فان سداد قروض التمويل و فوائدها لا يعتمد من الناحية المالية على ائتمان المساهمين في الشركة صاحبة المشروع بشكل رئيسي ، و إنما يعتمد على أداء المشروع من الناحيتين الاقتصادية و المالية<sup>1</sup>.

و عليه فان التحليل الائتماني الذي تجريه مؤسسات التمويل و هي تمول حوالي 70% أو أكثر من تكاليف المشروع عند تقييم جدوى المشروع يعتمد بصفة أساسية على أداء المشروع و الدخل المتوقع من تشغيله، و هو ما يعني ضرورة تقييم جدوى المشروع الاقتصادية و الفنية ، و كذلك تقييم كافة المستندات التعاقدية للمشروع .

---

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص

فالتأمينات العينية و الشخصية للبنوك المقرضة تتصل أساسا بالمشروع ذاته، و يتمثل محل الرهن بصفة أساسية في حقوق شركة المشروع قبل الغير، سواء في ظل اتفاق الترخيص المبرم مع الحكومة و عقود الإنشاءات و التشغيل و التوريد و التأمين و غيرها.

فمؤسسات التمويل لن تقبل تمويل مشروع ما إلا إذا تحققت من جدواه الاقتصادية و الفنية أولا ، ثم تحققت من جدوى مستنداته التعاقدية و كفايتها لحماية حقوق شركة المشروع، و إمكانية التنفيذ عليها من قبل مؤسسات التمويل على نحو يضمن استمرارية المشروع و ضخ التدفقات النقدية اللازمة لسداد القروض و الفوائد.

و عليه ، لا تقبل مؤسسات التمويل المشاركة في تمويل مشروع إلا إذا احتوت مستنداته التعاقدية على شروط و بنود معينة تدعم جدواه و تقلل من مخاطره ، و يعرف ذلك بمفهوم القابلية للتمويل" ، و هذا المفهوم يلعب دورا رئيسيا في تحديد التزامات و حقوق أطراف المشروع.

#### خامسا : تعارض مصالح الأطراف الرئيسيون

إن للأطراف الرئيسية في المشروع، و هم الجهة الحكومية مانحة الترخيص و شركة المشروع ( بما فيها مؤسسات التمويل ) أغراض عديدة متباينة و متعارضة أحيانا.

فالجهة الحكومية مانحة الترخيص أو الدولة بشكل عام تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، و تنفيذ المشروع و تشغيله وفقا لاحتياجات الدولة و وفقا للمواصفات التي تحددها، كما تسعى الدولة إلى تمويل المشروع عن طريق القطاع الخاص ( شركة المشروع و مؤسسات التمويل ) ، دون تحميل ميزانية الدولة أية أعباء مالية سواء بشكل مباشر ( في شكل قروض ) أو بشكل غير مباشر ( عن طريق تقديم خدمات و امتيازات معينة لشركة المشروع مثل بناء الطرق المؤدية للمشروع ) .

كما أن الدولة تعمل على الاحتفاظ بأكبر قدر من الرقابة على تشغيل المشروع ، و استعادة أصول المشروع في اقل وقت ممكن و في حالة تشغيلية جيدة.

و بصفة عامة فان الدولة تسعى وراء تبني هذا النظام إلى نقل مخاطر المشروع من على عاتق القطاع العام إلى عاتق القطاع الخاص.

أما شركة المشروع أو الشريك الخاص ( بما فيها مؤسسات التمويل ) فهي تسعى إلى تحقيق أغراض قد تتعارض مع أغراض الحكومة ، فهي ببساطة تعمل على تحقيق اكبر قدر من الأرباح بأقل تكلفة ممكنة ، مع الاحتفاظ بأكبر قدر من السيطرة على القرارات الفعالة في تشغيل المشروع ، و نقل عدد من مخاطر المشروع إلى الأطراف الأخرى بما فيها الدولة، كما تسعى شركة المشروع للسيطرة و الاحتفاظ بأصول المشروع لأطول فترة ممكنة.

بالإضافة إلى هذه الخصائص التي تعتبر أهم الخصائص ، يمكن القول أن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص تتميز بالاستقلالية النسبية للمؤسسات ، إذ يركز هذا النوع من العقود على النتائج و ليس الوسائل ، فما يهم هو نوعية و خصائص المشروع و هذا أمر يترك للمؤسسة الخاصة نوعا من حرية التحرك لتنظيم و تخطيط عملها على النحو الذي يقلص من مدة الانجاز ، و تحقيق اقتصادا في التكاليف و يسمح باستغلال المشروع في اقرب وقت و أطول مدة ممكنة ، حيث يحدد الشخص العام المواصفات المراد الحصول عليها دون تحديد كيفية التسليم ، و بالتالي لمقدم العطاء كامل المرونة في كيفية الحصول على هذه المواصفات ، و هذا ما يسمح بالاستفادة من كل الفوائد التي يمكن للقطاع الخاص إضافتها على المشروع.

#### **المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة**

إن المقصود بالطبيعة القانونية للعقد هو معرفة القانون الذي يخضع له ، فضلا عن تحديد طبيعة الحقوق و الواجبات الناشئة عنه فيما بين المتعاقدين ، إضافة إلى معرفة النظام القضائي الذي سيبسط رقابته على المنازعات الناشئة عنه.

و عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص التي هي موضوع دراستنا كغيرها من العقود فانه من الأهمية بما كان معرفة و تحديد الطبيعة القانونية لها، و إذا كانت العقود تنقسم من حيث طبيعتها إلى عقود إدارية و عقود مدنية أو عقود القانون الخاص ، كانت الحاجة إلى الوقوف على طبيعة هذا العقد و معرفة حقيقته.

### الفرع الأول: الاختلاف الفقهي و القانوني في تحديد طبيعة العقد

إن التكييف أو الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد رافقته بعض الصعوبات الجدية التي ثارت من جمهور الفقهاء، كما كانت محل خلاف الفقه و القضاء ، و ترجع هذه الصعوبة إلى عدم وجود مساواة قانونية و اقتصادية بين طرفي هذا العقد ، لأنه عقد يبرم بين القطاع العام الذي يتمتع بالصيغة السيادية و بالشروط و الميزات الاستثنائية، و القطاع الخاص الذي يتمتع بقوة اقتصادية قد تصل في بعض الأحيان إلى تفوقه على مجموعة من الدول في أن واحد<sup>1</sup>.

و قد اختلف الفقه كما قلنا حول تحديد طبيعة عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص حيث أن هذه المسألة قد تناولت بالبحث من كثير من الفقهاء ، و كان الاختلاف حول ما إذا كانت في طبيعتها عقود إدارية تختص بها محاكم مجلس الدولة ، أم أنها عقود القانون الخاص تخضع لولاية المحاكم العادية .

فبينما ذهب رأي إلى القول بان هذه النوعية من العقود هي تنظيم و ليست عقد، فالبعض يضيفي الصفة المدنية على هاته العقود ، بينما ينكر البعض الآخر الصفة المدنية لهذه العقود و قالوا أنها عقود إدارية ، غير أن هذا الاتجاه الأخير هو بدوره انقسم إلى قسمين ، قسم قال بأنها عقود إدارية من عقود الأشغال العامة ، أما القسم الثاني فقال بأنها عقود إدارية و اعتبرها عقود تفويض المرفق العام ( عقود التزام مرفق عام ) .

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2010 ، ص 301

كل رأي من هاته الآراء له حجيته القوية التي دلت بها عن رأيه و أسانيدته التي تؤيد وجهة نظره ، و لهذا سوف نتناول كل رأي على حدى .

### أولا : عقد الشراكة هو تنظيم اقتصادي

ذهب رأي من الفقه إلى أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ليست اتفاق أو عقد و إنما هي تنظيم اقتصادي، يجب لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة و المتعددة بين أطراف مختلفة ، بل إن هاته الأطراف قد تتعارض مصالحها و بالرغم من ذلك تقدم الإدارة على هذا التنظيم تسهيلات لتسيير المرافق العامة ، كما أن الإدارة هي صاحبة المرفق العام و هي المسؤولة عنه و عن إدارته ، و لهذا فان قواعد و شروط تسييره من اختصاصاتها و لا يمكن أن تكون محل تعاقد ، و عليه فهي تكتسي طابعا تنظيميا .

و يقوا الأستاذ De laubadère أن الموضوع الذي ينظمه اتفاق الشراكة هو موضوع تنظيم مرفق عمومي ، و الذي يجب على الإدارة دوما المحافظة و التحكم فيه ، و كذلك وضع القواعد التي تحكمه ، و هو ما يسمى بقانون المرفق العمومي و الذي يخضع للمجال التنظيمي ، و ذلك طبقا للمبدأ الأساسي الذي يعتبر أن تنظيم المرافق العمومية هو من اختصاص السلطات العمومية فقط و بصفة انفرادية<sup>1</sup>.

و مما لا شك فيه فان هذا الرأي محل نظر ، فهو ينكر الصفة أو الطبيعة التعاقدية لهذه العقود و يخرج بها للطبيعة التنظيمية بدعوى أنها تتضمن العديد من الاتفاقات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها ، و هذا أمر غير صحيح ،حيث يرى معارضي هذا الرأي أن هذه الاتفاقات الفرعية ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة و شركة المشروع أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذا لهذا العقد فهي لا تؤثر في طبيعته ، و التي يمكن أن

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص

تكون عقود التزام أو أشغال عامة أو توريد ، و حتى عقود تتعلق بالتمويل و قد تكون إدارية أو مدنية حسب الأحوال<sup>1</sup>.

### ثانيا : عقد الشراكة من عقود القانون الخاص

كان ينظر إلى عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في بداية القرن العشرين على انه عقد مدني ، ناشئ عن طبيعة عقدية بحتة و كاملة بالرغم من تعلق الموضوع بمرفق عام حيث يري البعض أن العقد يتضمن اشتراطات لمصلحة الغير ( المنتفعين ) تقررها السلطة العامة ، مما يؤدي إلى نشوء حقوق لهؤلاء المنتفعين قبل الشريك الخاص و الإدارة و ذلك وفقا لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني<sup>2</sup>.

و يرى البعض الآخر أو يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو من عقود القانون الخاص، يخضع لقواعد القانون المدني كما يختص القضاء العادي بنظر النزاعات الناشئة عنه، ما لم ينص في العقد على شرط التحكيم و يرجعون السبب في ذلك إلى :

إن معظم عقود الشراكة مع القطاع الخاص تقوم على مبادئ القانون المدني كمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" و يسودها مبدأ سلطان الإرادة، كما أن هذه العقود تقوم على أساس التساوي في الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، لذا ليس هناك مجال للقول بالشروط الاستثنائية في هذه العقود، و عليه تعد هذه العقود من قبيل عقود القانون الخاص.

كما أن قبول الدولة لكل من شرطي الثبات التشريعي و الثبات العقدي و الذي يعني انه لا يجوز تطبيق أي تشريع أو قانون جديد على العقد المبرم، أو حتى تغيير في العقد بإرادة

---

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 56

<sup>2</sup> جهاد زهير ديب الحرازين : عقود الامتياز ، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات و الكهرباء ، مكتبة الوفاء القانونية

منفردة يعد ذلك دليلاً على عدم توافر خصائص العقد الإداري ، و بالتالي فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص .

و يعد نظام الشراكة صورة من صور تمويل المشاريع يقوم فيها القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه ، و كذلك تمويله طبقاً لآليات اقتصاد السوق أو الاقتصاد الحر ، و التي توجب التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة و عدم استخدام امتيازات السلطة العامة ، أي يفترض أن تتخلى الإدارة عن سلطتها الاستثنائية و أن تتعامل مع الشريك الخاص كفرد عادي ، مما يضيفي الصفة المدنية على عقودها المتعلقة بمشاريع البنية الأساسية التي تعتمد على تمويل القطاع الخاص ، فإذا ظهرت الإدارة بثوب السلطة العامة فإن ذلك يؤدي إلى عدم الإقدام على التعاقد معها .

\* كما ذهب مجموعة أخرى من الفقهاء ، و من مساندي هذا الرأي إلى القول بان عقود الشراكة هي من عقود القانون الخاص لعدة أسباب منها:

أولاً : إن دور الدولة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص محدود للغاية ، حيث تكون السلطة و الهيمنة على تسيير المشروع و إدارته كاملة للمستثمر الخاص ، و لا يعني ذلك انعدام الدور الرقابي للدولة ، و لكن ما يعنيه انه ليس لها دور في عملية الإشراف والتسيير .

ثانياً : إن عقود الشراكة من عقود التجارة الدولية التي تقوم على إقامة مشاريع استثمارية بمعرفة شركات دولية النشاط ، و العديد منها و إن لم يكن معظمها يتضمن إخضاعها للتحكيم و إقصائها من غطاء مجلس الدولة ، مما يؤكد انتفاء طبيعتها الإدارية .

ثالثاً : إن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ذات صفة عالمية ، و كانت بداية نشأتها في إنجلترا الذي تأخذ بالنظام الانجلو-امريكي الذي لا يعرف التفرقة بين القضاء

العادي و القضاء الإداري ، و يعرف نظام القضاء الموحد الذي تقف فيه الإدارة موقف متساوي مع الأفراد بما يضفي الطبيعة الخاصة على هذه العقود<sup>1</sup>.

رابعاً : إن الدولة في حاجة ماسة للنمو الاقتصادي و حاجاتها تقتضي التعاقد بأسلوب القانون الخاص ، لذا فان الغاية الاقتصادية من العقد تتقدم على الجوانب القانونية لكون العقد مندرجا ضمن عقود الاستثمار .

خامساً : إن المتعاقد ( شركة المشروع ) مع الإدارة في عقود الشراكة مع القطاع الخاص غالبا ما يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية كبيرة ، و تتمتع بحماية دولية و سياسية لا تسمح بتطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية ، و ما تحويه من سلطات للدولة في مواجهة المتعاقد معها<sup>2</sup>.

و من الاتجاهات التشريعية التي تؤيد الطبيعة المدنية لعقود الشراكة التشريعية التركي، حيث نصت المادة الخامسة (05) من القانون 2996 و الخاص بمشاريع الشراكة مع القطاع الخاص في تركيا على انه " لا تعتبر عقود امتياز، العقود التي توقع بين الوحدة الإدارية المكلفة من لجنة التخطيط العليا و شركة رأس مال المستثمر أو الشركة الأجنبية و هذا العقد سوف يحكم بواسطة نصوص القانون الخاص<sup>3</sup>."

إلا أن هذا الرأي تعرض للعديد من الانتقادات حيث قال معارضي هذا الرأي:

- إذ اعتبرنا أن عقود الشراكة هي عقود مدنية ، يترتب عن ذلك أن لا تكون للإدارة أية سلطة في متابعة و مراقبة تنفيذ العقد المبرم مع الشريك الخاص ، بمعنى آخر هو إنهاء دور السلطة أو الإدارة بمجرد التوقيع على العقد ، و هذا يتنافى بدوره مع طبيعة إدارة

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت ، مرجع سابق ، ص 60

<sup>2</sup> لذا يقرر الفقيه الانجليزي Darcy رفضه لمبادئ القانون الإداري الذي يرسخ مبدأ دفع القليل لتحقيق كسب كبير ( نتيجة مبدأ إرساء المناقصة على العطاء الأقل سعرا ) ، و قال انه لا باس من إضافة شيء ما لصالح صاحب العطاء الأقل مقابل ما يتعرض له من مخاطر ، الأمر الذي يعود بالنفع عليه لقاء ما دفعه

<sup>3</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 61 ، النص التركي منشور في الجريدة الرسمية التركية على شبكة الانترنت

المرافق العامة التي دوما بحاجة إلى تدخل السلطة في الرقابة على الأداء و حق تعديل الرسوم ، بحيث لو قام الشريك الخاص بتغيير أو تعديل الرسوم مما يجعلها مرهقة للجمهور لا تستطيع الإدارة التدخل لرفع هذا الإرهاق عن المنتفع ، لان العقد هو الحاكم لمثل هذه التعديلات فيما بين الإدارة و الشريك الخاص وفقا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين".

- إن شرط الثبات التشريعي و الثبات العقدي دليل على أن العقد من عقود القانون الخاص هو قول مردود ، لان شرط الثبات التشريعي يعد في حد ذاته شرطا استثنائيا غير مألوف في القانون المدني ، و قبول هذا الشرط لا يعني ان الدولة أرادت أن تتعاقد مع الطرف الآخر على قدم المساواة ، بل يعني اعتراف الطرف المتعاقد مع الدولة بقدرة هذه الأخيرة بما لها من سلطة في تعديل العقد أو إنهاءه ، غير أن الطرف الخاص قد اتفق مع الدولة على عدم استعمال تلك السلطة ، و هذا الاتفاق لا يحو سلطة الدولة في تعديل العقد أو إنهاءه<sup>1</sup>.

- إن الأسس التي يستند إليها أنصار فكرة العقد المدني و المتمثلة في انسجام العقود المدنية مع متطلبات التجارة الدولية، و ما يقتضيه التوجه الاقتصادي و تشجيع الاستثمارات الدولية لا تعدو أن تكون مجرد مناشدة من قبل الفقه للدولة لتتبع أساليب القانون الخاص أو القانون المدني.

-إن الادعاء بان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أول ما ظهرت ظهرت في انجلترا و التي تأخذ بنظام القضاء الموحد ، الذي يكرس مبدأ المساواة بين المتعاقدين و يعتبر من ثم من العقود المدنية ، إلا أن هذا مردود عليه ، لان هذه العقود هي عقود دولة بريطانيا و ليست عقود قانون خاص ، و هو يبرم و ينفذ في إطار قانوني و إداري ، يسمح للقطاع الخاص بإنشاء المرافق و استغلالها في مقابل مكافأة يتقاضاها من الشخص العمومي أو رسوم يتقاضاها من الجمهور أو الاثنيين معا ، و تتم كل هذه المراحل تحت

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 265

إشراف جهة الإدارة باحترام بنود العقد الموقع معها ، و الذي يعطيها سلطات تميل إلى مبادئ القانون العام بشكل يبعد هذه العقود من دائرة القانون الخاص<sup>1</sup>.

### ثالثا : عقود الشراكة عقود إدارية

يذهب غالبية الفقه إلى تكييف عقود الشراكة (PPP) بين القطاعين العام و الخاص على أنها عقود إدارية ، و تستند في ذلك إلى ما يلي :

\* إن عقود الاستثمار و من بينها عقد الشراكة مع القطاع الخاص ، و إن كانت في ظاهرها تهدف لتحقيق الربح المادي اذ القائم عليها احد المستثمرين من القطاع الخاص، إلا أن الطرف الثاني فيها هو الدولة أو جهاز من أجهزتها ، و التي تهدف في المقام الأول من إقامة هاته المشاريع تسيير مرفق عام ، و الذي يكون غالبا احد المرافق الحيوية الهامة<sup>2</sup>.

\* احتواء عقد الشراكة على العديد من الشروط الاستثنائية، كالمزايا العينية التي يمنحها القانون للمستثمر سواء كان وطنيا أو أجنبيا ، كالإعفاء الضريبي و الرسوم الجمركية، أو كمنح المستثمر أرضا يقيم عليها المشروع الاستثماري .

\* كما اتجه فريق آخر من أنصار هذا الرأي إلى القول أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو وليد أمر انفرادي تصدره السلطة المانحة بما لها من ولاية أمر ، بحيث لا يكون أمام الشريك الخاص إلا القبول أو عدم القبول ، و عليه فان هذا الرأي احتفظ للإدارة بحقها في التدخل و تعديل قواعد هذا العقد ، و إلغائه دون حاجة لرضا الشريك الخاص.

\* و ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بصعوبة بل استحالة خضوع عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص لنظرية العقد في القانون الخاص، لان القول بذلك أو الاعتراف بذلك يكرس نوعا من المساواة غير المنطقية بين المصلحة العامة و المصلحة الفردية ، مما

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، مرجع سابق ، ص 29

<sup>2</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، المرجع نفسه ، صفحة 29

يؤدي في نهاية الأمر إلى تهديد تسيير المرافق العامة و توقفها عن أداء الخدمة العامة تطبيقاً لنظرية العقد.

\* إن التوسع النسبي في الشروط العقدية، و هي تلك التي لا يجوز لأي من الطرفين تعديلها بإرادة منفردة على حساب الشروط اللائحية ، التي تملك الجهة الإدارية تعديلها بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر، لا يعني التغاضي كلياً عن الشروط اللائحية ، بل إن الأمر مجرد نوع من أنواع تشجيع الشركات الدولية و المستثمرين للإقدام على الاستثمار داخل البلاد ، و تهيئة المناخ القانوني لهم ، و لكن بشرط المحافظة على المصلحة العامة في الدولة و صيانة مصلحة المستثمر في ذات الوقت<sup>1</sup>.

غير أن أنصار هذا الاتجاه القائل بإدارية عقود الشراكة اختلفوا فيما بينهم حول ما إذا كانت عقود التزام مرفق عام، أم أنها عقود أشغال عامة.

- عقد الشراكة احد عقود الأشغال العامة :

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقود الشراكة من قبيل عقود الأشغال العامة ، و حججهم في ذلك في :

\* إن هذه العقود تتضمن أشغال عامة و إن الإنشاء ، التمويل ، التشغيل و الصيانة يتحملها جميعاً الشريك الخاص أو شركة المشروع ، خلال مدة معينة و قبل التسليم إلى الدولة.

إلا أن أنصار هذا الرأي القائل بان عقود الشراكة من عقود الأشغال العامة اختلفوا فيما بينهم هم أيضاً ، و انقسموا إلى اتجاهين حول ما إذا كان هذا العقد يعد عقد التزام أشغال عامة أم انه عقد مقاوله أشغال عامة :

الاتجاه الأول : يرى أن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو عقد التزام أشغال عامة ، لان المتعاقد في هذا العقد قد يتولى إنشاء التجهيزات الأولية للمرفق العام و تشغيله

<sup>1</sup> طه محييد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 93

حيث يتم تكليف الشريك الخاص ( شركة المشروع ) بعمل تصميم للمرفق العام أو لمشروع ما من مشاريع البنية التحتية أو الأساسية و المرافق العامة ، ثم يتولى هو إنشاء هذا المرفق و تجهيزه و إمداده بالمعدات اللازمة لتشغيل ، و عمل صيانة دورية له طيلة مدة العقد ، و هو نفس التزامات الملتزم في عقد الأشغال العامة ، لذا يعد هذا العقد عقد التزام أشغال عامة

<sup>1</sup>. Concession de travaux public

الاتجاه الثاني أو الرأي الثاني : يقول أن عقد الشراكة (PPP) هو عقد مقاوله أشغال عامة و سبب ذلك هي طريقة حصول المتعاقد على حقوقه ، حيث يحصل عليها في شكل ثمن تدفعه جهة الإدارة بصورة مجزأة طيلة مدة العقد ، و هو اتجاه مجلس الدولة في فرنسا.

لكن يؤخذ على هذا الرأي أن مقاوله الأشغال العامة تختلف عن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من ناحية الثمن الذي يدفعه رب العمل، ذلك أن الشريك الخاص (شركة المشروع ) في عقود الشراكة يحصل على حقوقه في شكل ثمن تدفعه جهة الإدارة بصورة مجزأة طيلة مدة العقد ، أو عن طريق رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، أما في عقد مقاوله الأشغال العامة فانه يحصل على حقوقه (المقابل المالي ) عن طريق مبلغ ثابت تدفعه الإدارة للمتعاقد ( المقاول ) .

من جهة أخرى فان مهمة المقاول في عقد مقاوله الأشغال العامة تنتهي بإنشاء المشروع و تسليمه للجهة الإدارية ، دون أن تكون له الحق في إدارة و تشغيل المشروع.

و من ناحية أخيرة فان عقد الأشغال العامة يفتقد عنصر المدة ، فعادة ما تكون مدته قصيرة تتراوح ما بين ستة (06) أشهر إلى سنة (01) ، أما المدة في عقد الشراكة فتكون طويلة نسبيا تتراوح ما بين خمسة (05) إلى ثلاثون (30) سنة.

---

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot، مرجع سابق ، ص 65

## - عقد الشراكة يعد احد عقود تفويض المرفق العام ( عقود التزام مرفق عام ) :

يذهب البعض إلى اعتبار عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو عقد تفويض مرفق عام ، و هو عقد إداري بطبيعته متى كانت الإدارة طرفا فيه و اتصل بنشاط مرفق عام . و إذا كانت الصورة التقليدية لعقد تفويض المرافق العامة هي اعتباره أسلوبا لإدارة مرفق من مرافقها و تعهد به إلى الملتزم ، فذلك لا يمنع من أن يقوم الملتزم بادئ الأمر بإنشاء المرفق و تشغيله مدة من الزمن يتفق عليها في العقد<sup>1</sup>.

و قد تبنى بعض القضاة هذه النظرية ، فقضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن " عقد تفويض المرفق العام ليس إلا عقدا إداريا يتعهد بمقتضاه احد الأفراد أو الشركات بالقيام على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية و طبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة إلى الجمهور و ذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن<sup>2</sup>."

كما اتجه العديد من فقهاء القانون العام في فرنسا إلى تكييف عقد الشراكة مع القطاع الخاص بأنه احد عقود تفويض المرفق العام ، و ذلك لان المتعاقد يكون مكلفا بتنفيذ المرفق العام ، و ترتبط حقوقه المالية بمراحل التنفيذ على مدة العقد ، مما يعني أن هذا المقابل المالي يرتبط بنتائج الاستغلال و التي تعد المعيار المميز لعقود تفويض المرفق العام ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يؤيد هذا الرأي و ذهب إلى أن هذا العقد لا يدخل في عقود تفويض المرافق العامة ، و إن كان يشكل وجها متطورا منه تسهلا لإدارة مرفق عام و اقتصادا في النفقات و تحسينا في الإنتاج و حسن الإدارة .

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، عقود ال bot ، مرجع سابق ، ص 127

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري 1956/03/25 مجموعة المبادئ القانونية، السنة العاشرة، ص 259

## الفرع الثاني: عقد الشراكة ذو طبيعة خاصة

الحقيقة انه إذا كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتضمن بطبيعتها أحكاما و قواعد تقترب من عقود الإدارة العادية و من عقود الأشغال العامة ، كما أنها تنظيم اقتصادي يهدف إلى تمويل مشاريع البنية التحتية بوجه عام ، غير انه يظل محتفظا بطبيعته القانونية الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود ، حيث يذهب البعض إلى أن عقود الشراكة بلا شك هي عقود ذات طبيعة خاصة رغم أن لها جذور تتمثل في عقود الامتياز ، إلا انه يوجد بينهما العديد من الاختلافات الجوهرية ، بحيث أصبحت عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص تبرم بعد عدة مفاوضات شاقة بين الطرفين ، كما أنها تعد مفهوما جديدا في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء مشاريع البنية التحتية عن طريق الاتحادات المالية الخاصة و التي يطلق عليها اسم شركة المشروع.

كما أدت هذه العقود إلى ضرورة وضع قواعد قانونية جديدة تتعلق بعدة جوانب ، منها ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع ، إجراءات تسوية المنازعات وديا ، الرسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها من الأفراد ، كيفية إعادة المشروع للدولة ، التأمينات العينية ، مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج .

كما أن خضوع هذه العقود لمبدأ التقييم الأولي و التفاوض التنافسي التي تسبق التعاقد و التوقيع على العقد من ناحية ، و مبدأ اقتسام المخاطر من ناحية أخرى ، يميزها عن عقود الأشغال العامة و عقود تفويض المرفق العام.

لذلك يصعب وضع تكييف محدد و ثابت لهذه العقود، إذ يلزم مراجعة كل عقد على حدى، و عما إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوفر فيه من عدمها.

ويقول أصحاب هذا الرأي بان عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو عقد ذو طبيعة خاصة لأسباب عدة منها:

أولاً : إن هذه العقود تقترب من العقود الإدارية لتعلقها بمرفق عام، إلا أنها تفتقد لظهور الدولة كسلطة عامة ، بالإضافة إلى أنها لا تحتوي على شروط استثنائية باعتبارها من شروط العقد الإداري ، و بالتالي فإنها تخرج عن نطاق العقود الإدارية .

ثانياً : خلو نصوص القانون المدني من أية إشارة إلى هذه النوعية من العقود بهذا الشكل التي ظهرت فيه ، مما يخرجها من نطاق القانون المدني .

و من أنصار هذا الرأي أيضا من قال أن لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص طبيعة خاصة لأنه ذو طبيعة مركبة<sup>1</sup> ، لما يشمله من شروط تعاقدية و لائحية ، بمعنى أن شروط هذا العقد هي ذات طبيعة لائحية و البعض الآخر ذات طبيعة تعاقدية، لأنه من غير المعقول أن تكون النصوص كلها ذات طابع لائحي أو كلها ذات طابع تعاقدية، لان عقد الشراكة و محله مرفق عام لا يتوافق مع ذلك ، لان القائم على المشروع و هو الشريك الخاص يسعى إلى تحقيق الربح ، كما أننا إذا نظرنا له من ناحية الشروط اللائحية ، فان شركة المشروع (الشريك الخاص ) له عمل شرفي يقبل به و يسهر على إنشاء و استغلال المرفق العام في ظل القواعد المنظمة له ، و التي من حق الإدارة أن تغيرها في أي وقت مع مراعاة التوازن المالي للعقد .

أما إذا نظرنا من ناحية الشروط التعاقدية فإنها تضع الشريك الخاص في مركز قانوني ذاتي شخصي، لا يمكن المساس به من جانب الإدارة، لأنه يتمتع بالمزايا المالية التي تحدد التوازن المالي للعقد.

و مما سبق فان إنشاء المشاريع المرتبطة بالمرافق العمومية يتضمن نوعين من الشروط، شروط نظامية لائحية ، و هي قانون المرفق العام ، أي من خلالها يتم إطلاق يد السلطة

---

<sup>1</sup> جهاد زهير ديب الحرازين : عقود الامتياز ، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات و الكهرباء ، مرجع سابق ، ص

المانحة للمشروع ، بحيث تستقل بوضعها و تنفرد بتعديلها دون حاجة لموافقة الشريك الخاص ، و شروط تعاقدية يمنع على كلا الطرفين تعديلها إلا برضا الطرف الآخر .

و يقصد بالنصوص اللائحية هي الشروط المتعلقة بتنظيم، إنشاء ، استغلال و صيانة مرفق عام ، كتحديد الرسوم التي يتم تحصيلها من المنتفعين مقابل الخدمة ، و شروط الانتفاع بالخدمة و الإجراءات المطلوبة لحماية المنتفع ، حيث أن أمر هذه الشروط يعود للإدارة باعتبارها المسؤولة عن تسيير و إدارة و استغلال و صيانة هذه المرافق في الأصل، حيث انه بإمكانها تعديلها بمفردها كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك بدون موافقة الشريك الخاص و محاولة تعويض الأخير إذا أدى التغيير أو التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد .

كما أن الإدارة حينما تتعاقد مع الشريك الخاص (شركة المشروع) ، فهي تبقى محتقظة بحقها في المحافظة على المرفق العام من حيث تعديل أركانه و طرق استغلاله ، و لها الحق في الإشراف و الرقابة على تسييره حيث أن لجميع هذه النصوص صفة تنظيمية و ليس تعاقدية.

أما النصوص التعاقدية فهي النصوص التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث أنها تتناول تلك النصوص الخاصة بالناحية المالية، مدة العقد، الأحكام الخاصة بتنفيذ مراحل المشروع.

إلا أن هذا الرأي القائل بالطبيعة الخاصة لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص لم يسلم أيضا من النقد على النحو التالي:

إن القول بتكليف كل عقد على حدى هو أمر خطير على مصالح الدولة النامية ، لان هذا التكليف يعطي لهيئات التحكيم سلطات أوسع ، مما قد يؤدي إلى تعسفها عند تكليف هذه العقود التي يتضمن اغلبها شرط التحكيم.

أما رأينا في الموضوع : فإننا نؤيد الرأي القائل بان عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هو عقد إداري و هذا لعدة أسباب تتمثل في :

\* إن العقد الذي يرتبط بالمرفق العام يظل عقدا إداريا ، لان مجرد تكليف احد الأشخاص الخاصة بإنشاء و تشغيل مرفق عام يمثل في حد ذاته شرطا استثنائيا تثبت به الصفة الإدارية للعقد.

\* إن القانون الفرنسي سواء في القانون القديم لسنة 2004 المنظم لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، أو القانون الجديد لسنة 2015 المنظم لعقود الصفقات العمومية و منها صفقة الشراكة ، و كذلك القانون المصري لسنة 2010 و المتعلق بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة ، قد أضفيا الطبيعة أو الصفة الإدارية على هاته العقود ، حيث نصا على أن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هي عقود إدارية ، كما منح للجهة الإدارية الحق في التعديل و الرقابة في مرحلة التنفيذ أو التشغيل ، هذه الأحكام جميعها تتفق مع القواعد العامة للعقود الإدارية.

\* إن عقود الشراكة هي عقود إدارية و ليست عقود قانون خاص ، و اغلب أشكال هذه العقود هي عقود التزام مرافق عامة ، و رغم وجود اختلافات جوهرية بين عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و عقود الالتزام ، فهي مجرد تطورات لحقت بعقد الالتزام التقليدي فرضته ظروف العصر و الاتجاه نحو العولمة و الاعتماد على التخصص ، و جعلها محور التنمية في هذه الدول خاصة النامية ، و عليه فان تحليلنا للعقد سيكون على أساس أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو من العقود الإدارية ، أو أن عقد الشراكة مع القطاع الخاص هو عقد إداري .

### الفرع الثالث: عقد الشراكة و الأنظمة المشابهة له

تعد عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص الحلقة الأحدث في سلسلة تطور إدارة المرافق العامة ، و لا شك أن إدارة المرافق العامة تتأثر تأثرا واضحا بالنهج الاقتصادي الذي تتبعه كل دولة .

ففي الستينات من القرن الماضي زادت النزعة الاشتراكية لدى الدول مما أدى إلى توجيهها إلى القطاع العام لإدارة مرافقها العامة ، ثم ما لبثت أن خلعت معظم دول العالم عن نفسها ثوب الماركسية و اتجهت إلى أسلوب الاقتصاد الحر ، و هذا ما أدى إلى ظهور عقود الشراكة مع القطاع الخاص ، و التي أصبحت تعد احد الطرق في إدارة المرافق العامة كما قلنا سابقا ، الأمر الذي ظهر معه العديد من أوجه الشبه بين هاته النوعية من العقود (عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ) و غيرها من العقود أو النظم الأخرى التي تستعمل لإدارة المرافق العامة .

و لهذا سوف نبرز أهم أوجه التشابه و الاختلاف بين هاته العقود و عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

#### \* تمييز عقد الشراكة عن عقد الخدمة Contrat de service :

يعتبر عقد الخدمة من أنواع الاتفاقات الملزمة للطرفين ، و التي تتم بين هيئة حكومية لها الصلاحيات و شركة أو أكثر من القطاع الخاص ، حيث يقدم فيها القطاع الخاص الخدمة مقابل أتعاب يحصل عليها من الجهة الحكومية ، و غالبا ما تكون هذه الخدمة من النوع الفني ، و تكون مدة هذا النوع من العقود محددة و قصيرة تتراوح ما بين ستة (06) أشهر إلى ثلاثة (03) سنوات ، و تستخدم هذه النوعية من العقود في دول كثيرة مثل ماليزيا ، الهند، الشيلي و غيرهم لتقديم خدمات عديدة ، مثل صيانة المرفق العام ، تحصيل الفواتير ، صيانة شبكات المياه أو تشغيل و صيانة محطات رفع مياه الصرف الصحي<sup>1</sup>.

و من مزايا عقود الخدمة بأنها توفر الفرص لدخول المنافسة من خلال التعاقد مع أكثر من شريك من القطاع الخاص ، و الاستفادة من خبرته في النواحي الفنية ، و بما أن فترة العقد تكون قصيرة فيزداد التنافس بين المقاولين ، مما يشجع على العمل لتحقيق كفاءة الأداء و تخفيض التكاليف .

<sup>1</sup> حكومة دبي ، دائرة المالية ، إدارة الدراسات الاقتصادية و المالية ، افريل 2010

إلا انه يعاب على هذه النوعية من العقود أن أعباء التشغيل و الصيانة تظل على عاتق الحكومة ، كما تظل مسؤولية الاستثمارات و المخاطر التجارية المرتبطة بتشغيل المرفق ملقاة بكاملها على عاتق القطاع العام<sup>1</sup>.

و تختلف عقود الخدمة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في أنها تقوم فقط من خلالها الشركة الخاصة بتقديم خدمات للإدارة من إصلاح و صيانة ، و بالتالي فهي مجرد عقود خدمة و لا تعد عقود تمويل ، بخلاف عقود الشراكة التي تعد عقود تمويل من الطراز الأول ، فالشريك الخاص ( شركة المشروع ) يقوم بتمويل ، إنشاء ، تجهيز و تشغيل مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة ، بمعنى أن الشريك الخاص يقوم بنفسه و على نفقته الخاصة بجميع مراحل المشروع بداية من التصميم إلى غاية الإدارة و التشغيل.

من جهة أخرى فان عقود الخدمة هي عقود محددة المدة و قصيرة تتراوح ما بين ستة (06) أشهر إلى ثلاثة (03) سنوات، أما عقود الشراكة مع القطاع الخاص فهي عقود طويلة نسبيا لا تقل عن خمسة (05) سنوات فأكثر.

\* تمييز عقد الشراكة عن عقد الإدارة :

إن عقد الإدارة هو عبارة عن اتفاق تتعاقد من خلاله هيئة أو مؤسسة حكومية مع شركة خاصة لإدارة هذه المؤسسة، و في هذه الحالة تتحول فقط حقوق التشغيل إلى الشركة الخاصة و ليس حقوق الملكية ، و تحصل الشركة الخاصة على رسوم مقابل خدماتها و بالإمكان ربط هذه الرسوم بأرباح الشركة أو أدائها ، كما تبقى المؤسسة الحكومية مسؤولة عن نفقات التشغيل و الاستثمار ، و تتراوح مدة هذا النوع من العقود ما بين ثلاثة (03) إلى خمسة (05) سنوات .

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، مرجع سابق ، ص 175

و تستخدم هذه الطريقة في الحالات التي تريد الدولة تنشيط شركات خاسرة ، و ذلك بإدخال طرق إدارة القطاع الخاص من اجل رفع قيمة هذه الشركات و أسعارها حين تعرض للبيع<sup>1</sup>.

و قد ظهر نجاح هذه العقود في عدة قطاعات بدول عديدة ، ففي لبنان مثلا طبقت عقود الإدارة في ثلاثة (03) مشاريع و هي جمع النفايات ، تشغيل و إدارة محروق النفايات، و مصنع و معالجة النفايات ، و في غينيا بيساو استخدمت هذه الطريقة في قطاع الكهرباء في عام 1986 ، عندما طلبت الدولة مساعدة فنية من فرنسا لتطوير هذا القطاع ، و بعدها تعاقدت مع هيئة الكهرباء الفرنسية لإدارة هذا القطاع ، و قد تم هذا التعاقد سنة 1991، و كانت النتيجة زيادة في الطاقة الكهربائية و تحسين في أداء التشغيل و الكفاية المالية .

كما أن الدول التي تقوم بإبرام مثل هذه العقود ترى أن عقد الإدارة يسمح لها بالاحتفاظ بالملكية، كما انه يمكنها من حل القصور الإداري و ذلك بالحصول على أحسن الخبرات الإدارية ، و في الوقت نفسه التحكم في نطاق استخدام هذه الخبرات من خلال هذا النوع من العقود .

إلا انه يعاب على هاته العقود و بما أنها تتميز بأزدواجية الإدارة الخاصة و الملكية العامة فالمتعاقد مع الدولة لا يتحمل المخاطر حيث تتحمل الدولة كل الخسائر، كما تلتزم الجهة الحكومية في ظل هذه العقود بسداد مقابل " الإدارة " إلى القطاع الخاص في شكل أقساط محددة و ثابتة ، أو في شكل نسب من أرباح المشروع أو كلاهما معا ، و ذلك بقصد تحفيز شركة الإدارة على زيادة فعالية المرفق و زيادة كفاءته .

و مما سبق يمكن القول أن عقد الإدارة يختلف عن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص فيما يلي:

---

<sup>1</sup> المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية ، نحو أداء متميز في القطاع الحكومي ، المحور الخامس " الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص و دورها في تحقيق التميز في تقديم الخدمات " المملكة العربية السعودية ، نوفمبر 2009

- إن إدارة المرفق العام يتعلق بالإدارة الخاصة للمرفق فقط ، أما عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص فتشمل تمويل المشروع و تصميمه ، إنشائه ، تشغيله و صيانته بالإضافة إلى الإدارة .

- إن الجهة الحكومية أو المؤسسة الحكومية هي التي تتحمل المخاطر في عقود الإدارة، في حين يحكم مبدأ تقاسم المخاطر العلاقة بين الإدارة و الشريك الخاص ( شركة المشروع) في عقود الشراكة مع القطاع الخاص.

- إن المقابل المالي في عقود الإدارة يكون جزافيا و متغيرا في ضوء العديد من القيم و العناصر المرتبطة بنتائج الاستغلال، أما المقابل المالي في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص فيرتبط بتكلفة الأعمال المنفذة فعلا.

- و من ناحية أخيرة فإن مدة عقود الإدارة تتراوح ما بين ثلاثة (03) إلى خمسة (05) سنوات ، أما عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص فهي عقود طويلة المدة نسبيا تتراوح مدتها كما قلنا سابقا ما بين خمسة (05) إلى ثلاثون (30) سنة .

#### \* التمييز بين عقد الشراكة و عقد الأشغال العامة :

عرف الفقه المصري عقد الأشغال العامة بأنه " عبارة عن اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد أو شركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام و بقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد<sup>1</sup> ."

كما عرفه الفقه الفرنسي بأنه " اتفاق يكلف فيه احد أشخاص القانون العام شخص آخر بتنفيذ احد الأشغال العامة و استغلال ناتج العمل المنجز ، مقابل مكافأة يتحصل عليها من العائد المالي لاستغلال "

<sup>1</sup> طه محييد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 75

و بعد تحليل هذه التعريفات يمكن القول أن عقد الأشغال العامة يجب أن تتوفر فيه العناصر التالية مجتمعة حتى يمكن القول بأننا بصدد عقد أشغال عامة، و تتمثل فيما يلي:

- يجب أن يرد عقد الأشغال على عقار<sup>1</sup>، بناء أو ترميما أو صيانة، و يأخذ حكم العقار أيضا العقار بالتخصيص، كإقامة الخطوط التلفونية أو مد الأسلاك تحت الماء.

و يعد المقاول في عقد الأشغال العامة نائبا عن الحكومة في القيام بأعمال المنشآت العامة و بالتالي فهو ملزم بان يقدم للإدارة مباشرة وسائله و إمكانياته لتنفيذ موضوع العقد ذاته، و على هذا يجب على الحكومة أن تحتفظ لنفسها بوسائل الإشراف و الرقابة منذ إبرام العقد و حتى نهايته.

- يجب أن يتم العقد لحساب شخص معنوي عام ، و ذلك في حالة كون العقار الذي يرد عليه العقد مملوكا لشخص معنوي عام ، كما يمكن أن يرد العقد على عقار ليس مملوكا لشخص معنوي عام ، بل يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام ، و ذلك في حالة كون الشخص المعنوي العام له الإشراف على العقار موضوع العمل ، أو سوف يؤول إليه العقار في نهاية مدة العقد<sup>2</sup>.

- يجب أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع عام ، و يعد هذا العنصر من أكثر العناصر تطورا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، و هو مرتبط بفكرة الدومين العام ، فكل عقود الأشغال العامة المرتبطة بالدومين العام هي عقود إدارية<sup>3</sup>.

و من خلال هذا التعريف الدقيق لعقد الأشغال العامة يمكن إظهار أوجه الشبه و الاختلاف بين هذا العقد و عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

<sup>1</sup> جابر جاد نصار : الوجيز في العقود الرادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 40

<sup>2</sup> طعيمة الجرف : القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1978 ، ص 210-211

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، مصر ،

## أوجه التشابه :

1- القاعدة هي أن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من العقود الإجمالية التي تشمل عملية التصميم ، الإنشاء ، التشغيل و الصيانة ، كما انه من المتصور أن تكون عقود الأشغال العامة هي الأخرى من العقود الإجمالية ، بعد أن أجاز المشرع الفرنسي في التقنين الصادر في 01 أوت 2006 اللجوء إلى عقود إجمالية في نطاق طوائف عقود الأشغال العامة ، إذا قررت السلطة المختصة أن تقسيم العقد يكون من نتائج الحد من المنافسة ، أو مؤديا لصعوبات فنية ، و أن التمويل باهظ بالنسبة للأعمال ، لكن تظل قاعدة إمكانية اللجوء إلى عقود الأشغال العامة كعقود إجمالية في القانون الفرنسي استثناء لا يجوز التوسع فيه .

2- كما يتفقان أيضا في طريقة حصول المتعاقد على حقوقه المالية ،حيث تقوم جهة الإدارة في دفع مقابل ما قام به المتعاقد من أعمال في شكل ثمن ،سواء ارتبط هذا الثمن بالأعمال التي نفذها تطبيقا لقاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة ( عقود الأشغال العامة ) ،أو حصل عليها في مرحلة تالية للتنفيذ و الإنشاء و التشغيل في صورة مبالغ دورية ( عقود الشراكة )<sup>1</sup>.

3- كما يتشابه العقدان في خضوعهما لمبدأ التفاوض التنافسي ، فعقود الشراكة تخضع لهذا المبدأ بغرض الوصول إلى التحديد الدقيق للإمكانيات الفنية و القانونية و المالية التي تحقق الهدف من العقد ، بشرط إعمال مبدأ المساواة بين المرشحين في التفاوض ، فلا يجوز لها أن تتفاوض مع بعض المرشحين و تترك البعض الآخر مثلا .

و عقود الأشغال العامة تخضع هي الأخرى لهذا المبدأ في فرنسا في الحالة التي يكون موضوع العقد مركبا ، و لا تستطيع جهة الإدارة أن تحدد بطريقة موضوعية الجوانب المالية و القانونية للمشروع ، أو لا تستطيع أن تحدد بمفردها الجوانب الفنية التي يحتاج إليها العقد.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة ppp ، مرجع سابق ، ص 191

إلا انه و رغم هذا التشابه بين كل من عقود الشراكة (PPP) و عقود الأشغال العامة، إلا أن هناك فروق بينهما تتمثل فيما يلي:

أولاً : في ظل الأشغال العامة لا يقوم المقاول بأداء خدمة عامة أو سد حاجة للجمهور، بل يقوم المقاول سواء أكان فرداً أو شركة بإنشاء المشروع لصالح الجهة الإدارية المعنية، مقابل الثمن المتفق عليه في العقد ، ثم يقوم بعد ذلك بتسليم المشروع للجهة الإدارية لكي تديره بمعرفتها ، كإنشاء المستشفيات و المدارس و الطرق العامة<sup>1</sup> ، ففي كل هذه المشاريع تنتهي مهمة المقاول بإنشاء المشروع و تسليمه للجهة الإدارية المتعاقد معها ، و دون أن يكون له الحق في إدارة المشروع و تقديم الخدمة.

ثانياً : إن عقود الأشغال العامة تخضع لقاعدة عدم جواز الدفع الجزأً أو المؤجل<sup>2</sup> ، أما عقود الشراكة فإنها تخضع لقاعدة جواز الدفع الجزأً ، حيث يكون الدفع في شكل دوري نصف شهري أو نصف سنوي أو سنوي طيلة مدة العقد.

ثالثاً : من ناحية أخرى تختلف عقود الأشغال العامة عن عقود الشراكة مع القطاع الخاص من ناحية مدة العقد ، فعقود الأشغال العامة هي عقود قصيرة نسبياً لا تتجاوز السنة (01) الواحدة في غالب الأحيان بسبب تعلق موضوعها إما بتوريدات أو صيانة..... الخ ، و هي بطبيعتها لا تستغرق مدة طويلة ، أما عقود الشراكة فهي تتعلق بإنشاء و تصميم و تشغيل و صيانة مشروع من مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة ، مما يستلزم أن تكون مدة العقد طويلة ، بحيث تكفي هذه المدة ليحقق الشريك الخاص ( شركة المشروع ) ما أنفقه ، فضلاً عن تحقيق قدر معقول من الربح<sup>3</sup>.

كذلك يكمن الخلاف في المقابل المالي في كلا العقدين، ففي عقد الأشغال العامة يتعلق المقابل المالي الذي يحصل عليه المقاول في الثمن الذي يدفعه رب العمل، و هو الشخص

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 128

<sup>2</sup> المادة 96 من تقنين الأشغال العامة الفرنسي

<sup>3</sup> طه محييمد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 77

المعنوي العام ، أما في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص فيكون المقابل المالي عبارة عن مبلغ يحصل عليه من الجهة الإدارية مجزأة طيلة مدة العقد ، أو على شكل رسوم يحصل عليها من جمهور المنتفعين أو الاثنين معا<sup>1</sup>.

### \* التمييز بين عقد الشراكة و الإيجار و الإيجار التمويلي:

#### - التمييز بين عقد الشراكة وعقد الإيجار:

عقد الإيجار هو عقد يمنح من خلاله مالك الأصول شركة خاصة حق استخدام هذه الأصول، و الاحتفاظ بالأرباح لفترة متفق عليها مقابل دفع إيجار.

و في عقد الإيجار تتحمل الشركة الخاصة المخاطر التجارية، مما يحفزها على تخفيض النفقات و الحفاظ على قيمة الأصول (لكن الدولة تبقى على الاستثمارات و خدمة الديون).

و قد استخدمت هذه الطريقة كثيرا في عدد من الدول الإفريقية و الآسيوية في قطاعات مختلفة ، مثل النقل ، المناجم و المياه ، ففي تايلاند طبقت عقود الإيجار في قطاع السكك الحديدية عام 1985 في عدد معين من خطوط نقل الركاب ، و في 1990 نجحت التجربة و جذبت الخطوط المؤجرة عدد كبير من الركاب و وفرت أرباحا كثيرة.

و في كوت ديفوار قامت الحكومة بإصلاحات رئيسية في قطاع الكهرباء ، حيث تعاقدت مع شركتين فرنسيتين و مستثمرين محليين ، و خلال فترة الإيجار تحسنت مداخيل القطاع ، و تحسنت و تطورت الخدمة المقدمة في هذا القطاع بفضل إدخال تقنيات حديثة في التشغيل كما استخدم هذا النوع من العقود على نطاق واسع في قطاع المياه في فرنسا و اسبانيا .

و من مزايا التي يقدمها التأجير للدولة هو توفير التشغيل بدون التخلي عن الملكية، و الحصول على دخل سنوي بدون التعرض لمخاطر السوق ، بالإضافة إلى وقف الدعم و التحويلات المالية الأخرى .

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة (PPP) ، مرجع سابق ، ص 193

كما تسمح هذه النوعية من العقود بجذب مهارات تقنية و إدارية متطورة ، مما يساهم في استخدام أصول الشركة بدرجة اكبر من الكفاءة.

و يعاب على هذه العقود أن ليس للمستأجر المتعاقد مع الحكومة أية حوافز لرفع قيمة الأصول أكثر من الحد الذي يضمن له عائد مناسب على استثماراته خلال فترة التأجير، على أساس أن ملكية الأصول تبقى للحكومة و لا يتم تحويلها للمستأجر.

و تختلف عقود الإيجار أو التأجير عن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في:

- المتعاقد مع الإدارة يقوم باستئجار مرفق ثم إنشائه مسبقا لرفع كفاءة هذا المرفق، أما عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص فهي عقود تمويل بالدرجة الأولى ، حيث يقوم الشريك الخاص ( شركة المشروع ) بتمويل و إنشاء و تجهيز و تشغيل مشاريع المرافق العامة، أي انه يقوم بجميع مراحل المشروع .

- كما تختلف هذه العقود عن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من ناحية حصول المتعاقد مع الإدارة على حقوقه المالية، ففي عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يحصل الشريك الخاص ( شركة المشروع ) على حقوقه من جهة الإدارة بطريقة مجزأة طيلة مدة العقد ، أما في عقود الإيجار فان المتعاقد هو الذي يقوم بدفع إيجار إلى الجهة الإدارية.

- التمييز بين عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و الإيجار التمويلي :

إن عقد التأجير التمويلي هو من العقود الحديثة التي تعتمد على تداخل العديد من العلاقات القانونية تطبيقا لبعض العقود التقليدية ، منها عقد البيع ، عقد الوعد البيع ، عقد الوكالة و عقد الإيجار ، فضلا عن خيارات ثلاثة معطاة للمستأجر عند نهاية مدة العقد ، و هي إما إعادة العتاد المستأجر إلى المؤجر، أو تجديد العقد لمدة جديدة ، أو شراءه بثمن منخفض .

و قد تطرق المشرع الجزائري إلى التأجير التمويلي في الأمر 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996، و قد عرفته كل من المادة 07-08-09 بعقد " الاعتماد الايجاري"<sup>1</sup> .

نصت المادة السابعة (07) من الأمر 96-09 على انه " يعتبر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة عقد تمنح من خلاله شركة التأجير البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات و لمدة ثابتة أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني للمتعامل الاقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنوي يدعى المستأجر ، كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه و الذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار "

كما عرفته المادة الثانية (02) من قانون الإيجار التمويلي المصري رقم 95 لسنة 1995 بأنه " كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بان يؤجر للمستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استنادا إلى عقد من العقود و يكون التأجير مقابل قيمة ايجارية اتفق عليها المؤجر و المستأجر

---

<sup>1</sup> نصت المادة الثامنة (08) من الأمر 96-09 على انه " يعتبر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة عقد يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر و على شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى المستأجر مقابل الحصول على إيجارات و لمدة ثابتة أصولا ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه مع إمكانية المستأجر الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في اجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار و يتم ذلك في الصيغ المذكورة أدناه

- عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد

- أو عن طريق الاكتساب المباشر أو غير المباشر حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارات المؤجرة

- أو عن طريق التحويل قانونا ملكية الأصول التي تم تشييدها على الأرض التي هي ملك للمستأجر "

أما المادة التاسعة (09) من نفس الأمر فتتص على انه " يعتبر عقد الاعتماد الايجاري المتعلق بالمحل التجاري أو مؤسسة حرفية سندا يمنح من خلاله طرف يدعى مؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات و لمدة ثابتة لصالح طرف يدعى المستأجر محلا تجاريا أو مؤسسة حرفية من ملكه مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح المستأجر و بمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجارات مع انعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو هذه المؤسسة الحرفية الملكية الأول "

كل عقد يلزم بمقتضاه المؤجر بان يؤجر الى المستأجر عقارات أو منشآت يقيمها المؤجر على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي<sup>1</sup>.

و على ذلك ، يعد عقد التأجير التمويلي أو الاعتماد الايجاري كما هو منصوص عليه في القانون الجزائري وسيلة من وسائل التمويل ، حيث تقوم إحدى شركات التأجير بتأجير آلة معينة أو معدات أو أدوات لمدة معينة ، في مقابل إيجار معين وفقا للعقد المبرم بين المؤجر و المستأجر ، على أن تغطي القيمة الايجارية قيمة الأصول المستأجرة و تحقيق هامش ربح معقول ، و يتحمل المستأجر تكاليف صيانة هذه المعدات و الآلات ، على أن يتاح في نهاية مدة التأجير للمستأجر فرصة الشراء الاختياري للمعدات و الآلات أو المنقولات ، بل يمكن أيضا أن يشمل تأجير العقارات .

و يذهب البعض إلى أن نظام أو عقد الاعتماد الايجاري يحقق العديد من المزايا أهمها:

\* دفع عجلة التنمية الاقتصادية و القضاء على البطالة نظرا لسرعة تنفيذ المشاريع.

\* يعد أسلوبا تمويليا أكثر مرونة.

و من خلال ما سبق ذكره، قد يتشابه عقد الاعتماد الايجاري أو التأجير التمويلي بعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في ما يلي:

- إن كلا من العقدين ( عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و عقد الاعتماد الايجاري ) هو وسيلة من وسائل تمويل المشاريع .

- إن كلا من الشريك الخاص ( شركة المشروع ) في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، و المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري يمكنه أن يمتلك المشروع ، لكن الشريك

<sup>1</sup> القانون رقم 95 لسنة 1995 منشور بالجريدة الرسمية المصرية العدد رقم 22 مكرر في 1995/06/02

الخاص ( شركة المشروع ) ينشئ المرفق و يمتلكه في أثناء تنفيذ العقد ، بينما المستأجر فلا يمتلك المعدات و العقارات إلا في نهاية العقد إذا أراد ذلك ( شراءها )<sup>1</sup>.

- إن كلا من الشريك الخاص (شركة المشروع) و المستأجر يتولى إدارة المشروع و استثماره في أثناء تنفيذ العقد و لمصلحته الخاصة.

إلا أن هذا لا يمنع من اختلاف العقيدين في:

- يتضمن عقد الاعتماد الايجاري مزيجا مركبا من عدة عقود أهمها عقد الإيجار، عقد الوكالة ، عقد الوعد بالبيع ، بينما لا يتضمن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هذا المزيج من العقود .

- يخير المستأجر في نهاية مدة العقد بين إما شراء الآلات و المعدات و العقارات، أو إعادتها للمؤجر، أو تجديد العقد مرة ثانية ، بينما لا خيار للشريك الخاص (شركة المشروع) فهو ملزم في نهاية مدة العقد بإعادة المرفق إلى الإدارة المختصة<sup>2</sup>.

- غالبا ما يجري تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمصلحة الإدارة العامة، و يتناول مرفق عام ، بينما غالبا ما يجري تنفيذ عقد الاعتماد الايجاري لمصلحة أطراف من القطاع الخاص و لا يتناول مرفق عام .

\* تمييز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص و عقد تفويض المرفق العام:

مصطلح تفويض المرفق العام هو مصطلح جديد لعلاقة قديمة بين السلطات العمومية و القطاع الخاص ، و استعمل مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة من طرف الأستاذ Auby في سنوات الثمانينات في كتابه " المرافق العمومية المحلية"<sup>3</sup> ، لكنه في اللغة

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 129

<sup>2</sup> طه محييميد جاسم الحديدي: النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 81

<sup>3</sup> ابو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة

القانونية لم يستعمل حتى سنوات التسعينات ، حيث استعمل اصطلاح تفويض المرفق العام لأول مرة من خلال القانون الفرنسي رقم 92-125 المتعلق بالإدارة الإقليمية Loi Joxe حيث يفترض هذا القانون بعض الشروط الإجرائية في إبرام عقود تفويض المرفق العام من قبل الجماعات المحلية ، كما يقرر مبدأ ضرورة العلانية .

غير أن قانون 29 جانفي 1993 الخاص بالوقاية من الرشوة و وضوح الحياة الاقتصادية قطع شوطا كبيرا في تطوير الفكرة ، حيث وسع نطاق تفويض المرفق العام الى العقود التي يبرمها كل شخص عام ، بما في ذلك الدولة و المؤسسات العمومية ، و وضع نظاما قانونيا أكثر اكتمالا من النظام الوارد في القانون السابق .

كما استخدم المشرع الفرنسي الاصطلاح نفسه في عدة قوانين ، منها القانون الصادر في 08 فيفري 1991 المتعلق بالقطاعات العمومية و تفويضات المرفق العام.

أما المشرع الجزائري فقد نص على عقود تفويض المرفق العام في المرسوم رقم 15-247<sup>1</sup> حيث تنص المادة 207 على انه " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، و يتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

و تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية و بهذه الصفة يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير عمل المرفق العام " .

و يمكن تعريف عقد تفويض المرفق العام بأنه " عقد يتم من خلاله تسيير و استغلال مرفق عام بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض له من مبلغ يدفعه المرتفقون و الإدارة المفوضة و يتعلق مباشرة باستغلال مرفق عام " .

<sup>1</sup> مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

كما عرفته الأستاذة أمال عويج مراد " تفويض المرفق العام هو العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات و المهام الضرورية لتسيير مرفق عام و استغلاله لأشخاص من القانون الخاص".

أما مجلس الدولة الفرنسي فاعتبر أن تفويض المرفق العام هو العقد الذي يتم بمقتضاه أداء مقابل للمتعاقد الآخر حسب نتائج الاستغلال، و قد كرس بالقانون المعروف بقانون مورسيف بتاريخ 11 ديسمبر 2001.

و من خلال كل هاته التعاريف يرى البعض أن تفويض المرفق العام شأنه شأن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يتجسد في عقد شامل و لمدة طويلة، إلا انه لا يحقق في نظر بعض الباحثين شراكة القطاعين العام و الخاص ، لان عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص لا ينصب بالضرورة على مرفق ، بل يهتم بالمشاريع التنموية و الخبرة العلمية و التأهيل البشري ، فهو إذن اشمل من تفويض المرفق العام .

إضافة إلى ذلك فان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يعني إيجاد شريك للجماعة المحلية في تحمل الأعباء و تقاسم المخاطر ، و هو ما لا تجده في كل أشكال تفويض المرفق العام<sup>1</sup>.

\* التمييز بين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص و عقد تسليم المفتاح في اليد:

ظهرت صيغة هذا النوع من العقود لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية على أعقاب الحرب العالمية الثانية لما خلفته من دمار واسع ، حيث تم اللجوء إلى متعهدي البناء ليقوموا بإعداد دراسات و رسوم للمباني ، و من ثم تنفيذها و تسليمها جاهزة للمشتري ، الذي لم يكن عليه سوى وضع المفتاح في المبنى ( و هو أصل التنمية ) .

ثم ما لبثت أن انتقلت هذه الصيغة من مجال الاعمار إلى المجال التكنولوجي - الصناعي

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 277

و عليه ، فمن الواجب تعريف عقد تسليم المفتاح في اليد و قد تعددت الآراء حول ذلك<sup>1</sup>.  
فمنهم من ذهب إلى أن هذا العقد " هو عبارة عن عقد يتولى بموجبه احد الطرفين إقامة  
مصنع و تسليمه جاهزا للطرف الثاني، مع انتقال المعارف الفنية إلى متلقي من خلال  
القائمين على إنشاء المشروع".

و عليه فان عقد المفتاح في اليد هو عقد موضوعه الأصلي الاستثمار الصناعي، و قد  
يشمل استثمارات أخرى تبرم بين طرفين ( المستثمر و المتعهد ) ، بحيث ينوي المستثمر  
القيام بمشروع معين و يكلف المتعهد لقاء أجرة معينة القيام بجميع الأعمال ، التي تؤدي  
إلى انجاز المشروع بصورة كاملة و جاهزة للعمل حالا ، و ذلك عن طريق تسليم للمستثمر  
مفتاح المشروع ، و تسليم المفتاح هذا يعني أن جميع المعاملات اللازمة لإتمام المشروع قد  
تمت فعلا ، و انه بإمكان المستثمر أن يبدأ استعماله للغاية التي وجد من اجلها<sup>2</sup>.

و من خلال هذا التعريف نلاحظ وجود مظاهر اختلاف و تشابه بين العقدين ، يمكن إبرازها  
فيما يلي:

#### أوجه التشابه:

- إن كلا من المتعهد في عقد المفتاح في اليد و الشريك الخاص (شركة المشروع ) في  
عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يتعهدان بانجاز مشروع متكامل جاهز للاستعمال  
مقابل اجر معين يتفق عليه في العقد.

- كما يتشابهان في الالتزامات من الباطن التي يبرمها الطرفين مع جهة أخرى متخصصة  
للقيام بأعمال محددة، كأعمال الهندسة و الكهرباء ..... الخ ، و ذلك نظرا لاتساع المشروع  
و تعدد أقسامه ، و الصعوبة لدى الشريك الخاص (شركة المشروع ) و المعتمد الأساسي في  
تنفيذ جميع الأعمال المادية و الفنية التي يستلزمها المشروع .

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 273

<sup>2</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 273

- كما يتشابه العقدان في الالتزام بنقل التكنولوجيا، أي نقل المعلومات الفنية التي تستعمل في تطبيق و تقديم الخدمة ، كالمعلومات الفنية اللازمة لتركيب و تشغيل الأجهزة و الآلات و الطرق و المعطيات الضرورية اللازمة للاستعمال الفعلي ووضعه موضع التنفيذ.

و لكن العقدين يختلفان في مسائل عدة منها :

\* في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يتولى الشريك الخاص (شركة المشروع) إدارة المشروع و تشغيله خلال مدة العقد الطويلة، بينما في عقد المفتاح في اليد تنتقل إدارة المشروع فور انجازه إلى المستثمر ( و ان كان المتعهد يلتزم بعد انجاز المشروع بتقديم المساعدة الفنية لتمكين عمال المشروع من استيعاب التكنولوجيا و تدريبهم و تأهيلهم ).

\* في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع الشريك الخاص ( شركة المشروع ) هي جهة إدارية تابعة للدولة أو الحكومة ، بينما في عقد المفتاح في اليد غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع المتعهد من جهات القطاع الخاص .

\* في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في كثير من الأحيان ما يكون المشروع موضوع العقد مرفقا من المرافق العامة، أما في عقد المفتاح في اليد يكون المشروع في نطاق الأعمال الصناعية التي تعود للقطاع الخاص.

\* التمييز بين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص و عقد الخصخصة:

يعتبر عقد الخصخصة عقدا إداريا تبرمه الإدارة كطرف أول مع طرف آخر من القطاع الخاص ، و هو الطرف الثاني

و بفرق الفقه بين معنيين للخصخصة، الخصخصة بمعناها الضيق ، و الخصخصة بمعناها الواسع.

\* الخصخصة بالمعنى الضيق:

تعني نقل ملكية المشاريع من القطاع العام إلى القطاع الخاص ، فهي لا تعني إلا نقل الملكية ، و يطلق البعض على الخصخصة بالمعنى الضيق تحول القطاع العام إلى القطاع لخاص<sup>1</sup>.

\* أما الخصخصة بالمعنى الواسع:

فلا يقتصر على تحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص ، بل يشمل أية صورة من صور نقل و تحويل السيطرة على إدارة و تشغيل المشاريع العامة إلى القطاع الخاص ، و لو تم ذلك بشكل مؤقت ، و يشمل هذا التعريف الواسع كافة صور مشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة .

بينما يرى البعض من الفقه أن الخصخصة بمعناها الواسع ما هي إلا تعبير سياسي أكثر من كونه تعبير قانوني، و أن الخصخصة بالمعنى القانوني تقتصر على نقل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص.

و بمقتضى عقد الخصخصة كما قلنا سابقا ، يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كليا أو جزئيا، فإذا كان نقل الملكية جزئيا ، كان الطرف الثاني مساعدا في رأس المال و شريكا في إدارة الشركة بنسبة ما ، أما في حالة نقل ملكية المشروع كليا إلى الطرف الثاني ، فتنتقطع صلة الإدارة نهائيا بالمشروع .

و يشتهر عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بعقد الخصخصة فيما يلي:

- يتناول كلا العقدين أموالا عامة تملكها الدولة.

- يجرى تملك الأموال العامة في كلا العقدين للقطاع الخاص.

---

<sup>1</sup> المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية ، نحو أداء متميز في القطاع الحكومي ، المحور الخامس " الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص و دورها في تحقيق التميز في تقديم الخدمات "، المملكة العربية السعودية ، نوفمبر 2009

لكن العقدان يختلفان في نقطة مهمة تتمثل في:

ينصب عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص على تسيير مرفق عام لمدة محددة، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط و قواعد تتصل بإنشائه و تشغيله فضلا عن الحق في الرقابة و الإشراف على المشروع حتى نهاية مدة العقد.

أما الخصخصة فهو عقد تنتقل ملكية المشروع نهائيا إلى القطاع الخاص، و تتقطع صلة الدولة به ، و لا يحق لها حينها المراقبة و الإشراف عليه .

### المبحث الثاني: تحديد أطراف العقد و أشكاله التعاقدية

مع عدم قدرة غالبية الدول خاصة النامية منها على تلبية احتياجات البنية الأساسية و المرافق العامة ، وجدت في القطاع الخاص البديل لتمويل و تشغيل مشاريعها ، باتخاذ عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص كآلية تمويلية تربط الدولة المتمثلة في السلطة المتعاقدة من جهة ، مع احد الاتحادات المالية الخاصة و التي تشكل شركة المشروع فيما بعد ( بعد رسو العطاء عليها ) من جهة ثانية<sup>1</sup> ، و هي الأطراف الرئيسية في العقد و هو موضوعنا في المطلب الأول .

و إذا كان مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يعني التصميم ، الإنشاء التجهيز ، الصيانة و الاستغلال ثم نقل الملكية ، فقد أصبح هذا المفهوم يستعمل لدلالة على العديد من الصيغ (الأشكال) التعاقدية المغايرة في بعض أو كل العناصر المكونة للعقد الرئيسي، افرزها الواقع العملي لتعكس مدى حاجة الدولة لدعم القطاع الخاص في إنشاء مشاريعها التنموية ، و تغطية متطلبات كل مشروع ، و تشكل بذلك ترتيبات تعاقدية مختلفة.

و على هذا الأساس اختلفت التسميات التي تطلق على هاته النوعية من العقود في كل من بريطانيا بلد منشأ هاته العقود، و فرنسا و مصر ، و هذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني

<sup>1</sup> سميرة حصايم : عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، ص 35

## المطلب الأول: تحديد أطراف العقد

نظرا لان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو في الحقيقة عقد إداري يتكون من طرفين، الطرف الأول هو " الدولة "، و التي تستضيف المشروع و تملك الأرض التي سوف يقام عليها ، أما الطرف الثاني فيسمى " الشريك الخاص " ، و الذي غالبا ما يتكون من مجموعة شركات تسمى " الكونسرتيوم "، و الذي يكون بعد ذلك شركة المشروع ( إذا رسا عليه العطاء ) .

هذان الطرفان تسمى بالأطراف الرئيسية في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالإضافة إلى ذلك توجد جهات أخرى معاونة في العقد و تسمى بالأطراف الثانوية.

### الفرع الأول: الجهة الحكومية أو الشريك العام

تمثل الدولة المضيفة في هذا الإطار عادة من خلال جهات متعددة و مختلفة يمكن إجمال أهمها فيما يلي:

#### \* الجهة مانحة الترخيص أو مانحة الإذن بالتعاقد:

قد يتطلب المشرع في بعض العقود الإدارية الهامة ، و من بينها عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص وجوب حصول الإدارة على إذن أو تصريح أو ترخيص بالتعاقد من جهة يحددها المشرع ، بحيث لا تستطيع الإدارة التعاقد دون الحصول على هذا الترخيص.

و يترتب على ذلك انه إذا لم تحترم الإدارة هذا القيد ، فان كل تصرف تبرمه الإدارة يكون منعما ، تأسيسا على أن ضرورة الحصول على إذن التعاقد يعتبر من الشروط المتعلقة بالنظام العام ، و التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، لان مساهمة جهة أخرى بإذنها يعد اشتراكا في الاختصاص المخولة أصلا لجهة الإدارة ، و بالتالي قيام الإدارة وحدها بإبرام العقد دون اخذ إذن أو ترخيص الجهة المعنية ، يعني أن هذا التصرف قد صدر من غير مختص .

و الاختصاص يعد من أهم أركان التصرف الإداري ، و عليه تصبح الجهة مانحة الترخيص أو الإذن طرف في العقد ، و هي الجهة التي يخولها الدستور أو القانون الحق في منح الترخيص للقطاع الخاص ببناء أو تطوير و تمويل مرفق من المرافق العامة أو البنية الأساسية لفترة معينة.

و الجهة مانحة الترخيص أو الإذن بالتعاقد قد تكون السلطة التشريعية ، كما هو الحال إذا استلزم القانون المعني استصدار ترخيص بموافقة البرلمان.

و قد تكون الجهة مانحة الترخيص هي السلطة التنفيذية متمثلة في مجلس الوزراء أو الوزير المختص.....الخ<sup>1</sup>.

و قد لا تستلزم بعض عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (حسب طبيعة العقد ) أية موافقة خاصة بمنح الترخيص ، بحيث يتضمن الاتفاق المبرم مع الجهة الحكومية المعنية في حد ذاته الترخيص بمشاركة القطاع الخاص .

و على وجه العموم فإن مسألة تحديد الجهة المختصة بمنح الترخيص مسألة هامة جدا لمعرفة ما إذا كان الترخيص قد تم وفقا لأحكام الدستور و القانون المعنيين<sup>2</sup>.

\* الجهة الإدارية أو الشريك العام:

بالإضافة إلى الجهة مانحة الترخيص هناك كذلك الجهة المتعاقدة ، و التي تبرم العقد مع شركة المشروع ( الشريك الخاص ) ، هذه الجهة عادة ما تكون هي الجهة المعنية أصلا بتنظيم المرفق العام و تقديم الخدمة الناتجة عنه.

كما يطلق أحيانا على الجهة الإدارية أو الإدارة اسم القطاع العام ، و الذي يشمل القطاع

<sup>1</sup> احمد بدر سلامة : العقود الإدارية و عقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2003 ، ص 108

<sup>2</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،

مرجع سابق ، ص 106

الاقتصادي الذي تملكه الدولة و تتولى إدارته<sup>1</sup>.

و الإدارة بوصفها طرفا أساسيا في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص فهي تشمل المؤسسات التي تملكها الدولة ، و جميع ما تملكه و تديره الدولة المركزية ، أو السلطات المحلية من مؤسسات اقتصادية تعمل على أسس تجارية ، إضافة الى الثروات الطبيعية و المرافق العامة ، و الهياكل الأساسية الإنتاجية من طرق و موانئ ، اتصالات سلكية و لا سلكية ، كهرباء ، مياه ، كما تشمل المؤسسات الصحية و التربوية .....الخ.

و عليه فان مفهوم الإدارة الذي يستلزم أن يكون طرفا في العقد يشمل الأشخاص ذوي المعنوية العامة، و قد تكون إما أشخاص ذوي صفة إقليمية، كالدولة و المحافظات و البلديات و المقاطعات، و إما أشخاص ذوي صفة مرفقية، كالمقاولات و المؤسسات العمومية ، و إما أشخاص من ذوي صفة خاصة ، كالنقابات المهنية التي اعترف لها القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر بالشخصية المعنوية<sup>2</sup>.

و بالتالي فالجهة الحكومية ( الجهة الإدارية المعنية ) ، هي الجهة التي يمنحها القانون حق التعاقد و تعتبر المالكة الحقيقية للمشروع، فتملك الأرض التي سوف يقام عليها المشروع، كما أنها هي التي تحدد مدة العقد و ضوابط و شروط استخدامه.

---

<sup>1</sup> تجدر الإشارة الى تعدد التسميات المتعلقة بالجهة الحكومية المتعاقدة في كتب الفقه في مجال الشراكة بين القطاعين العام والخاص مثل الدولة ، الدولة المضيفة ، الحكومة ، الإدارة ، الجهة الإدارية ، الجهة العامة الإدارة العامة ، الشخص العام ، الشخص المعنوي العام ، أشخاص القانون العام ، الشريك العام ، القطاع العام ، الإدارة المتعاقدة ....الخ ، و وجدت من الصعوبة توحيد هذه الاصطلاحات حيث أكثرها و معظمها يستخدم بما يناسب موضوع البحث .

هاني صلاح سري الدين ، مرجع سابق ، ص 107

<sup>2</sup> تنص المادة الأولى (01) من قانون الشراكة المصري على انه " في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بكل من الكلمات و العبارات الآتية المعنى المبين :

الجهات الإدارية : الوزارات و الهيئات العامة الخدمية و الاقتصادية بالإضافة الى أشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس مجلس الوزراء

السلطة المختصة: الوزير المختص أو رئيس مجلس إدارة الهيئة أو الممثل القانوني للشخص الاعتبار العام "

و إذا كانت الدولة تخلع في بعض الحالات ثوب السلطة العامة و تنزل مختارة منزلة الأفراد في تعاقداتهم ، غير أنها في مشاريع الشراكة أو في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص تظهر كسلطة عامة ، لها من الحقوق و الامتيازات ما يمكنها من ممارسة حق الإشراف و الرقابة على شركة المشروع ( الشريك الخاص ) ، خلال مراحل المشروع المختلفة ، لضمان إنشاء و إدارة و استغلال المشروع ، وفقا للشروط و الضوابط المتفق عليها و بما يحقق الصالح العام و المنفعة العامة .

و يجب على هذه الجهة أن تكون لديها المهارات العالية و الخبرات اللازمة للتخطيط لتلك المشاريع ، و إبقاء كل آليات الضبط بيدها، لأنها هي المسؤولة أمام الناس على تقديم الخدمة و عليه يتوجب عليها متابعة أداء الجهة المتعاقدة من القطاع الخاص في تقديم الخدمة<sup>1</sup>.

و منه لا يقتصر دور الشريك العام على توقيع العقد ، و إنما مهمته تظل قائمة في متابعة عمليات الإنشاء ، و التأكد من جودة المنشئ و مطابقة المواد المستخدمة للمواصفات ، و المتابعة الدورية ، و التفتيش الرقابي على حسن سير المشروع بعد إنشائه ، و حسن إدارته و صيانتته.

كما أن دور الحكومة قد لا يقتصر على مجرد الإشراف و المتابعة ، بل من الناحية العملية قد تقوم الحكومة بدعم مشاريع الشراكة أي كان شكل هذا الدعم ، سواء أكان دعما تشريعيًا أو تنظيميًا أو إداريًا ، بل قد يكون في بعض الأحيان دعما ماليا ، منها تقديم الأرض و غيرها من التسهيلات إلى شركة المشروع ( الشريك الخاص ) ، حيث تقوم الدولة بتقديم الأرض التي سوف يقام عليها المشروع بقيمة ايجارية محدودة أو رمزية ، و في بعض الأحيان مجانا.

كما قد تمنح الحكومة لشركة المشروع ( الشريك الخاص ) أصول قائمة بالفعل ، حيث تسمح لها باستخدام هاته الأصول و الانتفاع بمواردها ، و مثال على ذلك في مشاريع إنشاء

---

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة ابحاث قانونية مقارنة ، عقود ال bot ، مرجع سابق ص 90

الطرق السريعة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين شمال و جنوب ماليزيا ، قامت الحكومة الماليزية بمنح شركة المشروع ( الشريك الخاص ) الحق في الانتفاع المجاني بالموارد المالية المحصلة من طريق سريع آخر كان قائما فعلا .

### الفرع الثاني: الشريك الخاص أو شركة المشروع

يمثل الطرف الثاني في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص شخص من أشخاص القانون الخاص ، و غالبا ما يكون مجموعة من شركات القطاع الخاص ، و التي من الممكن أن تكون موجودة بالفعل لكن غالبا ما يتم تأسيسها لهذا الغرض ، كما أن هذه الشركة يمكن أن تكون وطنية ، إلا انه في كثير من الأحيان ما تكون هذه الشركة أجنبية و ذات رؤوس أموال أجنبية<sup>1</sup>.

تقوم شركة المشروع بعملية التمويل ، البناء و تشغيل المشروع طوال مدة العقد ، و يأخذ تكوين هذه الشركة من الناحية العملية عدة مراحل ، مرحلة ما قبل رسو العطاء ، و مرحلة بعد رسو العطاء.

#### \* مرحلة ما قبل رسو العطاء " الكونسرتيوم "

عند إعلان الدولة عن الدعوة لتقديم العطاءات عادة ما تقوم عدد من الشركات المختلفة بما في ذلك شركات وطنية و شركات دولية ذات تخصصات متعددة بتكوين تكتلات فيما بينها بحيث تقوم كل مجموعة من هذه الشركات بتقديم عطاء مستقل، و تضم هذه المجموعة عادة شركات مقاوله و شركات متخصصة في تشغيل المرفق العام المعني، كما قد تضم هذه

---

<sup>1</sup> تنص المادة الأولى (01) الفقرة الثانية (02) 2/1 من قانون الشراكة المصري على انه " القطاع الخاص: الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي التي تقل نسبة مساهمة المال العام المصري في رأسماله عن 20% و التحالف بين اثنين أو أكثر من الأشخاص الاعتبارية المصرية أو الأجنبية التي تقل نسبة المال العام فيه عن (20%) المستثمر: القطاع الخاص الذي يشارك في المنافسة على الفوز بأحد عقود المشاركة طبقا لأحكام هذا القانون شركة المشروع : الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز و يكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة "

التكتلات كذلك مستثمرين محليين ذوي خبرة طويلة في العمل المحلي ، و قد يظم التجمع أحيانا مؤسسات تمويلية<sup>1</sup>.

و في هذه المرحلة ، و قبل البث في العطاء و رسو العطاء على هذا التجمع تدخل هاته الشركات في اتفاق تعاقدي ، و يطلق على هذا التجمع مصطلح " الكونسرتيوم " ، و يعرف الكونسرتيوم بأنه عقد يبرم بين مؤسستين أو أكثر بغرض الحصول على صفقة توريد سلع ، أو تقديم خدمات أو تنفيذ صفقة بصفة مشتركة أو تضامنية.

يتخذ الكونسرتيوم عدة أشكال حسب طبيعة نشاطه دون أن ينشأ عنه كيانا ذاتيا أو شخصية قانونية مستقلة عن الأشخاص الشركاء، و هي المسالة الجوهرية في الكونسرتيوم الذي يهدف من وراء إنشائه التقدم بعطاء مشترك ، أو تنفيذ مشروع ، أو مشاريع معينة إن رسا عليه (الكونسرتيوم ) العطاء .

كما ينظم هذا الاتفاق التعاقدى عادة مسؤولية تكاليف العطاء و مستنداته و توزيعها فيما بينهم ، و مسؤولية كل عضو من أعضاء الكونسرتيوم في عملية الإعداد للعطاء ، و كيفية اتخاذ القرارات ، و تنظيم عملية التفاوض مع الجهة الحكومية بعد رسو العطاء.

و غالبا ما تشترط الحكومة وجود مستثمر محلي ضمن أعضاء الكونسرتيوم، يكون من القطاع العام أو الخاص للمساعدة على حل المشاكل المحلية<sup>2</sup>.

\* اتفاق المساهمين أو شركة المشروع ( مرحلة ما بعد رسو العطاء ) :

بعد رسو العطاء يلتزم أعضاء الكونسرتيوم بتكوين شركة تسمى " شركة المشروع " ذات غرض وحيد لبناء و تشغيل المشروع ، حيث جرى العمل الدولي على أن يقوم المساهمون

---

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص مرجع سابق ، ص 107

<sup>2</sup> سميرة حصايم : عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، مرجع سابق ، ص 145

بإبرام اتفاق فيما بينهم لتنظيم علاقاتهم وارتباطاتهم التعاقدية ، و كافة ما يتعلق بالشركة من أمور مالية و إدارية .

و يهدف الاتفاق بين المساهمين إلى تنظيم العلاقة بينهم في شركة المشروع حال تكوينها كما ينظم اتفاق المساهمين الأحكام الموضوعية و الإجرائية التي تحكم شكل شركة المشروع الغرض منها و رأس مالها و كيفية إدارتها، و مسائل أخرى ذات أهمية تتصل بنشاط الشركة مثل الأمور الخاصة بنقل التكنولوجيا و حقوق الملكية الصناعية .....الخ.

و في كل الأحوال تشترط الدولة المضيفة للمشروع تكوين شركة وطنية تكون خاضعة لقوانينها ، و هو ما نصت عليه الكثير من التشريعات المتعددة و الخاصة بالاستثمارات الأجنبية ، كذلك ضرورة أن تكون شركة المشروع ذات مسؤولية محدودة ، و قد تكون شركة المشروع على شكل شركة مساهمة.

و إذا كانت شركة المشروع و التي غالبا ما تتخذ شكل شركة مساهمة نظرا لما تتميز به من خصائص ، قد لا تكون متوفرة في غيرها من أشكال الشركات الأخرى، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تتخذ شركة المشروع شكل من أشكال الشركات الأخرى .

هذا و لا تثير اتفاقات المساهمين في شأن مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة الممولة عن طريق القطاع الخاص خصوصيات أو أمور تختلف عن تلك التي تنشأ في ظل اتفاقات المساهمين ، التي قد تبرم بمناسبة تكوين شركات مساهمة لأغراض أخرى.

كما أن شركة المشروع قد تخول صراحة للأجانب الحق في أن تكون لهم أسهم في الشركة أو تقتصر الملكية الأجنبية على نسبة مئوية معينة ، و تخصص النسبة الباقية للمستثمرين المحليين<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> نص المشرع الجزائري في المادة الثانية (02) من قانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 و المتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية رقم 46 الصادرة 03 أوت 2016 عل انه " يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون مايلي : اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة و توسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل المساهمات في رأس مال الشركة "

كما أن تخصيص 20% من أسهم شركة المشروع للجهة الحكومية حق مقرر بموجب القانون تمارسه الحكومة متى رأت فائدة أو وجها لذلك ، و لكنه ليس بالالتزام القانوني عليها أي بصفة إلزامية ، فلا يمكن للجهة الحكومية أن تتواجد في كل مشروع إنمائي متوسط أو ضخ كمالكة لنسبة 20% من رأس مال شركة المشروع ، فالمشرع لم يفرض على الدولة نسبة 20% ، بل كل ما اشترطه هو أن لا تزيد مشاركة المال العام عن 20% ، و بالتالي فمن الجائز قانونا أن تنعدم مشاركة المال العام تماما من رأس مال شركة المشروع<sup>1</sup>.

و تعتبر عملية اختيار الشريك الخاص جزء مهما في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، و تحتاج هذه العملية إلى مراعاة أبعاد عدة و وضعها في الاعتبار لاختيار الشريك المثالي ، حيث يجب على الإدارة في اختيارها للشريك الخاص ( شركة المشروع ) التقيد ببعض المبادئ الاستثنائية التي يخضع لها هذا العقد ، و يشترك فيها مع بعض العقود الإدارية الأخرى التي يتشارك فيها القطاع العام مع القطاع الخاص و أهم هانه المبادئ :

- مبدأ العلانية، الشفافية و المنافسة الحرة في اختيار الشريك الخاص.

- مبدأ المساواة و تكافؤ الفرص في اختيار الشريك الخاص.

و سوف نتناول هذان المبدآن بنوع من التفصيل

---

<sup>1</sup> تنص الماد الأولى (01) من قانون الشراكة المصري على انه " في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بكل من الكلمات و العبارات الآتية المعنى المبين :

..... القطاع الخاص: الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي الذي تقل نسبة مشاركة المال العام في رأسماله عن 20%....."

## 1- خضوع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمبدأ العلانية ، الشفافية و المنافسة

### الحرّة :

يقصد بالعلانية<sup>1</sup>، اختيار المتنافس بقدر من الوضوح و عدم السرية ، و أن تصبح كافة الإجراءات معلومة و معروفة للكافة ، و تتحقق العلانية بكافة الطرق و الوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم .

و يتعين احترام أوضاع الإعلان من حيث المدة و كيفية إجراء الإعلان و عدد مراته، و إلا ترتب البطلان على عدم احترام ذلك، فإذا احترمت الإدارة طريقة الإعلان المقررة قانوناً، جاز لها أن تلجأ إلى طرق إعلان أخرى ، كالإعلان في التلفزيون مثلاً .

و يقصد بالإعلان إخطار ذوي الشأن بالمناقصة، و إعلامهم بالشروط العامة للعقد ، و كيفية الحصول على دفاتر الشروط.

و العلانية تعني بوجه آخر الشفافية و الوضوح ، على اعتبار أن اللفظين ( العلانية و الشفافية ) يؤديان إلى غاية واحدة ، و هي المكاشفة و الصراحة و الوضوح ، و إزالة الضبابية و التعتيم و عدم الثقة<sup>2</sup>.

و تلزم منظمة التجارة العالمية الدول الأعضاء بالنشر الفوري لقوانينها و تشريعاتها و نظمها الجمركية الخاصة، و مستويات التعريفات الجمركية و الضرائب ، تطبيقاً لمبدأ الشفافية و ذلك لتمكين الحكومات الأجنبية و التجار من معرفتها.

فالحقيقة أن التمسك بالعلانية و الشفافية يؤدي إلى مكافحة الفساد في عملية اختيار المتنافسين ، لان اطلاع كافة المتنافسين على كافة المعلومات يؤدي إلى نوع من الاطمئنان و الثقة في الدولة التي تطرح مشاريعها للتعاقد بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

<sup>1</sup> العلانية تعني المجاهرة ، و إظهار الأمر حسب المعجم العربي

<sup>2</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، مرجع سابق ، ص 111

كما يخضع اختيار المتعاقد في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى مبدأ المنافسة الحرة، و هو من المبادئ الهامة التي تقوم عليها حرية التجارة الدولية ، ذلك أن المنافسة الكاملة في جميع الأسواق يؤدي إلى غياب الاحتكار بدرجاته المختلفة .

و تعد المنافسة الديمقراطية الاقتصادية، حيث تعني كذلك فتح باب التزاحم الشريف أمام من يود الاشتراك في المناقصة ، و معاملة المتنافسين على قدم المساواة.

و وجود منافسة حرة للمتقدمين لمشاريع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من شأنه أن يؤدي إلى استبعاد المستثمر غير الكفاء و خروجه من المنافسة، و حصول أفضل المستثمرين أو شركات المشروع على الأولوية في تنفيذ المشروع، كما أن الالتزام بحرية المنافسة يجذب المستثمرين و ينال ثقتهم.

و تتحقق المنافسة الحرة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في الاتحاد الأوروبي بصفة عامة و في فرنسا بصفة خاصة، بالإعلان المزدوج في النشرة الرسمية للعقود الإدارية و في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، كما يتم الإعلان على شبكة الانترنت، و في مواقع الهيئات الإدارية الراغبة في التعاقد.

و قد كان لاستخدام الانترنت أو غيرها من الأساليب التنافسية الالكترونية في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص أثره في زيادة عدد المتنافسين من الراغبين في التعاقد مع الإدارة، و في تبسيط و تيسير و سرعة الإجراءات التعاقدية.

و اختيار الشريك الخاص ( شركة المشروع ) في إطار من المنافسة الحرة و العلانية اخذ به أيضا المشرع المصري في قانون رقم 67 لسنة 2010 المنظم لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة و الخدمات ، فنصت المادة التاسعة عشر (19) منه على أن " يخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية و الشفافية و حرية المنافسة و تكافؤ الفرص و المساواة وفقا للقواعد و الإجراءات الواردة في هذا القانون و لائحته التنفيذية .

و يتم النشر و الإعلان و التحضير لمنافسات المشاركة بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

## 2- خضوع عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في اختيار الشريك الخاص لمبدأ المساواة و تكافؤ الفرص :

بعد الإعلان عن المناقصة تلتزم الإدارة باستعمال المساواة بين المتقدمين، سواء من حيث الحق في الاشتراك في المناقصة او حرية تقديم العطاء، و من ثم لا يجوز للإدارة أن تستبعد أي شخص من من يتقدم للمناقصة دون سبب مشروع<sup>1</sup>.

فالمساواة مبدأ عام يكفل للمتنافسين الاشتراك في المناقصات و المزايدات على قدم المساواة فلا يجوز للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم.

غير أن هذا المبدأ يرد عليه بعض الشروط و القيود تتمثل فيما يلي:

\* حرمان البعض من الاشتراك في المناقصات و المزايدات و ذلك في الأحوال التالية:

أ- من سبق له التعاقد مع الإدارة و اخل بالتزاماته إخلالا جسيما، و يرتب القانون على ذلك شطب اسم المتعاقد من سجل المتعاملين مع الإدارة.

ب- إذا كان الشخص يتخذ من المناقصات و المزايدات مسارا لارتكاب أعمال لا تتفق مع المصلحة العامة<sup>2</sup>.

ج- من سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية.

---

<sup>1</sup> القضاء الإداري يفرق بين أمرين في هذا الشأن:

الأمر الأول: ما تفرضه الإدارة من شروط معينة يجب توفرها فيمن يتقدم للمناقصة ، و متى توافرت تلك الشروط في شخص ما امتنع على الإدارة استعمال سلطاتها التقديرية في استبعاد المتنافس.

الأمر الثاني : و يرتبط بما يجب أن تقوم به الإدارة من إجراءات تتمثل في تنظيم أعمال المناقصة باستبعاد بعض الأفراد الذين يثبت عدم قدرتهم الفنية او المالية للقيام بالأعمال المعلن عنها في المناقصة .

<sup>2</sup> إذا ثبت أن المتعاقد قد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش.

د-من فقد الاعتبار بسبب الحكم عليه بالإفلاس ، أي أشهر إفلاسه ، أو التجريد من الحقوق المدنية.

\* أن تتحرى الإدارة الدقة في اختيار المتعاقد معها ، بان يتمتع بالكفاءة الفنية و المالية و حسن السمعة، لذا يكون لها أن تستبعد بعض الأفراد الذين يثبت لديها عدم مقدرتهم المالية و الفنية للقيام بالأعمال المعلن عنها<sup>1</sup>.

كما عليها التأكد من صلاحية المتقدمين للمناقصة عن طريق إثبات قيامهم بأعمال من نوع الأعمال المطروحة، حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين فتتضرر المصلحة العامة. و الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد بعض المقاولين أو الموردين و حرمانهم من الدخول في المناقصة، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل تخضع لرقابة القضاء، فهي سلطة تقديرية لا يحدها إلا إساءة استعمالها من طرف الإدارة.

و تعد قرارات الحرمان أو الاستبعاد قرارات إدارية منفصلة يجوز الطعن فيها ، فإذا انعدمت الأسباب للاستبعاد يحق لصاحب الشأن الطعن فيها بالإلغاء لعيب السبب أو إساءة استعمال السلطة ، أما إذا استعملت الإدارة سلطتها التقديرية في الاستبعاد و كانت الأسباب صحيحة أصبح القرار مشروعاً .

### الفرع الثالث: الأطراف الثانويين ( الأطراف المعاونة )

على الرغم من التنوع الشديد في مشاريع التي تنصب عليها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أن هاته المشاريع تشترك في هيكلية واحدة ، يمكن من خلالها تحديد الأطراف المعاونة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن: عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 194

## 1-الموردون:

في كثير من الأحيان تلجا شركة المشروع ( الشريك الخاص ) إلى بعض الموردين لتوريد الآلات و المعدات اللازمة للمشروع في مراحله المختلفة ، و يعد العقد الذي تبرمه شركة المشروع ( الشريك الخاص ) مع المورد من العقود التقليدية ، و من الممكن أن يكون هذا العقد منظما في عقد التشييد ذاته<sup>1</sup>.

## 2-المؤمنون:

نظرا لان مشاريع الشراكة تتميز بارتفاع مخاطرها سواء في مرحلة التشييد أو في التشغيل، و في بعض الأحيان لا تستطيع البلدان المضيفة و لا المقرضون و لا المقاولون استيعاب هذه المخاطر، كان لا بد من الحصول على تامين كاف ضد هذه المخاطر التي قد تتعرض لها مشاريع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

و يتنوع هذا التامين حسب نوع المخاطر التي قد تتعرض لها هذه المشاريع، فهناك تامين للعمال ، و تامين ضد توقف الأعمال، انقطاع التدفق النقدي ، و تجاوز التكاليف المقدرة و غيره<sup>2</sup>.

و أنواع التامين هذه شائعة في أسواق التامين التجارية، إلا انه يكون محدود بالنسبة لبعض الأحداث الاستثنائية الخارجة عن إرادة الطرفين، كالحروب و الزلازل و الأعاصير.....الخ.

## 3-الممولون:

يقضي تمويل مشاريع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص أموالا كثيرة كونها تتعلق بمشاريع البنية التحتية ، كمشاريع الطاقة و الطيران و الصرف الصحي و الطرق و المياه و غيرها ، فان ذلك يتطلب توفر عدة جهات ممولة لها ، الأمر الذي جعل الكثير من الباحثين

<sup>1</sup> طه محييد جاسم الحديدي: عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية bot ؛ و تطبيق قواعد التحكيم ، مرجع سابق، ص

<sup>2</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 320

يعتبر أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو نظام تمويل ، استنادا إلى أن عملية التمويل تحتل حيزا هاما في المشروع ، كما أن شركة المشروع ( الشريك الخاص ) لا تقدم غير نسبة 10% إلى 30% من رأس مال المشروع ، أما الباقي فتحصل عليه من جهات التمويل المختلفة .

إلا أن هناك بعض الصعوبات التي تواجه شركة المشروع (الشريك الخاص) في الحصول على هذه القروض، و تأتي صعوبة الحصول على القروض الكافية للتمويل المشروع من أن شركة المشروع (الشريك الخاص) ليست مالكة للأصول الكافية لتغطية مبالغ التمويل، التي من شأنها ضمان السداد في حال إخلال شركة المشروع (الشريك الخاص) بتنفيذ التزاماتها كما أن الحكومة لا تقدم غالبا ضمانات مباشرة للممولين عند فشل شركة المشروع .

و تحصل شركة المشروع (الشريك الخاص) على التمويل اللازم من القطاع الخاص، و من بعض هيئات التمويل الدولي<sup>1</sup> عن طريق الاقتراض، و هناك طريقتين للاقتراض و هما الاقتراض بلا ضمان، و الاقتراض بضمان محدود.

و تعد اتفاقية التمويل من الاتفاقات الجوهرية، و قد يكون اتفاق التمويل واحد أو عدة، و قد تبرم مع ممولين أجانب أو محليين أو معا.

#### 4-الخبراء و الاستشاريون:

و يقصد بهؤلاء الخبراء و الاستشاريون بالخبراء الماليين و المستشارون القانونيون و المهندسون الاستشاريون.

و لأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتميز بالتعقيد الشديد و تحتاج إلى كفاءات و خبرات خاصة، نجد أن طرفي العقد قد يلجئون إلى هؤلاء الأشخاص ليقدمون خبرتهم المختلفة لطرفي العقد ، سواء عن طريق إعداد دراسة الجدوى ،عمل الرسومات و

<sup>1</sup> هاني طلاح سري الدين : الإطار القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،

المواصفات ، و اختيار التقنية الملائمة لإقامة المنشآت و توريد الآلات و الأجهزة و تركيبها و إجراء التجارب الفنية ، إلى غير ذلك من المسائل المتعددة و التي يقدمون فيها خبراتهم و مشورتهم لطرفي العقد على حد سواء<sup>1</sup>.

و غالبا ما تلعب البنوك و المصاريف دور المستشار المالي لمثل هذه المشاريع ، كما توجد بعض المنظمات الدولية التي تقوم بدور الخبير و المستشار لمثل هذه المشاريع ، مثل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ، هذه الجهات إما أن تقدم هذه الخدمة بنفسها مباشرة و إما أن تقدمها بطريق غير مباشر عن طريق إرشاد و مساعدة الدولة المضيفة في العثور على المستشارين الأكفاء.

و في الغالب ما يقوم هؤلاء الخبراء بدور فعال في مشاريع الشراكة حيث أنهم يعملون على:

- مساعدة الحكومة في العثور على الأطراف الجادة المستعدة للمشاركة في تمويل مشاريع الشراكة و تحمل تبعاته.

- مساعدة الحكومة على ترتيب الأولويات لعرض المشاريع على أفضل وجه ممكن ، بحيث يتسنى تحقيق مصلحة الدولة العليا.

- مساعدة الحكومة على تقديم المشاريع ، و على التعامل مع كافة أطراف المشروع على نحو يحقق المصلحة لجميع الأطراف.

##### 5-المشغلون:

يقصد بالمشغل الشركة التي تتولى مسؤولية التشغيل التجاري للمشروع و إدارته و الإشراف على صيانتها طوال مدة العقد.

<sup>1</sup> طه محييد جاسم الحديدي : عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية bot و تطبيق قواعد التحكيم ، مرجع سابق ، ص

و في اغلب الأحوال تكون شركة التشغيل و الصيانة إحدى الشركات التابعة للمساهمين في شركة المشروع، و قد تنشأ هذه الشركة خصيصا لأغراض التشغيل، و في أحيان أخرى قد يتم اختيار شركة التشغيل و الصيانة من خلال إجراء مناقصة عامة.

### المطلب الثاني: صور عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تتنوع أساليب الدول في تنظيم مشاركة القطاع الخاص في إنشاء و تشغيل المرافق العامة تبعا للظروف الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية.

فبعض الدول يوجد لديها عرف راسخ في مجال إشراك القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العامة، بموجب تشريعات عامة تخول الحكومة صلاحية إنشاء المشاريع التي ينهض بها القطاع العام لكيانات من القطاع الخاص ، و تنشئ هذه التشريعات العامة إطار لتوفير معالجة موحدة للمسائل المشتركة المنفذة من القطاع الخاص في قطاعات مختلفة من مرافق البنية التحتية<sup>1</sup>.

و تتجه بعض الدول ، و لا سيما التي كانت تحتكر فيها الدولة إنشاء و إدارة المرافق العامة إلى تبني مناهج مختلفة في تنظيم مشاركة القطاع الخاص في هاته المشاريع، إذ اتجهت بعض الدول إلى معالجة هذه المشاركة من خلال قوانين الاستثمار العامة ، التي تنظم الاستثمار الخاص في النشاط الاقتصادي ، دون أن يخص المرافق العامة بإطار تشريعي خاص مثل ما هو معمول به في الجزائر.

و اتجهت دول أخرى إلى اعتماد تشريع خاص بشأن مشروع محدد، في حين ذهبت دول أخرى إلى تبني أسلوب التنظيم القطاعي، من خلال إصدار قوانين تنظم مشاركة القطاع الخاص في قطاعات معينة من المرافق العامة، مثل إصدار قانون مشاركة القطاع الخاص في مرافق الطاقة الكهربائية أو مرفق المياه.

<sup>1</sup> ابو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 46

كما لجأت مجموعة من الدول إلى تبني منهج يقوم على معالجة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من خلال وضع أو إصدار قوانين خاصة بهذا النوع من العقود.

و عليه فلا يوجد أسلوب موحد أو نوع واحد لعقد الشراكة بين الدولة و القطاع الخاص لتحقيق المشاريع التنموية يمكن تطبيقه على جميع الحالات ، لكن يمكن الوصول إلى أسلوب أو النوع الأمثل في كل حالة على حدى ، و ذلك اعتمادا على الظروف الاجتماعية و السياسية السائدة في كل دولة ، حيث أن كل دولة تتبع النوع و الأسلوب الذي يلائمها، و على حسب درجة مساهمة القطاع الخاص و مسؤولياته ، و لهذا هناك صورتان أساسيتان الصورة الأولى أو الأسلوب الأول ، و هو الذي ظهر في إنجلترا ( المملكة المتحدة ) تحت مسمى مبادرة التمويل الخاصة ، و قد أخذت به دول أمريكا و بعض الدول العربية ،مثل الكويت و كذلك تركيا ، أما الصورة الثانية أو الأسلوب الثاني ، و هو ما جاء في القانون الفرنسي تحت تسمية " عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص " في سنة 2004، و اتبعته في ذلك بعض الدول العربية ، مثل مصر و الذي صدر لها قانون مماثل للقانون الفرنسي سنة 2010 ، و المغرب في قانونها لسنة 2014 ، و تونس في قانون 2015 .

و لهذا سوف نتكلم عن هذان الأسلوبان، ثم نتكلم عن موقف المشرع الجزائري من ذلك.

### الفرع الأول: مبادرة التمويل الخاصة في إنجلترا

يعتبر البعض أن الجذور التاريخية لنظام الشراكة مع القطاع الخاص ترجع الى نظام الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر (19) و مطلع القرن العشرين، و لكن البعض الآخر يذهب إلى أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يختلف اختلافا جوهريا عن نظام الامتياز القديم، و هو احدث منه بكثير، لأنه يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرافق موضوع الشراكة، بحيث يكون للحكومة دور محدود في إدارته<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Intervention de Corinne Mirini , Maitre de conférence a l'IVFM de Versailles a l'occasion de la journée mondiale de OZP , le partenariat : histoire et essai de définition.

و في كل الأحوال لا يعتبر نظام الشراكة من الأنظمة الحديثة و المبتكرة في كليته، بل ترجع بواده إلى منتصف القرن التاسع عشر (19) إلى ما يعرف بعقود الامتياز ، حيث استخدمت عدة دول أوروبية هذه العقود لتنفيذ السكك الحديدية ، محطات الكهرباء ...الخ.

و قد انتهى هذا الأسلوب منذ ثلاثينات القرن العشرين بالنسبة لمشاريع البنية الأساسية، و اقتصر تطبيقه في مجال التنقيب على الثروات الطبيعية و أهمها البترول.

و في منتصف الثمانينات، أي في 1984 أعادت إنجلترا أو المملكة المتحدة إحياء هذا النوع من العقود بموجب اتفاقية المانش ، (و الذي يربط بين فرنسا و بريطانيا) The Channel Tunnel بين الحكومتين البريطانية و الفرنسية من جهة ، و شركة يوروتونال Eurotunnel من جهة أخرى .

إلا انه يؤرخ لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في هذا البلد ( المملكة المتحدة ) بصورة أساسية عام 1990 ، حيث أصبحت تعرف هذه العقود تحت مسمى "مبادرة التمويل الخاصة " ، و قد كانت البداية الأولى لنظام مبادرة التمويل الخاصة (PFI) في عهد حكومة مارجريت تاشر<sup>1</sup> ، اذ أجرت بعض الدراسات ( الاقتصادية و المالية و القانونية ) التي وصت بضرورة السماح للقطاع الخاص بتمويل المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية و الإنشاءات و المرافق العامة ، مثل المستشفيات و المدارس و الطرق و المياه ، لتخفيف العبء على الميزانية العامة للدولة ، عن طريق استحداث أسلوب جديد يسمح بتقديم حقوق القطاع الخاص المالية بطريقة لا ترتب أعباء كبيرة على الميزانية.

---

<sup>1</sup> يتعلق الأمر بكون المبادرة البريطانية لتمويل المشاريع وفق هذه الصيغة و التي تبناها وزير المالية البريطاني آنذاك تعد برنامجا حكوميا بريطانيا يهدف الى تشجيع و تشييد المشاريع و تسيير المرافق الملحقة بها من خلال التمويل و إعادة التمويل قبل أن تكون صنفا تعاقدية هاما فيما بعد.

على أن التطبيق الفعلي لمبادرة التمويل الخاصة (PFI) كان في عام 1992 بعد إلغاء الحكومة للقواعد التي كانت سارية عام 1989، و التي كانت تجعل الدور الأكبر في تمويل الإنشاءات العامة للأموال العمومية و ليس القطاع الخاص<sup>1</sup>.

و إذا كان هدف الحكومة من اللجوء إلى هذا النظام اقتصادي خالص، فقد هدفت الحكومة من ناحية أخرى من تطبيق مبادرة التمويل الخاصة للمشاريع إلى استحداث إنشاءات بنية أساسية جديدة، تؤدي إلى تحديث هذه البنية في الدولة و المجالات الحيوية التي تخدم المواطن و توفر له الإطار البيئي، الصحي و الاجتماعي المناسب كالصحة ، التعليم و مياه الشرب .

كما قصدت الحكومة من ناحية ثانية من تطبيق مبادرة التمويل الخاصة الى تخفيض الدين العام ، من خلال اللجوء إلى القطاع الخاص لتمويل الإنشاءات الحيوية دون تحميل ميزانية الدولة مبالغ طائلة، قد تدفع بالحكومة إلى الاقتراض .

على أن تطبيق عقود مبادرة التمويل الخاصة واجهت مقاومة من قبل بعض الإدارات، التي لم تشأ أن تغير في طريقة عملها و إدارتها للمرافق العمومية أو العامة، خاصة و أنها كانت تشكك في نجاح هذا النظام الجديد.

كما أن الشركات الخاصة المدعوة للقيام بإنشاءات وفق نظام مبادرة التمويل الخاصة، واجهت هي الأخرى صعوبات كبيرة في تقويم و تقدير المخاطر المحيطة بهذا النظام، بصورة جيدة تسمح لها من التأكد من استرداد النفقات الفعلية للمشروع، كما واجهت

---

<sup>1</sup> إن أول استعمال لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في بريطانيا تحت مسمى مبادرة التمويل الخاصة كان مقتصرًا على تمويل مشاريع البنية الأساسية التحتية ، حيث كلن على حكومة جون ماجور في سنة 1992 أن تولي اهتماما كبيرا لمسألة المنشآت العمومية ، و في نفس الوقت كان لا بد عليها أن تراعي أمرين ، الأمر الأول تفادي رفع مستوى الدين العام و الأمر الثاني هو تفادي رفع الضغط الضريبي و لهذا انشأت المبادرة البريطانية لتمويل المشاريع من اجل معالجة النقائص التي سجلت فيما سبق .

صعوبات في البحث عن شركاء في شكل اتحادات لشركات القطاع الخاص، في وقت لم تكن قد اتضحت فيه بعد مدى جدوى و ربحية مثل هذا النظام.

و ابتداء من عام 1994 وجد نظام مبادرة التمويل الخاصة للمشاريع مجالا للتطبيق العملي و كان مجال الصحة دافعا رئيسيا للإسراع في تطبيق مبادرة التمويل الخاصة، فبسبب تخفيض ميزانية الصحة عام 1996 ، كانت مبادرة التمويل الخاصة محركا أساسيا للقطاع الخاص للاستثمار في المجال بقيمة مائة و خمسة و عشرون (125) مليون جنيه إسترليني ما بين 1996-1997 ، لتصل إلى حوالي ثمانية مئة (800) مليون جنيه إسترليني خلال ثلاثة (03) سنوات<sup>1</sup>.

و بغض النظر عن أن مبادرة تمويل المشاريع بمثابة برنامج حكومي، فإن الأمر الجديد الذي أدخلته هذه المبادرة هو الطابع المنهجي في اللجوء إليها، فالخاصية الرئيسية لمبادرة تمويل المشاريع الخاصة هي تفويض النشاطات العمومية من خلال اللجوء إلى عقود ذات بنية مالية معيارية<sup>2</sup>.

كما سمحت هذه المبادرة لتمويل المشاريع في تفويض الخدمات العمومية، أن تنتقل من الاستثناء، حيث كان يطبق على بعض المجالات فقط دون الأخرى، إلى القاعدة العامة في العلاقة بين الإدارة العمومية و شركاءها الخواص<sup>3</sup>.

كما سمحت المبادرة بإصدار مجموعة من النصوص التي أطرت العلاقة بين الجماعات العمومية و شركائها الخواص، حيث أن النصوص الصادرة عن الخزينة العمومية أو عن الوزارات المعنية هي أهم النصوص في هذا المجال.

---

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 22

<sup>2</sup> عمران فيصل: عقد الشراكة العمومية- الخاصة دراسة مقارنة ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، سنة 2010 ، ص 55

<sup>3</sup> عمران فيصل : عقود الشراكة العمومية - الخاصة ، المرجع نفسه ، ص 47

كما أن النموذج البريطاني يتميز بدرجة عالية من المركزية، حيث يستلزم تاطير صارم لنشاطات الجماعات المحلية من طرف الإدارة المركزية، و في نفس الوقت فإنه يتمتع بدرجة عالية من المرونة للمصالح الإدارية، من اجل تحديد عناصر الشراكة وفقا لحاجيات كل إدارة ، دون أن تكون خاضعة إلى أي قيد ، أو مضطرة إلى الالتزام بنموذج تعاقدى محدد مسبقا ، أو تم تحديده مقدما .

لذلك تبنت السلطات العمومية المركزية بعض التدابير التحفيزية من اجل الالتزام بالعقود النموذجية دون أن يأخذ الأمر طابعا إلزاميا ، حيث انه عند إطلاق مبادرة تمويل المشاريع الخاصة سنة 1992 تم اعتبار كل العقود القائمة آنذاك ، و التي كانت تسمح للقطاع الخاص بتمويل المنشآت العمومية ، أي كان الشكل الذي تأخذه الشراكة بين القطاعين العام والخاص تدخل في عقود مبادرة تمويل المشاريع الخاصة .

و لم يعرف عقد الشراكة البريطاني نوعا من التحول نحو قدر اكبر من المنهجية إلا مع مرور الوقت، و تدعم التوجه نحو منهجة عقود مبادرة تمويل المشاريع بمناسبة وصول حزب العمال إلى السلطة<sup>1</sup>، بل إن عقود الشراكة مع القطاع الخاص أصبحت أكثر استعمالا في فترة حكم اليسار ، حيث قامت حكومة توني بليير في سنة 1997 بإدخال عدة تعديلات على عقود مبادرة التمويل الخاصة ، خصوصا من خلال دعم الخبرة الإدارية ، و أيضا ضبط معاييرها بواسطة العقود النموذجية .

و التطبيق الأكثر لعقود مبادرة التمويل الخاصة يوجد اليوم في مجال الإنشاءات الصحية و التعليمية، و بصورة اقل في مجال المؤسسات العقابية و الأحداث و المحاكم و الإسكان الاجتماعي.

---

<sup>1</sup> و إذا كانت فكرة مبادرة التمويل الخاصة قد بزغت في رحاب حكومة المحافظين ، إلا أنها لقيت ترحيب من حكومة العمال عندما تسلمت السلطة عام 1997 بسبب تشعب العلاقات بين حزب العمال و المجموعات الأعمال حيث كانت أسباب لتقرب بينهما انتخابية خالصة ، حيث لم يجد حزب العمال أمامه لتمويل البرامج الإنشائية الكبيرة في المجالات الاقتصادية و الاجتماعية و التي أعلن عليها أثناء العملية الانتخابية إلا تطبيق هذه العقود لتنمية الإنشاءات في مجالي المدارس و المستشفيات و إقامة علاقات تعاقدية عميقة بين القطاعين العام و الخاص

و قد أبرمت في إنجلترا منذ 1990 إلى 2009 أكثر من تسعة مئة (900) عقد شراكة بنظام PFI ، بقيمة مئة و عشرة (110) مليار دولار ، و سبعة مئة (700) عقد من هذه العقود هي في حيز التنفيذ إلى 2011<sup>1</sup>.

و في دولة مثل المملكة المتحدة لا تعرف نظام القضاء الإداري تعد عقود مبادرة التمويل الخاصة عقود دولة لا عقود قانون خاص ، فهذا النوع من العقود يبرم و ينفذ في إطار قانوني و إداري ، يسمح للقطاع الخاص بإنشاء المرفق و استغلاله و إدارته في مقابل مكافأة يتقاضاها الشخص المعنوي الخاص الموقع للعقد على شكل اداءات شهرية أو نصف سنوية ، أو عن طريق الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين أو الاثنين معا .

و تتم كل هذه المراحل تحت إشراف الإدارة ، باحترام بنود العقد الموقع معها ، و التي يعطيها سلطات شبيهة بتلك المعترف بها للإدارة ، بشكل يبعد مثل هذه العقود كثيرا من دائرة القانون الخاص الذي يكرس و يعمل على مبدأ المساواة بين المتعاقدين.

و يندرج تحت مبادرة تمويل المشاريع الخاصة صنفان أساسيان من العقود<sup>2</sup>:

الصنف الأول: يعتمد هذا الصنف على المعيار المالي ، و يقصد به طريقة سداد مستحقات المتعاقد مع الإدارة و يندرج تحت هذا الصنف:

\* عقود الخدمات المباعة للمرفق العام، و فيها يحصل المتعامل الخاص على حقوقه المالية في شكل أجرة دورية، سواء كانت شهرية، فصلية ، أو سنوية على الأكثر، تدفع له من قبل الإدارة المانحة.

\* العقود المستقلة ماليا، و فيها يحصل المتعامل الخاص على أجره من طرف الإدارة العمومية، و لكن من خلال الرسوم و التي تدفع من طرف المرتفقين .

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود مشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 23

<sup>2</sup> عمران فيصل : عقود الشراكة العمومية - الخاصة ، مرجع سابق ، ص 63

الصنف الثاني: و يعتمد هذا الصنف على المعيار التعاقدى ، حيث من خلاله يوجد طائفتان من العقود ، نظرا إلى أن هذا الصنف قائم على اعتبار الجهة التي ينول إليها ملكية المنشآت بعد انقضاء مدة العقد ، في حالة ما إذا كانت ملكية المنشآت سوف تؤول الى الشريك العمومي (الإدارة) ، أو تؤول إلى شركة المشروع .

و ينتمي القدر الأكبر من عقود مبادرة التمويل الخاصة ( عقود الشراكة ) في بريطانيا الى فئة عقود الخدمات المباعة ، أي العقود التي تمثل فيها الأجرة المدفوعة من طرف الإدارة المصدر الرئيسي لمداخل شركة المشروع ( الشريك الخاص ) .

و قد انشأت عدة مؤسسات في بريطانيا تعمل في مجال عقود مبادرة التمويل الخاصة (عقد الشراكة) ، و تتمثل فيما يلي :

المؤسسات الفاعلة في مجال مبادرة التمويل الخاصة PFI في بريطانيا:

#### 1- مجموعة Treasury Taskforce :

تأسست هذه المجموعة عام 1997 ، و هي أول مجموعة خاصة بعقود مبادرة التمويل الخاصة ، و كان من مهامها دراسة تطوير قواعد الخبرة المتصلة بهذه العقود ، و تقديم المعونة لجهة الإدارة المختصة.

و كان محور تدخلها يتعلق بالتقديرات المالية و المقارنة بينهما و بين وسائل التمويل التقليدية، كما كانت تختص بتحديد المرافق التي يمكن أن تمول بنظام PFI (مبادرة التمويل الخاصة)<sup>1</sup>.

#### 2- Partnerships UK :

انشأت هذه المؤسسة عام 2000 ، و هي تعد من المنظور الشكلي بنكا ، إلا أنها لا تعد مجرد بنك للحكومة في مجال الاستثمار ، و إنما تأخذ شكل نظام الاقتصاد المختلط ، يمتلك

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، مرجع سابق ، ص 89

القطاع الخاص نسبة 51% من رأس المال ، بينما تظل نسبة 49% الباقية ملكا للقطاع الحكومي أو الإدارة .

تتدخل هذه المؤسسة أساسا في مشاريع الشراكة في المملكة المتحدة مشاركة برأس المال في المرافق الإنشائية ، التي يتم الموافقة عليها لتنفيذ الشراكة بين مستثمرين القطاع الخاص و بين الحكومة .

و على ذلك فان تدخل Partnerships في عقود الشراكة ، أو كما تسمى في بريطانيا مبادرة التمويل الخاصة لا يقتصر على تقديم الاستشارات للحكومة في هذا الشأن بتحديد المجالات التي يمكن تطبيق النظام بصددها ، و إنما يتدخل كطرف متعاقد يتحمل كافة حقوق و التزامات المتعاقدين مع الإدارة<sup>1</sup>.

و ما يجب الإشارة إليه أن هذه المؤسسة لا تعمل في نطاق عقود مبادرة التمويل الخاصة إلا لصالح الإدارات المركزية ، و بصفة أساسية الحكومة المركزية.

### 3- Public Privat Parthenrships Programmer

انشأت هذه المؤسسة في عام 1996 بتمويل من الاتحاد الانجليزي للإدارات المحلية، و تخضع لإدارته و تسال أمامه عن أنشطتها ، و تتمثل مهمة هذه المؤسسة في تقديم المعونة الفنية للإدارات المحلية للمشاريع و المرافق التي تتم بنظام الشراكة .

و لهذا فان هذه المؤسسة تتولى دراسة كل حالة على حدى ، و تنتشر الحالات التي نفذت و حققت نجاحا في التطبيق ، كما تعقد دورات تاهيلية للإدارات في مجال PFI أو الشراكة، كي تكون مؤهلة فنيا عند التفاوض على العمليات الإنشائية التي تنفذ بنظام الشراكة .

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، مرجع سابق ، ص 90

#### 4- Project Review Group :

و قد انشأت هذه المؤسسة للتنسيق بين الوزارات التي تبرم هذه النوعية من العقود ، و دراسة مدى إمكانية التنفيذ الفعلي لهذه المشاريع و التقديرات المالية لها .

و ابتداء من سنة 2005 جرى تدعيم و توسيع اختصاص هذه المؤسسة بصدد العمليات الإنشائية المركبة التي يتم تنفيذ بعض مراحلها بواسطة الإدارات المحلية.

و تجرى الدراسات حاليا لتحويل هذه المؤسسة من مؤسسة تنسيق بين الوزارات إلى وحدة خبراء، تتشكل من مختلف الوزارات لتقديم الخبرة في عقود مبادرة التمويل الخاصة.

#### 5- Privat Finance Unites (PFUS) :

تعتبر وحدة مركزية للوزارات الكبرى في الحكومة البريطانية ، تهتم بالجوانب المختلفة لعقود مبادرة التمويل الخاصة أو الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، التي تبرمها هذه الوزارات بهدف الوصول إلى القواعد المثلى ، التي تجعل من هذه العقود وسيلة فعالة في كافة المشاريع العامة ، و بخاصة فيما يتعلق بالإنشاءات الحكومية<sup>1</sup>.

فكل مشروع لعقد مبادرة التمويل الخاصة يدرس و يفحص جيدا بواسطة هذه الوحدة للتأكد من جدواه و مدى إمكانية تحقيق الهدف من إبرامه، و هذا الدور يجعل من هذه الوحدة مستشارا و خبيرا للسلطات العامة في كل مراحل عقود مبادرة التمويل الخاصة، بدء من التفاوض و المناقشة حتى إقرار أو الوصول إلى مرحلة التوقيع على العقد.

و إذا كانت هذه الوحدة لا تملك سلطة القرار النهائي للعقد، أي سلطة إبرام العقد أم لا، إلا أنها تستطيع تقديم رأيها أو إبداء رأيها بشأن جدوى و أهمية المشروع المقترح القيام به في المراحل التي تسبق التوقيع على العقد.

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقد المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 30

الفرع الثاني: عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في فرنسا و مصر

### أولاً : عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا

إذا كان ظهور عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المملكة المتحدة يرجع لأسباب اقتصادية و سياسية ، فان ظهورها في القانون الفرنسي يرجع إلى أسباب قانونية خالصة<sup>1</sup>. حيث كان سبب ظهور هذا النوع من العقود عندما تعرض مجلس الدولة في فرنسا إلى احد العقود التي كانت محل نزاع ، و كان موضوع العقد يتعلق برفع المخلفات المنزلية مقابل مكافأة جزافية تلتزم مدينة كولومب (Colombes) بأدائها للمتعاقد معها ، و قد كان هذا سنة 1963 .

و كيف مجلس الدولة هذا العقد آنذاك بأنه عقد صفقة مقاوله أشغال عمومية *Marché d'entreprise de Travaux Publics METP* ، بالرغم من أن المتعاقد كان قد تولى إنشاء التجهيزات الأولية للمرفق العام ، و استغلال ذلك المرفق طوال فترة العقد.

و قد ارجع مجلس الدولة سبب هذا التكييف إلى طريقة حصول المتعاقد على حقوقه المالية حيث كان يحصل عليها في شكل ثمن تدفعه جهة الإدارة بصورة مجزاة طويلة مدة العقد<sup>2</sup>. و في ضوء هذا الحكم عرف عقد صفقة مقاوله أشغال عمومية (METP) بأنه ذلك العقد الذي يبرمه احد أشخاص القانون العام مع احد أشخاص القانون الخاص ، بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام و استغلال و استثمار هذا المرفق طوال مدة العقد ، و في مقابل ثمن ثابت على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة.

ثم اتجه العديد من الفقهاء بعد ظهور عقود تفويض المرفق العام سنة 1993 إلى تكييف هذا العقد بأنه احد عقود تفويض المرفق العام، و ذلك لان المتعاقد يكون مكلف بتنفيذ مرفق عام ، كما ترتبط حقوقه المالية بمراحل التنفيذ على مدة العقد الإجمالية ، بما يعني أن هذا

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود الشراكة PPP ، دار النهضة العربية ، طبعة 2007 ، ص 73

<sup>2</sup> رجب محمود طاجن : عقود الشراكة PPP ، المرجع نفسه، ص 102

المقابل المالي يرتبط بنتائج الاستغلال ، و هو المعيار المميز لعقود تفويض المرفق العام<sup>1</sup>، إلا أن هذه الواجهة لم يؤيدها مجلس الدولة في العديد من أحكامه<sup>2</sup>.

و عند صدور قانون 07 مارس 2001 بشأن الأشغال العامة، فقد نصت المادة 94 منه على منع إدراج شرط الدفع المجرأ في عقود الأشغال العامة ، و هو ما يعني انه لم يعد بمقدور و إمكان الإدارة إبرام هذه العقود التي تقوم أساسا على مبدأ الدفع المجرأ على مدة العقد الكلية ، خصوصا و أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي كما قلنا قد أخرجها من نطاق عقود تفويض المرفق العام .

و عندما تواترت أحكام مجلس الدولة على تكييف عقود صفقة مقاوله أشغال عمومية (METP) بأنها عقود أشغال عامة ، أصبحت الإدارة عاجزة على إبرام هذا النوع من العقود هذا من جهة.

من جهة أخرى ، فان هاته العقود هي من العقود المركبة و الإجمالية التي تشمل العديد من المراحل التصميم ، الإنشاء ، التشغيل ، الصيانة و الإدارة ، وقد منعت المادة العاشرة (10) من نفس القانون ، أي قانون 07 مارس 2001 المتعلق بالأشغال العامة على إبرام العقود الإجمالية .

---

<sup>1</sup> Maurice Vivano : l'exécution des marchés publics et des délégations de service public, le Moniteur; février 2001, p 31

<sup>2</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية Préfet des Bouches –des Rhône الصادر في 15 افريل 1997 بشأن عقد يتعلق بجمع و نقل المخلفات المنزلية في مقابل اداءات مالية تتحملها جهة الإدارة (METP) ، ذهب الى أن هذا العقد لا يدخل في طائفة عقود تفويض المرفق العام ، لان المقابل المالي و إن كان مجزأ على مدة العقد إلا انه لا يرتبط جوهريا بنتائج الاستغلال ، أي لا علاقة له بالحالة الاقتصادية و المالية للاستغلال اذ لا يتأثر بوضع النشاط لا سلبا و لا إيجابا ، و هو الشرط الأساسي للاعتراف بعقود تفويض المرفق العام .

رجب محمود طاجن : ،عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 37

و كأثر لموقف القاضي الإداري الذي اخرج عقود مشروع مقاوله الأشغال العامة (METP) من دائرة عقود تفويض المرفق العام ، كما أخرجها قانون 2001 (الملغى ) للأشغال العامة من نطاق تطبيقها .

و نتيجة للأهمية القصوى لمثل هذا النوع من العقود من الناحية المالية و الاقتصادية، جاءت مبادرة المشرع الفرنسي في تبني عقود صفقة مقاوله أشغال عمومية (METP) تحت مسمى آخر ، و هو "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص " (PPP) .

و قد تم إدخال عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في القانون الفرنسي بصفة أساسية بواسطة الأمر رقم 559-2004 الصادر في 17 جوان 2004 ، و المسمى بالأمر المتعلق بعقود الشراكة « Les Contrats de Partenariats » و الذي يمثل إطار قانوني لهذا النوع من العقود في فرنسا<sup>1</sup>.

ثم صدرت بعد ذلك مراسيم تحدد مدى و مجال تطبيق الأمر ، و أجازت لكل أشخاص القانون العام ( الدولة، الأقاليم و المؤسسات العامة ) ، و كذا لأشخاص القانون العام المكلفين بمهمة مرفق عام بإبرام هذا النوع من العقود.

إلا أن المشرع الفرنسي قد تراجع عن هذا القانون المستقل، و الذي ينظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، و أعاد إدماج هذه النوعية من العقود ضمن عقود الصفقات العمومية من خلال الأمر رقم 899-2015 الصادر في 23 جويلية 2015 و الخاص بالصفقات العمومية *Marchés Publics*.

ما جاء به أمر 17 جوان 2004 :

إن أمر 17 جوان 2004 المنظم لعقود الشراكة هو الذي ادخل هذه النوعية من العقود، أي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى فرنسا، و من بعدها جل الدول العربية ، منها

---

<sup>1</sup> أمر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان و المسمى بالأمر المتعلق بعقود الشراكة في فرنسا ثم عدل بقانون رقم 735-2008 المؤرخ في 2008

مصر ، المغرب ، تونس ، الإمارات العربية المتحدة ..... الخ ، حيث وضعت لها قانون مشابه للقانون الفرنسي.

و قد جاء هذا الأمر بنظام قانوني خاص بهاته العقود، و وضع لها عدة مبادئ جديدة لم تكن موجودة في العقود الإدارية التقليدية أو الكلاسيكية، منها مبدأ اقتسام المخاطر، و مبدأ التقييم الأولي، و الحوار التنافسي.

كما حدد عدة شروط لإمكانية اللجوء أو إبرام هاته العقود منها، شرط الاستعجال، و ان يكون المشروع مركبا ، أي كان المشرع الفرنسي من خلال أمر 2004 يشترط على الحكومة، أو الجهة الإدارية للجوء الى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص توافر احد الشرطين، إما الاستعجال، أو الطبيعة المركبة للعقد .

#### أولا : الطبيعة المركبة للمشروع (التعقيد )

لقد كانت تعد الطبيعة المركبة للمشروع بمثابة شرط مبدئي و ضروري، و من الشروط المهمة في اللجوء إلى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

و يعد المشروع مركبا أو معقدا، إذا كانت الجماعات العمومية موضوعيا عاجزة أن تحدد بمفردها و بشكل مسبق الوسائل التقنية اللازمة لتلبية حاجياتها، أو ضبط الترتيبات المالية أو القانونية<sup>1</sup>.

و لكي تلجا السلطات إلى مشاريع مركبة دون الوقوع في مخالفات قانونية، كان يجب عليها أن تكون بصدد مشروع يستحيل موضوعيا للجهة المختصة أن تحدد الوسائل الكفيلة لسد احتياجاتها، و مثل هذا الوضع يمكن مواجهته و بصفة خاصة في مشاريع البنية الأساسية في مجالات النقل ، الكهرباء أو الماء، أو المشاريع التي تقتض تمويلها مركبا حيث يصعب تكوين تصور مالي و قانوني للمشروع بصورة مسبقة.

<sup>1</sup> عمران فيصل : عقود الشراكة العمومية - الخاصة ، مرجع سابق ، ص55

و الطبيعة المركبة في هذا الإطار قد تأتي من حالة المشروع المقترح تنفيذه بنظام الشراكة، و خصوصا فيما يتعلق بالمشاريع ذات التكنولوجيا العالية أو المتقدمة، و التي يصعب إيجاد تطبيقات سابقة لها تمكن من إتمام التقييم بشكل متكامل.

كما كان يجب على الإدارة أن تبرر لإمكانية إبرام عقد الشراكة، و على أسس موضوعية عدم قدرتها على الإحاطة الكاملة بالمشروع من الناحية الفنية، بما يتناسب مع احتياجاتها من إبرام العقد، أو عدم تمكنها من تكوين دراسة كاملة للجوانب القانونية و المالية له<sup>1</sup>.

### ثانيا : صفة الاستعجال

مثلما هو الوضع بالنسبة لطبيعة المركبة للمشروع، فقد كان يعد الاستعجال بمثابة شرط أولي مفترض بالنسبة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في أمر 17 جوان 2004 ، إلا انه لم يرد في هذا الأمر أي تعريف أو تحديد لشرط الاستعجال، رغبة من المشرع في عدم التقيد بفروض قد لا تتفاعل مع الواقع المتنوع<sup>2</sup>.

إلا أن هذا الشرط قد ورد له تحديد في قرارات المجلس الدستوري و مجلس الدولة منها:

---

<sup>1</sup> و ترجع صعوبة الوقوف على النواحي الفنية و القانونية و المالية للمشاريع المراد إقامتها بنظام الشراكة الى : من الناحية الفنية : صعوبة الوصول الى تحديد طبيعة المشروع و ذلك عندما يكون المشروع في حاجة الى استخدام تكنولوجيا عالية و متقدمة مما يصعب تحديد التقنيات المتصلة به بدقة ، كما يصعب تحديد الوسائل و الأدوات الفنية الكفيلة بتحقيقه نظرا لطبيعته المتطورة .

من الناحية القانونية : و تكمن الصعوبة إذا كانت الجهة الإدارية لا تستطيع الإحاطة الكاملة بالجوانب و المشكلات القانونية المرتبطة بالمشروع مثل حقوق و التزامات كل طرف من أطراف العقد و اقتسام المخاطر ، المقابل المالي الذي يحقق لشركة المشروع تحصيل ما أنفقته مع الحصول على هامش ربح .

من الناحية المالية: كصعوبة تحديد العلاقات بين المستثمرين و المقرضين، علاقة المستثمرين و المقاولين من الباطن و الموردين .

و قد يزيد من صعوبة تحديد تلك العلاقات مدة العقد الطويلة و عدم قدرة الجهة الإدارية على وضع تصور مالي يكون صالح للتطبيق على مختلف مراحل المشروع طيلة مدة العقد

<sup>2</sup> Encyclopédie Dalloz vol3 chapitre n° 3210 page 114 année 2006 « Les contrats de partenariat »

\* القرار الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 2004 و الذي أعلن فيه المجلس الدستوري أن الاستعجال المبرر، أو المرتبط بتنفيذ المشروع يعد احد أسباب و عناصر المصلحة العامة التي تبرر إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالنسبة إلى قطاع أو منطقة جغرافية محددة.

\* أما مجلس الدولة فقد رفض طعنا بتجاوز السلطة في حكمه الصادر في 29 أكتوبر 2004، ضد أحكام أمر 17 جوان 2004 المنظم لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و استخدام ذات العبارات التي استخدمها المجلس الدستوري فيما يتعلق بشرط مفترض لإبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

و الاستعجال الذي يسمح باللجوء إلى إبرام عقد الشراكة هو الاستعجال الناجم عن سبب خارجي عن الإدارة المعنية، و كان يكفي حالة الاستعجال البسيط أو العادي لإمكانية اللجوء إلى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لان اشتراط درجة من الجسامة أو الخطورة في الاستعجال يؤدي إلى المساس باستقرار السير المعتاد للمرفق العام.

#### القانون الجديد لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص :

إن عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من العقود التي ظهرت في إنجلترا، كما قلنا سابقا في سنوات التسعينات في مفهومها الحديث " مبادرة تمويل المشاريع الخاصة"، ثم انتقلت إلى فرنسا في فترة حكومة Raffarin من خلال الأمر رقم 559-2004 الصادر في 17 جوان 2004 ، حيث وضع المشرع الفرنسي نظام قانوني مستقل ينظم هذه العقود.

إلا أن المشرع الفرنسي تراجع و أعاد أدراجه، حيث ادمج هذه النوعية من العقود في قانون الصفقات العمومية الجديد من خلال الأمر رقم 899-2015 الصادر في 23 جويلية 2015 تحت تسمية " صفقات الشراكة" .

ما هو جديد أمر 23 جويلية 2015 الخاص بالصفقات العمومية؟

إن الأمر رقم 899-2015 الصادر في 23 جويلية 2015 اعتبر عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص نوع من أنواع الصفقات العمومية، و هي عبارة عن عقود إدارية<sup>1</sup> تخضع للإجراءات العامة التي تخضع لها عقود الصفقات العمومية<sup>2</sup>، باستثناء بعض القواعد خاصة فيما تعلق بالتعاقد من الباطن.

هذا الأمر غير كذلك من تسمية الأطراف، فالشريك العام أو الجهة الإدارية أصبح يسمى المشتري Acheteur، أما الشريك الخاص (شركة المشروع) أصبح يطلق عليه تسمية المتعامل الاقتصادي l'operateur économique .

كما أن المشرع الفرنسي قد تنازل عن شرطي التعقيد و الاستعجال لإبرام عقد الشراكة، أو عند اللجوء إلى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (و هما شرطان تكلمنا عنهما عندما تطرقنا إلى عقد الشراكة في قانون 2004)، و اكتفى بضرورة وجود المصلحة العامة و النفع العام لإمكانية إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، و أضاف شرط مبلغ المشروع أي قيمة المشروع، و الذي يجب أن يصل إلى حد معين لكي يمكن اللجوء إلى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، و يختلف هذا المبلغ حسب نوعية و طبيعة المشروع، و هو شرط لم يكن منصوص عليه في قانون 2004.

كذلك من الإضافات التي أتى بها أمر 23 جويلية 2015 و الخاص بالصفقات العمومية هي مساهمة أو إمكانية مساهمة الجهة الإدارية في رأس مال شركة المشروع، لكن يجب أن تكون نسبة المساهمة صغيرة و لا تتعدى 20%، و هو ما نص عليه القانون المصري للشراكة بين القطاعين العام والخاص لسنة 2010.

---

<sup>1</sup> Article 03 de la nouvelle loi « Les marchés publics relevant de la présente ordonnance <sup>1</sup> passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs »

<sup>2</sup> Article 66 de la nouvelle loi « Les marchés de partenariat sont soumis aux dispositions de la première partie de la présente ordonnance »

أمر 23 جويلية 2015 نسخة منقحة من أمر 17 جوان 2004 :

رغم التغيير الذي أتى به المشرع الفرنسي في أمر 23 جويلية 2015 الخاص بالصفقات العمومية، إلا انه حافظ تقريبا على كل المبادئ و الأسس التي أتى بها أمر 17 جوان 2004 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و نص عليها في الباب الثاني تحت عنوان " الإجراءات الخاصة بعقود صفقات الشراكة " من المادة 66 إلى المادة 90.

- فقد ابقى المشرع على شمولية العقد، و اعتبر صفقة الشراكة عبارة عن عقد شامل يظم جل مراحل المشروع، من إنشاء و استغلال، تصميم و صيانة طبقا للمادة 67 منه.

- بالنسبة لمدة الصفقة ، إن المشرع لم يحدد مدة معينة لصفقة الشراكة، أي لم يضع لها حد ادني أو حد أقصى مثل ما كان عليه قانون 2004 ، إلا انه عقد طويل الأجل .

- كما احتفظ المشرع الفرنسي بنظام التقييم الأولي، الذي يجب أن تقوم به الجهة الإدارية أو المشتري حسب هذا القانون قبل الشروع في إجراءات الصفقة، و هذا بإشراف خبير مختص (و يقصد هنا بالخبير المختص هي هيئة تفعيل عقود الشراكة).

- كذلك تمسك المشرع الفرنسي بمبدأ اقتسام المخاطر و الحوار التنافسي، و حق الإدارة في مراقبة المشروع و تعديل أحكام الصفقة، و حق المتعامل الاقتصادي في طلب التعويض في حالات إنهاء العقد المبكر، و غيرها من المبادئ التي نص عليها أمر 17 جوان 2004، و سوف نتكلم عن هاته المبادئ و الأسس بالتفصيل كل في مقامه.

المؤسسات الإدارية الفاعلة في مجال عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا :

هي هيئة كانت تسمى " بلجنة المساعدة على تفعيل عقود الشراكة"، أو " هيئة تحقيق عقود الشراكة"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> La mission d'appui a la réalisation des contrats de partenariat MARPP

انشأت هذه اللجنة بالمرسوم رقم 1119 لسنة 2004 الصادر في 19 أكتوبر 2004 تطبيقاً لأمر 17 جوان 2004 المنظم لعقود الشراكة.

إلا أن المشرع الفرنسي أعطى تسمية جديدة لهذه الهيئة و أطلق عليها اسم " هيئة مساعدة تمويل البنية التحتية"، من خلال المرسوم رقم 522-2016 الصادر في 27 افريل 2016<sup>1</sup> و هذا تماشياً مع أمر 23 جويلية 2015 المنظم لصفقات الشراكة.

إلا أن المشرع أبقى لهذه الهيئة نفس المهام التي كانت تتمتع بها في إشرافها على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

بدأت هذه الهيئة في مباشرة مهامها في 27 ماي 2005 ، هي هيئة تابعة لوزارة الاقتصاد و المالية، مكلفة بتقديم الخبرة في مجال عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في المراحل التمهيديّة و المفاوضات و المتابعة في تنفيذ العقود .

فهي تعتبر بيت للخبرة للجهات الإدارية ترجع إليها في مجالات الشراكة، حيث تقدم المعونة لهذه الجهات العامة منها و الإقليمية، في مجال إعداد العقود و كراسات الشروط و التفاوض على العقد، و تقوم هذه اللجنة بدورين أساسيين هما:

\* المعونة في إعداد العقود و التفاوض و متابعة العقد، حيث تعد بيتاً للخبرة الفنية فيما يتعلق بالإطار العام للعقد، و تقوم بإجراء الدراسات الأولية التي يفرضها القانون و التهيئة له دون أن تحل محل المستشارين الفنيين للجهة الإدارية.

كما تصدر توصيات للجهة الإدارية تساعد على تقييم الخطوط العريضة لتلك التوعية من العقود ( عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ) .

\* كما تختص هذه الهيئة بإقرار التقييم الأولي الذي أجرته بمعاونتها، و تقوم بالفحص الدقيق لمحتوى التقييم بما يضمن التنفيذ الأمثل لهذه النوعية من العقود، و يعد تدخلها

---

<sup>1</sup> La mission d'appui au financement des infrastructures

إجبارياً عند إعداد التقييم المبدئي للمشروع المراد تنفيذه بنظام الشراكة، فلا تستطيع الجهة الإدارية الاستمرار في مراحل العقد إلا بعد إجازته منها.

إلا أن هناك استثناءات ترد على هذا و تتمثل في:

- عدم خضوع العقود التي تكون وزارة الدفاع طرفاً فيها لرقابة هذه الهيئة، و ذلك لخصوصية العقود التي تبرمها هذه الوزارة، مما يحتم أن تكون لها مؤسسات خاصة بها.

- عدم خضوع العقود التي تبرمها الهيئات المحلية و مؤسساتها العامة لرقابة هذه الهيئة فجهة الإدارة غير ملزمة بعرض التقييم على هذه الهيئة إذا كان العقد يخص احد المؤسسات الإقليمية، فإذا ما عرضت التقييم عليها فان رأي هذه الهيئة لا يعدو أن يكون استشارياً، فلها الحق في الأخذ به أو عدم الاعتماد عليه.

### ثانياً : عقد الشراكة في مصر

يعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر حلقة في سلسلة تطور إدارة المرافق العامة في مصر، و التي بدأت مع قانون رقم 129 لسنة 1948 بشأن التزامات المرافق العامة و التعديلات التي أدخلت عليه<sup>1</sup>.

و نظراً لما استقرت عنه تلك العقود من خلق مشكلات قانونية اقتصادية كبيرة استدعت بالمشروع إلى التدخل التشريعي مرات عديدة، الأمر الذي بدأ معه التفكير في تطبيق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي أتى به القانون الفرنسي، و انتهى الأمر بتطبيق عقود الشراكة PPP على مشاريع عملاقة، و وضع المشروع في النهاية إطار تشريعي ينظم جميع عقود مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة.

و عليه فان هذه الأخيرة معروفة في مصر منذ زمن طويل، لكن الجديد هو التسمية التي تطلق عليها، فهذه الطائفة حديثة النشأة من حيث المسمى في القانون المصري، و كان هذا

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 69

بصدور القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة، ثم صدر في أوائل 2011 اللائحة التنفيذية لهذا القانون<sup>1</sup>. و إذا كان المشرع المصري لم ينص صراحة على شرط الصفة المركبة و شرط الاستعجال للجوء إلى إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، إلا انه في الشكل الذي أتى به المشرع المصري فقد حدد بعض الشروط التي يجب توافرها في مشروع الشراكة، كما حدد بعض المؤسسات الفاعلة و التي تقوم على تطبيق تلك المشاريع، و أهم هاته الشروط، الشروط المتعلقة بقيمة عقد الشراكة، و الشرط المتعلق بجودة الأعمال.

\* الشرط المتعلق بقيمة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص :

اشترط المشرع المصري في قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص، و في المادة الثانية (02) منه<sup>2</sup> أن لا تقل القيمة الإجمالية لعقد الشراكة عن مائة (100) مليون جنيه مصري.

فإذا ما توافرت سمات و شروط أركان عقد الشراكة في عقد ما، و مع ذلك تقل قيمة العقد عن مبلغ مائة مليون جنيه فهل ينتقي عن هذا العقد وصف الشراكة؟

إن العقد في هذه الحالة هو عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص طالما توافرت سماته و أركانه، إلا أن قانون تنظيم الشراكة لا يطبق على العقد في هذه الحالة و يتم تطبيق قانون المناقصات و المزايدات ، و عليه فان الفقه و القانون المصري يقول انه إذا ما قلت قيمة العقد الإجمالية عن مبلغ مائة مليون جنيه، فانه يجب فحص باقي سمات و أركان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإذا ما توافرت تلك السمات و الأركان كان العقد عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص، غير انه لا يطبق عليه قانون تنظيم الشراكة، و إنما

<sup>1</sup> قانون رقم 67 لسنة 2010 المنظم لعقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة ، نشر في الجريدة الرسمية رقم 19 مكرر 1 في 18 ماي 2010 صفحة 5 و ما بعدها.

<sup>2</sup> تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية (2/2) من قانون الشراكة المصري على انه " و لا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات و لا تزيد عن ثلاثون سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء و التجهيز أو إتمام أعمال التطوير و أن لا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه "

يجب أن يطبق عليه قانون المناقصات و المزايدات، و ذلك استنادا إلى أن هذه العقود هي عقود إدارية بطبيعتها طبقا للرأي الراجح في الفقه و القانون المصري، و من ثم يطبق عليها هذا القانون ( المناقصات و المزايدات ) باعتباره الشريعة العامة للعقود الإدارية<sup>1</sup>.

#### \* الشرط المتعلق بجودة الأعمال :

إن مهمة الدولة في الوصول إلى مستوى الجودة المطلوبة ليست بالمهمة السهلة، بل تحتاج إلى تضافر جهود مختلفة.

و تتم أعمال ضبط الجودة على أساس أن المواصفات المتفق عليها بالعقد تعد هدفا يجب تحقيقه، و في حالة عدم وجود تلك المواصفات في الوثيقة العقدية يتم اللجوء إلى المعايير المقبولة فنيا و السائدة في قطاع العمل.

و يتم التأكد من تحقيق تلك الأهداف بإتباع مجموعة من الإجراءات، مثل المعاينة و اخذ العينات و اختبارها أثناء التنفيذ، و يحق للجهة الإدارية إجراء الاختبارات على العينات في أي وقت و في أي مكان تراه مناسبا، قبل الاستلام الابتدائي أو النهائي للمشروع.

و يحق لشركة المشروع ( الشريك الخاص ) الحصول على نسخة من تقارير تلك الاختبارات و يحق للجهة الإدارية بناء على نتائج تلك الاختبارات أن تطلب من شركة المشروع ضبط الجودة ، و في هذه الحالة، يجب أن تقوم (شركة المشروع) بجميع الإجراءات التي من شأنها أن تؤدي لضمان تحقيق المنتج النهائي لمتطلبات الجودة المنصوص عليها في الوثيقة العقدية .

فإذا ما حددت الجهة الإدارية عدد معين من الاختبارات التي يتعين على شركة المشروع (الشريك الخاص) الالتزام بها، فيجب عليه إجراء كل تلك الاختبارات في مواعيدها المحددة و

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة PPP ، مرجع سابق ، ص 73

إبلاغ الجهة الإدارية بنتائج تلك الاختبارات<sup>1</sup>.

و تقوم شركة المشروع ( الشريك الخاص ) بإعداد نظام مفصل لضبط الجودة يتماشى مع وثائق العقد و ملحقاته، و إبلاغه للمهندس المشرف لأخذ الموافقة عليه، و يشمل نظام ضبط الجودة كحد ادني ما يلي:

1- إعداد و مؤهلات طاقم ضبط الجودة لدى شركة المشروع.

2-لائحة بالأجهزة و المعدات المخبرية اللازمة لإجراء اختبارات ضبط الجودة.

3-الإجراءات البديلة في حالة فشل الاختبارات أو عطل الأجهزة و المعدات.

4-طرق رصد النتائج و توثيقها و تحليلها باستخدام منحنيات الجودة.

و يحق للجهة الإدارية أن تتقعد مختبرات ضبط الجودة الخاصة بشركة المشروع (الشريك الخاص ) ، و تقوم بإشعار هذا الشريك بأي خلل أو عيب تراه ، كما يحق لها نقل مختبرات الجودة إلى مختبراتها الحكومية، أو أي مختبرات أخرى ذات كفاءة اعلى.

و تقوم الجهة الإدارية بإتباع إحدى الطريقتين لقبول الأعمال:

\* إما أن يكون القبول بالمعاينة، و ذلك بالتأكد بالمعاينة من أن الأعمال مطابقة لمستويات الجودة المتفق عليها في العقد، و يكون ذلك إما بالمعاينة البصرية من متخصصين، و إما بالمعاينة المخبرية.

\* كما قد يكون القبول باستصدار " شهادة مطابقة " من الجهة الصانعة بالنسبة للمعدات التي تستخدم في الإنشاء و التشغيل، على أن تكون الجهة الصانعة معتمدة محليا و دوليا، و يحق للجهة الإدارية فحص عينات عشوائية من تلك المنتجات.

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص

و قد اشترط المشرع في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، أن لا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أي مستحقات مالية نظير تقديم الخدمات وفقا لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد، إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة.

و لكن ماذا لو لم يحصل المنتج النهائي على مستوى الجودة المقبول لدى الجهة الإدارية؟ في هذه الحالة تمتع الجهة الإدارية عن منح شركة المشروع ( الشريك الخاص ) شهادة قبول مستوى الجودة، و يكون لها الخيار بين طريقتين:

- إما قبول العمل كما نفذ مع تخفيض سعر الخدمة عما هو متفق عليه في الوثيقة العقدية و في هذه الحالة تلتزم شركة المشروع ( الشريك الخاص ) بتقديم تقرير فني صادر من جهة متخصصة معتمدة يوضح أسباب الفشل في تحقيق متطلبات العقد، و تأثير ذلك على الأداء الشامل للمشروع ، و يتحمل هذا الشريك نفقات هذا التقرير .

- و إما أن تأمر شركة المشروع ( الشريك الخاص ) بتنفيذ إجراءات تصحيحية تجعل العمل المنجز متقنا و متطابقا مع متطلبات العقد .

المؤسسات الإدارية الفاعلة في مصر :

انشأ قانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة جهازين يختصان برسم سياسة قومية موحدة لمشاركة القطاع الخاص في تمويل، إنشاء، تطوير، صيانة و استغلال البنية الأساسية و المرافق العامة و هما:

- اللجنة العليا لشؤون المشاركة.

- الوحدة المركزية للمشاركة.

كما أجاز للجهات الإدارية إنشاء وحدة للمشاركة بها عند الاقتضاء.

## أولاً: اللجنة العليا لشؤون المشاركة

و هي الجهة المسؤولة عن رسم السياسات القومية و إصدار التعليمات و المعايير العامة لشراكة القطاع الخاص، و اعتماد العقود النموذجية و الدراسات و اقتراح الآليات لدعم و تمويل مشاريع الشراكة مع القطاع الخاص، و متابعة إجراءات توفير المخصصات المالية، و كذلك متابعة المشاريع.

يتأسس هذه اللجنة رئيس مجلس الوزراء، و في حالة غيابه يتولى وزير المالية رئاستها، و تضم عدة أعضاء من وزارات مختلفة<sup>1</sup>.

## ثانياً: الوحدة المركزية للمشاركة

و يقابل هذه الوحدة ما يسمى في فرنسا " لجنة المساعدة على تفعيل عقود الشراكة"، و كنا قد تكلمنا عن هذه الهيئة عندما تكلمنا عن عقد الشراكة في فرنسا.

و تعد الوحدة المركزية للمشاركة هي بيت الخبرة الفنية، المالية و القانونية للجنة العليا، كما أنها تقوم بالمتابعة الفردية لمشاريع الشراكة، و يناط بها تقديم الدعم الفني المرتبط بهذه المشاريع، و متابعة إجراءاتها قبل و أثناء و بعد الطرح و الترسية، و حتى تمام تنفيذ العقود. كما تقوم بإصدار دليل تطبيق هذه التعاقدات و تصميم نماذج نمطية لها، و تحديد المستندات المطلوبة لدراسات الجدوى، و طلب التقدم بالعطاءات و توزيع المخاطر و غيرها ، و تنشأ هذه الوحدة بوزارة المالية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الرابعة عشر (14) من قانون الشراكة المصري على " تشكل لجنة عليا لشؤون المشاركة برئاسة رئيس مجلس الوزراء و عضوية الوزراء المختصين بالشؤون المالية و الاستثمار و التنمية الاقتصادية و الشؤون القانونية و لإسكان و المرافق و النقل و رئيس الوحدة المركزية للمشاركة و يتولى الوزير المختص بالشؤون المالية رئاسة اللجنة في حالة غياب رئيس مجلس الوزراء .....".

<sup>2</sup> تنص المادة السادسة عشر (16) فقرة أولى (01) 1/16 من قانون الشراكة المصري على انه " تنشأ بوزارة المالية وحدة ذات طابع خاص تسمى الوحدة المركزية للمشاركة يصدر بتشكيلها و تعيين رئيسها قرار من الوزير المختص بالشؤون المالية و تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون علاقتها بأجهزة الدولة و هيكلها الإداري و المالي و نظم العمل و العاملين بها و أجورهم دون التقيد بالنظم الحكومية المعمول بها =

و بشكل عام فان الوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص هي المسؤولة عن الترويج لبرنامج المشاركة لتلبية احتياجات الدولة و المواطنين، و اختيار الشريك الملائم في إطار المنافسة و الشفافية السليمة، و إيجاد الحلول للمعوقات القانونية و المؤسسية أثناء الخطوات التنفيذية لمشاريع الشراكة ، كما أنها مسؤولة عن بناء كوادر داخل الدولة لتحديد و تحضير تعاقدات الشراكة الناجحة، و مساعدة الجهات العامة في اختيار الشريك الخاص ( شركة المشروع )، و إيجاد أفضل الوسائل لرسم سياسة قومية لمشاريع الشراكة مع القطاع الخاص في مصر .

كما تختص هذه الوحدة برقابة الشريك الخاص (شركة المشروع) في تنفيذه لهذه المشاريع بعد التوقيع على العقد، و توفير المعونة الفنية لاختيار و عرض مشاريع جيدة يمكن تمويلها و تستوفي احتياجات القطاع العام و المستهلكين،و تكون ذات بعد اقتصادي للقطاع الخاص<sup>1</sup>.

و تتشكل داخل الوحدة المركزية للمشاركة عدة صناديق أهمها:

---

=كما تنشأ بالجهات الإدارية بحسب الاقتضاء وحدات للمشاركة يصدر بتشكيلها و بتحديد اختصاصها و نظام العمل بها قرار من السلطة المختصة في الجهة الإدارية.

و تختص الوحدة المركزية للمشاركة بتقديم الخبرة الفنية و المالية و القانونية للجنة العليا لشؤون المشاركة و لوحدات المشاركة بالجهات الإدارية، كما تختص برسم و متابعة إجراءات طرح و إبرام عقود المشاركة و تنفيذها و إعداد و نشر الدراسات و المعلومات و الإحصاءات الخاصة بمشروعات المشاركة على المستويين المحلي و الدولي و تختص الوحدة المركزية للمشاركة باختيار مستشاري الطرح لمشروعات المشاركة و التعاقد معهم طبقا للقواعد و الإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون "

<sup>1</sup> تنص المادة السادسة عشر (16) فقرة ثانية (02) 2/16 من قانون الشراكة المصري " و تقوم الوحدة بإنشاء سجل الكتروني لكل مستندات مشروعات المشاركة كما تختص بتلقي شكاوي مستثمري مشروعات المشاركة و دراستها و إعداد الرأي بشأنها تمهيدا لرفعها للجنة العليا لشؤون المشاركة و يكون للوحدة المركزية للمشاركة حسابات مالية مستقلة تدرج فيها المبالغ المخصصة لها من الدولة و ما تتلقاه من دعم مالي بالإضافة الى ما تحصله من شركة المشروع لقاء ما تؤديه من خدمات.....الخ

و للوحدة المركزية للمشاركة بعد موافقة الوزير المختص بالشؤون المالية أن تقدم خبرتها في مجال إعداد الدراسات الفنية و المالية و القانونية و اقتراح النظم التشريعية و اللائحية و المساعدة في إنشاء الهياكل الإدارية اللازمة للجهات المحلية أو الأجنبية التي تطلب ذلك و يجب أن تضمن الموافقة تحديد المقابل المالي الذي تحصل عليه "

#### - صندوق التحضير لمشروعات الشراكة:

انشأ هذا الصندوق لتحضير مشاريع الشراكة بهدف تمويل أتعاب مستشاري الطرح، و تنمية سوق الخدمات الاستشارية.

#### - صندوق تمويل مشروعات البنية التحتية:

و يلعب هذا الصندوق دورا محوريا في تنمية القروض طويلة الأجل، و يعتبر هذا الصندوق مؤسسة غير بنكية تكون المساهمات الحكومية قليلة، و يتشكل هيكل المساهمين في هذا الصندوق من البنوك المحلية، و هيئات المعاشات و هيئات استشارية عالمية. يقوم هذا الصندوق بتسهيل قروض طويلة الأجل، و ضمانات إقراض للمؤسسات التمويلية لمشاريع الشراكة مع القطاع الخاص.

#### - صندوق فروق الجدوى لمشروعات البنية التحتية:

و هو صندوق خاص لتوفير الدعم الرأسمالي اللازم لتحويل مشاريع الشراكة إلى مشاريع ذات جدوى تجارية، لها مردود اقتصادي و ليس عائد تجاري، و يقوم هذا الصندوق بتوفير المساعدات المالية في شكل منح.

#### **الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص**

إن الجزائر من بين الدول التي كانت تحتكر فيها الدولة ( الحكومة ) إنشاء و إدارة المرافق العامة ، و عندما أرادت أن تشرك القطاع الخاص في هذا المجال التجأت إلى قوانين الاستثمار العامة، التي تنظم الاستثمار الخاص دون أن تخص المرافق العامة بإطار تشريعي خاص .

و عليه فان المشرع الجزائري لم يستحدث فئة قانونية تعاقدية تقترب من عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا، أو مبادرة التمويل المشاريع الخاصة في بريطانيا، كما فعل المشرع المصري و جل التشريعات العربية، حيث لا يزال القانون الجزائري يخضع

تعامله مع القطاع الخاص إلى ثلاثة أنواع من العقود التقليدية و هي، الصفقات العمومية و هي الأكثر استعمالا، عقود الامتياز و عقود تفويض المرفق العام، و التي أصبحت تستعمل في بعض القطاعات.

#### - الصفقات العمومية :

المادة 84 من قانون الصفقات العمومية<sup>1</sup>:

من بين الأحكام التي جاءت بها المادة 84<sup>2</sup> من قانون الصفقات العمومية لسنة 2015، هو إخضاع المتعاملين الأجانب في الصفقات الدولية للالتزام بتجسيد استثمار في إطار شراكة تربطهم بمتعامل وطني أو أكثر، إذن فما المقصود بكلمة الشراكة الواردة في هذه المادة؟ و هل لها علاقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص التي أتى بها المشرع الفرنسي؟ ما يمكن قوله للإجابة على هذا السؤال هو:

\* إن المادة 84 من قانون الصفقات العمومية تلزم المؤسسات الأجنبية بانجاز استثمار مع مؤسسة واحدة أو عدة مؤسسات، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية، بالنسبة لمشاريعها و بالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها، هذا ما يعني أن المؤسسة الشريكة للمتعامل الأجنبي يمكن أن تكون مؤسسة ذات طابع إداري أي مؤسسة إدارية، كما يمكن أن تكون مؤسسة ذات طابع اقتصادي تجاري أي مؤسسة اقتصادية، و بالتالي فان نص هذه المادة يطبق على المؤسسات الإدارية و المؤسسات الاقتصادية على حد سواء، أي كلاهما يخضع لنفس النظام، و هذا لا يتماشى و عقد الشراكة الذي يشترط أن يكون الشريك العام جهة إدارية أو هيئة عمومية

<sup>1</sup> مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

<sup>2</sup> تنص المادة الرابعة و الثمانون (84) من قانون الصفقات العمومية على " يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من السلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها و بالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها "

إدارية، لأن محل عقد الشراكة هو المرفق العام، و بالتالي فإن المؤسسات الاقتصادية تخرج من دائرتها، أو لا تطبق عليها عقود الشراكة بالمعنى الذي جاء به القانون الفرنسي.

كذلك عندما أشارت المادة 84 إلى الالتزام باستثمار الذي يقع على عاتق المتعامل الأجنبي في عبارة " مشاريع خاضعة لإلزامية الاستثمار تحدده السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكومة" ، يعني ذلك أن المتعامل الأجنبي ملزم بانجاز الاستثمار، و قد يتعلق ببعض المجالات دون غيرها هذا من جهة .

من جهة أخرى عندما نصت المادة 84 في عبارتها " يمكن للصفقة المبرمة وفق إجراء التراضي بعد الاستشارة الخاصة بالمؤسسات العمومية السيادية في الدولة و إجراء التراضي البسيط أن لا تخضع لأحكام هذه المادة"، أي إعفاء المتعامل الأجنبي من تجسيد عملية الاستثمار، و هذا يدل بشكل واضح أن انجاز أو عدم انجاز الاستثمار لا يؤثر على تسيير المرافق العمومية، و لا يحول دون تلبية الحاجة التي ابرم المتعامل الأجنبي الصفقة من اجلها، و هذا بخلاف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي يكون تسيير و تشييد و تمويل المرفق العمومي هو موضوع العقد .

\* كما نصت المادة 84 على طبيعة الاستثمار، حيث أنها لم تعطيه شكل محدد ما عدا اشتراط المشرع أن يكون الاستثمار في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة، و هذا يدل مرة أخرى على عدم ارتباط موضوع الاستثمار بالمرفق العمومي بشكل مباشر، و اكتفى بانتمائه إلى نفس مجال النشاط المشار إليه.

و خلاصة القول أن ما جاء في نص المادة 84 من قانون الصفقات العمومية لا علاقة له بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي جاء به النظام الانجلو-فرنسي.

#### - عقد الامتياز:

يعرف عقد الامتياز بأنه " عقد تعهد الإدارة بمقتضاه إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة و استغلال مرفق عام اقتصادي، لمدة محدودة من الزمن و تحت إشراف و رقابة الإدارة، و

يقوم الملتزم بإدارة المرفق العام على مسؤوليته و على نفقته و بعماله، مقابل مزايا مادية و عينية أهمها الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالمرفق<sup>1</sup>.

و يعد عقد الامتياز احد الأساليب التعاقدية التي اختار المشرع الجزائري التعامل بها منذ ما يزيد عن عشرين (20) سنة، و كان ذلك بإشراك المتعاملين الخواص في تسيير المرافق العمومية خاصة الإقليمية منها.

فبعد أن وضع كل من قانوني البلدية و الولاية لسنة 1990 الأسس التشريعية لعقد الامتياز الخاص بالمرافق العمومية المحلية، صدرت تعليمة آنذاك<sup>2</sup>، موجهة من طرف وزير الداخلية إلى مسؤولي الجماعات المحلية لحثهم على تعزيز اللجوء و استعمال عقود الامتياز لتسيير المرافق العمومية المحلية و الواقعة تحت مسؤوليتهم.

إلا أن الدولة من خلال المصطلحات التي استعملتها في التعليمات كانت حريصة على عدم تنازل الجهة المختصة عن المرفق العمومي، بحيث تبقى الجهات المحلية ضامنة و مسؤولة عن إدارتها و استغلالها تجاه الجمهور.

كما أن الانفتاح الاقتصادي قد سمح للسلطات العمومية إلى الاعتماد أكثر فأكثر على عقود الامتياز في تسيير مرافقها العمومية، لتنتقل من المستوى المحلي إلى المستوى الوطني.

#### - تفويض المرفق العام:

يعرف عقد تفويض المرفق العام بأنه "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) ، سواء أكان عاما أو خاصا بتحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون

<sup>1</sup> جهاد زهير ديب الحرازين : عقود الامتياز ، مرجع سابق ، ص 24

<sup>2</sup> التعليمات رقم 3-842/94 الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و البيئة و الإصلاح الإداري المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها.

العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، و المفوض له قد يكون مكلف ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق<sup>1</sup>.

من خلال هذا التعريف نجد أن عقود تفويض المرفق العام هي عقود أو نظام مطبق في الجزائر لتسيير قطاع المياه، حيث يعتبر من القطاعات التي تسيير عن طريق التفويض و هذا بإشراك المتعاملين الخواص في تسيير المرفق، و بالرجوع إلى المادة 101<sup>2</sup> من قانون رقم 05-12 الخاص بالمياه يمكن القول أن المشرع أجاز تفويض هذه الخدمة للمتعاملين الخواص، حيث يكلف المفوض له بتسيير المرفق العمومي و ليس تشييده أو إنشاءه.

و تفويض المرفق العام يأخذ عدة أشكال، منها عقد المصانعة Affermage، و هو عقد يمنح بموجبه للمفوض له تسيير و صيانة المرفق العمومي، متحملا بذلك الأخطار المرافقة للمهام، إذ انه يعمل لحسابه الخاص و يتلقى تعويضه من الإتاوات التي يدفعها المرتفقون.

و بالرجوع إلى المادة 140 من قانون المياه<sup>3</sup>، يبدو أن المشرع الجزائري اخذ بهذا الشكل من العقود في تسيير مرفق المياه، إذ أن المفوض له يستوفي مداخله من الإتاوة التي يدفعها المرتفقون، و الإدارة تقوم بتقديم التعويض في حالات استثنائية.

كما أن المشرع الجزائري قد تبنى مبدأ التمويل الجزئي أو الكلي لمنشآت المرفق العمومي، من خلال ما يدفعه المرتفقون و هذا طبقا للمادة 139 من قانون المياه<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> ابو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 80

<sup>2</sup> تنص المادة 101 من قانون المياه على انه " الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة و البلديات يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص عموميين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط و نظام يصادق عليها عن طريق التنظيم ، كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية "

<sup>3</sup> تنص المادة 140 من قانون المياه على انه " في حالة ما إذا أدى تطبيق الالتزامات العارضة الى أسعار لا تتوافق و التكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز أو المفوض له يمكن أن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء الإضافية التي تحملها في هذا الصدد "

<sup>4</sup> تنص المادة 139 من قانون المياه على انه " تحدد أسعار الخدمات للمياه و فوترتها الهيئة المستقلة و تشمل كل أو جزء من الأعباء المالية للاستثمار و استغلال و صيانة و تجديد المنشآت المرتبطة بتسيير الخدمات العمومية "

من خلال هذا التحليل البسيط لبعض العقود التقليدية التي لازالت تستعملها الإدارة الجزائرية لإشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العمومية، يمكننا القول أن المشرع الجزائري لم يتبنى بعد أي عقد شبيه بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي جاء به النظام الانجلو-فرنسي، حيث أن القانون الجزائري لا زال محتفظ بشكل عام بالمعيار المالي في تحديد طبيعة العقد الذي يمكن للجماعات العمومية اللجوء إليه ، كما أن النفقات العمومية لا بد أن تتم في إطار صفقات عمومية، في حين يمكن للمشاريع التي يغطي كل أو جزء معتبر من تكاليفها القطاع الخاص أن تبرم في إطار عقود الامتياز، أو تفويض المرفق العام و بالتالي فلا وجود في القانون الجزائري لعقد شامل يفرق بين العقود المستقلة ماليا و تلك التي تحتاج إلى تمويل عمومي .

و عليه فان عقد الامتياز و عقد تفويض المرفق العام هي عقود شراكة، لكن ليس بمعنى شراكة القطاع الخاص و العام التي جاء بها القانون الفرنسي و الانجليزي.

و عليه فمن المفروض على المشرع الجزائري أن يضع تنظيما لهذه النوعية من العقود خاصة في الفترة الحالية، مع انخفاض أسعار النفط و نقص مداخل الخزينة العمومية، حيث يمكن للإدارة الجزائرية من خلال تطبيق هذه النوعية من العقود انجاز عدة مشاريع هامة تتعلق بالمرافق العمومية، مثل المستشفيات و الطرق و المطارات دون أن تحمل الخزينة العمومية أموال باهظة، بل بالعكس فان تطبيق مثل هذه العقود يساعد في استقرار المداخل و انخفاض التضخم، و دون اللجوء إلى الاستدانة الخارجية، مثل ما فعلت بريطانيا في سنوات التسعينات من خلال مبادرة تمويل المشاريع الخاصة، و التي مكنتها من تحقيق اكبر المشاريع دون أن ترهق ميزانية الدولة كما قلناه سابقا .

## الفصل الثاني: تقنية التعاقد و تقديم الخدمة في عقد الشراكة

يُمر تنفيذ مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة الممولة عن طريق القطاع الخاص بمراحل زمنية مختلفة، و نظرا لأهمية المشاريع المقامة عن طريق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و امتدادها لمدة طويلة، فإن الدولة المضيفة تتبع مجموعة من الإجراءات التي تراها ضرورية و لازمة لاختيار شركة المشروع (الشريك الخاص)، أو الشركة التي سوف تقوم بإنشاء المشروع و تشغيله.

و على ذلك تبدأ الدولة المضيفة بتحديد المشاريع و المرافق التي تحتاج إليها بصورة ملحة ثم تقوم بعد ذلك بعمل دراسة الجدوى المبدئية للمشروع، و إعداد كراسة الشروط المتضمنة المواصفات الفنية و معايير الجودة المطلوبة، تليها مرحلة الإعلان عن المناقصة و تلقي العروض المختلفة، و التي تدخل في مفاوضات مع أفضلها للوصول الى أحسن الشروط، و ذلك تحقيقا للمصلحة العامة.

و أخيرا تأتي مرحلة إبرام العقد مع شركة المشروع (الشريك الخاص)، التي رسا عليها العطاء و نجحت معها المفاوضات وفقا للقوانين و الإجراءات اللازمة.

و عليه قسمنا دراستنا لهذا الفصل إلى مبحثين

المبحث الأول: نتكلم فيه عن المراحل التمهيديّة للتعاقد.

المبحث الثاني: سوف نتكلم فيه عن طرح المشروع للتعاقد.

## المبحث الأول: الإجراءات التمهيدية للتعاقد

و يقصد بالإجراءات التمهيدية للتعاقد هو قيام الجهة الإدارية بتحديد المشروع و إعداد دراسة جدوى له (المشروع)، من النواحي الفنية ، البيئية ، الاقتصادية ، الاجتماعية، القانونية و المالية ، و بعد الانتهاء من تلك الدراسة، و إذا ثبتت جدوى إقامة المشروع بنظام الشراكة مع القطاع الخاص، تتم اتخاذ إجراءات التعاقد مع مستشاري الطرح لمساعدة الجهة الإدارية في إعداد كراسة الشروط و المواصفات<sup>1</sup>، ثم يلي ذلك طرح المشروع بين المستثمرين تمهيدا للوصول لقائمة المستثمرين المؤهلين الذين ستجرى بينهم المنافسة لتنفيذ المشروع .

و لهذا سوف نتناول في المطلب الأول بيان جدوى المشروع، ثم نتكلم في المطلب الثاني عن التعاقد مع مستشاري الطرح و التأهيل المسبق بين المستثمرين.

### المطلب الأول: بيان جدوى مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص

نظرا لعجز الميزانية في معظم الدول لاسيما في الدول النامية، فقد سلكت هذه الدول طريق الشراكة بين القطاعين العام والخاص لإنشاء مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة، و نظرا لان هذه المرافق عادة ما تمس حاجة عامة للجمهور، فمن الواجب إعداد دراسة جدوى مسبقة لكل هذه المشاريع تحدد أهمية المشروع و إمكانية الاستفادة منه.

### الفرع الأول: تحديد المشروع

إن عملية تحديد المشروع يعد البداية المنطقية و الضرورية و اللازمة للقيام بمشروع من مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة، كما يمثل تحديد المشروع أهمية كبيرة، لأنه يتماشى مع الخطة الاقتصادية للدولة أو الحكومة، و أهدافها و تطلعاتها لإنشاء مرفق عام من المرافق العامة، و أهميته في ضوء احتياجات المجتمع.

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 177

و في الغالب ما تقوم الحكومة بهذه المهمة عن طريق أجهزتها التنظيمية، و التي تتنبأ بمعدلات الطلب على خدمة معينة، ثم تقوم بتحديد أولويات هذه الخدمات في الخطة العامة للدولة<sup>1</sup>.

حيث انه عند بدء عملية التحضير للمشروع يتعين على الجهة الحكومية أو الهيئة المعنية بمرفق ما أن تقوم بتحديد احتياجاتها و أولوياتها، كالحاجة إلى بناء محطة توليد كهرباء مثلا بطاقة معينة في منطقة عمرانية جديدة، و من ثم تشييد البنية التحتية اللازمة لهذه المنطقة<sup>2</sup>. كما يجب على الدولة عند تحديد المشروع أن تراعي أن يكون متصلا بشريحة ضخمة من الجمهور، و أن يكون مرفقا عاما حبوبا يحتاج إلى تمويل ضخم، و مع عجز الميزانية سوف يؤدي إقامته من قبل الدولة إلى ثقل كاهلها، فمن الأحسن أن توفر هذا المبلغ الضخم و توجهه إلى مرافق لا ينجذب إليها الاستثمار.

و يجب أيضا على الجهة الإدارية المختصة، و قبل طرح المشروع للتعاقد، أن تتحقق مما إذا كان المشروع يساهم بجدية في خلق فرص عمل جديدة و مستقرة، و ما يرتبط بذلك من تكوين مناطق سكنية جديدة، فهذه أمور يجب على الدولة أن تدرسها بكل دقة عند تحديد المشروع و قبل طرحه.

و يدخل ضمن اختيار أو تحديد المشروع تحديد موقع المشروع، و عادة ما توضع خطة التنمية في دولة ما المشاريع اللازمة لمختلف الجهات و الأقاليم<sup>3</sup>.

كذلك تحديد إمكانية تنفيذ المشروع على هذا المكان، و مدى إمكانية تلبية هذا المشروع إذا ما احتاج إلى أراضي معينة تحتاج إلى نزع الملكية.

---

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 423

<sup>2</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص 78

<sup>3</sup> لا يجوز للدولة أن تتبنى مشاركة القطاع الخاص في قطاع ما إلا إذا تحققت من أن المنافع الاجتماعية لهذه المشاركة ( مثل خلق فرص عمل ، نشر التعليم ....) تفوق مضارها ( مثل تهجير السكان من مناطقهم السكنية الأصلية من أجل إقامة المشروع )

و القاعدة العامة أن الجهة الحكومية هي التي تقوم بتحديد المشروع المراد إقامته بنظام الشراكة، و هذا بتقدير الطلب على خدمات مشاريع البنية الأساسية ممثلة في الطرق، الجسور، الكهرباء و غيرها خلال فترة زمنية مقبلة، ثم تقوم بعد ذلك بتحديد نسبة العجز المتوقعة، و على ذلك تقوم بتحديد المشاريع المهمة و الأولى بالتنفيذ.

و يجب أن يتضمن اختيار المشروع بيان موصفاتة الفنية و المالية، فضلا على قدرته على جذب المستثمرين لإقناعهم بمردوده الاقتصادي، الذي يظهر من خلال دراسة الجدوى و اختيار المشروع، و في الغالب يكون وفقا لأسس التالية<sup>1</sup>:

1- الحاجة العامة للمشروع بناء على دقة التنبؤ.

2- عدم قدرة الحكومة، أو عدم رغبتها في تمويل المشروع.

3- قدرة المستثمر على تقديم منتجات المشروع بصورة احتكارية أو منافسية.

و قبل تحديد المشاريع لابد من إحداث جهة إدارية متخصصة بالبنى التحتية في كافة المجالات، و يكون من مهامها وضع تصور للمشاريع الملائمة لتطبيق أهداف الدولة، و تحديد أولويات هذه المشاريع و إعداد دراستها المبدئية، و اقتراح أفضلها للطرح على المستثمرين، و إعداد آليات لتطوير البنى التحتية القائمة، و الربط و التنسيق بين الجهات الحكومية ذات الصلة بهذه المشاريع، و تحديد الجهات العامة المعنية بالتعاقد، و تأمين العوامل اللازمة لنجاحها، و تحديد تقنية طرح العطاءات و توزيع المخاطر، و رسم صيغة واضحة لبعض النزاعات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 475

<sup>2</sup> محمد غازي جيلالي : نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظام عقود البناء ، التشغيل ، النقل في تشييد مشروعات البنية

الأساسية في الدول النامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ص 123

و عليه يجب على الدولة و الأجهزة التابعة لها تحري حاجة الأفراد الحقيقية من مشاريع و الخدمات التي تلبى رغباتهم و حاجاتهم من نقل و كهرباء .....الخ، و هذا حسب أولوياتها و أهميتها.

و تنتهي هذه المرحلة باتخاذ الحكومة قرار تنفيذ المشروع وفق عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و على الحكومة أن تعين في هذه المرحلة هيئة حكومية تتولى إدارة المشروع و الإشراف على تنفيذه لصالحها.

غير أن ذلك لا يمنع من قيام الشركات المعنية بمثل هذه المشاريع تقديم اقتراح إلى الجهة الحكومية المعنية لإنشاء مثل هذه المشاريع، و إبداء الرغبة في تحمل مشاكل تمويلها وفقا لنظام الشراكة.

و إذا انتهت مرحلة تحديد المشاريع المراد إقامتها بأسلوب الشراكة مع القطاع الخاص، سواء أكانت بناء على عمل من قبل السلطة المختصة أو بناء على اقتراح المستثمرين، تأتي بعد ذلك مرحلة أخرى و هي مرحلة التقييم المسبق أو الأولي، الذي نص عليه المشرع الفرنسي أو دراسة الجدوى و المقارن الحكومي و الذي نص عليه القانون المصري.

### الفرع الثاني: فائدة المشروع بين التقييم الأولي و المقارن الحكومي

يعد التقييم الأولي أو المسبق إجراء قانونيا مفترضا في القانون الفرنسي لإمكان لجوء الجهة الإدارية إلى إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحيث إذا لم يتوفر هذا الإجراء أو تخلف كان المبرر لتوقيع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص متخلفا.

و التقييم الأولي كإجراء مفترض لإبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص في فرنسا له تطبيق هو الآخر في القانون المصري، لكن ليس بالوضوح الكافي كما هو الحال في القانون الفرنسي، حيث جاءت الإشارة إلى مضمون التقييم الأولي أو المسبق مجملة في أكثر من نص من نصوص قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و

الخدمات و المرافق العامة<sup>1</sup>، إلا انه لم يطلق عليه تسمية التقييم الأولي أو المسبق، و إنما نص على إجراء دراسات لبيان جدوى المشروع طبقاً للمادة الرابعة (04) من هذا القانون<sup>2</sup>، و هو الأمر الذي يفترض بداهة أن هذه الدراسات تعني دراسة الجدوى أو جدوى المشروع من كافة النواحي الاقتصادية و القانونية و المالية .....الخ.

و كذلك ما جاء في المادة الخامسة و العشرون (25) من نفس القانون، و التي تتكلم عن المقارن الحكومي الذي تقوم به الجهة الحكومية، و هي نقاط سوف نتكلم عليها لاحقاً.

### 1-التقييم الأولي أو المسبق:

لقد نص المشرع الفرنسي سواء في القانون القديم المنظم لعقود الشراكة ( أمر 17 جوان 2004 )<sup>3</sup>، و القانون الجديد المنظم لعقود الصفقات العمومية( أمر 23 جويلية 2015 )<sup>4</sup> أن إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص لإنشاء البنية الأساسية يخضع لإجراء التقييم الأولي قبل أن يبدأ الشخص المعنوي العام في إجراءات التوقيع، و لا بد أن يثبت هذا التقييم و يبين أن إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص يقدم جملة من المزايا تفوق تلك التي يمكن أن يقدمها غيره من صور العقود العامة الأخرى .

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 184

<sup>2</sup> تنص المادة الرابعة (04) من قانون الشراكة المصري على انه " لا يجوز طرح مشروعات المشاركة إلا بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون بناء على طلب السلطة المختصة في ضوء الدراسات التي تعد تحت إشراف الوحدة المركزية المنصوص عليها في المادة 16 من هذا القانون لبيان جدوى المشروع المشاركة و ضمان مستوى الإنتاج و الخدمات و جودة أصول المرفق و صيانتها "

<sup>3</sup> Article 2 de l'ancienne loi (2004) « Les contrats de partenariat donnent lieu a une évaluation préalable réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret faisant apparaitre des motifs de caractère économique , financier , juridique et administratif qui conduisent la personne publique a engager la procédure de passation d'une tel contrat ..... »

<sup>4</sup> Article 74 de la nouvelle loi (2015) « La décision de recourir a un marché de partenariat quel que soit le montant d'investissement doit être précédés de la réalisation d'une évaluation ayant pour objet comparer les différents modes envisageable ..... Cette évaluation comporte une analyse en cout complet ..... »

و للوقوف على حقيقة التقييم الأولي أو المسبق لعقود الشراكة، يجب أن نتطرق الى نقطتان أساسيتان هما:

- مفهوم التقييم الأولي.

- عناصر التقييم الأولي.

\* مفهوم التقييم الأولي أو المسبق:

لقد بات مفهوم التقييم الأولي أو المسبق في فرنسا من المفاهيم الأساسية في تطوير آليات التعاقد بين جهة عامة و شريك من القطاع الخاص.

و يمثل التقييم المسبق مرحلة إجبارية لكل عملية إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، حيث يسمح هذا التقييم بإجراء تحليل مقارن للجوانب الاقتصادية و القانونية و المالية لبيان فائدة المشروع، إذا ما نفذ بواسطة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أي الوقوف عما إذا كان تنفيذ المشروع بنظام الشراكة يحقق الفائدة المرجوة منه، أم إتباع أسلوب آخر كان يحقق هذه الفائدة.

و لأهمية هذا الإجراء في فرنسا فانه يمثل التزاما قانونيا على جهة الإدارة، حيث لا تستطيع البدء في إجراءات عقد الشراكة دون اللجوء إليه<sup>1</sup>.

و يجد هذا الالتزام القانوني ( التقييم الأولي أو المسبق ) مصدره في النظام الانجليزي المسمى « Public Sector Comparator »، و الذي يفرض لإمكانية إبرام عقد مبادرة التمويل الخاصة إجراء تحليل مقارن، يثبت أن اللجوء إلى هذا العقد يساعد على تخفيض تكلفة المشروع، أو زيادة قيمته، أو يسمح بخلق مشروع تنافسي بصورة أفضل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة ppp ، مرجع سابق ، ص 117

<sup>2</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 182

لذلك يجب أن يكون التقييم الأولي شاملا لكل الجوانب التي تساعد على الإلمام بالمشروع بصورة كاملة، ماعدا في أحوال الضرورة و الاستعجال يمكن أن يكون هذا التقييم مختصرا.

و يلزم المشرع الفرنسي إجراء هذا التقييم بمعاونة هيئة خبرة متخصصة تحدد بمرسوم ، و قد صدر هذا المرسوم تحت رقم 1119 بتاريخ 19 أكتوبر 2004 تطبيقا لأمر 17 جوان 2004 المنظم لعقود الشراكة، و أطلق عليها تسمية هيئة أو مهمة المعاونة على تحقيق عقود الشراكة<sup>1</sup>، و التي اشرنا إليها سابقا عندما تكلمنا عن صورة عقد الشراكة في فرنسا، و التي أصبحت تسمى حاليا هيئة المساعدة على تمويل البنى التحتية، و تتبع هذه الهيئة وزارة الاقتصاد ، و قد اثر هذا المرسوم إطلاق مسمى مهمة المعاونة على هذه الهيئة أو المؤسسة بدلا من مسمى هيئة الخبرة الوارد في الأمر، حتى يعطي الانطباع بان دورها لا يقتصر على مجرد إبداء الرأي بالنسبة لعقود الشراكة مع القطاع الخاص، و إنما يتعدى ذلك بان تصبح مؤسسة معلومات ملازمة و مواكبة لجهة الإدارة المختصة، التي تقرر اللجوء الى عقد الشراكة مع القطاع الخاص .

#### \* عناصر التقييم:

إذا كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتطلب إجراء تقييم تحليلي مقارنة لكل الجوانب المالية، القانونية و الإدارية لمشروع العقد بهدف الوصول الى تحديد أي الوسائل القانونية أجدى بالاتباع لانجاز المشروع، فمن الأهمية بما كان أن يشمل التقييم ثلاثة (03) عناصر أساسية، تستطيع من خلالها الإدارة المعنية أن تقرر بشأن جدوى عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و تتمثل هذه العناصر في:

- التكلفة الإجمالية للمشروع .

- مستقبل و تطور ناتج المشروع أو كفاءة الأداء.

---

<sup>1</sup> Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenariats

- اقتسام الخاطر<sup>1</sup>.

إلا أن هذا لا يعني أن هذه العناصر الثلاثة (03) تمثل حصر مجال التقييم، فهي لا تعدو أن تكون نموذجاً لما يجب أن يشمل التحليل، بسبب أهميتها في تمكين الإدارة من الوصول إلى قرار دقيق بشأن إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، حيث أن هذا لا يمنع من شمول التقييم لعناصر إضافية أخرى تتعلق بجوانب مالية و اقتصادية تساعد الجهة الإدارية في اخذ القرار.

- التكلفة الإجمالية للمشروع : Cout global du projet

أن تكلفة المشروع تقوم على أساس مقارنة التكلفة المتوقعة للمشروع، بدء من عمل التصميمات و مروراً بعملية الإنشاء و التشغيل و دراسة المخاطر، التي يمكن أن تطرأ أثناء هذه المراحل.

و ما يجب الإشارة إليه أن الصفة المركبة أو الإجمالية المميزة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تجعل انجاز التقييم مسألة صعبة و شديدة التعقيد، فيما يتعلق بالقيمة التحضيرية الإجمالية للمشروع ، حيث لا يمكن للإدارة المعنية أن تضع تصور كامل للجوانب المالية و القانونية للمشروع تساعد في تحديد التكلفة الإجمالية له، على أساس انه لا يمكن تحديد مقدماً جوانب المشروع الإدارية ، التنظيمية و الفنية، بالإضافة إلى تشغيل المشروع ، هذا ما يؤدي إلى تحديد فروض عديدة و بصورة شبه حسابية، و خصوصاً العوامل السلبية بما يساعد على تحديد النقاط المتعلقة بالتكلفة الإجمالية<sup>2</sup>.

و تتطلب كل هذه الجوانب للتكلفة الإجمالية للمشروع وضع تقديرات جزافية للعديد من العناصر، منظوراً إليها في ضوء العديد من العوامل، و بخاصة الاقتصادية منها.

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود الشراكة ppp، مرجع سابق ، ص 213

<sup>2</sup> رجب محمود طاجن : عقود الشراكة ppp ، المرجع نفسه ، ص 78

## - كفاءة الأداء : La performance

في غالب الأحيان يهدف النشاط الإداري إلى توفير خدمات المرفق العمومي، و بالتالي فان الإدارة تكون مطالبة باختيار نمط تسيير الذي يضمن أفضل نوعية من الخدمات للمرتفقين. و يعد تقييم هذا العنصر، أي كفاءة الأداء أو مستقبل و تطور نتائج ذلك المشروع من أهم النقاط التي يجب أن تحيط بها جهة الإدارة، حيث انه يمثل الدافع إلى اللجوء إلى إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، فالقيمة الاقتصادية و الاجتماعية للمشروع، و ما تنتظره جهة الإدارة من استغلاله، و اثر ذلك على تطوير البنية الأساسية و تعميق التنمية المستدامة، ما ينتج عنه في صالح السير المنتظم للمرفق العام.

و يشمل التقييم الأولي تحديد مضمون الأعمال التي يمكن أن تكون محلا لعقد الشراكة مع القطاع الخاص، بالإضافة إلى تحديد مستوى التطور و الربح المنتظر مستقبلا من المشروع فيما يتعلق على سبيل المثال بجودة الخدمة، توقيت و مدة تقديم الخدمة، و اثر التطورات الاقتصادية، المالية و القانونية عليها<sup>1</sup>.

كما يجب أن يشمل تقييم هذا العنصر تقييم لوضع التعاقد أي الشريك الخاص، و بيان قدرته الفنية خصوصا على أداء الخدمة المطلوبة في ضوء ارتباط ذلك ببعض الأنشطة الإدارية، التي يمكن تفويضها للقطاع الخاص، كتلك المتصلة بامتيازات السلطة العامة، أو في ضوء مخاطر ترتبط بخرق التعاقد للشروط العقدية، و أثره على وضع المشروع و ما يؤديه من خدمات.

## - اقتسام المخاطر : Le partage des risques

أما العنصر الأخير من العناصر الإلزامية بالنسبة للتقييم الأولي لعقود الشراكة بين القطاعين

---

<sup>1</sup> عمرانني فيصل : الشراكة العمومية - الخاصة ، مرجع سابق ، ص 53

العام والخاص فهو عنصر اقتسام المخاطر<sup>1</sup> ، و يعد هذا المبدأ من الشروط الجوهرية، من خلاله يظهر إلى حد بعيد مدى نجاح عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، إلا أن هذا لا يعني أن الجهة الإدارية همها الوحيد هو البحث عن متعاقد تحمله كل المخاطر المرتبطة بعقد الشراكة، و إنما و باعتبار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود طويلة المدة التي تشمل على العديد من الجوانب القانونية ، الاقتصادية و الإدارية ذات التكلفة العالية، التي تحتم وضع خطوط واضحة المعالم للمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها منفذ المشروع، و ما تتحمله الجهة الإدارية من نصيب في هذه المخاطر.

## 2-دراسة الجدوى و المقارن الحكومي في القانون المصري:

من خلال مراجعة العديد من نصوص قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة المصري الصادر سنة 2010 ، يمكن استخلاص الإرادة الضمنية للمشرع في إجراء التقييم أولي للمشروع المقترح تنفيذه بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و هذا من خلال نص المادة الرابعة (04) التي تشترط القيام بدراسات جدوى للمشروع قبل طرحه للتعاقد، و المادة الخامسة و العشرون (25) التي تتطرق إلى المقارن الحكومي ، و عليه سوف نتكلم عن هاتان النقطتان على التوالي

### - دراسة جدوى المشروع :

إن المشرع المصري قد اشترط في المادة الرابعة (04) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة، كما اشرنا إليه سابقا على ضرورة القيام بدراسات جدوى المشروع قبل طرحه للتعاقد، فما المقصود بدراسة جدوى المشروع؟ و كيف يتم ذلك؟

---

<sup>1</sup> كنا قد تكلمنا على هذا العنصر "اقتسام المخاطر " بصفة مفصلة عندما تطرقنا الى خصائص عقد الشراكة و الذي يعتبر من العناصر الأساسية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

**دراسة جدوى المشروع:** عرف البعض دراسة الجدوى بأنها مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد و المحاسبة و البحوث، التي تستخدم في جمع البيانات و دراستها أو تحليلها، بقصد التوصل الى نتائج تحدد مدى صلاحية هذه المشاريع من عدة جوانب قانونية، بيئية ، تسويقية ، فنية ، هندسية ، تنظيمية و مالية<sup>1</sup>.

و قد تقوم بدراسة الجدوى الجهة الإدارية أو الحكومية، أو دراسة جدوى يقوم بها الشريك الخاص كمبادرة منه.

فإذا ما تم إعداد دراسة الجدوى المشروع من قبل الجهة الإدارية، يجب على الدولة أن تأخذ في اعتبارها أن المستثمر أو الشريك الخاص هو شخص يهدف في المقام الأول إلى تحقيق الربح، غير أن ذلك لا يعني تفضيل المصلحة الخاصة لهذا المستثمر على المصلحة العامة، بل يجب عمل توازن بينهما.

و يجب أن تراعي الدراسة التمويل الخاص بالمشروع، و ما إذا كان الشريك الخاص قادر على تمويله بذاته، أو التمويل يكون عن طريق القروض من البنوك المحلية، مما يؤثر على السيولة، و ما إذا كان التمويل بالعملة المحلية أو الأجنبية.

كما يجب أن تشمل دراسة الجدوى الناحية الاقتصادية، و العائد عليها من المشروع، و إمكانية توفير الخدمة للمنتفعين بأسعار معقولة.

كذلك من النواحي البيئية للمشروع، أي اثر هذا المشروع على البيئة و ما إذا كان إقامة المشروع سوف يضر بالبيئة ضررا بليغا أو كبيرا، و إمكانية التقليل من تلك الأضرار التي قد تمس بالبيئة و الأفراد على حد سواء، و أن تضع الضوابط و القواعد البيئية التي يتعين على شركة المشروع أن تقوم و أن تلتزم بها حفاظا على البيئة و المنتفعين بها معا.

---

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 473

و قد حرص قانون 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية على ضرورة مراعاة شركة المشروع للبعد البيئي، و ما يتطلبه من ضرورة مراعاة شروط الصحة و السلامة للعاملين بالمرفق و المنتفعين<sup>1</sup>.

و الأصل أن الجهة الإدارية هي التي تقوم بعمل مثل هذه الدراسة، غير انه لا يوجد ما يمنع من ان يبادر المستثمر أو الشريك الخاص بعرض فكرته و دراساته المتعلقة بالمشروع على الدولة أو الجهة الإدارية المعنية.

فإذا قام الشريك الخاص بإعداد دراسة جدوى المشروع من تلقاء نفسه، حيث يقوم بتقديم دراسة متكاملة عن المشروع، و يقدم الخطوط التمهيدية لفكرة ما، أو دراسات خاصة بمشروع ما، فما على الجهات الحكومية الا اتخاذ الخطوات الإجرائية نحو تنفيذ المشروع، إذا ما تم اعتماد الفكرة التي أتى بها الشريك الخاص و دراستها.

و تشمل هذه الدراسات عدة جوانب تتركز على النواحي التالية:

#### 1- الجدوى السياسية للمشروع :

و تركز على دراسة المخاطر السياسية في الدولة التي ينفذ فيها المشروع، حيث أن الدول التي تقوم بتغيير نظامها السياسي على فترات متلاحقة تكون غير مستقرة سياسيا، و تكون بيئة غير صالحة لنمو الاستثمار.

#### 2- دراسة الجدوى المالية:

يجب أن تأخذ هذه الدراسة في الاعتبار العمر الافتراضي للمشروع، أقساط التأمين، مواعيد سداد الأقساط المستحقة له، و ما إذا كان سوف يسترد المقابل المالي في صورة مبالغ مالية

---

<sup>1</sup> تنص المادة الثالثة عشر (13) من قانون الشراكة المصري على انه " على شركة المشروع أن تقدم الى الجهة الإدارية المتعاقدة تقارير دورية عن أعمال البناء و التجهيز و التطوير و الصيانة و الاستغلال التي تقوم بها تنفيذا لعقد المشاركة بحسب الأحوال ، كما أن على الشركة ضمان توافر الاشتراطات البيئية و شروط الصحة و السلامة للعاملين بالمشروع و المنتفعين به "

أو في أية صورة أخرى.

### 3-دراسة الجدوى الاجتماعية:

و نظرا للطبيعة الاجتماعية لمشاريع الشراكة و تعلقها بأنشطة خدمات أو مرافق عامة، فيجب أن تبين دراسة الجدوى الصلاحية من وجهة نظر المجتمع ككل، حيث تبين مدى استفادتها من المجتمع (و هي تكاليف اجتماعية يتحملها المجتمع نتيجة لإنشاءها للمشروع) و ما يستفیده المجتمع من المشاريع ( و هي المنافع التي تعود على المجتمع بسبب إنشاء المشروع ) ، كما أن من احد الأهداف الرئيسية لقيام المشاريع العامة هو الإسهام بأكبر قدر في رفع مستوى معيشة الأفراد، و كذلك عمل مقارنة بين التكاليف الاجتماعية و المنافع الاجتماعية، و من هنا يتم الحكم على مدى جدوى هذه المشاريع من الناحية الاجتماعية.

### 4-دراسة الجدوى الفنية :

يجب عمل دراسة جدوى للمشروع من ناحية اختيار الموقع الذي يقام عليه المشروع، و حجم هذا المشروع و حجم الإنتاج المتوقع منه، و تحديد المواد الخام، الآلات و المعدات اللازمة لإتمام عملية الإنشاء، و العمالة اللازمة للقيام بعملية التشغيل.

و إذا كانت الدولة هي التي تختار موقع المشروع أثناء عملية تحديد المشروع، إلا انه يترك لشركة المشروع التأكد من الصلاحية الفنية لمكان المشروع من الناحية الجيولوجية، و عمل اختبارات للتربة، و مدى كفاية المساحة المخصصة لأداء العمل، و مدى ملائمة المعدات و الخامات و الأجهزة لأسلوب الإنتاج و النشاط.

### 5-دراسة الجدوى التسويقية للمشروع:

يجب أن تتطرق تلك الدراسة إلى تحديد التعريفه للأسعار، بحيث لا يمثل عبئ على المستهلك العادي و تراعي البعد الاجتماعي، و في نفس الوقت تضمن لشركة المشروع

تحقيق ربح معقول، فكلما كانت الفوائد التسويقية للمنتجات عالية، كلما حصل الشريك الخاص على أقساطه المستحقة في مواعيدها و دون تأخير.

#### 6- دراسة النواحي الإجرائية و القانونية :

و يجب أن تشمل هذه الدراسة النواحي الإجرائية للمشروع و تجديد الموافقات الحكومية و بيان التراخيص و التصاريح من الأجهزة المحلية، و دور الجهة الإدارية في سرعة استخراج هذه التراخيص، فقد تقوم شركة المشروع بطرح أموال طائلة في سبيل عمل دراسات و تصاميم للمشروع، ثم تجد الإجراءات الإدارية و التراخيص عقبة في وجهها فتضيع عليها تلك الأموال.

كما يجب على شركة المشروع دراسة القانون الواجب التطبيق، و التأكد من النظام القضائي لفض المنازعات و ما إذا كان يسمح باللجوء إلى التحكيم من عدمه.

و بالرجوع إلى المادة الرابعة (04) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة و التي تنص على " لا يجوز طرح مشروعات المشاركة إلا بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون بناء على طلب السلطة المختصة في ضوء الدراسات التي تعد تحت إشراف الوحدة المركزية للمشاركة المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون لبيان جدوى مشروع المشاركة و ضمان مستوى الإنتاج على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

كما نصت المادة الثانية (02) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على انه " على الجهة الإدارية التي ترغب في تنفيذ مشروع أو أكثر من مشروعاتها المدرجة بخطة التنمية الاقتصادية و الاجتماعية بطريق المشاركة أن تعد دراسة فنية و بيئية و اجتماعية و اقتصادية و قانونية و مالية تحت إشراف الوحدة لبيان جدوى تنفيذ مشروع المشاركة وفقا لأحكام القانون.

و يجب أن تتضمن هذه الدراسة بيان القواعد و الشروط التي تكفل ضمان مستوى الإنتاج و الخدمات و جودة أصول المرفق الذي سيتم تنفيذه و كيفية صياغة هذه الأصول بما يحفظها و يكفل استمرارية استخدامها بحالة جيدة في الغرض الذي انشأت من اجله خلال مدة تنفيذ عقد المشاركة و بعد انتهاءه".

و بالرجوع إلى هذان النصان فان المشرع المصري لم يحدد جهة بعينها تتولى إجراء هذه الدراسات التي تسبق إبرام عقد الشراكة، إلا أن هذا لا يمنع من اللجوء إلى هيئات متخصصة في مثل هذه الدراسات التمهيدية، بهدف الوقوف على جدوى المشروع و فائدته من كافة النواحي الاقتصادية و المالية و الاجتماعية، حيث أن المشرع المصري تبنى حلا قريبا من الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي، حيث اشترط إجراء هاته الدراسات تحت إشراف هيئة وطنية و هي الوحدة المركزية للمشاركة بشأن جدوى المشروع المقترح.

و بعبارة أخرى، فان الدراسات التمهيدية التي ترمي إلى بيان جدوى المشروع من كافة النواحي ستجرى دائما تحت إشراف هيئة وطنية، و هي الوحدة المركزية للمشاركة ذلك سواء أجريت هذه الدراسات بواسطة هيئة وطنية أو أجنبية<sup>1</sup>، و تأكيدا لذلك جاء النص في المادة الأولى (01) من قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة إلى تعريف عقود الاستشارات الخاصة بأنها "عقود تبرمها الوحدة المركزية للمشاركة أو الوحدات المشاركة في الجهات الإدارية المنشأة بموجب المادة (16) من هذا القانون بعد موافقة الوحدة المركزية للمشاركة مع مستشاري الطرح القائمين على إعداد الدراسات و المستندات الخاصة بالمشروع".

### -المقارن الحكومي:

بالرجوع إلى المادة الخامسة و العشرون (25) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة و التي تنص على انه " تشكل بقرار

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 178

من السلطات المختصة بالجهة الإدارية لجنة من عناصر فنية و مالية تتولى وضع التكاليف الأساسية للمشروع في حالة تنفيذه بواسطة الجهة الإدارية و يطلق عليه " القيمة التقديرية، و على اللجنة إعداد تقرير عن أعمالها يتضمن بيان الأسس التي اتبعتها لوضع تلك التكاليف و تحديد هذه القيمة، يوضع في مظروف مغلق موقع عليه من جميع أعضاء اللجنة، و تتولى الوحدة المركزية للمشاركة مراجعة التكاليف الأساسية للمشروع و تضيف إليها تكلفة التمويل و حساب المخاطر و الأعباء التي يتحملها القطاع الخاص لتنفيذ المشروع، و ترفع بتقديرها الجديد تقريراً يتم اعتماده من اللجنة العليا لشؤون المشاركة يطلق عليها " المقارن الحكومي"، يوضع هو كذلك في مظروف مغلق موقع عليه من رئيس الوحدة المركزية للمشاركة، و لا يفتح إلا بعد فتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً.

و تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الأسس التي يتعين إتباعها عند وضع كل من القيمة التقديرية و المقارن الحكومي".

و تنص المادة الواحدة و الخمسون (51) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المشاركة على انه " تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة تتولى وضع القيمة التقديرية تضم عناصر فنية و مالية بمراعاة القواعد التالية:

1- أن يتم وضع القيمة التقديرية بافتراض أن الجهة الإدارية ستقوم بتنفيذ المشروع بنفسها، و يجب أن تشمل القيمة التقديرية على إجمالي التكاليف الاستثمارية للمشروع بالإضافة إلى تكاليف التشغيل و الصيانة طوال فترة العقد بأسعار السوق وقت وضع القيمة التقديرية.

2- أن يتم وضع القيمة التقديرية بمراعاة عدم إضافة أية أعباء تمويلية أو معدلات التضخم. و ترفع اللجنة إلى الوحدة في مظروف مغلق و مختوم بخاتم الجهة الإدارية تقريراً عن أعمالها موقعا عليه من جميع أعضائها و من مستشاري الطرح يتضمن بياناً بالقيمة التقديرية و الأسس التي اتبعتها اللجنة في تحديد كل من القيمة التقديرية و التكاليف الاستثمارية و تكاليف التشغيل و الصيانة".

كما تنص المادة الثانية و الخمسون (52) من اللائحة التنفيذية على انه " تتولى الوحدة بعد مراجعة القيمة التقديرية للمشروع بالتنسيق مع مستشاري الطرح المالي و وضع المقارن الحكومي المنصوص عليه في المادة 25 من القانون بمراعاة القواعد التالية:

ا- أن تتم إضافة تكاليف و أعباء التمويل للمشروع طبقا للهيكل المقترح للتمويل.

ب- أن يتم تحليل كافة المخاطر المتعلقة بالمشروع و على الأخص المخاطر الفنية و المالية و القانونية و وضع تقدير لكل منهما و إضافتها إلى القيمة التقديرية.

ج- أن يؤخذ في الاعتبار فروق الأسعار من تاريخ القيمة التقديرية حتى الموعد النهائي لتقديم العطاء.

د- أن يتم اضافة أي أعباء أخرى يتحملها مقدم العطاء بخلاف ما تقدم ، و تكون لازمة لتنفيذ المشروع.

هـ- حساب عائد الضرائب المدفوعة من خلال شركة المشروع و معدلات التضخم السنوية المتوقعة خلال مدة المشروع، و معدل الخصم المطبق للوصول إلى صافي القيمة الحالية للمشروع، و تقوم الوحدة بعد تقديم العطاءات الفنية و المالية برفع تقرير المقارن الحكومي للجنة العليا لاعتماده، و يوضع في مظروف مغلق موقع عليه من رئيس الوحدة و مختوم بخاتمها لا يفتح إلا بعد فتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنيا".

و لهذا يمكن القول في الأخير أن المشرع المصري شأنه شأن المشرع الفرنسي اشترط تقييم أولي للمشروع عن طريق التقييم الذي تقوم به لجنة القيمة التقديرية، ثم تقوم الوحدة المركزية للمشاركة بمراجعة ذلك التقييم و تضيف إليه تكلفة التمويل و حساب المخاطر، و تضع نتائج أعمالها تحت مسمى " المقارن الحكومي "، بالإضافة إلى دراسات الجدوى التي اشترطها كذلك قانون رقم 67 لسنة 2010 و التي تعتبر دراسات تمهيدية أو تقييمية للمشروع من جميع النواحي قبل طرح المشروع للتعاقد.

## المطلب الثاني: التعاقد مع مستشاري الطرح و التأهيل المسبق بين المستثمرين

إن خطوات إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تكون بإتباع عدة مراحل متعاقبة قبل رسو العطاء على شركة المشروع ( الشريك الخاص ) و الملتزم بتنفيذ المشروع ، فيجب أولاً اختيار مستشاري الطرح، ثم تأتي مرحلة التأهيل المسبق بين المستثمرين.

### الفرع الأول: التعاقد مع مستشاري الطرح

بعد موافقة الجهة المسؤولة عن تنفيذ المشروع عن طريق عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، يجب على الجهة الإدارية اتخاذ إجراءات التعاقد مع مستشاري الطرح لمعاونتها في تنفيذ الأعمال الاستشارية لمشروع الشراكة مع القطاع الخاص.

و يعتبر مستشاري الطرح مستشارون مستقلون يتم التعاقد معهم بواسطة الجهة الإدارية لمباشرة اتفاقات الشراكة، و هؤلاء المستشارون قد يتخذوا شكل منشأة فردية أو شركة أو اتحاد مالي " كونسرتيوم "، لكي يقدم للحكومة خدمات تتعلق باستشارات الطرح التي تشمل على تخطيط استراتيجي، دراسات الجدوى، تسويق المشروع، إصدار المناقصات، دعم التقييم ، خبرة مالية ، التنفيذ<sup>1</sup>.

و التعاقد مع مستشاري الطرح يتم من خلال عدة مراحل، بدء من وضع كراسة الشروط و المواصفات مروراً بتقديم العطاءات وصولاً بفحص العطاءات و البث فيها، ثم إبرام عقود الاستشارات الخاصة مع مستشاري الطرح، و هو ما سنتناوله في النقاط التالية:

### أولاً: طريقة التعاقد

تتنوع طرق التعاقد مع مستشاري الطرح بين المناقصة العامة و المحدودة و الاتفاق المباشر.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 206

## \* المناقصة العامة :

و يقصد بالمناقصة العامة هي تلك المناقصة المفتوحة لكل الناس و التي تسمح للاشتراك فيها لمن يشاء من المتنافسين، و تمثل المناقصة العامة أصل المناقصة، و تكفل هذه الطريقة إشراك اكبر عدد من الاستشاريين ( مستشاري الطرح ) .

و يكون الإعلان عن المناقصات العامة من خلال النشر في الصحف المحلية أو العالمية أو أي وسيلة أخرى تكفل العلانية<sup>1</sup>.

و قد أصبح للتطور التكنولوجي أهمية في الإعلان عن المناقصة، فقد أتاحت شبكة الانترنت للعديد من دول العالم أن تقوم بالإعلان عن مشاريعها التي تحتاج إليها لحاجاتها العامة، مع التأكيد من وصول الإعلان إلى العديد من المستثمرين من أصحاب الخبرات العالمية في جميع دول العالم الأخرى، و عادة ما تضع على موقعها الالكتروني نماذج للعقود الإدارية المختلفة التي تود التعاقد على أساس شروطها، و تسمح للراغبين من الاطلاع عليها حتى يتقدموا بإيجابهم على ضوئها إن أرادوا التعاقد معها.

و الإعلان على شبكة الانترنت عن المناقصات التي تريد الإدارة إبرامها توفر لها مزيدا من العلانية، و توجه الدعوة لتقديم العطاءات بشأنها لعدد كبير ليس فقط في الدولة المعلنة و إنما في مختلف دول العالم، بحيث يمكن لأي شخص الاطلاع عليها بزيارة موقع الإدارة المعلنة، و هو ما كفلته المادة الرابعة و الأربعون (44) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشراكة المصري في استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في الإعلان عن المناقصة<sup>2</sup>، كما أن جل الدول و خاصة المتقدمة أصبحت تلجا إلى هذه الوسيلة لإنجاز مشاريعها الضخمة و الدولية لضمان علم اكبر عدد ممكن من المستثمرين المهتمين بمشاريع الشراكة.

<sup>1</sup> احمد سلامة بدر : العقود الإدارية و عقود البوت ، مرجع سابق ، ص 133

<sup>2</sup> تنص المادة الرابعة و الأربعون (44) من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري على انه " تقوم الوحدة بإنشاء موقع الكتروني للمشروع تدرج فيه بالتنسيق مع الجهة الإدارية جميع المعلومات و الدراسات المختلفة الخاصة بالمشروع و مستندات الطرح و يكون الدخول الى الموقع بموجب كلمة مرور توفرها الوحدة لكل المستثمرين المؤهلين "

أما المشرع الفرنسي، مثله مثل المشرع الجزائري يلزم الإدارة بالإعلان عن المناقصات بصفة عامة في جريدة خاصة بالعقود الإدارية<sup>1</sup>.

#### \* المناقصة المحدودة :

و يقصد بالمناقصة المحدودة هي تلك التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد معين من الموردين أو المقاولين أو الاستشاريين، أو طائفة معينة من الفنيين أو الخبراء، و ذلك بشرط أن تتمتع هذه الطوائف بالكفاءة الفنية و المالية و حسن السمعة.

و عليه فان المناقصة المحدودة في اختيار مستشاري الطرح تقتصر على عدد محدود من الاستشاريين ذوي الخبرة العالمية في مجال عقود الشراكة مع القطاع الخاص.

و يتم الدعوة فيها بكتاب موصى مصحوب بعلم الوصول، أو البريد الالكتروني، أو من خلال أية وسيلة أخرى تكفل علم ذوي الشأن بالدعوة و ما تتضمنه من بيانات<sup>2</sup>.

#### \* الاتفاق المباشر :

كذلك يجوز اللجوء إلى الاتفاق المباشر عند التعاقد مع مستشاري الطرح، و ذلك في الحالات التي تقتضيها اعتبارات الصالح العام، و لا تحتل إتباع إجراءات المناقصة العامة أو المحدودة.

#### ثانيا : وضع كراسة الشروط و المواصفات

إذا كانت كراسة الشروط النموذجية تعد احد المكونات الأساسية لعقود الأشغال العامة و عقود التزام المرفق العام ، فان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا لا تخضع لمثل هذه الكراسات النموذجية، و لم يجعلها المشرع إحدى الوثائق العقدية التي يمكن الرجوع اليها ، حيث تطلب المشرع العديد من الشروط العقدية التي يجب أن يتضمنها عقد الشراكة مع القطاع الخاص، و التي تنظم حقوق و التزامات طرفي العقد دون حاجة إلى

<sup>1</sup> Bulletin officiel des annonces des marchés public ( BOAMP)

<sup>2</sup> احمد بدر سلامة : العقود الإدارية و عقود البوت ، مرجع سابق ، ص 85

الرجوع لكراسات الشروط النموذجية هذا من جهة ، من جهة أخرى خضوع هذه النوعية من العقود في فرنسا للعديد من المراحل المتعاقبة، و من أهمها التقييم الأولي و الحوار التنافسي يضع معالم واضحة للالتزامات و حقوق طرفي العقد<sup>1</sup>.

أما في مصر فان المشرع المصري في قانون تنظيم الشراكة اشترط أن يكون اختيار مستشاري الطرح و المستثمرين عن طريق المناقصات العامة و المحدودة، أو بطريق الاتفاق المباشر، لذلك اشترط وضع كراسة الشروط و المواصفات<sup>2</sup>.

و عليه سوف نتكلم عن إعداد كراسة الشروط لاختيار مستشاري الطرح أو المستثمرين طبقا للقانون المصري لسنة 2010.

و تعد كراسة الشروط لاختيار مستشاري الطرح طبقا للقانون المصري كما قلنا عن طريق تشكيل لجنة من العاملين بالوحدة المركزية للمشاركة، تقوم هذه اللجنة بوضع كراسة الشروط و المواصفات و ذلك بقرار من رئيس الوحدة، و يجب أن تتضمن الكراسة على عدة بيانات نذكر على سبيل المثال و ليس الحصر:

- تحديد اللغة التي يتعين على مقدمي العطاءات تقديم عطاءتهم بها.  
- أن يتضمن خطاب الدعوة المرسل إلى مستشاري الطرح التقدم بعروضهم الفنية و المالية.  
- تحديد القطاع الذي يندرج تحته المشروع المزمع طرحه للتنفيذ بنظام الشراكة مع القطاع الخاص.

- تحديد الأسس الفنية التي سيتم على أساسها اختيار مستشاري الطرح، على أن تكون بصورة مفصلة و كافية و مناسبة لطبيعة العقد.

- التزامات مستشاري الطرح منذ بدء التعاقد، و حتى انتهاء أعماله في المشروع.

- نطاق عمل مستشاري الطرح بدقة، و الشروط الواجب توافرها فيه و مدة المشروع.

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود الشراكة PPP ، مرجع سابق ، ص 83

<sup>2</sup> رجب محمود طاجن : عقد المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 223

- الشروط الواجب توافرها بفريق عمل مستشاري الطرح من حيث الحد الأدنى لتشكيله، و مؤهلاتهم العلمية و خبراتهم و سابقة أعمالهم.

- عدد المشاريع التي سيكلف مستشار الطرح بتنفيذ الأعمال الاستشارية الخاصة بها.

- تحديد المستندات و النماذج المالية الواجب على مقدمي العروض ملؤها كجزء من عروضهم المالية.

- إجراءات الطرح و مواعيد تلقي الاستفسارات و الرد عليها، و الموعد النهائي لتلقي العروض.

- مدة سريان العطاءات التي يتعين على مقدمي العطاءات الالتزام بعطاءتهم خلالها، مع مراعاة انه يجوز للجهة المختصة قبل فتح الاظرفة المالية طلب مد فترة سريان العطاءات لمدة لا تزيد عن ستين (60) يوما، دون أن يكون لأي من المتقدمين بالعطاء الاعتراض عن ذلك.

- شروط و مواصفات اختيار مستشار الطرح و طريقة تقييم العطاءات فنيا و ماليا.

- تقديم العطاءات في ظرفين مغلقين، احدهما للعرض المالي و الآخر للعرض الفني.

بالإضافة إلى غيرها من الشروط الواردة في المادة السادسة عشر (16) و السابعة عشر (17) من اللائحة التنفيذية لقانون 67-2010 لتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة المصري.

#### ثالثا : التقدم بالعطاءات و البث فيها

يتم تلقي العطاءات و فحصها و البث فيها من طرف لجنة تسمى " بلجنة اختيار مستشاري الطرح ".

يتم تقديم العطاءات في ظرفين احدهما للعرض الفني و الآخر للعرض المالي، و يجب أن توضع الأسعار في العروض المالية بالأرقام و الحروف، يؤخذ بالسعر المبين بالحروف في

حالة وجود اختلاف بينه و بين السعر المبين بالأرقام، و لا يعتد بأي كشط أو محو أو تصحيح، إلا إذا كان موقعا بجانبه من قبل مستشاري الطرح.

و يكون عمل اللجنة ابتداء من استلامها للعطاءات و فتحها للاظرفة الفنية، و لها أن تقوم بإحالتها إلى لجان فرعية من بين أعضاءها، أو من غيرهم لدراسة العطاءات المقدمة من النواحي الفنية، و مدى مطابقتها لكافة الشروط الواردة بكراسة الشروط و المواصفات، و للجنة أن تضم لعضويتها من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة.

بعد دراسة العطاءات المقدمة ترفع تلك اللجان الفرعية تقارير و نتائج أعمالها و توصياتها إلى لجنة اختيار مستشاري الطرح<sup>1</sup>.

بناء على تقرير اللجان الفرعية و ما تنتهي إليه من توصيات بشأن فحص الاظرفة الفنية لمقدمي العطاءات، تقوم لجنة اختيار مستشاري الطرح بإعداد مذكرة بنتيجة فحصها و تقييمها للاظرفة الفنية بقبول أو رفض العطاء، على أن يكون رفض العطاء فنيا مسببا.

ثم يتم إخبار مقدمي العطاءات بنتيجة التقييم الفني بموجب خطاب موسى عليه، و مصحوب بعلم الوصول أو البريد الالكتروني، و على اللجنة إخطار مستشاري الطرح المقبولين فنيا بميعاد جلسة فحص الاظرفة المالية لحضور الجلسة، إذا رغبوا في ذلك بخطاب موسى عليه بعلم الوصول، أو بأية وسيلة أخرى تكفل علمهم بالجلسة.

تجتمع لجنة اختيار مستشاري الطرح في المكان و الزمان المحددين لفتح الاظرفة المالية بعد التحقق من سلامة غلقها<sup>2</sup>.

و يتعين عند التقييم المالي للعطاءات المقبولة فنيا، إذا كان من بينهم عطاء مقدم من مكتب استشاري أجنبي و وضع سعره بالعملة الأجنبية أن يتم تحويل السعر إلى العملة الوطنية، مع

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 212

<sup>2</sup> المادة 24 من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري لسنة 2010

مراعاة سعر الصرف في البنك المركزي في تاريخ عقد جلسة التقييم المالي للطلبات،  
ضمانا لتوحيد أسس المقارنة بين العطاءات.

و يتوقف التقييم المالي على الأسس المحددة تفصيلا بكراسة الشروط، و هي لا تخرج عن  
أمرين.

\* إذا كان التقييم الفني بنظام التقييم مطابق / غير مطابق، تتم الترسية على العطاء المقبول  
فنيا الأقل قيمة محسوبة طبقا للطريقة المحددة في كراسة الشروط.

\* إذا كان التقييم الفني بنظام النقاط تكون الترسية على العطاء الأجدى اقتصاديا، أي  
العطاء الحاصل على أكبر عدد من النقاط تحسب حسب ما هو محدد في كراسة الشروط<sup>1</sup>.  
بعد التقييم المالي تعد لجنة اختيار مستشاري الطرح مذكرة بنتيجة أعمالها، و ترفع لوزير  
المالية للاعتماد، و بالاعتماد يعتبر العقد منعقد بين الطرفين، و يتم تحريره و التوقيع عليه.

### الفرع الثاني: مرحلة التأهيل المسبق

قبل التكلم عن مرحلة التأهيل المسبق بين المستثمرين، يجب أن نشير إلى انه يتعين على  
الإدارة قبل الشروع في اتخاذ إجراءات التأهيل المسبق أن تقوم بإعداد مذكرة معلومات  
خاصة عن المشروع المراد إنجازه، و ذلك بالتنسيق مع مستشاري الطرح على أن تتضمن  
مذكرة المعلومات مايلي:

- وصف عام للمشروع بجوانبه الفنية، القانونية و الخدمات، أو المنتجات التي ستقدمها.
- طبيعة دور المستثمر في تنفيذ المشروع.
- الخدمات و التسهيلات التي ستقدمها الجهة الإدارية لتنفيذ المشروع.
- الالتزامات الأساسية التي سيتضمنها عقد الشراكة لتنفيذ المشروع ، و لا يجوز للجهة

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 212

الإدارية نشر المذكرة للمستثمرين و طالبي التأهيل المسبق، إلا بعد موافقة الجهة المختصة<sup>1</sup>.

#### -التأهيل المسبق:

إن عملية اختيار المستثمرين (الشريك الخاص) المتنافسين تمثل جزء لا يتجزأ من الإجراءات المرتبطة بعمليات الطرح و الترسية، نظرا لأنها تهدف إلى الحد من المخاطر التي قد تهدد تنفيذ و استغلال المشروع، إذا افترقت شركة المشروع إلى الخبرات التي تؤهلها للقيام بالمشاريع العامة ذات الحجم الكبير و تشغيلها و إدارتها، و هو الأمر الذي من شأنه تعريض الشخص المعنوي العام لمخاطر التأخر في التنفيذ و تشغيل المشروع عن الجدول الزمني المتفق عليه في العقد، فضلا عن تحمله لأعباء إضافية، تتمثل في دراسة عدد من العطاءات التي لا يتمتع مقدموها بالأهلية المطلوبة للقيام بمشاريع عامة .

و لهذا فان جل الدول تلجا إلى مرحلة التأهيل المسبق، و هي مرحلة التي تسبق إنشاء المشروع من طرف الشركة المرشحة لتنفيذ المشروع، حيث تستطيع الدولة فيها (مرحلة التأهيل المسبق) استبعاد العناصر غير الجادة، أو التي لا تتفق خبرتها أو كفاءتها المالية، الفنية و البشرية و طبيعة المشروع، و تقوم خلال هذه المرحلة بتصفية العروض و اختيارها و بعد ذلك تقوم الجهة الحكومية بدعوة المتنافسين المؤهلين لتقديم عروضهم النهائية .

و لهذا سوف نتكلم عن مرحلة التأهيل المسبق في النقاط التالية:

- ماهية التأهيل المسبق.

- الإعلان عن الدعوة، و سحب طلبات التأهيل.

- فحص طلبات التأهيل.

- الاعتراض على قرارات الاستبعاد.

<sup>1</sup> الجهة المختصة في مصر هي الوحدة المركزية للمشاركة

## \* ماهية التأهيل المسبق:

إن التأهيل المسبق هو إجراء تقوم به الجهة الإدارية التي تريد تنفيذ احد مشاريعها وفق عقود الشراكة مع القطاع الخاص<sup>1</sup>، للثبوت من أن المستثمرين الراغبين في المنافسة لديهم كافة الإمكانيات التي تؤهلهم لذلك، بحكم أن تلك المشاريع ضخمة تتطلب رأس مال كبير و مدة طويلة لتنفيذها، و ما تتطلبه من خبرات و كوادر و إمكانيات فنية و مالية في مراحل تنفيذ المشروع المختلفة<sup>2</sup>.

و تهدف مرحلة التأهيل المسبق إلى إعداد قائمة من المستثمرين الذين يكون لديهم المقدرة الفنية، المالية، حسن السمعة، و الخبرة الواسعة لدخول المشروع المراد إقامته بنظام الشراكة مع القطاع الخاص، بحيث لا يكون هناك مجال للمجازفة مع شريك يكون المشروع هو السابقة الأولى له.

و تكمن الميزة الرئيسية للتأهيل المسبق في انه يحدد عدد مقدمي العطاءات بتخفيض عددهم و زيادة احتمالية النجاح في تقديم العطاء، كما قد يكون لدى مقدمي العطاءات الحافز للاستثمار جهد اكبر في تقديم مشروع فعال و عرض تنافسي.

## \* الإعلان عن الدعوة و سحب طلبات التأهيل:

يتم الإعلان عن الدعوة إلى التأهيل المسبق عن طريق دعوة المستثمرين لتقديم المستندات الدالة على مؤهلاتهم، و ذلك بنشر إعلان يسمى " دعوة إلى تقديم مستندات التأهيل"، يكون الإعلان في صحيفة يومية على الأقل واسعة الانتشار، و على الموقع الالكتروني للجهة الإدارية، على أن يتضمن الإعلان بياناً موجزاً على طبيعة المشروع و مدته و العنوان البريدي، و آخر موعد لتلقي طلبات التأهيل.

<sup>1</sup> هذا الإجراء تقوم به الجهة الإدارية بالتعاون مع الوحدة المركزية أو وحدة المشاركة بالجهة الإدارية في القانون المصري

<sup>2</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 331

و على المستثمرين الراغبين في المنافسة على تنفيذ المشروع أن يتقدموا لمرحلة التأهيل المسبق في صورة مستثمر منفرد، أو في صورة تحالف مكون من أكثر من مستثمر، و في حالة تقديم الطلب من تحالف، فيجب تحديد ممثل لهذا التحالف يتولى بموجب توكيلات رسمية من أعضائه لتمثيلهم في إجراءات التأهيل المسبق و المنافسة و الفوز<sup>1</sup>.

و تقدم طلبات التأهيل إلى لجنة تسمى " لجنة التأهيل المسبق<sup>2</sup>"، و على الجهة الإدارية عند تلقيها طلبات سحب مستندات التأهيل من طالبي التأهيل المسبق أو ممثليهم، تسليمهم نسخة مجانية من مذكرة معلومات المشروع و مستندات التأهيل، أو إرسال نسخة الكترونية على بريدهم الإلكتروني.

#### \* فحص طلبات التأهيل:

تقوم لجنة التأهيل المسبق بدراسة طلبات التأهيل، و تحديد المطابق منها لمعايير التأهيل الموضوعية و استبعاد غير المطابق.

تجتمع اللجنة بمقر الجهة الإدارية أو في أي مكان آخر تحدده السلطة المختصة بحضور ممثلي مستشاري الطرح، و يكون اجتماع اللجنة بناء على دعوة من رئيسها أو من السلطة المختصة.

و يشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور ثلاثة أرباع أعضائها على الأقل، على أن تكون الخبرات الفنية و المالية و القانونية حاضرة في الاجتماع، و تصدر اللجنة قراراتها في طلبات التأهيل المسبق بأغلبية أعضائها، و يجب أن تعتمد من السلطة المختصة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص 81

<sup>2</sup> تنص المادة عشرون (20) من قانون تنظيم الشراكة على انه " تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة تسمى لجنة التأهيل المسبق تضم خبرات فنية و مالية و قانونية و يجب ان تضم في عضويتها ممثلاً أو أكثر من الوحدة المركزية او ممثلاً من وحدة المشاركة بالجهة الإدارية إن وجدت .....".

<sup>3</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة ، مرجع سابق ، ص 266

يكون لهذه اللجنة أمانة فنية يحددها القرار الصادر بتشكيل اللجنة، تتولى هذه الأمانة تسجيل محاضرها و أعمال السكرتارية الإدارية الخاصة بها<sup>1</sup>.

و تختص لجنة التأهيل المسبق بمايلي:

- إعداد مستند التأهيل المسبق، و وضع معايير و بيان المستندات اللازمة له.  
- الرد على استفسارات طالبي التأهيل المسبق مع إتاحة هذا الرد لكافة المستثمرين طالبي التأهيل المسبق.

- فحص طلبات التأهيل المسبق، و التأكد من استقائها للبيانات و المستندات المطلوبة.

- تلقي طلبات التأهيل المسبق و قيدها في سجل المعد لذلك بحسب تاريخ تقديمها.

و يجوز للجنة التأهيل أثناء فحصها لطلبات التأهيل أن تطلب من طالبي التأهيل المسبق الإيضاحات التي تراها لازمة لدراسة الطلبات المقدمة منهم، على أن يتضمن طلب اللجنة تحديد موعد نهائي للرد عليها.

و يكون تلقي استفسارات طالبي التأهيل على البريد الالكتروني الخاص بالمشروع، كما يجوز للجنة استدعاء ممثل طالب التأهيل لعرض طلبه، أو لتقديم ما تطلبه اللجنة من إيضاحات و ذلك دون الإخلال بالمساواة و تكافؤ الفرص بين طالبي التأهيل المسبق<sup>2</sup>.

بعد انتهاء اللجنة من فحص المستندات و البيانات المقدمة إليها في ضوء المعايير الواردة بمستند التأهيل، تعرض مذكرة بنتيجة أعمالها تتضمن ما انتهت إليه بشأن تلك الطلبات المطابقة و غير مطابقة للتأهيل، على أن يكون قرارها باستبعاد طلبات التأهيل غير المطابقة مسببا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 222

<sup>2</sup> حسن عبد الله حسن : نفس المرجع ، ص 223

<sup>3</sup> محميد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 169

تقوم الجهة الإدارية بإخطار طالبي التأهيل بقائمة المستثمرين المؤهلين، و ذلك بموجب خطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول بالبريد الالكتروني، كما يعلن عن تلك القائمة بالموقع الالكتروني للجهة الإدارية المختصة.

كما يجب على الجهة الإدارية بعد اعتماد قرار الاستبعاد من السلطة المختصة إعلام طالب التأهيل المستبعد بالقرار، بخطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول أو بأية وسيلة أخرى تكفل علمه بالقرار.

#### \* الاعتراض على قرارات الاستبعاد :

للمستثمر الذي قامت لجنة التأهيل باستبعاد طلب التأهيل المقدم منه أن يعترض خلال أسبوع من تاريخ إعلامه بقرار الاستبعاد بمذكرة مسببة، و يقدم الاعتراض للجهة المختصة بذلك<sup>1</sup>، حيث تقوم هذه الجهة بدراسة الاعتراض و البث فيه خلال خمسة عشرة يوما (15) من تاريخ استلامها للاعتراض، و لها مناقشة اللجنة (لجنة التأهيل) بطلب أصل المستندات إذا لزم الأمر و تقوم بالفصل في الاعتراض ، و تخطر المعترض بقرارها بخطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول أو بالبريد الالكتروني، أو بأية وسيلة أخرى تحقق علمه بالقرار مع إخطار الجهة الإدارية بصورة من القرار، و يكون القرار الصادر في الاعتراض نهائيا و ملزما<sup>2</sup>.

#### المبحث الثاني: طرح المشروع للتعاقد

بعد الانتهاء من مرحلة التأهيل المسبق و تحديد القائمة النهائية للمستثمرين المؤهلين، يتم اتخاذ إجراءات الطرح النهائية لاختيار شركة المشروع و التي سوف تقوم بتنفيذ المشروع.

<sup>1</sup> الجهة المختصة في القانون المصري للشراكة هي الوحدة المركزية للمشاركة

<sup>2</sup> تنص المادة عشرين(20) الفقرة الثانية (2/20) من قانون المشاركة المصري على انه " يكون للمستثمرين الذين لم ترد أسماؤهم ضمن قائمة المستثمرين المؤهلين الاعتراض على قرار لجنة التأهيل و يقدم الاعتراض الى الوحدة المركزية للمشاركة لدراسته و إصدار قرار الملزم بشأنه و تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون مواعيد و إجراءات الاعتراض من قرار لجنة التأهيل و إجراءات نظره و البث فيه "

و قد ترى الجهة الإدارية ان الصورة لديها لا تزال غير كافية أو واضحة للبدء في طرح المشروع، و أنها في حاجة لمناقشة المستثمرين المؤهلين فيما يتعلق بمواصفات المشروع و شروطه التمهيدية، فلها أن تدعو المستثمرين المؤهلين لعقد لقاءات و اجتماعات تمهيدية للمناقشة في ذلك، لكن يتعين عليها تقديم كافة الاستفسارات و الإجابات لجميع المستثمرين لكي تكون الصورة واضحة أمامهم جميعاً، تطبيقاً لمبادئ الشفافية و المساواة و تكافؤ الفرص و حرية المنافسة.

و عقب انتهاء هذه اللقاءات و الاجتماعات، و في ضوء ما تنتهي إليه يكون للسلطة المختصة بالجهة الإدارية أن تأمر بإعادة دراسة مواصفات المشروع و شروطه التمهيدية قبل توجيه الدعوة لتقديم العطاءات، و ذلك بما لا يخل بمعايير التأهيل التي تم على أساسها اختيار القائمة النهائية للمستثمرين المؤهلين<sup>1</sup>.

ثم يلي بعد ذلك اتخاذ إجراءات الطرح، علماً بان الأصل أن يتم طرح المشروع بين المستثمرين المؤهلين على مرحلة واحدة، حيث يتم دعوتهم لتقديم عطاءهم بعد اعتماد كراسة الشروط و المواصفات، لكن قد ترى السلطة المختصة بالجهة الإدارية أن يتم الطرح على مرحلتين، أولها تقديم المستثمرين المؤهلين لعرض غير ملزم يحتوي على الخطوط العريضة للعطاء الفني و المالي، ثم يعقب ذلك إجراء الجهة الإدارية لحوار تنافسي فيما بينهم، و ثانيهما تقديم المستثمرين المؤهلين للعطاءات النهائية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الواحدة و العشرين (21) من قانون الشراكة المصري على انه " للجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة أن تدعو الى عقد لقاءات و اجتماعات تمهيدية خاصة مع المستثمرين المؤهلين لمناقشة الأمور المتعلقة بمواصفات المشروع و شروطه التمهيدية على أن تتاح كافة الاستفسارات و الإجابات عليها لجميع المستثمرين المؤهلين و للمستثمر المؤهل أن يشترط على السلطة المختصة بالجهة الإدارية الالتزام بعدم إفشاء سرية أي من البيانات الخاصة بتحفزاته أو توقعاته الاقتصادية أو المالية و يكون التعامل مع المستثمرين المؤهلين بما يضمن تكافؤ الفرص و المساواة بينهم و للسلطة المختصة بالجهة الإدارية أن تقرر إعادة دراسة مواصفات المشروع و شروطه التمهيدية بناء على ما تم في اللقاءات و الاجتماعات المشار إليها بما لا يؤثر على معايير التأهيل و ذلك قبل إصدار دعوة تقديم العطاءات "

<sup>2</sup> تنص المادة الثانية و العشرون (22) من قانون الشراكة المصري على انه " للسلطة المختصة بالجهة الإدارية بموافقة مسبقة من الوحدة المركزية للمشاركة أن تقرر أن يكون تقديم العطاءات الفنية و المالية على مرحلتين يتم في الأولى تقديم

و العديد من الدول تترك اختيار قرار الطرح مفتوحا بين الطرح على مرحلة واحدة أو عدة مراحل بحسب طبيعة المشروع، فالقانون البرازيلي، الشيلي، المكسيكي و الفلبيني يأخذ بالطرح على مرحلة واحدة، أما في أوروبا و من بينها القانون الفرنسي فيكون الطرح على مرحلة واحدة أو على مرحلتين بحسب الأحوال، أما القانون المصري فقد انتهج نفس نهج القوانين الأوروبية و التي تترك مسألة الطرح لمرحلة واحدة أو مرحلتين بحسب طبيعة المشروع.

و عليه سوف نتناول طرح المشروع على مرحلة واحدة باعتباره هو الأصل في المطلب الأول، ثم نتناول الطرح على مرحلتين في المطلب الثاني.

### **المطلب الأول: طرح المشروع على مرحلة واحدة**

يتم الطرح على مرحلة واحدة حسب الخطوات التالية، كما قد يلجا الى إلغاء الطرح.

### **الفرع الأول: مراحل طرح المشروع**

#### أولاً: إعداد كراسة الشروط و المواصفات

و في هذه الحالة لا توجد سوى كراسة شروط واحدة فقط، حيث تصدر السلطة المختصة قرار بتشكيل لجنة من عناصر فنية، قانونية و مالية لإعداد كراسة الشروط و المواصفات الخاصة بالمشروع.

و يجب أن تحدد الكراسة اللغة التي ينبغي تقديم العطاءات بها، و يجب أن تتضمن الكراسة المعلومات العامة المتعلقة بالمشروع من مواصفات و الشروط الفنية و المالية الواجب توافرها في العرضين الفني و المالي، كما يجب أن تتضمن كذلك أسس المقارنة و المفاضلة بين العطاءات ، مدة سريان العطاءات ، قيمة التأمين المؤقت و طريقة حساب التأمين النهائي.

---

عرض غير ملزم يحتوي على الخطوط العريضة للعطاء الفني و المالي يليه حوار تنافسي وفقا لاحكام المادة (23) من هذا القانون و يتم في المرحلة الثانية تقديم العطاءات النهائية التي يتم على أساسها التقييم النهائي و تنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون أحكام و إجراءات الطرح على مرحلتين "

كما يجب أن تتضمن كراسة الشروط البيانات التالية:

1-موصفات المشروع و الشروط الفنية، المالية الواجب توفرها في العطاء.

2-موصفات المنتج النهائي، و مواصفات مستوى الخدمة و مؤشرات الأداء، و المتطلبات الرئيسية للجهة الإدارية و لجهات التنظيم و الرقابة للمرافق، و الخدمات محل التعاقد فيما يتعلق بمعايير السلامة و الأمن و حماية البيئة و غيرها.

3-الشروط الرئيسية لعقد الشراكة و غيره من الاتفاقات التكميلية، مع بيان ما يعتبر منها شروط غير قابلة للتفاوض و غيرها من البيانات الضرورية، و هذا حسب المادة الرابعة و العشرون (24) من قانون الشراكة المصري<sup>1</sup>.

إلا أن عقود الشراكة مع القطاع الخاص في فرنسا كما قلنا سابقا لا تخضع لمثل هذه الكراسات، و لم يجعلها المشرع الفرنسي إحدى الوثائق التي يجب الرجوع إليها، و الحكمة من ذلك هو ما تطلبه المشرع من شروط عديدة و صارمة يجب إدراجها في هذه العقود بالإضافة إلى وجود مرحلتين إلزاميتين و هي مرحلة التقييم الأولي، و مرحلة الحوار التنافسي

---

<sup>1</sup> تنص المادة الرابعة و العشرون (24) من قانون الشراكة المصري على انه " تعد الجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة كراسة الشروط و المواصفات الخاصة بالمشروع و يجب أن تتضمن الكراسة على وجه الخصوص ما يأتي:

أ-المعلومات العامة المتعلقة بالمشروع و التي تلتزم لإعداد العطاءات و تقديمها

ب- مواصفات المشروع و الشروط الفنية و المالية الواجب توفرها في العطاء .

ج- مواصفات المنتج النهائي و مواصفات مستوى الخدمة و مؤشرات الأداء و المتطلبات الرئيسية للجهة الإدارية و لجهات التنظيم و الرقابة للمرافق و الخدمات محل التعاقد فيما يتعلق بمعايير السلامة و الأمن و حماية البيئة و غيرها

د- الشروط الرئيسية لعقد المشاركة و غيره من الاتفاقات التكميلية مع بيان ما يعتبر منها شروط غير قابلة للتفاوض.

هـ - تحديد طريقة و أسس المفاضلة بين العطاءات و في حالة اختيار نظام التقييم بالنقاط يجب بيان معايير تقييم العطاءات و أسس المقارنة بينها فنيا و ماليا و الدرجة التي تمنح لكل معيار منها و الطريقة التي تطبق بها تلك المعايير في تقييم العطاءات .

و- المستندات و النماذج و المواعيد الواجب مراعاتها و استقائها في العطاء

ز- قيمة التأمين المؤقت و طريقة حساب التأمين النهائي.

و تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد و إجراءات إعداد كراسة الشروط و المواصفات "

و التي يمكن من خلالها حسم العديد من النقاط الهامة المتصلة بجوانب المشروع المنفذ بنظام الشراكة<sup>1</sup>.

على خلاف المشرع المصري الذي جعل من هذه الكراسات النموذجية احد المكونات الأساسية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

#### ثانيا: توجيه الدعوة للمستثمرين المؤهلين

بعد اعتماد كراسة الشروط و المواصفات من قبل السلطة المختصة بالجهة الإدارية، تقوم هذه الأخيرة بتوجيه الدعوة للمستثمرين المؤهلين بسحب كراسة الشروط و المواصفات بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، و عن طريق البريد الالكتروني، مقابل دفع الثمن المحدد لها.

#### ثالثا: تقديم العطاءات

يقوم المستثمر المؤهل أو من يمثله قانونا بإعداد نسخة أصلية من كل من العرضين المالي و الفني، توقع كافة الصفحات بالأحرف الأولى للمستثمر المؤهل، أو من يمثله قانونا، و تختم بخاتمه.

كما يلتزم المستثمر بتقديم عدد من النسخ تحدد كراسة الشروط، و يجب أن يتضمن ظرف العرض الفني كافة المستندات الفنية المطلوبة و الموضحة للمواصفات التفصيلية لتحقيق مستوى الخدمة و مستوى المنتج النهائي، و يجب أن يحتوي أيضا على التامين المؤقت المحدد في كراسة الشروط، و يكون التامين في شكل خطاب بنكي غير مشروط و غير قابل للإلغاء صادر من مقدم العطاء لصالح الجهة الإدارية<sup>2</sup>.

أما الظرف المالي فيجب أن يتضمن النماذج و المستندات المالية المنصوص عليها في كراسة الشروط، و توضع الأسعار بالأرقام و الحروف، و يؤخذ بالسعر المبين بالحروف في

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 201

<sup>2</sup> المادة الخامسة و الخمسون (55) من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري

حالة وجود اختلاف بينه و بين السعر المحدد بالأرقام، و لا يعتد بأي كشط أو تعديل ما لم يكن موقعا بجانبه من صاحب العطاء أو من يمثله قانونا<sup>1</sup>.

تقدم العطاءات باليد الى لجنة تسمى " لجنة تلقي العطاءات و دراستها"، في المكان و الموعد المحددين في كراسة الشروط، و تقوم هذه اللجنة بتقييم العطاءات المقدمة و إثباتها في محضر تلقي العطاءات مع تسليم مقدم العطاء إيصالا يدل على تقدمه بالعطاء، و تحفظ العطاءات في المكان امن تحدده الجهة الإدارية<sup>2</sup>.

#### رابعا : تقييم العطاءات

يتم تلقي العطاءات من المستثمرين المؤهلين الذين قاموا بسحب كراسة الشروط و دفع ثمنها من طرف لجنة تسمى بلجنة " تلقي العطاءات و دراستها"، و تختص هذه اللجنة بتلقي و دراسة العطاءات فنيا و ماليا، و تتكون من عناصر فنية ، مالية و قانونية .

تختص هذه اللجنة بترتيب العطاءات المقبولة فنيا و تحديد العطاءات المستبعدة، و للجنة أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضاءها، أو ممن ترى اللجنة الاستعانة بهم من ذوي الخبرة لدراسة النواحي الفنية و المالية و القانونية للعطاءات المقدمة، و مدى مطابقتها و المواصفات المعلنة.

تقدم اللجان الفرعية تقرير نتائج أعمالها إلى لجنة تلقي العطاءات لدراستها<sup>3</sup>، و تختص هذه اللجنة بالاتي:

<sup>1</sup> المادة السادسة و الخمسون (56) من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري

<sup>2</sup> المادة التاسعة و الخمسون (59) من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري

<sup>3</sup> تنص المادة التاسعة و العشرون (29) من قانون الشراكة المصري على انه " شكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة تلقي العطاءات و دراستها فنيا و ماليا من عناصر فنية و مالية و قانونية مناسبة و تنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون اختصاص اللجنة و نظام عملها و ترتيب العطاءات المقبولة فنيا و تحديد العطاءات المستبعدة و يجب أن تضم اللجنة في عضويتها ممثلا عن كل من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة و وزارة المالية و الوحدة المركزية للمشاركة ، و للجنة أن تعهد الى لجان فرعية تشكلها من بين أعضاءها أو من ترى اللجنة الاستعانة بهم من ذوي الخبرة لدراسة النواحي الفنية و المالية للعطاءات المقدمة و مدى مطابقتها للشروط و المواصفات المعلنة و تقييم المطابق لها و

- التأكد من مطابقة العروض الفنية للشروط و المواصفات المنصوص عليها في كراسة الشروط و المواصفات.

- يحق لهذه اللجنة بعد فتح الاظرفة الفنية و المالية طلب الإيضاحات و الاستفسارات التي تراها لازمة لمقدمي العطاءات.

- ترفع اللجنة محضرا بتوصياتها موقعا عليه من جميع أعضاءها إلى السلطة المختصة، و يحق لها التوصية باستبعاد غير المطابقة، و تقوم الجهة الإدارية بإصدار قرار مسبب بالاستبعاد بناء على هذه التوصية.

- تتولى اللجنة بتقديم العطاءات وفقا لنظام التقييم المحدد بكراسة الشروط.

تقوم الجهة الإدارية بإخطار أصحاب العطاء غير المقبولة فنيا على عناوينهم المبينة في عطاءاتهم بخطاب موسى عليه بعلم الوصول، أو البريد الالكتروني، و يحق لصاحب العطاء المستبعد التظلم من قرار الاستبعاد أمام لجنة التظلمات خلال ثلاثون يوما (30) يوما من تاريخ استلامه لقرار الاستبعاد.

### الفرع الثاني: إلغاء إجراءات الطرح

هناك حالات يجب على الجهة الإدارية إلغاء إجراءات طرح المناقصة، و أخرى جوازية يجوز فيها أن تلغى إجراءات الطرح، أو تستمر في إجراءات الترسية.

\* الحالات الوجوبية لإلغاء إجراءات الطرح :

هناك حالتين يجب فيهما على الجهة الإدارية إلغاء إجراءات الطرح و هما<sup>1</sup>:

---

تقديم اللجان الفرعية تقارير المطابق منها وفقا للمعايير التقييم التي تحددها كراسة الشروط و المواصفات و من يحقق أفضل جدوى اقتصادية للدولة و يمنح كل عطاء درجة للتقييم وفقا للأسس و بالطريقة المبينة بطلب تقديم العطاء النهائي و كراسة الشروط و المواصفات و يتم بناء على هذه الدرجة ترتيب العطاءات المقبولة فنيا "

<sup>1</sup> تنص المادة الثنية و الثلاثون فقرة ثانية (2/32) من قانون الشراكة المصري على انه " تلغى إجراءات الطرح إذا تم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائيا أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك "

## الحالة الأولى:

أن يتم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائياً، فقد ترى الجهة الإدارية إن المشروع أصبح غير مجدي بالنسبة لها و هذا حفاظا على المال العام، و لكن و لما كان الشريك الخاص أو المستثمر قد تحمل نفقات هائلة في عمل دراسات للمشروع، خاصة و أن مشاريع الشراكة مع القطاع الخاص تتطلب مبالغ ضخمة لأعداد التصاميم و العطاءات الفنية و المالية له يستوجب معه تعويض المستثمر عما لحقه من أضرار .

## الحالة الثانية:

إذا كانت المصلحة العامة تقتضي إلغاء المشروع، فيجب على الجهة الإدارية أن تلغي إجراءات الطرح، كان تكون الشركة بصدد إشهار افلسها، أو تواجه مشاكل تهدد موقعها المالي، أو ثبت تهربها من الضرائب المستحقة عليها في الداخل و الخارج.

## \* الحالات الجوازية لإلغاء إجراءات الطرح :

يجوز للجهة الإدارية أن تلغي إجراءات الطرح في الحالات التالية:

- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبقى بعد من العطاءات المستبعدة إلا عطاء وحيد.
- إذا اقترنت العطاءات كلها أو اغلبها بتحفظات لا تتوافق مع الشروط و المواصفات المطروحة، أو يتعذر تقييمها مالياً.
- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد زيادة غير مبررة على قيمة المقارن الحكومي أو التقييم الأولي أو المسبق.

و يخضع تقدير ما إذا كانت الزيادة في العطاء الأقل قيمة مبررة من عدمه للجنة تلقي العطاءات و دراستها، ثم السلطة المختصة بالجهة الإدارية و كل ذلك تحت رقابة القضاء .

و قد اعتبر كل من المشرع الفرنسي و المصري الزيادة المبررة هي التي لا تتجاوز العشرون بالمائة 20% من قيمة المقارن الحكومي أو التقييم الأولي أو المسبق، اذ أجاز الترسية على

العطاء الأقل و لو زادت قيمته على المقارن الحكومي أو التقييم الأولي أو المسبق نسبة 20% إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

و يكون الإلغاء بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة تلقي العطاءات و دراستها.

و يجب في جميع حالات الإلغاء أن يكون القرار مسبب، كما يجب على الجهة الإدارية إخطار مقدمي العطاءات بإلغاء إجراءات الطرح على عناوينهم المثبتة في عطاءهم، بموجب خطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول و بالبريد الالكتروني، خلال أسبوع من تاريخ اصدر القرار.

و على الرغم من انه يجوز إلغاء إجراءات الطرح إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبقى بعد من العطاءات المستبعدة إلا عطاء وحيد، فان ذلك لا يمنع استثناء من الترسية على العطاء الوحيد، أو العطاء الذي تجاوز قيمته قيمة المقارن الحكومي أو التقييم الأولي أو المسبق و لكن بتوافر الشروط التالية<sup>1</sup>:

- بالنسبة للعطاء الوحيد:

أجاز المشرع قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط التالية:

- \* أن تقتضي المصلحة العامة عدم السماح بإعادة إجراءات طرح المشروع، أو لا تكون هناك ثمة فائدة ترجي من إعادة الطرح.
- \* أن يكون العطاء الوحيد مقبولاً فنياً، و مطابقاً للشروط و المواصفات.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الثانية و الثلاثون فقرة ثانية (2/32) من قانون الشراكة المصري على انه " و يجوز في الحالات و الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون قبول العطاء الوحيد أو العطاء الذي تزيد قيمته على المقارن الحكومي "

- بالنسبة لتجاوز قيمة المقارن الحكومي أو التقييم المسبق:

\* ألا تتجاوز قيمة العطاء الأقل نسبة العشرين بالمائة 20% من قيمة المقارن الحكومي أو التقييم المسبق.

\* أن تقتضي المصلحة العامة ذلك.

على أن تتم الترسية في هاتين الحالتين بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بناء على توصية لجنة تلقي العطاءات و دراستها.

لكن ما مصير الشريك الخاص الذي تحمل نفقات هائلة و مبالغ ضخمة في عمل دراسات و تصاميم للمشروع ثم يتم إلغاء إجراءات الطرح؟ هل يحق له طلب التعويض؟

الأصل انه لا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأي تعويض عن قرار الجهة الإدارية بإلغاء إجراءات الطرح أو طرح مشاريع الشراكة، إذ أن عملية الطرح لا تنشئ مركزاً قانونياً لأحد مقدمي العطاءات، و انه يجوز إلغاء العملية المطروحة للمصلحة العامة دون أن يترتب على ذلك ثمة تعويض.

فالأصل أن الإلغاء للمصلحة العامة لا يبرر طلب التعويض، حتى لو فرض أن من تقدم بعطائه قد لحقه ثمة ضرر من جراء الإلغاء، لان الجهة الإدارية لم ترتكب أي خطأ، فالإلغاء في حد ذاته للمصلحة العامة لا يمثل عنصر الخطأ كأحد عناصر المسؤولية، ما لم يلابسه ظرف آخر يشكل عنصر الخطأ في حق الجهة الإدارية، و يقيم مسؤوليتها إذا توافرت بقية عناصر هذه المسؤولية، كما لو قامت بالإلغاء في وقت غير مناسب، و في هذه الحالة تقوم مسؤوليتها التقصيرية و ليس العقدية لعدم وجود أي عقد، و هنا لا تكون المسؤولية الإدارية نتيجة الإلغاء أو إلغاء العملية للمصلحة العامة، و إنما لما لابس هذا الإلغاء من ظروف<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> قضت المحكمة الإدارية العليا بان " من حق الجهة الإدارية الامتناع عن اعتماد نتيجة المزيدة تمهيدا لإعادتها بقصد الوصول الى ثمن أعلى و إن قرارها الصادر في هذا الشأن يكون متفقا و أحكام القانون إلا انه غني عن البيان انه =

إلا انه يجوز تعويض مقدمي العطاءات بنسبة عشرة بالمائة 10% من المصروفات الفعلية التي تكبدها صاحب العطاء في سبيل إعداد عطائه .

يصرف مبلغ التعويض من موازنة الجهة الإدارية خلال ثلاثة (03) أشهر على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب للجهة الإدارية من صاحب العطاء، أو من يمثله قانونا بموجب توكيل خاص بالصرف طبقا للمادة الثانية و الثلاثون (32) من قانون الشراكة المصري، و المادة الثالثة و الثمانون (83) من اللائحة التنفيذية لنفس القانون<sup>1</sup>.

و حقيقة الأمر أن التعويض يفترض توافر عناصر المسؤولية لاستحقاقه، و هي الخطأ الضرر و علاقة السببية، و إذا تخلف أي عنصر منها فلا مجال لاستحقاق التعويض، كما انه على فرض توافر تلك العناصر فان الأصل في التعويض أن يكون جابر للضرر، و الأمر هنا لا يمكن اعتباره تعويضا لعدم توافر عنصر الخطأ من جانب الجهة الإدارية على أساس أن إلغاء إجراءات الطرح كان للمصلحة العامة.

و قد درج الفقه في فرنسا على تسمية هذه المسؤولية بأنها مسؤولية بدون خطأ، على أساس أنها تقوم فقط على عنصري الضرر و العلاقة السببية دون ركن الخطأ، و التي اعفى

---

يتعين على جهة الإدارة أن تصدر قرارها بإلغاء المزايدة في وقت مناسب طبقا لظروف كل حالة و إلا كانت ملتزمة بتعويض ما عسى أن يكون قد لحق صاحب الشأن من أضرار نتيجة تراخي في إصدار قرار الإلغاء طبقا للقواعد العامة المقررة للمسؤولية التقصيرية " و يتعلق الطعن بشأن دعوى أقامها الطاعنان ضد حكم صادر من محكمة القضاء الإداري ، دائرة العقود الإدارية و التعويضات بجلسة 1987/1/11 الطعن رقم 1366 جلسة 1995/8/3

<sup>1</sup> تنص المادة الثانية و الثلاثون فقرة ثانية (2/32) من قانون الشراكة المصري على انه " لا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأي تعويض من قرار الإلغاء بخلاف نسبة من المصروفات التي تكبدها أصحاب العطاءات المقبولة فنيا في سبيل الاشتراك في المنافسة للفوز بأحد المشروعات المشاركة وفقا لما تحدده وفقا لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون "

تنص المادة الثالثة و الثمانون (83) من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري على انه " و لا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأية تعويضات عن قرار الإلغاء باستثناء نسبة 10% من المصروفات الفعلية التي تكبدها صاحب العطاء لإعداد عطائه كحد أقصى خمسمائة ألف جنيه مصري و تصرف هذه التعويضات من موازنة الجهة الإدارية خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب الى الجهة الإدارية لصاحب العطاء أو من يمثله قانونا ...."

المشعر فيها المضرور من إثبات عنصر الضرر، و لا يعتبر التعويض هنا جزءا عن الخطأ، أي لا يعتبر خطأ من جهة الإدارة و إنما بمثابة تامين أو معونة عادية.

و تعتبر هذه المسؤولية من خلق القضاء الفرنسي، و يشترط لقيامها أن يكون الضرر خاصا أي لا يصيب إلا عدد محدود من الأفراد أو الهيئات الخاصة، لأنه لو أصاب الضرر الكافة أو عدد غير محدود منهم فلا مجال للتعويض، لأنه يجب على الأفراد تحمل الأعباء العامة الناتجة عن أنشطة الإدارة المشروعة، و أن يكون الضرر جسيما.

### المطلب الثاني: الطرح على مرحلتين

الأصل أن يتم الطرح على مرحلة واحدة، لكن يجوز للسلطة المختصة بالجهة الإدارية أن تقرر أن يكون الطرح على مرحلتين، حيث يتم إجراء الحوار التنافسي بين المستثمرين المؤهلين كمرحلة أولى بهدف الحصول على إيضاحات منهم بشأن عناصر العروض الفنية و المالية المقدمة في هذه المرحلة، ثم تقدم العطاءات النهائية في المرحلة الثانية<sup>1</sup>.

و في الطرح على مرحلتين تدخل الحكومة أو الجهة الإدارية المختصة في مفاوضات بين عدد من مقدمي العطاءات، و يطلق عليها المفاوضات التنافسية، و في حالات أخرى تدخل الحكومة في تفاوض مع مقدم عطاء واحد بعد اختياره كعطاء مفضل.

و عليه سوف نتناول في هذا المطلب إعداد كراسة الشروط المبدئية و مرحلة الحوار التنافسي فقط، لأنها تختلف عن الطرح على مرحلة واحدة، أما باقي المراحل فهي نفسها مع الطرح على مرحلة واحدة تفاديا لتكرار.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 213

## الفرع الأول: إعداد كراسة الشروط

إذا تقرر طرح مشروع الشراكة مع القطاع الخاص على مرحلتين، هنا يتم إعداد نوعين من كراسات الشروط، كراسة الشروط و المواصفات المبدئية في المرحلة الأولى، و كراسة الشروط و المواصفات النهائية بعد الحوار التنافسي، و تأتي في المرحلة الثانية.

### -كراسة الشروط و المواصفات المبدئية:

يتم إعدادها قبل الحوار التنافسي، و هي المرحلة الأولى من مراحل تقديم العطاء على مرحلتين، و في هذه الحالة تقوم اللجنة المختصة بإعداد كراسة شروط و مواصفات مبدئية تتضمن ما يلي:

1-المعلومات العامة عن المشروع و مواصفاته.

2-مواصفات المنتج النهائي و مستوى الخدمة.

3-المتطلبات و المستندات المطلوبة في العرضين المالي و الفني.

4-طريقة تقديم العرض الفني و المالي غير الملزمين.

5-إجراءات الطرح على مرحلتين و الرد على الاستفسارات، و مواعيد إجراء الحوار التنافسي و طرح كراسة الشروط النهائية.

بعد اعتماد كراسة الشروط المبدئية من الجهة المختصة، تنشر على الموقع الالكتروني للمشروع، مع إخطار مقدمي العطاءات بموعد نشرها على هذا الموقع بخطاب موصى عليه بعلم الوصول أو البريد الالكتروني، حتى يتمكنوا من الاطلاع عليه.

و تلتزم الجهة الإدارية بتلقي الاستفسارات من مقدمي العطاءات و الرد عليها عن طريق البريد الالكتروني.

## -كراسة الشروط و المواصفات النهائية:

بعد الانتهاء من الحوار التنافسي تقوم اللجنة المختصة بإعداد كراسة الشروط و المواصفات النهائية للمشروع، و ذلك بطرحها في المرحلة الثانية.

تشتمل هذه الكراسة الشروط نفسها التي تشتمل عليها كراسة الشروط في الطرح على مرحلة واحدة، و عليه لا نقوم بإعادة ذكر هذه الشروط و هذا تفاديا لتكرار.

## **الفرع الثاني: الحوار التنافسي**

إن العلة من إجراء الحوار التنافسي، هو قيام الشخص العام بإجراء هذا الحوار مع كل مقدمي الطلبات لتحديد أفضل الطرق الفنية، و الترتيبات القضائية و التمويلية طبقا لحاجات المشروع و الشخص العام.

## -الحوار التنافسي في فرنسا:

إن المشرع الفرنسي قد منح الشخص العام إمكانية إبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص عن طريق الحوار التنافسي<sup>1</sup>.

و على مقدمي طلبات الاشتراك في الحوار التنافسي التقدم بطلباتهم خلال أربعون (40) يوما على الأقل من تاريخ إعلان الدعوة العامة للمنافسة.

و يجب قبل ذلك أن يضع الشخص العام قائمة للمؤسسات المقبولة للمشاركة في الحوار التنافسي، و هذا بتطبيق اختيار المرشحين المبين في الدعوة العامة للمنافسة.

---

<sup>1</sup> Article n° 05 de l'ancienne loi « Les contrats de partenariat peuvent être passé selon les procédures du dialogue compétitif de l'appel d'offres ou selon une procédure négociée selon les conditions définies a l'article 7 «

Article 25 du décret 260-2016 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics « les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés publics selon l'une des procédures formalisées suivants

- l'appel d'offres
- la procédure concurrentielle avec négociation
- le dialogues compétitif «

و يتم اللجوء إلى الحوار التنافسي لأحد الأسباب التالية:

\* في حالة أن المشروع لا يمكن القيام به دون الاعتماد على الحلول الموجودة أو المتوفرة.

\* في حالة أن المشروع يعتمد على حلول جديدة مبتكرة أو اتخاذ طرق جديدة أو ابتداء طرق جديدة.

\* في حالة أن المشروع يتعلق بالتصميمات.

\* لا يمكن منح الصفقة أو المشروع بدون حوار أو منافسة مسبقة، و هذا بسبب الإجراءات الخاصة المتعلقة بطبيعة المشروع أو بسبب تعقيده أو بسبب النظام القانوني أو المالي للمشروع، أو بسبب المخاطر المرتبطة بالمشروع.

\* إذا كان الشريك العام أو الجهة الإدارية لا تستطيع بمفرده تحديد الخصائص التقنية المتعلقة بالمشروع.

\* في حالة طرح المشروع عن طريق المناقصة و لم يقدم إلا عطاءات غير قانونية أو غير مقبولة.

كما أن إجراء الحوار التنافسي يتم وفق مبادئ العمومية، المساواة و تكافؤ الفرص و السرية و ذلك على النحو التالي:

-مبدأ العمومية : إذ يتم مناقشة كافة أمور العقد بين الشخص العام و مقدمي العطاءات كذلك يجب احترام مبدأ المساواة، إذ يجب على الجهة الإدارية أو الحكومية أن تستمع لكل مقدم طلب على قدم المساواة .

كما انه لا يجوز للشخص العام منح مقدمي الطلبات محددین ( يعني البعض منهم ) معلومات قابلة لمنحهم ميزة عن الآخرين، كما لا يجوز له أن يكشف لمقدمي الطلبات حلول مقترحة، أو إعلان معلومات سرية لأي مقدم طلب في إطار المنافسة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 245

-مبدأ تكافؤ الفرص : حيث للشخص العام أن يجري المناقشات مع مقدمي العطاءات حتى الوصول إلى الحلول للاحتياجات، بعد عمل مقارنات بينهم، و التي يمكن أن تلبى طلباتهم، كما يجوز إمداد المناقشات لمراحل متتابعة حتى يتم الوصول إلى أفضل الاقتراحات.

عقب الانتهاء من المناقشات مع مقدمي الطلبات يتم تقييم المناقشة و الوصول إلى شروط طرح المشروع، يقوم الشخص العام باختيار مقدمي الطلبات من الذين اشتركوا في كل جلسات الاستشارة، كما يدعوهم إلى تقديم عروضهم النهائية على أساس الحلول المقدمة و المحددة في جلسات الحوار في مدة لا يجوز أن تقل عن شهر.

عند تقديم مقدمي الطلبات لعروضهم النهائية، يتعين أن تتضمن عروضهم كل العناصر الضرورية لتنفيذ العقد، إلا أن عطاءاتهم لا يجوز أن تكون محلاً لتعديل العناصر الرئيسية للعقد.

#### -الحوار التنافسي في القانون مصر:

للجهة الإدارية أن تجري حواراً تنافسياً مع المستثمرين المؤهلين من خلال لجنة إدارة الحوار التنافسي المشكلة لهذا الغرض، و تقدم العطاءات غير الملزمة من المستثمرين المؤهلين للجنة إدارة الحوار التنافسي في الموعد المحدد لذلك، و تقوم اللجنة بالاتي:

- تلقي العطاءات غير الملزمة من المستثمرين المؤهلين، و يعطى لمقدم العطاء ما يفيد تقدمه به.

- يتم ترقيم العطاءات و إثباتها في محضر تلقي العطاءات.

- تعكف اللجنة على دراسة العطاءات غير ملزمة.

- إخطار مقدمي العطاءات غير الملزمة بموعد و مكان و مدة جلسات الحوار التنافسي بموجب خطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول و بالبريد الإلكتروني.

تجرى اجتماعات الحوار التنافسي مع مقدمي العطاءات غير الملزمة كل على حدي، مع مراعاة أن تتم هذه الحوارات في إطار من المساواة فيما بينهم من حيث الاجتماعات و مدتها كما يجب عدم إفشاء ما يدور خلالها من مناقشات أو معلومات، و يوقع أعضاء اللجنة على إقرار بذلك، كما يحضر عليهم إدخال لاجتماعات اللجنة أية وسيلة من وسائل الاتصال<sup>1</sup> عقب انتهاء جلسات الحوار التنافسي تقوم اللجنة بإعداد مذكرة بمحاضر أعمالها، و تقوم برفعها إلى اللجنة العليا للمشاركة.

في ضوء ما تسفر عنه دراسة العروض غير الملزمة المقدمة من المستثمرين المؤهلين و كذا جلسات الحوار التنافسي التي أجزتها لجنة إدارة الحوار التنافسي معهم، تكلف لجنة إعداد كراسة الشروط و المواصفات بإعداد كراسة الشروط و المواصفات النهائية، و ذلك تمهيدا ل طرحها في المرحلة الثانية على المستثمرين المؤهلين.

---

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 219

## الباب الثاني: آثار تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

يترتب على الانتهاء من الإجراءات السابقة على التعاقد و الوصول الى إبرام العقد آثار، من خلالها نستطيع حفظ الحقوق و ضمان استمرار المرافق العامة على أداء دورها بشكل منتظم و متواصل بعيدا عن الاختلافات.

و رغم أن عقود الشراكة من العقود الحديثة على مناخنا القانوني<sup>1</sup>، إلا أن تنفيذه باعتباره عقدا إداريا يخضع الى الأحكام العامة للعقود الإدارية، سواء فيما يتصل بعلاقتها بالغير فيكون لكل طرف العديد من الحقوق و يتحمل بالمقابل بالعديد من الالتزامات.

هذه الحقوق و الالتزامات جرت أقلام فقهاء القانون العام على شرحها و دراستها باستفاضة غير أن السؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث، هو مدى انطباق النظرية التقليدية لآثار العقود الإدارية على عقود الشراكة؟

كما ان عقود الشراكة من العقود الزمنية، و بالتالي فلا بد من اجل معين تنتهي معه، و هذا الأجل قد يتحقق بصورة طبيعية بحلول الموعد المحدد لنهاية العقد، و قد يتحقق بصورة غير طبيعية لأسباب حددها القانون<sup>2</sup>.

و لهذا قسمنا دراستنا لهذا الباب الى فصلين، الفصل الأول تحدثنا فيه عن حقوق و التزامات طرفي العقد، أما في الفصل الثاني تكلمنا عن كيفية حل النزاعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد، و عن نهاية العقد الطبيعية و غير الطبيعية.

<sup>1</sup> طه محمد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية . مرجع سابق . ص 155

<sup>2</sup> ابو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 220

## الفصل الأول: حقوق و التزامات الأطراف

لا شك أن عقد الشراكة يولد حقوق و يرتب التزامات للأطراف المشتركة فيه، فان الشريك العام يتمتع بمجموعة من السلطات التي يتمكن من خلالها ممارسة اختصاصاته في الإشراف و الهيمنة على المرفق العام .

و في مقابل هذه السلطات فان للشريك الخاص مجموعة من الحقوق التي تساعده على تحقيق الغايات التي ابتغاها من عملية إنشاء. تمويل و استغلال المرفق العام، إلا انه يلتزم في نفس الوقت بتنفيذ مجموعة من الالتزامات الضرورية لمصلحة المرفق العام.

كل هذا نتناوله في مبحثين. المبحث الأول حقوق و التزامات الشريك العام أو الجهة الإدارية أما المبحث الثاني حقوق و التزامات الشريك الخاص أو شركة المشروع.

### المبحث الأول: حقوق و التزامات الشريك العام او الجهة الإدارية

إن عقد الشراكة شأنه شأن أي عقد إداري آخر يتكون من طرفين هما الجهة الإدارية المتعاقدة و الشريك الخاص أو شركة المشروع.

و وفقا للنظرية التقليدية للعقود الإدارية فان الشريك العام كطرف في العقد يتمتع بمجموعة من الحقوق و السلطات، إلا انه و في عقد الشراكة و لخطورة المرافق العامة و مكانتها و اتصالها المباشر بمصالح الجمهور، عمل المشرع على الحفاظ على هذه الحقوق من خلال منح الجهة الإدارية مجموعة من السلطات الاستثنائية التي تقوم بممارستها لأجل الحفاظ على الطابع الإداري للمرفق.

و إذا كانت الجهة الإدارية تتمتع بهذه السلطات، فان عليها أيضا مجموعة من الالتزامات التي ينبغي التقيد بها أو تنفيذها تجاه الشريك الخاص.

## المطلب الأول: حقوق الشريك العام او الجهة الإدارية

قبل أن نتحدث عن حقوق الجهة الإدارية أو الشريك العام التي يتمتع بها باعتبار أن عقد الشراكة من العقود الإدارية كحق الرقابة مثلا، فإننا نقول انه إذا كانت الإدارة تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بمجموعة من السلطات و الحقوق الاستثنائية، و التي تهدف الى تمكينها من تحقيق المصلحة العامة و ضمان حسن سير المرفق العام و استمراره في تأدية خدماته للأفراد ، فهل يمكن للإدارة استخدام هذه الامتيازات جميعا في عقود الشراكة باعتباره عقدا إداريا، كحق التعديل و حق توقيع الجزاءات مثلا ، خاصة إذا ما كانت شركة المشروع شخصا أجنبيا و هو الغالب في عقود الشراكة ؟

أي هل يمكن لجهة الإدارة أن تستخدم السلطات جميعها، أم أن تستخدم البعض منها فقط؟  
للإجابة على هذا التساؤل وجد رأيان:

### الرأي الأول:

و يقول هذا الرأي بضرورة لجوء الإدارة لهذه السلطات بالقدر الذي يتناسب و طبيعة هذه العقود و إلا عدم اللجوء اليها، إلا أن عدم لجوء الإدارة الى هذه السلطات مطلقا هو أمر غير سليم، بل انه يؤدي الى أن تصبح هذه العقود كارثة على مستقبل المرافق العامة، كما انه يمثل إهدار للمصلحة العامة خاصة إذا ما وضعنا في الاعتبار طول مدة هذه العقود <sup>1</sup>.

### الرأي الثاني:

و هو رأي يتجه نحو السلامة أو هو رأي سليم في نظرنا، حيث يقول بالحد من حقوق الإدارة بالقدر الذي يتناسب مع طبيعة عقود الشراكة حيث انه:

---

طه محميد جاسم الحديدي : النظام القانوني ل عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ص 158 <sup>1</sup>

أولاً: يمكن اللجوء الى هاته السلطات بقدر أوسع عندما يكون محل عقد الشراكة مرفقا عاما من تلك التي لا يمثل المرفق العام محلا لها.

ثانياً: إذا كان من الممكن تطبيق بعض السلطات على عقود الشراكة، فإنه لا يمكن تطبيق البعض الآخر منها، كحق الإدارة في توقيع الجزاءات على الشريك الخاص، فالغالب الأعم من هذه العقود يتضمن شرط اللجوء الى التحكيم لتسوية النزاعات مما يجعل توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة أمر غير معقول في ظل وجود هذا الشرط.

و ننتهي الى القول على ضرورة تضمين العقد للحقوق التي ترى الجهة الإدارية التمسك بها حتى يكون المتعاقد معها على علم بها منذ البداية<sup>1</sup>، و هذه الحقوق تتمثل في الغالب في:

1- حق الرقابة، الإشراف و التوجيه.

2- تعديل العقد.

3- حق توقيع الجزاءات.

### الفرع الأول: حق الرقابة ، الإشراف و التوجيه

الأصل أن الإدارة هي المسؤولة عن تنظيم و إدارة المرافق العامة و عن ضمان و انتظام سيرها، فإذا ما عهدت بهذه المهمة الى شخص آخر من أشخاص القانون الخاص تبقى مسؤولة عن إدارة المرفق العام، و كفيلة لحسن سيره و انتظامه، و وسيلتها في ذلك رقابة الشريك الخاص أو شركة المشروع و تتحقق من انه ينفذ العقد على حسب شروطه.

و تعد سلطة الرقابة ، الإشراف و التوجيه من أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية بصفة عامة و عقود الشراكة بصفة خاصة، حيث تكتسي أهمية في هذه العقود للأسباب التالية :

<sup>1</sup> د جابر جاد نصار : عقود bot و التطور الحديث لعقد الالتزام ، ورجع سابق ، ص 197

\*طول مدة عقد الشراكة و التي قد تصل الى ثلاثون يوما ( 30 سنة )، مما يعني ضرورة قيام الإدارة بمباشرة هذا الحق لكي لا يتهاون الشريك الخاص في تنفيذ الالتزام لطول العقد .

\*الالتزام شركة المشروع بإعادة المرفق العام بحالة جيدة في نهاية مدة العقد للإدارة.

\*كما أن شركة المشروع في عقود الشراكة غالبا ما تكون احد الشركات الأجنبية، مما يقتضي ضرورة ممارسة الإدارة لهذه السلطة حفاظا على المصلحة العامة.

و ينصرف مفهوم الرقابة<sup>1</sup> الى معنيين :

يعرف البعض الرقابة طبقا لمفهومها الضيق بأنها التأكد من أن المتعاقد يباشر و ينفذ التزاماته العقدية طبقا لشروط العقد ، و بالتالي المفهوم يقصر سلطة الرقابة التي تمارسها جهة الإدارة عند حد الإشراف ، و يتم ممارسة حق الإشراف بإرسال مندوبين الى موقع العمل للتأكد من تنفيذ العقد و جودة الخامات المستعملة<sup>2</sup>.

بينما يعرف البعض الآخر الرقابة طبقا لمفهومها الواسع بأنها تدخل الإدارة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ، و هنا تصبح الرقابة بمثابة سلطة توجيه و لا تقتصر على الإشراف فقط<sup>3</sup>.

و هذا الحق يثبت لجهة الإدارة حتى و لو لم ينص عليه في العقد، و لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عنه كليا أو جزئيا، فمحل العقد غالبا ما يكون مرفق عام حيوي يمس حاجات

---

<sup>1</sup> هناك ثلاثة صور للرقابة :

الرقابة الفنية : و يقصد بها قيام الإدارة بالتأكد من أن استغلال المرفق و تسييره يتم وفق الشروط الفنية المتفق عليها في العقد او في دفتر الشروط الملحق به.

الرقابة الإدارية : و يقصد بها قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرافق و المشاركة في إصدار القرارات الداخلية .

الرقابة المالية : و يقصد بالرقابة المالية حق جهة الإدارة في التفتيش عن الحسابات الخاصة باستغلال المرفق العام

<sup>2</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود bot مرجع سابق ، ص 112

<sup>3</sup> محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، ص 185

أساسية للمنتفعين بالمرفق، لذا فإن فرض الرقابة من قبل الإدارة على تنفيذ العقد يعد ضماناً لأداء الخدمة النفعية العامة المكلف بها على الوجه الأكمل.

و الرقابة ليست هدفاً في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق غاية بهدف التأكد من أن مستوى الأداء و الطرق المتبعة في التنفيذ سوف تؤدي الى تحقيق الأهداف المرجوة، لذا فإنها لا تقتصر على اكتشاف الانحرافات و الاختلالات و إنما تبين أيضاً وسائل و سبل إعادة الأمور الى نصابها.

و عليه فللجهة الإدارية في تنفيذ مشروع الشراكة الحق في الإشراف و الرقابة و متابعة شركة المشروع عند تصميمها و إنشائها أو تطويرها، تجهيزها و تقديمها للمنتجات و الخدمات، أو التشغيل أو الاستغلال للمشروع موضوع عقد الشراكة، و التأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً.

فقد تلجأ الإدارة الى جدولة تشييد المرفق و تجهيزه بحيث تلتزم شركة المشروع بالتنفيذ وفقاً لخطة محددة، كما أن الاتفاق على مراحل التنفيذ بصورة واضحة من شأنه ان يحسم الكثير من المنازعات التي يمكن أن تؤدي الى فشل المشروع او تأخير تنفيذه<sup>1</sup>.

فللإدارة إذن و في ممارسة حقها في الرقابة على تنفيذ شروط العقد تعيين مندوبين لمراقبة التنفيذ طبقاً لأحكام و شروط العقد، و مراعاة معايير و قواعد الرقابة المقررة قانوناً<sup>2</sup>.

و يلاحظ أن حق الإشراف و الرقابة و التوجيه لا يقتصر على الجهة الإدارية المتعاقدة فقط بل يمتد ليشمل كافة للجهات الإدارية التي يقع المشروع في نطاق عملها، فما يتعلق بأعمال

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 245

<sup>2</sup> تنص المادة الخامسة الفقرة الأولى من قانون الشراكة المصري على أن تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة و غيرها من الجهات المعنية بتنظيم و رقابة المرفق و الخدمات محل التعاقد ، متابعة شركة المشروع عند إنشائه و تجهيزه و إتاحة المنتجات و الخدمات محل عقد المشاركة و التأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً ، و لها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ و ذلك طبقاً للشروط و الأحكام المنصوص عليها في العقد و مراعاة معايير أو قواعد الرقابة المقررة قانوناً

البناء، الهدم أو الترميم مثلا تخض لإشراف و رقابة و توجيه الإدارة الهندسية المختصة بالوحدة المحلية التي يقع في دائرتها أعمال المشروع، وما يتعلق بالطرق كذلك فأعمال الطرق تخضع للجهة المسؤولة عنه.

لذا يتعين على الجهة الادارية المتعاقدة عقب ابرامها عقد الشراكة اخطار جهة او جهات التنظيم و الرقابة المعنية بنسخة من العقد و جميع ملاحقه الفنية، ليتسنى لها متابعة شركة المشروع عند انشاء و تجهيز و تقديم المنتجات و الخدمات محل عقد الشراكة، و التأكد من تحقيق شركة المشروع لمستويات الجودة المقررة قانونا طبقا للقواعد و الشروط المنصوص عليها في العقد<sup>1</sup>.

و الأصل أن يلتزم مقدم الخدمة بإنشاء نظام للرقابة على الأداء لإجراء المتابعة الدائمة لتقديم الخدمات و جودتها و مطابقتها لمواصفات مستوى الخدمة.

و يجب ان ينظم عقد الشراكة كيفية الرقابة على مقدم الخدمة في مراحل العقد المختلفة، من خلال تشكيل لجنة تسمى بلجنة رقابة الأداء، التي تختص برقابة أداء شركة المشروع خلال مراحل العقد المختلفة.

و تشكل هاته اللجنة بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بالاتفاق مع شركة المشروع، على أن تكون برئاسة احد العاملين بالجهة الإدارية من درجة رئيس إدارة مركزية على الأقل، و عضوية عدد من العاملين، و ممثل أو أكثر لشركة المشروع، و الجهة أو الجهات المعنية بتنظيم و رقابة المرفق و الخدمات محل التعاقد.

و للجنة أن تستعين في أداء عملها بمن تراه من ذوي الخبرة، و يكون للجنة أمانة فنية يحددها قرار تشكيلها.

---

<sup>1</sup> المادة الخامسة (5) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركة المصري الصادر سنة 2010

و تعقد اللجنة على الأقل جلسة كل شهر بناء على دعوة من رئيسها ، و للسلطة المختصة بالجهة الإدارية دعوتها للانعقاد اذا دعت الضرورة لذلك ، و يشترط لصحة انعقادها حضور ثلاثة أرباع أعضائها على الأقل، و تصدر قراراتها بأغلبية أصوات أعضائها .

و للجنة أو لجنة رقابة الأداء، و في سبيل أداء عملها القيام بما تراه مناسباً من أعمال و إجراءات للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، بما في ذلك زيارة مواقع العمل و التفتيش عليها في أي وقت، و طلب الأوراق و المعلومات أو البيانات اللازمة لقيامها بالمهام المنوطة بها و ذلك في المواعيد أو الموعد الذي تحدده.

و يتعين على شركة المشروع أن تقدم للجنة كل ما تطلبه منها من أوراق أو معلومات أو بيانات لازمة لقيامها بأعمالها، كما يجب على شركة المشروع أن تسمح لها بزيارة الموقع فور حضورها أو في المواعيد التي تحددها، كما يجب عليها أن تقدم لها جميع التسهيلات اللازمة لقيامها بعملها<sup>1</sup>.

و يتعين على اللجنة أن تباشر عملها بما لا يعيق العمل، و لا يؤدي الى وقف التشغيل او تعطيله على نحو غير مبرر.

و على اللجنة أن تعد تقريراً شهرياً عن نتائج أعمالها، و يعرض على السلطة المختصة بالجهة الإدارية، و في الحالات العاجلة للجنة تقديم تقرير عاجل للسلطة المختصة قبل حلول موعد تقديم تقريرها الشهري.

تخطر شركة المشروع بنسخة من تقارير اللجنة.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الخامسة فقرة الثالثة من قانون الشراكة المصري على و إذا تضمن عقد المشاركة إنشاء ، التشغيل او الاستغلال لشركة المشروع فعلى الجهة الإدارية بالاتفاق مع الشركة و تحت إشراف الجهات المعنية بتنظيم و رقابة المرافق و الخدمات محل التعاقد بتشكيل لجنة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب و تقديم تقارير دورية .....

كما منح المشرع الفرنسي سواء في قانون الشراكة القديم لسنة 2004 أو في القانون الجديد لصفقات الشراكة لسنة 2015 هذا الحق للجهة الإدارية أي حق الرقابة و الإشراف<sup>1</sup>.

و إذا كان عقد الشراكة من العقود الادارية التي تخول للجهة الإدارية حق الإشراف و الرقابة و التوجيه، إلا أن هذا الحق أو السلطة مهما اتسع مداها إلا انها ليست سلطة مطلقة، بل تحدها عدة اعتبارات، أساسها توفير الضمانات للمتعاقد ضد تعسف الإدارة حيث انه :

-لا يجوز للإدارة أن تستعمل سلطتها في الرقابة لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد، و إلا كان ذلك إساءة لاستعمال السلطة.

-لا ينبغي أن تكون من شأن ممارسة سلطة الرقابة تعديل موضوع العقد.

### الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد

ان سلطة الإدارة في تعديل العقد هي من المبادئ العامة المقررة في جميع العقود الإدارية و لو لم ينص عليها في العقد، و هذه السلطة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، لكنها يجب أن تنقيد في حدود موضوع العقد و لا تصل الى حد التعديل الكلي لبنود العقد، و أن تتوافر جميع الحدود الخاصة بهذه السلطة و من أهمها صدورها من السلطة المختصة بالتعديل.

---

<sup>1</sup> Article 11 alinéa f de l'ancienne loi de partenariat (2004) « un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : aux modalités de contrôle pour la personne publique de l'exécution du contrat notamment du respect des objectifs de performance

Article 88 alinéa 2 de la nouvelle loi « l'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du contrat, ce contrôle intervient au minimum en cours et a la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévu par le contrat donne lieu a un compte rendu «

و إذا كان الرأي الغالب في الفقه و القضاء قد استقر على أن من حق الإدارة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، فان فريق من الفقهاء انكر هذا الحق، في حين رأى فريق آخر وجوب قصره على بعض العقود و حصره في نطاق الشروط اللائحية الواردة بها.

و سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية و ان كانت سلطة أكيدة و أصيلة، إلا أنها ليست مطلقة ، فلها نطاق لا يحق للإدارة أن تتجاوزه و شروط تلتزم بمراعاتها، و للمتعاقد في مقابل هذه السلطة حق التعويض، كما له أن يطلب فسخ العقد في بعض الأحوال<sup>1</sup>.

و قد اختلف الفقه في فرنسا حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، و قد ظهر في هذا الصدد اتجاهان.

### الاتجاه الأول:

تبنى أصحاب فكرة السلطة العامة أساسا لسلطة الإدارة في تعديل العقد، فالقرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية تعد من أعمال السلطة العامة، و أن الإدارة لا تمارس بمقتضاها امتيازاً عقدياً، و إنما تستعمل حق تملكه بوصفها سلطة إدارية مستقلة و أن هذا الحق يعتبر من النظام العام.

### الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي لا يقوم خارج نطاق الرابطة العقدية، فهو امتياز عقدي يكمن في فكرة تحقيق مقتضيات المصلحة العامة.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اعن أن سلطات الإدارة الاستثنائية، و منها سلطة تعديل العقد و المقررة لها في تنفيذ العقود الإدارية لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة المطبقة في

<sup>1</sup> ابو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 208

النظرية العامة للعقد الإداري، و أن تكريس سلطة التعديل بنص عقدي لا يعدو أن يكون ترديدا لقاعدة عامة لا تحتاج الى نص لإقرارها.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف عند حدود هذا الأصل، بل تجاوز الشكلية معلنا أن النص على إحدى السلطات الاستثنائية المقررة للإدارة في العقد الإداري ( و نقصد هنا سلطة التعديل ) لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة للعقود الإدارية المطبقة دون نص<sup>1</sup>، و لا نص عقدي بعدم إجازتها على حق الإدارة في ممارستها، حيث يبرر ذلك مقتضيات المصلحة العامة ، كما لا يجوز تنظيمها عقديا دون ممارستها في حدود و بالتطبيق للنظرية العامة للعقود الإدارية .

فهذه السلطات الاستثنائية تباشر داخل و خارج النطاق العقدي، فالإدارة تستطيع باستمرار أثناء تنفيذ العقد أن تدخل بإرادتها المنفردة تعديلات على أساسيات المرفق و طرق التنفيذ، و لم تفعل السلطة المختصة التي أصدرت المرسوم سوى تطبيق القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير *Union des transports publics urbains et régionaux* بتاريخ 2 فيفري 1983 و قد تعلقت المنازعة في هذه القضية بالطعن في مشروعية المرسوم رقم 851-80 بتاريخ 29 أكتوبر 1980 المتعلق بطرق استغلال مرافق النقل العام المحلية الصادر بتطبيق للقانون رقم 475-79 بتاريخ 19 جوان 1979 بشأن النقل العام الإقليمي و الذي يقرر إمكانية استغلال مرفق النقل الإقليمي بواسطة الطريق العقدي ، فقد طعن الاتحاد المذكور بالإلغاء في المواد من 5 الى 14 و كذلك المادة 31 من المرسوم المشار اليه بزعم خرقها لنصوص القانون المشار اليه و ذلك لأن إدراج شرط عقدي يجيز لجهة الإدارة أن تعدل بإرادتها المنفردة نصوص العقد يخالف القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية .

<sup>2</sup> Le juge déclare que l'administration peut au cours du contrat apporter unilatéralement des modifications a la consistance des services et a leurs modalités d'exploitation que l'usage de cette prérogative peut entrainer une révision des clauses financières du contrat , et enfin les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatible avec le mode de gestion choisi , les auteurs du décret attaqué se sont bornés a faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs

و السؤال الذي يطرح هو هل يجوز للإدارة استعمال حق تعديل العقد في مجال عقود  
الشراكة باعتبارها من العقود الإدارية؟

الأصل أن يتم تعديل أي بند من بنود عقد الشراكة و غيره من الاتفاقات الملحقة به بموافقة  
طرفيه، و يعد ذلك تطبيقاً للمبدأ الذي نصت عليه جل التشريعات في القانون المدني، و  
التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا اتفاق الطرفين  
أو لأسباب يقرها القانون<sup>1</sup>.

و عليه فإن المشرع وضع أصلاً عاماً مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين، و يجب تنفيذه  
طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية، فلا يجوز نقضه وتعديله إلا  
بإرادة الطرفين.

و هذا الأصل يحكم العقود المدنية و الإدارية على حد سواء، و تبعا لذلك يلتزم كل طرف  
من أطراف العقد بتنفيذ ما اتفق عليه، فإذا خرج أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولاً عن  
إخلاله بالتزامه العقدي، و يجب حمله على الوفاء بالتزامه.

إلا أن المشرع ( المشرع الفرنسي و المصري على حد سواء ) قد منح للجهة الإدارية  
المتعاقدة إمكانية تعديل عقد الشراكة، سواء على أساس القواعد العامة باعتباره من العقود  
الإدارية، أو على أساس قانون الشراكة، حيث منح للجهة الإدارية سلطة تعديل عقد الشراكة  
بإرادتها المنفردة سواء فيما يتعلق بشروط البناء ، التجهيز و التطوير، و غيرها من الأعمال  
أو مقابل الخدمات المتفق عليها.

و إذا كان العقد يتضمن إنشاء و تشغيل المشروع أو استغلاله مسند لشركة المشروع، فيجوز  
للجهة الإدارية وحدها تعديل قواعد التشغيل أو الاستغلال إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك،  
بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، مع

<sup>1</sup> المادة 106 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 147 من القانون المصري

احتفاظ شركة المشروع بالحق في التعويض طبقاً لقواعد العقد<sup>1</sup>، كما يعد ذلك تطبيقاً لنظرية العقود الإدارية التي تتميز بطابع خاص أساسه احتياجات المرفق العام الذي يهدف العقد لتسييره.

لذا لا يوجد تكافؤ بين طرفيها لأن الإدارة تمثل المصلحة العامة، أما المتعاقد معها فيمثل مصلحته الخاصة، و لا خلاف في أن الصالح العام يجب أن يعلو على الصالح الخاص، و لذا يجوز للإدارة تعديل عقد الشراكة بإرادتها المنفردة لو ترتب عن ذلك زيادة الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها أو نقصها، طالما أن ذلك يحقق المصلحة العامة و يكفل الوفاء بحاجات المرفق العام مع تعويض المتعاقد عن أي أضرار تلحق به من جراء ذلك.

و يكمن أساس سلطة الإدارة في تعديل عقد الشراكة ليس في نصوص العقد فقط، و إنما من النظام العام للمرافق العامة و ضرورة دوام سيرها بانتظام، و قابليتها للتغيير بما يهدف في النهاية الى تحقيق المصلحة العامة، لذا فللإدارة حق تعديل العقد، كما لا يجوز التنازل عن هذا الحق و هذا ما أكد عليه مجلس الدولة في مصر قضاء و افتاء<sup>2</sup>، حيث قضت محكمة

---

<sup>1</sup> تنص المادة السابعة من قانون الشراكة المصري على انه لجهة الإدارية تعديل شروط البناء و التجهيز و التطوير و غير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة كما أن لها إذا تضمن العقد إنشاء و تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات و ذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد ، و بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة و دون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال طبقاً للأسس و القواعد التي يبينها العقد....

<sup>2</sup> حيث أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره و تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة و متساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة اذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة و هذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري و يترتب على ذلك ان للإدارة سلطة الإشراف و التوجيه على تنفيذ العقود و أن لها دائماً حق تغيير شروط العقد و إضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها انه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الأخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كل ذلك بشرط الا يصل التعديل الى حد فسخ العقد كلية و إلا جاز للطرف الأخر فسخه و يشترط أن يكون له الحق في التعويضات اذا اختلفت الموازنة في الشروط المالية....

القضاء الإداري بأنه طبيعة العقود الإدارية و أهدافها و قيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد و ملابساته و طرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام و أن التعاقد فيها يتم على أساس إن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق و تحقيق المصلحة العامة مما يترتب على أن الإدارة و هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق العام و تجديد قواعد تسييره تمتلك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة و يحقق تلك المصلحة ، و من ثمة كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق و اتصال العقد الإداري به و ضرورة الحرص على انتظام سيره و وجوب استدامة تعهد الإدارة له و إشرافها عليه بما يحقق الصالح العام ، و من هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة الى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه .....<sup>1</sup>.

كما أن استلزام المشرع الفرنسي ضرورة وضع الشروط التي بناء عليها يمكن للإدارة ممارسة سلطاتها الاستثنائية، و خاصة سلطة التعديل في عقود الشراكة لا يعدو أن يكون حكما تنظيميا يراعي الطبيعة الخاصة لمثل هذه العقود، كعقود تمويل ترتبط بالتنمية الاقتصادية و الاجتماعية في مجالات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة في الدولة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم 1609 لسنة 1959 ، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري

<sup>2</sup> Article 11 alinéa h de l'ancienne loi de partenariat (2004) « un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives aux conditions dans lesquelles il peut procéder par avenant ou faut d'accord pour une décision unilatérale de la personne publique a la modification de certaine aspect du contrat ou a sa résiliation notamment pour tenir compte de l'exécution des besoins de la personne publique »

Article 65 de la nouvelle loi « les conditions dans lesquelles un marchés publics peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire, ces modification ne peuvent changer la nature globale du marché public ..... »

كما أن المشرع لا يقيد تحديدا حصريا لمثل هذه السلطات بحيث لا تباشر خارج النطاق العقدي ، فالتكريس العقدي لهذه السلطات في عقد الشراكة لا يستبعد مباشرتها باعتبارها من المبادئ الجوهرية المطبقة في القانون الإداري دون نص ، كما أن إيراد نص باستبعاد ممارستها لا يترتب أي اثر على ممارستها، خاصة أننا أمام عقد إداري بتحديد القانون خاضع للمبادئ العامة لهذه الطائفة من العقود، و ذلك مع مراعاة حفظ الحق للمتعاقد في التعويض طبقا لهذه المبادئ<sup>1</sup>.

و لهذا فقد أعطى المشرع المرونة الكافية للسلطات المختصة لتعديل بعض المواصفات، و الشروط التي قد تصبح غير مجدية أو مكلفة بدرجة تفوق درجة الاستفادة التي تحققها هاته الشروط و المواصفات.

و لما كانت عقود الشراكة من العقود طويلة الأجل، فقد تواجه تغييرات يصعب التنبؤ بها خلال مرحلة الإعداد للمشروع و إبرام العقود، و هو الأمر الذي يلتزم وجود المرونة الكافية لتعديل هذه العقود إذا ما طرأت ظروف استثنائية، أو أصبحت لا تتلاءم مع حاجة المرفق.

و إمكانية تعديل عقد الشراكة يشمل كما قلنا تعديل شروط البناء، التجهيز، التطوير و ما يرتبط بتنفيذ الأعمال أو الخدمات محل العقد.

كذلك حق جهة الإدارية في تعديل قواعد التشغيل و استغلال المشروع، و أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، بشرط أن يكون ذلك في الحدود المتفق عليها في عقد الشراكة، كذلك جواز تعديل عقد الشراكة إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرامه<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Mauria Minefier : les contrats de partenariats principes et méthodes page 87

<sup>2</sup> تنص المادة الثامنة من قانون الشراكة المصري على انه يجوز النفاق على تعديل عقد المشاركة طبقا للأسس و القواعد المنصوص عليها في العقد و ذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد ابرا عقد المشاركة بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام العقد

أما باقي شروط العقد فإنها تعد شروطاً تعاقدية لا يحق للجهة الإدارية تعديلها بإرادتها المنفردة، و لكن يجب موافقة شركة المشروع على ذلك<sup>1</sup>.

و إذا ترتب على تعديل عقد الشراكة حدوث ضرر لأي من طرفي العقد، فيحق لكل من لحقه ضرر من جراء ذلك طلب التعويض جبراً لهذا الضرر .

فالأصل انه لا يجوز أن يمس تعديل العقد المزايا المالية للمتعاقد او الإخلال بالتوازن المالي للعقد، و إلا وجب على الإدارة إعادة التوازن المحتمل للعلاقة التعاقدية<sup>2</sup>.

كما انه لا يجوز للإدارة إلزام المتعاقد معها بأداء التزامات أجنبية عن العقد، بل يجب أن تكون تلك الالتزامات متصلة بعد الشراكة، و يعد التعديل متصلاً بموضوع العقد اذا طلبت الإدارة تعديل ظروف ووسائل التنفيذ المنصوص عليها، إذا رأت أن هناك ما يستوجب تصحيح مسار تنفيذ العقد بما لها من سلطة تقديرية.

و ما تجدر الإشارة إليه في الأخير هو ما تعلق بمشروعية قرار التعديل، فإذا كان القرار مشروعاً فان للمتعاقد الحق في طلب التعويض إذا ترتب على تعديل العقد المساس بحقوقه المالية، أما إذا كان قرار التعديل غير مشروع فان للمتعاقد الحق في طلب الغاء قرار التعديل، و إذا ما تجاوز التعديل القدر المألوف كان للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة السابعة و الثلاثون فقرة أولى (1/37) من قانون الشراكة المصري على انه مع عدم الإخلال بحكم المادتين 7 و 8 من هذا القانون لا يجوز تعديل أي من بنود عقد المشاركة و غيره من الاتفاقات اللاحقة بها إلا بموافقة أطرافه ، و اذا كانت التزامات الجهة الإدارية المتعاقدة مرتبطة بالتزامات مالية تقع على عاتق إحدى الجهات الإدارية الأخرى فلا يكون هذا التعديل نافذاً دون موافقة كتابية مسبقة من هذه الجهة

<sup>2</sup> Chambre de commerce et industrie « séminaire sur les contrats internationaux et le contrat modèle de la CCI » intervention de monsieur ben blkacem farid février 2014

<sup>3</sup> احمد بدر سلامة : العقود الإدارية و عقود البوت bot مرجع سابق ص 223

## الفرع الثالث: توقيع الجزاءات على الشريك الخاص او شركة المشروع

تتدرج السلطات التي خولها القانون للإدارة حيال المتعاقد معها في العقود الإدارية و من بينها عقود الشراكة باعتبارها من العقود الإدارية، فتنقل من درجة الرقابة و التوجيه الى درجة التعديل، ثم الى درجة فرض الجزاءات<sup>1</sup>.

و عليه فاذا ما اخل الشريك الخاص او شركة المشروع بالتزاماته التعاقدية، سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد، او القيام بتنفيذ مخالف للشروط و المواصفات المتفق عليها، او التأخير في تنفيذ التزاماته، او التنازل للغير عن العقد من دون موافقة الادارة، فان من حق الادارة توقيع الجزاء بارادتها المنفردة من خلال قراراتها الادارية التي تصدرها بهذا الصدد.

و على الرغم من تعدد الجزاءات التي يمكن لجهة الادارة توقيعها على المتعاقد معها، الا انه يمكننا القول بانها تخضع لفلسفة واحدة و هي معنى العقوبة لا معنى التعويض ، و يرجع ذلك في حقيقة الامر ان كل اخلال من جانب المتعاقد مع الادارة لا يقتصر ان يكون اخلال بالتزام تعاقدية و حسب، و انما فيه المساس بالمرفق العام و الحرص على سيره بانتظام.

و تشترك الجزاءات التي تستطيع الادارة توقيعها على الشريك الخاص او شركة المشروع مع العقود الادارية الاخرى بمجموعة من الخصائص يمكن اجمالها في ما يلي:

### 1- حق الادارة في توقيع الجزاء بنفسها :

اذ تتمتع الادارة في هذا الصدد بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص، و من ثم بإمكانها توقيع الجزاء بنفسها من دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء.

### 2- حق الادارة في توقيع الجزاء حتى و لو لم ينص عليه في العقد :

ان سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد توجد حتى و لو لم ينص

<sup>1</sup> الياس ناصيف ة ساسلة ابحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT ، مرجع سابق ، ص 252

عليها في العقد، و ادا نص العقد على بعضها فذلك لا يعني تقييد حرية المتعاقدين فيما عاد ما نص عليه ، بل تستطيع ان توقع على التعاقد انواع الجزاءات جميعها المقررة تحت رقابة القضاء<sup>1</sup>.

### 3-الضرر ليس شرط لتوقيع الجزاء الاداري :

ان الهدف من الجزاء الاداري هو تامين سير المرفق العام بانتظام و اضطراد، لذا فان جهة الادارة ليست ملزمة باثبات ان المتعاقد معها بالتزامه التعاقدى قد اصابها بضرر، فلا يشترط لتوقيع الجزاء وقوع ضرر، اذ ان هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقه المنصوص عليه في العقد.

### 4-حق الادارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء :

و الادارة حرة في اختيار الوقت الملائم لتوقيع الجزاء بما تراه مناسباً و صالحاً لضمان سير المرافق العامة، طالما لم يوجد نص يلزم الادارة بتوقيع الجزاء في وقت معين<sup>2</sup>.

### 5-خضوع سلطة الادارة في توقيع الجزاء لرقابة القضاء :

اذ يراقب القضاء الاداري استعمال الادارة لحق توقيع الجزاءات على المتعاقد من حيث توافر شروط توقيعه، و ان قامت الادارة بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع حجم الخطا الذي وقع من جانب المتعاقد معها من دون تجاوز، حيث يجوز للمتعاقد ان يتظلم امام القضاء من قسوة الجزاء الاداري او من تعسف الادارة و جنوحها عن المصلحة العامة.

و يملك القاضي سلطات كاملة، فهو لا يقف عند حد رقابة مشروعية القرارات بل يتعداها

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص 127

<sup>2</sup> محمد باهي ابو يونس : الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الادارية العامة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة 2001 ، ص 128

الى بحث ملائمتها، و يحكم القاضي بالغاء القرار غير المشروع و التعويض عنه اذا كان هناك مقتضى.

و مع ذلك هناك بعض صور للجزاءات تهيديية و التي تمثل وسائل ضغط على المتعاقد المخالف، مثل التنفيذ على حسابها او وضع المشروع تحت الحراسة او الشراء على حسابه و هي امور لا يملك القاضي حيالها الا الحكم بالتعويض فقط لصالح المتعاقد.

### -انواع الجزاءات:

تعد عقود الشراكة احد ادوات التمويل التي تلجا اليها الادارة لانشاء و تشغيل و صيانة بنيتها التحتية، مما يقتضي بطبيعة الحال صياغة متوازنة للشروط المتعلقة بالجزاءات و الغرامات، بحيث يقصد بها حث المتعاقد على احترام الجوانب الفنية في التنفيذ بصورة اساسية ، فالنص بالمقابل على جزاءات و غرامات جسيمة غير مناسبة قد لا ياتي في صالح المشروع محل التنفيذ، و يدفع بالمتعاقد الى التركيز على الجوانب الكمية على حساب الجوانب الفنية احتراماً فقط للتواريخ المحددة و الارقام<sup>1</sup>.

و تتخذ الجزاءات التي تملك الجهة الادارية الحق في توقيعها على شركة المشروع صور عديدة، و تتمثل في الجزاءات المالية و تدخل تحت غطائها غرامات التأخير، مصادرة التامين او التعويض، كما قد تكون ضاغطة بان تحل الجهة الادارية محل شركة المشروع في ادارة المرفق العام، و هو ما يسمى بوضع المرفق تحت الحراسة عند ارتكابه لخطا جسيم

### أ- الجزاءات المالية :

و هي عبارة عن المبالغ المالية التي يحق للجهة الادارية ان تطالب بها المتعاقد معها اذا اخل بالتزاماته، و هذه الجزاءات المالية اما ان تكون غرامات التأخير توقع على المتعاقد

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق جمادة : عقود الشركة ppp ، مرجع سابق ص 145

المتاخر في تنفيذ التزامه، و اما ان تكون في مصادرة التامين في حالة عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية، و اما تعويضات حبرا للاضرار التي تصيب الادارة.

### \* غرامات التأخير :

غرامة التأخير هي مبلغ من المال يتفق في العقد على اداء المتعاقد له لصالح الجهة الادارية المتعاقدة، جزاء لتأخيره في تنفيذ التزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد، او في مدته الاضافية التي توافق عليها الادارة.

و تحدد الغرامة بنسبة تصاعدية تزيد كل فترة زمنية معينة، و تقف هذه الزيادة عند حد معين، و يتم توقيع الغرامات بمجرد حصول التأخير دون حاجة الى اجراء تنبيه او انذار او استصدار حكم قضائي<sup>1</sup>.

و تختلف غرامة التأخير عن التعويض الاتفاقي المعروف في العقود المدنية في مجالات القانون الخاص، حيث تتميز غرامة التأخير باحكام خاصة، اهمها ان احد اركانها هو الضرر الذي يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير، و الذي يؤثر على المصلحة العامة دون ان يقع عبئ اثبات ذلك على الادارة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محييميد جاسم الحديدي : النظام القانوني ل عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 173  
<sup>2</sup> و في ذلك تقول المحكمة الادارية العليا .... غرامات التأخير في العقود الادارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ذلك ان الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حال اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته ، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الاخر و اعتبر الطرف الاخر مقصر و صدور حكم به و للقضاء ان يخفضه اذا ثبت انه لا يتناسب مع الضرر الذي يلحق بالمتعاقدين بينما الحكمة في الغرامات التي ينص عليها في العقود الادارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها .... لذا فان الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهة الادارة من تلقاء نفسها دون حاجة الى صدور حكم بها اذا توافرت شروط استحقاقها بحصول اخلال من جانب المتعاقد معها و لها ان تستنزل قيمتها من المبالغ التي عساها ان تكون مستحقة له بموجب العقد دون ان تلتزم الادارة باثبات حصول الضرر

حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 61 لسنة 2016/9/21 جلسة 13170 مجموعة المكتب الفني ص

و توقيع هذا الجزاء هو امر جوازي للادارة و مرهون بالنص عليه في العقد، فاذا كان اقتضاء الغرامة منوط بالتقدير الجهة الادارية المتعاقدة باعتبارها الجهة المسؤولة عن حسن سير المرافق العامة و القائمة على تنفيذ العقد، فللادارة ان تقدر الظروف التي تم فيها تنفيذ العقد، و لها ان تعفي المتعاقد معها من غرامة التأخير كلها او بعضها ان هي قدرت ان المصلحة العامة لم تتأثر بهذا التأخير.

و اذا كانت بعض الحالات التي يجوز فيها لجهة الادارة اعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير، فان هناك حالات يجب فيها على الجهة الادارية اعفاء المتعاقد معها من تلك الغرامة، اي هناك حالات اعفاء وجوبي و حالات اعفاء جوازي.

#### -حالات الاعفاء الوجوبي من غرامات التأخير:

-اذا كان سبب التأخير يرجع الى الجهة الادارية نفسها، كان تقوم الادارة بتكليف شركة المشروع بأعمال جديدة تحتاج الى المزيد من الوقت، او ان تقوم الادارة بايقاف الاعمال لسبب خارج عن ادارة الادارة.

-اذا كان سبب التأخير يرجع الى ظروف قاهرة لا يد لشريك الخاص او شركة المشروع فيها.

#### -حالات الاعفاء الجوازي عن غرامة التأخي :

و يكون ذلك في الحالات التي يكون التأخير في التنفيذ راجعا الى فعل الشريك الخاص او شركة المشروع، و لكن لم يتوفر شرط السبب الاجنبي الذي يمكن ان يعفيه وجوبيا من الغرامة، و لجهة الادارة هنا السلطة التقديرية المطلقة في اعفاءه من الغرامة اذا ما قدرت انه لم يلحق المصلحة العامة اي ضرر من جراء هذا التأخير.

لكن كيف يتم احتساب غرامات التأخير؟ هل تحسب غرامات التأخير المنصوص عليها استنادا الى قيمة العقد، ام الى قيمة الاعمال المتأخر في انجازها؟

نظرا لضخامة الاستثمارات في عقود الشراكة تجعل الاطراف يفضلون احتساب غرامات التأخير استنادا الى قيمة الاعمال التي لم تنجز في مواعيدها المحددة، و ليس الى صافي قيمة العملية، و غالبا ما يتم الاتفاق في عقود الشراكة على الغرامة، فاذا ما ورد في العقد تحديد مقدار الغرامة التي يتحملها الشريك الخاص عند اخلاله بالتزامه التعاقدى، فان مقدار هذه الغرامة هو الذي يطبق.

#### • مصادرة التامين :

التامين هو مبلغ من المال يؤديه الراغب في التعاقد مع الادارة اما لضمان جديته في الاستمرار في اجراءات التعاقد، او لضمان تنفيذ العقد و هو نوعين:

#### - التامين المؤقت او الابتدائي:

و هو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من القيمة التقديرية للعقد يقدمه مقدم العطاء لاثبات جديته في التعاقد، و يرد اليه بغير طلب اذا خسر العطاء، و يفقد قيمته اذا عدل عن عطاءه قبل فتح الاظرفة.

او هو مبلغ من المال يحدد في كراسة الشروط و المواصفات، يجب على مقدم العطاء المؤهل ارفاقه مع الظرف الفني لعطائه لضمان جديته في التعاقد، و يجب ان يكون في شكل خطاب ضمان بنكي غير مشروط و غير قابل للالغاء لصالح الجهة الادارية من احد البنوك، على ان لا تقل مدة سريانه عن تسعين يوما على الاقل بعد المدة المحددة لسريان العطاء او اي تعديل له، و يجب ان يقر البنك فيه بانه يدفع لامر الجهة الادارية مبلغا يساوي قيمة التامين المؤقت كاملة عند اول مطالبة منها.

و يتعين على الجهة الادارية رد التامين المؤقت لمقدمى العطاءات الذين لم تقبل عروضهم الفنية عند اول طلب لهم، بعد تاريخ الاعلان عن موعد فتح الاظرفة المالية و البث في التظلمات.

## -حالات مصادرة التامين المؤقت :

و يصادر التامين المؤقت في حالتين هما :

-اذا سحب مقدم العطاء عطاءه بعد تسليمه للجهة الإدارية، و في هذه الحالة يصادر التامين بقوة القانون، و يصبح من حق الجهة الادارية دون حاجة الى اذار او اللجوء الى القضاء او اتخاذ اي اجراء، و لو لم يلحق الجهة الادارية من جراء ذلك اي ضرر.

- اذا لم يقدم صاحب العطاء الفائز التامين النهائي خلال الموعد المحدد في خطاب اسناد عقد الشراكة، و في هذه الحالة يصادر التامين كذلك بقوة القانون و دون حاجة الى اذار او اللجوء الى القضاء او اتخاذ اي اجراء و لو لم يلحق بالادارة اي ضرر.

## -التامين النهائي:

هو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من قيمة العقد يودعه الفائز بالعطاء في احد البنوك لصالح الجهة الادارية لضمان التنفيذ.

او هو مبلغ من المال يجب على شركة المشروع سداد قيمته قبل نهاية الاجل المحدد باخطار الاسناد، على ان يكون في صورة خطاب ضمان غير مشروع و غير قابل للالغاء لصالح الجهة الادارية و صادر من احد البنوك.

و للجهة الادارية الحنفاظ بالتامين النهائي حتى تتأكد من تنفيذ العقد طبقا للشروط المتفق عليها، فترده الى شركة المشروع بكامله او ما تبقى منه بعد خصم المبالغ المستحقة لها الناشئة عن هذا التعاقد، على اساس انه ضمان للجهة الادارية لوفاء شركة المشروع بالتزاماتها بصورة كاملة .

و يعد التأمين النهائي الذي تلتزم شركة المشروع او الشريك الخاص بادائه في حالة رسو العطاء عليه بمثابة شرطا جزائيا، للادارة ان تقوم بمصادرته في حال اخلال شركة المشروع بالتزامتها التعاقدية.

و قد يتم الاتفاق بين المتعاقدين على سلطة الادارة في مصادرة التأمين بادراج ذلك في العقد ذاته عند حوث تقصير من اي جهة<sup>1</sup>.

و لم يرد نص سواء في القانون الفرنسي او المصري عن الحالات التي يتم فيها مصادرة التأمين النهائي، لكن لا يجوز للجهة الادارية اتخاذ اي اجراء بشأن التأمين النهائي الا بعد اخطار شركة المشروع بموجب خطاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول او بالبريد الالكتروني.

و لكن ونظرا لخطورة هذا الجزاء فلا تلجا الادارة او الجهة الادارية اليه الا عند اخلال شركة المشروع اخلالا جسيما بالتزاماتها.

و سواء كان التأمين مؤقت او نهائي في عقد الشراكة، الا انه يجب ان يكون في شكل واحد و وحيد و هو خطاب ضمان بنكي غير مشروط و غير قابل للالغاء لصالح الادارة<sup>2</sup>.

و يقصد بخطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طالب الامر بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين، لشخص اخر يسمى المستفيد اذا طلب منه هذا الاخير ذلك خلال المدة المبينة في الخطاب، دون ان يكون للامر الحق في ابداء اي اعتراض، و تبرأ

---

<sup>1</sup> حكم المحكمة العليا في مصر .... يقصد بالتأمين النهائي ان يكون ضمانا للجهة الادارية يؤمنها من الاخطاء التي قد تصدر من التعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الاداري، كما يضمن بملائمة التعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء اخلاله بالعقد الاداري ..... و اذا كان التأمين هو في الحقيقة ضمان لتنفيذ العقد الاداري على النحو المذكور فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للادارة حق مصادرة التأمين أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء في حالة عدم التنفيذ سواء نص او لم ينص في الشروط على هذا الحق و الا لما كان هناك موضوع اصلا لاشتراط ايداع تأمين مع العطاء .....

حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 1389 لسنة 8 ق ع الصادر بجلسة 1965/10/2 المكتب الفني ص 10

<sup>2</sup> المادة السادسة و الخمسون (56) من الاثحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري لسنة 2010

ذمة البنك قبل المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلبا من المستفيد بالدفع، ما لم يتفق صراحة على تمديد تلك المدة تلقائيا دون حاجة الى موافقة الامر، او اتفق صراحة على تمديد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته بناء على طلب المستفيد دون موافقة الامر.

و يعد خطاب الضمان اداة ضمان و ليس اداة وفاء، كالفود او الشيكات او بقية الاوراق التجارية.

و تكمن الحكمة في حصر صورة التامين في عقود الشراكة على خطاب الضمان دون الصور الاخرى هو ضخامة التامين نظرا لضخامة قيمة مشاريع الشراكة، كما ان هذه الصورة من صور التامين هي المعمول بها في العقود الدولية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حددت المحكمة الادارية في مصر ماهية و احكام خطاب الضمان يعتبر خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الامر بدفع مبلغ معين او قابل لتعيين لشخص اخر يسمى المستفيد اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب و دون اعتداد باي معاضة من الامر ، تبرا ذمة البنك قبل المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريات خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع الا اذا اتفق على تجديد تلك المدة تلقائيا دون ما حاجة ال موافقة العميل الامر او اتفق صراحة على تجديد خطاب الضمان قبل انتهاء مدته بناء على طلب المستفيد دون موافقة العميل (الامر) في حالة خلو خطاب الضمان من التجديد التلقائي او حق المستفيد في طلب تجديده قبل انتهاء مدته لمدة اخرى و في هذه الحالة اذا لم يستخدم المستفيد حقه في التسييل خلال المدة المحددة في خطاب الضمان يسقط حقه في ذلك كما انه لا يملك تجديد خطاب الضمان دون موافقة الامر ....

خطاب الضمان و ان صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك و العميل الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقة العميل التي يحكمها خطاب الضمان وحده و عبارته هي التي تحدد التزام البنك و الشروط التي يدفع بمقتضاها حتى اذا ما طوالب بالوفاء اثناء سريان خطاب الضمان و تحقق الشروط و قدمت اليه المستندات المحددة في الخطاب و جب عليه الدفع فورا بحيث لا يلتزم الا في حدود تلك الشروط او مقيد بغير هذه المستندات

## - التعويض:

التعويضات هي المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها شركة المشروع أو الشرك الخاص إذا اخل بالتزاماته العقدية، و تعد التعويضات بمثابة الجزاء الاصيل للاخلال بالتزامات التعاقدية و ذلك اذا لم ينص العقد على انواع اخرى من الجزاءات المالية<sup>1</sup>.

و اذا كان النظام القانوني للتعويضات في العقد الاداري يقترب الى حد كبير مع نظام التعويضات المدنية، و ذلك فيما يتعلق بكيفية تقديره و في ضرورة توافر ركن الضرر، بيد انه يختلف عنه في بعض الامور، فالتعويض في العقود الادارية يحمل معنى ارغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية اكثر من معنى جبر الضرر.

و يتضمن التعويض ما اصاب الادارة من خسارة و ما فاتها من كسب، و ما هو جدير بالذكر ان مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة ان تحدد بنفسها قيمة التعويض و يلتزم به المتعاقد معها، و للمتعاقد ان ينازع في قيمة هذا التعويض امام القضاء، حيث يسمح القضاء الفرنسي للإدارة بان تلجا الى تحصيل مبلغ التعويض بمقتضى اوامر الدفع التي تصدرها بارادتها المنفردة، و تعد رقابة القضاء هنا رقابة ادارية لاحقة لما قد يشوب غلو الادارة في تقدير التعويض بنفسها، و للقاضي ان يقرر اعفاء المتعاقد من التعويض، و له ان يقرر تخفيض قيمته ، الا ان القواعد العامة في مصر لا تسمح لجهة الادارة اجراء مثل هذا التقدير<sup>2</sup>.

و ما تجدر الاشارة اليه هنا هو انه يحق للجهة الادارية الجمع بين مصادرة التأمين النهائي و مطالبة المتعاقد بالتعويض في حالة ما اذا كانت قيمة التأمين المصادرة لا تكفي لجبر الضرر، فهنا تلجا الادارة الى القضاء لطلب الحكم بالتعويض.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي : الاسس المامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص 503

<sup>2</sup> عبد المجيد الفياض : نظرية الجزاءات في العقد الاداري ، مرجع سابق ، ص 184

و لكن الجمع بين التعويض و مصادرة التامين مشروط بعدم النص على استبعاده في العقد و ان يكون الضرر مجاوزا لقيمة التامين النهائي المصادر، فاذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ الجزئي للعقد فيجب ان يؤخذ هذا التنفيذ في الاعتبار، بحيث لا تكون مصادرة التامين كلياً و لكن جزئية بنسبة ما تم تنفيذه من بنود العقد.

### ب-الجزاءات الضاغطة ( حلول الجهة الادارية محل شركة المشروع ) :

و يطلق عليها قانونا وضع المرفق تحت الحراسة، و يقصد بوضع المرفق تحت الحراسة هو ابعاد الشريك الخاص او شركة المشروع مؤقتا عن ادارة المرفق و حلول جهة الادارة محله في ادارة المرفق و تسييره المنتظم و المستمر، و هذا الجزاء الاداري لا يؤدي الى فسخ عقد الشراكة او اسقاط حقوق شركة المشروع، و لكن كل ما يترتب عليه هو رفع يد الشريك الخاص مؤقتا عن ادارة المرفق.

و عليه اذا اخلت شركة المشروع في عقد الشراكة باحد التزاماتها يجب على السلطة المتعاقدة اخطارها بهذا الاخلال، بما يجعل شركة المشروع قادرة على اصلاح الاخلال خلال جدول زمني متفق عليه.

اذا فشلت شركة المشروع في اصلاح الاخلال خلال المدة الزمنية المتفق عليها يجب على السلطة المتعاقدة الحلول محلها و القيام بنفسها بهذه الإصلاحات، او ان تعهد به الى من تراه مناسباً بذلك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة التاسعة (9) من قانون الشراكة المصري للجهة الادارية ان تباشر بنفسها او عن طريق من تختاره لذلك ادارة المشروع و تشغيله او استغلاله اذا اخلت شركة المشروع اخلايا جوهريا بالتزاماتها في تشغيل المشروع او في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونا او في عقد المشاركة و لم تقم باصلاح الخلل و لم تتدخل جهة التمويل لاصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد الشراكة في تاريخ اخطارها بذلك دون اخلال شركة المشروع بتعويض الجهة الادارية عن الضرر الناجمة عن هذا الاخلال.

و اذا قامت السلطة المتعاقدة بالحلول محل شركة المشروع لاخلالها، فيجب عليها ان تستمر في اداء الخدمة كما لو لم يكن هناك اخلال من جانبها، و يقع على عاتق شركة المشروع الالتزام بتقديم المساعدة المعقولة لها.

و نظرا لخطورة هذا الجزاء في عقود الشراكة، هناك عدة شروط يجب توافرها لتطبيق هذا الجزاء و تتمثل فيمايلي:

1-ان تخل شركة المشروع في تشغيل المشروع، او في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونا او في شروط العقد.

2-ان يكون اخلال شركة المشروع بتلك الالتزامات اخلال جوهريا بما يعرض المرفق العام او المصلحة العامة للخطر.

3-ان تلفت الجهة الادارية نظر شركة المشروع الى حدوث خلل جوهري منها في تشغيل المشروع، او تنفيذ شروط العقد او تحقيق مستويات الخدمة.

4-ان تقوم شركة المشروع باصلاح مثل هذا الخلل، فاذا ما قامت شركة المشروع باصلاح الخلل فلا يوجد مبرر لتوقيع هذا الجزاء.

5-ان تقوم الجهة الادارية باخطار جهة التمويل بحدوث مثل هذا الخلل من قبل شركة المشروع، و ان تمنحها المهلة الكافية لتتدخل ( جهة التمويل ) لاصلاح الخلل، و هذه المهلة يجب ان يتم الاتفاق عليها في عقد الشراكة، و يبدأ سريانها من تاريخ استلام جهة التمويل لاختار الجهة الادارية بحدوث خلل من قبل شركة المشروع<sup>1</sup>.

فاذا ما توافرت هذه الشروط كان للجهة الادارية ان تحل محل شركة المشروع بنفسها في ادارة هذا المشروع و تشغيله و استغلاله، كما لها ان تعهد لشركة اخرى بذلك، و لا يمنع

---

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة ، عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 163

ذلك من حق الجهة الادارية في الحصول على تعويض عما لحق بها من ضرر جراء اخلال شركة المشروع بالتزاماتها.

و خلاصة القول ان للادارة الحق في توقيع جزاءات عديدة على شركة المشروع، و هذه الجزاءات مستمدة من المبادئ العامة للعقود الإدارية، و بما ان عقد الشراكة عقد اداري فان الادارة تملك توقيع هذه الجزاءات على شركة المشروع.

و نظرا لان عقد الشراكة هو عقد يحتاج الى تمويل ضخم لاتصاله بمرفق عام حيوي، او مشروع من مشروعات البنية الأساسية، لذا فان هذا العقد غالبا ما يتضمن تلك الجزاءات حيث ان هذه الجزاءات يكون منصوص عليها في العقد، كغرامة التخير و مصادرة التامين النهائي و الاتفاق على قيمة التعويض، و اذا كانت بعض هذه الجزاءات نادرة الحدوث في عقد الشراكة، كوضع المرفق تحت الحراسة و الذي يعد جزاءا نظريا في هذا العقد، الا ان المبادئ العامة للعقود الادارية تكفل لجهة الادارة سلطة توقيع هذه الجزاءات.

### **المطلب الثاني: التزامات الجهة الادارية ( الشريك العام )**

ان عقود الشراكة من العقود الادارية الملزمة للجانبين تتولد عنها مجموعة من الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، سواء في ذلك الشخص المعنوي العام او شركة المشروع، و اذا كانت الدولة قد لجأت الى احد اشخاص القانون الخاص لیسد حاجات عامة و اشباع حاجات الجمهور، و ذلك عن طريق انشاء المرافق العامة و ادارتها و استغلالها، فيجب عليها و لتمكين الشريك الخاص ( شركة المشروع ) من انجاز اعماله على اكمل وجه ان تلتزم بمجموعة من الالتزامات .

و تختلف التزامات الجهة الادارية بحسب مشروع عقد الشراكة و طبيعته ، الا انها تشترك في مجموعة من الالتزامات نفصلها فيما يلي:

## الفرع الاول: احترام الادارة لالتزاماتها التعاقدية

على الادارة البدء في تنفيذ التزاماتها العقدية بعد التحقيقات لازمة من السلطة المختصة، و سداد شركة المشروع للتأمين النهائي في المواعيد المحددة و تتمثل هاته الالتزامات في :

### - تنفيذ العقد بحسن نية:

يعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في العقود المدنية و الادارية على حد سواء، فجميع العقود تخضع لاصل عام من اصول القانون مفاده ان يتم التنفيذ بحسن نية، و لا يؤثر ذلك في الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، و لا سيما انها تهدف الى تغليب المصلحة العامة على مصلحة الافراد، و يترتب عن ذلك ان تقوم الجهة الادارية ( الشريك العام ) بتنفيذ بنود عقد الشراكة بحسن نية .

و يترتب على اخلال الادارة بمبدأ حسن النية حق شركة المشروع (الشريك الخاص ) في التعويض عما لحق به من ضرر، دون الاخلال بحقه المناسب في استرداد ما قدمه من تأمين نهائي<sup>1</sup>.

### - تسليم مواقع العمل :

يجب على الجهة الادارية او الشخص المعنوي العام الذي يمثلها في التعاقد القيام بما هو ضروري لكي تقوم شركة المشروع بتشبيد المشروع و بنائه، فتلتزم الدولة بتسليم مواقع المشروع خالية حثة تتمكن شركة المشروع من البدء في تنفيذ الاعمال في مواعيدها المحددة كما يجب على الجهة الادارية ( الشريك العام ) تمكين شركة المشروع من الوصول الى مواقع العمل و حيازته حيازة هادئة، تمكنها من تنفيذ التزاماتها و البدء في تنفيذ الاعمال المتفق عليها .

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في ادارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 398

و قد تقوم الجهة الادارية بالتفاوض مع ملاك الاراضي و تعويضهم لتمكين شركة المشروع من استلام الموقع، و في هذه الحالة تتحمل الجهة الادارية ثمن هذه الاراضي اذا كانت ماكا للمواطنين<sup>1</sup>.

و تسليم مواقع العمل يجب ان يكون مع كافة الرسومات و المقاييس الهندسية الخاصة بالاعمال المتفق تنفيذها، كذلك توصيل خدمات البنية التحتية حتى حدود موقع العمل ليتسنى لشركة المشروع البدء بالعمل، و من هذه الخدمات الاساسية المياه و الكهرباء و الهاتف....الخ<sup>2</sup>.

و يترتب على اخلال الادارة و تقاعسها في تسليم مواقع المشروع المسؤولية العقدية، التي تستوجب فسخ العقد مع تعويض المتعاقد عما لحقه من اضرار.

#### - التزام الادارة باحترام مدد تنفيذ العقد:

غالبا ما يتضمن عقد الشراكة انواع مختلفة من مدد تنفيذ العقد ، فهناك المدة الاجمالية لتنفيذ العقد ( عقد الشراكة )، و هناك المدد المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية ، فاذا كانت المدد محددة تحديدا واضحا فعلى الادارة ان تلتزم بتنفيذ التزاماتها خلال هذه المدة، كموعده تسليم موقع العمل مثلا، او استكمال وضع معدات نقل الخدمة، فاذا ما تاخرت في تنفيذ التزاماتها فانها تقوم بتعويض شركة المشروع، فضلا عن الغرامات المنصوص عليها في العقد و التي تلتزم بدفعها ، كما يمتد العقد لصالح شركة المشروع بقدر ايام التأخير التي تاخرتها الدولة .

---

<sup>1</sup> و مثال ذلك ما جاء في المادة 11 من عقد الشراكة موقع موتيلات جديدة الوادي في ريف دمشق التي جاء فيها يلتزم الفريق لالاول اي وزارة السياحة السورية بتسليم الموقع الموصوف في هذا العقد الى الفريق الثاني اي مجموعة الشرق حاليا من الشواغل و الاشارات المانعة من التصرف او اية اعباء مالية او اية حقوق عينية على الصحيفة العقارية للموقع و ذلك خلال مدة لا تتجاوز شهرا واحدا من تاريخ تصديق القد من قبل المجلس الاعلى للسياحات....الخ

<sup>2</sup> الياس ناصيف : سلسلة اجااث قانونية مقارنة عقد ال bot مرجع سابق ، ص 254

## - التزام الجهة الادارية بشراء الخدمة:

اذا التزمت الجهة الادارية بشراء الخدمة من شركة المشروع فانه يجب عليها احترام هذا الشرط و المتمثل في شراء الخدمة<sup>1</sup>، و اذا تم الاتفاق على موعد محدد لشراءها فيجب على الجهة الادارية ان تكون جاهزة في الميعاد المتفق عليه.

كما انه اذا اتفق على حد اقصى للخدمة التي تلتزم الجهة الادارية بشرائها، فانه لا يجوز لها ان تتجاوز هذا الحد، و ذلك تماما اذا تم الاتفاق على حد ادنى من الخدمات المتفق على شراءها.

و يجب ان يتم الاتفاق على سعر بيع المنتج او مقابل اداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع و اسس و قواعد تحديدها، و اسس و قواعد تعديلها بالزيادة او بالنقصان، و كيفية معالجة معدلات التضخم و ما يرتبط بتغير اسعار الفائدة اذا كان لذلك مقتضى<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: التزام الادارة بتوفير البيئة الادارية الملائمة

تلتزم الجهة الادارية بتوفير كل الوسائل الضرورية للبدء في تنفيذ المشروع و ذلك من قبل شركة المشروع ، و هى في سبيل ذلك تعمل على تمكين شركة المشروع من الحصول على كل التصاريح الادارية و الوثائق اللازمة لتنفيذ المشروع، او منح التراخيص الاساسية اللازمة حتى يتمكن الشؤيك الخاص من الاستثمار بصورة سليمة .

و يجب على الدولة بصفقتها مشجعة للاستثمار تسهيل و تبسيط اجراءات الحصول على

---

<sup>1</sup> تنص المادة الثالثة من قانون الشراكة المصري على انه " يجوز ان يتضمن عقد المشاركة بالاضافة الى ما هو منصوص عليه في المادة (2) قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع و تقديم الخدمة او المنتج للجهة الادارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين او المنتفعين "

<sup>2</sup> تنص المادة الرابعة و الثلاثون (34) من قانون الشركة المصري على انه ".....هـ-سعر بيع المنتج او مقابل اداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع و اسس و قواعد تحديدها و اسس و قواعد تعديلها بالزيادة او بالنقصان و كيفية كعالجة التضخم و ما يرتبط بتغير اسعار الفائدة اذا كان لذلك مقتضى ....."

الموافقات و الترخيص و التصاريح<sup>1</sup>، من بين هذه التصاريح تلك الخاصة بتصدير و استيراد الآلات و المعدات اللازمة للمشروع، و كذلك تصاريح الانشاءات و تصريح عمل الاشخاص الاجانب، و تحويل الارباح الى العملة اجنبية .....الخ.

و تمثل التصاريح الادارية و الموافقات اهمية كبيرة طالما يمكنها تعطيل انطلاق اعمال الانشاء او وقفها، او تاجيل التشغيل الصناعي او التجاري للمشروع.

و تتضمن معظم عقود الشراكة على ضرورة حصول الشريك الخاص ( شركة المشروع ) على التراخيص و الموافقات اللازمة لانشاء و تشغيل المشروع ، و قد يتضمن عقد الشراكة على بند او نص يجيز للسلطة المانحة او الجهة الحكومية ليس مجرد مساعدة شركة المشروع ( الشريك الخاص ) في الحصول على التراخيص و الموافقات فحسب، بل ايضا ضمان صحة هذه التراخيص و تجديدها .

و لتسهيل عملية استخراج التراخيص و التصاريح و الموافقات المختلفة تعمل بعض الدول على اتباع نظام النافذة الواحدة **One Window** بوصفه واحد من اكثر النظم الحكومية كفاءة و سرعة و مرونة ، و هو يعني تجميع كافة المسؤولين و الجهات الرسمية التي يجب ان يتعامل معها كافة المستثمرين الاجانب في مشاريع الشراكة في مكان او مبنى واحد، و ذلك ليسهل على شركة المشروع عملية الانتقال و الحصول على التراخيص بسرعة و بتكلفة منخفضة ، كما انه يضمن و بدرجة كبيرة التنسيق بين الاطراف الحكومية المعنية بمشاريع الشراكة، كما ان هذا النظام يسمح للشريك الخاص معرفة كافة الوثائق الخاصة بالمشروع و المواصفات الفنية و تفاصيل الموقع في اسرع وقت ممكن ، و هو يمكن شركة المشروع من امكانية حل المشكلات الخاصة بالتصاريح مبكرا و قبل ان تتفاقم و تتحول الى ازمات كبيرة.

---

<sup>1</sup> و مثال ذلك ما جاء في المادة 11 من عقد شراكة موقع شرقي منتجع الشاطئ الازرق في سوريا " يلتزم الفريق الاول - مجلس مدينة اللاذقية- بمساعدة الفريق الثاني - شركة الشام القابضة - لدى الادارات و الجهات الرسمية التي لها علاقة بتنفيذ المشروع و التوسط لديها لانجاز المعاملات اللازمة للحصول على التراخيص المطلوبة و موافقات الاستراد و الادخال المؤقت .... "

و قد اتبعت بعض الدول هذا النظام، مثل الاكوادور، الفلبين ، ماليزيا ، باكستان ، و جمهورية مصر العربية.

كما تلتزم الجهة الادارية كذلك اثناء مرحلة تنفيذ العقد بالعمل على تسهيل انتقال رؤوس الاموال و العاملين، و حماية شركة المشروع من اية ممارسات قد تشكل خطرا على استغلال المشروع، و تعمل كذلك على تسهيل دخول و اقامة و خروج العاملين بالشركة صاحبة المشروع، و توفير مواقع و مخازن و وسائل الاتصالات المختلفة.

كما تلتزم الادارة بتوفير الحماية الكافية لشركة المشروع، خاصة اذا ما وضعنا في الاعتبار ان تنفيذ المشروع غالبا ما يتم في بلد غير معروف لشركة المشروع سواء على المستوى القانوني او الجغرافي.

### الفرع الثالث: التزام الادارة بتوفير البيئة القانونية اللازمة

يعد الاستقرار القانوني في الدولة المضيفة عنصرا جوهريا لانجاح او لنجاح الاستثمارات الأجنبية بصفة عامة، و مشاريع الشراكة بصفة خاصة.

فجذب المستثمرين المهتمين بنظام الشراكة يتوقف الى حد كبير على وجهة نظر المستثمرين الوطنيين او الاجانب في كيفية تعامل الحكومة المضيفة مع القضايا القانونية المتعلقة بالمشاريع المقامة بنظام الشراكة، مثل مدى السماح للاجانب بتملك الاراضي و مدى احترام الملكية الخاصة، و كذلك مدى توافر الاحتياطات الامنية و الحراسة اللازمة، و كذلك النظام الضريبي المتبع، و مدى السماح للمستثمرين الاجانب بتحويل ارباحهم الى الخارج.

فالمشاريع المقامة بنظام الشراكة تحتاج الى مناخ سياسي، قانوني و اقتصادي ملائم، و ذلك يتطلب توافر نصوص قانونية تشريعية قوية و مستقرة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> طه محييد جاسم الحديدي : النظام القانوني ل عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية bot ، مرجع سابق ، ص 184

كما يقع على الجهة الادارية التزام عام و جوهري يتمثل في ضرورة تبسيط اجراءات التقاضي، اذ ان الشريك الخاص ( شركة المشروع ) قد يدخل في منازعات مع المقاولين من الباطن المعهود لهم القيام ببعض الاعمال الانشائية او الفنية، و هذه التعاملات القانونية في غالب الاحيان لا يحكمها عقد الشراكة و انما تخضع للقضاء العادي الوطني للدولة مقر المشروع، لذا يقع على الدولة التزام اسمى يقضي بتبسيط اجراءات التقاضي و سرعتها و هذا لتحقيق العدالة على وجه السرعة<sup>1</sup>.

و على ذلك يجب على الدولة التي ترغب في اتباع نظام الشراكة ان تعمل على مراجعة الاطر القانونية الموجودة بالفعل، و اصدار تشريعات جديدة تتناسب و طبيعة هذه المشاريع.

#### الفرع الرابع : الالتزام بشرط الثبات العقدي

و يقصد بشرط الثبات العقدي هو عدم سريان اية تعديلات او تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد المبرم بين الدولة و الشريك الخاص، بمعنى انه يتم تقييد القانون الواجب التطبيق على العقد بحيث لا يتم تغييره طوال مراحل العقد، اي يحدث تجميد القانون الذي يحكم العقد، بل يبقى قانون وقت ابرام العقد هو الساري دون ان تطرأ عليه تعديلات تشريعية<sup>2</sup>.

و في هذا الصدد انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط الى قسمين:

1- هناك جانب من الفقه ذهب الى اعتبار ان هذا الشرط يعد استثناءا يرد على مبدأ التطبيق الفوري المباشر للقانون الجديد، مادام هذا القانون الجديد يتعلق بالقواعد القانونية الامرة او

<sup>1</sup> عصام احمد البهجي : عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2008 ، ص 194-195

<sup>2</sup> وائل محمد سيد اسماعيل : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البت bot ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس القاهرة 2001 ،

المتعلقة بالنظام العام، لان القانون الجديد يسري باثر فوري و مباشر على كافة العقود، لذلك لا يعد سريان القانون الجديد على هذه العقود له اثر رجعي.

2-يرى جانب اخر من الفقه ان الغاية من شرط الثبات العقدي هي طمانينة الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة، بان القوانين و اللوائح التي سوف تقرر الدولة اصدارها في تاريخ لاحق على ابرام العقد لن تطبق عليه، و بالتالي الشريك الاجنبي يجد نفسه محصنا ضد ما تتمتع به الدولة من سلطات تشريعية يجعله في مركز تعاقدى غير متكافئ.

و نحن نرى ان شرط الثبات التشريعي او العقدي هو شرط ضروري يحقق مكاسب معنوية، و توفير اكبر قدر من الطمانينة لكلا الطرفين.

و اذا كانت الغاية الاساسية لعقود الشراكة هي خلق مناخ ملائم للاستثمار من جهة، و السعي الى كل ما من شأنه تحقيق التقدم الاقتصادي للبلاد من جهة أخرى، فان ذلك يتطلب وجود ثبات تشريعي يشجع المستثمرين على اقامة مشاريعهم الاقتصادية غير مهتمين بالعواصف القانونية التي قد يتعرض لها البلد المضيف للمشروع.

#### الفرع الخامس: التزام الادارة بدعم المشاريع الاستثمارية و تقديم الحوافز الحكومية

و يتم ذلك من خلال:

- حوافز و امتيازات ضريبية متى كان لها مقتضى.
- تقديم الحكومة للأرض، و ان تساعد الشريك الخاص في الاستعادة من اي اصول مجاورة للمشروع.
- تقديم الضمانات الحكومية اللازمة.
- الالتزام بعدم السماح بقيام مشاريع منافسة خلال فترة العقد.

و لاصل ان شركة المشروع لا تستطيع ان تدفع في مواجهة الادارة بعدم التنفيذ، بحجة انها قصرت في الوفاء بالتزاماتها نحوها و ذلك حفاظا على حسن سير المرفق العام بانتظام، و لكن يتعين على شركة المشروع في هذه الحالة الاستمرار في التنفيذ، ثم المطالبة بالتعويض اذا كان له مقتضى.

و لكن استثناءا على هذا الاصل يحق للشريك الخاص ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة، خلافا للاصل العام اذا تم الاتفاق على جواز التمسك به و تحدد بنصوص صريحة، و هنا لا يحق للإدارة ان توقع عليه غرامات التأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها.

### **المطلب الثاني: حقوق و التزامات الشريك الخاص**

يمثل الشريك الخاص او شركة المشروع الطرف الثاني في عقد الشراكة و الذي يتحمل العبئ الاكبر في انشاء المشروع، ادارته و استغلاله، و يقع عليه التزام ما ورد في العقد وفقا لشروطه و حسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد، و التي تحكم تسيير المرافق العامة لان من اهداف عقد الشراكة هو المساهمة في تسيير المرافق العامة بانتظام و استمرار.

و في المقابل ذلك يتمتع الشريك الخاص بمجموعة من الحقوق، يمارسها وفق الاتفاق و النظم النافذة.

لذلك سوف نتحدث اولا عما يتمتع به الشريك الخاص من حقوق كطرف ثاني في العقد، ثم نتناول ما يترتب على هذا الشريك تجاه الادارة من واجبات و التزامات.

### **الفرع الاول: حقوق الشريك الخاص**

لما كان للشريك الخاص ( شركة المشروع ) التزامات مجبر على تنفيذها تجاه الجهة الادارية فان له ايضا مجموعة من الحقوق تتمثل فيما يلي :

## اولا : حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي

يرجع هدف الشريك الخاص من وراء دخوله في عمليات عقدية مع الادارة الى الحصول على المقابل المالي، فالشريك الخاص او شركة المشروع لا يهتم في الدرجة الاولى الا المكاسب المالية التي سوف يجنيها من جراء ابرام هذا العقد.

و بغض النظر عن المصلحة العامة المباشرة او غير المباشرة التي تتحقق من وراء هذا العقد، فان السعي وراء الربح يعد امرا طبيعيا مشروعاً، و لا يمكن لشخص او لجهة اي كانت انكاره على شركة المشروع.

كما ان المقابل المالي يعد من اهم حقوق شركة المشروع ( الشريك الخاص ) في عقد الشراكة سواء تم اقتضاه من الجهة الادارية المتعاقدة او من المنتفعين .

و تختلف ماهية المقابل المالي المتفق عليه بحسب طبيعة العمل المنوط بشركة المشروع القيام به ، فقد يكون العمل الملتمزم باداءه الشريك الحاص هو تمويل ، انشاء و تجهيز احد مشاريع البنية الاساسية و المرافق العامة و تقديم خدماتها، او تمويل و تطوير هذه المرافق مع التزامها بصيانة ما تم اشاؤه او تطويره، و تقديم كافة الخدمات و التسهيلات لبدء المشروع في الانتاج و تقديم الخدمة بانتظام طوال مدة العقد ، بالاضافة الى تشغيل المشروع و تقديم الخدمة او المنتج للجهة الادارية لتقدمه هذه الاخيرة لجمهور المنتفعين، و في مثل هذه الحالات فان الجهة الادارية هي التي تكون ملزمة بدفع المقابل المالي لشركة المشروع و يسمى في هذه الحالة الثمن<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الثانية من قانون الشراكة المصري على انه " للجهات الادارية ان تيرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها الى شركة المشروع تمويل و انشاء و تجهيز مشروعات البنية الاساسية و المرافق العامة و اتاحة خدماتها او تمويل و تطوير هذه المرافق مع التزام بصيانة ما تم انشاؤه او تطويره و تقديم الخدمات و التسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الانتاج او تقديم الخدمة بانتظام و اضطراد طوال فترة العقد "

اما اذا قامت شركة المشروع بالاضافة الى عملية التمويل و الانشاء و التجهيز و الصيانة و استغلال المشروع و بيع المنتج و تقديم الخدمة لمن تحدده الجهة الادارية المتعاقدة، ففي هذه الحالة يكون اداء المقابل المالي على عاتق المنتفعين<sup>1</sup>، و يسمى في هذه الحالة **بالرسم**.

و لهذا سوف نتناول المقابل المالي عندما يكون عبارة عن ثمن، و عندما يكون عن رسم.

### 1-المقابل المالي عبارة عن ثمن :

قد يلتزم الشريك الخاص بتمويل احد مشاريع البنية الاساسية و المرافق العامة ، انشاءه و تشغيله على نفقته الخاصة، ثم يحصل على مقابل ما انفقه، فضلا عن قدر وافر من الارباح في صورة مبالغ مالية تقدمها له الجهة الادارية بطريقة مجزاة و على اقساط شهرية او نصف سنوية طيلة مدة العقد ، و تعد تلك المبالغ ثمنا لما قدمه الشريك الخاص من خدمات .

و الاصل ان يحدد الثمن في عقد الشراكة باتفاق الطرفين، الادارة و الشريك الخاص، و من ثم فانه يدخل في عداد الشروط التعاقدية، كما يمكن ان ينص على الثمن بمقتضى وسائل مستقلة تلحق بالعقد<sup>2</sup>.

و الاصل ان يحدد الثمن برقم محدد ، الا انه و بسبب الطبيعة المركبة للالتزامات شركة المشوع او الشريك الخاص في عقود الشراكة، و المشتملة على العديد من المراحل و على الكثير من الالتزامات، خاصة في مجال مشاريع البنية الاساسية العملاقة، فانه يكون من الصعب تحديد مدى التزامات الطرفين بدقة، خاصة شركة المشروع لحظة ابرام العقد، حيث يتعلق العقد بالتصميم ، الانشاء ، التشغيل و الصيانة و الاستغلال في مقابل مبالغ دورية

<sup>1</sup> تنص المادة الثالثة الفقرة الثانية (2/3) من قانون الشراكة المصري على انه "..... و يجوز بموافقة مجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة في ضوء التقارير المعدة من الوحدة المركزية للمشاركة قيام شركة المشروع باستغلال المشروع و بيع المنتج او تقديم الخدمة الى من تحدده الجهة الادارية "

<sup>2</sup> احمد بدر سلامة : العقود الادارية و عقود البوت مرجع سابق ، ص 113

تدفعها جهة الادارة ، و قد لا تحدد قيمة كل هذه الاعمال الا في مرحلة لاحقة لابرام العقد، فمضمون التزامات الشريك الخاص في هذه العقود طويلة المدة، قد تتخللها تطورات اقتصادية ، مالية ، فنية و تكنولوجية يحول دون التحديد الدقيق لها في العقد لحظة التوقيع عليه<sup>1</sup>.

و لهاته الاسباب فان المشرع الفرنسي اخضع المقابل المالي عندما يكون عبارة عن ثمن لعدة مبادئ اساسية تتمثل في:

### \* ضرورة قيام الدولة ذاتها بدفع المقابل المالي:

ان الدولة هي الملزمة بدفع المقابل المالي لشركة المشروع ، فالشريك الخاص في عقد الشراكة يحصل على مقابل نفقاته في صورة ثمن تدفعه جهة الادارة بطريقة مجزأة طيلة مدة العقد ، الا انه استثناء تتفرع صور اخرى على هذا المبدأ و هي:

- قد لا يتخذ المقابل المالي في عقد الشراكة شكل الثمن بالمعنى الدقيق، و انما يستطيع الشريك الخاص الحصول على حقه من مقابل نشر الاعلانات على الانشاءات التي اقامها لصالح جهة الادارة، فاذا كان جوهر العقد مثلا هو شق طريق ما، فيستطيع الحصول على حقه مقابل نشر الاعلانات على جانبي الطريق.

و قد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه مبررا ذلك بان ارباح الاعلانات تكون مساوية للتكلفة، و المبلغ المستحق في هذه الحالة لا يعدو ان يكون ثمنا محددًا في ضوء تكلفة الاعمال التي تكون محلا للعقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و انشاء و ادارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 362

<sup>2</sup> رجب محمود طاجن : عقود الشراكة ، مرجع سابق ، ص 213

كما قد يكون المقابل المالي عبارة عن ثمن لكن بطريقة مركبة، حيث تؤدي الإدارة إلى الشريك الخاص جزء منها في صورة مبلغ من المال، بينما يتحدد باقي الثمن بصورة الحصول على مقابل النشر<sup>1</sup>.

### \* خضوع المقابل المالي لقاعدة الدفع المجزا :

و يخضع المقابل المالي في عقود الشراكة لمبدأ الدفع المجزا، فطبيعة هذه العقود تسمح للشريك الخاص بأن يأخذ المقابل المالي في شكل أقساط دورية شهرية أو نصف سنوية، ذلك لأن شركة المشروع تلزم بالإنشاء، التشغيل، الصيانة، و الإدارة في مقابل ذلك تقدم هذا المبلغ الدوري طيلة مدة العقد .

بل ان ظهور هذه الطائفة من العقود في فرنسا هو ان المشرع الفرنسي قد منع مبدأ الدفع المجزا في تقنين الاشغال العمومية، و أقر عقود الشراكة التي يسمح فيها بالدفع المجزا.

و عليه فان تصميم الية مناسبة لصرف المستحقات يعد من العوامل الحاسمة لانجاح مشاريع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، و ينبغي ان يتصف كل من هيكل المدفوعات و معايير الدفع بالواقعية، مع وجوب مراعاة اصول العدالة و الانصاف في هذا الخصوص.

كما ان تصميم الية الدفع المناسبة يتطلب من الاطراف المتفاوضة بشأن ابرام عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص مراعاة طبيعة المشروع المتعاقد عليه، و احتياجات الجهة الحكومية و متطلبات المستقبل النهائي من المشروع، و اخذ كل ذلك بعين الاعتبار.

كذلك ضرورة التحديد الواضح و الصريح في الوثيقة العقدية للشروط التي على اساسها يتم

---

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة ppp مرجع سابق ، ص 80

حساب حقوق الشريك الخاص، و تكلفة الاعمال، و كيفية اقتضاء شركة المشروع للمقابل المالي طيلة مدة العقد<sup>1</sup>.

### \* خضوع المقابل المالي في عقد الشراكة كذلك لقاعدة التغيير:

و هو نظام عام يطبق على كافة العقود الادارية، غير ان تلك الشروط يجب ان تكون محل اتفاق في الوثيقة العقدية، و ذلك بادراج شرط يسمح بالتغيير و التطوير التلقائي لحقوق شركة المشروع في ضوء التغييرات المتفق عليها، و طبقا لمستوى تطور تكلفة مختلف العناصر المكونة لمكافاة الشريك الخاص، و كذا مضمون التزاماته المتعلقة بالجوانب الانشائية للمشروع .

### \* ضرورة الاتفاق على مواعيد اداء الاقساط المالية :

من الممكن الاتفاق على ان يتم دفع الاقساط المالية المستحقة لشركة المشروع في بداية عملية التشييد، كما يمكن ان يتم الاتفاق على تجزئة الدفع على اقساط خلال عملية التشييد. و يجب ان يتم الاتفاق على قيمة الاقساط المدفوعة و مواعيد اداءها لشريك الخاص في الوثيقة العقدية، و يجب مراعاة ان تكون كل الاقساط قد غطت كل نفقات الشريك الخاص عند نهاية مدة العقد، فضلا عن تحقيق قدر معقول من الربح في نهاية المدة باعتبار ان الشريك الخاص هو مستثمر يهدف اولا و اخيرا لتحقيق الربح.

كذلك يجب مراعاة تناسب تلك الاقساط الحكومية مع مراحل انشاء المشروع، فتزيد قيمتها في المراحل الاولى للمشروع و هي عملية الانشاء ، التجهيز و امداد المشروع بالمعدات ، فتلك المراحل تحتاج الى نفقات ضخمة و اموال طائلة، و عليه يجب ان تكون تلك الاقساط متناسبة مع ضخامة تلك النفقات حتى لا يجد الشريك الخاص نفسه عاجزا في بداية مراحل

<sup>1</sup> ليث عبد اله القهوي ، بلال محمود الوادي : الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، مرجع سابق ، ص 90

المشروع عن تمويل باقي الانشاءات و الاشغال، و الانتقال الى باقي المراحل المتعاقبة للمشروع<sup>1</sup>.

## 2-المقابل المالي عبارة عن رسم( اعطاء الاذن لشركة المشروع بتقاضي المقابل المالي)

يمثل المقابل المالي كما قلنا سابقا الدافع الحقيقي لابرام العقود الادارية بصفة عامة و عقود الشراكة بصفة خاصة، و قد تأذن الجهة الادارية او تسمح الجهة الادارية للشريك الخاص تحصيل ثمن الخدمة من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق ( رسوم يتقاضاها من المنتفعين) و هو ما يطلق عليه اسم الرسم<sup>2</sup>، و يطلق عليه البعض اسم الاجرة او الاتاوة ، و عليه فان الرسم يعني القيمة السعرية التي تأذن الجهة الادارية للشريك الخاص تحصيلها من المنتفعين بالمرفق العام.

و قد اجاز المشرع الفرنسي سواء في قانون الشراكة القديم (2004)، او في القانون الجديد ( قانون الصفقات العمومية 2015 )، توكيل الشخص العام لشركة المشروع تحصيل ما يتم الوفاء به من المنتفع النهائي باسم و لمصلحة الشخص العام لقاء حصوله على الخدمة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود الشراكة ، مرجع سابق ، ص 111

<sup>2</sup> ان الرسم بمعناه القانوني هو مبلغ من المال يجنيه احد الاشخاص العامة كرها من الفرد نضير خدمة معينة تؤديها الدولة اليه - يتكون الرسم من عنصرين اولهما ان الرسم يدفع مقابل خدمة معينة و الثاني انه لا يدفع اختيارا انما يندى كرها بطريق الالزام ة تستاديه الولة من افراد بما لها عليهم من سلطة الحماية و قد تقدم هذه الخدمة للفرد دون ان يطلبها و قد تقدم له اضهر رغبته عنها ، و لا يتمثل عنصر الاكره في التزام الفرد بدفع الرسم مقابل الخدمة المؤداة له و لكنه يتمثل في حالة الضرورة القانونية التي تلجئ الفرد الى المرفق العام لاقتضاء هذه الخدمة

المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم 339 لسنة48 جلسة 2006/12/23 المكتب الفني لمجلس الدولة ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا ، الدائرة الاولى ، الجزء الاول ، اكتوبر 2006

<sup>3</sup> Article 1 Alenia 2 de l'ancienne loi de partenariat « le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser au nom et pour le compte de la personne publique le paiement par l'utilisateur des prestations revenant a cette dernière »

و يتولى العقد و دفاتر الشروط عادة تحديد الرسم و هذا باتفاق الطرفين، اي تتولى الادارة تحديد الرسم بعد استشارة الشريك الخاص.

و عادة ما يميل التحديد الى المرونة في وضع الحد الاقصى للرسم، بحيث لا يجوز للشريك الخاص تخطيه، و قد ترد قيود على حرية كل من الادارة و الشريك الخاص في تحديد الرسم اهمها:

### القيد الاول:

النص التشريعي، حيث يحدد المشرع صراحة السعر الذي يتعين ان تقدم على اساسه الخدمة للمنتفعين بالمرفق العام، كتحديد تعريفه الكهرباء الماء و غيرها.

### القيد الثاني:

احترام مبدأ المساواة في الرسم بين المنتفعين الذي يعني بالضرورة التسوية في الرسوم بين المنتفعين عموماً، اي توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف، و تطبيقاً لهذا فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مشروعياً اختلاف الرسم باختلاف المكان الذي تؤدي فيه الخدمة للمنتفعين<sup>1</sup>، في حين رفض التمييز في المعاملة بين المنتفعين للأسباب التالية:

1- تغيير سعر الكهرباء وفقاً لمساحة املاك المنتفع .

2- تغيير سعر توريد المياه وفقاً لمدى مقدرة الفنادق و المطاعم على الوفاء .

لكن السؤال الذي يطرح هو، هل يجوز تعديل الرسم من قبل الشريك الخاص او الجهة الادارية بصفة منفردة ام لا؟

---

Article 67 Alenia 3 de la nouvelle loi « l'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser en son nom et pour son compte le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat »

<sup>1</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 01 / 07 / 1936 في قضية vayre المنشورة بمجموعة يسري لسنة 1937 القسم

## -بالنسبة للشريك الخاص اي شركة المشوع :

بما ان تحديد الرسم في عقد الشراكة يتم وفقا لارادة الطرفين، فلا يجوز تعديله مبدئيا اذا استمرت الظروف نفسها بعد التعاقد، و يستوجب على الشريك الخاص التقيد بقوائم الاسعار المحددة في العقد و دفاتر الشروط، و لا يجوز له ان يعدل الرسم من دون موافقة الادارة المانحة، ما لم ينص العقد على بنود تخول للشريك الخاص التعديل بنسب معينة و بحسب ضوابط خاصة .

و اذا تضمن العقد نصوصا لا تسمح للشريك الخاص المطالبة بالحصول على اكثر من الرسم المحدد، ثم نشأت ظروف جديدة تستوجب التعديل فان الجهة الادارية تستطيع باتفاق مع الشريك الخاص تعديل الرسم بالزيادة.

لكن هل يحق للادارة بالرغم من الظروف المستجدة ان ترفض زيادة الرسم؟

يرى الفقيه **Delaubadaire** ان للادارة الامتناع عن زيادة الرسم لان لها السلطة التقديرية في رفض طلب الشريك الخاص في زيادة الرسم المقرر في العقد ، غير انه يحد من سلطة الادارة في هذا الشأن ما قد يرد في العقد من نصوص، كتغيير الاسعار وفق تغيير الظروف و اذا ضمنت الادارة للشريك الخاص الحصول على حد ادنى من الأرباح، يتعين هنا على الادارة ان توافق على زيادة الرسم مما يحقق له تلك النسبة .

## -تعديل الجهة الادارية للرسم بارادتها المنفردة :

اختلف الفقه في الاجابة على هذا السؤال الى رايتين:

\* **الرأي الاول:** يقول بان الرسم ذو طبيعة لائحية و بالتالي يجوز للادارة او الجهة الادارية تعديل الرسم بارادتها المنفردة، و لكن مع مراعاة حق الشريك الخاص في التعويض اذا كان له محل<sup>1</sup>.

\* **الرأي الثاني:** يرى انصار هذا الرأي ان الشروط المتعلقة بالرسم هي من الشروط التعاقدية التي لا يجوز للجهة الادارية تعديلها بادارتها المنفردة، و حجتهم في ذلك هو ان الشرك الخاص هو الذي يتكفل ببناء المرفق العام و تشغيله و صيانته و تجهيزه خلال مدة العقد، و عليه يجب ان يكون العائد في مدة التشغيل كافية لاسترداد ما انفقه في بناء المرفق العام و تحقيق الارباح المبتغاة لذلك.

فالرسم الذي يفرض مقابل تادية الخدمة للمنتفعين يعد حسب هذا الرأي من الشروط التعاقدية التي تخضع لاتفاق الطرفين، و لا يجوز للادارة ان تعدله بارادتها المنفردة، و اذا رات الادارة ان سعر الخدمة التي يقدمها المرفق عالى التكلفة او مرتفع و لا يتناسب مع قدرة الجمهور المنتفعين، فلها ان تتدخل عن طريق شراء الخدمة من الشريك الخاص و اعادة بيعها الى الجمهور، و هو ما يحدث عادة في انشاء محطات الكهرباء، الماء، و الغاز.

اما قوانين الشراكة في جل التشريعات و من بينها القانون المصري للشراكة فقد كانت صريحة في السماح للادارة بتعديل الرسوم بصفة انفرادية، الا انها وضعت شروط لتمكين قيام الجهة الادارية بتعديل الرسوم التي تتقاضاها شركة المشروع من المنتفعين بالخدمة و تتمثل في ما يلي :

- اذا اقتصر عقد الشراكة على البناء و التجهيز و التطوير، و اكتفت شركة المشروع ببيع الخدمة الى الجهة الادارية لتتولى هي بنفسها بيعها الى الجمهور ، فلا يحوز للجهة الادارية تعديل اسعار المنتج او مقابل اداء الخدمة الا باتفاق مع شركة المشروع ، فالالتزام للجهة

---

<sup>1</sup> جهان حسن سيد احمد : عقود البوت bot و كيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهضة العربية ، طبعة 2002 ص 287

الإدارية بشراء الخدمة بالسعر المتفق عليه هو من الشروط التعاقدية التي كانت موضع اعتبار لشركة المشروع عند التعاقد، ذلك أنه من الممكن أن تلتزم الجهة الإدارية بمساهمة مالية في المشروع، و من الجائز أن تكون المساهمة هي التزام الجهة الإدارية بتحمل الفرق بين تكلفة الخدمة و سعر بيعها للجمهور ، كما أن شركة المشروع من الممكن أنها لم تقدم على هذا المشروع بكل ما يتطلبه من مبالغ و استثمارات هائلة إلا لأن الجهة الإدارية تعهدت بتحمل هذا الفرق و قبلت المساهمة في المشروع .

أما إذا تم إسناد عملية تشغيل المشروع و استغلاله إلى الشريك الخاص، بالإضافة إلى البناء و التجهيز و التطوير، فهذا يجوز للجهة الإدارية أن تقوم بتعديل الرسوم بإرادتها المنفردة<sup>1</sup>، و في هذه الحالة يكون لشركة المشروع ( الشريك الخاص ) الحق في طلب التعويض عما أصابها من أضرار جراء تعديل الرسوم ، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الإدارة بصفة انفرادية بتعديل سعر المنتج أو مقابل أداء الخدمة، فإن ذلك لا يكون على حساب شركة المشروع و مصلحتها المالية، و إنما يجب المحافظة على التوازن المالي للعقد.

#### -الآثار المباشرة في تعديل الرسم:

إذا تم تعديل بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة يجب أن يسري هذا التعديل بأثر مباشر و ليس بأثر رجعي، أي من تاريخ قيام الجهة الإدارية بهذا التعديل، فإذا كانت هناك رسوم متأخرة لم تقوم شركة المشروع باقتضاءها، فتسري عليها الرسوم التي كانت سارية وقتها و لا يسري عليها الرسم الجديد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة السابعة (7) فقرة أو أي (1) من قانون الشراكة المصري على أنه " ..... كما أن لها إذا تضمن العقد إنشاء و تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله و استغلاله بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات و ذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد ..... دون الإخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال طبقاً للاسس و القواعد التي يبينها العقد "

<sup>2</sup> تنص المادة السابعة (7) فقرة الثانية (2) من قانون الشراكة المصري على أنه " و إذا تم تعديل بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر رجعي "

## -كيفية تسديد المقابل المالي:

اذا كان المقابل المالي في عقد الشراكة هو بمثابة مقابل عقدي، فان العقد هو الذي يحدده، و يتوقف الامر بحسب معيار استحقاق المقابل، هل وفق معيار تقديم الخدمة، او وفق اتاحة الخدمة، او تقديم الخدمة مع رقابة الاداء ؟

اذا كان المعيار هو مجرد اتاحة الخدمة، فانه بمجرد اتاحة شركة المشروع للخدمة يبدأ استحقاقها لقيمة المقابل المالي من جهة الادارة المتعاقدة، اما اذا كان المعيار هو تقديم الخدمة فان شركة المشروع تستحق المقابل من المنتفعين بخدمات المرفق في شكل رسوم، و اذا كان المعيار هو تقديم او اتاحة الخدمة مع رقابة الاداء ، فهنا يبدأ استحقاق قيمة اول اقساط المقابل بمجرد اتاحة الخدمة او بعدها و في ضوء أدائها، و في هذه الحالة ستعرض الاقساط التالية للاستقطاعات في ضوء تقارير الرقابة على الاداء .

و يكفل عنصر الرقابة على الاداء في انه يمكن الجهة الادارية المتعاقدة من الرقابة على اداء شركة المشروع، و يجب ان يدرج في مستندات العطاء الاساسية لكي تكون شركة المشروع على بينة من امرها منذ البداية.

و يتم تحديد تاريخ بدء تقديم الخدمة او الاتاحة بدقة في عقد الشراكة، و في حالة البدء المبكر في تقديم الخدمة قبل التاريخ المحدد لبدء الخدمة و قبلت الجهة الادارية بذلك، فانه يتم تكبير سداد اول اقساط المقابل المالي اعتبارا من تاريخ البدء المبكر لتقديم الخدمة.

## **الفرع الثاني: حق شركة المشروع في الحفاظ على التوازن المالي للعقد**

ترجع فكرة التوازن المالي للعقد الى مجلس الدولة الفرنسي، حيث عرض المفوض بالوم بتاريخ 10 مارس 1910 فكرة التوازن المالي للعقد في قضية الشركة الفرنسية للترام بقوله "اذا انهار اقتصاد العقد من الناحية المالية و اذا كان استعمال السلطة مانحة الالتزام لسطاتها في التدخل قد اخل بهذا التوازن بين المزايا و الأعباء، او بين الالتزامات و الحقوق

فلا شيء يحول بين الملتزم و الالتجاء الى قاضي العقد ليثبت ان التدخل رغم كونه مشروعاً في حد ذاته و ملزماً له قد اصابه بضرر يستوجب التعويض " ، و منذ ذلك التاريخ انتشرت فكرة التوازن المالي للعقد .

وحق المتعاقد في اعادة التوازن المالي للعقد يقابل حق السلطة مانحة الالتزام في تعديل العقد بارادتها المنفردة، فاذا ما سلمنا دائماً بحق الادارة بالتدخل لتحقيق مصلحة عامة فان ذلك لا يعني اهدار مصالح المتعاقد معها<sup>1</sup>.

فاذا كان للجهة الادارية الحق في التدخل بتعديل اركان تنظيم المرفق و تعديل قوائم الاسعار و قواعد التشغيل، فان ذلك يلحق ضرراً للمتعاقد و ليس من العدل يتحملة لوحده، اذ ان سلطات الادارة في تعديل التزاماتها بارادتها المنفردة يقابلها التزام جوهري يتمثل في اعادة التوازن المالي للعقد، اي للحالة التي كان عليها لحظة ابرامه، و هذا هو ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد، او التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد و التزاماته.

و تجد هذه النظرية اساسها ليس في قواعد العدالة المجردة فحسب بل ايضا في الخصائص الذاتية للعقود الادارية، فتحقيق النفع العام كغاية تسعى اليه الادارة من خلال ابرام العقود الادارية، يحتم عليها تقديم معاونتها للمتعاقد معها من اجل ضمان السير المنتظم و المستمر للمرفق.

و بعد التوازن المالي للعقد بتطبيق احدى النظريات الثلاثة التي ابتدعها القضاء الإداري، و هي، نظرية عمل الامير، نظرية الظروف الطارئة و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

و قبل ان نفصل في هاته النظريات الثلاثة و لو بصفة موجزة ، نطرح سؤال عن مدى تطبيق هذه النظريات في عقود الشراكة ؟

<sup>1</sup> سعاد الشرفاوي : العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1994 ، ص 215

بما ان المشرع الفرنسي او المصري استلزم ان يتضمن عقد الشراكة شروطا مفصلة لمختلف جوانب العملية العقدية، بما في ذلك ما تعلق بالمخاطر و اسس اقتسامها بين الطرفين بصورة تظهر الى حد كبير رغبة المشرع في ان يكون عقد الشراكة بقدر الامكان قانونا للطرفين، بحيث لا يلجا في تاريخ لاحق على الابرام و اثناء التنفيذ الى تطبيق نظام قانوني غير نظام العقد ، لذلك نجد ان قوانين الشراكة تنص على انه يجب ان يدرج في العقد شروطا تحدد احوال و ضوابط مباشرة الادارة لسلطات التعديل و الفسخ و الرقابة، و شروطا تتعلق بالنظام المالي لحقوق الشريك الخاص و اقتسام المخاطر<sup>1</sup>.

و هذا التنظيم التشريعي الدقيق لعقد الشراكة، و الذي اتى به القانون الفرنسي و اتبعه في ذلك القانون المصري، هو ما جعلنا نتساءل كما قلنا سابقا عن امكانية تطبيق تلك النظريات التقليدية التي انشأها القضاء الاداري الفرنسي على عقود الشراكة، للحفاظ على التوازن المالي للعقد اثناء التنفيذ كما اراده الطرفين عند ابرامه؟، فهل اراد المشرع بهذا النظام العقدي الدقيق و المفصل لكل جوانب العملية العقدية ( عقد الشراكة ) استبعاد هذا النظام القضائي المطبق على العقود الادارية الاخرى اكبر قدر من الاستقرار القانوني لعقد الشراكة باعتباره عقد تمويل و ليس عقد ادارة؟، و هل لهاته النظريات القضائية صفة النظام العام *ordre public* بحيث لا يمكن استبعادها؟، ام على العكس لها صفة مكملة *Caractère Supplétive* بما يعني قدرة ارادة المتعاقدين على استبعادها؟

و بمعنى اخر هل يمكن لشركة المشروع في عقد الشراكة ان تطلب من القاضي الاداري تطبيق احدي هاته النظريات ( نظريات التوازن المالي ) اثناء تنفيذ العقد اذا توافرت شروط

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين العمومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 285

تطبيقها، و ذلك على الرغم من حرص المشرع على ادراج شروط مفصلة لكل جوانب المشروع المنفذ بعقد الشراكة بصورة دقيقة<sup>1</sup>.

و للاجابة على كل هاته الاسئلة سوف نتكلم عن كل نظرية على حدى بالشرح و لو بصفة وجيزة ، ثم مدى امكانية تطبيقها على عقود الشراكة.

### اولا : نظرية عمل الامير

عرف الفقيه Walan عمل الامير بانه " عمل يصدر عن سلطة عامة من دون خطأ من جانبها، و يترتب عليه سوء مركز المتعاقد في العقد الإداري، و يؤدي الى الزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعلق المضرور عن سائر الاضرار التي تصيبه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي<sup>2</sup>".

و من ثمة يقصد بعمل الامير بصفة عامة كل اجراء صادر من السلطات العامة في الدولة يؤدي الى زيادة اعباء المتعاقد في تنفيذ التزاماته، و من امثلة الاجراءات التي قد تؤثر على التوازن المالي للعقد قيام الادارة بتعديل بعض شروط العقد، او تعديل قوانين المالية او قوانين الخاصة بالعمال، مما يؤثر في التزامات المتعاقد.

و لتطبيق هذه النظرية يجب توفر شروط تتمثل في:

### - وجود عقد اداري :

يشترط لتطبيق نظرية عمل الامير ان يوجد بين الادارة و المتعاقد عقد اداري، و من ثم لا تطبق هذه النظرية على عقود الادارة المدنية و التي تخضع لقواعد القانون الخاص، كما لا تطبق على الاجراءات الادارية التي تصدرها بعض السلطات الإدارية، و التي قد تؤثر على

<sup>1</sup> يجب ان نشير في كل الاحوال الى ان النظريات القضائية التي تهدف الى حماية حق المتعاقد في التوازن المالي للعملية العقدية لا تطبق الا في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين و هذا حسب رأي الفقيه Pouyad

<sup>2</sup> الياس ناصيف : سلسلة اجاات قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 293

ميزانية احد الافراد دون وجود رابطة عقدية بين هذا الشخص و الجهة الادارية مصدره هذه الاجراءات<sup>1</sup>.

#### - ان يكون الفعل الضار صادر عن جهة الادارة:

و هذا الشرط يؤيده الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي، و تتجه احكام مجلس الدولة الفرنسي حاليا الى جعل تطبيق نظرية عمل الامير مقصورا على الاعمال التي تصدر من جهة الادارة وحدها .

#### - ان يلحق ضرر خاص بالمتعاقد :

يجب ان ينشا عن الاجراء الصادر من الجهة الادارية ضرر يلحق المتعاقد مع الإدارة، غير انه لا يشترط ان يكون هذا الضرر جسيما، فمن الممكن التعويض و لو كان الضرر يسيرا و يستوي ان يتمثل هذا الضرر في زيادة اعباء المتعاقد او في انقاص من أرباحه، و لكن يجب ان يكون هذا الضرر خاصا يصيب المتعاقد مع الادارة بمفرده، فاذا ما اتصف بالعمومية فلا وجه لتطبيق هذه النظرية<sup>2</sup>.

#### - عدم خطأ الادارة :

القاعدة العامة ان التزام الادارة بمقتضى العقد لا يمكن ان يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تهدف تحقيق الصالح العام، فاذا تصرفت جهة الادارة دون خطأ و ترتب على تصرفاتها

---

<sup>1</sup> لقد اوضحت محكمة القضاء الاداري المصرية هذا الشرط بقولها " متى كان الشرط بين الشركة و بين الحكومة خارجا عن نطاق الرقابة العقدية فان طلب التعويض عن الاضرار التي ترتبت على التشريع الجديد استنادا الى نظرية الامير يكون على اساس غير سليم من القانون اذ من المقرر ان المسؤولية ترتب التعويض في نطاق نظرية اعمال الامير لا تقوم الا في حالة ما اذا كان المتضرر بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة علاقة تعاقدية اثر فيها هذا التشريع بان زاد في الاعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد و ان تؤدي هذه الزيادة في الاعباء المالية الى الاخلال بالتوازن المالي للعقد "

حكم محكمة القضاء الاداري في 1957/3/3 المجموعة القضائية السنة الحادية عشر ص 243

<sup>2</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 240

اضرارا تمس بمركز المتعاقد معها، في هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية عمل الامير، اما اذا ثبت خطأ الادارة فان مسؤوليتها تكون عقدية.

و عليه يجب ان يدخل العمل الذي تقوم به الادارة المتعاقدة في نطاق السلطات التي تتمتع بها في عقودها الإدارية، و مسؤوليتها بالتعويض انما تقوم في هذه الحالة على اساس انها مسؤولية عقدية دون خطأ<sup>1</sup>.

### - يجب ان يكون العمل الضار الصادر عن الادارة غير متوقع :

اي اذا كان الاجراء الصادر من جهة الادارة متوقع الحدوث عند ابرام العقد الإداري، هنا تستبعد نظرية عمل الامير و تطبق قواعد العقد ، و يبدو هذا الشرط واضحا في حالة اذا اتخذ الاجراء الذي قامت به الادارة صورة اجراءات عامة<sup>2</sup>.

الا ان التساؤل يمكن ان يثار في حالة صدور اجراء من الجهة الادارية المتعاقدة اعمالا لسلطاتها في تعديل العقد بارادتها المنفردة؟

و قد اجاب الدكتور سليمان محمد الطماوي على ذلك " ان شرط عدم التوقع لا ينصرف الى اصل الحق في التعديل، لان هذا متوقع دائما و يفترض علم التعاقد به، و لكنه ينصرف الى حدود التعديل و مداه، فاذا نظم كيفية اجراء التعديل و حدوده استبعدت النظرية، اما اذا لم ينظم كيفية ممارسة هذا الحق فتطبق النظرية<sup>3</sup>."

---

<sup>1</sup> ابو بكر عثمان: عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 174

<sup>2</sup> حددت محكمة القضاء الاداري المقصود بعدم التوقع في هذا الخصوص بان لتعبير عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص بها و هو ان التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ما دام انها ليست جزءا من الاتفاق بمعنى انه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير فذا توقعته نصوص العقد فان المتعاقد مع الادارة يكون قد ابرم العقد و هو مقدر لهذه الظروف الامر الذي يترتي عليه تعذر الاستناد الى تلك النظرية "

محكمة القضاء الاداري القضية رقم 983 جلسة 1957/6/7

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص 623

## \*-اثر نظرية عمل الامير :

اذا توافرت الشروط السابقة فيجب على الجهة الادارية ان تقوم بتعويض المتعاقد عن جميع الاضرار التي لحقت من جراء الاجراءات التي اتخذتها بما يعيد التوازن المالي للعقد، فالتعويض هنا يكون كاملا يقدره القاضي، بحيث يغطي كل ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاته من كسب.

كما تترتب نتائج فرعية اخرى تتمثل فيما يلي:

- للمتعاقد الحق في ان تمهله الجهة الادارية في تنفيذه لالتزاماته، و ان لا توقع عليه غرامات التأخير التي تستحق بمجرد تاخره عن التنفيذ .

- للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد اذا ترتب عن الاجراء الصادر من الجهة الادارية استحالة التنفيذ<sup>1</sup>.

لكن كما قلنا سابقا هل يجوز تطبيق نظرية عمل الامير على عقود الشراكة؟

ان الاصل في تنفيذ العقود الادارية بصفة عامة و عقود الشراكة بصفة خاصة هو الاتفاق في تحديد مضمون و مدى العلاقة العقدية بين الادارة و الشريك الخاص او شركة المشروع، فهو الاساس الاول الواجب الرجوع اليه في تحديد مضمون حقوق و التزامات كل طرف، و من خلاله تضع الادارة كافة الشروط التي تراها كفيلة لتحقيق المصلحة العامة.

و بالمقابل فان شركة المشروع او الشريك الخاص، و حيث يتقدم بعرضه الى الجهة الادارية فانه يكون قد حدد حساباته و وضع تصورا كاملا لتنفيذ العقد يحقق له الربح في كل الأحوال، و لذا فعندما يتفق الطرفان على عملية عقدية فانه يفترض ان تكون هذه العملية مرضية لهما و محققة للمصلحتين العامة و الخاصة على السواء ، الا ان سمو المصلحة

<sup>1</sup> جابر جاد نصار : الوجيز في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 200 ، ص 401

العامة على المصلحة الخاصة دائما يدفع بالقاضي، و لكي يحمي هذه المصلحة الاعتراف للجهة الادارية بالعديد من السلطات، كسلطة التعديل و الفسخ و الرقابة و توقيع الجزاءات ، وهذه السلطات قد تؤدي في غالب الاحيان الى تجاوز الاتفاق العقدي، الا انه في المقابل اعترف القاضي الاداري لشركة المشروع بالحق في التوازن المالي و الاقتصادي للرابطة العقدية، بما يحفظ لها الاطار العام الذي اراده الطرفان لحظة ابرام العقد ، بل و اقر بان هذا الحق لشركة المشروع يعد احد المبادئ العامة المطبقة على العقود الادارية دون نص<sup>1</sup>، و ان تطبيقه يتعلق بالنظام العام التعاقدى l'ordre public contractuel ، و ان عدم تدخل الجهة الادارية لاعادة التوازن المالي المختل يشكل خطأ يبرر فسخ العقد على اساس الخطأ هذا من جهة .

من جهة اخرى و بخصوص حق شركة المشروع في التعويض، فان التطبيق الدقيق للارادة المشتركة للمتعاقدين قد يؤدي الى نتائج غير متففة مع القواعد العامة للتعويض المتعلق بالنظام العام التعاقدى.

فاذا كانت الارادة المشتركة للطرفين اقرت صراحة باعفاء الادارة من تحمل اي شكل من اشكال التعويض، فان ذلك لا يحول بين القاضي و بين منح التعويض في العديد من الحالات التي يتعلق التعويض فيها بالنظام العام للعقود الإدارية، مستبعدا بذلك الشروط العقدية المكرسة لهذا المضمون، و هو الارادة المشتركة للمتعاقدين ، و عليه فلا تستطيع الادارة ان تنهي وجود الحق في التوازن المالي سواء عن طريق العقد او باستخدام سلطاتها اللائحية ، فتص عقدي او لائحي يستبعد مقدما الحق في التعويض يعد نص غير مشروع مجرد من اية قيمة قانونية .

---

<sup>1</sup> Compagnie General Française Des Tramways 1910

كما ان عدم مشروعية التنازل المسبق من شركة المشروع عن حقها في التعويض يقابله تطبيق كامل من قبل القاضي للتنازل اللاحق لشركة المشروع عن حقها في التعويض، لان التنازل لم يدخل حيز التطبيق الا بعد ان تحققت الصعوبات غير الطارئة، بما يعني انها اصبحت متوقعة بالنسبة لها و انها ادخلتها في حساباتها، و رتبت اثارها على حقوقها المالية و على الرغم من ذلك تنازلت عن حقها في التعويض المسبق<sup>1</sup>.

و عليه و مما سبق، فاذا كان الاختلال في التوازن المالي للعقد راجعا الى تدخل الإدارة، فانه لا يمكن استبعاد تطبيق نظرية فعل الامي، و لو نص في عقد الشراكة على اعفاء الإدارة من التعويض على اساس اقتسام المخاطر، بل نظرية عمل الامير تطبق على عقود الشراكة، الا انه يميز في هذه العقود بين فرضيتين:

\* عدم مشروعية تنازل الشريك الخاص او شركة المشروع مقدما عن حقه في التعويض عن التعديلات التي قد تجربها الادارة مستقبلا على العقد استجابة لضرورات المصلحة العامة.

\* مشروعية التنازل اللاحق يقوم به الشريك الخاص و هو عالما بما سيقدم عليه، بعد ان يدخل في حساباته اثر هذه التعديلات على حقوقه المالية.

### ثانيا : نظرية الظروف الطارئة

و يقصد بالنظرية الظروف الطارئة هو اذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاد العقد، و ادت الى اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا بحيث ان تنفيذ الالتزام من دون ان يكون مستحيلا اصبح اشد ارهاقا و اكثر تكلفة، جاز للمتعاقد مع الادارة مطالبتها بالاسهام معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الاعباء الناتجة عن تلك الظروف، بتعويضه جزئيا و لمدة مؤقتة عن الخسارة التي لحقت به مع مراعاة الظروف الخاصة بالعقد.

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن : عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص ، مرجع سابق ، ص 290

و قد ابتدع هذه النظرية مجلس الدولة الفرنسي بحكمه في قضية غاز بوردو، حيث يعد هذا الحكم الأساس في تحديد معالم نظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>.

### 1- شروط تطبيق نظرية الظرف الطارئة

يعد هذا الظرف الطارئ الشرط الأساس الذي يبرر اللجوء الى هذه النظرية، و يقصد به الحادث الذي يطرأ خلال تنفيذ العقد و يؤدي الى اختلال و اضطراب الشروط التي اتفق عليها المتعاقدان، بما يجعل احدهما أكثر مشقة و تنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده دفعها<sup>2</sup>، و تثار بصدد الظرف الطارئ تساؤلات تتعلق بطبيعته.

فقد استقر الرأي التقليدي في أول الأمر على ان الظرف الطارئ في مفهوم النظرية يجب ان يكون من طبيعة اقتصادية و مستقل عن إرادة أطراف العقد، إلا أن الفقه الحديث في مرحلة لاحقة وسع من نطاق تطبيق الظرف الطارئ ليشمل مخاطر ذات صفة طبيعية، او تكون الإدارة غير المتعاقدة مصدرها.

و يشترط في الظرف الطارئ أن يكون غير عادي ، بمعنى انه يخرج عن المألوف بطبيعته الخاصة و مداه المتسع ، كما يجب أن يكون الظرف غير متوقع، فالحادث الاستثنائي مهما كان غير عادي لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، طالما كان متوقعا و في الإمكان الاستعداد له لتوقعه .

---

<sup>1</sup> حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 مارس 1916 في القضية التي أقامها الملتزم بتوريد الغاز لمدينة بوردو نتيجة لارتفاع غير متوقع في أسعار الفحم حيث أشار الحكم الى انه " إذا طرأت بعد التعاقد ظروف غير متوقعة و كان من شأنها أن تزيد أعباء الموقعة على الملتزم الى حد إخلال بتوازن العقد إخلالا ملحوظا فالمعتاد أن يطالب الملتزم الجهة الإدارية بتعويضه و لو جزئيا عن الخسارة الزائدة التي تترتب على الظروف الطارئة و التي تفوق الحد المعقول "

<sup>2</sup> جابر جاد نصار : الوجيز في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 322

و تقدير ما إذا كان الظرف الطارئ متوقعا سواء من حيث حدوثه أو من حيث مداه، يخضع لتقدير القاضي بحسب كل حالة على حدى و الظروف التي ابرم فيه العقد، مع مراعاة الأخذ بمعيار الرجل العادي في ذات الظروف التي وجد فيها المتعاقدين<sup>1</sup>.

كما يجب أن يكون الظرف الطارئ مستقل عن إرادة المتعاقدين ، فمن ناحية لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض استنادا على نظرية الظروف الطارئة إذا كان هو نفسه سببا في الحادث الطارئ، أو لم يبذل أي جهد من جانبه لتوخي نتائج الضارة .

و من ناحية أخرى إذا كان الحادث غير المتوقع ناشئا عن فعل الإدارة فان نظرية الظروف الطارئة تستبعد بحسب الأصل و تطبق نظرية فعل الأمير، و يجب أن يكون وقت الظرف الطارئ في أثناء تنفيذ العقد و قبل تمامه، لان تمام تنفيذ العقد يؤدي الى انتهاء العقد<sup>2</sup>.

### أن يكون من شأن الظرف الطارئ الإخلال بالتوازن المالي للعقد

أي من شأن الظرف الطارئ أن يقلب اقتصاديات العقد<sup>3</sup>، فلا يستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض بمجرد انخفاض بسيط في الفائدة المالية التي تعود عليه و إنما يشترط أن يتجاوز

<sup>1</sup> مصطفى ابو زيد فهمي: الوجيز في القانون الإداري، الجزء الأول ، نظرية المرافق العامة ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، الإسكندرية ، ص 169

<sup>2</sup> مصطفى الجمال: سعي الى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، طبعة 2001 ، ص 233

<sup>3</sup> و قد أكدت محكمة القضاء الإداري في تحديدها لشرط انقلاب اقتصاديات العقد بأنه " يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة .... يتمثل الظرف الطارئ في ترتيب أعباء مالية تجاوز نسبة الأرباح المشار إليها فقضي عليها ثم تمثل خسارة لم تكن مألوفة و إنما خسارة جسيمة بحساب جميع العناصر المؤثرة في اقتصاديات العقد و ذلك بالنظر الى كامل قيمته و مدته مفعوصا في مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على بعض عناصره فقد يكون في بعض العناصر الأخرى التي لم يشملها ارتفاع الأسعار ما يجزي و يعوض المتعاقد ذلك انه بالنظر الى نسبة الخسارة من قيمة الأعمال التي اعتبرتها الشركة المدعية خسارة فادحة فإنها اذا احتسبت كخسارة فإنها يتعين أن تحسب في نطاق مجموع أعمال العقد أنها ليست خسارة بالمعنى الفني و إنما هي إنقاص من جملة الإيراح المحسوبة و المدروسة ضمن عطاء الشركة و التي من شأنها تقليل تلك الإيراح او حتى القضاء عليها إلا أنها في الحساب الجمالي لا يوجد ما يثبت أنها خسارة جسيمة فادحة بالمعنى السالف بيانه و من ثم فان شروط نظرية الظروف الطارئة لا تكون متحققة في شأن هذه المطالبة

الضرر الموجب للتعويض الحدود المعقولة للمخاطر العادية، على نحو يخل مع التوازن المالي للعقد اختلالاً جسيماً، و هذا الشرط هو شرط نسبي يقدره القاضي في كل حالة على حدى و وفقاً للظروف المحيطة.

## 2- اثر نظرية الظروف الطارئة:

تقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس ضمان سير المرفق العام بشكل منتظم، و هذه الفكرة هي التي من اجلها ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية، و بناء على ذلك تعددت آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة و تتمثل في:

- استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد دون توقف نتيجة للظرف الطارئ، فاستمرار سير المرفق العام من أهم الاعتبارات التي أسست عليها النظرية، و الهدف الرئيسي من إقرارها مساعدة المتعاقد مع الإدارة على مواصلة تنفيذ التزامه التعاقدى حتى لا يتعطل سير المرفق العام، و عليه فالمتعاقد مع الإدارة لا يحق له المطالبة بالتعويض إلا إذا لم يتوقف عن تنفيذ العقد.

### - استحقاق المتعاقد التعويض

إن التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة الظرف الطارئ هو في حقيقته معاونة تقدمها الإدارة للمتعاقد معها من اجل تمكينه من مواجهة الظرف الطارئ .

و على ذلك فالخسارة في ظل النظرية توزع بين طرفي العقد، و من ثم يتحمل المتعاقد جزءاً من الخسارة على أن هذا التوزيع لا تحكمه قاعدة ثنائية، و إنما يراعى فيه القاضي مقتضى الحال و ظروف العقد و القدر اللازم من التعويض حتى لا يتوقف المتعاقد من تنفيذ العقد.

و تتحقق مشاركة جهة الإدارة للمتعاقد معها في الخسائر التي لحقت به من جراء الظرف الطارئ بإحدى الوسيلتين:

## الوسيلة الأولى: تعديل شروط العقد

و يتم ذلك باتفاق المتعاقدين على تعديل شروط العقد و تنفيذه على أسس جديدة، غير أن القاضي الإداري لا يمكن أن يحل محل المتعاقدين في إجراء هذا التعديل<sup>1</sup>.

## الوسيلة الثانية: التعويض المالي

و يكون ذلك بان يحكم القاضي بالتعويض المالي دون تعديل للالتزامات العقدية، غير أن المتعاقد في هذه الحالة لا يحصل على تعويض كامل من الخسارة التي لحقت به، و إنما يحصل فقط على ما يمكنه من الخروج من الأزمة، فالمتعاقد يتحمل جزء من الخسارة و يختص قاضي العقد بتقدير التعويض، و يجب أن يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة متمثلة في المصروفات الفعلية التي أنفقها و ما فاتته من كسب.

## 3- نظرية الظروف الطارئة و عقد الشراكة:

نظرا لامتداد فترات التنفيذ في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص لزمن طويل ، فقد تطرأ بعض الظروف التي من شأنها عرقلة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد، فإذا توافرت الشروط المذكورة سابقا ( شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ) تولد حق شركة المشروع في المطالبة في تعديل العقد في مواجهة الأضرار الناتجة عن الظرف الطارئ و الذي أدى الى قلب اقتصاديات العقد، و لذا يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة أن تستجيب لطلب شركة المشروع في تعديل العقد ، و إلا كان للأخيرة الحق في اللجوء الى القضاء لإجبار جهة الإدارة في تعديل العقد، الى جانب الحق في التعويض سواء كان هذا التعويض لامتناع الإدارة عن تعديل العقد او لجبر ما لحق بها من ضرر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 697

<sup>2</sup> إن القاضي الإداري لا يملك الحق في تعديل العقد بل يقضي و لا يدير ، وإنما له الحكم بالتعويض اذا امتنعت الإدارة عن تعديل العقد.

و إذا تم الاتفاق على تعديل شروط العقد يجب مراعاة القواعد و الأسس المنصوص عليه في العقد<sup>1</sup>.

و من بين الظروف الطارئة، التغيير في القانون و ما يولده من مخاطر على التزامات طرفي عقد الشراكة، لذا يجب أن يبين العقد أنواع التغييرات في القانون، لان بعض التغييرات في القانون تكون قابلة للتوقع من طرف شركة المشروع، و في هذه الحالة قد يكون موضوع في الاعتبار في أسعار عطائها، و بعض التغييرات في القانون مخاطرها غير قابلة للتوقع من طرفي العقد، و عليه يجب أن ينظم العقد احتمالية توزيع هذا الخطر و أن أفضل تعامل مع هذا الخطر لطرفي العقد هو مشاركتها فيه منذ حدوث اثر التغيير القانوني على الطرفين.

و بينت مسودة مبادرة التمويل الخاصة في بريطانيا انه يجب على الشريك الخاص في عقود الشراكة أن يلتزم بالقانون المطبق، و أن يتخذ الخطوات الضرورية للتأكد من أن الأعمال و الخدمة قد أديت طبقا لما التزم به بموجب القانون.

لذا يجب الاتفاق في عقد الشراكة على أسس توزيع المخاطر المتعلقة بالحادث المفاجئ و القوة القاهرة أو تعديل القوانين<sup>2</sup>.

و عليه فان تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقود الشراكة لا يعد من النظام العام، لان الأصل في هاته العقود أن يقوم طرفا العقد بتنفيذ التزامتهما الناشئة عنه، طالما لم تتغير الظروف التي ابرم العقد في ظلها طبقا لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود ، لكن إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروفًا لم تكن متوقعة عند إبرام العقد و خارجة عن إرادتهما أدت إلى

---

<sup>1</sup> تنص المادة الثامنة من قانون الشراكة المصري " يجوز الاتفاق على تعديل عقد الشراكة طبقا للأسس و القواعد المنصوص عليها في العقد و ذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد المشاركة بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام العقد "

<sup>2</sup> تنص المادة الرابعة و الثلاثون (34) من قانون الشراكة المصري على انه " .....ج- أنواع و مبالغ التأمين على المشروع و مخاطر تشغيله أو استغلاله و ضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة الإدارية و أحكام و إجراءات استردادها ط- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو باكتشاف الآثار و التعويضات المقررة بحسب الأحوال ....."

الإخلال بالتوازن المالي للعقد، فيجب في هذه الحالة إعادة التوازن المالي للعقد ضمنا لاستمرار تنفيذه و دوام سير المرافق العامة، و هو ما يقضي بتعديل عقد الشراكة بالاتفاق الطرفين ، و يترتب على ذلك انه لا يجوز الاتفاق مقدما على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لكن يجوز التنازل عنها بعد وقوع الحادث الطارئ ببقاء مظلة الضعف على المدين المرهق، فيجوز له النزول عن التمسك بها ، كما لا يجوز للمحكمة تطبيق هذه النظرية من تلقاء نفسها و إنما يجب أن يتقدم بطلب تطبيقها شركة المشروع .

### ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في انه إذا صادف المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية غير عادية، لم يكن بإمكان توقعها عند التعاقد، فجعلت تنفيذ العقد مرهقا كان من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة على هاته الصعوبات.

و تجد نظرية الصعوبات المادية مجال تطبيقها الرئيسي في عقود الأشغال العامة، و هو الأمر الذي دعا جانبا من الفقه الفرنسي يقول بأنه لا يوجد تطبيق لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، الا ان جانب آخر من الفقه يتحفظ على هذا الرأي و ينوه الى انه لا توجد أسباب مقدمة تحول من دون تطبيق النظرية في نطاق العقود الإدارية الأخرى، و من بينها عقود الشراكة ما دام قد تتوافر بطبيعة الحال شروط تطبيقها<sup>1</sup>.

و لكي تصلح أن تكون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة سببا لقيام حق المتعاقد مع الإدارة بصفة عامة، و شركة المشروع في عقد الشراكة بصفة خاصة في التعويض أن تتوافر الشروط التالية:

<sup>1</sup> ابو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 180

الشرط الأول : أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية ، و هي نوعان:

النوع الأول: صعوبات مادية يرجع مصدرها الى المظاهر الطبيعية، و تتعلق بطبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال، كوجود طبقات صخرية غير متوقعة، او وجود مياه جوفية يحتاج سحبها الى جهود غير عادية.

النوع الثاني: صعوبات مادية يرجع مصدرها الى الإنسان، و يشترط أن لا يكون من احد طرفي العقد، كترميم شركة المشروع لطريق مجاور لحاجاتها الماسة إليه للوصول الى مكان تنفيذ المشروع.

الشرط الثاني : أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة

يجب لإمكان التعويض عن الصعوبات المادية ألا تكون في إمكانية المتعاقدين توقعها لحظة إبرام العقد، لذا يتعين على شركة المشروع أن تبذل الجهد المعقول للإحاطة بكل ظروف التنفيذ، بحيث تكون الصعوبات قد فاقت توقعاتها.

الشرط الثالث : أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين

يجب أن تكون تلك الصعوبات مستقلة عن إرادة المتعاقدين، فإذا كان مرجع الصعوبات الى جهة الإدارة فتستبعد هذه النظرية لصالح نظرية عمل الأمير، كما يشترط أن لا تكون لشركة المشروع دخل في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة أثرها<sup>1</sup>.

كما يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي، و معناه أن تكون ذات طابع غير مألوف و لا ينتمي الى المخاطر العادية التي يتعرض لها الشريك الخاص عند تنفيذ العقد، و يترك ذلك كله لقاضي العقد، كما يجب أن تؤدي تلك الصعوبات الى قلب اقتصاديات العقد نظير المبالغ الإضافية التي أنفقت لمواجهتها، و يكون ذلك في العقود الإضافية، و

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 264

هي التي تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة و تحديدا إجماليا لما تلتزم بدفعه الإدارة من ثمن يقابلها.

### -اثر تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف المادية غير المتوقعة يكون من حق الشريك الخاص مطالبة الإدارة بالتعويض، و يجب ان يكون هذا التعويض تعويضا كاملا يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاتته من كسب.

و يشترط لاستحقاق الشريك الخاص للتعويض أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من وجود تلك الصعوبات المادية، و هو لا يتوقف عن التنفيذ إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة، اذ يكون بصدد حالة قوة قاهرة، و استمرار شركة المشروع في التنفيذ رغم وجود صعوبات مادية يجد تبريره في اعتبارات حسن سير المرفق العام موضوع العقد<sup>1</sup>.

### و خلاصة ما سبق:

ان جميع النظريات القضائية المحددة لحق المتعاقد قي التعويض بمناسبة تنفيذ احد العقود الإدارية، لا تعدو أن تكون تأصيلا قانونيا نظريا أكثر منه عملي عندما نتحدث عن عقود الشراكة، التي تعد من عقود التمويل و تستلزم إنفاقا ضخما في كل مراحلها، و تنشأ في إطارها العديد من العلاقات التعاقدية الأخرى، و خصوصا مع المؤسسات المالية بما لا يمكن معه من الناحية العملية تطبيق مثل هذه القواعد ، و بخاصة التنازل المسبق عن الحق في التعويض و حتى التنازل اللاحق ، فلا تستطيع شركة المشروع الإقدام على مثل هذه الخطوة الهامة دون الرجوع الى الجهات التي تتعامل معها بمناسبة تنفيذ العقد و بخاصة المالية منها، و هو ما سيواجه بالرفض في حالة إبداء شركة المشروع لمثل هذه الرغبة و

<sup>1</sup> احمد سلامة بدر : العقود الإدارية و عقود البوت ، مرجع سابق ، ص 123

الأمر المستبعد أيضا بالنسبة لها ، و ان حدث مثل هذه التنازل فان الشريك الخاص سيتحمل آثار مثل هذا التصرف في ذمته المالية بشكل كامل دون أن تتضامن معه أية جهة يتعامل معها<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الامتيازات التي تقدمها الجهة الإدارية

يتحمل الشريك الخاص في عقود الشراكة تكاليف باهظة في سبيل إنشاء المرفق و إدارته فيكفي ان تضع في الحسبان على سبيل المثال التكاليف التي تتكبدها شركات توليد و نقل الطاقة الكهربائية لإنشاء محطة توليد الطاقة، و لمد الأنابيب تحت الأرض لتوصيل التيار الكهربائي الى آلاف المشتركين ، لذا غالبا ما تقرر الجهة الإدارية منح شركة المشروع بعض الامتيازات و المزايا التي تساعد على القيام بالمرفق موضوع العقد ، فطبيعة المرفق العام تقتضي أن يمنح الشريك الخاص بعض الرعاية في مقابل ما يبذله من جهد في سبيل المصلحة العامة، و في سبيل ذلك غالبا ما تتضمن عقود الشراكة النص على مجموعة من الامتيازات يمكننا تلخيصها فيما يلي :

#### \* توفير الحماية من المنافسة

من ابرز الامتيازات التي تمنح لشركة المشروع في عقد الشراكة ميزة عدم المنافسة من خلال منح شركة المشروع الحق في احتكار نشاط المرفق العام موضوع الشراكة، و الاحتكار قد يكون قانونيا بان يصرح به المشرع، و لكن هذا التصريح لا يكفي وحده لتمتع شركة المشروع بميزة عدم المنافسة، و إنما لا بد من ان ينص في عقد الشراكة على منح هذا الحق لشركة المشروع.

<sup>1</sup> يرى البعض أن مجال تطبيق النظريات القضائية المطبقة على تنفيذ العقود الإدارية سيكون محددا بشكل كبير في نطاق عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

و لا يتحدد تحقيق الحماية لشركة المشروع من المنافسة بحالة إقرار المشرع لها فقط، و إنما يمكن أن تتحقق من خلال وسائل أخرى، لان معظم المرافق التي تدار بطريق الشراكة تتطلب تراخيص لشغل الدومين العام، كمرفق المياه و الكهرباء و الاتصالات و غيرها . و هذا يتطلب صدور إذن من الإدارة لاستعمال الأموال العامة، مثل مد أنابيب المياه و استخدام الأرصفة و الشوارع العامة لتوصيل خطوط الطاقة الكهربائية ، و في هذه الحالة يمكن للإدارة أن تتعهد لشركة المشروع بعدم منح تراخيص بشغل الدومين العام للمشاريع الخاصة المماثلة له في النشاط، و هو الأمر الذي يحقق له الحماية من المنافسة من دون الحاجة الى وجود نص قانوني خاص بمنح الاحتكار<sup>1</sup>.

#### \* تمتع شركة المشروع ببعض التسهيلات المالية:

نظرا لضخامة المهمة التي توكل لشركة المشروع في عقود الشراكة و لا سيما إذا كان يقع عليها عبئ إقامة المرفق و إدارته، فان الإدارة قد تقدم له بعض التسهيلات المالية، منها تقديم دفعات مالية على شكل إعانات غير قابلة للرد، و قد تتمثل المساعدات التي تقدمها الإدارة ضمانها للقروض التي يحصل عليها الشريك الخاص من البنوك<sup>2</sup>، و قد تقوم الإدارة بتوفير الأراضي اللازمة لإقامة المرفق أو تضمن له حد ادنى من الربح.

و من المزايا التي يمكن لشركة المشروع الحصول عليها كذلك، هو تمتعها بإعفاء من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو لفترة محددة في العقد.

و ما تجدر الإشارة إليه أن النصوص المقررة للامتيازات الممنوحة لشركة المشروع هي نصوص تعاقدية، و من ثمة لا يجوز للجهة الإدارية إلغائها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها بإرادتها المنفردة، و إلا ترتب على ذلك قيام مسؤوليتها الموجبة للتعويض.

<sup>1</sup> أبو بكر احمد عثمان: عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، 156

<sup>2</sup> محمد حلمي : العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 106

أما إذا كانت المزايا الممنوحة كلها أو بعضها جوهرية بحيث يستحيل أو يصعب تشغيل المرفق من دونها، كان لشركة المشروع حق فسخ العقد و المطالبة بالتعويض<sup>1</sup>.

\* الحصول على المكافأة للبدء المبكر في تقديم الخدمة :

إذا كان المشرع قد أجاز للجهة الإدارية المتعاقدة إنهاء عقد الشراكة بإرادتها المنفردة نتيجة لإخلال شركة المشروع بالتزاماتها، فإن مسودة عقود الشراكة في بريطانيا تضمنت عدة حوافز لشركة المشروع لتشجيعها على الوفاء بالتزاماتها ، و من الحوافز مكافأة أداء البدء المبكر في تقديم الخدمة Bonus pay ments for early ، حيث يمنح مكافأة لشركة المشروع إذا قامت بالوفاء بالتزاماتها قبل التاريخ المحدد لإتاحة الخدمات ، و بالتالي البدء المبكر في تقديم الخدمات و ذلك مقابل ما تتطلبه الجهة الإدارية المتعاقدة من أنواع مختلفة من الضمانات لمواجهة التأخير في البدء في تقديم الخدمة.

و خلاصة لما سبق يمكن القول أن في غالب الأحيان تتعهد السلطة الإدارية بان تحقق لشركة المشروع مزايا مختلفة، و يكون من حق الشريك الخاص الحصول عليها، كان تتعهد الإدارة بان تقدم لشركة المشروع قروضا أو إعانات، او تضمن ما تحصل عليه من قروض من البنوك ، كما تعهد بعدم منح الترخيص لشركة أخرى أو فرد آخر باستغلال مشروع مماثل لمشروع الممنوح لشريك الخاص .

كذلك من حق شركة المشروع أن تحصل على التسهيلات التي تمكنها من تنفيذ التزامها كحق الحصول على التراخيص المختلفة التي يستلزمها العمل، و حق استخدام الطرق العامة و غيرها من الأموال العامة إذا كان ذلك لازما لاستغلال المرفق العام و إدارته.

<sup>1</sup> سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 81

## المطلب الثاني: التزامات الشريك الخاص او شركة المشروع

اذا كان لشركة المشروع حقوق تتمتع بها تجاه الجهة الإدارية، فان عليها التزامات يجب القيام بها بموجب عقد الشراكة، فيجب عليه ان يقوم بتنفيذ العقد بنفسه و الصيانة الدورية للمرفق العام و نقل التكنولوجيا الحديثة، كما يجب عليه الالتزام بمدد تنفيذ العقد، و في نهاية مدة العقد يلتزم الشريك الخاص بنقل ملكية المشروع للدولة.

و عليه سوف نفضل في هاته الالتزامات كما يلي:

### الفرع الاول : التزام الشريك الخاص بتنفيذ العقد بنفسه

الاصل في العقود الادارية هو ان اختيار المتعاقد مع الادارة يخضع الى اجراءات محددة و منظمة و ذلك لارتباط العقد الاداري بنشاط مرفق عام، و على ذلك فان اختيار المتعاقد يبنى اساسا على الاعتبار الشخصي، و من ثم يجب ان يقوم المتعاقد شخصا بتنفيذ الالتزامات التي تنتج عن العقد.

و يجمع الفقه على ان العقود الادارية بصفة عامة و عقود الشراكة بصفة خاصة، و لا سيما عندما يقوم العقد على الصلة المباشرة بين المرفق العام من جهة و الشريك الخاص من جهة اخرى يقوم على الاعتبار الشخصي<sup>1</sup>.

و عليه يجب ان تقوم شركة المشروع بتنفيذ عقد الشراكة بنفسها، و نظرا لأن شركة المشروع هي التي تضطلع بتصميم المشروع و انشاءه و تشغيله في عقود الشراكة، و لما كانت هذه العقود تمتد لمدة طويلة من الزمن فان تنفيذ العقد وفقا للمواصفات المتفق عليها له اهميته الكبيرة، اذ ترتبط جودة هذا التنفيذ و دقته باستمرار في اداء نشاطه حتى يتم نقل ملكيته للدولة.

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة اجاات قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 218

و يترتب على اخلال شركة المشروع بهذا الالتزام مسؤوليتها العقدية التي تبرر للجهة الادارية طلب فسخ العقد.

و يجب ان تلتزم شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها من بداية تصميم المشروع و حتى تقوم بنقل ملكيته و اعادته الى الدولة مرة اخرى، فعقود الشراكة من العقود المتشابكة التي تمر بالعديد من المراحل، هنا يقع التزام على شركة المشروع بتنفيذ العقد بنفسها خلال كل مرحلة على حدى و بالمواصفات المتفق عليها على النحو التالي:

#### - مرحلة التصميم:

تعتبر مرحلة التصميمات و الرسومات الخاصة بالمشروع هي اساس التنفيذ في عقود الشراكة و تكتسب هذه المرحلة اهميتها من قيام شركة المشروع بانشاء المرفق، لذا يجب ان تكون هذه التصميمات و الرسومات متفق عليها بين اطراف العقد حتى يتم تنفيذ العمل وفقا لها.

و تتسم الرسومات و التصميمات بالسرية، و قد تقوم بها شركة المشروع بنفسها، و يتم الاتفاق على ان تقوم بها الجهة الادارية و تلتزم شركة المشروع بتنفيذها<sup>1</sup>.

و على الجهة الادارية ان تحتفظ بعدد كاف من النسخ لهذه التصميمات و الرسومات الهندسية للمشروع حتى يتسنى لها مراقبة الانشاء و التشغيل و اجراء الصيانة اللازمة، حيث يتقوّل اليها ملكية المشروع عند انتهاء العقد<sup>2</sup>.

#### - مرحلة تهيئة موقع المشروع:

تعتبر هذه المرحلة بداية التنفيذ الفعلي للمشروع، فيجب على شركة المشروع ان تقوم بتهيئة موقع المشروع و الذي يتعين على الدولة المضيفة ان تسلمه لها.

<sup>1</sup> جابر جاد نصار : عقود البوت و التطور الحديث للالتزام ، مرجع سابق ، ص 357

<sup>2</sup> جابر جاد نصار : المرجع نفسه ، ص 360

و تقوم الجهة الادارية بتسليم مواقع العمل لشريك الخاص او شركة المشروع بموجب محضر رسمي مكتوب يوقع عليه الطرفان، لما له من اهمية نظرا لاتصاله بقدرة اطراف العقد على الوفاء بالتزاماتهم.

#### - مرحلة البناء و التشييد:

في هذه المرحلة تقوم شركة المشروع بانشاء المرفق و بناءه وفقا للقواعد المتفق عليها في العقد، مع الالتزام الدقيق بالرسومات و التصميمات و الشروط التي نص عليها العقد بملاحقه، و قد جرى العمل ان يقتصر دور جهة الادارة في تحديد المواصفات العامة الوظيفية، و الغاية النهائية المرجوة من المشروع، كطاقته الانتاجية و كفاءته الفنية و المواصفات البيئية، على ان تترك كافة التفاصيل الاخرى لتحقيق هذه الغايات لشركة المشروع<sup>1</sup>.

و الاصل ان الالتزام بالتصميم و التشييد هو التزام يتحقق نتيجة و ليس التزام ببذل عناية، و على هذا تنشأ مسؤولية شركة المشروع اذا لم يتم البناء بالمواصفات المتفق عليها ، و لا يكفي اذا اثبتت لجهة الادارة انها قامت ببذل العناية الكافية لتنفيذ الاعمال، و للادارة ان تراقب عملية الانشاء ، و لها ان تقبل او ترفض اي تغيير في الرسومات او قواعد التنفيذ المتفق عليها.

#### - مرحلة تركيب الآلات و الاجهزة و المعدات:

يعقب مرحلة البناء و التشييد للمباني الأساسية للمشروع مرحلة بناء و تركيب الآلات و الاجهزة و المعدات و قطع الغيار اللازمة لها، و يجب ان تكون الآلات و المعدات التي تقوم شركة المشروع بتركيبها على احدث ما وصلت اليه التكنولوجيا في هذا المجال.

---

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص 213

## نتائج الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد

يترتب على ضرورة التزام المتعاقد في العقد الاداري بوجه عام و في عقد الشراكة بوجه خاص بان ينفذ العقد بذاته عدة نتائج، من اهمها مصير العقد في حال التنازل عنه الى الغير، او في حالة التعاقد من الباطن.

### \* في حالة التنازل عن العقد:

و يقصد بالتنازل عن العقد هو احلال الغير محل المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد بصورة كلية او جزئية، و في هذه الحالة يحل فيه المتنازل اليه محل المتعاقد الاصلي بحيث يتمتع بكافة حقوقه و يتحمل كافة التزاماته، و تصبح العلاقة العقدية بين المتنازل اليه و الجهة الادارية .

كما يعني التنازل عن العقد هو قيام المتعاقد بالاتفاق مع الغير على ان يحل هذا الغير محله في اداء التزاماته و اكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه و بين جهة الادارة.

و لما كان التنازل عن العقد يمثل اهدارا لقاعدة الاعتبار الشخصي، فالاصل في تنفيذ العقود الادارية انه لا يجوز للمتعاقد مع الادارة التنازل عن العقد، و لا يجوز له ان يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها او بعضها، و يعود ذلك الى ان اختيار المتعاقد يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى قدرته المالية و كفاءته الفنية و سمعته الحسنة، و لذلك فان تنازله عن العقد الى غيره يخل بهذه الاعتبارات.

غير ان هذه القاعدة لا تتصل بالنظام العام ، و من ترى الجهة الادارية المتعاقدة ان هذا التنازل قد يحقق مصلحتها<sup>1</sup>، و قد تكون الادارة مدفوعة الى الموافقة على اجراء التنازل بتاثير عوامل شتى، اهمها وحدة الهدف التي تسعى الادارة الى تحقيقه من خلال الاعتداد بقاعدة الاعتبار الشخصي في العقد، اذا ما حدث اختلال في الكفاية المالية و الفنية له، و

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة اجاات قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 222

اقدامه على التنازل عن عقده الى شخص اخر يتمتع بكفاءة اعلى و صفات و مقومات تتطلبها الادارة لتنفيذ العقد على نحو افضل، فتوافق على اجراء التنازل تحقيقا للمصلحة العامة ، و بالتالي تنشأ بين الادارة و المتنازل اليه علاقة تعاقدية جديدة تجعله مسؤولا وحده عن تنفيذ المرحلة المقبلة، كما ينتقل اليه التزام صيانة الاعمال جميعها سواء المنفذ منها بمعرفته او تلك التي نفذت بمعرفة المتنازل .

لكن السؤال الذي يطرح هنا و بما ان عقد الشراكة يقوم على الاعتبار الشخصي، اي ينفذ الشريك الخاص العقد بنفسه، هو هل يجوز التنازل عن العقد؟ و اذا كان الامر كذلك فما مصير هذا العقد؟

#### بالنسبة للقانون المصري

لقد منع المشرع المصري في قانون الشراكة الصادر سنة 2010 على شركة المشروع التنازل عن عقد الشراكة او اي من الحقوق و الالتزامات المترتبة عليه، و يترتب على مخالفة ذلك البطلان، او ان يكون التنازل بين شركة المشروع و الغير غير نافذ في مواجهة الجهة الادارية المتعاقدة، كما يعد اخلايا جسيما لالتزاماته اتجاهها<sup>1</sup>.

و يترتب عن بطلان تنازل شركة المشروع عن عقد الشراكة او عن اي من حقوقها و التزاماتها مايلي:

---

<sup>1</sup> قضت محكمة القضاء الاداري بانه " من المسلم في العقود الادارية انه يتمتع على المتعاقد مع الادارة ان يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته كلها او بعضها او يتعاقد بشأنها من الباطن لال بموافقة الادارة ، فان حدث التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن دون موافقتها يكون باطلا و لا يمكن ان يحتج به في مواجهتها و ذلك فضلا ان انه يعتبر من جانب المتعاقد قد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد "

محكمة القضاء الاداري الدعوة رقم 6349 لسنة 8 جلسة 1961/6/4

- يظل عقد الشراكة قائماً و منتجاً لآثاره فيما بين طرفيه ما لم ترى الجهة الادارية انهاء العقد انهاءً مبكراً، الى جانب حقها في التعويض لاخلال شركة المشروع بالتزاماتها اخلاصاً جسيماً.

- لا يترتب التنازل اي أثر في مواجهة الجهة الإدارية، و بالتالي انتفاء اية علاقة تعاقدية بينهما و بين المتنازل اليه، و عليه لا يحق له ان يرجع عليها بأية حقوق تعاقدية، و ان كان له ان يرجع عليها بالتعويض تطبيقاً لنظرية الاثراء بلا سبب اذا تحققت شروطها.

- بالنسبة لشركة المشروع فانها تظل مسؤولة عن العقد مباشرة اتجاه الادارة طالما ان العقد لا يزال سارياً، و ليس من حقها الاحتجاج في مواجهة الادارة بسبب تنازلها غير الموافق عليه منها الى الغير، ذلك ان عدم موافقتها لا يعد خطأ تعاقدية بالنسبة اليها، بل على العكس من ذلك يعد خطأ تعاقدية من قبل شركة المشروع يبرر فسخ العقد على مسؤوليتها.

الا ان المشرع اجاز استثناء مخالفة حضر التنازل عن عقد الشراكة او اي من حقوقه و التزاماته الا بتوافر الشرطين التاليين:

\* ان يكون الغرض من التنازل هو تمويل المشروع.

\* الحصول على موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الادارية<sup>1</sup>.

لكن ما هي الاثار التي تترتب على موافقة الادارة عن التنازل عن عقد الشراكة؟

---

<sup>1</sup> تنص المادة السابعة و الثلاثون الفقرة الثانية (2/37) من قانون الشراكة المصري على " ..... و لا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة او اي من الحقوق التي يربتها او الالتزامات فيه الا لغرض التمويل و بعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الادارية المتعاقدة و يقع باطلا كل اتفاق يتم على خلاف ذلك "

## بالنسبة للمتنازل اليه

يترتب على موافقة الادارة على التنازل عن العقد الاصلي ابرام عقد جديد بينها و بين التنازل اليه، و بمقتضى هذا العقد يصبح المتنازل اليه وحده هو المسؤول امام الإدارة، و يكون له وحده حق الحصول على المقابل المالي ما لم ينص العقد الجديد على خلاف ذلك.

## بالنسبة للمتنازل

استنادا الى نشات العلاقة بين الادارة و المتنازل اليه فمن الطبيعي انتهاء العقد الاصلي و ان يتحرر المتنازل من التزاماته تجاه الادارة.

لكن ما حكم فيما لو جرى تنفيذ جزء من المرفق العام او المشروع من قبل الشريك الخاص الاساسي قبل التنازل؟ فهل يكون مسؤولا عما نفذه من اعمال؟ ام ان المتعاقد الجديد هو الذي يكون مسؤولا حتى عما نفذه الشريك الخاص الاساسي؟

مما لا شك فيه ان المتعاقد الاساسي او الشريك الخاص الاصلي يظل مسؤولا عما نفذه من اعمال، الا اذا قبل المتعاقد الجديد ان ياخذ على عاتقه المسؤولية عن الاعمال التي نفذها سلفه ( الشريك الخاص الاساسي )، و وافقت الادارة على ذلك عملا بقاعدة حوالة الدين .

## بالنسبة للقانون الفرنسي

ان المشرع الفرنسي لم يحضر او يمنع التنازل عن عقد الشراكة، الا انه في القانون عقد الشراكة القديم لسنة 2004 كان يشترط ان يكون هذا التنازل تحت اشراف الشخص العام<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 11 Alinéa E de l'ancienne loi de partenariat (2004) « un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat »

اما في القانون الجديد ( قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 ) فلم يضع اي شرط للتنازل<sup>1</sup>.

كما انه لا يجوز لشركة المشروع تنفيذ عقد شراكة اخرى الا بعد تمام تنفيذ المشروع الذي انشأت الشركة من اجله لكي يجوز السماح لها بتنفيذ عقود شراكة أخرى، و يكون ذلك وفق الضابطين التاليين:

- ان يكون العقد الذي انشأت الشركة من اجله يقتصر على تقديم الخدمات فقط.

- موافقة الجهة الادارية المتعاقدة على ذلك كتابة.

#### \* في حلة التعاقد من الباطن

يقصد بالتعاقد من الباطن اتفاق المتعاقد الاصيلي مع الغير لتنفيذ جزء من الالتزامات موضوع العقد، و قد ذهب البعض الاخر الى تعريفه بانه التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد الاصيلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد<sup>2</sup>.

و يفترض للتعاقد من الباطن ان يكون موضوع العقد قابلا للتجزئة، و هذا الشرط يتحقق في نطاق عقود الشراكة نظرا لطول مدتها و لتقدم التخصص و التكنولوجيا المستمرين.

و يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، فالتنازل من شأنه ان يحل شخص جديد بصورة كلية محل المتعاقد الاصيلي في كافة حقوقه و التزاماته التعاقدية، بينما يقتصر التعاقد من الباطن من جهة على قيام متعاقد ثانوي بتنفيذ جزء من المشروع، و من جهة ثانية يظل المتعاقد الاساسي هو المسؤول مباشرة تجاه الادارة عن اعمال المتعاقد الثانوي، و بالتالي لا يزول الاعتبار الشخصي المبني على شخصية المتعاقد الاساسي.

<sup>1</sup> Article 68 Alinéa 2 de la nouvelle loi « Il peut se voir avec l'accord du cocontractant concerné tout ou partie des contrats passer par l'acheteur pouvant concourir a l'exécution de sa mission »

<sup>2</sup> طه محييمد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 199

و للتعاقد من الباطن اهمية و فائدة لطرفي العقد الاصيلين ( الادارة و المتعاقد الأساسي ) بالنسبة لجهة الادارة فهو يؤمن لها تنفيذا اكثر تخصصا و مهارة، و هو مفيد ايضا للمتعاقد الاساسي او الشريك الخاص لانه يقدم تنفيذ اجود، و من جهة اخرى يؤمن له ارباحا يحصل عليها من تنفيذ سواه .

و يشترط في التعاقد من الباطن ضرورة موافقة جهة الادارة عليه رغم التسليم باهميته ، و لذلك تنظم الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود الادارية في فرنسا، و من بينها عقود الشراكة باعتبارها من العقود الادارية اجراءات الحصول على الموافقة، حيث يتقدم المتعاقد الاصلي و هو الشريك الخاص كتابيا بطلب الحصول على الموافقة، موضحا فيه اسم المتعاقد من الباطن و مبينا مدى امكاناته و مقدرته على تنفيذ الالتزامات ، ثم تنظر الادارة في الطلب و تبدي رايها في القبول او الرفض، و ذلك خلال مدة واحد و عشرين يوما من تاريخ تسجيل الطلب ، و اذا لم تبدي الادارة رايها خلال المدة المذكورة اعتبر سكوتها قبولا .

اما في مصر فان القاعدة هي تحرر الادارة من الشكليات فيما يتعلق بتعبير عن ارادتها، فلها ان توافق على التعاقد من الباطن في اي شكل تشاء ، و قد تكون موافقتها صريحة او ضمنية .

و اذا وافقت جهة الادارة على التعاقد من الباطن و سمحت به، فان ذلك يرتب مجموعة من الاثار القانونية تتمثل في:

### علاقة الادارة و الشريك الخاص ( المتعاقد الأساسي )

استمرار مسؤولية الشريك الخاص و هو المتعاقد الاساسي عن تنفيذ العقد بكامله، بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه من الباطن حتى و لو وافقت الادارة على هذا التعاقد الاخير، و لذلك تمتد مسؤولية المتعاقد الاساسي تجاه الادارة لتشمل اخطاء المتعاقد من الباطن او تاخره في تنفيذ التزامه.

## علاقة الإدارة و المتعاقد من الباطن

عدم وجود صلة مباشرة بين المتعاقد من الباطن و بين الإدارة، فلا يملك حق مطالبة الإدارة بثمان ما قام بإنجازه من اعمال، كما لا تملك الإدارة الحق في مقاضاة المتعاقد من الباطن بسبب تنفيذه للاعمال بطريقة غير سليمة، كما لا يؤدي التعاقد من الباطن المرخص به الى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي، و لا تنشأ علاقة عقدية مباشرة بين المتعاقد من الباطن و بين جهة الإدارة، بل يظل المتعاقد الاصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد حتى بالنسبة للجزء المنفذ بواسطة المتعقد من الباطن<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: رفع تقارير دورية عن معدلات التقدم في العمل**

يتعين على شركة المشروع تقديم تقارير دورية للجهة الادارية عن اعمال البناء، التجهيز التطوير، الصيانة، التشغيل و الاستغلال التي تقوم بها تنفيذاً لعقد الشراكة بحسب الاحوال كما يتعين عليها ضمان الشروط البيئية و شروط الصحة و السلامة سواء للعاملين بالمشروع او المنتفعين به.

و قد اوجب المشرع الفرنسي سواء في قانون الشراكة القديم لسنة 2004 او في القانون الجديد ( قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 ) على الشريك الخاص او شركة المشروع ان يقدم تقريراً سنوياً يتعلق بتنفيذ العقد<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة ابحاث قانونية مقارنة عقد bot ، مرجع سابق ، ص 224

<sup>2</sup> Article 13 de l'ancienne loi de partenariat « un rapport annuel établi par le titulaire du contrat de partenariat est adressé a la personne publique afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat »

Article 88 Alinéa 2 de la nouvelle loi « afin de permettre le suivi de l'exécution du marché de partenariat un rapport annuel est établi par le titulaire , il est adresser chaque année a l'acheteur dans les quarante cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat »

## الفرع الثالث: التزام شركة المشروع بمدد التنفيذ

### ( مدد تنفيذ الالتزام )

ان احترام المدد المنصوص عليها في العقود الادارية بصفة عامة يعد الترجمة الفعلية للقاعدة العامة التي تحكم سير المرافق العامة في تقديم الخدمات الدائمة و المنتظمة للمنتفعين بها، و يقتضي ان تتضمن عقود الشراكة بندا يحدد المدة التي يتوجب خلالها على الشريك الخاص تنفيذ التزامه.

و مدة تنفيذ عقد الشراكة هي الفترة الزمنية التي تمنح لشركة المشروع لانشاء، تصميم و ادارة و استغلال المرفق العام، و هي مدة طويلة نسبيا قد تصل الى ثلاثون سنة (30 سنة ) الا ان الفقه يرى ان عبارة مدة التنفيذ تدل على ثلاثة (03) معاني و هي :

#### المعنى الاول

يقصد بمدد التنفيذ الفترة التي تمنح للشريك الخاص لانشاء و استغلال المرفق العام، و يعبر عنها بمدد الاستثمار، و هي مدة طويلة قد تصل الى ثلاثون سنة (30 سنة )، و هذه المدة ضرورية و اساسية في عقود الشراكة لان من شأنها اتاحة الفرصة امام الشريك الخاص لاسترداد ما دفعه من نفقات، فضلا على الحصول على الارباح ، و بهذا المفهوم تعتبر المدة عنصرا مميزا لعقود الشراكة .

#### المعنى الثاني:

يقصد بمدد التنفيذ المدة التي يلتزم الشريك الخاص خلالها باقامة المنشآت، و تأمين الاجهزة و المعدات اللازمة لاستثمار المرفق العام.

### المعنى الثالث :

مدة التنفيذ هي عبارة عن المواعيد الدورية لاداء الخدمات للمنتفعين بالمرفق العام، كمواعيد تسيير القطارات و الطائرات و غيرها، و التي تحدد عادة باتفاق بين السلطة المانحة للمشروع و الشريك الخاص.

### 1-احتساب المدة :

عادة ما يتضمن العقد تحديد تاريخ بداية التنفيذ و نهايته، و عليه ينبغي ان ينطوي عقد الشراكة على تحديد المدة او فترة سريانه او سريان مفعوله، بالاضافة الى مختلف التواريخ الاخرى التي يتعين تحديدها و تشمل على:

- تاريخ التوقيع على العقد.

- تاريخ بداية الخدمة و هو التاريخ الذي يبدأ فيه تقديم الخدمة.

- الموعد النهائي / الأخير، وهو اخر موعد محدد لبداية الخدمة ، بحيث يؤدي عدم الالتزام به الى تخويل الجهة الحكومية حق الانهاء الفوري لهذا العقد اي عقد الشراكة .

-تاريخ انتهاء العقد.

و اذا خلا العقد من ذلك فيتم تحديد بداية المدة من التاريخ الذي يقوم به الشريك الخاص بمباشرة عملية الاستثمار، و في حالة توقف المرفق العام، او انقطاع الشريك الخاص عن مباشرة نشاطه، يتعين تسجيل اليوم الاول من التوقف او الانقطاع بصفة رسمية، و ذلك لتفادي اية خلافات قد تنشأ مستقبلا في هذا الشأن .

و للقاضي اذا خلا العقد من تحديد المدة ان يحدد مدة معقولة للتنفيذ مسترشدا بالعرف الجاري، الذي يختلف باختلاف الوسائل المستخدمة في مختلف مجالات الاعمال و تطورها من حين الى اخر.

و ينبغي ان تمكن الادارة الشريك الخاص او شركة المشروع من البدء في تنفيذ الاعمال خالية من الموانع، و يكون تسليم مواقع العمل بمحضر موقع من الطرفين، و اذا لم يحضر الشريك الخاص لتسلم الموقع في التاريخ المحدد يحرر محضر بذلك، و يعتبر تاريخ المحضر موعدا لبدء تنفيذ العمل.

غير انه يحق لشريك الخاص دفع المسؤولية عنه اذا اثبت ان التأخر في بدء العمل كان بسبب الادارة التي عرقلت التسليم، او تراخت فيه، او امتنعت عنه بعدما طالبها بتسليم مواقع العمل<sup>1</sup>.

و بصورة عامة تبدأ مدة التنفيذ في السريان من اليوم الذي تسلم فيه للشريك الخاص المستندات اللازمة للبدء في التنفيذ، على ان الامر الذي يعلن الى الشريك الخاص بشأن البدء في التنفيذ يجب ان يلقى قبولا منه.

و إذا ثار شك حول تاريخ البدء في التنفيذ ينبغي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بشرط ان يكون العقد مصادقا عليه من السلطة المختصة، و ان يتم ابلاغه الى الشريك الخاص حتى و لو كانت اعمال التنفيذ قد بدأت قبل تاريخ التصديق.

## 2- القوة الملزمة لمدد التنفيذ

يكنم الاساس القانوني للقوة الملزمة لمدد التنفيذ في فكرتين أساسيتين، فكرة المرفق العام او الصالح العام، و الرضائية<sup>2</sup>.

و يجمع معظم الفقه الفرنسي على أهمية التقيد بمدد التنفيذ التي تنتج عن فكرة الصالح العام و هو ليس بحاجة إلى نص تشريعي و لا إلى شرط خاص في العقد ، فالشريك الخاص و قد ارتضى من خلال العقد تعاونه في مرفق عام يجب عليه ضمان التسيير المنتظم و

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة اجاات قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 258

<sup>2</sup> الياس ناصيف : المرجع نفسه ، ص 258

المستمر لذلك المرفق العام الذي وافق على تسييره ، كما أن الشريك الخاص يعتبر مخطئاً إذا لم يضمن الاستمرار و النظام ، و في كل الظروف و رغم كل الصعاب في التنفيذ الدقيق للعقد لا يمكن أن يبرر خطاه إلا في حالة القوة القاهرة، على أن يبذل عناية فائقة تقترب من روح التضحية بصرف النظر عن نصوص العقد المبرم بينه و بين الإدارة ، و عليه لا يسمح للشريك الخاص أو شركة المشروع بوقف التنفيذ مهما كان عذره، و إن كانت الظروف طارئة إلا في حالة القوة القاهرة ، أو إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ .

و بهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه " لما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماته قبله، بل يتعين إزاء هذا الاعتبار أن يستمر في التنفيذ ما دام في استطاعته ذلك، ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى و كان له فيه وجه حق<sup>1</sup>."

إلا أن الفقه و القضاء اعترف ببعض المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ، و تتمثل في أمرين:

#### -القوة القاهرة و الحادث المفاجئ:-

و القوة القاهرة هي حدث أو فعل مستقل عن إرادة أطراف العقد و الذي من شأنه ان يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، و من ثم إذا وقع هذا الحدث يتحرر الشريك الخاص من تنفيذ التزامه و مثال عن ذلك الأعاصير و الزلازل و الاضطرابات و غيرها .

و منه تعتبر القوة القاهرة قاعدة وثيقة الصلة بالتنفيذ، و يترتب على توافر شروطها القانونية إعفاء شركة المشروع من تنفيذ التزامها.

---

<sup>1</sup> جلسة 1969/7/5 المجموعة 3 أحكام سنة 14 ص 932  
248

و تختلف القوة القاهرة عن الظروف الطارئة، فالظروف الطارئة تعتبر قاعدة ذات طبيعة اقتصادية يكون من نتائجها زيادة الأعباء المالية على شركة المشروع، و هي لا تحول دون قيامها بالتنفيذ في الموعد المحدد ما دام باستطاعتها ذلك.

#### - فعل الإدارة : Fait De L'administration

و يتم إعفاء شركة المشروع من مسؤولية التأخير و السماح لها بذلك ( أي التأخير )، إذا كان هذا التأخير راجعا إلى فعل الإدارة التي تتوافر فيه شروط السبب الأجنبي ، بمعنى أن لا يكون لشركة المشروع دخل في وقوع الفعل المسبب للتأخير، أو حتى المساهمة فيه ، كما انه يجب أن لا يكون هذا الفعل متوقعا وقت إبرام العقد .

و لا يشترط أن يكون فعل الإدارة بالضرورة خطأ أو إهمال، فهناك حالات يكون فيها فعل الإدارة استعمالا لكامل حقها، فيكون مبررا لتأخير التنفيذ.

و من أفعال الإدارة التي اعتبرها الفقه مبررا لتأخير التنفيذ تأخر الإدارة في انجاز بعض الأعمال، منها عدم قيامها بتنفيذ التزاماتها المتعلقة بتسليم مواقع العمل لسبب من الأسباب.

#### **الفرع الرابع: الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة و تدريب العاملين عليها**

و تعرف التكنولوجيا بأنها " مجموعة المعارف اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى سلع وخدمات، و التي تستمد من العلم المجرد و تنبثق عن عملية البحث و التطوير، و التي تستهدف إدماج المعارف المجردة في الإنتاج بمعناها الواسع<sup>1</sup>."

---

<sup>1</sup> و قد عرفت لجنة مجموعة Légal Andin و هي لجنة منبثقة عن اتفاقية مبرمة بين عدد من دول أمريكا اللاتينية التكنولوجيا بأنها " مجموعة المعارف اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج الى منتجات و مجموع المعارف الخاصة بأداء الخدمات "

كما جاء في قانون السلوك لنقل التكنولوجيا الذي قامت بإعداده هيئة الأمم المتحدة أن عبارة نقل التكنولوجيا تعني نقل معلومات فنية تستعمل في إنتاج السلع أو في تطبيق طريقة أو في تقديم خدمات" ، و من أمثلة نقل التكنولوجيا نقل المعرفة و الخبرة الفنية بمختلف أشكالها<sup>1</sup>.

و ترجع أهمية التكنولوجيا لقضية التنمية، فضلا عن كونها وسيلة لتطوير الموارد الاقتصادية فإنها تعد عنصر جوهري من عناصر الإنتاج، بل هي العنصر الحاسم فيه، كما أن التطور التكنولوجي يشكل عاملا مؤثرا في معدل التنمية الاقتصادية.

و يعد نقل التكنولوجيا من أهم الالتزامات المترتبة على شركة المشروع في عقود الشراكة و ذلك نظرا لطول مدة العقد و لضخامة الاستثمارات التي يتضمنها، مما يستدعي الاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة و العمل على تطويرها باستمرار، و لا سيما انه يمكن للدولة المضيفة أن تطلب نوعا معينا من التكنولوجيا يتناسب و خططها التنموية.

و عليه تعد مشروعات الشراكة هي إحدى وسائل الاستثمار التي تنقل إلى الدولة المضيفة المال و التكنولوجيا ، فقد أكدت التجارب السابقة في مجال التنمية للدول النامية بشكل قاطع أن الأولوية المعطاة لرأس المال النقدي لم تعد ذات جدوى لتحقيق الاستثمار المطلوب للتنمية، إذ أن الحصول على رأس المال النقدي ليس فيه الحل الكافي لمشكلات التنمية و التخلف، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك اكتساب التكنولوجيا المتقدمة و السيطرة عليها بوصفها عنصرا جوهريا من عناصر التنمية ، لذا فإن الاتجاه المعاصر لم يعد يقصر مفهوم الاستثمار على حركة رأس المال النقدي و العيني، و إنما أصبح مفهوما شاملا لكافة عوامل الإنتاج و على رأسها التكنولوجيا الحديثة في حركتها عبر الحدود الدولية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عرفت اللجنة التنفيذية لغرفة التجارة الدولية التكنولوجيا الصناعية بأنها " تشمل المعارف المطبقة و الطرق و المعطيات الضرورية اللازمة للاستعمال الحي و الفعال للتقنية الصناعية و وضعها موضع التنفيذ "

<sup>2</sup> حسام عيسى : نقل التكنولوجيا دراسة في البات القانونية للتبعية الدولية ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 1987، ص

و على الغالب ما تتضمن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص نصوصا تلزم شركة المشروع باستخدام احدث الوسائل التكنولوجية في بناء و تشييد و استغلال احد المرفق العامة، باعتبار أن عقود الشراكة مع القطاع الخاص هي احد عقود نقل التكنولوجيا الحديثة للدولة المضيفة أو صاحبة المشروع.

و التزام شركة المشروع باستخدام التكنولوجيا الحديثة يقوم على استخدام المعدات و الآلات الحديثة و المتطورة في بناء المشروع و تشغيله، ثم تدريب الأيدي العاملة على استخدام هذه الآلات.

#### \* استخدام المعدات و الآلات الحديثة و المتطورة

يتعين على شركة المشروع استخدام احدث الآلات و المعدات في بناء المشروع و تشغيله حيث أن عقود الشراكة تعد من العقود الناقلة للتكنولوجيا، لا سيما إذا كانت الآلات و المعدات المستخدمة واردة من دولة تطبق وسائل تكنولوجية حديثة و متطورة.

و يثور التساؤل حول الحالة التي يتعارض فيها استخدام احدث الأساليب و المعدات الحديثة مع استخدام التكنولوجيا الوطنية؟

إن الكثير من الاتفاقات الدولية تستوجب على شركة المشروع استخدام أدوات و مواد محلية بل إن الخطوط الإرشادية للبنك الدولي تعطي أولوية لصالح البضائع المصنعة محليا، فهل إذا وجدت تلك الأفضلية بموجب عقود الشراكة يمتنع على شركة المشروع استيراد المعدات و الآلات، و استخدام المعدات المحلية فقط رغم أن المعدات المستوردة أكثر تطورا؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا السؤال إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى انه من الضروري الاعتماد على الآلات الوطنية لدولة المقر، أو الدولة المضيفة صاحبة المشروع.

الرأي الثاني: يرى أنصار هذا الرأي، و هو الرأي الراجح في نظرنا بعدم تفضيل المنتج المحلي إذا كان المنتج الأجنبي أكثر تطوراً، حتى تستطيع أن تقوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالدور الموكل لها و هو نقل التكنولوجيا إلى الدولة المقر.

#### \* تدريب الأيدي العاملة على هذه الآلات

و يتصل بالالتزام بنقل التكنولوجيا ضرورة تدريب عمال الإدارة المضيفة على استعمال و استخدام التكنولوجيا المستعملة في المشروع، حتى إذا انتقل إليها في نهاية مدة الالتزام تصبح قادرة على تشغيله.

و قد حرصت العديد من النظم القانونية على التأكيد على ضرورة مراعاة تدريب العمال المحليين أو العمالة الوطنية<sup>1</sup>.

و يعتبر تدريب اليد العاملة عملية ملازمة لعقود الشراكة، و لكنها لا تشكل دائماً مشروعاً خاصاً لشروط تدرج في العقد عندما يكون الموظفين المكلفين بتشغيل المشروع حائزين على تكوين كاف و خبرة عملية، بحيث يكفيهم بعض التدريب و التعليمات، و لكن الأمر يختلف عندما لا يكون لهؤلاء الموظفين خبرة عملية و لا تكوين فني، فعندئذ يكتسب تدريب الموظفين أهمية خاصة و يقتضي عندئذ إدراج هذه العملية في بنود العقد.

#### **الفرع الخامس: التزام شركة المشروع بالصيانة الدورية للمرفق**

لقد حرصت القوانين المنظمة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على التأكيد على التزام شركة المشروع بالصيانة الدورية للمرفق محل عقد الشراكة مع القطاع الخاص.

و قد يتم النص على التزام شركة المشروع بالصيانة في نصوص العقد، غير أن هذه الشركة تلتزم بالصيانة حتى و لو لم يكن منصوصاً عليه في العقد وفقاً لطبيعة الأمور، و قد تقوم

---

<sup>1</sup> نصت المادة الخامسة و الثلاثون (35) من التنظيمات القانونية الخاصة بالاستثمار الأجنبي في مشروعات الشراكة في الصين على أنه " تكون شركة المشروع مسؤولة عن تدريب الأشخاص المطلوبين لكي تكون لديهم القدرة المستقبلية لتشغيل المشروع و صيانتته بعد نقل ملكية المشروع "

الدولة بوضع جدول دوري للصيانة يرفق بعقد الشراكة، غير انه حتى في حالة عدم وجود جدول زمني للصيانة متفق عليه يجب أن تقوم شركة المشروع بعمل الصيانة الدورية للمرفق طيلة فترة التشغيل، لان هناك التزام على شركة المشروع بنقل ملكيته للدولة في نهاية فترة العقد و بحالة جيدة وصالحة للاستعمال<sup>1</sup>.

و للإدارة أن تراقب مدى اهتمام الشريك الخاص أو شركة المشروع بالصيانة عن طريق مراقبين فنيين يطلعون في كل الأوقات على مجرياتها.

و تحدد أوجه الصيانة الواجب الاعتناء بها و منها مراقبة القطع و الآلات و تجديدها و تغييرها وفقا لطبيعتها و طرق استهلاكها، حتى انه تلتزم شركة المشروع في بعض العقود بتأمين قطع الغيار للمشروع بعد انتهاء مدة العقد و تسليمه للإدارة.

و قد تنص بعض العقود على التزام شركة المشروع بتزويد الجهة الإدارية المتعاقدة صاحبة المشروع بقطع الغيار و التبديل للآلات و التجهيزات العائدة للمشروع بعد انتهاء مدة العقد و تسليم المشروع للإدارة، و ذلك بسبب ندرة هذه القطع في بعض الأحيان و عدم توفرها في السوق المحلية في أحيان أخرى.

و يتصل بالالتزام بالصيانة التزام شركة المشروع بتطوير المعدات و الآلات للمحافظة على كفاءة المرفق و قدرته على الاستمرار و مواكبة مستجدات الظروف، و لا سيما أن مدة العقد غالبا ما تكون طويلة بحيث تقتضي تطوير الآلات و المعدات و تغييرها جذريا إن اقتضى الأمر، فثمة مشاريع تستلزم في كل الأحوال تطويرا دائما للمعدات و الآلات، كمحطات الكهرباء و المطارات و الطرق و خصوصا ما يتصل بمشاريع الكمبيوتر و المعلوماتية.

---

<sup>1</sup> تنص المادة العاشرة (10) من قانون الشراكة المصري على انه " تلتزم شركة المشروع بالمحافظة على الأصول الخاصة بالتشغيل المشروع و موجوداته و حقوقه و صيانتها و العناية بها و استخدامها في الغرض الذي أعدت له "

## الفرع السادس: الالتزام بنقل ملكية المشروع

يعتبر نقل ملكية المشروع في نهاية مدة العقد إلى الدولة المضيفة التزاما أساسيا في عقود الشراكة مع القطاع الخاص، فبعد انتهاء مدة العقد تلتزم شركة المشروع بنقل ملكية المرفق موضوع العقد إلى الإدارة المضيفة بحالة جيدة.

إلا أن الأمر لا يتعدى نقل حيازة المشروع إلى الدولة و ليست ملكيته، لذا فان التسمية الصحيحة هي نقل حيازة المشروع إلى الدولة، حيث أن المشروع يبقى مملوكا للدولة غير أن الذي ينتقل هو حيازة الأراضي و المباني، و على ذلك فان ما تقوم شركة المشروع بنقله إلى الدولة هي الحيازة و ليست الملكية.

و الالتزام بنقل ملكية المشروع يجب أن يتم الاتفاق عليه تفصيلا في العقد، لان عقود الشراكة و لطول مدتها تولد انطباع قوي، كما تولد القرائن على ارض الواقع تشير إلى ملكية شركة المشروع للأرض و ما عليها، و قد تتذرع شركة المشروع بحيازتها للأرض و ما عليها لإثبات ملكيتها، لا سيما و حيازتها سوف تكون هادئة و مستقرة و ظاهرة طوال فترة العقد<sup>1</sup>.

و يذهب الدكتور عصام البهجي إلى انه قد يحدث أن تقوم الدولة فعلا بنقل ملكية ارض المشروع إلى الشريك الخاص بموجب إجراءات نقل الملكية، و تكون صحيحة و في الشهر العقاري وفقا للقوانين المنظمة لذلك ، لذا يجب تسجيل تفاصيل عقد الشراكة في السجلات المعدة لنقل الملكية في الشهر العقاري، بل يجب تسجيل عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بكل تفاصيله في أكثر من جهة رسمية و حكومية، حفاظا على حقوق الدولة و منع شركة المشروع من الادعاء بملكية المشروع في المستقبل، متذرة بحيازتها للأرض و ما عليها و وضع اليد طيلة مدة العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود الشراكة ppp ، مرجع سابق ، ص 268

<sup>2</sup> عصام احمد البهجي : عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، مرجع سابق ، ص 171

و الأصل هو انتقال الملكية بدون مقابل، لان شركة المشروع تكون قد استردت ما أنفقته في بناء المشروع مع الأرباح و الفوائد في أثناء فترة التشغيل، غير أن ذلك لا يمنع من أن ينص العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل أو تعويض رمزي بحسب الأحوال<sup>1</sup>، و يجب على شركة المشروع أن تنقل ملكية المرفق إلى الإدارة المضيفة بحالة جيدة و صالح للاستخدام، و للإدارة أن تتحقق من ذلك.

#### -ضمانات نقل ملكية المشروع:

حتى تتأكد الدولة من صلاحية المشروع و تسليمه لها في حالة جيدة للتشغيل و بذات الكفاءة التي كان عليها لدى شركة المشروع، يقع على الدولة عدة التزامات يجب أن تقوم بها حتى تضمن نقلا سليما للمشروع و هي:

1-مراقبة الدولة بنفسها قيام شركة المشروع بالصيانة الدورية المتجددة، و يحق للدولة ان تقوم بتعيين مندوبين عنها لحضور عمليات الصيانة و التحقق من الأسس العلمية التي تمت على أساسها، مع ضرورة إلزام شركة المشروع بالمواعيد الدورية للصيانة.

2-أن تقوم الدولة و قبل انتهاء العقد بوقت كاف بعمل اختبارات للمشروع و التأكد من قدرته الإنتاجية، و عمل تفتيش شامل عليه و بيان الإصلاحات المطلوبة و التعديلات و الاستبدالات اللازمة، حتى يعود المشروع إلى كامل طاقته الإنتاجية، و إلزام شركة المشروع بإجراء تلك التعديلات و الاستبدالات و الإصلاحات قبل نقل ملكية المشروع للدولة<sup>2</sup>.

و يجب أن تقوم بعمل تلك الاختبارات لجنة ذات دراية فنية واسعة بالمشروع القائم، بل و متخصصة في نفس نوعيته، و لا مانع من حضور مندوبين من شركة المشروع تلك الاختبارات حتى يكونوا على علم بالإصلاحات و التعديلات المطلوبة.

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة ابحت قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 279

<sup>2</sup> عمرو طه بدوي محمد علي : الالتزام بالضمان في عقود البناء و التشييد ، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2004 ، ص 29

و يجب أن تتم تلك الاختبارات قبل انتهاء مدة عقد الشراكة بوقت كاف ، كما يجب أن تكون الثلاثة سنوات (03) الأخيرة من عمر عقد الشراكة محل تفتيش و اختبار المشروع من قبل الدولة ، و على اللجنة التي تجري الاختبار أن تتأكد قبل تسليم المشروع إلى الدولة انه أصبح يعمل بذات الكفاءة التي كان عليها في بداية التشغيل ، و إذا تبين لها انه يعمل بكفاءة اقل، فيجب أن تبين التعديلات و الأدوات المطلوبة لكي يعود إلى أعلى كفاءة له خلال فترة التشغيل ، و تلتزم شركة المشروع بها ، فإذا لم تقم هذه الأخيرة بإجراء تلك التعديلات و الإصلاحات كما ورد في لجنة تقرير الاختبار، أو قامت بها و لكن تبين أن المشروع رغم القيام بتلك الإصلاحات لن يعود إلى مستوى كفاءته في بداية التشغيل، هنا يتعين على تلك اللجنة تقدير قيمة التعويض المستحق الذي يجب أن تدفعه شركة المشروع نتيجة لاستلام الدولة له بكفاءة اقل من الكفاءة التي كان عليها عند بداية التشغيل ، و غالباً ما تحدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تلك التعويضات<sup>1</sup>.

3- يجب أن تقوم الدولة بخصم مبالغ من شركة المشروع و تنشئ من هذه المبالغ رصيذا تستطيع أن تخصم منه أي مستحقات لها لدى شركة المشروع، بفتح حساب احتياطي منفصل لدى مؤسسة إيداع مقبولة للدولة، و يجب على شركة المشروع أن تقوم بتمويل ذلك الحساب الاحتياطي حتى يصل إلى مبلغ معين يكفي لسداد مستحقات الدولة.

---

<sup>1</sup> يقر فقهاء القانون المدني بوجود شروط لتسليم المشروع الى الدولة و لكي ينتج هذا التسليم آثاره يتطلب نوعين من الشروط

**الشروط الشكلية** : و تختلف هذه الشروط في فرنسا عنها في مصر ، ففي فرنسا فقد اشترط المشرع في القانون المدني أن يتم التسليم حضورياً بهدف مناقشة كافة المسائل الفنية و التحفظات التي يبيدها رب العمل ، أما في القانون المصري فلم يحدد ثمة شروط شكلية و إنما كل ما تتطلبه هو أن يقوم المقاول بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بعد تمامه مطابقاً لشروط و المواصفات و قواعد الفن المعماري حسب العرف الجاري في المعاملات و يكون ذلك عملياً بموجب محضر تسليم و تسلم .

**الشروط الموضوعية** : و تتمثل في انجاز الأعمال المعمارية محل العقد و مطابقة هذه الأعمال لما هو منصوص عليه في العقد من شروط و مواصفات

عمرو طه بدوي محمد على : مرجع سابق ص 29 و ما بعدها

و يشترط في هذا الحساب عدم إمكانية أو عدم السماح لشركة المشروع سحب أية مبالغ منه إلا بعد انتهاء نقل ملكية المشروع للدولة<sup>1</sup>، و بذلك تكون الدولة هي المدينة لشركة المشروع عند نقل الملكية، حتى تستطيع أن تخصم المبالغ المستحقة من ديونها من هذا الحساب، و حتى لا تتعرض الدولة في النهاية إلى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بمستحققاتها، و بعد أن ترفع شركة المشروع يدها عن المشروع بحالة سيئة لا سيما إذا كانت الشركة أجنبية لا تملك عليها الدولة سلطانا، و لا يكون أمام الدولة سوى اللجوء إلى المطالبة بتلك المبالغ أمام هيئات التحكيم و قوانين أجنبية لا تعطىها تعويضا كاملا في اغلب الأحيان .

4- إذا كانت الدولة قد قامت بنقل ملكية المشروع، أو نقل حيازته كما سبق القول إلى شركة المشروع بإجراءات نقل في الشهر العقاري، فيجب عليها أن تعيد نقله إليها بذات الإجراءات بعد انتهاء مدة العقد، و يحدد عقد الشراكة غالبا من يتحمل مصاريف النقل.

#### -أثار نقل الملكية

يترتب على نقل ملكية المشروع أو حيازته للدولة أن تحل الدولة محل شركة المشروع في جميع التزاماتها تجاه هذا المشروع فيما يتعلق بالحقوق و الواجبات، فتحل الدولة محل شركة المشروع في اقتضاء كافة الحقوق و المزايا المقررة، كما تحل محل شركة المشروع في أي ضمانات مازالت سارية، و يشترط أن تكون طبيعة تلك الحقوق و المزايا و الضمانات تقبل إحلال الدولة محل شركة المشروع فيها، أي لا تكون التزامات شخصية لشركة المشروع.

---

<sup>1</sup> و قد تقدم شركة المشروع إحدى خطابات الضمان الصادرة من احد البنوك كضمان لنقل الملكية و خطابات الضمان هي إحدى عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن مجرد توقيع البنك حيث أن توقيع البنك يترتب للمستفيد المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي من خزانة البنك و هنا يقدم البنك توقيعه للعميل مقابل عمولة يراعى في تحديدها المخاطر التي يتعرض لها نتيجة إخلال عميله بتنفيذ التزامه قبل المستفيد ، و خطاب الضمان على هذا النحو هو صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله يتعهد به بدفع مبلغ من المال أو قابل للتعيين خلال مدة معينة إلى المستفيد دون قيد أو شرط

و يحق لشركة المشروع الحصول على الأدوات المملوكة لها و التي لا تتعلق بتشغيل المشروع و إدارته و ذلك، كالسيارات المملوكة لها و خلافه، لكن بشرط أن لا تكون من الأصول المنقولة للمشروع<sup>1</sup>.

و الأصل أن تتم نقل ملكية المشروع دون مقابل، فشرية المشروع غالبا ما تكون قد استردت ما أنفقته في بناء المشروع في فترة التشغيل، فضلا أن تحقيقها قدرا من الربح، غير انه قد يتم النص في العقد على حصول شرية المشروع على تعويض عادل أو تعويض رمزي عند قيامها بنقل ملكية المشروع للدولة، هنا يتعين على الدولة دفع هذا التعويض المتفق عليه.

كما يجب أن يتم الاتفاق على أحكام نقل الملكية في العقد ذاته أي في عقد الشراكة<sup>2</sup>، و عند انتقال المشروع إلى الدولة تكون للدولة مطلق الحرية في التصرف فيه، فقد تقوم بإدارة المشروع بنفسها، و قد ترى منحه لشرية أخرى لإدارته، و قد تجد أن من مصلحتها استمرار شرية المشروع السابقة في إدارته و تشغيله.

و عليه و في حالة عدم استمرار الشريك الخاص أو شرية المشروع الحالي في تقديم الخدمات، أو عدم استمراره في تسيير و تشغيل المرفق العام الذي قام بإنشاءه، أي عند انتهاء مدة العقد المتفق عليها بين الطرفين ( شرية المشروع و الجهة الحكومية )، فان الهم الرئيسي للحكومة أو للجهة الحكومية ( الإدارة المعنية ) هو ضمان الانتقال الهادئ و السلس الخالي من المشاكل لعملية تقديم الخدمة، سواء كان ذلك للوكالة الحكومية نفسها أم الشريك الخاص الجديد ( شرية المشروع الجديدة ) .

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 305

<sup>2</sup> تنص المادة العاشرة (10) من قانون الشراكة المصري " ..... و يجب ان يتضمن عقد المشاركة الأحكام المنظمة لملكية منشآت المشروع و أصوله أثناء مدة العقد و عند انتهاءه و انتهاءه المبكر " كما نصت المادة الرابعة و الثلاثون (34) في فقرتها الثانية (2) 2/34 " يجب ان يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي ..... ملكية أموال و أصول المشروع و التزامات الأطراف المتعلقة بتسليم و استلام مواقع المشروع و أحكام نقل الملكية في نهاية المشروع "

## الفصل الثاني: تسوية النزاعات الناشئة عن التنفيذ و نهاية عقد الشراكة

يقوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أساس الثقة و الالتزام المتبادل و الرؤية المشتركة.

و الثقة مهمة لبث الطمأنينة و غرس الثقة بالنفس و التشجيع على تبادل الأفكار، أما الالتزام المتبادل فيسمح بإدخال التطورات و التحسينات على النظم التقنية من قبل جميع أطراف الشراكة ، بينما يأتي تحقيق الرؤية المشتركة عبر الإجماع على تحقيق الأهداف بصفة عامة و تتصف الشراكة مع القطاع الخاص الناجحة بالوضوح و الصراحة، و الانفتاح و الابتكار و الفرص المتكافئة، و اقتسام المخاطر و فض المنازعات من خلال حل المشاكل<sup>1</sup>.

و رغم ذلك قد تنشأ بعض النزاعات بين أطراف الشراكة خلال فترة تنفيذ المشروع، و هنا يتعين أن يتوفر العقد على وسيلة لحل النزاعات بين أطراف الشراكة، مع العمل في الوقت نفسه على تقليل المخاطر و هدر الموارد و زعزعة الثقة بين الشركاء و أصحاب المصلحة. و قد تختلف طرق حل النزاعات باختلاف الدول و العقود، و هو ما سوف نتناوله في المبحث الأول أي أساليب فض النزاعات و الاعتماد على التحكيم في عقود الشراكة .

كما أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي عقود مؤقتة و محددة لمدة معينة، فإذا عهدت الإدارة إلى احد أشخاص القانون الخاص بمهمة إنشاء و تسيير مرفق عام، فلا يعني ذلك أنها عهدت بهذه المهمة بصفة نهائية و مطلقة، فمن غير المتصور أن يكون عقد الشراكة مع القطاع الخاص من العقود الأبدية لما يمثله من تخلي و تنازل السلطة عن مهامها في تنظيم و تسيير المرفق العام، لذا فان عقد الشراكة هو عقد له نهاية و هذه النهاية لها عدة طرق و هو ما سوف نتناوله في المبحث الثاني عن طرق نهاية العقد .

<sup>1</sup> ليث عبد الله القهوي ، بلال محمود الوادي : الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، مرجع سابق ، ص 177

## المبحث الأول: فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد

يتم عادة تجنب النزاعات في العلاقات التعاقدية، و لكن التجربة تظهر انه بالرغم من جميع الاحتياطات التي يتم اتخاذها من قبل الأطراف المتعاقدة و الترتيبات المتماثلة، إلا أن النزاعات تنشأ ، و من ثم لابد من تقديم آليات فعالة للتعامل مع مثل هذه النزاعات<sup>1</sup>.

و السؤال الذي يطرح هنا هو ماهي الوسائل و الإجراءات المتوفرة لحل هذه النزاعات؟ بالنسبة لمبادرة التمويل الخاصة في بريطانيا ( PFI )، فنتم تسوية النزاعات وفق احد المستويات الثلاثة التالية:

- أن يتفاوض طرفا العقد لمدة زمنية محددة في محاولة للوصول الى اتفاق رضائي متبادل.
- إذا فشلت المفاوضات يجوز للطرفين وضع قضيتهم أمام خبير ليقرر الأمر فيها، و يعين الخبير من قائمة الذين يتم تعيينهم طبقا لما تضمنه العقد.
- إذا لم يرضى أي طرف بقرار الخبير يجوز إحالة الموضوع إما إلى التحكيم، أو إلى المحكمة للوصول إلى قرار نهائي ملزم، طريقة تعيين المحكم يجب أن يكون منصوص عليه في العقد.

أما المشرع الفرنسي فقد اوجب أن يتضمن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص كيفية فض و تسوية النزاعات و شروطها، على أن يكون ذلك بالرجوع إلى التحكيم مع تطبيق القانون الفرنسي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 440

<sup>2</sup> Article 11 de l'ancienne loi « un contrat de partenariat ..... Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans les quelles il peut le cas échéant être fait recours a l'arbitrage avec application de la loi française »

Article 90 de la nouvelle loi « les acheteurs peuvent recourir a l'arbitrage tel qu'il réglé par le livre du code de procédure civile pour le règlement des litiges relatif a l'exécution des Marchés de partenariat avec application de la loi française »

أما القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم عقود الشراكة، فقد أجاز الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الشراكة بطريق التحكيم أو غيره من الوسائل لتسوية المنازعات غير القضائية، بعد موافقة اللجنة العليا للمشاركة، و طبقا لما يتفق عليه بعقد الشراكة<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: التسوية الودية للنزاعات

في غالب الأحيان لا يكون التماس التقاضي أمام المحاكم أو رفع الدعاوى القضائية هو الأسلوب الأمثل لتسوية النزاعات في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، ذلك انه ليس من المجدي و لا من الممكن من الناحية العملية أن يتم اللجوء إلى القضاء للبت في كل نزاع ينشا في إطار عقد الشراكة ، فالوقت من ذهب، كما أن مجرد تأخير عابر و طفيف قد تترتب عليه حالات تأخير تمتد لفترات طويلة و على نطاق واسع، بالإضافة إلى أن المثول أمام المحاكم قد تؤثر في نفسية المتعاقدين ، زد على ذلك فان التكاليف المالية المتكبدة في هذا الخصوص تكون في معظم الأحيان مرتفعة .

و لضمان إقامة علاقة شراكة متميزة يمكن اللجوء إلى جملة من البدائل التي يمكن أن تحل محل الإجراءات القضائية، و تقوم مقام المحاكم، و تعرف هذه البدائل بمسمى " الأنظمة البديلة لتسوية النزاعات"، و في حالة اتفاق الأطراف على التماسها فان تفاصيلها تكون في العادة مدرجة في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

و في كل الأحوال حتى و إن لم يرد أي نص بخصوص تلك الأساليب في عقد الشراكة فان من الجائز أن يتم الاتفاق على احد تلك الأساليب من قبل الأطراف بعد وقوع النزاع<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الخامسة و الثلاثون (35) من قانون الشراكة المصري على " يخضع عقد الشراكة لأحكام القانون المصري و يقع باطلا كل اتفاق يتم على خلاف ذلك و يجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم او غيره من وسائل تسوية النزاعات غير القضائية و ذلك طبقا لما يتفق عليه في عقد الشراكة "

<sup>2</sup> ليث عبد الله القهوي ، بلال محمود الوادي : الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، مرجع سابق ، ص 180

و يمكن تعريف هذه الوسائل بأنها مجموعة من الإجراءات تهدف إلى تسوية النزاع بطريق غير قضائي أو تحكيمي بصفة عامة، و لكن ليس بالضرورة، لان الإجراءات البديلة لتسوية النزاعات تقتضي تدخل أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الأطراف بغرض الوصول إلى حل سلمي للنزاع<sup>1</sup>.

و تتسم إجراءات الوسائل البديلة لتسوية النزاعات بخصائص مشتركة تتمثل في:

- إن جميع الوسائل البديلة ذات طبيعة رضائية، فلا يمكن إلزام أحد الأطراف بالالتجاء إليها ما لم يرضى بذلك.

- تهدف هذه الإجراءات في مجملها إلى تسوية النزاعات مع استمرار في تنفيذ العقد، دون المساس بحقوق الأطراف طوال مدة العقد.

- و من ناحية أخيرة قد تستخدم هذه الوسائل البديلة ليس فقط بغرض تسوية النزاعات قبل الالتجاء إلى التحكيم أو القضاء، بل قد يستخدمها الأطراف من الناحية الإستراتيجية لتقييم موقفهم القانوني في حالة الالتجاء إلى التحكيم، فقرار الخبير أو الموفق قد يعطي انطباعا عما يحكم به المحكم إذا تم إحالة النزاع إلى التحكيم<sup>2</sup>.

و تتعد صور الوسائل البديلة لتسوية النزاعات منها التفاوض، الخبرة، التوفيق، الوساطة، الصلح، المحاكم المصغرة و مجالس حل النزاعات وفقا للقواعد الجديدة للفيديك .

### الفرع الأول: التفاوض

و هي عملية تتبادل فيها الأطراف المعنية وجهات النظر في المشكلة رغبة في تسويتها قبل تفاقمها إلى نزاع يصعب حله.

و عليه فان التفاوض هو حوار بين طرفين أو أكثر لمحاولة فض الخلاف الواقع بينهما حول

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،

مرجع سابق ، ص 372

<sup>2</sup> طه محييد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، مرجع سابق ، ص 297

موضوع معين، بهدف تقريب وجهات النظر و الوصول إلى اتفاق يرضي جميع الأطراف، و غالبا ما يتم الوصول إلى هذا الاتفاق من خلال تنازلات متبادلة يجريها أطراف التفاوض.

غير أن التفاوض في موضوع ما قد يبدو امرا صعبا و تحتاج الأطراف المعنية إلى من يقوم بمهمة تسهيل هذا التفاوض، لذا فقد يقوم أطراف النزاع بتعيين ميسر للتفاوض في بداية المشروع، حيث تحدد مهمته في مساعدة الأطراف للوصول إلى حل أي نزاع قد يطرأ بينهم دون أن يقدم إليهم حلا بشأن المسائل المعروضة، بل يساعدهم على تحليل و إيضاح المسائل الخاصة بالموضوع، و يرسم صورة كاملة للنزاع و يحدد اتجاهاته و مؤشراتته دون أن يتدخل لحسم النزاع، فدوره هو تهيئة البيئة لحل النزاع بإجراء التفاوض في إطار ناجح.

و قد وضع البنك الدولي قواعد استرشادية في مجال الاستثمارات الأجنبية ترغب نحو التفاوض بين الأطراف المتنازعة لحل نزاعاتها قبل اللجوء إلى التحكيم.

و تنظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص شروط و إجراءات التفاوض من خلال مدة معينة يتم فيها التفاوض قبل اللجوء إلى أي وسيلة أخرى، و غالبا ما يتم التفاوض بين أشخاص لا تنتمي إلى طرفي النزاع، أو ممن ليس لهم دخل في النزاع ضمانا للموضوعية و الحيادية.

و تتضمن مبادرة التمويل الخاصة في بريطانيا على انه لو أثير نزاع يتعلق بأي أمر في هذا العقد ( عقد الشراكة )، فيجب على الجهة الإدارية و المتعاقد ( شركة المشروع ) بحسن النية لمحاولة الوصول إلى اتفاق بشأن المسألة المتنازع عليها .

كما تعد المفاوضات من أفضل الوسائل لتسوية النزاعات، لما لها من مرونة و هي تقوم على الاتصال المباشر بين الأطراف لتسوية نزاعهم<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، ورجع سابق ، ص 453

و للأطراف القائمين على التفاوض الحرية المطلقة في الأخذ بها أو قطعها أو تأجيلها، و على المفاوض طرح طلباته تدريجيا، فلا يعرضها مرة واحدة حتى لا تكون محلا لقبول بعضها و رفض البعض الآخر.

و مثال ذلك ما نص عليه عقد الشراكة المبرم بين جامعة الإسكندرية و شركة البريق للمستشفيات، على تسوية النزاعات الناشئة عن العقد عن طريق التفاوض بين الطرفين للوصول إلى حل ودي خلال عشرة (10) أيام من تاريخ إخطار احد الطرفين للطرف الآخر بذلك، ثم أناط بلجنتي الرقابة على الأداء و الشراكة تسوية النزاعات التي تثور بين الطرفين بطريقة ودية، و قد نظم عقد الشراكة ماهية و تشكيل و مهمة هاتين اللجنتين<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التوفيق

إن التوفيق هو الوسيلة الثانية التي يتم اللجوء إليها في حال فشل المفاوضات في الوصول إلى حل النزاع القائم.

و قد ذهب البعض إلى تعريف التوفيق بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية.

كما عرفه البعض الآخر بأنه " اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية من خلال طرف موفق، أو هيئة توفيق تكون مهمتها تحديد المواضيع محل النزاع، و تقترح الحل الذي

---

<sup>1</sup> لجنة الرقابة على الأداء : هي اللجنة المنوطة بها مراقبة أداء المشروع أثناء فترة العقد بدءا من مرحلة نفاذ العقد و مرورا بمرحلة البناء و التجهيز و وصولا إلى إصدار شهادة القبول و مرحلة الإتاحة ، كما لها صلاحية تسوية المنازعات التي تثور بين طرفي العقد في مراحل العقد المختلفة ، و تتشكل من ثلاثة أعضاء يكون لكل منهم حق التصويت من ممثل الجامعة و ممثل لمقدم الخدمة و الخبير الفني المستقل او الخبير المالي المستقل حسب الأحوال .

لجنة الشراكة : هي لجنة المنوط بها حل النزاعات التي تثور بين طرفي العقد بشكل دوري ، كما يحال إليها ما يفشل الطرفين في تسويته بطريقة ودية كما أنها بمثابة جهة تظلم من القرارات الصادرة من لجنة الرقابة على الأداء ، و تتشكل هذه اللجنة من ثلاثة أعضاء ممثلين للجامعة و ثلاثة أعضاء ممثلين لمقدم الخدمة ، و يجب على اللجنة مراجعة و دراسة النزاع و طرق التسوية المقترحة و إصدار قرار خلال ثلاثين يوما من تاريخ إحالة النزاع إليها طبقا للبند ( 42-1 -2)

تراه مناسب سواء قبله الأطراف أم لا.

و رأي ثالث يقول بأنه طريق ودي لفض النزاعات عن طريقه، تستطيع الخصوم بأنفسهم أو بمساعدة شخص من الغير الاجتماع و التشاور و الوصول إلى حل منهي للخصومة، فإذا نجح الخصوم في التوصل إلى هذا الحل يحررون به محضر رسمي موقعا منهم و من الشخص المختار للتوفيق بينهم.

و التوفيق قد يكون اختياريا عندما لا يكون هناك أي التزام على طرفي المنازعة باللجوء إلى التوفيق كوسيلة لحسم النزاع، و يتم التوفيق في هذه الحالة بعيدا عن إشراف و رقابة القضاء و قد يكون التوفيق إجباريا، إذ يفرض المشرع في بعض النزاعات نظرا لطبيعتها حيث يكون لازما على طرفي النزاع ولوج طريقة التوفيق أولا قبل محاولة حله بوسيلة أخرى.

و يحدد الأطراف إجراءات التوفيق، و في حالة عدم وجود اتفاق يقوم الموفق بوضع إجراءات التوفيق، ما لم يكن التوفيق بمعرفة احد المراكز المتخصصة فيعمل بنظام المعمول به لدى هذا المركز.

و يختلف التوفيق عن الوساطة في أن الموفق يقوم بدراسة الأمر و مناقشته بين طرفي النزاع، في حين أن الوسيط يقوم بمقابلة كل طرف على حدى و يسمع منه وجهة نظره، ثم يجتمع بهما للوصول إلى حل وسط يرضي الطرفين، لذا يرى البعض أن الوسيط ما هو إلا موفق لكن دوره أكثر فاعلية.

و يشترط للجوء إلى التوفيق في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص موافقة طرفي النزاع نظرا لطابعه الاختياري في هذا العقد، و بمجرد الاتفاق على ذلك يقوم الموفق بدراسة الأمر و إبداء ما يراه من حلول غير ملزمة للطرفين، و يجب أن يلتزم فيما يقترحه من حلول بمبادئ الحياد و العدل و الإنصاف، و إذا وافق أطراف النزاع على الحلول المقترحة يتعين توقيعهم على قبول اقتراحات التسوية، و بمجرد التوقيع يصبح هذا الاتفاق واجب و ملزم للطرفين.

و تنتهي عملية التوفيق بالتوقيع على الحلول المقترحة أو رفضها، أو انسحاب احد طرفي النزاع أو كلاهما باتفاق الطرفين على إنهاء إجراءات التوفيق.

### الفرع الثالث: الخبرة الفنية

تنشأ أثناء تنفيذ العقد الكثير من النزاعات و الخلافات في وجهات النظر بين الأطراف المعنيين، هذه الخلافات قد تكون لها طبيعة فنية و تتعلق على سبيل المثال بكيفية تنفيذ الأعمال أو تسليم جانب منها، أو تحديد نوعية الآلات أو المعدات التي يقوم بتوريدها أو تركيبها و استعمالها.

و قد تتصل هذه الخلافات بطريقة حساب الفواتير أو كيفية احتساب فروق أسعار العملة و أساس حسابها<sup>1</sup>، أو غير ذلك من الخلافات الأخرى ، ففي هذه الخلافات الفنية أو الحسابية يتم اللجوء إلى خبير متخصص لتسوية هذه النزاعات أول بأول و بأقل تكلفة ممكنة، و دون تأثير عن حسن العلاقة بين الأطراف، و لذا نجد الكثير في عقود الشراكة مع القطاع الخاص، و هي عقود طويلة المدة بطبيعتها، الاتفاق على إحالة هذه النزاعات ذات الطبيعة الفنية أو المالية إلى خبير متخصص، أو مجلس من الخبراء المتخصصين يتم تسميتهم في العقد، أو وضع أسس اختيارهم، و يتفق على تنظيم القواعد الإجرائية الخاصة بطريقة قيامهم بعملهم و نفقاتهم .

أما عن القرارات التي يصدرها الخبير فلاصل أن قرارات هؤلاء الخبراء غير ملزمة، بمعنى أنها لا تمنع الطرف الذي يعترض عليها من اللجوء إلى التحكيم بعد ذلك، وقد يتم الاتفاق على أن تكون لبعض هذه القرارات طبيعة ملزمة، و خاصة في النزاعات المالية ذات القيمة

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص

الضئيلة، و التي لا تتجاوز قدرا معيناً، إذ انه يحسن حسم هذه النزاعات أول بأول و لا يتصور معه اللجوء إلى التحكيم بشأنها، أما باقي النزاعات فبطل القرار فيها غير ملزم<sup>1</sup>.

## الفرع الرابع: الصلح و الوساطة

### أولاً: الصلح

يعرف الصلح بأنه " اتفاق بين الأطراف على إنهاء النزاع "، و قد عرفه البعض بأنه " عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو توقيان به نزاعاً محتملاً "، و هو نفس التعريف الذي منحه المشرع الفرنسي للصلح .

من خلال هاته التعاريف يتضح بان الصلح قد يكون بالنسبة لنزاع قائم بالفعل أو نزاع محتمل.

و يأتي الصلح في أي مرحلة من مراحل النزاع، فقد يأتي الصلح أثناء إجراءات التحكيم أو أثناء عرض النزاع أمام القضاء، و قد يأتي الصلح قبل رفع الدعوى أو اتخاذ إجراءات التحكيم، و قد يتم الصلح قبل اثار النزاع و بمجرد ظهور توتر في العلاقة بين الأطراف المتنازعة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> اخذ نموذج الفيدك بهذه الوسيلة فنص على تعيين خبير يتم اختياره وفقاً لشروط خاصة فإذا لم يتفق الأطراف على تسمية خبير بعينه تم تعيين خبير يسمى مجلس فض المنازعات يتكون من ثلاث أشخاص يقوم كل طرف بتسمية عضو للموافقة عليه من الطرف الآخر و على الطرفين التشاور مع هاذين العضوين و يتفقا على العضو الثالث الذي يعمل رئيساً و يكون كل طرف من أطراف العقد مسؤولاً عن سداد نصف النفقات التي تؤدي إلى الخبير أو إلى مجلس الخبراء المعين ، كما يضع العقد القواعد الخاصة بتبديل أو تغيير احد هؤلاء الأعضاء في حالة عدم قدرته على استكمال مهامه أو في حالة عجزه أو بسبب الوفاة ، و عند إحالة النزاع إلى مجلس الخبراء أو الخبير فانه يجب أن يصدر قراره خلال 84 يوماً من تسلمه لهذه الإحالة و إذا لم يرتضي أي من طرفي العقد قرار الخبير أو مجلس فض النزاعات فيجوز لأي منهما خلال 28 يوم من تسلم القرار أن يخطر الطرف الآخر بعدم قبوله لقرار الخبير أو مجلس الخبراء و إذا صدر قرار بشأن الأمر المتنازع عليه و لم يصدر أي طرف ما يفيد عدم رضائه خلال 28 يوم من تسلمه قرار الخبير أو مجلس الخبراء أصبح القرار نهائياً و ملزماً للطرفين ، و بعبارة أخرى فان قرارات الخبير وفقاً لنموذج الفيدك تعتبر ملزمة إذا لم يعترض عليها أي من الطرفين خلال المدة التي يحددها العقد .

<sup>2</sup> ابراهيم احمد ابراهيم : اختيار طرق التحكيم و مفهومه ، مجلة المحاماة المصرية ، العدد 1 لسنة 2001 ص 566

و يختلف الصلح عن التحكيم، و إن كان يعد وسيلة لفض النزاعات بعيدا عن قضاء الدولة غير انه يقتضي التضحية المتبادلة للأطراف، و على وجه التقابل عن كل أو بعض ما يتمسكون به للوصول إلى نقطة توازن ترضي الطرفين، أما في التحكيم فلا ينزل الخصوم عن كل أو بعض ما يتمسكون به، بل ينحصر اتفاق الأطراف على مجرد اختيار محكم أو أكثر للفصل فيما يثور بينهما من نزاع بصدد تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره، عن طريق حكم يلتزم بمقتضاه الخصوم دون أن يكون لهم دخل في إصداره أو تحديد مضمونه.

### ثانيا: الوساطة

و يقصد بالوساطة لجوء أطراف عقد الشراكة إلى طرف آخر لمساعدتهم لحل الخلاف بينهم و الوصول إلى اتفاق يجنبهم الكثير من الجهد و الوقت و النفقات، إذا ما لجئوا إلى التحكيم أو القضاء.

و يهدف هذا الأسلوب إلى مساعدة الأطراف المتنازعة إلى الحديث مع بعضهم البعض بهدف حل الخلافات التي قد تنشأ بينهم، و إزالة سوء التفاهم حول نقاط الاختلاف من اجل تجنب الوقوع في ساحات القضاء.

و يشترط في هذا الأسلوب أن يكون الوسيط مؤهلا تماما لتقديم المساعدة للأطراف المتنازعة علما بان القرار الصادر عن هذا الوسيط هو قرار غير ملزم للأطراف، فالوسيط لا يجوز له تنفيذ الاتفاق الذي انتهى إليه الطرفان بناء على اقتراحه، حيث لا يمكن فرض الحل عن طريق الوساطة على المتنازعين و لا يتصف بالإلزام<sup>1</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن الوساطة كوسيلة لحل النزاعات تهدف إلى اختصار الوقت و الجهد، نظرا لأنها لا تستغرق وقتا طويلا مثل الدعوى في القضاء الذي تستمر لعدة سنوات، كذلك تختصر الوساطة النفقات و المصروفات مثل أتعاب المحاماة مثلا.

---

<sup>1</sup> هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص

## الفرع الخامس: المحكمات المصغرة و مجالس المطالبات

### أولاً: المحكمات المصغرة

و هي وسيلة من وسائل فض النزاعات بطريقة ودية في عقود الشراكة مع القطاع الخاص حيث تشكل هيئة من ثلاثة أفراد، اثنان منهما يمثلان طرفي العقد، على أن يكون من الموظفين في مستوى الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، ثم يقوم هذان الطرفان باختيار الرئيس ، و الرئيس يجب أن يكون محايد، و عند الاختلاف في اختيار الرئيس يتم تعيينه بمعرفة جهة محايدة كغرف التجارة أو مراكز التحكيم .

و يحال إلى الهيئة أي نزاع لإعداد مشروع التسوية، و إذا تعذر عليهم ذلك يقوم رئيس الهيئة بإعداد مشروع التسوية و عرضه على طرفي العقد.

يلتزم طرفي العقد بعدم اللجوء إلى التحكيم أو القضاء أثناء نظر الهيئة للخلاف، لكن لا يكون مشروع التسوية ملزماً للطرفين.

و يهدف هذا الأسلوب إلى حل الخلافات بين طرفي العقد بما يضمن الوصول إلى حلول ودية مرضية و بأقل جهد و وقت و تكلفة.

### ثانياً: مجالس المطالبات

يطبق هذا النظام غالباً في تسوية النزاعات المتعلقة بعقود الإنشاءات، حيث ينشأ مجلس ثلاثي في بداية المشروع، يعين المقاول عضواً و يعين المالك العضو الآخر و يختار العضوان الثالث رئيساً للمجلس، و يسلم لكل عضو صورة من عقد المقاول و جداول التنفيذ و محاضر الاجتماعات، لمراجعة أي مطالب يقدمها المقاول، أو أمر بتعديل يصدره المالك و يصدر بشأنه توصية غير ملزمة للأطراف.

هذا النظام يتميز بأنه يسمح بنظر أي خلاف في بداياته، و يساعد على حله في ضوء توصيات المجلس.

و على الرغم من أن هذه الأحكام غير ملزمة للطرفين، إلا انه يبين للطرفين حكم القانون إذا ما أصر الطرفان على اللجوء إلى محاكم الدولة أو التحكيم ، لذلك فهو يشكل دافعا قويا و أساسا واضحا للتفاوض للتوصل إلى حل ودي يقبل به كلا الطرفين، بعد أن أضحي لكل منهما موقفه من الناحية القانونية .

### المطلب الثاني: اللجوء إلى التحكيم

يعد التحكيم من ابرز المظاهر الرئيسية لتشجيع القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي في الدخول بالأعمال التشاركية مع الدول و الحكومات لإنشاء و تسيير مرفقها العامة، لان المستثمر و خاصة الأجنبي يشترط قبل القيام بأي عمل من هذا النوع أن يدرج بند التحكيم نظرا للمنافع التي يحققها<sup>1</sup>.

و قد جرى العمل على تضمين عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص النص على فض النزاعات التي تثور بصدد هذه العقود عن طريق التحكيم، لما يتميز به من مزايا غير موجودة في القضاء و هي السرية، السرعة و بساطة الإجراءات، و التخصص لدى المحكمين، و الحرية التي يتمتع بها أطراف النزاع في اختيار نوع التحكيم و المحكم و القانون الواجب التطبيق ، مكان و زمان التحكيم<sup>2</sup>.

و عليه فقد سارعت اغلب الدول بما فيها الجزائر لتكريسه في قوانينها الوطنية، حيث كان المشرع الجزائري رافضا لفكرة التحكيم في بداية عهد الاستقلال، حيث جاءت المادة 3/441 من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 بمنع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم ، إلا أن الإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها الدولة، و التغيرات السياسية التي عرفها نظام الحكم في الجزائر اصدر قوانين تحفيزية تمنح حماية و ضمانات و امتيازات متنوعة، و قد اقر بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و اتبعه بإقرار هذا المبدأ في قوانين الاستثمار .

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 450

<sup>2</sup> حسن عبد الله حسن: عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة، مرجع سابق ، ص 164

كما تبني المشرع الجزائري معيارا جديدا لتحديد دولية التحكيم، إذ يعد دوليا متى كان محله نزاعا يتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، و هو ما جاء في المادة 1039 من قانون 25 فيفري 2008<sup>1</sup>.

و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري أكد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لمسايرة متطلبات التجارة الدولية طبقا لنص المادة 24/1040.

لهذا سوف نتكلم عن التحكيم بمفهومه العام من خلال تعريفه و صورته و مبررات اللجوء إليه، ثم نتكلم عن التنظيم القانوني للتحكيم في عقد الشراكة.

### الفرع الأول: مفهوم التحكيم

#### أولا : تعريف التحكيم و صورته

يعرف التحكيم على انه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، حيث ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم.

و يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه " شكل بين أطراف متنازعة تختار فيما بينها شخصا أو عدة أشخاص تفوضهم، و بشكل صريح لحل نزاع في عقد قانوني، ينجم خلال تنفيذه خلاف بأن معه استحالة وجود حل ودي أو إداري بينهم لإنهاء هذا النزاع".

و قد قيل في التحكيم بان أوله اتفاق و أوسطه إجراء و آخره حكم، فهو عمل مصدره الاتفاق

---

<sup>1</sup> قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة 1039 منه تنص على " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل

<sup>2</sup> المادة 1040 من نفس القانون تنص على انه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي "

أي اتفاق الأطراف ، و يخضع في إجراءاته لأحكام و أصول المحاكمات أو لنظام إجراءات مؤسسة التحكيم، و ينتهي بحكم يصدر في المنازعة المعروضة على المحكم<sup>1</sup>.

كما عرفته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصري بأنه " الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، و ذلك بحكم ملزم للخصوم" ، و التحكيم يتميز بعدة خصائص أهمها:

#### -بساطة الإجراءات :

يتميز التحكيم ببساطة الإجراءات و سرعتها في مواجهة البطء الشديد لإجراءات التقاضي أمام المحاكم، إذ أن القضاء يتميز بإجراءات معقدة و طويلة و متعددة الدرجات، بينما في التحكيم يحدد الأطراف إجراءات التحكيم.

#### -الحفاظ على السرية:

فقد يرى طرفا النزاع المحافظة على سرية منازعاتهم أمام المحكمين، و لذلك يتميز التحكيم بسرية إجراءاته إذا أراد الأطراف ذلك، و تعتبر السرية في نطاق العقود التجارية الدولية مسألة مهمة، لان الأمر يتعلق بأسرار مهنية و اقتصادية قد يترتب على إعلانها الإضرار بمراكز أطراف العلاقة، أما التقاضي أمام المحاكم فيسود مبدأ العلانية كل إجراءاته.

#### -تعيين المحكمين من قبل أصحاب العلاقة:

يتميز التحكيم أيضا بأنه يعطي أطراف العلاقة قدرا كبيرا من الحرية في تحديد المحكمين الذين سينظرون في النزاع، و لا يشترط فيهم أن يكون من القضاة، مما يعني انه يمكن اختيار المحكمين من الأشخاص ذوي الخبرة بموضوع النزاع.

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 437

## -إرادة طرفي النزاع:

إن أساس نظام التحكيم هو إرادة أطراف النزاع الذين يفضلونه على قضاء الدولة، و يحددون عدد المحكمين إذا اقتضى الأمر، كما يعينون مكان التحكيم و نوعه و إجراءاته و القواعد و القوانين التي يخضع لها، و على ذلك فان التحكيم يقتضي في غالب الأحيان و لا سيما في العقود الدولية التي يكون احد أطرافها على الأقل أجنبيا أمرين:

الأمر الأول: استبعاد قضاء الدولة و تعويضه بهيئة تحكيم يختارها الأطراف، و يعهدون إليها ببعض النزاعات التي قد تنشأ بينهم.

الأمر الثاني: استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع، و اختيار قانون أجنبي لتطبيقه على العقد.

## صور التحكيم :

هناك صورتان أساسيتان يتم افرغ فيهما التحكيم:

### \* شرط التحكيم La Clause Compromissoire :

يدرج شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي، و يمكن أن يتفق عليه في ملحق بهذا العقد، و مع ذلك يجب أن يكون سابقا على قيام النزاع فهو يواجه نزاعا محتملا. و بعبارة أخرى هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن العقد، و الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من نزاعات مستقبلا بشأن العقد.

### \* مشاركة التحكيم Compromise

و هو اتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع و لو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام القضاء أو جهة قضائية.

أو هو اتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع، و بمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و مكان و إجراءات التحكيم، و قد يحددون القانون الذي يطبقه المحكمين<sup>1</sup>.

و من الملاحظ أن الفارق الجوهرى بين شرط و مشاركة التحكيم يكمن في توقيت نشوب النزاع، فإذا تم الاتفاق على التحكيم في أثناء أو بعد إبرام العقد و لكن قبل نشوب النزاع فإننا نكون أمام شرط التحكيم، أما إذا تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد إبرام العقد و نشوب النزاع فإننا نكون أمام مشاركة التحكيم.

و يرى البعض أن مشاركة التحكيم أكثر ملائمة من شرط التحكيم بالنسبة لعقود الشراكة مع القطاع الخاص ذلك أن إبرام مشاركة التحكيم يكون بعد وقوع النزاع، فيكون عقد التحكيم أكثر انضباطا لمواجهة نزاعا قائما بالفعل، بخلاف شرط التحكيم الذي يواجه نزاعا محتملا لم تحدد معالمه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات عقود الشراكة

إن التحكيم في نطاق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو اتفاق طرفي العقد و هما الدولة و شركة المشروع، على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة تنفيذ اتفاقية المشروع، سواء كان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة أو عن طريق أفراد عاديين، يتفق طرفا العقد على اختيارهم لاحقا أو تحديدها عند بداية إبرام العقد، و ذلك بإصدار قرار ملزم للطرفين في شأن المنازعة المطروحة ، هذا و إذا كانت الدولة تعتمد عادة على الشركات الأجنبية ذات المؤهلات العالمية في مشاريع البنى التحتية، فإن التحكيم يكتسب الطابع الدولي .

و يعتبر اللجوء إلى التحكيم تعبيرا عن رفض الأطراف عرض النزاع على المحاكم الوطنية للدولة مقر المشروع، و اتفاقهم على إقامة محكمة خاصة تتشكل من محكمين مؤهلين

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 455

<sup>2</sup> احمد سيد احمد محمود : التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص PPP ، مرجع سابق ، ص 65

يختارونهم بأنفسهم و يعملون وفقا للإجراءات التي تم الاتفاق عليها، و هو ما يسمى بالتحكيم الخاص أو الحر.

كما قد يتم اللجوء إلى هيئات تحكيم تعمل وفق إجراءات و أحكام محددة مسبقا و ذلك سواء على المستوى الوطني أو الجهوي أو الدولي، و تعمل هذه الهيئات طبقا لقواعد إجرائية و موضوعية تسمح بحل النزاع في إطار الاحترام التام لحقوق الأطراف، كما تتضمن قواعد للاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها، و هو ما يسمى بالتحكيم المؤسسي<sup>1</sup>، مثل هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، و المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار (CIRDI).

و على هذا يتضح أن للتحكيم في عقود الشراكة وجهين:

#### الوجه الأول:

هو الطابع الاتفاقي للتحكيم في عقود الشراكة مع القطاع الخاص، اذ أن الإرادة الحرة هي الركيزة الأساسية للتحكيم.

#### الوجه الثاني:

هو الطابع القضائي، و يبدو ذلك من خلال الإلزام الذي يرد في قرار المحكم، أو من خلال استبدال القاضي العادي المختص أصلا بنظر المنازعة بالقاضي المحكم، التي تتوافق إرادة الأطراف على اختياره ليصبح قاضيا للخصومة المطروحة بين طرفي عقد الشراكة<sup>2</sup>. و لشرط التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أهمية خاصة، و عليه لا بد من الالتزام ببعض القواعد عند إدراجه في العقد، هذه القواعد تتمثل غالبا في:

<sup>1</sup> احمد سيد احمد محمود : التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ppp ، مرجع سابق ، ص 121

<sup>2</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق الاقتصادية العامة ، مرجع سابق ، ص 412

## 1-تحديد نطاق التحكيم:

يتمتع طرفا العقد عند إدراجهم لشرط التحكيم في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بحرية اختيار، إن كان يتم اللجوء إلى هذا الشرط لحل جميع النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد أو يقتصر اللجوء إلى التحكيم في حال ثار الخلاف حول موضوع معين من مواضع العقد، لذلك الاختيار بين هذين الأمرين يلزم هيئة التحكيم بالتقيد بما تم الاتفاق عليه عند ممارسة اختصاصها، و إلا كان قرارها باطل.

## 2- تكوين هيئة التحكيم :

إن التحكيم يعطي أطراف العلاقة ( الدولة و شركة المشروع ) قدر كبير من الحرية في تحديد المحكمين الذين سينظرون في النزاع<sup>1</sup> ، و هذا يعني أن تشكيل هيئة التحكيم في عقود الشراكة مع القطاع الخاص خاضع لإرادة الطرفين، حيث تتكون هيئة التحكيم من شخص واحد و قد تتكون هذه الهيئة من ثلاثة أشخاص، و يشترط أن يكون العدد وترا و إلا كان باطلا ، و في الحالة الأخيرة يكون لكل طرف اختيار محكمه الخاص، ثم يتولى المحكمان المختاران اختيار المحكم الثالث.

## 3-مدة و مكان التحكيم:

إن مدة الفصل في القضية التحكيمية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في بريطانيا ( مبادرة التمويل الخاصة ) تنص على انه يجب على المحكم أن يصدر قرارا في النزاع المحال إليه خلال ثمانية و عشرين يوما ( 28 يوم )، من تاريخ عرض القضية على المحكم و انتهاء الجلسة الختامية ، و في جميع الأحوال يجب أن يصدر القرار خلال ثلاثة أشهر ( 03 أشهر) من تاريخ تعيين المحكم ، ما لم يتفق على غير ذلك .

و لابد أن يكون حكم التحكيم صدر كتابيا و مسببا، و أن يكون ملزما لطرفيه، و نفقات التحكيم تدرج في حكم التحكيم المنهي للخصومة.

<sup>1</sup> الياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 354

كما أن القواعد العامة للتحكيم تقضي بأنه يجوز للأطراف الاتفاق على مكان معين يجري فيه التحكيم، و لكن إذا لم يتفق الخصوم على مكان معين، فبعض النظم<sup>1</sup> خولت للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة تحديد المكان، مع مراعاة ظروف الدعوى التحكيمية، و لا يعني لجوء الأطراف إلى مؤسسات التحكيم الدولية بالضرورة سلب حريتهم في الاتفاق على مكان التحكيم.

غير انه نظرا لأهمية عقود الشراكة مع القطاع الخاص و طابعها الخاص و عناصرها الشخصية ( الدولة طرفا فيها ) و الموضوعية ( المرفق العام أو البنية الأساسية )، فان بعض قوانين الشراكة عندما أجازت التحكيم، اشترطت أن يكون مكان أو مقر التحكيم في الدولة المتعاقدة ، فربط بين مكان أو مقر التحكيم و مكان تنفيذ مشروع عقد الشراكة كما هو الحال في عقود الشراكة في بريطانيا ( PFI )، حيث تشترط أن يجري التحكيم في لندن<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق في عقود الشراكة

القاعدة أن القانون الواجب التطبيق في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو قانون الدولة المضيفة، و لم يجعل المشرع الفرنسي و كذلك نظيره المصري حق الإدارة في اللجوء إلى التحكيم مطلق، بل قيده بضرورة تطبيق القانون الوطني أو قانون الدولة المتعاقدة، و يرجع البعض في اشتراط تطبيق القانون الفرنسي إلى أن لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود الإدارية و منها عقود الشراكة مع القطاع الخاص في فرنسا يكون على سبيل الاستثناء، كما أن الطرف المستثمر في عقد الشراكة قد يكون منتميا إلى جنسية دولة أخرى، أو يكون مكان تنفيذ جانب من الالتزامات الناشئة عن عقد الشراكة مع القطاع الخاص في دولة أخرى، أو ينطوي على مصالح التجارة الدولية لما تتضمنه من انتقال رؤوس الأموال أو بضائع أو

<sup>1</sup> قانون التحكيم المصري في المادة 28 ، قانون التحكيم الكويتي في المادة 1/179 و المادة 30 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985

<sup>2</sup> احمد سيد احمد محمود : التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ppp ، مرجع سابق ، ص 125

خدمات عبر الحدود، مما يؤدي إلى إضفاء الصفة الدولية و يفتح المجال أمام المحكم و الأطراف لاختيار قانون آخر غير القانون الفرنسي .

و يرى البعض أن موقف المشرع الفرنسي من اشتراط تطبيق القانون الفرنسي يبدو غريبا حيث أن المشرع الفرنسي يفرض تطبيق القانون الإداري على عقود الشراكة الدولية، على الرغم من موقف القضاء الفرنسي الذي رفض باستمرار اعتراض القطاعات العامة الأجنبية على قرارات التحكيم الأجنبية، محتجين بان هيئة التحكيم يجب عليها تطبيق القانون الإداري بدلا من القانون المدني<sup>1</sup>.

كما أن نص المشرع المصري أو الفرنسي على تطبيق القانون الوطني في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فالقانون الوطني هو القانون الموضوعي و كذلك الإجرائي ( قانون التحكيم الوطني أو قانون الإجراءات الوطني ) .

ففي فرنسا المقصود من القانون الواجب التطبيق هو تطبيق القانون الإداري الفرنسي، لان المشرع الفرنسي نفسه قد أضفى على هذه العقود صراحة الصفة الإدارية، و لا يجوز تطبيق القانون الخاص الذي لا يتجاوب و الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية و خصائصها.

كما أن اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مع تطبيق القانون الإداري الوطني سوف يقيم توازنا بين مصلحة المستثمر أو شركة المشروع و مصلحة الدولة على عكس تطبيقه من قبل القضاء الذي ينعاز غالبا إلى المصلحة العامة للدولة باعتباره جزء من سيادتها.

---

<sup>1</sup> و قد اعترفت محكمة استئناف باريس و نفذت حكم أجنبي صادر ضد جمهورية مصر العربية و الذي أبطلته المحاكم المصرية في دعوى بطلان بحجة أن هيئة التحكيم طبقت خطأ القانون المدني المصري بدلا من القانون الإداري المصري.

أما في مصر فإن المشرع المصري عند صياغته للمادة الخامسة و الثلاثون (35) من قانون الشراكة<sup>1</sup>، و الذي يشترط تطبيق القانون المصري كان يقصد بالتحكيم التجاري الدولي، فالواقع أن الأمر في التحكيم الداخلي حيث المنازعة ذات طابع محلي و بين أطراف وطنيين أو حتى مع وجود طرف أجنبي دون أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، فإن الأمر لا يثير جدلا في تطبيق القانون المصري.

و في حالة عدم اتفاق أطراف التحكيم على القانون الواجب التطبيق في عقود الشراكة:

إن القانون المناسب أو الأكثر صلة و ارتباطا بالنزاع في اعتقادنا هو قانون دولة الشخص المعنوي العام المتعاقد، لان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ترد على البنية الأساسية للدولة المتعاقدة، و هو الأمر الذي تقرره الاتفاقات الدولية و السوابق التحكيمية. و قد اخذ التحكيم بهذا المبدأ في عدة قضايا منها التحكيم في قضية المملكة العربية السعودية مع اراسكو، فقد انتهى المحكم إلى أن القانون الوطني من حيث المبدأ هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، إلا انه لم يجد فيه حسب زعمه القواعد التي تصلح للتطبيق على خصوصيات النزاع<sup>2</sup>.

و كذلك ذهب المحكم في القضية رقم 1526 التي تم الفصل فيها وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1968 إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز بين الدولة و شركة بلجيكية في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة لقانون يحكم العقد هو قانون الدولة المتعاقدة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> تنص المادة الخامسة و الثلاثون (35) من قانون الشراكة المصري على انه " يجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بتطبيق التحكيم أو غير ذلك من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية و ذلك طبقا لما يتفق عليه في عقد المشاركة "

<sup>2</sup> ولاء رفعت: التحكيم التجاري الوطني و الدولي في المملكة العربية السعودية، من إصدارات الغرفة التجارية و الصناعية لمحافظة جدة ، 1419 هـ ، ص 161 ، 173

<sup>3</sup> حفيظة سيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات طبيعة إدارية و أثرها في القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 ص 486

## المبحث الثاني: نهاية عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

قد تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية و ذلك بتنفيذ الالتزامات التي تتضمنها بالكامل، أو بانقضاء المدة المحددة لسريانها شأنها في ذلك شأن العقود المبرمة في نطاق القانون الخاص، غير أن العقود الإدارية يمكن أن تنتهي نهاية غير طبيعية قبل حلول أجلها الطبيعي، و هو ما يطلق عليه تسمية النهاية المبسترة للعقود الإدارية La Fin Prématurée ، و يتمثل ذلك إما في استرداد المشروع أو المرفق العام، و إما إسقاط الالتزام أو فسخ العقد<sup>1</sup>.

و عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص باعتباره احد العقود الإدارية، فانه قد ينتهي نهاية طبيعية أو قد تكون نهايته هو الآخر غير طبيعية<sup>2</sup>. لذلك سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين، المطلب الأول نتكلم عن حالة الانقضاء الطبيعي، أما في المطلب الثاني نتناول حالات الانقضاء غير الطبيعية.

### المطلب الأول: الانقضاء الطبيعي لعقد الشراكة

يميز الفقه بين نوعين من العقود الإدارية:

العقود الفورية : و هي العقود التي لا يلعب عنصر الزمن فيها دورا رئيسيا، و تنتهي بمجرد تنفيذها من جانب الطرفين، و لا تتولد عنها آثار تمتد عبر الزمن.

العقود الزمنية: و هي تلك العقود الذي يلعب الزمن فيها دورا جوهريا، و تنتهي بانتهاء المدة التي يحددها العقد ما لم يتم الاتفاق بين طرفيها على تجديدها.

و لما كانت عقود الشراكة مع القطاع الخاص بصفة عامة تنتمي إلى طائفة العقود الزمنية، حيث يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها فان هذه العقود تنتهي بانتهاء المدة المتفق عليها، و غالبا ما تتضمن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص حدا زمنيا لها، كما انه و في

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot، مرجع سابق ، ص 325

<sup>2</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot مرجع سابق ، ص 381

كثير من الأحيان ما تكون مدة عقد الشراكة طويلة نسبياً، و ينتهي العقد بانتهاء مدته و تنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه كاملة، و لا سيما ما تعلق منها بنقل ملكية المرفق العام إلى الجهة الإدارية.

و إذا تجاوزت مدة تنفيذ العقد المدة المحددة فلا يخرج الأمر عن احد الاحتمالين:

الاحتمال الأول: هو أن يكون سبب التأخير راجع إلى المتعاقد مع الإدارة، و هنا يتحمل هو مسؤولية التأخير.

الاحتمال الثاني: و هو أن يكون التأخير لسبب راجع إلى الإدارة، و في هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد معها أو شركة المشروع، أما إذا كان سبب التأخير راجع إلى قوة قاهرة فلا تترتب أية مسؤولية<sup>1</sup>.

و يمكن التساؤل هنا عن الوضعية فيما لو لم ينص في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على تحديد مدته؟

انه من غير المعقول و من النادر جدا ألا يرتبط عقد الشراكة مع القطاع الخاص باعتباره من عقود التمويل بمدة محددة، و لكنه لو افترضنا و إن حصل ذلك، أي عدم تحديد المدة فهنا يجب تطبيق القواعد العامة و ذلك بالرجوع إلى نصوص قانونية توجب إنهاء العقد، كما هو الأمر في عقود الامتياز مثلا، أي تطبيق المدة التي تطبق على عقود الامتياز، و في حالة عدم توافر نصوص قانونية تحدد مدة العقد فيعود للقضاء تحديدها بمدة معقولة.

و قد يتم الاتفاق بين الإدارة و شركة المشروع على تجديد عقد الشراكة لمدة معينة أو على تمديد هذا العقد، كما قد يتفق الطرفان على أن العقد يسري مرة واحدة فقط، و لمدة معينة و يجدد تلقائياً، ما لم يقر احد الطرفين بإخطار الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد في حدود القوانين و القواعد المنظمة لذلك.

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 382

و تعد المدة في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من الشروط التعاقدية، و لهذا سوف نتكلم عن تحديد مدة العقد في نقطة أولى، ثم نتناول فكرة تجديد العقد و تمديده في نقطة ثانية.

### الفرع الأول: تحديد مدة عقد الشراكة

ينبغي في عقد الشراكة تحديد مدته و ذلك حتى تتمكن شركة المشروع من تحقيق غاية هذا المشروع، و تختلف المعايير التي يجب مراعاتها عند تحديد مدة العقد، كان لا تقل هذه المدة عن مدة سداد أقساط فوائد القروض المترتبة على شركة المشروع، على أساس أن الشريك الخاص يعتمد في تسديد هذه المبالغ على الإيرادات الناتجة عن التشغيل، كذلك تمكين شركة المشروع من تحقيق الأرباح التي تسعى إليها.

و كلما كان حجم الاستثمارات المستخدمة كبيرة كلما كانت مدة تنفيذ العقد أطول، و بما أن عقد الشراكة مع القطاع الخاص يتضمن بناء المرفق العام فان هذه العقود تكون طويلة نسبيا، لان عملية البناء تتطلب نفقات باهظة تحتاج فيها شركة المشروع مدة أطول لاسترداد تلك النفقات و تحقيق هامش ربح معقول<sup>1</sup>.

و إذا كانت طبيعة عقد الشراكة أن يمنح لمدة طويلة نسبيا تستطيع فيها شركة المشروع أن تعوض ما صرفته في إدارة المرافق العامة و استغلالها مع تحقيق الأرباح المتفق عليها، إلا انه لا يتصور أن يمنح إلى ملا نهاية، فذلك يتضمن نزولا من الدولة عن سلطاتها الأصلية في تنظيم المرافق العامة، و هو ما لا يجوز.

و من جانب آخر فان ذلك لم يعد مبررا بعد تطور الوسائل الصناعية و العلمية الحديثة التي تسمح بانجاز أعمال المرافق العامة في مدة قصيرة عما كان عليه الحال من قبل، كما أن اعتبارات السيادة الوطنية تصطم بتأبيد عقد الشراكة.

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 486

و نظرا لان هذه الطائفة من العقود تتعلق بمشاريع حيوية خاصة بإنشاء المرافق العامة و إنشاء مشاريع البنية الأساسية، و التي تعد ممولا للتنمية و تحتاج بطبيعتها إلى تمويل ضخم قد يرهق ميزانية الدولة إذا لجأت إلى إنشاءها بنفسها، و لذا فان تحديد المدة الخاصة بعقد الشراكة يجب أن تراعى فيه عدة اعتبارات:

\* إن شركة المشروع تهدف أولا و أخيرا إلى تحقيق أقصى ربح ممكن، فالشريك الخاص عند قيامه بتحمل نفقات إنشاء المرفق و تشغيله و من قبل تصميمه، فانه يسعى إلى جني أقصى ربح ممكن، لذا فان مدة عقد الشراكة يجب أن تكون كافية لسداد نفقات المشروع ديونه و قروضه، و توفير للشريك الخاص في الوقت نفسه ربحا على الأقل يكون معقولا، و إلا فان المستثمر سوف يحجم عن الاستثمار في مثل هذه المشاريع التي تعد ممولا للتنمية كما قلنا.

\* إن نفقات المشروع و التي تقررها دراسة الجدوى يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند الاتفاق على تحديد مدة عقد الشراكة، فكلما كانت هذه النفقات ضخمة، كلما زادت مدة العقد لتكون كافية لتغطية نفقات المشروع و تحقيق ربح للمستثمر أو شركة المشروع.

\* هناك مشاريع تتطلب تمويلا ضخما، و في الوقت نفسه فان العائد المتوقع منها سوف يكون بسيطا، كمشاريع الطرق العامة و التي تكلف مبالغ كبيرة لان العائد يكون عبارة عن رسوم تفرض عند المرور عليها، و قد تكون هذه الطرق بعيدة عن العمران و يكون المرور فيها ضعيفا، عندئذ يجب أن تكون المدة من الطول بحيث تكفي لتغطية تلك النفقات، مع مراعاة ما يمكن أن تساهم به الدولة ماليا في هذه الحالة.

و بالعكس فهناك مشاريع غالبا ما تتضمن وضعاً احتكاريًا، و عليه فان الأرباح التي يحققها المشروع سوف تكون ضخمة لعدم وجود منافسة لشركة المشروع في بيعها للخدمة، لذا يجب أن تكون مدة تلك المشاريع قصيرة باعتبار أن شركة المشروع سوف تحصل على تغطية نفقاتها، و تحقيق أرباح خلال فترة قصيرة لإتمام المشروع بالوضع الاحتكاري.

و تختلف مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من تشريع إلى آخر<sup>1</sup>، فمدة عقد الشراكة في لبنان تحدد ما بين عشرة و خمسة عشر سنة (10-15 سنة)، فعقد الهاتف الخليوي النقال بين وزارة الاتصال و شركة FTMT الفرنسية مدته عشرة سنوات (10سنوات) أما عقد مواقف السيارات في مطار بيروت فحدد ب خمسة عشر سنة (15 سنة) .

أما في مصر فاشتراط المشرع أن تتراوح مدة عقد الشراكة بين خمسة سنوات (05 سنوات ) كحد أدنى و ثلاثون سنة (30سنة ) كحد أقصى ، و لا يجوز زيادة مدة التعاقد عن ثلاثون سنة ( 30 سنة )، إلا بقرار من مجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا المشتركة، و أن تكون هناك مصلحة عامة جوهرية تقتضي ذلك، و هذا طبقا للمادة الثانية (02) من قانون الشراكة المصري لسنة 2010<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تجديد و تمديد العقد

مع اقتراب موعد نهاية عقد الشراكة مع الشريك الخاص أو شركة المشروع، تلتزم الجهة الإدارية المختصة بتقديم مختلف الخيارات المتاحة أمامها، فيما يتعلق باستمرارية الخدمات المقدمة بموجب مشروع الشراكة مع القطاع الخاص، و قد يشمل ذلك على:

- تمديد عقد الشراكة مع نفس الشريك الخاص ( شركة المشروع) في حالة اقتناع الطرفين بجدوى الشراكة بينهما .
- تجديد عقد الشراكة، أي استمرار في الشراكة بموجب عقد شراكة جديد.

<sup>1</sup> أبو بكر احمد عثمان: عقود تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص 220

<sup>2</sup> تنص المادة الثانية الفقرة الثانية (2/2) من قانون الشراكة المصري على انه " ..... و لا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات و لا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء و التجهيز أو إتمام أعمال التطوير و أن لا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مئة مليون جنيه و مع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة اذ اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية ..... "

## 1- تجديد عقد الشراكة

قد يتم الاتفاق في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على جواز تجديد تلك العقود فيتم التجديد بإبرام عقد جديد و بشروط جديدة.

و تجديد العقد يعني أن العقد القديم قد انتهت مدته، و تم الاتفاق بين طرفيه على تجديد العقد لمدة أخرى قد تكون مساوية لمدة العقد القديم أو تزيد عنها أو تنقص، حسبما يتفق عليه الطرفان في العقد الجديد<sup>1</sup>.

و قد يحتوي عقد الشراكة على شرط أولوية صاحب العقد القديم عند تجديد العقد، و هذا يعني انه عند نهاية العقد الأصلي، و إذا أرادت الجهة الإدارية المختصة إدارة المشروع موضوع التعاقد بنفس الأسلوب، فان صاحب العقد أو الالتزام القديم (شركة المشروع أو الشريك الخاص القديم ) يتم تفضيله عند تساوي الشروط و الظروف بينه و بين المتقدمين الجدد للتعاقد، خاصة و أن الشريك الخاص أو شركة المشروع القديم يمتاز عن سائر المتقدمين باكتساب خبرة في إدارة المرفق العام، و هذا من شأنه أن يحقق المصلحة العامة<sup>2</sup>، و يعتبر العقد المجدد عقدا جديدا يجب أن تراعى فيه كافة شروط إبرام عقد الشراكة التي يحددها القانون .

و تجديد عقود الشراكة مع القطاع الخاص شأنه شأن سائر العقود الإدارية قد يكون صريحا أو ضمنيا، بان ينص العقد بوجوب إخطار احد الطرفين الآخر عند رغبته في إنهاء العقد، و هنا إذا لم يبادر احدهما بهذا الإخطار يعتبر العقد مجددا لمدة أخرى بذات شروط العقد القديم، فإذا استوجب العقد مدة معينة يجب أن يتم الإخطار خلالها فيجب مراعاة تلك المدة.

و إذا ظل الشريك الخاص أو شركة المشروع في عقد الشراكة يقدم الخدمة المنوطة بالمرفق العام، و كان ذلك بحسن نية و هذا بعد نهاية مدة العقد له الحق في مطالبة الإدارة بالمقابل

<sup>1</sup> تنص المادة الثالثة فقرة الثالثة (3/3) من قانون الشراكة المصري على انه " ..... و مع مراعاة احكم المادة (02) من

هذا القانون يجوز أن يتضمن عقد المشاركة تنظيما لتجديد مدته "

<sup>2</sup> ليث عبد الله القهوي ، بلال محمود الوادي : الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، مرجع سابق ، ص 222

عن ذلك، خاصة إذا كان سبب التأخير يرجع إلى الإدارة، و في هذه الحالة يجب على هذه الأخيرة تعويض شركة المشروع طبقاً لنظرية عمل الأمير و التي تحدثنا عنها سابقاً.

## 2- تمديد عقد الشراكة

قد لا يمنع تجديد مدة عقد الشراكة من تمديد المدة كذلك، و يتعلق الأمر بمد المدة المتفق عليها في العقد الأصلي، و هو ما يعرف بتمديد مدة عقد الشراكة، و يختلف تمديد العقد عن تجديد العقد، فهذا الأخير يقتضي وجود عقد جديد بشروط جديدة، أما التمديد فإنه يتعلق بذات شروط العقد القديم و لكن مدته تمتد لفترة أخرى، و هنا يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون المدة المتفق عليها في العقد الأصلي اقل من المدة المقررة قانوناً، و هنا يجوز للإدارة الاتفاق على تمديد المدة بشرط عدم تجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه قانوناً .

الحالة الثانية: أن تكون المدة المقررة في العقد تمثل الحد الأقصى للمدة المقررة قانوناً، هنا لا يجوز مد هذه المدة إلا بمراعاة أحكام تجديد العقد<sup>1</sup>.

و السؤال الذي يثور هنا هو هل يجوز تمديد فعلاً عقد الشراكة؟

لقد اختلف الفقه حول هذا الأمر و انقسم إلى رأيين:

### الرأي الأول : عدم جواز تمديد عقد الشراكة

يذهب أنصار هذا الرأي إلى انه لا يجوز بأي حال من الأحوال تمديد عقود الشراكة، و يستند هذا الرأي إلى عدة أسباب أهمها:

- يجب عدم التقيد بالقواعد العامة في تمديد العقود و تجديدها المعمول بها في نطاق القانون المدني و التجاري، باعتبار أن قواعد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لها خصوصيتها، فعقود الشراكة ليست عقود إيجار أو تشغيل مرفق عام فقط، بل إن شركة المشروع تقوم بإنشاء المرفق و بناءه و استغلاله.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 343

- إن المدة الزمنية التي اتفق عليها الطرفان في عقد الشراكة غالبا ما تكون مدة زمنية طويلة لا تقل عن عشرين سنة ( 20 سنة )، و بالتالي يصعب تمديد عقد الشراكة لمدة زمنية أخرى.
- إن تمديد العقد لمدة أخرى قد يؤدي إلى تجاوز الحد الأقصى للمدة المقررة قانونا، لا سيما إذا كانت مدة العقد طويلة ( 30 سنة مثلا ).

### الرأي الثاني : جواز تمديد عقود الشراكة

يري جانب آخر من الفقه أن أحكام تمديد و تجديد العقود تنطبق على عقود الشراكة، و يستند هذا الرأي إلى أن تمديد تلك العقود يميز شركة المشروع و يعطيها أفضلية، و شرط الأفضلية هو شرط مشروع يتعين على الإدارة احترامه، و هو لا يتنافى مع مقتضيات تسير المرفق العام، بل إن العدالة تحتمه لأن الشريك القديم يمتاز عن سائر المتقدمين الجدد بأنه قد اكتسب خبرة في إدارة المرفق العام محل التعاقد بما يعود بالنفع على المصلحة العامة.

من جانبنا يمكن القول أننا نؤيد تطبيق أحكام تجديد العقد على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لأن التجديد يتطلب عقد جديد و شروط جديدة، أما عن تمديد العقد فإننا نؤيد الرأي القائل بعدم جواز تمديد عقود الشراكة مع القطاع الخاص و ذلك لعدة أسباب:

\* إن العقد في مدته الثانية لن يكون عقد شراكة بل سيكون عقد إداري عادي ( تفويض المرفق عام)، ذلك أن عقد الشراكة يستلزم أن تقوم شركة المشروع بتمويل ، تصميم ، إنشاء و تشغيل المرفق العام و هو ما تم تنفيذه في عقد الشراكة في مدته الأولى ، في حين تقتصر مهمة شركة المشروع في مدة العقد الثانية على إدارة المرفق و تشغيله فقط ( عقد إدارة مثلا ) .

\* إن شروط العقد في مدته الأولى وضعت لتضمن شركة المشروع تغطية نفقات التصميم الإنشاء و التشغيل، و التي كلفت نفقات باهظة فضلا عن تحقيق قدر من الربح لهذه الشركة، أما المدة الثانية من العقد فالمفروض أن المرفق قد تم إنشاؤه و شركة المشروع قد قامت بتغطية نفقاتها و الحصول على الأرباح خلال المدة الأولى من العقد، و تقتصر

مهمتها في المدة الثانية للعقد على الإدارة فقط ، لذا يجب أن توضع شروطا جديدة للعقد تخفف من شروط العقد القديمة و تحصل الدولة على أرباح المرفق، أما شركة المشروع فتحصل على مقابل إدارتها فقط .

لذا فإننا نرى و رأينا متواضع أن طبيعة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تستلزم الخروج عن الأحكام العامة فيما يتعلق بتمديد العقود، فهذه الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة تتفق مع أحكام التجديد و ليس التمديد، حيث أن سريان الأحكام الخاصة بتمديد العقد في عقود الشراكة يوقع عبئا يجب رفعه عن كاهل الدولة، و يحقق إثراء بلا سبب لشركة المشروع على حساب المصلحة العامة.

### **المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية ( المبسترة ) لعقد الشراكة**

ليس من الضروري أن يبقى عقد الشراكة مستمرا حتى تنتهي المدة المتفق عليها، لأنه قد تظهر ظروف من شأنها إنهاء العقد قبل نهايته ( قبل انتهاء المدة المتفق عليها ) .

و يتم إنهاء العقد قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقود الإدارية بصفة عامة بالاسترداد الفسخ و الإسقاط، ولكن السؤال الذي يطرح هو مدى إمكانية تطبيق هذه الحالات على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟ أي هل حالات الانتهاء المبكر للعقد المذكورة يمكن تطبيقها على عقد الشراكة مع القطاع الخاص باعتباره من العقود التمويلية؟

و للإجابة على هذا التساؤل سوف نتكلم عن كل حالة في القواعد العامة، ثم مدى إمكانية تطبيقها على عقد الشراكة.

### **الفرع الأول: فسخ العقد**

قبل أن نتكلم عن فسخ العقد يجب أن نتطرق إلى ماهية الفسخ و أثره في القواعد العامة بصفة وجيزة، ثم مدى إمكانية تطبيق ذلك على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

## ماهية الفسخ :

الفسخ هو إنهاء العقد الملزم للجانبين أثناء تنفيذه، أو قبل تنفيذه أصلاً بأثر رجعي لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، و الفسخ يكون اتفاقاً أو قضاءً أو بحكم القانون<sup>1</sup>.

### \* الفسخ الاتفاقي:

قد يتفق طرفا العقد على إنهاءه قبل حلول أجله، و هذا الاتفاق أمر مشروع تطبيقاً للقواعد العامة، فالعقد يتكون بإرادة الطرفين و لا مانع من أن ينتهي قبل مياعده باتفاق الطرفين أيضاً، على أن ذلك يقتضي أن يعبر كل من الطرفين و لا سيما الإدارة عن رغبتها في إنهاء العقد بصورة صريحة.

و عليه و بما أن العقد الإداري يعد من العقود الرضائية فيستلزم رضا أطرفه لإبرامه، و في المقابل يمكن أن يترضى طرفاه على فسخه قبل تنفيذ موضوعه بالكامل، أو قبل انتهاء المدة المحددة لسريانه.

و قد جرى العمل على صياغات متعددة و متدرجة للفسخ الاتفاقي<sup>2</sup>، بان يتفق الطرفان على اعتبار العقد مفسوخاً:

- إذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ التزامه : و يتوقف اثر هذا الاتفاق على إرادة المتعاقدين، فإذا اتجهت إرادتها إلى حتمية فسخ العقد إذا اخل احد المتعاقدين بالتزامه، فيجب على القاضي الحكم بالفسخ، لكن هذا لا يحول دون الاعذار و إقامة دعوى أمام القضاء ، إلا انه من الصعب استخلاص مثل هذه الإرادة من مجرد ورود هذا الشرط في العقد، إذ الغالب أن تكون إرادة المتعاقدين هي إقرار مبدأ الفسخ عند إخلال احدهما بالتزامه، بما يوجب اعذار المدين بذلك و إقامة دعوى أمام القضاء مع تمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه .

<sup>1</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ،

ص 23

<sup>2</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 462

- اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه : و قد جري العمل على تفسير هذا الشرط على انه يسلب سلطة القاضي التقديرية فلا يملك سوى الحكم بالفسخ ، كما يجب اعدار الدائن للمدين و إقامة دعوى الفسخ أمام القضاء، و يكون حكم القاضي هنا منشأ للفسخ<sup>1</sup>.

- اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، دون حاجة إلى صدور حكم قضائي : و يعني هذا الشرط أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته دون حاجة لرفع دعوى الفسخ ، إلا إذا نازع المدين في عدم توافر مبرر الفسخ لقيامه بالوفاء بكافة التزاماته، و في هذه الحالة يقتصر دور القاضي في التثبت من مدى تنفيذ المدين لالتزاماته ، فإذا تبين له عدم وفائه بالتزاماته قضى بالفسخ، لكن حكمه في هذه الحالة يكون مقررا للفسخ لا منشأ له ، و يجب على الدائن في هذه الحالة اعدار المدين فان لم يفي بالتزاماته انفسخ العقد من تلقاء نفسه.

- اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يتم احد الطرفين بتنفيذ التزامه دون حاجة إلى صدور حكم قضائي أو إنذار: و يعني هذا الشرط أن العقد يعتبر مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ و عدم التنفيذ دون حاجة إلى اعدار أو حكم بالفسخ، لكن يجب أن يكون شرط الإعفاء من الإنذار صريحا.

\* فسخ العقد قضاء :

طبقا للقواعد العامة فانه يجوز لأحد طرفي العقد الملزم للجانبين سواء في العقود المدنية أو الإدارية على حد سواء أن يطلب قضاءا فسخ العقد، إذا اخل الطرف الآخر بالتزاماته الى جانب حقه في طلب التعويض عما لحقه من ضرر، و يشترط لطلب فسخ العقد قضاء الشروط التالية:

<sup>1</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 463

1- أن يتعلق الفسخ بعقد ملزم للجانبين حيث تتقابل التزامات الأطراف، فإذا اخل احدهما بالتزامه كان للطرف الآخر طلب فسخ العقد.

2- إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته بسبب خطأه.

3- أن يكون المتعاقد الآخر مستعدا للوفاء بالتزاماته، لأنه ليس من العدل أن يخل بالتزاماته ثم يطلب فسخ العقد لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته، كما يجب أن يكون قادرا على تنفيذ الآثار المترتبة على الفسخ و هي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد.

إذا توافرت الشروط السابقة يتعين على الدائن اعدار المدين بالفسخ، فإذا لم يستجيب للاعدار كان للدائن إقامة دعوى قضائية يطالب فيها بفسخ العقد، و برفع دعوى الفسخ يكون للدائن و المدين و المحكمة الخيار بين فسخ العقد و تنفيذه، فللدائن الإصرار على طلب الفسخ أو العدول عنه قبل صدور الحكم في الدعوى و طلب التنفيذ مع طلب التعويض أو بدونه.

أما القاضي فيتمتع بالسلطة التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه، فيجوز له أن يحكم بالفسخ، أو يعطي للمدين آجلا لتنفيذ التزامه إذا وجد من ظروف الدعوى و ظروفه ما يصوغ ذلك.

#### \* الفسخ القانوني:

و قد يكون الفسخ بقوة القانون دون أن تتوقف على إرادة طرفيه، و دون حاجة إلى صدور حكم من القضاء، ويكون ذلك في حالة معينة و هي هلاك محل العقد، فإذا هلك محل العقد انقضى العقد بقوة القانون.

و يترتب على فسخ العقد: بمختلف صورته سواء الاتفاقي أو القضائي أو بقوة القانون زوال العقد و كافة آثاره بالنسبة للماضي و يعد كان لم يكن، و يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، فإذا استحال إعادة الأطراف إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد جاز للطرف المتضرر طلب التعويض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن : عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 466

## فسخ عقد الشراكة :

كنا قد تساءلنا في بداية الحديث عن النهاية غير الطبيعية للعقد عن مدى إمكانية تطبيق تلك الإجراءات و من بينها الفسخ على عقود الشراكة مع القطاع الخاص؟

نقول انه ليس هناك ما يمنع في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الاتفاق على فسخ العقد إذا اخل احد طرفيه بالتزاماته، فقد يتفق الطرفان على إنهاء العقد قبل حلول اجله. كما قد تتوفر لشركة المشروع أسباب تؤدي بها إلى طلب إنهاء العقد قضاء، و من هذه الأسباب:

\* خطأ الإدارة الجسيم في التزامات تعديلها لشروط العقد، على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد إخلالا جسيما بصورة تفوق إمكانيات شركة المشروع الاقتصادية أو الفنية، أو بتغيير جوهر العقد و جعله بمثابة عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه لدى إبرامه.

\* اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة لظرف طارئ، بحيث ثبت أن هذا الاختلال لن يعيد العقد إلى نصابه<sup>1</sup>.

\* و لما كانت منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تخضع في اغلب الأحيان إلى التحكيم، فيمكن أيضا أن تنتهي عقود الشراكة بحكم صادر عن هيئة تحكيمية. و يترتب على فسخ عقد الشراكة عدة آثار أهمها :

- إذا أخلت شركة المشروع بأي من التزاماتها في تنفيذ شروط العقد الخاصة بها، و كذا التزامات شركة المشروع المشتركة بينها و بين الجهة الإدارية المتعاقدة خلال فترة نفاذ العقد، للجهة الإدارية مصادرة التأمين النهائي و ذلك اعتبارا من تاريخ إخطار شركة المشروع بإنهاء العقد انهاء مبكرا.

- أما إذا أخلت الجهة الإدارية بأي من التزاماتها خلال تنفيذ شروط العقد الخاصة بها، و كذا الالتزامات المشتركة مع شركة المشروع فعلى الجهة الإدارية المتعاقدة تعويض شركة

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 383

المشروع عن المصروفات التي تحملتها لأغراض المشروع، من تاريخ التوقيع و حتى تاريخ الإنهاء المنصوص عليه في إخطار الإنهاء المبكر المرسل من شركة المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، وفقا لما تقرره لجنة الرقابة على الأداء و ما يقوم باحتسابه الخبير المالي المستقل، كما يكون على الجهة الإدارية المتعاقدة رد خطاب الضمان التامين النهائي لشركة المشروع.

### فسخ عقد الشراكة بسبب القوة القاهرة أو انفساخ عقد الشراكة :

و يقصد بانفساخ عقد الشراكة هو فسخ العقد بقوة القانون، و يكون ذلك عند حدوث قوة القاهرة أثناء تنفيذ عقد الشراكة مع القطاع الخاص.

و تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية المرتبة لانقضاء الالتزامات، و هي حادث مفاجئ يستحيل دفعه و يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة.

كما عرفتها مسودة مبادرة التمويل الخاصة في بريطانيا بأنها حدوث الأمور التالية بعد تاريخ إبرام العقد:

- حرب، حرب أهلية، نزاع عسكري أو إرهابي أو

- تلوث نووي كيميائي أو بيولوجي، إلا إذا كان مصدر التلوث نتيجة لفعل أو خرق المتعاقد أو مقاوليه من الباطن.

و قد عرفت عقود الفيديك القوة القاهرة بأنها أي واقعة أو ظرف استثنائي يتصف بأنه خارج عن سيطرة أي طرف، و لم يكن بوسع هذا الطرف أن يتحرز منه بصورة معقولة قبل إبرام العقد، أو تجنبه بصورة معقولة عند حدوثه.

و بالتالي فالقوة القاهرة هي كل أمر لا يمكن توقعه، و لا يستطيع دفعه بما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، و يؤدي إلى انقضاءه ( انقضاء الالتزام )<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حسن عبد الله حسن: عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 471

و طبقا لهذه التعريفات يشترط في القوة القاهرة مايلي:

\* أن تكون غير ممكنة التوقع عند إبرام عقد الشراكة.

\* أن تكون مستحيلة الدفع.

\* أن لا ترجع إلى أعمال احد الطرفين.

\* أن تترتب عليها استحالة التنفيذ.

- عدم إمكانية التوقع :

يجب أن تكون القوة القاهرة غير ممكنة التوقع، فإذا أمكن توقعها و لو استحال دفعها فلا تعتبر قوة القاهرة، و يتحدد ذلك في ضوء معيار موضوعي لا ذاتي، و هو عدم إمكانية التوقع بالنسبة لأشد الناس يقضه و تبصرا و ليس بالنسبة لأطراف العقد فقط، فالمعيار هنا لا يقاس على الشخص العادي لذا يجب أن يكون عدم إمكانية التوقع مطلقة لا نسبية. و العبرة في مدى توقع القوة القاهرة هو عند إبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، و لو أمكن توقعها بعد التعاقد و قبل التنفيذ<sup>1</sup>.

- استحالة الدفع :

يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع، فلا تقوم إذا أمكن دفعها و لو استحال توقعها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot، مرجع سابق ، ص 400

<sup>2</sup> قضت محكمة القضاء الإداري بأنه " يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أمر غير ممكن التوقع و مستحيل الدفع فإذا توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنيا عن الشخص لا يد له فيه و يجب أن يكون عدم استطاعته التوقع لا من جانب المدين بل من جانب اشد الناس يقضه و تبصرا بلامور فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفي فيه بالشخص العادي و لكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مستحيل الدفع فان أمكن دفع الحادث حتى و لو استحال توقعه لم يكن ثمة قوة القاهرة أو حادث مفاجئ كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة لأي شخص يكون في موقف المدين و هذا ما يميز القوة القاهرة او الحادث المفاجئ عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا " الطعن رقم 68 لسنة 24 ف جلسة 1972/11/12 و الطعن رقم 806 لسنة 22 ف جلسة 1981/01/24 المكتب الفني الجزء الأول ص 372

- أن لا يرجع سبب القوة القاهرة لأعمال طرفي العقد:

يجب أن لا ترجع القوة القاهرة لأي طرف من أطراف عقد الشراكة، و إلا كان المسؤول عن الآثار المترتبة عن ذلك.

- أن يترتب عن ذلك استحالة تنفيذ العقد:

يجب أن يترتب على القوة القاهرة استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة، و يترتب على ذلك انقضاء العقد.

\* اثر القوة القاهرة على عقد الشراكة

و يترتب على توافر القوة القاهرة وقف تنفيذ التزامات طرفي العقد، و لا يعتبر ذلك إخلالا منهما بالوفاء بالتزامات المتفق عليها، كما لا يجوز لأي منهما مطالبة الطرف الآخر بأي تعويض عن الخسائر التي لحقت به بسبب القوة القاهرة و عليه يجب:

أولاً: يجب على الطرف المتضرر من تأثير القوة القاهرة إخطار الطرف الثاني بذلك

يجب على الطرف المتضرر من تأثير القوة القاهرة إخطار الطرف الآخر بذلك، على أن يتضمن الإخطار تفاصيل حالة القوة القاهرة، بما في ذلك التأثير المتوقع أو الفعلي على التزامات الطرف المتضرر و أي إجراءات مقترحة للحد من الآثار المترتبة عليها.

ثانياً: على طرفي العقد بذل أقصى الجهود للحد من آثار القوة القاهرة

يجب على طرفي العقد، أي شركة المشروع و الجهة الحكومية أو الإدارة المعنية بذل كافة الجهود الممكنة للحد من آثار حالة القوة القاهرة، و الحيلولة دون امتداد أثارها للوصول إلى اقل الأضرار الممكنة.

ثالثا: على الطرف المتضرر من حالة القوة القاهرة إخطار الطرف الآخر عند انتهاءها

يجب على الطرف المتضرر من حالة القوة القاهرة إخطار الطرف الآخر عند انتهاءها، و أن يقوم باستئناف التزاماته لإعادة الخدمة إلى حالتها و التي حالت القوة القاهرة دون العمل على تقديمها خلال مدة يتفق عليها الطرفان.

رابعا: محاولة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث القوة القاهرة و إزالة الآثار المترتبة عليها، حيث يجب على شركة المشروع المساهمة في إعادة الحال إلى ما كان عليه المشروع قبل حدوث القوة القاهرة .

فعلى شركة المشروع إصلاح ما تم إتلافه و إعادته إلى حالته التي كانت عليها قبل حدوث القوة القاهرة، و ذلك في حدود تعويضات التامين المستحقة عن التلف، و في حالة عدم كفاية هذه التعويضات يجوز للجهة الإدارية تحمل قيمة التكاليف الزائدة عن قيمة تعويضات التامين، فإذا رفضت تحمل تلك التكلفة كان لشركة المشروع الحق في إرسال إخطار الإنهاء المبكر للجهة الإدارية المتعاقدة.

#### **الفرع الثاني: استرداد المرفق**

عرف الفقيه الفرنسي De laubadère الاسترداد بأنه " إجراء منفرد صادر عن الجهة الإدارية المانحة أثناء تنفيذ العقد بغرض إنهاءه قبل انقضاء مدته العادية، مقابل دفع تعويض للملتزم"<sup>1</sup>.

و هناك من عرف الاسترداد بأنه " إنهاء الإدارة للعقد قبل نهايته الطبيعية المتفق عليها مسبقا دون أي خطأ من جانب المتعاقد معها"<sup>2</sup>.

و هناك من قال بان الاسترداد هو طريق استثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء مدته، و يتم بموجب قرار يصدر عن الإدارة لمصلحة المرفق العام.

<sup>1</sup> يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 503

<sup>2</sup> جهاد زهير ديب الحرازين : عقود الامتياز ، مرجع سابق ، ص 273

و لا يتطلب الاسترداد اتفاقا مع الملتزم، بل هو أمر تقديري يعود للإدارة في ضوء مراعاتها للمصلحة العامة، بشرط أن لا يكون قرارها بهذا الشأن مشوبا بإساءة استعمال السلطة. و عليه فان للسلطة الإدارية إذا تبين لها لسبب أو لآخر أن طريق تنفيذ الالتزام لم يعد يتفق مع المصلحة العامة التي انشأ المرفق من اجلها أن تقوم باسترداده من المتعاقد معها، و تعويضه عما لحقه من أضرار، و ليس للمتعاقد أن يحتج قبلها بفكرة الحق المكتسب، و لا بقاعدة القوة الملزمة للعقد، بل كل ماله من حقوق ينحصر في المطالبة بالتعويض. و تستند الإدارة في ممارستها لهذا الحق إلى حقها في إنهاء عقودها الإدارية كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك، و الاسترداد يأخذ عمليا الأشكال التالية:

الاسترداد التعاقدى، الاسترداد غير التعاقدى، و الاسترداد القانونى.

#### أولاً: الاسترداد التعاقدى

هو اتفاق ملزم ينظم العقد شروطه و يحدد أوضاعه، و على القاضي التقيد بأحكامه و قواعده، و هذا النوع من الاسترداد هو الشائع عمليا، و القاضي لا يستطيع أن يقضي بالاسترداد من تلقاء نفسه لان ذلك يعتبر تدخلا من جانبه في سير المرافق العامة. و يشترط مجلس الدولة الفرنسى لممارسة حق الاسترداد التعاقدى عددا من الشروط تتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

- 1- يجب أن يكون حق الاسترداد منصوص عليه في العقد.
- 2- إذا تضمن العقد انه لا يجوز ممارسة الاسترداد خلال مدة معينة، فيجب احترام هذا الشرط، و في هذه النقطة هناك من يقول انه حتى خلال الفترة المتفق عليها بعدم الاسترداد يجوز لجهة الإدارة الاسترداد، و يعتبر استرداد غير تعاقدى.
- 3- يجب على الإدارة قبل استخدام حقها في الاسترداد اعدار المتعاقد معها بوقت كاف حتى لا يفاجئ بقرار الاسترداد.

---

<sup>1</sup>André De Laubadère , Franck Modeme , Pierre Delvolve: Traité des contrats administratifs deuxième édition , Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ 1984 ,p 145

4-تحديد السلطة المختصة بتقرير الاسترداد، حيث يرى غالبية الفقه الفرنسي انه في حالة سكوت العقد عن تحديد السلطة المختصة بتقرير الاسترداد فان السلطة المختصة تكون تلك السلطة التي قامت بإبرام العقد، و ذلك تطبيقا لتوازن الاختصاصات<sup>1</sup>.

5-استناد الاسترداد إلى أسباب تتعلق بالمصلحة العامة، فقد يتضمن العقد أسبابا على سبيل الحصر لممارسة الاسترداد، هنا يجب على الإدارة أن تحترم هذا الشرط، أما إذا خلا العقد من النص على هاته الأسباب فقد اختلف الفقه الفرنسي في هذا الشأن الى رأيين:

الرأي الأول: يرى أن الإدارة تملك السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان هناك سببا يبرر الاسترداد من عدمه<sup>2</sup>.

الرأي الثاني: و هو رأي غالبية الفقه الفرنسي، حيث يرى أن الإدارة لا تستطيع استرداد المرفق إلا لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة، أما إذا كانت الأسباب لا تتعلق بالمصلحة العامة فان القرار يعد قرارا تعسفيا من جانب الإدارة.

#### -اثر الاسترداد التعاقدى

الأصل أن يتناول الاسترداد المرفق كاملا، لكن تستطيع الإدارة حصر الاسترداد على جانب منه فقط إذا تضمن العقد نسا صريحا يقضي بذلك.

و يترتب على ممارسة الإدارة لحقها في الاسترداد التعاقدى انتهاء العقد، و يمتاز في هذه الحالة بأنه يكون اتفاقيا، و من ثم فان القاضي يطبق النصوص الخاصة به في ضوء الأصل العام الذي يقضي بان يكون كاملا في مثل هذه الحالات، و يكون التعويض إما بدفع مبلغ إجمالي للمتعاقد أو بطريقة دفع أقساط سنوية لمدة محددة، و كثيرا ما يتم الجمع بين الطريقتين.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot، مرجع سابق ، ص 413

<sup>2</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT، مرجع سابق ، 394

## ثانيا : الاسترداد غير التعاقدى

هو ذلك الاسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة في حالة عدم النص على الاسترداد الاتفاقي في العقد، أو خلال الفترة التي لا يجيز العقد فيها للإدارة أن تسترد المرفق، و هذا الحق من الحقوق المقررة للإدارة استنادا لسلطتها في تنظيم و إدارة المرفق بالطريقة التي ترى أنها محققة للمصلحة العامة.

و في مقابل تمتع الإدارة بهذا الحق، يكون للمتعاقد معها الحق في الحصول على تعويض كامل يشمل ما فاتته من كسب و ما لحقته من خسارة<sup>1</sup>.

و قد اختلف الفقه و القضاء في الاعتراف بحق الإدارة في الاسترداد غير التعاقدى من عدمه.

### موقف الفقه :

ذهب جانب من الفقه إلى إنكار وجود الاسترداد غير التعاقدى مع التسليم بوجود الاسترداد التعاقدى فقط، فالاسترداد طبقا لهذا الرأي لا يوجد إلا إذا كان منصوص عليه صراحة في العقد، و حجة هذا الرأي أن للمتعاقد حقا مكتسبا في استغلال المرفق حتى انتهاء المدة المنصوص عليها في العقد.

و من أهم الفقهاء الذين عارضو بشدة وجود حق للإدارة في الاسترداد غير التعاقدى الفقيه الفرنسي Drefeu<sup>2</sup>، كما اعتبر الأستاذ الدكتور ثروت بدوي و هو أول من نادي بهذا الرأي حيث يقول " الاسترداد في حالة سكوت العقد ليس ممكنا "، كما قال الأستاذ احمد عثمان عياد الاسترداد بالمعنى الفني هو " الاسترداد المنصوص عليه في العقد ، أي الاسترداد التعاقدى، أما في غير حالة النص في العقد على هذه الوسيلة فيجب الرجوع الى القواعد العامة في إنهاء العقود الإدارية "

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 396

<sup>2</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 345

كما يستند هذا الرأي إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعترف للإدارة في أي حكم من أحكامه بحق الاسترداد غير التعاقدى<sup>1</sup>.

الرأي الثاني : حيث يرى غالبية الفقه أن من حق الإدارة استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد و لو لم ينص على هذا الحق صراحة في العقد، و حتى في خلال المدة التي ينص العقد ذاته على عدم جواز الاسترداد خلالها ، فهذا الحق من النظام العام تتمتع به الإدارة بقوة القانون، و لا يجوز لها أن تتنازل عنه .

و من مؤيدي هذا الرأي الفقيه جيز حيث يقول " يعتبر الاسترداد جائزا دائما حتى و لو لم يكن منصوصا عليه صراحة في العقد" ، كما يرى مؤيدي هذا الرأي أن الاسترداد ما هو إلا تطبيق لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة، و طالما أن الإدارة تملك سلطة الإنهاء الانفرادي حتى و لو لم ينص عليها في العقد فإنه يترتب على ذلك وجوب أن تملك سلطة الاسترداد في جميع الأحوال، باعتبار أن ما يسري على الأصل يسري على الفرع .

-موقف القضاء :

اعترف مجلس الدولة الفرنسي في عدة أحكام بحق الإدارة في الاسترداد غير التعاقدى، كما أقرت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 02 مارس 1987 حق الإدارة في الاسترداد غير التعاقدى، فقررت مايلي " تملك السلطة مانحة الالتزام سلطة إنهاء عقد الالتزام من اجل المصلحة العامة، حتى في غياب النصوص التعاقدية التي تسمح بذلك " أما مجلس الدولة المصري فقد اعترف و قرر هذا الحق في فتواه بتاريخ 02 مارس 1954.

-اثر الاسترداد غير التعاقدى

نظرا لان الاسترداد غير التعاقدى ما هو إلا تطبيق لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة، فإنه يترتب على استعمال الإدارة لهذه السلطة ( الاسترداد غير

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة ، عقود البوت bot ، مرجع سابق ، ص 357

التعاقدي ( التعويض ، و يكون المستحق هو تعويض كامل يغطي جميع ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاته من كسب وفقا للقواعد العامة المقررة في هذا الصدد ، و يقوم القاضي الإداري بتحديد مقدار التعويض و يتمتع بسلطة تقديرية عند تحديده لذلك .

### ثالثا: الاسترداد القانوني أو التشريعي

و هو الاسترداد الذي يتم تنظيمه استنادا لقوانين خاصة يصدرها المشرع، و هنا يتم العمل بموجب القانون الصادر حيث تسترد الإدارة المرفق، فعندما يكون منح المرفق بقانون فمن الطبيعي أن يكون استرداده بقانون، و حتى مع افتراض أن المرفق لم يمنح بقانون فان للمشرع سلطة إصدار هذا القانون<sup>1</sup> ، و من أمثلة ذلك في فرنسا :

- قانون 29 ماي 1945 و الذي يتعلق باسترداد الامتيازات المتعلقة بقنوات الملاحة.

- قانون 21 جويلية 1947 ، و الذي خول الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية في خلال سنة من تاريخ صدوره، بقصد تمكين تلك الهيئات من إدارة المرافق المحلية عن طريق الإدارة المباشرة أو الاقتصاد المختلط.

أما في مصر فتمثل في استرداد قناة السويس، حيث صدر قانون رقم 285 لسنة 1957 بإنهاء امتياز شركة قناة السويس، و يرى غالبية الفقه في مصر أن ما جاء به هذا القرار هو استرداد قانوني للالتزام الممنوح للشركة و ليس تأمينا بالمعنى الدقيق، فالتأميم ينصرف الى نزع الملكية من الشركات للمصلحة الجماعية أو المصلحة العامة، أما شركة قناة السويس فإنها لم تملك قط قناة السويس، و إنما كانت تتولى إدارة المرفق فقط.

-مدى إمكانية تطبيق حالات الاسترداد على عقود الشراكة:

-الرأي المنكر لحق الإدارة في الاسترداد:

إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تختلف كما قلنا عن عقود الامتياز في صورته التقليدية، حيث أن شركة المشروع تقوم بإنفاق مبالغ طائلة على إعداد دراسات

<sup>1</sup> جهاد زهير ديب الحرازين : عقود الامتياز ، مرجع سابق ، ص 282

الجدوى و التصميمات ناهيك عن النفقات الباهظة التي يحتاجها إنشاء المشروع و تشغيله ، فإذا ما تحملت شركة المشروع تمويل ، إعداد ، تصميم ، إنشاء و تجهيز المشروع، فإنها تلجا في سبيل ذلك إلى طرق عدة في التمويل، أولها اللجوء إلى الاقتراض و الاستدانة من البنوك و الجهات المتخصصة بضمان عائد التشغيل، الأمر الذي يستوجب حماية الشركة من الاسترداد قبل نهاية مدة العقد، و قبل أن تكون شركة المشروع قد حصلت على عائدات من التشغيل تغطي القروض و الأموال التي أنفقتها و حققت عائد من الربح .

كما أن حماية شركة المشروع من ذلك الإنهاء المبستر يجعل المستثمرين يقدمون على الاستثمار في الدولة مقر المشروع، و يزيد الطمأنينة لديهم من أن أموالهم التي سوف يدفعونها سوف يحصلون عليها بفوائدها و ارباحها.

و لا شك أن تشجيع الدولة للاستثمار سوف يجبرها على التنازل عن بعض سلطاتها لصالح المستثمر الأجنبي بطلب حمايته من التغيير في قوانين هذه الدولة بتضمين العقد شرط الثبات التشريعي، فما بالكم بالسماح لتلك الدولة من استرداد المشروع قبل نهاية مدة العقد.

و من اشد مؤيدي هذا الرأي الأستاذ الدكتور عصام احمد البهجي حيث يقول " لا يحق للدولة مقر المشروع خرق نصوص عقد الشراكة و استلام مقر المشروع من الشركة، بل الأمر في حقيقته هو طرد شركة المشروع قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد، و لان ذلك يلحق ضررا جسيما بمصالح الدولة الاقتصادية، لان إقدام دولة المقر على هذا التصرف يعطي الحق لشركة المشروع في مقاضاة الدولة المقر، بما يؤدي في نهاية الأمر إلى إلزامها بتعويضات مبالغ تشمل ما كان يحتمل أن تحققه شركة المشروع من مكاسب مالية<sup>1</sup>.

كما يقول أنصار هذا الرأي انه في حالة وجود دواعي لتعديل المدة المتفق عليها في عقد الشراكة مع القطاع الخاص، سواء بسبب تحقيق شركة المشروع لمكاسب مالية ضخمة أو

<sup>1</sup> عصام احمد البهجي : عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، مرجع سابق ، ص 209

لدواعي أمنية أو سياسية، فيجوز للدولة مقر المشروع الدخول في مفاوضات مع شركة المشروع لاستلام المشروع قبل انتهاء المدة المتفق عليها، و لو أدى الأمر إلى التزام الدولة طواعية بتعويضات تدفعها لشركة المشروع ، فإنها ستكون اقل من التعويضات التي تدفعها بناء على أحكام المحكمين أو أحكام القضاء<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني : الاعتراف بحق الدولة في استرداد المرفق في عقود الشراكة

و يذهب أنصار هذا الرأي إلى انه من حق دولة مقر المشروع استرداد المرفق قبل انتهاء مدته و ذلك للأسباب التالية:

\* إن الاسترداد يعد اثر لحق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، و نتيجة لذلك يري غالبية الفقه الاعتراف بحق الدولة في استرداد المرفق حتى و لو لم يكن منصوص عليه في العقد، و اعتبر الفقه أن هذا الحق من النظام العام فلا يجوز للدولة التنازل عنه، و يبطل كل شرط في العقد يؤدي إلى التنازل<sup>2</sup>.

\* كما قد توجد دواعي عديدة للدولة مقر المشروع تجعلها تقدم على استرداد مشاريع الشراكة مع القطاع الخاص أهمها:

- دواعي اقتصادية، كان تكون شركة المشروع قد حققت مكاسب مالية ضخمة تتجاوز بكثير ما قامت بإنفاقه في سبيل إنشاء المشروع، حيث انه غالبا ما تقترن مشاريع الشراكة بوضع احتكاري يضمن لشركة المشروع تحقيق أرباح عالية في فترة وجيزة، الأمر الذي يكون معه استمرار شركة المشروع في إدارة و استغلال المرفق حتى نهاية العقد أو نهاية مدة العقد بمثابة غبن فاحش على حقوق الدولة المالية.

<sup>1</sup> عصام احمد البهجي: عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، مرجع سابق ، ص 209

<sup>2</sup> ابو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص 221

- و قد تكون الدواعي أمنية أو سياسية، خاصة و أن مشاريع الشراكة غالبا ما تكون فيها شركة المشروع مستثمر أجنبي، و أن استمراره في القيام على المشروع يمثل ضرر بالأمن القومي للدولة مقر المشروع.

- كما أن و باعتبار و اعتراف غالبية فقهاء القانون العام أن عقد الشراكة من العقود الإدارية، و بالتالي خضوعها للأحكام العامة و منها الاعتراف للجهة الإدارية بحقها في استرداد المرفق حتى و لو لم ينص عليه في العقد<sup>1</sup>.

### -من الناحية القانونية

لقد اعترفت جل التشريعات و القوانين المنظمة لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بهذا الحق، فقد بينت مسودة عقود الشراكة في بريطانيا ( مبادرة التمويل الخاصة ) انه يجوز للسلطة المتعاقدة إنهاء عقد الشراكة بإرادتها المنفردة في أي وقت ، كما يجوز لها إنهاء العقد في أوقات محددة بالعقد، و يكون من المفيد للجهة الإدارية إنهاء العقد مبكرا في تلك الأوقات .

و في هاتين الحالتين يجب إخطار شركة المشروع بذلك، لكن يجب أن يتضمن الإخطار تاريخ إنهاء العقد مبكرا، و الذي يجب أن يكون كحد أدنى ثلاثون يوما (30 يوما) من تاريخ استلام الإخطار.

أما المشرع المصري فقد نص في مادته العاشرة (10) على هذا الحق<sup>2</sup>، و كذلك القانون الفلبيني المنظم لعقود الشراكة في مادته السابعة (07)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> و قد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بان " الاسترداد من حق السلطة المانحة للالتزام أن تسترد المرفق في أي وقت تشاء قبل إنهاء مدة الامتياز الممنوحة للمتزم و يكون التعويض في حالة الاسترداد واجبا على الحكومة لان هذا التعويض يمثل في مقابل حرمان المتزم من إدارة المرفق حتى نهاية مدة العقد " فتوى رقم 53 جلسة 1958/02/10

<sup>2</sup> المادة العاشرة (10) من قانون الشراكة المصري على انه " .....يجب ان يتضمن عقد المشاركة لأحكام المنظمة لملكية منشآت المشروع و أمواله أثناء مدة العقد و عند انتهاءه أو انتهاءه مبكرا "

<sup>3</sup> تنص المادة السابعة (07) من القانون الفلبيني على انه " و في حالة ما إذا أبطل أو الغي أو انهي المشروع بواسطة الحكومة بدون خطأ من قبل صاحب المشروع او بواسطة اتفاق متبادل فان الحكومة سوف تعوض صاحب المشروع عن

و عليه فان الاعتراف بحق دولة مقر المشروع في استرداد المرفق محل عقد الشراكة قبل نهاية مدته يقابله حق شركة المشروع في الحصول على التعويض، و التعويض في عقود الشراكة يكون على فرضين:

\* إذا نص عقد الشراكة أو كراسة الشروط على حق شركة المشروع في التعويض، يجب احترام ما تم الاتفاق عليه باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين.

\* أما إذا لم ينص أو ينظم عقد الشراكة مع القطاع الخاص و لا كراسة الشروط على حق الدولة في استرداد المشروع، و منه التعويض المترتب عن ذلك، ففي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة في التعويض في شأن الاسترداد خارج نصوص العقد، و ذلك بتقرير حق شركة المشروع في التعويض الكامل الذي يغطي ما لحق بها من خسارة متمثلة فيما أنفقته في سبيل إعداد تصميم ، إنشاء و تشغيل المشروع، و ما فاتها من كسب و ما كان يحتمل أن تحققه من مكاسب مالية طويلة مدة العقد .

### الفرع الثالث: إسقاط الالتزام (سحب الالتزام)

اصطلاح الإسقاط استعمله مجلس الدولة الفرنسي و خص به عقد امتياز المرافق العامة من دون سائر العقود الإدارية الأخرى، حيث يستعمل فيها لفظ الفسخ.

و يعرف الإسقاط بأنه إنهاء العقد على مسؤولية الملتزم نتيجة لخطاه الجسيم.

كما يعرفه الفقيه جيز بأنه فسخ عقد امتياز المرفق على مسؤولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه.

و يرى غالبية الفقه أن جزاء الإسقاط من النظام العام، و انه يوجد حتى و لو لم يكن منصوصا عليه في العقد أو كراسة الشروط<sup>1</sup>، و بالتالي لا يجوز حرمان الإدارة من حقها في

---

النفقات الفعلية للمشروع بالإضافة الى معدل عائد معقول عن ذلك لا يتجاوز الذي ذكر في العقد من تاريخ هذا الإنهاء أو الإلغاء....."

<sup>1</sup> الياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، مرجع سابق ، ص 387

توقيع هذا الجزاء بمقتضى شرط صريح في العقد، حيث يعتبر هذا الشرط مخالفا للنظام العام.

و لان الإسقاط ينهي العقد كان لا بد من إحاطته بضمانات استثنائية تمثلت في الشروط التالية:

1-الخطأ الجسيم: و يقتضي لتوقيع جزاء الإسقاط ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما في تنفيذ التزامه التعاقدى على وجه يضر بتسيير المرفق العام، كتنازل الملتزم عن عقده كليا أو جزئيا إلى الغير من دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة.

2-إنذار الملتزم: يتطلب القضاء الفرنسي تطبيقا للقواعد العامة وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، و عادة ما تتضمن كراسة الشروط ضرورة قيام الإدارة بإنذار الملتزم قبل توقيع الجزاء و تحديد المدة التي يمكن بعدها اتخاذ جزاء الإسقاط إذا لم يبادر المتعاقد إلى إصلاح وضعه.

و يعد الإسقاط غير مشروع إذا لم يكن مسبقا بالإنذار، و إذا تضمن العقد وجوب اتخاذ إجراءات شكلية معينة وجب مراعاتها قبل توقيع الجزاء، و لكنه قد تعفى الإدارة من توجيه الإنذار في حالات معينة :

- إذا تضمن العقد شرطا صريحا بإعفاء الإدارة من توجيه الإنذار.
- في حالة وجود نص تشريعي أو لائحي يعفي الإدارة من الإنذار.
- إذا أظهرت الظروف عن عدم جدوى الإنذار، كإعلان المتعاقد مع الإدارة عن عدم قدرته نهائيا عن استغلال المشروع، أو في حالة إفلاسه أو تصفية المشروع قضائيا.

### 3-اختصاص القاضي بتقرير جزاء الإسقاط :

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اختصاص قاضي العقد بتقرير جزاء الإسقاط، إذا لم يتضمن العقد و كراسة الشروط نصا يخول الإدارة صراحة حق الإسقاط.

أما القضاء الإداري المصري فقد خول الإدارة هذا الحق و لو لم يرد نص في العقد، أو في كراسة الشروط<sup>1</sup>.

#### 4-التزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط و إبلاغه للملتزم :

يحب قبل اتخاذ أي قرار بالإسقاط مراعاة إجراءات تمهيدية، و منها إعلام المتعاقد المخل بالتزاماته لسماع أقواله، أو إجراء تحقيق، أو إتمام بعض إجراءات العلانية و سواها من الإجراءات التي يفرضها القانون، و لذلك يتعين مراعاة هذه الإجراءات قبل اتخاذ قرار الإسقاط .

و عليه فقد أصبح تعليل القرارات الإدارية أمرا لازما لسلامة القرار الإداري بوجه عام، و هو من أنجع الضمانات للأفراد لأنه يسمح لهم بمراقبة مشروعية تصرف الإدارة.

و لا تعفى الإدارة من تعليل قرارها إلا في حالة الاستعجال المطلق، و يقتضي إبلاغ قرار الإسقاط إلى المتعاقد ليسري عليه، و له أن يعترض على هذا الإسقاط أمام القضاء المختص، لكن السؤال الذي يثار دائما هو هل يمكن استعمال حق الإسقاط في عقد الشراكة؟

#### **الإسقاط في عقد الشراكة:**

الإسقاط هو إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص نهاية مبسترة قبل نهاية المدة المتفق عليها لحدوث خطأ جسيم من شركة المشروع .

و قد يختلط جزاء الإسقاط في عقد الشراكة مع وضع المرفق تحت الحراسة، حيث أن في كل منهما تستطيع الإدارة أن تفرض الجزاء و لو لم ينص العقد عليه، لكنهما يختلفان في أن

---

<sup>1</sup> قضت المحكمة العليا في مصر بتاريخ 1977/11/30 بأنه " ليس صحيحا في القانون أن جزاء سحب الالتزام أو إسقاطه لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة إذ أن منح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بمقتضى العقد فله بقرار منه توقيع الغرامات المنصوص عليها في العقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه و كذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرافق العامة كما يثبت لمانح الالتزام بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالا جزيئا أو كليا أو إذا ارتكب الملتزم مخالفة جسيمة ....."

جزاء وضع المرفق تحت الحراسة إجراء مؤقت لا ينهي الرابطة العقدية، أما جزء الإسقاط فهو إبعاد شركة المشروع نهائياً عن إدارة المرفق و إنهاء عقده بصورة قطعية.

كما يختلفان في أن وضع المرفق تحت الحراسة هو إجراء تهديدي، يقصد به تهديد شركة المشروع المقصرة و إرغامها على تنفيذ التزامها على الوجه الصحيح، و لذلك تتولى الإدارة إدارة المرفق خلال مدة الحراسة، و لكن على حساب شركة المشروع و مسؤوليتها بينما الإسقاط جزء فاسخ للعقد.

كما يختلفان في طريقة إنهاء كل منهما، ففي الحراسة تنتهي الحراسة باستعادة المتعاقد لإدارة المرفق بناء على انتظامه في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بينما الإسقاط فينتهي بتوقيع الجزاء بقرار من الإدارة المتعاقدة أو بحكم القاضي<sup>1</sup>.

و عليه و نظراً لخطورة جزء الإسقاط و قسوته على شركة المشروع فان القضاء الفرنسي يتشدد في تقريره في مثل هذه العقود، و يتطلب صدوره من قاضي العقد ما لم ينص العقد على خلاف ذلك ، و الحكمة من ذلك هو أن شركة المشروع قد أنفقت أموال ضخمة في سبيل إعداد المرفق و تجهيزه، كما أن عقد الشراكة من العقود الممتدة و تلك المدة هي التي تستطيع من خلالها شركة المشروع الحصول على عوائد التشغيل، و التي تقوم بها بتسديد قروضها و ديونها ، لذا فان الإسقاط بقرار من السلطة أو الإدارة يمثل نكسة لشركة المشروع التي قامت بإنفاق مبالغ طائلة .

لذلك يجب أن يصدر حكماً قضائياً بالإسقاط، و هذه الخاصية ينفرد بها عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بحق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها من دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء.

و لا تتوقف سلطة مجلس الدولة في هذا الصدد عند حالة الإسقاط الذي يتعين أن ينطق به القاضي، بل يراقب مدى ملائمة جزء الإسقاط مع جسامة المخالفة في حالة احتفاظ العقد

<sup>1</sup> الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد الbot ، مرجع سابق ، ص 386

للإدارة صراحة بحق توقيع جزاء الإسقاط، من دون حاجة للالتجاء إلى القضاء في حالة إذا دفع المتعاقد بذلك.

و قد يعدد عقد الشراكة بعض الأخطاء التي بمجرد تحققها، يكون للجهة الإدارية الحق في إسقاط الالتزام بقوة القانون دون الحاجة إلى صدور حكم من قاضي العقد.

على انه تجدر الإشارة إلى أن النص على أخطاء بعينها في العقد تبرر الإسقاط بمجرد تحققها لا يمنع القاضي الإداري من ممارسة سلطة في تقدير تلك الأخطاء، و ما إذا كانت تبرر جزاء الإسقاط، أو تستوجب استبدال الإسقاط بجزاء آخر<sup>1</sup>.

فقد يتفق المتعاقدان على أن يكون إسقاط الالتزام إذا لم يتم احدهما بتنفيذ التزامه، هنا يجوز لطرفي العقد تضمين العقد نصوصا تبين الحالات التي يجوز فيها طلب الإنهاء (الإسقاط) و حل الرابطة العقدية ، هذه الشروط يجب أن تكون محاطة بسياج متشدد من ثلاثة نواحي: \* يتشدد المتعاقدان طرفا عقد الشراكة نفسيهما في تحديد الحالات التي تجيز طلب الإسقاط، بحيث تمثل أخطاء جسيمة من المتعاقد .

\* يجب أن تكون الحالات الواردة في العقد محددة على سبيل الحصر، و بالتالي لا يجوز القياس عليها نظرا لخطورة النتيجة المترتبة على تحقق احدها.

\* إن وردت تلك الحالات في بنود العقد، فإنها لا تحول دون سلطة القاضي الإداري في تقديرها و التأكد ما إذا كانت تتناسب مع النتيجة المترتبة عليها، فيكون الإسقاط مشروعاً، أم أنها غير مبررة للإسقاط فيكون قرار الإسقاط باطلا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة : عقود البوت bot، مرجع سابق ، ص 436

<sup>2</sup> و هو ما اخذ به قانون الشراكة المصري في المادتين العاشرة (10) و الرابعة و الثلاثون (34) و التي تتطلب أن يتضمن عقد الشراكة مايلي --- حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي و حقوق الأطراف المترتبة .  
- الحالات التي يحق فيها للجهة الإدارية الإنهاء المنفرد للعقد و الالتزامات المالية المترتبة على استخدام هذا الحق.  
- تنظيم قواعد استرداد المشروع في حالات الإنهاء المنفرد أو الجزئي أو المبكر.

ضرورة اعدار شركة المشروع في عقد الشراكة : نظرا للمبالغ الطائلة التي تنفقها شركة المشروع في عقود الشراكة، فان مجلس الدولة الفرنسي قد تشدد في ضرورة اعدار شركة المشروع قبل توقيع جزاء الإسقاط، سواء نص العقد على ضرورة الاعذار أو لم ينص ، كما انه لا يعفي الإدارة من الاعذار إلا نص صريح في العقد .

و الاعذار في عقد الشراكة لا يقتصر على شركة المشروع فقط، بل يجب قيام الجهة الإدارية باعدار المقرضين أيضا و الهدف من ذلك يرجع إلى سببين :

أولا : دفع هؤلاء المقرضين إلى ممارسة ضغوطهم على شركة المشروع من اجل قيام الأخيرة بالوفاء بالتزاماتها العقدية، و معالجة أي تقصير طيلة مدة العقد دون إنهائه انتهاء مبسترا ذلك أن سداد قروضهم يعتمد على إيرادات المشروع طيلة مدة تشغيله .

ثانيا: لفت نظر الجهات المقرضة إلى تعسر شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها، بغرض حثها على استقاء ديونها منها قبل أن تكف يدها عن المشروع.

و يختلف الاعذار عن الإبلاغ، فالأول يتم بموجبه منح شركة المشروع و المقرضين فرصة الإصلاح، أما الإبلاغ فيكون بقيام الجهة الإدارية ( الحكومة ) بإبلاغ الطرف الآخر (شركة المشروع و المقرضين ) بقرار الإنهاء و الإسقاط، و هو ما يكون في مرحلة لاحقة على الاعذار و يضع نهاية فعلية للعقد .

و يجب تمكين شركة المشروع من تقديم أوجه دفاعها، و هو ما أخذت به بعض اتفاقيات أو عقود الشراكة مع القطاع الخاص، فتوجد بعض التنظيمات القانونية التي لا تستوجب مناقشة شركة المشروع في أسباب ارتكابها للمخالفة فقط، بل تستوجب منح الأخيرة مهلة معقولة بعد اعدارها حتى تتمكن من معالجة الأخطاء و التقصير من جانبها.

## حق شركة المشروع في إسقاط الالتزام:

الأصل أن من يملك حق الإسقاط هو الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة إذا أخلت شركة المشروع إخلالا جسيما بالتزاماتها كجزء تمتلك الجهة الإدارية توقيعه عليها، و ليس لشركة المشروع سوى الطعن بإلغاء أو التعويض، إلا انه يجوز استثناءا لشركة المشروع إنهاء عقد الشراكة بإرادتها المنفردة عند إخلال الجهة الإدارية المتعاقدة بالتزاماتها.

و يعد ذلك أمر غير مألوف في مجال العقود الإدارية و عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بصفة خاصة، التي تستوجب على شركة المشروع الاستمرار في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية و لو تقاعست الجهة الإدارية في الوفاء بالتزاماتها، إذ لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ الذي لا تعرفه العقود الإدارية و هذا ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام.

و نتيجة لضخامة قيمة عقود الشراكة مع القطاع الخاص و حجم الالتزامات الملقاة على عاتق شركة المشروع فقد تم منحها إمكانية إنهاء العقد مبكرا، و هو ما يدخل في نطاق التطوير لبعض العقود الإدارية و منها عقد الشراكة.

و الإسقاط لعقد الشراكة بواسطة شركة المشروع لإخلال الجهة الإدارية المتعاقدة بالتزاماتها يجب أن يكون منصوص عليه في العقد.

و قد نصت مسودة مبادرة التمويل الخاصة في بريطانيا على إجراءات يجب على شركة المشروع إتباعها في حالة لجوءها إلى الإسقاط ( الإنهاء المبكر للعقد )، و تتمثل في :

- يجب على شركة المشروع إخطار السلطة المتعاقدة بعزمها على إنهاء عقد الشراكة خلال خمسة و أربعون يوما ( 45 يوم ) من علمه بإخلال السلطة المتعاقدة .

- يجب أن يحدد إخطار الإنهاء المبكر نوع إخلال السلطة المتعاقدة التي تخول له طلب الإنهاء المبكر حال حدوثها.

- ينتهي العقد اعتبارا من اليوم التالي للخمسة و أربعون يوما ( 45 يوم ) من تسلم الإخطار، إلا إذا قامت بإصلاح الإخلال خلال ثلاثون يوما ( 30 يوم ) من تاريخ تسلمها الإخطار.

- اثر الإسقاط:

يترتب على جزاء الإسقاط عدة آثار أهمها:

\* إنهاء العلاقة التعاقدية و استبعاد شركة المشروع نهائيا من استغلال المشروع قبل نهايته الطبيعية المنصوص عليها في عقد الشراكة.

\* يؤدي الإسقاط كجزاء إلى انقضاء عقد الشراكة و نهايته، إلا انه لا ينهي مشروع عقد الشراكة، و يحق للإدارة العمل على استمرار هذا المشروع.

\* يترتب على الإسقاط أن تتحمل الجهة الإدارية المتعاقدة نفقات هذا الاستغلال، و ذلك إذا قامت باستغلال هذا المشروع بنفسها لحين اختيار شركة المشروع أخرى، كما لها إقامة مزيدة على مسؤولية شركة المشروع المستبعدة من اجل اختيار شريك جديد لتأمين استمرار المرفق العام .

\* عند قيام الجهة الإدارية المتعاقدة باستغلال و إدارة المشروع بنفسها بعد إسقاط التزام شركة المشروع فإنها لا تعتبر خلفا عاما أو خاصا لشركة المشروع، و من ثم لا تلتزم بحقوق الدائنين أو دائني شركة المشروع المستبعدة ما لم ينص على خلاف ذلك، و لا يسري في مواجهة الإدارة عقود العمل الخاصة بالعاملين لدى شركة المشروع المستبعدة.

## خاتمة

إن الحلقة الأخيرة في تطور النشاط الاقتصادي المستمر هو لجوء الحكومات الى أسلوب تعاقدى يسمى " عقد الشراكة بين القطاعين العم و الخاص "، و الذي يتولى بمقتضاه المتعاقد و على نفقته تمويل المشاريع في مجال البنية التحتية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة و إدارتها، تشغيلها و استغلالها.

و قد نشأ هذا النظام كما قلنا أولاً في المملكة المتحدة، ثم انتشر في العديد من الدول في القارة الأمريكية و في أوروبا، ثم انتقل إلى الدول العربية، كمصر ، لبنان ، الكويت .... الخ . و كان السبب الرئيسي للجوء الإدارة إليه في المملكة المتحدة مالياً، إذ أرادت الإدارة الانجليزية تعزيز قدراتها على مواصلة برامجها التنموية في المجالين الصحي و الاجتماعي خصوصاً.

أما في فرنسا فقد كان لإدخال عقود الشراكة في نظامها القانوني طابع متميز يتمثل في أن هذا النظام التعاقدى الجديد أصبح ضرورة ملحة لتخفيف عبئ الموازنة العامة، و الاستفادة من التمويل الخاص في مشاريع ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها.

كما أن إدخال هذا النظام التعاقدى في القانون الفرنسي كان محسوباً بدقة مراعاة للواقع الفرنسي ، حيث أن المشرع الفرنسي لم بهمل الجوهر الانجليزي لهذه العقود و بخاصة فيما يتعلق بالإجراءات السابقة على التوقيع على العقد ، إلا انه أحاط باللجوء إلى هذه العقود بالأطر القانونية التقليدية الفرنسية، فاصبغ على العقد وصف العقد الإداري و أخضعه للقانون الفرنسي في إبرامه و تنفيذه و المنازعات الناشئة عنه، و بخاصة في مجال التحكيم حيث ربط اللجوء إليه بتطبيق القانون الفرنسي باعتبار أن العقد عقداً إدارياً ، و بالتالي لم يخرج المشرع الفرنسي بذلك عن سياسته العامة في ملاحقة التطورات في مجال العقود .

أما في القانون المصري فان إصدار قانون رقم 67 لسنة 2010 و المتعلق بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق انشاته الضرورة للاستفادة القصوى من هذه العقود، حيث انه كان لابد من إيجاد مناخ قانوني يتناسب معها باعتبارها آلية للتمويل في مجال البنية الأساسية و الخدمات و المرافق.

و عقود الشراكة لها دور كبير في عملية نقل أدوات التكنولوجيا الحديثة خاصة في حالة إذا كان القطاع الخاص الحاصل على المشاريع من خارج نطاق الحدود الجغرافية للبلد المضيف للمشروع، حيث يتم نقل المعدات و الآلات و كذلك أدوات التدريب و التأهيل، لذلك تعتبر مشاريع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص عاملا هاما في نقل التكنولوجيا الحديثة و تدريب الكوادر المحلية على استعمال هاته التكنولوجيا.

كما أن مشاريع الشراكة تمتاز عن الخصخصة، لأنها تحافظ على ملكية الدولة لأموالها مع ضمان التطوير و التحديث، و قد تساهم هذه المشاريع في احتدام المنافسة سواء من حيث تكلفة الوحدات المباعة و جودة المنتج النهائي.

و لكنه و بالرغم من المزايا العديدة و المتنوعة التي يوفرها نظام الشراكة، إلا أن التجربة العملية أظهرت عيوب تقتضي الإشارة إليها و أخذها في الاعتبار مع بداية طرح المشروع، و من ابرز هذه العيوب الصعوبات الناجمة عن أن إدارة مراحل المشروع تتطلب تنسيقا بين الجهات الحكومية المختلفة التي تتداخل صلاحيتها، و لا سيما عندما يستدعي الأمر التعامل في الوقت نفسه مع عدة وزارات و إدارات، كوزارة التجارة و الصناعة و الداخلية..... الخ و لكل هذه الجهات الحكومية أسلوبها و تنظيمها في التعامل مع المشروع بشكل قد يكون غير متناسق فيما بينها .

كذلك قد تواجه الدول ذات المداخل المحدودة عندما تسعى إلى طرح مشاريعها على شركات و مؤسسات أجنبية خارجية، فتقوم هذه المؤسسات بتحويل أموالها بالعملة الصعبة إلى الخارج .

و النتيجة أن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص كوسيلة من وسائل تمويل المشاريع العامة، و بالرغم من الأهمية الكبيرة التي تتجلى بها و المميزات التي تتمتع بها و لكنها لا تخلو من العيوب، و لهذا يجب:

على الحكومات أن لا تقوم بتحويل المرافق للقطاع الخاص عن طريق نظام الشراكة، إلا إذا كان لهذه الشراكة منافع اجتماعية و اقتصادية و فنية ذات مردود عال على الجمهور خاصة الطبقة الكادحة منهم، فعلى الحكومة أن تتحقق أن المشروع سوف يتم بناءه و تمويله طبقا للاحتياجات و الموافقات التي تحددها، و في إطار الخطة العامة للدولة، و انه سيجري على بناء و تشغيل المشروع خلق فرص عمل حقيقية جديدة و تدريب العمالة المحلية على التكنولوجيا الحديثة.

كذلك على الدولة عند اختيار و طرح مشروع ما للقطاع الخاص أن تتحقق من أن لهذا المشروع دورا ايجابيا في جذب العملة الأجنبية و ليس العكس، كذلك يجب توسيع سوق المال المحلي عن طريق الالتجاء إلى هذه المشاريع.

و يجب على الحكومة أن لا تلجأ إلى عقود الشراكة إلا بعد وضع القواعد القانونية و التنظيمية اللازمة لإنجاح هذه الشراكة، و كذلك إنشاء الأجهزة اللازمة لتنفيذ هذه القواعد بقدر عال من الكفاءة و النزاهة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيجب عليه إصدار قانون موحد لتنظيم عملية مشاركة القطاع الخاص في تقديم الخدمات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة، على شاكلة القانون الانجليزي و الفرنسي و جل الدول العربية، و يجب أن يتضمن هذا القانون الأسس التشريعية للمشاريع الممولة عن طريق القطاع الخاص، كذلك تحديد الأحكام المطبقة عليها طوال مراحل المشروع بدءا من اختيار شركة المشروع و التعاقد معها مرورا بتنفيذ المشروع و تشغيله و انتهاء بتحويل و نقل أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة العقد.

فمثل هذا القانون الموحد الشامل من شأنه تحقيق الشفافية و الوضوح و الوحدة في النظام القانوني، و تحقيق الغاية المرجوة من هذه المشاريع.

كما يجب أن ينظم هذا القانون، أي قانون الشراكة بين القطاعين العام و الخاص على النحو الذي عرضنا له تفصيلا في هذه الدراسة مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية و المرافق العامة دون استثناء.

كما يجب أن يعطي القانون بوضوح حق التعاقد للسلطات المركزية و المحلية.

كذلك يجب إنشاء آليات و جهات مؤسسية لتنسيق بين أنشطة السلطات و الجهات الإدارية المسؤولة عن إصدار الموافقات و الرخص و الرسوم اللازمة لتنفيذ المشاريع وفقا للأحكام القانونية و التنظيمية الخاصة بإنشاء و تشغيل و تملك مرافق البنية الأساسية.

و بإصدار مثل هذا القانون يكون المشرع الجزائري قدم للحكومة فرصة لدخول في شراكة مع القطاع الخاص، تحت غطاء قانون شامل و كامل يحمي و يحافظ على حقوق و التزامات الطرفين.

## قائمة المصادر و المراجع

### 1-القوانين و المراسيم :

- القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة.
- الأمر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا
- الأمر رقم 899-2015 الصادر في 23 جويلية 2015 و الخاص بالصفقات العمومية في فرنسا .
- مرسوم رقم 2004-1119 المؤرخ في 19 أكتوبر 2004 و المتعلق بإنشاء هيئة المعاونة لتفعيل عقود الشراكة.
- مرسوم رقم 2016-622 المؤرخ في 27 افريل 2016 المتعلق بهيئة تفعيل تمويل البنية التحتية.
- مسودة مبادرة التمويل الخاصة في بريطانيا.
- الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بعقد بالاعتماد الايجاري في الجزائر
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ( القانون الجزائري ).
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 اوت 2016 و المتعلق بترقية الاستثمار.

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المنظم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- القانون رقم 95 لسنة 1995 المتعلق بالتأجير التمويلي في مصر.

- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 اوت 2005 و المتعلق بالمياه.

-التعليمية رقم 3-842/94 الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و البيئة و الإصلاح الإداري المتعلق بانجاز المرافق العامة و تأجيرها.

## 2-المراجع باللغة العربية:

### -المراجع العامة:

- الياس ناصيف : موسوعة العقود المدنية و التجارية ، أحكام العقد - أركان العقد ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 1997

- جابر جاد نصار : الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، طبعة 2000

- ناصر لباد: الوجيز في القانون الإداري ، دار المجد للنشر و التوزيع ، لبنان ، طبعة 2010

- محمد الصغير يعلى: العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة 2005

- سليمان محمد الطماوي :

\* الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة دار الفكر العربي، مصر

\* الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي ، مصر ، طبعة 1992

- طعيمة الجرف: القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، مصر ، طبعة 1978
  - محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الإداري ، دار الفكر العربي، مصر
  - سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، طبعة 1994
  - مصطفى ابو زيد فهمي : الوجيز في القانون الإداري ، الجزء الأول ، نظرية المرافق العامة ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، الإسكندرية
  - مصطفى الجمال : السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، لبنان ، طبعة 2001
  - محمد حلمي : العقد الإداري ، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ، القاهرة .
  - عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995
  - عبد المجيد فياض : نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، مصر
- المراجع المتخصصة:**

- هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001
- ليث عبد الله القهوي ، بلال محمود الوادي : الشراكة بين مشاريع القطاعين العام و الخاص ، الطبعة الأولى دار حامد للنشر و التوزيع ، عمان ، 2012
- حمادة عبد الرزاق حمادة :

\* عقود الشراكة PPP ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة 2013

\* عقود البوت BOT ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة 2014

- طه محييد جاسم الحديدي: النظام القانوني ل عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود ، مطابع نشات ، دار الكتب القانونية ، طبعة، عمان ، 2013

- احمد رشاد محمد سلام: عقد الإنشاء و الإدارة و تحويل الملكية BOT في مجال العلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، طبعة 2004

- حسن عبد الله حسن: عقد المشاركة لتمويل و إنشاء و إدارة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر ، طبعة 2016

- احمد سيد احمد محمود : التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص PPP دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2013

- رجب محمود طاجن :

\* عقود الشراكة PPP ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2007

\* عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ، طبعة 2010

- الياس ناصيف : سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال bot ، المؤسسة الحديثة للكتاب بيروت ، لبنان ، طبعة 2006

- يعرب محمد الشرع : دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار الفكر العربي ، مصر ، الطبعة الأولى 2010

- جهاد زهير ديب الحرازين : عقود الامتياز ، دراسة تطبيقية على مرفقى الاتصالات و الكهرباء ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، طبعة 2013

- جابر جاد نصار : عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2002

- أبو بكر احمد عثمان : عقود تفويض المرفق العام ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة 2015

- السيد الحداد حفيفة :

\* العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، طبعة 2001

\* الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية و أثرها في القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، طبعة 2001

- احمد بدر سلامة : العقود الإدارية و عقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2003

- عبد القادر عطية محمد عبد القادر : دراسة الجدوى التجارية و الاقتصادية و الاجتماعية مع مشروعات bot ، دار الجامعية ، مصر ، طبعة 2001

- محمد باهي ابو يونس : الرقابة القضائية على شرعية الإجراءات الإدارية العامة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة 2001

- عصام احمد البهجي :

\* عقود البوت ، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، طبعة 2008

\* التحكيم في عقود البوت ، دراسة تحليلية لمزايا التحكيم و أهميته في فض منازعات الاستثمار ، دار الفكر العربي ، مصر ، طبعة 2008

- جيهان حسن سيد احمد : عقود البوت و كيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2002

- حسام عيسى : نقل التكنولوجيات ، دراسة في آليات القانونية للتبعية الدولية ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، طبعة 1987

- احمد محمد محرز : النظام القانوني للخصخصة ، تحول شركات القطاع العام إلى شركات القطاع الخاص ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة 2003

- عحة الجيلالي : الكامل في القانون الجزائري للاستثمار ( الأنشطة العادية و قطاع المحروقات ) ، دار الخلدونية لنشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة 2006

- ياسين جبار: الشراكة الاورومتوسطية، واقع و أفاق إشارة إلى حالة الجزائر ، دار المعرفة، الجزائر ، طبعة 2012

- عبد المنعم عبد العزيز خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية دار الكتب القانونية ، مصر ، طبعة 2006

-الرسائل:

رسائل الدكتوراه

\*- شريف إبراهيم محمد احمد بركات : التنظيم القانوني لعقود الشراكة و التحكيم في المنازعات الخاصة بها رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة أسيوط ، كلية الحقوق ، 2015

\*- بن شعبان علي : أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة قسنطينة ، كلية الحقوق ، 2012

- محمد غازي الجلالي: نحو بناء نظام متكامل للاستخدام ، نظام عقود البناء و التشغيل و النقل في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، 2000

- خالد عبد العزيز العضيبي : ولاية القضاء الإداري في الكويت ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ، كلية ، 2000

- تجاني عبد الغني إبراهيم غازي: التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام BOT ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ، كلية الحقوق 2007

- عمرو طه محمد بدوي علي : الالتزام في عقود البناء و التشييد ، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ، كلية الحقوق 2004

-وائل محمد سيد إسماعيل : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت BOT و ما يماثلها دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس ، كلية الحقوق، 2008

-إبراهيم الشهاوي : عقد امتياز المرفق العام ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس كلية الحقوق، 2003

**رسائل الماجستير:**

-عمراني فيصل : عقد الشراكة العمومية - الخاصة ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2010

- سميرة حصايم : عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو، 2012

## -المقالات و الملتقيات :

-محمد محمد بدران : نحو أفاق جديدة للخصخصة ، مقالات بمركز الدراسات القانونية  
جامعة القاهرة 2012

- إبراهيم احمد إبراهيم : اختيار طرق التحكيم و مفهومه ، مجلة المحاماة ، العدد الأول  
لسنة 2001

- مجلة صندوق النقد الدولي، قضايا اقتصادية " الاستثمار العام و الشراكة بين القطاعين  
العام والخاص " ، العدد 40

- مقالات حكومة دبي ، دائرة المالية ، إدارة الدراسات الاقتصادية و المالية ، افريل 2010

- برنامج المعاملات الالكترونية الحكومية ، الدليل الإرشادي السريع " شراكة القطاعين العام  
والخاص " المملكة العربية السعودية، 2009

-المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية " نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، " المحور الخامس  
" الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص و دورها في تحقيق التميز في تقديم الخدمات "   
مملكة العربية السعودية "، 2009

- مؤتمر العمل العربي، الدورة التاسعة و الثلاثون، البند العاشر " تكامل دور القطاعين  
العام والخاص " ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية، 2012

- النشرة الالكترونية لجريدة الشروق التسويقية " القانون الجديد المتعلق بعقود الشراكة هل  
يكون رافدا من روافد التنمية الاقتصادية "

- صحيفة مكة : أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، ماي 2016

- علي توفيق الصادق : جهود و معوقات التخصيص في الدول العربية ، معهد الدراسات  
الاقتصادية ، ابو ظبي 1995

- ولاء رفعت: التحكيم التجاري الوطني و الدولي ، إصدارات الغرفة التجارية و الصناعية لمحافظة جدة ، المملكة العربية السعودية ، 1419 هـ

- المراجع باللغة الفرنسية:

- André de laubadère , Franck Modeme , Pierre Delvolvé : Traite des contrats administratif , deuxième édition , Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ , 1984

- André de laubadère , Yves Gaudement , Jean Claude venezia : Traite de droit administratif , Tome 3 , Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ , 1999

- Frédéric Marty , Sylvie Trosa , Armand Voisin : Les partenariats public – privé , La Découvert , 2006

- François Bérégère , Xavier Bezançon , Laurent Deruy ; Marc Fomacciari : Le guide opérationnel des PPP , le Moniteur , 2010 ---

- Maurice Viviano : l'exécution des marches publics et des délégations de service public , le Moniteur 2001

- Michel Lyonnet du Montier et Clément Fourchy : Financement de projet et partenariats public- privé , Management société ems ,2012

-Stéphane Saussier : Economie de partenariats public-privé , développement théorique et empirique , Boeck 2015

-Marais Bernard : Quelques observations sur le partenariat public

–privé en grand Bretagne, la découverte, paris 2001

– Encyclopédie Dalloz « Les contrats de partenariat », volume 3  
chapitre 3210

### **Thèses :**

– Christine Gkacnlatze : Les contrats de partenariat public– privé en France et en Grèce, thèse de doctorat en sciences juridique, paris 2015

### **Articles :**

– Lvoyer Loic : Le plan de relance et les nouvelles conditions de financement des PPP , la semaine juridique n° 27 juillet 2009

– Corinne Mini : Maitre de conférence a l'IVFM de Versailles ; le partenariat : histoire et essai de définition, la journée mondial OZEP

– Nicolas Ponty : Administrateur a INSEE , économiste principal a UNIDO , Contrat de partenariat , publication de UNIDO

–Olivier Willams : Partenariat public–privé , publication de la banque mondiale 2009

– Jeffary Delmon : Partenariat public–privé dans le secteur des infrastructures, publication de la banque mondiale 2010

– Chambre de commerce et industrie, séminaire sur les contrats internationaux et le contrat modèle de la cci, 2014

## الفهرس

المحتوى	الصفحة
المقدمة	01.....
الباب الأول : عقد الشراكة آلية جديدة لإنشاء مشاريع البنية الأساسية و المرافق العامة.....	10.....
الفصل الأول : ماهية عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....	12.....
المبحث الأول : مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.....	13.....
المطلب الأول : تعريف الفقه و القانون المقارن لعقد الشراكة	13.....
الفرع الأول : تعريف كلمة الشراكة	13.....
الفرع الثاني: تنازل الدولة عن مهامها للقطاع الخاص	15.....
الفرع الثالث : قيام عقد الشراكة على مبدأ الشمولية و اقتسام المخاطر لإقامة مشاريع البنية الأساسية على المدى الطويل	32.....
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة	42.....
الفرع الأول: الاختلاف الفقهي و القانوني في تحديد طبيعة العقد	43.....
الفرع الثاني : عقد الشراكة ذو طبيعة خاصة	52.....
الفرع الثالث : عقد الشراكة و الأنظمة المشابهة له	56.....
المبحث الثاني: تحديد أطراف العقد و أشكاله التعاقدية	73.....
المطلب الأول: تحديد أطراف العقد	74.....

74.....	الفرع الأول : الجهة الحكومية أو الشريك العام
78.....	الفرع الثاني : الشريك الخاص أو شركة المشروع
86 .....	الفرع الثالث : الأطراف الثانويين ( الأطراف المعاونة )
88.....	المطلب الثاني : صور عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
91.....	الفرع الأول : مبادرة التمويل الخاصة في إنجلترا
99.....	الفرع الثاني : عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا و مصر
115..	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
122.....	الفصل الثاني : تقنية التعاقد و تقديم الخدمة في عقد الشراكة
123.....	المبحث الأول : الإجراءات التمهيديّة للتعاقد
123.....	المطلب الأول : بيان جدوى مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص
123.....	الفرع الأول : تحديد المشروع
126.....	الفرع الثاني : فائدة المشروع بين التقييم الأولي و المقارن الحكومي
140.....	المطلب الثاني : التعاقد مع مستشاري الطرح و التأهيل المسبق بين المستثمرين
140.....	الفرع الأول : التعاقد مع مستشاري الطرح
146.....	الفرع الثاني : مرحلة التأهيل المسبق
151.....	المبحث الثاني : طرح المشروع للتعاقد
153.....	المطلب الأول : طرح المشروع على مرحلة واحدة

153.....	الفرع الأول: مراحل طرح المشروع
157.....	الفرع الثاني : إلغاء إجراءات الطرح
162.....	المطلب الثاني : الطرح على مرحلتين
162.....	الفرع الأول : إعداد كراسة الشروط
164.....	الفرع الثاني : الحوار التنافسي
168.....	الباب الثاني : آثار تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
169.....	لفصل الأول : حقوق و التزامات الأطراف
170.....	المبحث الأول : حقوق و التزامات الشريك العام أو الجهة الإدارية
170.....	المطلب الأول : حقوق الشريك العام او الجهة الإدارية
172.....	الفرع الأول : حق الرقابة ، الإشراف و التوجيه
177.....	الفرع الثاني : سلطة الإدارة في تعديل العقد
184.....	الفرع الثالث : توقيع الجزاءات على الشريك الخاص او شركة المشروع
196.....	المطلب الثاني : التزامات الجهة الإدارية ( الشريك العام )
197.....	الفرع الأول : احترام الإدارة لالتزاماتها التعاقدية
199 .....	الفرع الثاني : التزام الإدارة بتوفير البيئة الإدارية الملائمة
201.....	الفرع الثالث : التزام الإدارة بتوفير البيئة القانونية اللازمة
202.....	الفرع الرابع : الالتزام بشرط الثبات العقدي

- الفرع الخامس : التزام الإدارة بدعم المشاريع الاستثمارية و تقديم الحوافز الحكومية.. 203
- المبحث الثاني : حقوق و التزامات الشريك الخاص او شركة المشروع ..... 204
- المطلب الأول : حقوق الشريك الخاص ( شركة المشروع ) ..... 204
- الفرع الأول : حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي ..... 205
- الفرع الثاني : حق شركة المشروع في الحفاظ على التوازن المالي للعقد ..... 215
- الفرع الثالث : الحصول على الامتيازات التي تقدمها الجهة الإدارية ..... 231
- المطلب الثاني : التزامات الشريك الخاص أو شركة المشروع ..... 234
- الفرع الأول : التزام الشريك الخاص بتنفيذ العقد بنفسه ..... 234
- الفرع الثاني : رفع تقارير دورية عن معدلات التقدم في العمل ..... 243
- الفرع الثالث : التزام شركة المشروع بمدة التنفيذ ..... 244
- الفرع الرابع : الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة و تدريب العاملين عليها ..... 248
- الفرع الخامس : التزام شركة المشروع بالصيانة الدورية للمرفق ..... 251
- الفرع السادس : الالتزام بنقل ملكية المشروع ..... 252
- الفصل الثاني : تسوية النزاعات الناشئة عن التنفيذ و نهاية عقد الشراكة..... 258
- المبحث الأول : فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد ..... 259
- المطلب الأول : التسوية الودية للنزاعات ..... 260
- الفرع الأول : التفاوض ..... 261

263.....	الفرع الثاني : التوفيق
265.....	الفرع الثالث : الخبرة الفنية
266.....	الفرع الرابع : الصلح و الوساطة
268.....	الفرع الخامس: المحكمات المصغرة و مجالس المطالبات
269 .....	المطلب الثاني: اللجوء إلى التحكيم
270.....	الفرع الأول: مفهوم التحكيم
273.....	الفرع الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم في منازعات عقود الشراكة
276.....	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق في عقود الشراكة
279.....	المبحث الثاني: نهاية عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
279.....	المطلب الأول: الانقضاء الطبيعي لعقد الشراكة
281.....	الفرع الأول: تحديد مدة عقد الشراكة
283.....	الفرع الثاني: تجديد و تمديد العقد
287.....	المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية ( المبسترة ) لعقد الشراكة
288.....	الفرع الأول: فسخ العقد
295.....	الفرع الثاني: استرداد المرفق
304.....	الفرع الثالث: إسقاط الالتزام ( سحب الالتزام )
312 .....	الخاتمة

316..... قائمة المراجع:

327..... الفهرس:

