سلطات الإدارة فى عقد الشراكة (PPP) والآثار الناتجة عن ممارسة تلك السلطات (دراسة مقارنة)

إعداد

د/أمل محمد حمزة عبد المعطى
أستاذ مساعد بكلية الحقوق
جامعة دار العلوم
الرياض- المملكة العربية السعودية

ملخص

تعتبر عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص عقود ادارية تقوم على المصلحة العامة التى تتميز بها كافة العقود الادارية، وبناء على ذلك يرتبط تنفيذ العقد الادارى بفكرة سلطات الادارة المتعاقدة والامتيازات غير المالوفة التى تتمتع بها الجهة الادارية. ولعل أهم ما يتناوله هذا البحث هو مدى تطبيق قواعد القانون الادارى وامتيازات السلطة العامة على عقد المشاركة فى ضوء السلطات والحقوق وضمانات تنفيذ العقد. ويثير هذا البحث تساؤل هام هو: كيف يتم الحفاظ على ثبات علاقة الشراكة والسماح بتطور العقد عبر تنفيذه فى ضوء سلطات الادارة؟ وقد تمت الاجابة على هذا التساؤل فى هذا البحث ببيان حدود هذه السلطات وكيفية تطبيقها على عقود الشراكة فى حالة النص عليها فى العقد أو خلوه من ذلك .

الكلمات المفتاحية:

عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – الحقوق والالتزامات – ضمانات التنفيذ – سلطات الإدارة

Abstract

Partnership contracts between the state and the private sector are administrative contracts based on the public interest that characterizes all administrative contracts, and accordingly the implementation of the administrative contract is related to the idea of the contracting management authorities and the unfamiliar privileges that the administrative body has. The most important part this research deals with is the extent to which the rules of administrative law and the public authority's privileges are applied to the participation contract in light of the powers, rights and guarantees of contract implementation. This research raises an important question: How to maintain the stability of the partnership relationship and allow the development of the contract through its implementation in the light of the administration powers? This question has been answered in this research by stating the limits of these powers and how to apply them to partnership contracts in the event that they are stipulated in the contract or lack thereof.

Keywords:

Partnership contracts between the public and private sectors - Rights and Obligations - Implementation guarantees - Administration powers.

المقدمة

من الاشكاليات التى تواجه الدول والحكومات هى حاجتها الى نفقات طائلة لإنشاء المشروعات العامة لذا تظهر أهمية عقود الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص تلك العقود التى تثير فى الواقع العملى بانظر الى تكلفتها ومدتها العديد من الإشكاليات التى تحتاج الى دراسة. وتعد عقود الشراكة من العقود الإدارية التى تبرمها الدولة وتعد هذه العقود من الاهمية لما توفره من مميزات، ومنها توفير الكثير من النفقات. كذلك أيضا فيما يتعلق بجودة وكفاءة تقديم الخدمة أو لخبرة شركة المشروع فى مجال معين.

ورغم ان عقد الشراكة من العقود المركبة التى تحتوى على العديد من التعاقدات والإجراءات إلا انه عقد قائم على فكرة تحديد وتوزيع المخاطر [١] بين طرفى العقد وقائم على فكرة المرفق العام أو خدمة عامة تقدمها الدولة، ومن ثم انه عقد إداري تتمتع فيه الجهة الإدارية بالعديد من السلطات لا يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة.

وهذا العقد يترتب عليه جملة من الحقوق والالتزامات بالنسبة لأطرافه، سواء تحدثنا عن الدولة أو المتعاقد معها. ولعل اهم الحقوق التى يتمتع بها المتعاقد مع الدولة هو الحصول على المقابل المالى والذي يقابله فى نفس المعنى فكرة التوازن المالى للعقد الإداري هذا الحق الذى يرتبط ببنود ونصوص عقد المشاركة.

والمحور الرئيس لهذا البحث هو توضيح سلطات الإدارة فى العقد الادارى ومدى تطبيقها فى إطار عقود الشراكة فى حالة النص أو عدم النص عليها فى العقد.

---

[١] ويحكم عقود الشراكة مبدأ توزيع المخاطر الذى يصاغ أثناء ابرام العقد، وتحدد فيه المخاطر التى يمكن ان يتعرض لها العقد أثناء التنفيذ، وكيفية تحملها بالنسبة للطرفين، وهذا المبدأ نكتفى بالإشارة له فقط دون التطرق لتفاصيله حيث انه ليس موضوع هذا البحث.

كذلك أيضا التعرض لفكرة حدود سلطات الإدارة ومدى حق المتعاقد فى التمسك بنظريات التوازن المالى للعقد الإداري (نظرية عمل الأمير) فى حال نتج عن ممارسة الإدارة لسلطاتها ضرر بحقوق المتعاقد أو أدى ذلك الى خلل فى التوازن المالى للعقد.

تساؤلات الدراسة:

وتطرح الدراسة عدة تساؤلات نذكر أهمها:

١. ما هى التزامات التنفيذ والحقوق الناشئة عن عقد الشراكة؟
٢. ما هى السلطات التى تتمتع بها الجهة الإدارية فى عقد المشاركة؟
٣. ما هى حدود تطبيق القواعد الحاكمة للعقود الإدارية على عقد الشراكة؟
٤. هل يستطيع المتعاقد مع الإدارة التمسك بنظرية عمل الأمير إذا نتج عن ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطاتها خلل فى التوازن المالى؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى توضيح العديد من الامور حيث ان عقد المشاركة يعد قانون لاطرافه وتتولد عنه جملة من الحقوق والالتزامات وتهدف الدراسة الى بيان ذلك. وكذلك ايضا توضيح سلطات الإدارة وضمانات تنفيذ عقد المشاركة ببيان مدى وحدود تطبيق قواعد القانون الإداري وامتيازات السلطة العامة فى هذا العقد . مع بيان مدى حق المتعاقد فى التمسك بنظرية عمل الأمير إذا ما تعسفت الإدارة فى ممارسة سلطة تعديل العقد الإدارى.

أهمية الدراسة:

إن عقد الشراكة يعتبر عقد إدارى ومن ثم يخضع لإجراءات خاصة، وتتمتع فيه الإدارة بالعديد من السلطات على غرار العقود الإدارية، والقاسم المشترك بين عقود

الشراكة أنها قائمة على علاقة طويلة بين الدولة والمتعاقد معها، وقائمة على تنفيذ أعمال وخدمات أو مرافق عامة تتعلق بالدولة.

وما يبرر أهمية هذا الموضوع أن سلطات الإدارة إزاء عقد الشراكة وبنود العقد ترتبط ارتباطا وثيقا باستمرار عقد الشراكة وثبات العلاقة التعاقدية وتطور العقد وإنجازه لمصلحة طرفى العقد، فهناك إشكالية وهى تحقيق التوازن بين سلطة الإدارة وبين حقوق المتعاقد مع الإدارة ومدى تحقيق التوازن المالى حيث أن هذا العقد قائم على فكرة المصلحة العامة وهى متغيرة وليست ثابتة حيث يطرأ دائما فى الواقع العديد من الإشكاليات الناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطاتها خارج نطاق العقد وهى مشكلة جديرة بالدراسة.

منهج الدراسة :

منهج الدراسة هو المنهج التحليلي والمنهج المقارن بين القانون المصرى والقانون الفرنسى والنظام السعودى فى الجزئيات محل الدراسة وعلى ضوء القوانين التالية:

- القانون المصرى: القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ولائحته التنفيذية الصادرة قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.
- القانون الفرنسي: الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يونية ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ١٧٩٢٠٠٩ الصادر فى ١٧ فبراير ٢٠٠٩ بشأن عقد الشراكة Contrat de Partenariat

- النظام السعودى: نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ١٤٤٠ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) تاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٦٤٩) تاريخ ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزارى رقم ١٢٤٢وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١ ه والمعدلة بالقرار الوزارى رقم ٣٤٧٩ وتاريخ ١٤٤١/٨/١١ه

خطة البحث:

المطلب الأول: التزامات التنفيذ والحقوق الناشئة عن عقد الشراكة

الفرع الاول: حقوق والتزامات جهة الادارة

الفرع الثانى: حقوق والتزامات شركة المشروع

المطلب الثانى: سلطات الإدارة فى عقد الشراكة

الفرع الاول: سلطة الإدارة فى الإشراف والرقابة على تنفيذ عقد الشراكة

الفرع الثانى: سلطة الإدارة فى التعديل الانفرادي لعقد الشراكة

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في الانهاء الانفرادي لعقد الشراكة

الفرع الرابع: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء فى عقد الشراكة

المطلب الثالث: الأثار الناتجة عن ممارسة سلطات الإدارة في عقد الشراكة

الفرع الاول: اختلال اقتصاديات العقد عند ممارسة سلطة التعديل

الفرع الثانى: أثر ممارسة سلطات الإدارة في عقد الشراكة على الإعفاء المطلق من المسئولية

المطلب الاول

التزامات التنفيذ والحقوق الناشئة عن عقد الشراكة

ينشا عن العقد الإدارى جملة من الحقوق والالتزامات تبدأ فى المراحل السابقة على توقيع العقد وبعد إبرامه. وفيما يتعلق بعقد المشاركة -الذى يعتبر عقدا إداريا- وبعد ترسية المنافسة على شركة المشروع وفقا للضوابط المنصوص عليها فى القانون، وبعد إبرام العقد والتوقيع عليه يتولد عنه جملة من الحقوق والالتزامات اللازمة لتنفيذ العقد على كلا الطرفين الجهة الإدارية وشركة المشروع.

وبصفة عامة فى جميع العقود الإدارية ينشأ عن العقد التزامات التنفيذ حيث أن انعقاد العقود الإدارية يعد بمثابة قانون لأطرافه، وتعد قائمة الالتزامات التعاقدية في التنفيذ أساسية على صعيد الممارسة. ونظرياً نجد أن كل طائفة من العقود تتضمن التزامات أساسية لها والتي تتفق مع المحل أو الموضوع التعاقدي، مقترنة بالتزامات أكثر تحديداً وتكميلية. فعلى سبيل المثال بالنسبة لعقود الأشغال العامة ينبغي في المقام الأول دراسة التزام المقاول بتسليم العمل المطلوب والالتزام بالنسبة للإدارة بدفع الثمن (المقابل المادي) المتفق عليه. ثم ينبغي الذهاب إلى ما قبل ذلك إلى التزام صاحب العمل في تسليم خطط تنفيذ العمل أو ضمان التناسق بين مختلف أقسام العمل. [1]

---

[1] Plessix , B., Droit administratif gènèral , Lexisnexis, Edition 2016,P. 1216-1217.

ويحتوى عقد الشراكة على مجموعة مركبة من العقود والعلاقات والمصالح تحتاج الى تنظيم. حيث هناك مصالح ترغب شركة المشروع فى تحقيقها وهى الحصول على اعلى المكاسب المادية، وكذلك تحتاج الدولة الى توفير نفقات وتقديم خدمة عامة للجمهور بأفضل الأسعار. وفيما يلى نعرض لحقوق والتزامات التنفيذ لطرفى عقد الشراكة:

الفرع الاول: حقوق والتزامات جهة الادارة:

تتمتع الإدارة بمجموعة من الحقوق وتتحمل بمجموعة من الالتزامات فى عقد الشراكة نذكر منها ما يلى:

اولا:حقوق جهة الإدارة:

١. حق جهة الإدارة فى اختيار شركة المشروع.

تتمتع الجهة الإدارية فى اختيار المتعاقد معها فى جميع عقودها الإدارية بمبدأ حرية اختيار المتعاقد معها ولا سيما عقد الشراكة ويكون ذلك فى إطار الشفافية والمنافسة والعلانية والعديد من القواعد والإجراءات الواردة فى القانون.

وفى مصر نص القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[١] نص فى المادة (١٩) على اختيار المستثمر يكون وفقا لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة ويكون ذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليه فى هذا القانون ولائحته التنفيذية.

[١] الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٨ مايو سنة ٢٠١٠.

وفى فرنسا نص الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يونية ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ١٧٩٢٠٠٩ الصادر فى ١٧ فبراير ٢٠٠٩ بشأن عقد الشراكة Contrat de Partenariat [١] على جملة من الإجراءات اللازمة لإبرام هذا العقد فى إطار مبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة.

فى المملكة العربية السعودية لا يوجد نظام خاص بتنظيم عقود الشراكة حيث يخضع هذا النوع من العقود الى نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ١٤٤٠ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) تاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٦٤٩) تاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ [٢] ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزارى رقم ١٢٤٢وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١ ه والمعدلة بالقرار الوزارى رقم ٣٤٧٩ وتاريخ ١٤٤١/٨/١١ه [٣] وكذلك أيضا نماذج عقود الشراكة ودليل الشراكة.

ونص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على جملة من الإجراءات التى تحكم التعاقدات الحكومية ونص على خضوع المنافسة العامة لمبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص.[٤]

---

[1] Ordonnance no 2004 – 559 du 17 juin 2004, sur le contrat de partenariat, code administratif, Edition 2006, 29e Edition, Dalloz, P. 2405.

[٢] هيئة الخبراء، مجلس الوزراء، المملكة العربية السعودية، تاريخ الإصدار ١٤٤٠/١١/١٣ هـ الموافق : ٢٠١٩/٠٧/١٦ مـ

تاريخ النشر ١٤٤٠/١١/٢٩ هـ الموافق: ٢٠١٩/٠٨/٠١ مـ، تاريخ الدخول ٢٠٢٠/١٠/١:

https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/24c563f9-7292-49c8-b0fb-aa9800b999f1/1

[٣] وزارة المالية -المملكة العربية السعودية -تاريخ الدخول ٢٠٢٠/١٠/١:

https://www.mof.gov.sa/Knowledgecenter/newGovTendandProcLow/Documents/Approved_Regulations.pdf

[٤] المادة السادسة.

٢. توقيع الجزاءات فى حالة الإخلال بالعقد:

تملك الإدارة فى العقد الإدارى وعقود المشاركة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها كضمانة لتنفيذ العقد، وتتعدد هذه الجزاءات ونذكر منها:

- جزاءات مالية وتتمثل فى غرامات التأخير ومصادرة التامين والتعويضات حيث لا يخل بتوقيع الجزاءات ان يتم مطالبة المتعاقد بالتعويضات.
- الجزاءات الضاغطة التى تلجا إليها الإدارة من اجل الضغط على المتعاقد وحمله على تنفيذ التزامه ويكون ذلك عن طريق حلول الإدارة محل المتعاقد معها فى التنفيذ أو تعهد للغير فى ذلك مع رجوعها على المتعاقد معها بالتعويض.

والى جانب هذه الحقوق تتمتع الجهة الإدارية بحق الإشراف والرقابة والتوجيه وحق تعديل شروط العقد وسنتحدث عن ذلك فيما بعد.

ثانيا: التزامات جهة الإدارة:

١. التزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية:

وهو مبدأ عام يحكم جميع العقود الإدارية أقره القانون والقضاء فى العديد من الأحكام سواء بالنسبة للعقود الإدارية أو عقود القانون الخاص.[1] ويكتسب هذا المبدأ أهمية بالغة فى اطار عقود الشراكة نظرا لضخامة تكلفة مشروعاتها بما يرسخ الثقة فى التعامل مع الدولة وجذب القطاع الخاص للتعاقد مع الدولة.

[1] انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٠/٤/١١ـ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا- سنة ١٥ـ صـ٢٦.

وتلتزم الجهة الحكومية بتسليم موقع الأعمال فى عقود الإنشاءات العامة خلال المدد المحددة وإذا تأخرت الجهة الحكومية عن تسليم الموقع خلال المدد المحددة جاز للمتعاقد ان يطلب إنهاء العقد.[١]

٢. التزام جهة الإدارة بتبسيط الإجراءات:

يوجد التزام على الدولة فى عقد الشراكة أن تقوم بتبسيط الإجراءات بما يشمل إنهاء وتسهيل التراخيص والإجراءات اللازمة لإنشاء وسير المشروع وتقديم المساعدات لشركة المشروع فى هذا الشأن وقد يوجد التزامات متبادلة على الطرفين فى هذا الشأن. ويحدد العقد مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات.[٢]

٣. التزام جهة الإدارة باحترام شروط العقد:

وتلتزم الإدارة المتعاقدة باحترام شروط العقد وتنفيذه ومن ذلك شراء الخدمة التى تقدمها شركة المشروع إذا نص العقد على ذلك وكذلك أيضا تقديم مساهمات مالية للمشروع.

ويتضمن عقد الشراكة نصوص توضح طريقة أداء الالتزامات المالية التى تلتزم بها الجهة الإدارية حيث يتعلق هذا العقد بمرافق هامة، وقد يكون هناك ضعف فى الإقبال، لذلك فان جهة الإدارة ملزمة بدفع مبلغ شهرى لشركة المشروع كحد أدني فى بدء التشغيل الفعلى حيث تتحمل جهة الإدارة بعض المخاطر السنوية التى قد تنتج عن

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (المادة السادسة والتسعون)

(٢) المادة(٣٤/ج) القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

الانخفاض فى القيمة المالية للخدمة المقدمة.[١] وإذا تضمن عقد الشراكة نصا يلزم الجهة الإدارية بشراء الخدمة أو جزء منها من شركة المشروع وجب عليها أن تلتزم بذلك.[٢]

الفرع الثانى: حقوق والتزامات شركة المشروع:

اولا: التزامات شركة المشروع:

١. تنفيذ العقد وفقا للمواصفات المنصوص عليها ووفقا لمراحل العقد المختلفة.[٣]

على شركة المشروع تنفيذ العقد، وفقا لنصوصه ووفقا لكراسات الشروط والمواصفات ودون أن تتنازل عن ذلك للغير.

ونص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على انه لا يجوز للمتعاقد معه التنازل عن العقد أو جزء منه لمقاول أو متعهد أو مورّد آخر إلا بعد الحصول على موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية والوزارة ويكون ذلك وفقا لضوابط وشروط معينة. ويكون المتعاقد معه مسؤولاً بالتضامن مع المقاول أو المتعهد أو المورّد من الباطن عن تنفيذ العقد وفقاً لشروطه.[٤]

---

[١] د/هانى عرفات صبحى حمدان، النظام القانونى لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص (PPP)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٦/٢٠١٧، صـ٢٠٨.

[٢] (م ٣ /والمادة ٣٤) قانون الشراكة المصرى

[٣] التصميم، تهيئة موقع المشروع، مرحلة البناء، مرحلة ترتيب الآلات والمعدات.

[٤] نظام المنافسات والمشتريات الحكومية- المادة السبعون / المادة الحادية والسبعون.

وفى جميع الأحوال يجب على المتعاقد ألا يتأخر أو يتباطأ أو يمتنع عن استلام موقع العمل وإذا لم يستلم جاز إنهاء العقد بعد إنذاره بذلك بالاستلام خلال خمسة عشر يوما.[١]

٢. الالتزام بمدد تنفيذ المشروع:

يجب أن تلزم شركة المشروع بالجدول الزمنى المنصوص عليه فى العقد وفى حالة التأخير والإخلال بهذه المدد لسبب راجع الى شركة المشروع يتم توقيع جزاءات عليها من قبل الجهة الإدارية.

ونص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية تمديد العقد والإعفاء من الغرامة فى بعض الحالات.[٢]

---

[١] اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (المادة السابعة والتسعون)

[٢] المادة الرابعة والسبعون

- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية:

١.إذا كُلف المتعاقد معه بأعمال إضافية، بشرط أن تكون المدة المضافة متناسبة مع حجم الأعمال وطبيعتها وتاريخ التكليف بها.

٢.إذا كانت الاعتمادات المالية السنوية للمشروع غير كافية لإنجاز العمل في الوقت المحدد .

٣.إذا كان التأخير يعود إلى الجهة الحكومية أو ظروف طارئة.

٤.إذا تأخر المتعاقد معه عن تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادته.

٥.إذا صدر أمر من الجهة الحكومية بإيقاف الأعمال أو بعضها لأسباب لا تعود إلى المتعاقد معه .

وتحدد اللائحة ضوابط وإجراءات تمديد العقود والإعفاء من الغرامة.

٣. الالتزام بعملية نقل التكنولوجيا وتدريب العمالة الوطنية:

تلتزم شركة المشروع بموجب العقد أن تقوم بنقل التكنولوجيا واستخدام المعدات والتقنية الحديثة، وكذلك أيضا تدريب العمالة الوطنية حيث يتم اللجوء فى عقود الشراكة الى شركات كبيرة تستخدم التقنيات الحديثة ولديها خبرة عالية.

ونص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على جواز تضمين العقود بنود تتعلق بنقل المعرفة والتدريب ومهارات التشغيل الى موظفى الجهات الحكومية.[١]

٤. تشغيل المشروع وإجراء الصيانة الدورية للمرفق:

بعد إنشاء المشروع محل عقد الشراكة تأتى مرحلة تشغيل المشروع والتي من خلالها يحصل المتعاقد مع الإدارة على مقابل مالى لما أنفقه حيث تقدم الخدمة للمنتفعين.

ويقع التزام على شركة المشروع بالتشغيل وفى هذه المرحلة يوجد العديد من الالتزامات منها ما قد ينص عليه فى العقد من التزام شركة المشروع بدفع نسبة معينة من إيرادات المشروع أثناء تشغيله وقد يتضمن العقد أيضا إعفاء مؤقت ولمدة محددة من هذا الأمر. وتلتزم أيضا شركة المشروع بتسديد القروض والعوائد والرسوم، وكذلك تلتزم بموجب العقد والقانون بإجراء الصيانة الدورية للمشروع (المادة ١٠من قانون الشراكة المصرى)

---

[١] المادة ٥٨.

وقد يتم الاتفاق بموجب العقد على منح شركة المشروع الحق فى تشغيل أو استعمال مرفق معين لازم للمشروع محل المشاركة ويكون ذلك بمقابل تدفعه شركة المشروع للدولة.[١]

ونصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودى (المادة التاسعة والتسعون) على أن يضمن المتعاقد ما يحدث من تهدم كلى أو جزئي لما أنشأه خلال عشرة سنوات إذا كان ذلك ناشئا عن عيوب التنفيذ مالم يتفق على مدة اقل.

ثانيا: حقوق شركة المشروع:

فى مقابل التزامات شركة المشروع فى عقود الشراكة، هناك جملة من الحقوق تتمتع بها شركة المشروع فى مواجهة الجهة الإدارية وتكون التزاما عليها، ومنها:

١. حق المتعاقد فى الحصول على المقابل النقدى للخدمة المتفق عليه (الرسم – الثمن-المساهمات المالية الحكومية).

ان حق المتعاقد فى الحصول على المقابل المالى المنصوص عليه فى بنود العقد ترتبط بنظريات التوازن المالى للعقد الإدارى إذا حدث ما يؤثر على العقد ومن ثم على التوازن المالى للعقد الذى يعد من حقوق المتعاقد مع الإدارة.[٢]ويحصل المتعاقد على حقوقه المالية مجزئة على مدة العقد التى تكون طويلة نسبيا.[٣]

---

[١] د/أحمد السيد عطا الله، النظام القانونى لعقود الشراكة فى مشروعات المرافق العامة للقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ وأثارها القانونية والاقتصادية دراسة مقارنة، الطبعة الاولى،٢٠١١، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، صـ٩٨ وما بعدها.

[٢] د/منى رمضان بطيخ، الاطار القانونى لشرعية عقد المشاركة (PPP) والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، ط١،دراسة مقارنة ،٢٠١١،صـ١٢٧ وما بعدها.

[٣] د/محمد صالح الجبير،ابرام عقود الشراكة p.p.p فى اطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت "دراسة مقارنة"،رسالة دكتوراة ،جامعة عين شمس،٢٠١٨،صـ٢.

ونشير هنا الى الفقرة الرابعة من المادة ٢ من قانون المشاركة حيث ان شركة المشروع لا تتقاضى أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمة المتاحة.

وللجهة الإدارية إبرام اتفاقات مباشرة مع مؤسسات التمويل وشركة المشروع تنظم طريقة أداء الالتزامات المالية لجهة الإدارة لصالح شركة المشروع وجهات التمويل.[١]

ونصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية (التاسعة بعد المائة) على ان تصرف مستحقات المتعاقد على دفعات طبقا لما يتم إنجازه من أعمال ووفقا لضوابط معينة.

٢. الحصول على الامتيازات والضمانات والتسهيلات المنصوص عليها فى القانون.[٢]
٣. عدم جواز الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على الآلات والمهمات والمنشآت المخصصة لتنفيذ العقد وتشغيله .

---

[١] (المادة ٣٨ من قانون الشراكة)

[٢] المادة ١١ من قانون الشراكة المصرى.

المطلب الثانى

سلطات الإدارة في عقد الشراكة

ترتبط ضمانات تنفيذ العقد الإدارى بفكرة الامتيازات غير المألوفة التى تتمتع بها الجهة الإدارية فى العقد الإدارى وذلك بالنظر الى فكرة المصلحة العامة التى تعتبر أساسية فى جميع العقود الإدارية بما يضع أولوية قصوى فى تنفيذ العقد للوفاء باحتياجات المرفق العام والمصلحة العامة. فيمكن القول ان امتيازات الإدارة فى ضوء العقد الإدارى وجدت من اجل ضمان تنفيذ هذا العقد.

وتقوم المصلحة العامة التي تضع بصمتها في كافة العقود الإدارية وفي أبعادها المتعددة (استمرار المرفق العام، حماية الدومين العام) تفرض البحث عن تنفيذ العقد الإداري بأي ثمن ومن ثم لصالح الشخص المعنوي العام المتعاقد حيث توجد ضمانات تنفيذ تجسدها امتيازات الرقابة، الجزاءات الخاصة بالعقود.. يضاف إلى ذلك إنكار حق المتعاقد في رفض تنفيذ العقد الإداري، إذا لم تقم الإدارة بتنفيذ التزامها، مما يشكل في حد ذاته ضماناً لتنفيذ العقد الإداري ذلك أن السعي إلى تحقيق المصلحة العامة واستمرار المرفق العام يجيز للإدارة المتعاقدة عدم الأخذ بعين الاعتبار تأخرها أو ارتكابها خطئاً في تنفيذ التزاماتها تجاه المتعاقدين معها. كما أن المصلحة العامة تتطلب أن السلطة الإدارية المتعاقدة تكفل حسن تنفيذ المتعاقد التزاماته طول مدة تنفيذ العقد الإداري أو أن المرفق العام محل الالتزام يتم إدارته من جانب الملتزم على وجه الصحة والدقة. لهذا تبدو امتيازات الإشراف والرقابة من الجوهر ذاته لسلطات الإدارة المتعاقدة في كافة العقود الإدارية. وهو ما يفسر أيضاً أن هذه الامتيازات غالباً ما

تتضمنها النصوص ذاتها، كراسات الشروط الإدارية العامة في مجال الأشغال العامة، حيث تحدد سلطات رب العمل maître d'ouvrage public . [١]

وإعمالاً للقوة الملزمة التي ترتبط بكل عقد، ينظم القانون الإداري القواعد الملائمة في طبيعتها لضمان تنفيذ الالتزامات التي يرتبط بها الأطراف المتعاقدة بشأن التنفيذ. [٢]

وتتميز عقود الشراكة بصفة مشتركة أنها تقوم على علاقة طويلة تستمر بين المتعاقدين وأنها تقوم علاوة على ذلك بتوزيع المخاطر. فهذه العقود تتجه في كافة الأحوال إلى تحسين تنفيذ الأعمال أو الخدمات أو المرافق العامة وذلك بمساهمة خبرة القطاع الخاص وتبادل تنفيذ مختلف الأداءات (تشييد أو بناء، تمويل، استغلال، وصيانة). وهذا ما يفسر أهمية الشروط التي تقترن بحياة عقد الشراكة وأهمية إسنادها. حيث يتعلق الأمر بالحفاظ على ثبات علاقة الشراكة بقدر الإمكان والسماح للعقد بالتطور عبر تنفيذه، مما يشكل في النهاية ضمانة للشخص المعنوي العام، حيث تنعكس هذه الأمور بشأن أهمية الشروط التي يتضمنها عقد الشراكة على الشخص المعنوي العام المتعاقد.[٣]

وتقر العقود الإدارية بصورة شائعة جداً للإدارة، عن طريق بنود صريحة، سلطة رقابة وسلطة توقيع جزاء. ويكرس القانون علاوة على ذلك لبعض العقود هذه السلطات وذلك كما في حالة قانون ١٩٩٥ بشأن العقود أو الصفقات العامة marchés

---

(1) Plessix , B., Droit administratif gènèral , Op.Cit., P. 1226.

(2) Plessix , B., Droit administratif gènèral , Op.Cit., P. 1217.

(3) Bergére , F. et autres , le guiete opérationnel des PPP. Le Moniteur Edition 2010,p.191.

publics والتزام المرفق العام والذي يضع على عاتق الملتزم التزام تقديم بعض المستندات. ومن ثم يثور التساؤل عما إذا كان اعتبار هذه السلطات بمثابة قواعد عامة تنطبق على العقود الإدارية حتى عند غياب أو سكوت العقد على النص عليها؟ [١] وما مدى تطبيق ذلك على عقود الشراكة؟ وفيما يلى نوضح ذلك:

الفرع الاول: سلطة الإدارة فى الإشراف والرقابة على تنفيذ عقد الشراكة:

تتضمن العقود الإدارية شروطا استثنائية فهناك مجموعة من الشروط تتعلق بامتيازات السلطة العامة، وشروط غير مألوفة فى عقود الأفراد وكلاهما يستند الى فكرة تحقيق المصلحة العامة.[٢]وفى هذا الإطار تتمتع أيضا الإدارة بالعديد من السلطات قد تمارس فى إطار بنود العقد. وقد تمارس خارج بنوده وسنتحدث عن سلطة الإشراف والرقابة حيث يثير هذا الموضوع التساؤل التالى:

هل يمكن اعتبار أن سلطة الرقابة لها مدى عام؟ أى أنها خارج كل تنظيم أو شرط تعاقدي أو اعتبارها قاعدة مكتوبة. ان القاضي الإداري لا يتبنى اتجاه واضح يربط وجود سلطة الرقابة بالقواعد العامة التي تنطبق على العقود الإدارية. غير أن هذا الارتباط يقبله ويسلم به عادة الفقه، حتى على الرغم من أن النظام والإحاطة بسلطة الرقابة لا يتسمان بالوضوح مقارنة بسلطات التعديل والفسخ. فقد جرى الفقه تقليدياً انطلاقاً من عقد امتياز المرفق العام على اعتبار أن سلطة الرقابة تظهر ضمن الحقوق

---

[1] Richer, L., Droit des contrats administratifs L.G.D.J. , 3e Edition 2002,P236 .

[٢] د/عمرو حسن بخيت، مضمون فكرة الشرط الاستثنائي فى نطاق العقد الإدارى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة ،٢٠٠٩، صـ١٥٧.

أو السلطات المعترف بها للإدارة حتى عند سكوت العقد، وذلك بجانب سلطة التعديل المنفرد وسلطة توقيع الجزاء وسلطة الفسخ المنفرد.[١]

ويحيل الفقه في اهتمامه في إعطاء تبرير لسلطة الرقابة (أو سلطة الرقابة والإدارة) إلى فكرة المرفق العام حتى إذا كانت اعتبارات المرفق يمكن أن تتدخل في هذا الصدد. فعلى سبيل المثال يرى الفقيه Péquignot أنه "في العقود الإدارية تتمتع الإدارة بحق المراقبة وحق الإدارة على المتعاقد معها. وأن هذا الحق يستمد أكثر من فكرة المرفق العام. وليس من الفكرة التعاقدية، ذلك أن الإدارة في هذه العقود تعد أكثر من المتعاقد العادي في حصوله على الأداء المقيد في العقد، تأسيساً على هدف المصلحة العامة الذي تفي به الإدارة المتعاقدة بمفردها والذي يعطي للإدارة سلطات غير مألوفة تجاه المتعاقد معها. وفي المقابل نجد في إطار الفقه المعاصر من يشذ عن هذا الاتجاه، فالأستاذ F.P. Benoit يسجل في مؤلفه "القانون الإداري الفرنسي (دالوز، طبعة ١٩٦٨، رقم ١١٦١)" أنه في حالة عقود امتياز المرفق العام يلاحظ أن أحكام القضاء لا تقر أية سلطة عامة للرقابة والإدارة للإدارة. وذلك فيما يتعلق بالعقد الذي يدور محله حول سير المرفق العام. نخلص من ذلك أنه قد طرحت مشكلة أساسية مفادها هل يلزم أن يعترف القضاء ويقر للسلطة مانحة الامتياز على غرار ما يسلم به الفقه سلطة عامة للرقابة والتي يمكن أن تمارسها خارج وفيما يتجاوز البنود التعاقدية؟ والواقع أن غالبية الفقهاء يؤسسون تأكيداتهم على عدد من الأحكام والتي يتسم مداها

---

[١] انظر في هذا الشأن :

G. Jez, les contrats administratifs , T. 11. 1932, P. 365 et S. , G. Pèquignot théorie générale du contrat adm. 1945. P. 305 et S.

بالتردد. حيث إن فحص هذه الأحكام عن قرب لا يكشف عن وجود سلطة رقابة خارج بنود العقد، حيث ترد هذه الأحكام على نتائج سلطة الرقابة [١]

وحين نتحدث عن سلطة الرقابة فهى حق أصيل للجهة الإدارية، ولكن هذا الحق لا يمارس بشكل مطلق فهو مقيد شان كل الحقوق وإذا تم التجاوز أصبحت ممارسة هذه السلطة عملا غير مشروع موجب للتعويض فلا يجب أن تتخذ سلطة الرقابة وسيلة لتعديل العقد.[٢]

وتعد سلطة الرقابة من امتيازات السلطة العامة للإدارة، فى العقد الإدارى وتطبيقا لها حتى فى حالة عدم النص عليها، وإذا نص العقد على الطريقة التى تمارس بها حق الرقابة وجب على الإدارة الالتزام بها والا تحولت من سلطة رقابة الى سلطة تعديل.[٣]

وبشأن سلطة الإشراف والرقابة يكون للشخص المعنوي العام المتعاقد سلطة تحديد أحكام تنفيذ العقد بشأن النقاط غير التفصيلية، وأن تصيغ بصفة خاصة في عقود الأشغال العامة أوامر المرفق الملزمة للمتعاقدين معها. بل أن للشخص المعنوي العام المتعاقد أن يفرض أداءات جديدة مقابل دفع مبلغ إضافي ضروري للتنفيذ ذاته للعقد. ويوجد بطبيعة الحال ما يدعم إمكانية الرقابة في الإطار التعاقدي أو بموجب النصوص، وهو ما يوجد بصفة خاصة بالنسبة للهيئات المحلية في التفويض. غير أنه خارج هذه

---

[١]]انظر في هذا الشأن:

Richer , L., Droit des contrats adm. op. cit. P. 238.

[٢] د/مطيع على حمود جبير، العقد الإدارى بين التشريع والقضاء – دراسة مقارنة، جامعة عين شمس ،٢٠٠٦، صـ٤١٣ -٤١٨.

[٣] د/أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة فى العقد الإدارى ، رسالة دكتوراة ،جامعة القاهرة ،١٩٧٣،صـ ٢٩٨-٣٢١.

الفروض، إذا كان هناك شبه إجماع فقهي على إقرار وجود هذه السلطة لمصلحة المرفق، إلا أنه لا يوجد قرار واضح وصريح من جانب القضاء يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد. [١]

وفى شان عقود الشراكة فيما يتعلق بحق الجهة الإدارية فى سلطة الإشراف والرقابة يتضمن عقد المشاركة هذه الأحكام وتعد من البنود الملزمة:

وفى مصر نص القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة [٢] فى مادته (٣٤) فقرة (و) على انه يجب تضمين عقد الشراكة أدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته.

ونص القانون السابق ذكره فى مادته (١٣) على التزام شركة المشروع على أن تقدم للجهة الإدارية المتعاقدة تقارير دورية عن أعمال البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال التى تقوم بها تنفيذا لعقد المشاركة.

وفى فرنسا نص الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يونيه ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ١٧٩٢٠٠٩ الصادر فى ١٧ فبراير ٢٠٠٩ بشأن عقد الشراكة Contrat de Partenariat في المادة (١١) منه على مجموعة من البنود يجب تضمينها عقد الشراكة ومن بينها أحكام رقابة الشخص المعنوي العام أثناء تنفيذ العقد لاسيما فيما يتعلق باحترام أهداف المشروع المحددة بصفة خاصة في مجال التطور المستمر ،كذلك الشروط التي بمقتضاها يلجأ المتعاقد إلى مقاولين ومنشآت أخرى لتنفيذ

---

[1] Laurent Frier , P. et Petit, J., Droit administrative , L.G.D.J. Edition 2019, P. 490.

[٢] الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٨ مايو سنة ٢٠١٠.

العقد ولاسيما الشروط التي بمقتضاها يحترم المتعاقد التزامه في إسناد جزء من العقد للمنشآت الصغيرة والمتواضعة والحرفيين. وكذلك أيضا الرقابة التي يمارسها الشخص المعنوي العام على الانتقال الجزئي أو الكلي للعقد. [١]

وفى المملكة العربية السعودية نص النظام على أن تتولى الجهة الحكومية تقييم أداء المتعاقد معها بعد اكتمال تنفيذه للعقد، وذلك باستخدام نموذج تقييم أداء المتعاقدين. ولا تعلن نتائج تقييم أداء المتعاقدين؛ إلا بعد أن يكون قرار التقييم نهائيًا. وتحدد اللائحة الضوابط والإجراءات اللازمة لتنفيذ ذلك، والأثر المترتب على ضعف أداء المتعاقد.[٢]ونصت اللائحة التنفيذية للنظام على تقييم أداء المتعاقد بحسب نوع العقد ووفقا لضوابط محددة (المادة الأربعون بعد المائة).

وعليه فإن رقابة تنفيذ عقود الشراكة تعد أساسية ولا بد أن تفي بهدفين: السماح أو إجازة تطورها وتقدمها وذلك بالقدر الذي يتطور فيه السياق الأصلي، الاقتصادي والقانوني والذي أبرم فيه العقد، ومن ناحية أخرى إتاحة الفرصة للشخص المعنوي العام لمتابعة تنفيذ العقد بغرض الحفاظ على احترام مبادئ المرفق العام والحفاظ على مستوى الأداءات في نوعيتها وجودتها. ذلك أن العقود الإدارية وعقود الشراكة تخضع لقواعد تقليدية تنطبق عندما يتعدل العقد أو محيطه. كما أن هذه العقود تخضع كلها لقواعد خاصة، وأن تقدمها في التنفيذ ورقابتها تخضع لآليات خاصة على غرار كافة العقود الإدارية. [٣]

---

(1) Bergére , F. et autres , le guiete opérationnel des PPP, Op.Cit.,p.١٩١.

(٢)نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (المادة التاسعة والسبعون)

(3) Bergére , F. et autres , le guiete opérationnel des PPP. Le Moniteur Op.Cit., P.١٩١.

الفرع الثانى: سلطة الإدارة فى التعديل الانفرادي لعقد الشراكة:

سلطة التعديل المنفرد للعقد الإدارى يختلف تطبيقها فى شان العقود الإدارية.[١] وتعد سلطة تعديل العقد الإدارى من الأمور الهامة التى قد تؤثر على تطور العقد والاستمرار فى تنفيذه ويختلف الأمر فيما يتعلق بقواعد القانون الخاص.

وتنص المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسى بمقتضى أمر رقم ١٣١ المؤرخ في ١٠ فبراير ٢٠١٦ ودون الإخلال بمضمون المادة ١١٣٤ التى تنص على أن "العقود المنعقدة أو المكونة بصورة مشروعة. تعد قانون من قام بهذا التكوين أو الانعقاد". أو تكون هذه العقود قانون أطرافها. ومن ثم يقتضى منطق العلاقة العقدية التي تقوم على المساواة بين أطراف العقد، إن كل تعديل لبنود العقد من جانب أحد أطرافه دون موافقة الطرف الآخر، يكون محظوراً (المادة ١١٩٣ من القانون المدني). غير أن تطبيق مثل هذه القاعدة في القانون الإداري يثير مشاكل واقعية. يعبر عنها التساؤل عن كيفية تطور العقد على ضوء ضرورات المصلحة العامة مع غياب موافقة الطرف المتعاقد مع الإدارة؟ ويبرز المثال التالي هذه المشاكل: لو افترضنا أن مقاطعة أعطت عن طريق الامتياز لشركة غاز احتكار الإنارة الكهربائية فهل ينبغي بعد هذا التعاقد أن تمتنع عن الإنارة الكهربائية بسبب بنود العقد؟ وقد ارتكز مجلس الدولة الفرنسي على النية المشتركة للإجابة على هذه المشاكل في حالة سكوت الأطراف ورأى أن شركة الغاز تحتفظ بميزة الإنارة بكل الوسائل، ولكن في حالة رفض اللجوء إلى الكهرباء تكون للمقاطعة المتعاقدة الحق في إبرام امتياز جديد مع الغير لهذا الغرض. وهذا الحل لا يزال مرتبطاً حتى صوريا بالاتفاق التعاقدي ((٢)). ثم أقر القاضي

---

[١] على الفحام، سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى،مصر، ١٩٧٦،صـ٢١٦.

((2)) C.E. 10 janv. 1902. Cie . nouv. De gaz de Déville lés Rouen , R. 5.

بعد ذلك بكل وضوح أن سلطة التعديل المنفرد لمصلحة المرفق العام تتعلق بنظام العقد الإداري وتوجد هذه السلطة حتى دون نص.[١]

ويمكن القول بان حق الإدارة فى تعديل العقد الإدارى بإرادتها المنفردة من الحقوق المقررة لها حتى ولو لم ينص عليها فى العقد وقد اجمع الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى على ذلك.[٢] وتجد هذه السلطة أساسها فى فكرة المرفق العام ومن ثم المصلحة العامة.[٣] ويلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزامه وفقا لبنود العقد، وتنتفى مسئوليته فى التأخير عن تنفيذ العقد إذا كان مرجع ذلك الى ظروف قهرية أو سبب اجنبى كخطأ جهة الإدارة.[٤]

ونص قانون مشاركة القطاع الخاص فى مصر فى المادة السابعة على سلطة الإدارة فى تعديل العقد مقترنة هذه السلطة بفكرة المصلحة العامة، وبعد موافقة اللجنة العليا للمشاركة مع حق الشركة فى التعويض إذا كان له مقتضى. ونصت المادة الثامنة على جواز تعديل عقد المشاركة اذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد.[٥] كذلك

---

[١] انظر في هذا الشأن:

C.E. 2 Fév. 1983, union des transports Publics , R. 33].

[٢] د/محمد فؤاد مهنا، القانون الإدارى العربى ، دار الفكر العربى ،القاهرة ،١٩٦٤،صـ١٢١٨.

[٣] د/مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الادارى ،٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، صـ١٩٣.

[٤] د/محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ،٢٠٠٧، دار الفكر العربى، صـ٢٥٧.

[٥] مادة (٧): " للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها فى عقد المشاركة .... متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق فى تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله ،بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات وذلك كله فى اطار الحدود المتفق عليها فى العقد ،وبعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية فى التعويض بحسب الأحوال طبقا للأسس والقواعد التى يبينها العقد"

=

أيضا نصت المادة (٣٤) فقرة (ز) أن يتضمن العقد تنظيم حق الجهة الإدارية فى تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل، وأسس وأليات التعويض عن هذا التعديل.

وفى فرنسا نص الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ بشأن عقد الشراكة Contrat de Partenariat على انه يجب أن يتضمن العقد على الشروط التي بمقتضاها يمكن إجراء عن طريق عقد تغيير أو عند عدم الاتفاق عن طريق قرارات إدارية منفردة من جانب الشخص المعنوي العام، تعديل بعض مظاهر العقد أو فسخه، لاسيما لكي يعتد بتطور احتياجات الشخص المعنوي العام، والاستحداث التكنولوجي أو كل تغيير في شروط التمويل التي يحصل عليها المتعاقد. [١]

ونص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على الحالات التى يجوز فيها تعديل أسعار العقود أو الاتفاقيات الإطارية بالزيادة أو النقص.[٢] وللجهة الحكومية إصدار أوامر تغيير بالزيادة في العقد بما لا يتجاوز (١٠%) من قيمته، ولها إصدار أوامر تغيير بالتخفيض بما لا يتجاوز (٢٠%) من قيمته، وفقاً لما توضحه اللائحة.[٣]

=

مادة (٨): "يجوز الاتفاق على تعديل عقد المشاركة طبقا للأسس والقواعد المنصوص عليها فى العقد وذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد المشاركة بما فى ذلك التعديلات فى التشريعات السارية وقت إبرام العقد"

[1] Bergére , F. et autres , le guiete opérationnel des PPP, Op. Cit. ,p.191.

[٢] المادة الثامنة والستون ـ الحالات الآتية:

١. تغير أسعار المواد أو الخدمات الرئيسة الداخلة في بنود المنافسة والتي تحددها اللائحة.

٢. تعديل التعرفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب.

٣. إذا حصلت أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية لم يكن بالإمكان توقعها.

توضح اللائحة الشروط والإجراءات اللازمة لتطبيق حكم هذه المادة.

[٣] نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ـ المادة التاسعة والستون.

ونصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على الضوابط التى تلتزم بها الجهة الحكومية فى حال القيام بتعديل العقد بالزيادة أو النقصان (المادة الرابعة عشر بعد المائة) فيما عدا عقود هامش الربح المحدد يتم تعديل أسعار العقد فى الحالات المحددة فى النظام بالزيادة أو النقص وذلك فيما يتعلق بالتعويض فى حالة تعديل أسعار التعرفة الجمركية أو الضرائب والرسوم وكذلك أيضا فى شان التعويض عن زيادة أسعار المواد الأولية (المادة الثالثة عشر بعد المائة).

ويرتبط بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي نظرية عمل الأمير:

نظرية عمل الأمير:

يقصد بعمل الأمير الإجراءات غير المتوقعة التى تتخذها السلطة العامة بدون خطا ويترتب عليها ضرر بالمتعاقد معها بما يزيد من التزاماته وتؤدى الى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري مما يستوجب التعويض.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية ما يلى:

١- وجود عقد إداري

ويعد عقد المشاركة عقدا إداريا.

٢- ان يكون الفعل الضار صادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة:

ويقصد بذلك أن ينصب تدخل جهة الإدارة المتعاقدة على العقد، ويترتب على هذا التدخل الإخلال بالتوازن المالي هذا هو مجال تطبيق هذه النظرية، وتشمل أيضا تدخل الجهة الإدارية المتعاقدة والتى لا تنصب على العقد مباشرة ولكنها تؤثر على التوازن

المالي للعقد. ويدخل فى نطاق هذه النظرية حالة اذا أصدرت الإدارة المتعاقدة إجراء عام اثر فى العقد بشكل غير مباشر ترتب عليه خلل فى التوازن المالى.[١]

وجدير بالذكر ان هذه النظرية لا تنطبق إذا كانت الإجراءات التى أثرت على التوازن المالى للعقد صادرة من قبل جهة أخرى خلاف الجهة المتعاقدة (مثل إصدار التشريعات) حيث تدخل هذه الحالة فى نطاق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها الأخرى.[٢]

٣- ان يترتب على الإجراء ضررا بالمتعاقد:

يشترط لتطبيق هذه النظرية ان يترتب على الإجراءات المتخذة سواء تعلقت بالعقد مباشرة أو أثرت على التنفيذ ان يترتب على ذلك ضرر بالمتعاقد بما يؤدى الى خلل فى التوازن المالى للعقد، ويجب ان يكون الضرر خاصا أى يصيب المتعاقد مع الإدارة بالضرر.[٣] ووفقا لهذه النظرية لا يشترط فى الضرر ان يكون جسيما أو ان يترتب عليه استحالة فى تنفيذ العقد حيث ذلك يعد مجالا لأعمال نظرية الظروف الطارئة.[٤]

---

[١] د/صلاح الدين فوزى، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ "المشاكل العملية والحلول القانونية "دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٠، صـ٢٧-٢٨.

[٢] وهذا هو الراى المستقر عليه حيث ان هذه الصورة كانت محل خلاف:

د/صلاح الدين فوزى، المرجع السابق، صـ٢٨.

د/جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام "،دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠٠٢ ،صـ١٦٥ .

[٣] د/جابر جاد نصار، المرجع السابق، صـ١٧٠.

[٤] أروى إسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، مجلة دراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية المجلد ٢ العدد ٢٣ تاريخ ٢٥/١٢/٢٠١٩ - صـ٣٦٥.

٤- عدم حدوث خطا من جانب الإدارة:

يشترط أن يكون الإجراء المتخذ لا يستند الى خطأ من جانب الإدارة، فاذا كان خطا تعاقديا من جانبها يمكن للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض وفقا لقواعد المسئولية التعاقدية عن خطا الإدارة، ولا تطبق فى هذه الحالة هذه النظرية.[١]

٥- ان يكون الإجراء غير متوقع:

يشترط أن يكون الإجراء غير متوقع، فاذا كان متوقعا فى إطار نصوص العقد، فان الأمر لا يخرج عن تفسير العقد وتطبيقه، ولا تطبق نظرية عمل الأمير.[٢]

اذا توافرت الشروط السابقة يتم تطبيق هذه النظرية، واثرها المباشر هو الحصول على التعويض كاملا يجبر الضرر الذى لحق بالمتعاقد مع الإدارة، وذلك فى جميع الحالات سواء كان الأثر المترتب على الإجراء هو التأخر فى التنفيذ -وفى هذه الحالة يعفى من غرامة التأخير -أو اذا ترتب على ذلك استحالة فى التنفيذ. وتطبق هذه النظرية أيضا اذا توافرت شروطها على عقد المشاركة ويتضمن العقد أيضا آلية تنفيذ ذلك.

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في الانهاء الانفرادي لعقد الشراكة

يمثل الفسخ المنفرد لأسباب المصلحة العامة سمات أصلية مقارنة بالفسخ كجزاء توقعه الإدارة أو الفسخ الذي يتقرر بناءً على طلب المتعاقد بسبب التغيرات التي تطرأ أثناء تنفيذ الأداءات المتفق عليها في العقد. حيث أن الفسخ المنفرد الذي نحن بصدده يتقرر للإدارة لمصلحة المرفق العام بصفة خاصة، تأسيساً على أن الإدارة

[١] د/جابر جاد نصار، مرجع سابق، صـ١٦٦.

[٢] المرجع السابق، صـ١٧١.

ينبغي أن يكون لها لدواعي المرفق العام سلطة إعادة التنظيم في كل وقت الأمر الذي يؤدي أحياناً إلى فسخ العقد خارج كل خطأ تعاقدي. وهذه السلطة المنفردة لكافة العقود بما يشمل عقود الامتياز، تشكل النمط ذاته للبند الخارج أو غير المألوف عن القواعد العامة للعقود وذلك عندما ينص العقد على ذلك، وتوجد حتى دون نص. [١]

ويخضع الفسخ للمصلحة العامة للقواعد التالية:

١. أن يقوم على أسباب حقيقية للمصلحة العامة، مما يقود إلى رقابة القاضي.
٢. أن المتعاقد له من حيث المبدأ تعويض كامل عن الضرر الذي يلحقه، بما معناه حقه في التعويض ليس فقط بما يشمل النفقات التي تعرض لها وبصفة خاصة تكلفة ما قام به من استثمار، وإنما أيضاً التعويض عن تفويت الفرصة في الكسب التي كان سيحصل عليها لو قام بتنفيذ العقد حتى نهايته. [٢]
٣. أنه يمكن للأطراف الاتفاق بصفة مشروعة على قواعد أخرى للتعويض.[٣]

ويترتب على ذلك أن الشخص المعنوي العام الذي يقرر الفسخ لا يلتزم بدفع تعويض يفوق بصفة ظاهرة الضرر الواقع، فالشرط الذي يفرض مثل هذا التعويض يكون معيباً بعدم مشروعية تتعلق بالنظام العام، مما يجوز للقاضي أن يظهر عدم

---

[١] انظر:

C.E. Ass. 2 Fev. 1987, Soc. TV 6, R. 28, RFDA. 1987. 29. concl. Farmacciari.

[٢] انظر:

C.E. 23 mai 1962. Min Finances c/SFEl , Rec. 342 , C.E. 31 juillet 2009, Soc. Jonathan].

[٣] انظر:

C.E. 4 mai 2011 , Chbre du Commerce et de l'industrie de Nimes BJCP 2011. 295

المشروعية مباشرة [١]. كما أن الحق في تعويض المتعاقد الخاص يمكن أن يتحدد بحرية أو حتى يستبعد. [٢]

ونص قانون مشاركة القطاع الخاص فى مصر فى المادة (٣٤) فقرة (ى) على انه يجب تضمين العقد مدته، وحالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة. وكذلك أيضا (الفقرة ك) الحالات التى يحق للجهة الإدارية الإنهاء المنفرد، والالتزامات المالية المترتبة على استخدام هذا الحق وان يتضمن العقد كذلك تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو فى حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئى (فقرة ل).

وفى فرنسا نص الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ بشأن عقد الشراكة على انه يجب تضمين العقد الشروط التي بمقتضاها يمكن ضمان استمرار المرفق العام في حالة عجز المتعاقد، خاصة عند إقرار فسخ العقد. كذلك أيضا النتائج الخاصة بالإنهاء المبتسر للعقد أو غير المبتسر، لاسيما فيما يتعلق بملكية الأعمال، أو التجهيزات (المعدات) أو الأموال غير المادية. [٣]

وفى المملكة العربية السعودية نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على حق الجهة الحكومية فى إنهاء العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو إذا تم الاتفاق

---

[1] C.E. 3 mars 2017 , Société lease com, AJDA , 2017 , P. 1678.

[٢] انظر:

[C.E. 19 déc. 2012. Sté AB Tren DA . 2013. Comm. 42, note Colson].

[3] Bergére , F. et autres , le guiete opérationnel des PPP, Op.Cit.,p.١٩١.

على الإنهاء مع المتعاقد معه وذلك بعد موافقة الوزارة، وفقاً للشروط والإجراءات التي توضحها اللائحة.[١]

الفرع الرابع: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء فى عقد الشراكة:

يقوم العقد الإداري على مبدأ عدم المساواة بين المتعاقدين وبصفة عامة يكمن أثر كل التزام تعاقدي كما هو الحال في العلاقات الخاصة في نشأة حق لصالح الدائن هو الحصول على تنفيذ الالتزامات المقيدة من جانب المدين ولكن القانون الإداري، في مرحلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية في إطار القوة الملزمة للقانون التعاقدي ، يظهر نوعاً من عدم المساواة في حالة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أو سوء التنفيذ (التأخير المعيب) حيث يستفيد الشخص المعنوي العام المتعاقد بضمانات تنفيذ تجيز له الحصول على تنفيذ الالتزامات الخاصة بالمتعاقد معه. لذا يضطر القاضي الإداري أن يقف على الإطار القانوني، أن يعتد بالمسئولية التعاقدية سواء بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة أو بالنسبة للإدارة المتعاقدة من أجل تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ العقد الإداري.[٢]

وبناء على ما سبق تملك الإدارة فى العقد الإدارى ولا سيما عقد المشاركة وفى اطار تنفيذه سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها اذا اخل بتنفيذ التزامه، ويرجع ذلك الى مبدأ اساسى وهو مبدأ سير المرافق العامة(المصلحة العامة) ومبدأ أخر وهو حسن النية فى تنفيذ العقد الإدارى بما يفرض على المتعاقدين تنفيذ التزاماتهم المتبادلة.

---

[١] المادة السابعة والسبعون.

[2] Plessix , B., Droit administratif gènèral , Op.Cit., P. 1215.

وسلطة الإدارة فى هذا الشأن قد ينص عليها فى العقد وتقوم الإدارة بتوقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد، وقد لا ينص عليها فى العقد وفى هذه الحالة الأخيرة لا يمنع ذلك أن تمارس الإدارة سلطتها فى توقيع الجزاء وتخضع الإدارة فى ذلك لرقابة القضاء. وقد اقر غالبية الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر بحق الإدارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد معها فى حالة الإخلال بتنفيذ التزاماته بما فى ذلك الجزاءات غير المنصوص عليها فى العقد.

ونص قانون مشاركة القطاع الخاص فى مصر فى المادة ٩ على أن تباشر الجهة الإدارية بنفسها أو عن طريق من تختاره إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالا جوهريا بالتزاماتها فى تشغيل المشروع، أو فى تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونا أو فى العقد، ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه، دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال.

وفى فرنسا نص الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ بشأن عقد الشراكة على وجوب النص فى العقد على الجزاءات والغرامات التي تنطبق في حالة الإخلال بالتزامات المتعاقد، لاسيما في حالة عدم احترام المتعاقد الأهداف المحدد له مسبقاً، وكذلك أيضا الشروط التي بمقتضاها يتم فسخ العقد.[١]

وفى المملكة العربية السعودية نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية فى حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد؛ تفرض عليه غرامة تأخير لا

---

[1] Ordonnance no 2004 – 559 du 17 juin 2004 , sur le contrat de partenariat, code administratif, Edition 2006 , 29e Edition, Dalloz, P. 2405.

تتجاوز (٦%) من قيمة عقد التوريد، ولا تتجاوز (٢٠%) من قيمة العقود الأخرى. [١] وإذا قصّر المتعاقد معه في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر في تنفيذ التزاماته؛ تُفرض عليه غرامة لا تتجاوز (٢٠%) من قيمة العقد، مع حسم قيمة الأعمال التي لم تُنفذ.[٢] وللجهة الحكومية سحب جزء من الأعمال والمشتريات وتنفيذها على حساب المتعاقد معه؛ إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بعد إنذاره.[٣] كذلك ايضا نص النظام على الحالات التى يحب على الجهة الحكومية إنهاء العقد فيها. [٤]ونصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (المادة الثانية والتسعون رقم ٢) على انه يجوز للجهة الحكومية إنهاء العقد عند تدنى مستوى أداء المتعاقد شريطة حصوله على درجة قل من (٧٠%) فى مستوى الأداء لثلاث مرات متتالية وعدم إصلاحه لأوضاعه. ونصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (المادة التاسعة عشر

---

[١] ويجوز زيادة تلك النسب بموافقة مسبقة من الوزير، على أن توضح تلك الزيادة للمتنافسين قبل تقديم عروضهم (لمادة الثانية والسبعون)

[٢] ويجوز زيادة تلك النسبة بموافقة مسبقة من الوزير، على أن توضح تلك الزيادة للمتنافسين قبل تقديم عروضهم (المادة الثالثة والسبعون)

[٣] المادة الخامسة والسبعون – نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

[٤] المادة السادسة والسبعون:

أ- إذا تأخر المتعاقد معه عن البدء في العمل، أو تباطأ في تنفيذه، أو أخلّ بأي شرط من شروط العقد ولم يصحح أوضاعه خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بذلك.

ب- إذا توفي المتعاقد معه. وفي هذه الحالة ينهى العقد وتسوى المستحقات وتعاد الضمانات. وللجهة الحكومية الاستمرار في التعاقد مع الورثة -بعد موافقتهم- على أن يتوافر لديهم المؤهلات الفنية والضمانات اللازمة لإكمال تنفيذ العقد.

ج- إذا تعاقد المتعاقد معه لتنفيذ العقد من الباطن دون موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية.

٣. يجوز في حال إنهاء العقد، طرح الأجزاء المتبقية منه بالأسلوب الذي طرحت به الأعمال والمشتريات، وللجهة الحكومية توجيه دعوة لإجراء منافسة محدودة لأصحاب العروض التي كانت تلي العرض الفائز في الترتيب، بحيث يُطلب منهم تقديم عروض جديدة ويجرى تقييمها وفقاً لأحكام النظام.

٤.تحدد اللائحة الشروط والإجراءات اللازمة لتطبيق أحكام هذه المادة.

بعد المائة) عند وضع غرامات التأخير للأعمال المنفذة بأسلوب الاتفاقية الإطارية وتكون القيمة الإجمالية لأمر الشراء هى القيمة الإجمالية للعقد.

ونرى ان عقد الشراكة من العقود الإدارية ويتم تنفيذه وفقا لبنوده.[1] وحيث أن هذا العقد عقدا إداريا تتمتع الإدارة فيه بامتيازات غير مألوفة عند تنفيذ العقد الإدارى وطوال مدة العقد ويتوقف الاستمرار فى هذا العقد على ذلك. وفى هذا الاطار تتضح فكرة مدى ممارسة هذه السلطات فى اطار عقد الشراكة على النحو السابق بيانه.

[1] واختلف الفقه فى شان تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين اعتبارها من عقود القانون العام ومن ثم عقد ادارى، وبين اعتبارها من عقود القانون الخاص، وبين اعتبارها عقود ذات طبيعة خاصة:

لمزيد من التفاصيل راجع:

- د/هانى عرفات صبحى حمدان، النظام القانونى لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص (PPP)، دراسة مقارنة ،٢٠١٦/٢٠١٧ ،دار النهضة العربية ، صـ٢٢-٦٠ .
- د/محمد بهجت عبد الله قايد، اقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ (BOT) او البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية نظام (BOOT) ،دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ،صـ٢٨ .

المبحث الثالث

الاثار الناتجة عن ممارسة سلطات الإدارة في عقد الشراكة

تتمتع الجهة الإدارية بالعديد من الحقوق والامتيازات فى نطاق العقد الإدارى وعقد المشاركة وفقا لما سبق بيانه. وذكرنا فيما سبق سلطات الإدارة فى عقد المشاركة تلك السلطات التى تعتبر ضمانة لتنفيذ العقد .

ويعد التوازن المالى أحد اهم حقوق المتعاقد مع الإدارة، وفيما يتعلق بعقد الشراكة يحكم العقد بنوده. وقد تمارس الجهة الإدارية سلطاتها ويترتب على ذلك خلل فى التوازن المالى للعقد الذى يعد من حقوق المتعاقد معها، ويحدث ذلك فى حالة ممارسة الإدارة لسلطتها فى تعديل العقد أو اتخاذ إجراءات تؤثر على توازن العقد وفقا لنظرية عمل الأمير.

وإذا كانت الجهة الإدارية تتمتع بالعديد من السلطات فى العقد الإدارى لا يتمتع بها المتعاقد معها إلا ان ذلك مقيد بالعديد من الضوابط والنصوص اللائحية، ونوضح ذلك فى اطار عقد الشراكة وذلك من خلال النقاط التالية:

- اختلال اقتصاديات العقد عند ممارسة سلطة التعديل.
- أثر ممارسة سلطات الإدارة في عقد الشراكة على الإعفاء المطلق من المسئولية.

الفرع الاول: اختلال اقتصاديات العقد عند ممارسة سلطة التعديل

تجدر الإشارة إلى أن نظام تنفيذ العقود الإدارية يتميز بأنه يتعلق بفكرة مختلفة عن الفكرة التي تنطبق على انعقاد العقود الإدارية، بمعنى أن تنفيذ العقد الإداري يختلف

عن النظرية المدنية للعقود. حيث يقوم العقد الإداري على قاعدة الغير مألوف exorbitence والتي تعبر عن طابع عدم المساواة في العلاقات العقدية بين الإدارة والمتعاقدين معها من أشخاص القانون الخاص. ومن ثم اعتد فقهاء القانون العام بهذه القاعدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية. حيث اهتم جموع فقهاء القانون العام بتقديم الامتيازات غير المألوفة بصفة منفصلة للإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ومع مراعاة بالمقابل للضمانات المعترف بها للمتعاقد مع الإدارة، حيث يشكل هذين المظهرين بالنسبة للفقه الإداري المعاصر وجهين لنفس العملة: امتيازات عند تنفيذ العقد الإداري، والتوازن التعاقدي. [١]ومن ثم قد يترتب على ممارسة سلطات الإدارة خلل فى التوازن المالى للعقد الادارى وتكون مهمة القاضى تحقيق التوازن المالى للعقد.[٢]

وتشكل المصلحة العامة التي تتكفل بها الإدارة عدم المساواة في علاقاتها التعاقدية بما مؤداه تكريس سلطات السلطة العامة حيث تتواءم وتكفل استمرار المرفق العام. غير أن هذه الامتيازات تجد ما يحدها في الحقوق المقررة للمتعاقد والتي تدور بصفة أساسية حول المقابل المالي. فالعقود وكراسات الشروط والتي يحال إليها تقر بصفة عامة سلطات خاصة للإدارة. ولكنها تعمق أصالة السلطات التي تتمتع بها الإدارة، حتى عند غياب بنود صريحة، حيث يحوز الشخص المعنوي العام المتعاقد هذه السلطات في كافة الأحوال وذلك بموجب القواعد العامة التي تنطبق على العقود الإدارية .[٣]

---

(1) Plessix , B., Droit administratif gènèral , Op.Cit., P. 1216.

(٢) د/جهاد ضيف الله ذياب الحجازى، إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى إزاء تدخلات اجنبيه "دراسة تحليلية مقارنة "،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية المجلد ٣/العدد ١(٢٠٢٠)،صـ٥٨٦.

(3) Laurent Frier , P. et Petit, J., Droit administrative , Op.Cit., P. 490.

غير أنه يوجد للمتعاقد مع الإدارة إزاء هذه السلطة في عدم إمكانيته اللجوء إلى دعوى الإلغاء ضمانتين أساسيتين الأولى: أن التعديل المنفرد لا ينبغي أن يشكل اعتداءً على التوازن المالي لأن هذا المتعاقد له الحق في مكافأة، والثانية: مقابل نقدي للتكلفة التي تحملها والفوائد التي يفقدها بصفة احتمالية. (١)

كما أنه يمكن الحصول على تعويض إضافي في حالة التعديل غير المبرر لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، أو حتى المطالبة بالفسخ عند الضرورة لخطأ الإدارة في حالة التغيير الهام لبنود العقد.(٢)

ومن هذه الزاوية يعد الوضع بالتالي مختلفاً عن تعديل القرارات الإدارية اللائحية أو الفردية. وأخيراً تجدر الإشارة إلى العقود التي تبرم بين أشخاص القانون العام والتي ترد على تنظيم المرفق العام، حيث يمكن للمتعاقدين اللجوء إلى قاضي العقد بغرض إلغاء التعديلات غير المشروعة. ومع مراعاة منع هذه السلطة الخاصة بالتعديل الضرورية لضمان عند الضرورة أداء المرفق العام. وتدعم سلطات القاضي ضمانات حسن تنفيذ العقد. (٣)

الواقع أنه إذا كان هدف المصلحة العامة الذي يتجه إلى خدمته العقد الإداري يعبر بصورة واضحة عن استخدام الشخص المعنوي العام المتعاقد لامتيازات السلطة العامة، فإنه يشكل العامل الأصلي الأكثر شيوعاً. لأنه في مجال تنفيذ العقد الإداري

---

(١) انظر:

C.E. 27 oct. 1978 , Ville de saint malo , R. 401.

(٢) انظر :

C.E. 12 mars 1999, SA. Méribel R. 61 .

(٣) انظر:

C.E. 11 mars 1989, Départ moselle ; C.E. 13 mai 1992, cne lvry-s-Seine Rec. 197..

تحتفظ الإدارة بمقدار معين باستخدام امتيازات القانون العام الخاصة لها. فالإدارة عندما تبرم عقود إدارية لا تتجرد من خصائص السلطة العامة[١] وأن الدولة تبدو للمقاول من خلال مظهرين مختلفين: أحياناً أميرة Prince وتارة أخرى عميل Client ودائماً ما تبدو الإدارة كأمير حتى عندما تتقدم كعميل[٢]. وهذا المقابل للسلطة العامة والعقد يتطلب بطبيعة الحال توافق دقيق. فالعقد لا يمكن دون أن يفقد دلالاته أن يكون تحت رحمة امتيازات التصرفات المنفردة لأحد المتعاقدين. فالمشكلة التي تثيرها إدراج امتيازات القانون العام في الآلية العقدية تبدو مختلفة حسب ما إذا كانت هذه الامتيازات تستخدم من أجل مجازاة تنفيذ العقد لضمان الاحترام ذاته لنصوص العقد، أو لكي تضفي على هذا التنفيذ توجيهاً يتفق دون شك مع المصلحة العامة ولكنه ينفصل عن المراعاة الدقيقة لبنود العقد. [وكافة ما سبق دراسته يتفق مع الوجه الثاني لاستخدام امتيازات السلطة العامة أثناء تنفيذ العقد، أي لتوجيه العقد لضرورات المصلحة العامة]. [٣]

وجملة القول وبناء على ما سبق بيانه فى العقود الإدارية ولا سيما عقد المشاركة تتمتع الدولة بامتيازات السلطة العامة أثناء التنفيذ للمصلحة العامة فاذا كان من حق الجهة الإدارية تعديل العقد بإرادتها المنفردة فان هذا الحق يكون فى إطار نسبة معينة ينص عليها فى العقد أو القانون لا يتعداها، وفيما يزيد عن ذلك يجب موافقة المتعاقد معها وكذلك أيضا ألا يؤثر ذلك على المزايا والحقوق المالية للمتعاقد مع الجهة

(1) Jacomet , concl. Sous C.E. 5 mars 1954 Dlle Soulier Rev. Jun. et Pol., de l'union Fr. 1954 , P. 624.

(2) M. long , Cours de Marchés et Concession , P. 1.

(3) De Laubadére , A. et Moderne , F. et Delvolvé P., Traité des contrats administratifs , L.G.D.J. Edition 1983,P. 709.

الإدارية وفى هذه الحالة الأخيرة يكون من حق المتعاقد الحصول على تعويض. كذلك أيضا ألا يترتب على ذلك تغيير فى طبيعة العقد.

الفرع الثانى: أثر ممارسة سلطات الإدارة في عقد الشراكة على الإعفاء المطلق من المسئولية:

تعتبر سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى وعقد المشاركة سلطة أصيلة تتمتع بها الجهة الإدارية فى جميع عقودها إلا ان هذه السلطة تقتصر فى العقد الإدارى على الشروط المتعلقة والمتصلة بالمرفق العام ولا تمتد تلك السلطة للحقوق المالية للمتعاقد فى العقد[1] :

قبل ان نتحدث عن حق المتعاقد فى التمسك بنظريات التوازن المالى يجب أن نفرق بين:

أولا: الأعمال الإدارية (نصوص لائحية):

وهى تتعلق بسلطات الجهة الإدارية وامتيازاتها باعتبارها سلطة عامة، تلك السلطات تتمتع بها الإدارة فى جميع عقودها، ولا سيما عقد المشاركة، والتى تهدف بها الدولة الى تحقيق المصلحة العامة ومصلحة المرفق (مثل سلطة الرقابة على تنفيذ العقد والتعديل والفسخ أو الإنهاء) تلك السلطات لا يمكن بأى حال من الأحوال حرمان جهة الإدارة منها فى حال عدم النص عليها فى عقد المشاركة وذلك وفقا لما سبق بيانه.

[1] د/ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،٢٠٠٩،صـ١٦٩.

ثانيا: الأعمال غير الإدارية (شروط تعاقدية):

وهى الأعمال التى تتعلق بفكرة التوازن المالى للعقد الإدارى ويقصد بها الأعمال أو القرارات التى تؤدى الى خلل فى ذلك، وينص عقد الشراكة عليها وعلى أسس توزيع المخاطر والقواعد التى تحكمها، ورغم ذلك لا يحرم المتعاقد مع الإدارة من حقه فى التعويض حتى لو تم النص على حرمانه من ذلك. وهذا يقودنا لفكرة التفرقة بين الإعفاء المطلق من المسئولية والإعفاء الجزئى وذلك فى حالة تنظيمها فى العقد.

ثالثا: الإعفاء المطلق من المسئولية:

لا يمكن للجهة الإدارية ان تنص فى عقودها على شرط مطلق للإعفاء من المسئولية أو إعفائها من كافة الأضرار الناتجة عن عمل الأمير لتعارض ذلك مع حق المتعاقد فى التوازن المالى للعقد الإدارى (وهذا ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسى والمصرى) حيث يعتبر ذلك من النظام العام[١] حيث يعتبر ذلك من النظام العام .[٢]ولا يمكن بأى حال من الأحوال تضمين عقد المشاركة نص يقضى بالإعفاء المطلق من المسئولية ،بحيث يتنازل المتعاقد عن طلب التعويض عن الأضرار التى يمكن أن تصيب المتعاقد أثناء تنفيذ العقد .

---

[١] كذلك الأمر فيما يتعلق بالقوة القاهرة والصعوبات المادية غير المتوقعة لا يمكن وضع شرط مطلق للإعفاء من المسئولية: د/على محمد على عبد المولى، الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ،١٩٩١، صـ٥٨٩ـ٥٩٠ ـ٥٩٢.

[٢] د/رجب محمود طاجن،عقود الشراكة ppp "دراسة مقارنة لبعض جوانبها فى القانون الادارى الفرنسى"،الطبعة الاولى،دار النهضة العربية،٢٠٠٧،صـ٢١١.

رابعا: الإعفاء الجزئى من المسئولية:

ويتمثل ذلك حينما ينص العقد على ان يتنازل المتعاقد عن التعويض فى حالات معينة متوقعة وقت إبرام العقد، أو تنظيمه بصورة معينة، وفى هذه الحالة يتم تطبيق شروط العقد. كان تنص كراسة الشروط على استبعاد النتائج التى تترتب على إجراءات تصدر من الجهة الإدارية وهى عمل الأمير اعتبرها القضاء شروطا مشروعة ويطبقها فى أضيق نطاق.[1] وفيما يتعلق بعقد المشاركة اذا نظم العقد مسؤولية أطرافه ونص على إعفاء جزئى لاحد الأطراف فى اطار توزيع المخاطر تعتبر هذه البنود صحيحة ملزمة لأطرافه والجهة الإدارية والمتعاقد معها.

[1] وفيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة اذا تم النص فى العقد أو كراسة الشروط على إعادة النظر فى المقابل المالى فهذا لا يمنع المتعاقد من اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن ذلك فى حالة عدم جدوى تطبيق تلك الشروط فى الحصول على التوازن المالى للعقد أو جبر الضرر: د/على محمد على عبد المولى، الظروف التى تطرا أثناء تنفيذ العقد الإدارى، دراسة مقارنة، المرجع السابق، صـ٥٩٤-٥٩٥ - ٥٩٧-٥٩٨.

الخاتمة

وختاما تتمتع الجهة الإدارية بجملة من الحقوق والامتيازات فى نطاق عقد المشاركة الذى يعتبر عقد الإدارى وأيا ما كانت السلطة التى نتحدث عنها فاذا كان من حق الجهة الإدارية ان تستخدم سلطاتها وامتيازاتها العامة التى تجد مبررها فى فكرة المرفق العام وانتظام سيره إلا انه لزاما عليها ألا تتعسف فى ذلك والا كان تصرفها غير صحيح وغير مبرر ويعطى الحق للمتعاقد أن يلجا للطعن القضائى للإلغاء أو التعويض. وقد انتهت هذه الدراسة وفيما يلى نذكر اهم النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج:

١. تتمتع الدولة بسلطات واسعة تجاه عقود الشراكة وذلك بالنظر الى انه عقد إدارى وذلك استنادا لفكرة المصلحة العامة وضمانة لتنفيذ العقد.
٢. ينظم عقد الشراكة سلطات الإدارة ولكن إذا خلا العقد من ذلك يحق لها ممارسة هذه السلطات حيث انها تستمد فى العقود الإدارية من مبدا سير المرافق العامة والمصلحة العامة.
٣. يتمتع المتعاقد فى عقود الشراكة بجملة من الحقوق والالتزامات ويقابل سلطات الإدارة فكرة التوازن المالى للعقد الإدارى.
٤. للمتعاقد مع الإدارة الحق فى التعويض واستعادة التوازن المالى للعقد الإدارى إذا ترتب على ممارسة الإدارة لسلطاتها ضررا ماليا بالمتعاقد وفقا لنظرية عمل الأمير (المسؤولية دون خطأ).
٥. سلطة تعديل العقد الإدارى تكون فى حدود نسبة معينة ولا تنصب على جميع بنود العقد وتقتصر فقط على الشروط اللائحية أما الشروط التعاقدية التى تتعلق بالمقابل المالى لا يمكن تعديلها بما يضر بالمتعاقد.

٦. الرقابة على عقد المشاركة من قبل السلطات الإدارية لازمة وضرورية.
٧. للجهة الإدارية توقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد ودون اللجوء الى القاضى كذلك أيضا إذا لم ينص العقد على ذلك تملك توقيع الجزاءات وتخضع فى ذلك لرقابة القضاء.

ثانيا: التوصيات:

١- وضع قواعد تفصيلية فى عقد الشراكة لمواجهة حالة التغيرات القانونية الناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطتها التى قد تؤثر فى المشروع والاخذ بالعقود النموذجية لعقود الفيديك بما يتناسب مع عقد الشراكة.
٢- ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ عقد الشراكة بشكل فعال من قبل لجان متخصصة ذات مهارة عالية كضمانة لتنفيذ العقد بالشكل المطلوب.
٣- تضمين العقد الضوابط التفصيلية التى تجيز للجهة الإدارية فى شان سلطة التعديل إدخال تغيرات على الخدمات وإجراءات ذلك.
٤- منح شركة المشروع فى عقد المشاركة مهلة لتحسين مستوى الأداء وإصلاح مواطن الخلل قبل فرض الجزاءات عليه من قبل الإدارة وعدم اللجوء مباشرة الى الخصم من المقابل المالى.

قائمة المراجع والمصادر

أولا: باللغة العربية:

أ) الكتب القانونية:

- د/أحمد السيد عطا الله، النظام القانونى لعقود الشراكة فى مشروعات المرافق العامة للقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ وأثارها القانونية والاقتصادية دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، ٢٠١١، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، صـ٩٨ وما بعدها.
- د/جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام "، دار النهضة العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، صـ١٦٥.
- د/رجب محمود طاجن، عقود الشراكة ppp "دراسة مقارنة لبعض جوانبها فى القانون الادارى الفرنسى"، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د/صلاح الدين فوزى، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ "المشاكل العملية والحلول القانونية "دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠، صـ٢٧-٢٨.
- د/على الفحام، سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، مصر، ١٩٧٦، صـ٢١٦.
- د/ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٩، صـ١٦٩.

- د/محمد فؤاد مهنا، القانون الإدارى العربى، دار الفكر العربى، القاهرة ،١٩٦٤، صـ١٢١٨.
- د/محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ،٢٠٠٧، دار الفكر العربى، صـ٢٥٧.
- د/مطيع على حمود جبير، العقد الإدارى بين التشريع والقضاء – دراسة مقارنة، جامعة عين شمس ،٢٠٠٦، صـ٤١٣ -٤١٨.
- د/مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإدارى،٢٠٠٧، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، صـ١٩٣.
- د/منى رمضان بطيخ، الإطار القانونى لشرعية عقد المشاركة (PPP) والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، ط١، دراسة مقارنة ،٢٠١١، صـ١٢٧ وما بعدها.
- د/هانى عرفات صبحى حمدان، النظام القانونى لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص (PPP)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،٢٠١٦/٢٠١٧.

ب) الرسائل العلمية:

- د/أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقد الإدارى، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة ،١٩٧٣، صـ ٢٩٨-٣٢١.
- د/على محمد على عبد المولى، الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ،١٩٩١، صـ٥٩٤-٥٩٥ -٥٩٧-٥٩٨.
- د/عمرو حسن بخيت، مضمون فكرة الشرط الاستثنائى فى نطاق العقد الإدارى، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة ،٢٠٠٩، صـ١٥٧.

- د/محمد صالح الجبير،ابرام عقود الشراكة p.p.p فى اطار قانون المناقصات والمزايدات بدولة الكويت "دراسة مقارنة"،رسالة دكتوراة ،جامعة عين شمس،٢٠١٨.

جـ) البحوث العلمية وأعمال المؤتمرات:

- أروى إسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، مجلة دراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية المجلد ٢ العدد ٢٣ تاريخ ٢٥/١٢/٢٠١٩ ـ صـ٣٦٥
- د/جهاد ضيف الله ذياب الحجازى، إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى إزاء تدخلات اجنبيه "دراسة تحليلية مقارنة "، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية المجلد ٣/العدد ١(٢٠٢٠)، صـ٥٨٦.

د) التشريعات والقوانين:

- القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة –الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر(أ) – السنة الثالثة والخمسون – ١٨ مايو ـ٢٠١٠ـمصر.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ـ الجريدة الرسمية –العدد ٣ مكرر (ب) فى ٢٣ يناير ٢٠١١ ـ مصر.

- الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يونية ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ١٧٩٢٠٠٩ الصادر فى ١٧ فبراير ٢٠٠٩ بشأن عقد الشراكة Contrat de Partenariat -فرنسا.
- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد ١٤٤٠ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) تاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٦٤٩) - المملكة العربية السعودية.
- اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالقرار الوزارى رقم ١٢٤٢وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١ ه والمعدلة بالقرار الوزارى رقم ٣٤٧٩ وتاريخ ١٤٤١/٨/١١ه- المملكة العربية السعودية.

ه) مجموعة أحكام المحاكم:

- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا- سنة ١٥.

و) المواقع الإلكترونية:

- وزارة المالية -المملكة العربية السعودية -تاريخ الدخول ٢٠٢٠/١٠/١ :

https://www.mof.gov.sa/Knowledgecenter/newGovTendandProcLow/Documents/Approved_Regulations.pdf

- هيئة الخبراء، مجلس الوزراء، المملكة العربية السعودية، تاريخ الإصدار ١٤٤٠/١١/١٣ هـ الموافق ٢٠١٩/٠٧/١٦ مـ تاريخ النشر ١٤٤٠/١١/٢٩ هـ الموافق: ٢٠١٩/٠٨/٠١ مـ، تاريخ الدخول ٢٠٢٠/١٠/١:

https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/24c563f9-7292-49c8-b0fb-aa9800b999f1/1

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- **Bergére , F. et autres , le guiete opérationnel des PPP. Le Moniteur Edition 2010.**
- **De Laubadére , A. et Moderne , F. et Delvolvé P., Traité des contrats administratifs , L.G.D.J. Edition 1983.**
- **G. Jez, les contrats administratifs , T. 11. 1932.**
- **Jacomet , concl. Sous C.E. 5 mars 1954 Dlle Soulier Rev. Jun. et Pol., de l'union Fr. 1954.**
- **Laurent Frier , P. et Petit, J., Droit administrative , L.G.D.J. Edition 2019.**
- **M. long , Cours de Marchés et Concession.**
- **Ordonnance no 2004 – 559 du 17 juin 2004 , sur le contrat de partenariat, code administratif, Edition 2006 , 29e Edition, Dalloz.**
- **Plessix , B., Droit administratif gènèral , Lexisnexis, Edition 2016.**
- **Richer, L., Droit des contrats administratifs L.G.D.J. , 3e Edition 2002.**
- **S. , G. Pèquignot théorie 142eneral142 du contrat adm. 1945.**