كلية الحقوق

إدارة الدراسات العليا

قسم القانون العام

بحث بعنوان

الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

(دراسة مقارنة)

بحث مستل من رسالة الدكتوراه مقدم ضمن متطلبات الحصول على درجة دكتور في الحقوق

إعداد الباحث

مناور فلاح مرزوق العازمي

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور/ وليد محمد الشناوي

أستاذ ورئيس قسم القانون العام وعميد الكلية

كلية الحقوق – جامعة المنصورة

٢٠٢٤

المقدمة

أولًا: موضوع البحث:

ظهرت مشروعات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص (public private partnership) وتعرف اختصاراً بـــــــ .P.P.P، كوسيلة تلجأ إليها الدولة لتمويل المشروعات وتنفيذها، لاسيما إنشاء وتطوير البنية الأساسية الاقتصادية مثل الاتصالات اللاسلكية والطاقة والمياه والطرق فضلًا عن مشروعات البنية الأساسية الاجتماعية مثل الصحة والتعليم وغيرها من المشروعات العامة، وتتلافى مشكلات بعض النظم التعاقدية الأخرى، كعقود امتياز المرافق العامة، ونظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت".

وتعد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالمفهوم الاقتصادي علاقة تعاون تعاقدية طويلة الأجل يتم من خلالها وضع ترتيبات محددة يستطيع بمقتضاها القطاع العام توفير الخدمات العامة من خلال القطاع الخاص، في إطار من العلاقة التكاملية بين القطاعين العام والخاص، التي لا تشمل خصخصة الأصول العامة، وذلك على أساس استقطاب القطاع الخاص لتطوير وتمويل المشروعات التي تقدم الخدمات العامة، مقابل حصول هذا الأخير على بدل مالي يغطي استثماراته المالية، وما تحمله من كلفة.

والدولة في لجوئها لمشروعات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، إنما تحقق أكثر من فائدة منها إيجاد التمويل اللازم للقيام بتلك الأنشطة لدى القطاع الخاص، وهو ما يؤدي إلى تشجيع الاستثمار وتداول الأموال، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الدولة من خلال مشروعات الشراكة تساهم في تخفيض الدين العام، من خلال اللجوء لتنفيذ المشروعات العامة على حساب القطاع الخاص، ودون تحميل موازنة الدولة بمبالغ طائلة، ومن ناحية ثالثة، فإن عقود الشراكة، يستفاد منها في نقل التكنولوجيا الحديثة وبتكلفة مناسبة، حيث أن التزام المتعاقد ينصب على التمويل والإنشاء والتشغيل والصيانة، مما يعني أن الإنشاءات المتعاقد عليها تكون محدثة في ضوء الوسائل التكنولوجية اللازمة(١).

كما تؤدي عقود الشراكة إلى تكوين علاقة طويلة الأجل بين الإدارة وبين المتعاقد معها في النواحي الفنية والمالية بغرض إنشاء المرافق العامة التي تتعلق بالبنية الأساسية بدءً من الإنشاء ثم الاستغلال مروراً بالصيانة وحتى نهاية فترة العقد، حيث أثبت التجارب الدولية أن

---

(١) د. صافي أحمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص .P.P.P، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٢.

الشراكة بين القطاع العام والخاص، أسهمت في إنجاز العديد من المشروعات الحيوية والاستثمارات المختلفة، وأدت بالتالي إلى معدلات مرتفعة من النمو الاقتصادي والاجتماعي[٢].

وفي الكويت بدأت مشروعات التعاون مع القطاع الخاص عام ٢٠٠٢، بمشروع تطوير جزيرة فيلكا، تحت إشراف "جهاز تنفيذ مشروعات المنطقة المقسومة وتنمية الجزر الكويتية والمشروعات الكبرى"، والذي واجه العديد من التحديات والتعثرات حتى عام ٢٠٠٨، وإقرار نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) الذي بسببه قامت مشادات سياسية بين الحكومة ومجلس الأمة، ليستمر تعثّر مشروعات التعاون مع القطاع الخاص حتى عام ٢٠١٤، حيث أصدر المشرع الكويتي القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام الخاص، والذي أُنشئت بموجبه "هيئة الشراكة بين القطاعين الخاص والعام، في محاولة للمضي بمشروعات الشراكة نحو الأمام.

وهو الأمر الذي أثار العديد من التساؤلات والجدل حول الطبيعة القانونية لهذه العقود وتكييفها القانوني، والمقصود منها والنتائج المترتبة على إبرامها، وموقف التشريعات الوطنية والآراء الفقهية في هذا الصدد، ما دفعنا إلى توجيه موضوع هذا البحث لتناول مسألة الطبيعة القانونية لهذه العقود والآثار المترتبة عليها، وذلك وفقًا للمحددات الآتية:

ثانيًا: أهمية البحث:

يكتسب هذا البحث أهميته من أهمية الدور الذي تقوم به فكرة عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص، ذلك أن الشراكة هي علاقة تعاونية بين شريك أو أكثر من الجهات الحكومية، وبين شريك أو أكثر من القطاع الخاص، وهي عقود تتميز بمنحها دور والتزامات وحقوق خاصة لكل طرف، بحيث يكمل كلا الطرفين بعضهما البعض في إطار تنموي واحد، وتأتي أهمية البحث من أهمية تحديد طبيعتها، نظرًا لكون عقود الشراكة أحد أكثر أنواع العقود تعقيدًا بالنسبة لعقود المشروعات العامة والبنى الأساسية، إذا أنها تشمل تصميم وتمويل وتشغيل وصيانة المشروعات، ولمدد طويلة تصل لعدة عقود، وتتضمن الالتزام بضمان تسليمها في نهاية مدتها بكفاءة تشغيلية عالية، كما أن إنشاء هذه العقود وترتيبها، يكون من خلال مجموعة من الإجراءات التي تتم بين الحكومة وشريكها من القطاع الخاص، وكل ذلك يتطلب تحديد ماهية هذه العقود وبيان طبيعتها القانونية، حتى يمكن الوقوف على القواعد والأحكام القانونية التي تنطبق عليها وتحكمها.

---

(٢) د. شريف إبراهيم محمد أحمد بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٥، ص٣.

ثالثًا: مشكلة البحث:

تثير دراستنا هذه إشكالية رئيسية، تتمثل في الغموض الذي لا يزال يكتنف الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والاختلاف الفقهي حول هذه الطبيعة، والناتج عن التداخل الكبير في هذه العقود ومضمونها فهي لا تتوقف عند الصورة المبسطة لتوريد مدخلات إنشاء المشروع، أو صور التعاقد الخارجي فحسب، وإنما تمتد لتشمل النقل والمشاركة في الإدارة وعملية صنع القرار، فضلًا عن المتابعة وتبادل المعلومات والخبرات والتنسيق، وكل هذا يؤدي بلا شك لخروج هذه العقود عن العلاقة التعاقدية التقليدية، التي قد توجد في غيرها من عقود إنشاء المشروعات العامة، ولا شك أن ذلك يدفعنا إلى البحث في طبيعة تلك العقود، ومعايير تمييزها عن غيرها من العقود المشابهة لها، وهو ما يجعل هذا الموضوع يثير العديد من الإشكالات التي تتمثل في مجموعة تساؤلات نسعى للإجابة عليها خلال صفحات الدراسة، والتي من أهمها:

- ما المقصود بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وما مميزاتها، وخصائصها؟
- ما الطبيعة القانونية المترتبة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وما النتائج المترتبة على تحديد طبيعتها القانونية؟

رابعًا: منهج البحث:

نتناول البحث بصفة أساسية من خلال المنهج التحليلي، الذي من خلاله نتناول تحليل النصوص القانونية المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في كل من الكويت ومصر والدول المقارنة، وبيان أحكامها، وطرق تنظيمها وصياغتها، للوقوف على طبيعة هذه العقود وآثارها القانونية، بالإضافة إلى ذلك، فإن المنهج المقارن، والذي من خلاله نقارن بين أحكام التشريعات الوطنية التي تتناول بالتنظيم هذه العقود، في كل من دولة الكويت ومصر والدول محل المقارنة، وبيان أحكامها، سيكون منهجًا إضافيًا تتطلبه مقتضيات البحث بين التشريعات المختلفة.

خامسًا: خطة البحث:

لغرض الإجابة على تساؤلات البحث، ولغرض الوقوف على الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، فقد رأيت وجوب العرض للمقصود بهذه العقود وأهم خصائصها وموقف التشريعات منها، وذلك في المبحث الأول، ثم نتناول في المبحث الثاني الآراء الفقهية التي دارت والجدل حول الطبيعة القانونية لعقود الشراكة والنتائج المترتبة عليها، وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: ماهية عقود الشراكة.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة.

المبحث الأول

ماهية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تمهيد وتقسيم:

يعد موضوع الشراكة بين القطاع العامة والخاص أحد الموضوعات الحاضرة بقوة على مائدة وأجندة أعمال حكومات الدول المتقدمة والنامية على السواء، وإن كانت بدرجات متفاوتة، حيث قطعت بعض الدول شوطًا كبيراً في هذا المضمار، وحققت نجاحات ملموسة، بينما لا تزال بعض الدول تتحسس أولى خطواتها في هذا الطريق، بحثًا عن التنمية والتقدم(٣).

وقد أصبحت ظاهرة عقود الشراكة أحد الظواهر المسيطرة خلال السنوات الأخيرة، نتيجة عدم كفاية الاستثمارات، والضغوط المتزايدة على الميزانيات الحكومية بالإضافة إلى عدم كفاءة الخدمات التي تقدمها المؤسسات والوكالات الحكومية، وتمثل عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص PPP، أحد الوسائل الجديدة التي يمكن أن تسهم في تمويل تقديم الخدمات العامة على المستوى المحلي، لاسيما في ظل عبء توفير تلك الخدمات على الموازنة العامة للدولة، وفي ضوء تنامي دور القطاع الخاص في الدول المختلفة، إلا أن التساؤل يثور حول المقصود بهذه العقود، هذا من ناحية وأهم ما يميزها من مبادئ من ناحية أخرى، ولعل هذا التساؤل سيكون هو محل الدراسة في هذا المبحث، حيث سنعرض لتعريف عقود الشراكة على المستوى الفقهي والتشريعي، وذلك في المطلب الأول، ثم سنعرض لأهم مبادئ هذه العقود وهو مبدأ توزيع المخاطر في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك في المطلب الثاني، على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

المطلب الثاني: مبدأ توزيع المخاطر بين طرفي عقد الشراكة.

المطلب الأول

تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تمهيد وتقسيم:

---

(٣) محمد عبد العال عيسى: الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المفهوم والأسباب والدوافع والصورة، المجلة العربية للإدارة، المجلد ٣٨، العدد الثالث، سبتمبر ٢٠١٨، ص٣٧.

سيقوم الباحث في هذا المطلب بالعرض لتعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أنه يلزم التنويه إلى أن التعريف بعقود الشراكة يستوجب أن نعرض لصور الشراكة، ونماذجها المختلفة، وذلك لكي نستطيع أن نقف على حقيقة هذه العقود وطبيعتها وبيان حدودها وأطرافها، ونشير هنا إلى أن الشراكة قد حظيت بالعديد من التعريفات، وذلك حسب وجهة نظر المعرف، ونظرته لها، فهناك التعريفات التشريعية، وهناك التعريفية الفقهية، كذلك عرفت المنظمات الدولية عقود الشراكة، وسنعرض في هذا المطلب، لتعريف عقود الشراكة في الفقه والاصطلاح واللغة في الفرع الأول، ثم نعرض لتعريفها في التشريعات الوطنية، ثم تعريفها لدى المنظمات الاقتصادية، وذلك في الفرع الثاني، على أن نعرض في الفرع الثالث، لنماذج وصور عقود الشراكة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في اللغة والاصطلاح الفقهي.

الفرع الثاني: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لدى التشريعات الوطنية والمنظمات الدولية.

الفرع الأول

تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في اللغة والاصطلاح الفقهي

أولًا: التعريف اللغوي لعقود الشراكة:

تأتي الشراكة في اللغة، من لفظ أشرك – شرك – شارك ويقال أشركه في أمره، أي أدله فيه، ويقال أشرك بالله أي جعل له شريكًا في ملكه، ويقال فلان يشارك في علم كذا، أي له نصيب منه، ويقال اشترك الأمر أي اختلط والتبس واشترك فلأن في كذا أي دفع أجراً مقابل الانتفاع به، واشترك الرجلان أي كان كلا منهما شريك الآخر، تشاركًا: اشتركا، والشركة عقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل مشترك، والشريك: المشارك غيره في تجارة أو نحوها(٤).

وجاء في معجم اللغة العربية المعاصر، شرِكَ يَشرَك، شِرْكًا وشِرْكةً وشَرِكةً، فهو شريك، والمفعول مَشْروك، وشرِك فلانًا/ شرِك فلانًا في الأمر: كان لكلّ منهما نصيب منه، فكلّ منهما شريك للآخر "شركه في تجارته/ جريمته– {**أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ**}: اشتراك ومساهمة" وأشركه في الأمر: أدخله فيه، جعله شريكًا له فيه "أشرك صديقًا في مشروع: جعله شريكًا فيه–

---

(٤) المعجم الوسيط: معجم اللغة العربية، طبعة دار الشروق، ٢٠٠٤، ص٤٦٩ وما بعدها.

أشركه في القضيّة– {**وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي**} [٥]"، كما عرف الشراكة بأنها "علاقة تقوم على التّعاون وتبادل المصالح في شتّى المجالات بين كيانين "شَراكة اقتصاديّة" [٦].

وأما العقد لغة هو مصدر عقده يعقده عقداً، ويستعمل اسماً في جمع على عقودٍ، ومنه قول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالعُقُودِ**﴾. ويطلق العقد في اللغة على معانٍ عدة منها: الشد، والتوثيق، والإحكام، والقوة والجمع بين الشيئين، والعهد، تقول: عقدّت الحبل: إذا شددته، وعقدت البناء بالجص: أي ألصقته، وعقد التاج فوق رأسه: أي عصبه به، واعتقد بينهما الإخاء: إذا صدق وثبت، وعقّد اليمين: أكدها، وعَقْدُ كل شيء: إبرامه. كما يطلق العقد على الربط الحسي والمعنوي، فالحسي كربط الحبل، والمعنوي كربط الإيجاب بالقبول في عقد البيع والإجارة[٧].

وعقود الشراكة في اللغة هي نمط حديث من العقود التي تبرمها جهة الإدارة مع القطاع الخاص، وذلك لتأمين خدمات عامة يقدمها ذلك القطاع بدلًا من الدولة، بهدف رفع العبء عن الموازنة العامة لها[٨] ، ويرمز لهذا العقد باللغة الإنجليزية بالحروف PPP، والتي تعد اختصاراً لـــ private public partnership، بمعنى المشاركة بين القطاعين العام والخاص.

ثانيًا: التعريف الاصطلاحي للشراكة بين القطاعين العام والخاص:

تمثل الشراكة ppp أحد المفاهيم الحديثة التي ظهرت منذ سنوات قليلة، ومن ثم فهي نمط مختلف وجديد من أنماط العلاقات بين الدولة بمؤسساتها وإداراتها العامة من ناحية، وبين القطاع الخاص من ناحية أخرى، وتلجأ الدول لهذا المفهوم الجديد من العقود، بهدف تأمين خدمات عامة كانت الأخيرة هي المنوطة بها، وذلك بهدف رفع العبء عن الموازنة العامة، وتحميل العبء على عاتق القطاع الخاص، ومن ثم توفير تكلفة هذه المشروعات في الموازنة العامة للدولة، وتوجيهها إلى أوجه إنفاق أخرى تحتاجها الدولة، ويعزف عنها القطاع الخاص[٩].

---

(٥) أحمد مختار عمر معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١١٩٣.

(٦) معجم اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، ص١١٩٥.

(٧) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، دار التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣، مادة عقد، ص٣/٢٩٦.

(٨) حمدي أبو النور السيد: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، المجلد ٢٥، العدد الثاني، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠١٧، ص ٧٣.

(٩) د. صافي أحمد قاسم: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص p.p.p ، مرجع سابق، ص٧.

فالشراكة بين القطاعين العام والخاص، على هذا النحو تقوم على تقديم الخدمات العامة، من خلال قيام الدولة بالتعاقد مع شركات القطاع الخاص، لبناء وتمويل وتشغيل البنية الأساسية لتلك الخدمات، ثم أيلولة أصول تلك البنية الأساسية إلى ملكية الدولة في نهاية مدة التعاقد(١٠).

فاصطلاح الشراكة ليس اصطلاحاً قانونياً، وإنما هو نتاج لتطور السياسات الرامية لتحسين بيئة الاقتصاد وتشجيع النمو الاقتصادي من خلال تحسين كفاءة الخدمات المقدمة له وبالذات البنية الأساسية، والشراكة على هذا النحو، هي آلية تهدف إلى تمويل مشروعات البينة الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى كيان قانوني خاص يطلق عليه في العمل (شركة المشروع) بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى (اتفاق الشراكة) تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بالمشاركة في توفير مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، حسبما يرد في هذا الاتفاق من أحكام ونصوص تنظم الملكية والأموال والأرباح وغيرها مما يتصل بتسيير المشروع من تدابير وإجراءات(١١).

ثالثًا: التعريف الفقهي لعقود الشراكة:

إذا كانت الشراكة اصطلاحاً تعتبر آلية يهدف من خلالها القطاع العام لتمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، من خلال اتفاق يتم بين القطاعين العام والخاص، فإن ذلك معناه ضرورة وجود عقود يحكم هذه العملية، وقد اختلفت التعريفات الفقهية في تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يذهب البعض في تعريف عقود الشراكة إلى أنها: "عقد بين طرف عمومي وطرف من القطاع الخاص بخصوص إنجاز مشروع معين يدخل في إطار المهام الموكولة للطرف العمومي، وقد تكون المشاركة متعلقة بكامل عناصر المشروع أو بجزء منه، أو هو تكليف الطرف العمومي لطرف القطاع الخاص للقيام بكل أو بجزء من نشاط كانت تقوم به(١٢).

في حين عرفه آخر بأنه: "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص للقيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها، واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في

---

(١٠) البرنامج القومي لشراكة القطاع العام والخاص: والذي أعدته الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، فبراير ٢٠٠٧، ص٩.

(١١) عمر عبد الحمدي سالمان: الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص .p.p.p، بحث مقدم لندوة الإطار القانونية لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣.

(١٢) د. محمد أيوب: المتطلبات الأساسية لنجاح برامج الخصخصة، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث السياسية، المجلد الثامن والعشرون، العدد الثاني، ٢٠٠٦، ص٩٥.

ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة المتعاقد عليها"(١٣).

وعرف البعض من الفقه الغربي عقد الشراكة بأنه: "ذلك العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام واستغلال واستثمار ذلك المرفق طوال مدة العقد في مقابل ثمن يترتب على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة"(١٤).

وواقع الأمر، فإن الاختلاف الفقهي حول تعريف عقود الشراكة، دفع الفقه إلى التمييز بين نوعين من التعريفات، أحدهما تعريف واسع لعقود الشراكة، والآخر تعريف ضيق:

- التعريف الواسع لعقود الشراكة:

ذهب البعض إلى تعريف عقود الشراكة تعريفًا موسعًا بحيث يتضمن هذا العقد كافة التعهدات التي تتعهد بها الدول أو المؤسسة العامة للقطاع الخاص لتنفيذ مشروعات معينة، وعليه عرف عقد الشراكة بأنه: "اتفاق تعهد بموجبه الدولة أو المؤسسة العامة إلى شخص خاص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المرتقب إنجازها كما أن لها مهمة شاملة وكلية تتضمن التمويل والبناء والاستغلال، وفي بعض الأحيان تدبير المرفق العام"(١٥).

ووفقًا لهذا التعريف الموسع، فإن عقود الشراكة تتحد من حيث أطرافها وموضوعها:

- من حيث الأطراف، فإن عقود الشراكة تجمع بين صنفين من المتعاقدين هما الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة أو المستثمر الخاص، وهو يشكل كيانا يتخذ شكل شركة تسمى شركة المشروع، لديها الكفاءة والخبرة والدراية الكبيرة التي تؤهلها لتنفيذ هذه المشروعات الضخمة، ومن أجل ذلك تلجأ شركة المشروع إلى الدخول في اتحادات يطلق عليها "اتفاقات الكونسرتيوم"، لمواجهة تلك التكاليف والأعباء وتوزيع المخاطر بين اتحاد هذه

---

(١٣) د. رجب محمود طاجن: عقود الشراكة .p.p.p: دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٢.

(14) Georges Vedel; Pierre Del volve: droit administratif، Presses Universitaires de France، 12ed paris، 1992، P. 793.

(١٥) د. أحمد بوعشيق: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية، بعنوان، نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، نوفمبر، ٢٠٠٩، ص٤.

الشركات، ويضم هذا الاتحاد مقاولين التشييد، وموردي المواد الخام، ومتعهدي التشغيل، وصيانة المشروع، كما يتضمن مستثمرين محليين أو أجانب، ومؤسسات مالية وطنية ودولية(١٦).

– من حيث الموضوع، فإن عقود الشراكة ترد على مرافق البنية التحتية، وهي المنشآت المادية والنظم التي توفر الخدمات للجمهور عامة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، ولتنفيذ مشروع البنية التحتية يتم تصميم مرافق جديدة لها وتشييدها وإعدادها وتشغيلها أو إصلاحها أو تحديثها أو توسيعها أو تشغيلها(١٧).

– من الناحية المالية، فإن المتعاقد مع الشخص الاعتباري العام يتقاضى مقابلًا يتغير حسب الأهداف والنتائج المتحصل عليها، يمتد طوال مدة عقد التمويل، أو الأداء العمومي(١٨).

– التعريف الضيق لعقود الشراكة:

يقصد بالشراكة بمعناها الضيق، بأنها كل تعاون لإنجاز المشروعات المشتركة بين الدولة أو المؤسسات العامة، من ناحية، وبين المستثمرين من القطاع الخاص من ناحية أخرى، وهذه الشراكة تتم بواسطة عقد أو اتفاق يسمى باتفاق المشروع، ووفقًا لهذا المفهوم الضيق تعرف عقود الشراكة بأنها عقود تعهد بمقتضاها الحكومة إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل أو تطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما تم إنشائه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة العقد(١٩).

ويرى البعض، أن مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إنما يشير إلى صورة أو أكثر من صور انسحاب الدولة والقطاع العام، لصالح القطاع الخاص، بهدف توفير الأخير الخدمات العامة بصورة مباشرة أو غير المباشرة، أو ترك المجال بصورة نهائية للقطاع الخاص

---

(١٦) شريف إبراهيم محمد بركات: التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ٢٠١٥، ص٤٨.

(١٧) د. أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP، دار النهضة العربية، ٢٠١٦، ص١٠.

(١٨) د. أحمد بوعشيق: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٤.

(١٩) د. حمادة عبد الرازق حمادة: التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٢٠.

لتقديمها، فالشراكة تقع في حالتي التعاقد الخارجي البسيط، وبين قيام القطاع الخاص بتوفير السلعة في السوق(١).

كذلك يمكن القول بأن الأصل في عملية الشراكة، هو التعاون في عملية صنع القرار بين طرفي الشراكة، وهو الأمر الذي يعد غريباً على العلاقة التقليدية بين القطاع العام والخاص، باعتبار أن القطاع الخاص مورد للمدخلات التي يحددها القطاع العام(٢).

ويتضح من ذلك أن مفهوم عقود المشاركة مفهوم متعدد الأوجه ذو أهمية قانونية واقتصادية واجتماعية فهو عبارة عن منظومة قانونية أساسها العقد الذي ينطلق من مبدأ سلطان الإرادة، وأنه عقد ذو طبيعة خاصة سواء في تكييفه القانوني.

وعليه يمكن للباحث تعريف عقود الشراكة بأنها عقود تجمع بين القطاعين العام والخاص، يكون للطرف العام فيها حق الرقابة على المشروع بوصفه شريكًا، ويلتزم فيها القطاع الخاص بإنشاء وصيانة أحد المشروعات العامة، وذلك في مقابل الحصول على عوض مالي يسدده القطاع العام، وفقًا لأقساط يتفق عليها.

الفرع الثاني

تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لدى التشريعات الوطنية

مثلت الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أحد المداخل المطروحة لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والتي تزايد الاعتماد عليها في الدول النامية، خاصة منذ مطلع التسعينات من القرن العشرين، ويرجع ذلك بصفة أساسية في كون البنية الأساسية أصبحت مطلب هام وأساسي في تحفيز النمو والتنمية الاقتصادية من ناحية، وللفجوة البنية الأساسية التي تشهدها معظم الدول النامية، والتي تحدد القدرات التمويلية التقليدية للدول من القدرة على سد هذه الفجوة، من ناحية أخرى.

وتسعى كل الدول التي تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية إلى تهيئة البيئة القانونية المناسبة والموائمة لجذب الاستثمارات سواء المحلية أو الأجنبية، وفي هذا الصدد، سعت الدول المختلفة إلى وضع تنظيم قانوني لعقود الشراكة، نظراً لأهمية هذا الأخير ودوره المتزايد مؤخراً في إنشاء وتمويل المشروعات العامة والأساسية، ومن ثم تحفيز التنمية الاقتصادية، وفي هذا الصدد

---

(١) د. شكري رجب العشماوي: الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر ضرورة اقتصادية، دراسة تحليلية، تحليلية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١١، ص٤٨٢، ٤٨٣.

(٢) بشير محمد أحمد الزوبعي: إدارة المخاطر وألية تسوية النزاعات لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة بنها، ٢٠٢١، ص٢١.

تضمنت بعض التشريعات الوطنية التي تناولت بالتنظيم عقود الشراكة، تعريف هذه العقود، في محاولة لتوضيح خصائصها وأبعادها، وبيان أهم مميزاتها، بما يخدم ويحقق أهداف الدولة من تنظيم هذه العقود، وسنعرض لأهم التعريفات في التشريعات الوطنية الغربية والعربية، على النحو الآتي:

١- تعريف عقود الشراكة في التشريعات الغربية:

يعد التشريع الإنجليزي والتشريع الفرنسي من أوائل التشريعات التي نظمت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، خاصة أن هذا النوع من العقود عرفته إنجلترا في أوائل التسعينات، فحرصت على تنظيمه تنظيماً تشريعياً دقيقًا بحيث يجسد كافة الأطر التشريعية لضبط وتنظيم كافة مراحل إبرام هذا العقد، بما يضمن الحفاظ على حقوق كافة أطراف التعاقد، وقد أخذ المشرع الإنجليزي في البداية بالمفهوم الواسع لعقود الشراكة، إلى أن وصول إلى مفهوم الشراكة بالمعنى الفني الدقيق، فتمثلت الشراكة في معناه الواسع في نماذج بيع الأصول والأسواق الكبرى وبيع الأعمال وشركات الشراكة والمشروعات المشتركة، وسياسة الشراكة والامتياز، وأخيراً المبادرة المالية الخاصة (PFI) أما التنظيم الدقيق للمصطلح فبدأ مع برنامج المبادرة المالية الخاصة الصادر من الحكومة البريطانية، والذي يعد عبارة عن مجموعة نوعية من العقود تهدف إلى تشجيع تحقيق وإدارة المرافقة العامة بمساعدة تمويلات القطاع الخاص بدلًا من الخصخصة وذلك بالنسبة للقطاعات التي لا يمكن خصخصتها[١].

أما في فرنسا، فقد تم إدخال عقود الشراكة بصفة أساسية بواسطة الأمر رقم ٥٩٩- ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤، ثم صدر مرسوم رقم ١١١٩ – ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يوليو ٢٠٠٤، ثم صدر مرسوم رقم ١١١٩- ٢٠٠٤ في ١٩ أكتوبر ٢٠٠٤، باستحداث مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود، والمرسوم رقم ١١٤٥- ٢٠٠٤ بتاريخ ٢٧ أكتوبر ٢٠٠٤ لتطبيق المواد ٣، ٤، ٧ من الأمر المشار إليه، والمرسوم رقم ٩٥٣- ٢٠٠٥ بتاريخ ٤ أغسطس ٢٠٠٥ بتعديل المرسوم ١١٤٥- ٢٠٠٤، والمعدل بالرسوم ١٧٤٠- ٢٠٠٥[٢]، وفي عام ٢٠٠٨ عدل القانون ٥٩٩-٢٠٠٤ بموجب القانون الصادر بتاريخ ٢٨ تموز ٢٠٠٨، والقانون ١٧٩ لسنة ٢٠٠٩ والصادر في ١٧ شباط ٢٠٠٩، والذي تولى بالتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والذي عرف هذه العقد بأنه: "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد

---

(١) شريف إبراهيم محمد بركات: التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، مرجع سابق، ص٥٩.

(٢) شريف إبراهيم محمد بركات: المرجع السابق، ص٥٩.

أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارته واستغلاله وصيانته، طوال مدة العقد المحددة، وفق طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية"(١).

٢- تعريف عقود الشراكة في التشريعات العربية:

جاءت معظم التشريعات العربية التي تناولت بالتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تعريف هذه العقود، فجاءت المادة الأولى من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ متضمنة تعريف هذه العقود بأنها "عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون والمتمثلة في تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع االلتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد"(٢).

بينما جاء قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤، ليعرف مشروع الشراكة بأنه: "مشروع لتنفيذ أحكام الأنشطة والذي تستهدف الدولة منه تقديم خدمة عامة لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية أو تحسين خدمة عامة قائمة أو تطويرها أو خفض تكاليفها أو رفع كفاءتها، يتم طرحه من قبل الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة وفقا لنظام الشراكة وبعد اعتماده من اللجنة العليا، وبما لا يتعارض مع المادتين ١٥٢ و١٥٣ من الدستور."(٣)

بينما عرف نظام الشراكة بأنه: "نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة – متى تطلب المشروع ذلك – في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية، وتدبير تمويل

---

(١) أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة، مرجع سابق، ص١٢.

(٢) راجع المادة الأولى من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، الصادر في الثامن عشر من مايو عام ٢٠١٠، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ مكرر (أ).

(٣) البند الأول من المادة الأولى من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤.

له وتشغيله أو إدارته وتطويره، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة، ويأخذ إحدى الصورتين: ١- أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصل عليه المستثمر – عن الخدمة أو الأعمال المنفذة – من المستفيدين أو من الجهات العامة التي يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها والتي قامت بالتعاقد معه أو من كليهما، ٢- أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني، واستثماره لمدة محددة. ويدفع مقابل لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع –متى وجدت – في الحالتين."(١)

وفي الإمارات عرف "قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٥، مشروع الشراكة بأنه: "علاقة تعاقدية تجمع بين القطاعين العام والخاص، تنشأ وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه وعقد الشراكة، تهدف إلى تنفيذ المشروع كلياً أو جزئياً، لضمان جودة الخدمات أو تنمية إيرادات الجهة الحكومية أو أي أمر آخر عن طريق الاستفادة من كفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية والفنية وغيرها."(٢)، في حين عرف عقد الشراكة نفسه بأنه: "عقد تبرمه الجهة الحكومية مع شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي."(٣)، وعرف شركة المشروع بأنها: "أية مؤسسة فردية أو شركة محلية أو أجنبية مرخّص لها بالعمل في الإمارة، تتولى تنفيذ عقد الشراكة، وتتوفر فيها الشروط التي تُحدِّدها القرارات الصادرة تنفيذاً لهذا القانون."(٤)

ولم يكتفِ المشرع الإماراتي بالتعريف، ولكنه أوضح أهداف هذا الشراكة في المادة الثالثة من القانون حيث أكد أن الهدف هو تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتشجيع القطاع الخاص على المشاركة في المشاريع التنموية في الإمارة، وتمكين الحكومة من تنفيذ مشاريعها الاستراتيجية بكفاءة وفعالية، وغيرها(٥).

---

(١) البند الثاني من المادة الأولى من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤.

(٢) البند ١١ من قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٥.

(٣) البند ١٢ من قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٥.

(٤) البند ١٣ من قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٥.

(٥) حيث نصت المادة الثالثة من قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٥ على أن " يهدف هذا القانون إلى تحقيق ما يلي:

١- تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

المطلب الثاني

مبدأ توزيع المخاطر بين طرفي عقد الشراكة

تمهيد وتقسيم:

يعد مبدأ توزيع أو تقسيم المخاطر بين طرفي التعاقد أهم ما يميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ذلك أن عقود الإدارة المختلفة تقوم على أسلوب التحويل السابق لكل المخاطر إلى المتعاقد مع الإدارة، في حين أن عقود الشراكة تنص على مبدأ توزيع المخاطر، وهذه ليست الميزة الوحيدة، أو السمة الأساسية التي تميز عقود الشراكة، بل يضاف إلى ذلك أن المخاطر التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في بقية العقود الأخرى لا يمكن النظر إليها أو معالجتها قبل إبرام العقد، وإنما على إثر إبرام العقد أو بعد هذا الإبرام في مرحلة التنفيذ، في حين أن وقت توزيع مخاطر عقود الشراكة بين طرفي العقد يتم قبل إبرام العقد(١)، وإذا كان توزيع أو

٢- تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في المشاريع التنموية، وزيادة الاستثمار في مجالاتها المختلفة بما يخدم التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الإمارة.

٣- تمكين الحكومة من تنفيذ مشاريعها الاستراتيجية بكفاءة وفعالية.

٤- الاستفادة من الطاقات والخبرات المالية والإدارية والتنظيمية والفنية والتكنولوجية المتوفرة لدى القطاع الخاص، بما يمكّن أفراد المجتمع من الحصول على أفضل الخدمات وبأقل التكاليف.

٥- زيادة الإنتاجية، وتحسين جودة الخدمات العامة، مع ضمان إدارة فعالة لتطوير تلك الخدمات.

٦- نقل المعرفة والخبرة من القطاع الخاص إلى القطاع العام، وتدريب وتأهيل موظفي الجهات الحكومية من مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة على إدارة وتشغيل المشاريع.

٧- تنفيذ المشاريع التي توفر قيمة مضافة للمال العام بمستوى متميز، وتخفيف الأعباء التمويلية عن الموازنة العامة للحكومة في تحمل تكاليف المشاريع سواء في مرحلة إنشائها أو تشغيلها أو تكاليف صيانتها.

٨- تقليل عبء المخاطر المالية عن الحكومة، التي قد تترتب على تنفيذ بعض المشاريع ذات المخاطر العالية.

٩- التحول في إدارة بعض مشاريع البنية الأساسية والخدمات العامة من التنفيذ والتشغيل والإدارة المباشرة إلى أشكال أُخرى من الأداء الحكومي ترتبط بإقرار السياسات ومراقبة جودة تقديم الخدمات العامة وفقاً لمتطلبات الحوكمة.

١٠- توفير قدرة تنافسية أعلى للمشاريع في الأسواق المحلية والإقليمية والعالمية.

١١- تعزيز مبادئ الحوكمة عند إدارة النشاط الاقتصادي وتفعيل إجراءات إدارة الموارد المالية.

(١) منى رمضان بطيخ: الإطار القانوني لشرعية عقود المشاركة...، مرجع سابق، ص١٣٥.

تقاسم المخاطر في عقود الشراكة يعد أحد المبادئ الأساسية على هذا النحو، فإن التساؤل يثور حول طرق تحديد المخاطر في عقود الشراكة من ناحية، وموقف التشريعات الوطنية من تحديد المخاطر من ناحية أخرى، ولعل ذلك هو ما سيكون محل بحثنا في هذا المطلب، وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: طرق إدارة وتحديد المخاطر في عقود الشراكة.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من تقاسم المخاطر في عقود الشراكة.

الفرع الأول

طرق إدارة وتحديد المخاطر في عقود الشراكة

يضمن اقتسام المخاطر للإدارة الحصول على إنشاءات ذات مستوى فني متميز، بسبب مقابلة الامتيازات التي يتمتع بها المتعاقد بالعديد من المخاطر المتنوعة التي تضمن حرصاً شديداً منه على الوفاء بالتزاماته بشكل مرضي ووفقًا للدراسات الفنية العميقة التي سبقت التوقيع على العقد، وحصر المخاطر محل التوزيع، أو التقسيم بين الإدارة والمتعاقد معها يتم من خلال إعداد تصنيف وتبويب للمخاطر التي يمكن اعتبارها ذات فائدة جوهرية للدراسة المالية الشاملة للمشروع، والذي يتم بحسب الطبيعة الخاصة للاستثمار المنفذ بأسلوب عقد الشراكة .p.p.p من النواحي الفنية، والمخاطر التي يمكن أن تطرأ في ظله بصفة خاصة أثناء الإنشاء والتجهيز والتشغيل والاستغلال والصيانة(١).

ويتم تحديد نسبة المخاطر التي تتحملها الإدارة على أساس أن المتعاقد بالكامل دون توزيع، على أساس التصنيف المحدد للمخاطر، على أن الوصول إلى تقسيم دقيق للمخاطر المرتبطة بالمشروع المقترح تنفيذه بأسلوب الشراكة تعد من المسائل شديدة الدقة، حيث يتيح للإدارة إمكانية إجراء تفاوض تنافسي فعال تستطيع من خلاله استكمال تصورها للمشروع العقدي الذي بدت ملامحه الرئيسية من خلال التقييم الأولي، كما يتيح كذلك إمكانية إنشاء علاقة عقدية متوازنة سواء في العلاقة الأصلية بين المتعاقدين، أو في العلاقات التابعة التي يرتبها المتعاقد مع مؤسسات أخرى وبخاصة المالية منها(٢).

ويذهب الباحثين إلى أن تحديد المخاطر يأخذ العديد من الخطوات التي تبدأ بتحديد المخاطر التي ينطوي عليها المشروع، مروراً بتحديد آثارها، وتقدير احتمالات حدوثها، وحساب تكاليف

---

(١) د. شريف إبراهيم بركات: التنظيم القانوني لعقود الشراكة...، مرجع سابق، ص١٧٢.

(٢) المرجع نفسه، صفة ١٧٣.

كل منها، وتحديد الجهة المسؤولة عن التعامل مع الحالة المنطوية على المخاطرة، وانتهاءً بإنشاء مصفوفة المخاطر، وتحديد وتعريف استراتيجيات تقليل المخاطر واحتواء آثارها(١).

ويتم تحديد المخاطر وتأثيراتها من خلال تحليل الآثار الناتجة عن كل مخاطرة حال وقوعها بالفعل، وذلك من خلال تحليل المخاطر المحسوبة على أساس احتمال الحدوث والعواقب الناتجة عنها بشكل قيمي أو نقدي أو أي قيمة كمية أخرى(٢)، ويأخذ تحديد الآثار الناتجة عن المخاطر في مضمونه ثلاثة عناصر هي تأثير المخاطر على المشروع من ناحية، وتوقيت المخاطرة من ناحية، ودرجة خطورتها من ناحية أخرى(٣).

ويجب تقدير احتمالات حدوث كل مخاطرة، فلكل مشروع مخاطر، ولكل نوع من هذه المخاطر مستويات مختلفة، يجب تقدير التكلفة الاقتصادية لكل مخاطرة محتملة، وذلك على أسس معينة، فيجب أولًا معرفة احتمالات وقوعها، ودرجة خطورتها حال وقوعها، كما يجب تحديد الجهة المسؤولة للتعامل مع كل مخاطرة، وتخصيص المخاطرة لأفضل طرف يمكنه إدارتها، أي الطرف الذي يكون في الوضع الأمثل للتعامل مع المخاطر التي تواجه المشروع على الوجه الأمثل(٤)، وأخيرا يتم إنشاء مصفوفة المخاطر وهي جدول يوضح قائمة المخاطر المحتملة لمشروع الشراكة، وعلى أساسه يتم تحديد وتقييم وتقسيم تلك المخاطر على طرفي العقد(٥).

وأما عن طرق توزيع المخاطر في عقود الشراكة، فإن هناك مخاطر يتحملها الشريك المتعاقد مع الإدارة، ومنها المخاطر المتعلقة بتكلفة الإنشاءات والتشغيل والصيانة، والمخاطر المتعلقة بالتأمين وحرية المنافسة وحرية تداول رؤوس الأموال، والمخاطر المتعلقة بعدم احترام مدد التنفيذ والمخالفات الواقعة من المتعاقدين من الباطن.

وهناك مخاطر يتحملها الشريك العام وحده، ومنها المخاطر المتصلة بزيادة حجم المشروع استجابة لمتطلبات فنية واقتصادية واجتماعية، والمخاطر المتصلة بالمتغيرات القانونية والمالية

---

(١) د. بشير الزوبعي: إدارة المخاطر وآليات تسوية المنازعات في عقود الشراكة..، مرجع سابق، ص١٣٨ وما بعدها.

(٢) Stare Aijaz: comprehensive management of project changes, economic and business Review for central and eastern Europe, vol. 3, 12, 2010.

(٣) د. بشير الزوبعي: إدارة المخاطر وآليات تسوية المنازعات في عقود الشراكة..، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٤) د. شريف بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة، مرجع سابق، ص١٨١.

(٥) د كاميليا صلاح الدين: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية، دراسة تحليلية، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢، ص١٤٤.

المرتبطة بالسياسة المالية للدولة، والمخاطر المتصلة بالنظم الفنية لتنفيذ المشروع والتي تطلبها جهة الإدارة خارج الالتزامات المحددة بالعقد، وأخيرا المخاطر المتعلقة بالقوة القاهرة والتي تكون خارجة عن إرادة وتوقع الطرفين، وتضع المتعاقد أمام حالة الاستحالة المادية في متابعة التنفيذ(١).

وأخيراً هناك مخاطر يتقاسمها الطرفين، مثل المخاطر المتعلقة بنفقات الطاقة المستخدمة، والمخاطر الخاصة بتقصير المدد المحددة للتوريد، والمخاطر ذات العلاقة بالتطورات الاقتصادية، أو لها علاقة بالبيئة وحمايتها (٢).

الفرع الثاني

موقف التشريعات الوطنية من تقاسم المخاطر في عقود الشراكة

انتهينا فيما سبق، إلى أن مبدأ تقاسم المخاطر، هو أحد أهم مميزات عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، وأنها تعد معيار مميز لهذه العقود عن غيرها من العقود الإدارية التقليدية، ولعل ذلك كان دافعاً لتنظيم هذه العقود بقوانين خاصة، ولكن التساؤل يثور حول موقف التشريعات الوطنية، خصوصاً في مصر والكويت من مبدأ تقاسم المخاطر، وطريقة علاجه لمشكلة المخاطر، ولكي نستطيع أن نقف على طبيعة الموقف في مصر والكويت، نرى أنه يجب أن نعرض لموقف التشريع الفرنسي من مسألة المخاطر في عقود الشراكة، كنوع من المقارنة بينهم، بهدف الوقوف على طبيعة الموقف القانوني، وأوجه القصور والتعديل، وذلك على النحو الآتي:

أولًا: موقف المشرع الفرنسي من مبدأ اقتسام المخاطر:

نشأت عقود الشراكة في فرنسا بناء على قانون ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ المعدل، والذي أجاز للجهة الإدارية التعاقد مع القطاع الخاص بنظام الـــ .p.p.p في حالات معينة(٣)، ونص كذلك

---

(١) Kirat Th. & Marty F. & Vidal L.: Le risque dans le contrat administratif ou la nécessite de la connaissance de la dimension économique du contrat, R.I.D.E., 2005, n° 3, p. 306.

(٢) د. رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، مرجع سابق، ص٢٠٤.

(٣) حيث نص المشرع الفرنسي في المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ المعدل على أنه لا يجوز للجوء لعقد الشراكة PPP إلا في الحالات الآتية: ١- المشروعات المركبة التي يصعب على الجهة الإدارية تحديد الوسائل الفنية اللازمة لتلبية احتياجاتها بمفردها مسبقًا، وذلك نظراً لما تتطلبه مثل هذه العقود المركبة من العديد من العلاقات المتشابكة والمتداخلة والإمكانيات الهائلة.
٢- عندما يكون للمشروع طابع الاستعجال، بأن يكون ضرورياً لمواجهة أمر طارئ لا يحتمل التأخير.

على مبدأ توزيع المخاطر، على أساس كونه أحد أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى[١]، وقد كان السبب في توجه المشرع الفرنسي للنص على هذا المبدأ هو رؤيته للهدف من إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهو هدف تمويل وتنفيذ مشروعات البنية الأساسية المركبة، والتي تكتسب الصفة العاجلة ورغبة الإدارة في الحصول على جودة عالية في التنفيذ، وأن هذه الأهداف لن تتحقق إلا من خلال الاتفاق بين الطرفين على توزيع المخاطر العقدية في كل مراحل العقد، بداية من تصميم المشروع، ومروراً بتشغيله وانتهاءً بصيانته، خصوصاً وأن عقود الشراكة في هي عقود طويلة المدة ومتشابكة ويواجه المتعاقد مع الإدارة مخاطر كثيرة وحقيقية أثناء التنفيذ[٢].

وقد جاء هذا التوجه أيضاً في محاولة من المشرع الفرنسي لتمييز عقود الشراكة عن غيرها من العقود الإدارية التقليدية، ففي الأخيرة، يكون للإدارة وضع قانوني مميز وأعلى من المتعاقد مع الإدارة، ووفقًا لذلك تتخلص الإدارة من كافة المخاطر التي قد تحيط بالعقد، وتقوم بإحالتها للمتعاقد معها، وذلك سواء كانت مخاطر الإنشاء الأولى والتمهيدي، أو مخاطر الاستغلال والتشغيل والصيانة، ولا يكون أمام الجهات المتعاقدة مع الإدارة في هذه العقود سوى اللجوء لنظريات التوازن المالي للعقود الإداري، والتي أنشأها القرار الإداري، ولا يخفى على أحد ما قد يترتب على هذه العقود من تحمل المتعاقد مع الإدارة لكافة المخاطر وحده[٣].

أما في ظل عقود الشراكة، فقد أصبح الأمر مختلفًا بالرغم من اعتبار المشرع الفرنسي لعقود الشراكة عقوداً إدارية، حيث أصبحت المخاطر الواردة في عقود الشراكة يتحملها كلا الطرفين وفقًا لأسس واعتبارات معينة يحددها المشرع والاتفاق العقدي، فنص المشرع في قانون

٣- المشروعات التي تحقق امتيازات للصالح العام لا يحققها أي بديل تعاقدي آخر لعقود الشراكة، تم إضافة هذه الحالة بتعديل المادة الثانية الخاصة بالتعاقد بنظام PPP بالمرسوم بقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨.

VOIR: Article 2, Du Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat:

(١) VOIR: Article (11/2) Du Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

(٢) د. علاء محي الدين مصطفى: القيود الواردة على الإدارة في التعاقد بنظام ppp دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد التاسع والثلاثون، ٢٠١٤، ص ١٧٤، ١٧٥.

(٣) بشير الزوبعي: إدارة المخاطر وآلية تسوية المنازعات في عقود الشراكة...، مرجع سابق، ص ١٤٤.

الشراكة على ضرورة أن يتضمن الاتفاق العقدي أسس توزيع المخاطر العقدية بين طرفي عقد الشراكة[١].

ثانياً: موقف المشرع المصري والكويتي من مبدأ اقتسام المخاطر:

عالج كل من المشرع المصري في قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، وكذلك المشرع الكويتي في قانون ١١٦ لسنة ٢٠١٤، موضوع اقتسام وتوزيع المخاطر في عقود الشراكة، وذلك في المواد ٣٤/ط من القانون المصري، والمادة ٩/٣٥ من القانون الكويتي، فجاء منطوق كلا المادتين واحداً في هذا الصدد حيث جاء على النحو الآتي: "يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي: ٩-تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال."[٢].

فالملاحظ من هذه المواد أن المشرع المصري قد اتبع نهج المشرع الفرنسي في التأكيد على ضرورة أن يتضمن عقد الشراكة أسس توزيع المخاطر، وأتبعه في ذلك المشرع الكويتي، ولعل رغبة المشرعين المصري والكويتي في تحديد أسس توزيع المخاطر، وأن يعين بدقة كيفية توزيع المخاطر بين الطرفين ترجع إلى رغبة المشرع في تجنب اللجوء إلى القضاء لتوزيع هذه المخاطر، وهو ما قد يترتب عليه إشكاليات كبيرة في تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها[٣]، لذلك أحسن كلا المشرعين صنعاً بأن نصا على ضرورة تحديد هذه المخاطر في هذا العقد.

وبناء على ما سبق، فإنه يجب على الشريك العام أن يتفق مسبقًا مع المتعاقد مع الإدارة على كيفية اقتسام المخاطر التي يحتمل أن تقع أثناء تنفيذ العقد، على أن الملاحظ هنا هو أن المشرع المصري والكويتي قد حددا المخاطر التي يجب النص عليها في اتفاق الشراكة، وهي مخاطر تعديل القوانين ومخاطر الحادث الفجائي، ومخاطر القوة القاهرة، وهنا يثور التساؤل حول طبيعة وأنواع المخاطر التي نص عليها المشرع المصري والكويتي وكيفية توزيعها:

١- مخاطر تعديل القوانين:

---

(١) حيث نصت المادة (٢/١١) من المرسوم رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ على أن: "يتضمن عقد الشراكة بالضرورة البنود المتعلقة بما يلي:

أ) مدتها.

ب) الشروط التي بموجبها يتم تحديد تقاسم المخاطر بين الكيان العام والطرف المتعاقد معه ؛ ... ".

(٢) المادة (٣٤/ ط) من قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، والمادة ٩/٣٥ من قانون الشراكة الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤.

(٣) د. علاء محي الدين: القيود الواردة على الإدارة في التعاقد بنظام PPP، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا، مرجع سابق، ص٧٠٣.

إن من مظاهر سيادة الدولة على أرضها هي حقها في إصدار التشريعات وتعديلاتها وإلغائها كما تراه مناسبًا ومتماشيًا مع المصلحة العامة، وهذا حق أصيل لأي دولة على إقليمها ولا تملك أي جهة أن تحول دون ممارسة الدولة لهذا الحق، إلا أن قيام الدولة بتعديل التشريعات والقوانين أو تبديلها قد يترتب عليه ضرر على المتعاقدين مع الإدارة، والذين يكونون قد تعاقدوا مع الإدارة في ظل قوانين معينة وعلى أساس من هذه القوانين، ثم يفاجئون بتغيير الحكومة لهذه القوانين أو تبديلها أو إلغائها مما يوقع عليها آثار سلبية قد تؤثر على التوازن المالي للعقد المبرم بينهما وبين الإدارة، وإزاء هذه المشكلة ظهرت فكرة التعويض عن تعديل القوانين في قضاء مجلس الدولة المصري وفقًا لنظرية عمل الأمير، والتي يقصد بها وفقًا للقضاء الإداري المصري أنها كل إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في االلتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص، أو تكون بقواعد تنظيمية عامة. (١)

فالإجراءات التي قد تتخذها الدولة وفقًا لنظرية عمل الأمير قد تكون إجراءات فردية خاصة كتعديل جهة الإدارة لشروط التعاقد بصورة منفردة، أو اتخاذ جهة الإدارة لبعض الإجراءات أثناء التنفيذ والتي تؤدي لتحميل المتعاقد معها لأعباء جديدة، وقد تأخذ صورة إجراء عام – وهي الصورة التي تهمنا هنا– مثل إصدار أو تعديل قوانين أو لوائح يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها مما يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة(٢)، وتؤدي هذه الإجراءات إلى التزام جهة الإدارة المتعاقد بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد(٣).

لا شك أن هذه المسألة تعد أحد المخاطر التي قد تواجه الشريك الخاص في عقود الشراكة، ولذلك جاء النص عليها ضمن المخاطر التي يجب أن يتفق على أسس توزيعها بين المتعاقدين، وذلك حتى لا يترتب على مثل هذه المخاطر نزاعات يترتب عليها اللجوء إلى القضاء.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاما من ١٩٤٦: ١٩٦١، الجزء الثاني، ص ١٩٢٦: ١٩٢٩.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع رقم ٢٩٧ في ١١/ ٣/ ١٩٦٥، ملف رقم ٢/٢/ ١٩٦٥، السنة ص ٢٣.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٦١٩.

ولذلك جاء المشرع الكويتي والمصري متضمنا النص على ضرورة تضمين عقد الشراكة أسس توزيع المخاطر في حالة تعديل القوانين، وأسس التعويض عنها حسب الحالة المقررة لكل مشروع.

٢- مخاطر الحادث المفاجئ:

نص كلا من المشرع المصري وكذلك المشرع الكويتي على ضرورة أن يتضمن عقد الشراكة كيفية توزيع المخاطر نتيجة الحادث المفاجئ، وهذا الأخير يقصد به الظروف الطارئة التي قد تواجه المتعاقدين مع الإدارة تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وتجعل من تنفيذ الالتزام مرهقًا على المدين إن لم يكن مستحيلًا، وعرفت الحوادث الفجائية بأنها: "عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة"(١).

وقد نص المشرع المصري والكويتي على ضرورة أن يتم الاتفاق في العقد على ضرورة توزيع المخاطر المرتبطة بالحادث الفجائي، في عقود الشراكة، وذلك بهدف الاتفاق على هذه المخاطر وتحمل أعبائها بين المتعاقدين، حتى لا تثور منازعات عقدية أثناء تنفيذ العقد، ولا يتم اللجوء للقضاء توفيراً للجهد والمال، وبهدف عدم توقف المشروعات التي قد تكون مشروعات حيوية بالنسبة إلى الدولة وجهة الإدارة، ويمكن لجهة الإدارة في اتفاقها مع المتعاقد معها على مخاطر الحادث الفجائي اللجوء إلى الأحكام القضائية المتعددة بشأن الحادث الفجائي، وكيفية توزيع المخاطر بين الطرفين في هذه الحالة(٢).

ذلك أن فكرة الحادث الفجائي منصوص عليها في التشريعات الوطنية سواء كانت مدنية أو إدارية، ولها العديد من التطبيقات في أحكام القضاء، فالقانون المدني المصري ينص على أن: "

١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة

---

(١) د. جابر جاد نصار: عقود .B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ ص١٧٤.

(٢) بشير الزوبعي: إدارة المخاطر وآليات تسوية النزاعات لعقود الشراكة...، مرجع سابق، ص١٤٨.

فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ االلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."[١]

كما نصت المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي على أن: "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ االلتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفي، أن يرد االلتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."[٢].

كما طبقته أحكام القضاء المصري في أكثر من مناسبة ووضعت شروط تطبيقها، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة إدارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل إنسان آخر، لم يكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعاً. ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً. متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الإدارة المتعاقد ملزمة في مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على النحو الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وفي تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ يتعين الأخذ في الاعتبار جميع عناصره المؤثرة في اقتصاداته وفيها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص في مجموعه دون التوقف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة. ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع مهما كانت قيمته أياً كان مقداره أو الخسائر العادية المألوفة في التعامل، وإنما أساسه تحمل جهة الإدارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفادحة تندرج في معنى الخسارة الجسيمة، بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه."[٣]

وعليه يمكن لجهة الإدارة الاستعانة بالنصوص التشريعية والأحكام القضائية المتعددة لوضع الشروط التعاقدية الخاصة بتوزيع مخاطر الحادث الفجائي في العقد، وتحديد كيفية توزيع المخاطر بين طرفي عقد الشراكة في حالات الحوادث الفجائية.

٣- مخاطر القوة القاهرة:

---

(١) المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري.

(٢) المادة ١٩٨ من المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني الكويتي.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٥٦٢، لسنة ٢٩ ق. ع، جلسة ١٩٨٧/٥/١٦، المجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٢، الجزء الثاني، القاعدة رقم ١٨٨، ص ١٢٣٥.

يقصد بالقوة القاهرة حادث مستقل عن إرادة الطرفين، لا يمكن توقعه أو دفعه يترتب عليه أن يجعل تنفيذ االلتزام مستحيلًا كله أو في جزء منه، ويؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع جهة الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية أو التأخير فيها، مثل الأعاصير والحروب وغير ذلك من الظروف التي يستحيل توقعها، وهذا الحادث الذي يظهر أثناء تنفيذ العقد يكون ذو طابع استثنائي، بحيث لم يتوقعه أي من المتعاقدين أثناء إبرام العقد، ويترتب عليه أن يصبح العقد أكثر تكلفة، ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية(١).

والواقع أن الفارق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، أن االلتزام بالتعويض في القوة القاهرة يكون كاملًا، أما في الحادث الفجائي فيكون االلتزام بالتعويض جزئيًا عما لحق المتعاقد من ضرر فقط، ولعل ذلك هو ما قرره القضاء الإداري المصري حسب فتوى قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري والذي جاء فيه: "إنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقد الأشغال العامة تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر تكلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً لجميع الأضرار التي يتحملها"(٢).

وقد نص المشرع المصري وكذلك الكويتي على ضرورة النص على أسس توزيع المخاطر الناتجة عن القوة القاهرة، وتحديد كيفية توزيعها بين الطرفين، وآلية التعويض عنها، حسب ما يقرر في العقد(٣)، وذلك تجنبًا للجوء إلى القضاء، والاختلاف حول مدى تحمل هذه المخاطر بين طرفي العقد.

٣-مخاطر تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة:

من المخاطر التي قد تواجه المتعاقدين في عقود الشراكة، أن يكون هناك تعديلًا في أسعار بيع المنتجات أو مقابل أداء الخدمة الناتجة عن المشروع، وفي هذه الحالة، وفي هذه الحالة نص المشرع المصري والكويتي على وجوب الاتفاق في عقود الشراكة على الأسس والقواعد التي

---

(١) د. أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٥٨.

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم ٩٥ الصادرة في جلسة ١/٢٩/ ١٩٦٤، السنة الثامنة عشر، مجموعة الأربعين عاماً، مبدأ ٢٦٦، ص ٤٦٣.

(٣) علاء محي الدين مصطفى: القيود الواردة على الإدارة في التعاقد بنظام .p.p.p، مرجع سابق، ص٧٠٥.

بناء عليه يتم تعديل هذه الأسعار سواء بالزيادة أو النقصان، وكذلك يجب النص في العقد على كيفية معالجة معدلات التضخم وكل ما يرتبط بتغيير أسعار الفائدة وغيرها من المخاطر المالية المتوقعة(١).

وبعد أن عرضنا لموقف التشريع المصري والكويتي من مبدأ تقاسم المخاطر، وكذلك لموقف المشرع الفرنسي، سنجد أن المشرع الفرنسي اختلاف في هذه المسألة عن المشرعين المصري والكويتي، ذلك أن المشرع الفرنسي لم يحدد صور وأنواع المخاطر الواجب النص عليها في عقد الشراكة ولكنه قرر ضرورة وضع الشروط والأسس التي على أساسها يتم تحديد المخاطر أيًا كان نوعها، وذلك على العكس من المشرعين الكويتي والمصري، حيث حدد كلا منهما صور المخاطر الواجب الاتفاق عليها في العقد، ولعل ما قرره المشرع الفرنسي في هذا الصدد كان أكثر صوابًا من وجهة نظرنا، ويرجع ذلك لأن تحديد صور المخاطر في عقود الشراكة بصورة محددة على نحو ما فعل المشرع المصري والكويتي لا يتفق مع الطبيعة المركبة والمعقدة لعقود الشراكة ومجالاتها من ناحية، ولا يتفق مع طول مدتها من ناحية أخرى، والتي يتعذر معها الوقوف على صور المخاطر التي يمكن حدوثها خلال فترة تنفيذ العقد.

ولعل ذلك الموقف التشريعي للمشرعين المصري والكويتي يقودنا إلى مشكلة أخرى تستحق البحث وتتعلق بالمخاطر غير المنصوص عليها في القانون والتي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة هل تنطبق القواعد العامة المتعلقة بالمخاطر والتعويض عنها والمقررة في القانون الإداري، أم يجب الالتزام بما نص عليه المشرع وما قرره المتعاقدان فقط؟

واقع الأمر، فإن الفقهاء قد ذهبوا في هذا الصدد إلى التفرقة بين نوعين من المخاطر، الأول هو المخاطر الإرادية والمتوقعة، والثاني هو المخاطر غير الإرادية أو غير المتوقعة، فالأولى هي المخاطر أو الأعمال التي تعتبر من قبيل السلطات العامة أو الاستثنائية لجهة الإدارة في عقد الشراكة، والتي تعتبر من قبيل الامتيازات الخاصة بها بوصفها سلطة إدارة، ومنها حق الإدارة في إنهاء العقد بصورة منفردة، وحق الرقابة، وحق توقيع الغرامات المالية، وغيرها، فهذه المخاطر محتملة ومتوقعة، فضلًا عن أنه عادة ما ينص عليها في التشريعات، فمثلًا نصت المادة ٣٥ من قانون الشراكة الكويتي على ضرورة أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة وسائل

---

(١) المادة (٣٤/ ط) من قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، والمادة ٩/٣٥ من قانون الشراكة الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤.

ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته[١].

فهذه المخاطر تعد متوقعة وممكنة ومنصوص عليها مسبقًا في عقد الشراكة، ويجب أن يتم الاتفاق بشأنها بين الطرفين وفقًا لما يقرره القانون، ففي حالة النص أو الاتفاق على هذه المخاطر في عقد الشراكة، فإن المتعاقد مع الإدارة لا يكون له الحق في اللجوء للقضاء أو المطالبة بإعادة التوازن المالي لعقد الشراكة، خصوصا وأنه على علم مسبق بهذه الأخطار وتأثيراتها وهي متوقعة بالنسبة له وقد تم تحديد تأثيرها مسبقًا، أما في حالة عدم النص عليها فإن هذه المخاطر في عقد الشراكة، تمنح للشريك الخاص، الحق في اللجوء للقضاء والمطالبة بإعمال المبادئ العامة للعقود الإدارية بصفة عامة في هذا الصدد، ومن ثم يكون من حقه المطالبة بإعادة التوازن المالي لعقد الشراكة.

وأما المخاطر غير الإرادية أو غير المتوقعة وهي المخاطر التي تنعدم فيها إرادة جهة الإدارة عند حدوثها، وذلك مثل مخاطر الظروف الطارئة والصعوبات المادية الاستثنائية غير المتوقعة، ففي مثل هذه الحالات ذهب الفقه إلى التفرقة بين احتمالين الأول هو النص على هذه المخاطر في صلب عقد الشراكة بصفة مسبقة، أيضًا والاتفاق على تقسيمها أو توزيعها بين المتعاقدين، بما يحقق التوازن للعقد الإداري ففي هذه الحالة، يكون العقد هو شريعة المتعاقدين، ومن ثم يتم اتباع التقسيم أو التوزيع الوارد في العقد، وذلك بشرط عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، وأما الثاني فهو عدم النص على هذه المخاطر في صلب عقد الشراكة، نظراً لصعوبة توقعها، وبالتالي يتم توزيع المخاطر أو تقاسمها فيما بين أطراف الشراكة، بناء على المبادئ العامة في القانون الإداري. [٢]

ومن خلال العرض السابق، يمكن القول بأن التشريعين المصري والكويتي وكذلك التشريع الفرنسي قد أكدوا على مبدأ تقاسم المخاطر في عقود الشراكة، إلا أن المشرع الفرنسي قد أكد على ضرورة وضع أسس توزيع المخاطر بصرف النظر عن أنواع هذه المخاطر، في حين أن كل من المشرع الكويتي والمصري قد نصا على ضرورة تحديد أنوع المخاطر في عقد الشراكة، ويرى الباحث أن المشرعين قد جانبهما التوفيق في هذا النص، إذ كان أولى بهما أن ينصا على ضرورة وضع أسس تحديد المخاطر دون تحديد لنوعية المخاطر في عقود الشراكة، وذلك لأنه من الصعوبة الإلمام بكافة صور المخاطر التي يمكن أن تطرأ خلال تنفيذ عقد الشراكة، ولاسيما

---

(١) وهو ما نصت عليه كذلك المادة (٣٤/ و) من قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) د. بشير الزوبعي: إدارة المخاطر وآليات تسوية النزاعات لشركات...، مرجع سابق، ص١٦٠، ١٦١.

أن عقود الشراكة هي عقود طويلة الأمد قد تمتد إلى خمسون عاماً في الكويت وثلاثون عاماً في مصر، ومن ثم يصعب الإلمام بكافة أنواع المخاطر في نص قانوني واحد.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تمهيد وتقسيم:

نعني بتحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، أي تحديد تكييفها القانوني، والذي يقصد به ردها إلى نظام قانوني محدد يمكن من خلاله تحديد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، من ناحية والقوانين التي تحكمه من ناحية أخرى، فضلًا عن معرفة النظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه(١)، وفي الواقع فإن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة لم تكن مسألة سهلة ويسيرة وواضحة، إذ اختلف حولها الفقهاء، وتباينت فيها التشريعات، فمنهم من رآها من عقود القانون الخاص، ومن ثم تخضع للقانون المدني العادي، ومحاكم القضاء العادي، ومنهم من رآها من عقود القانون العام، (العقود الإدارية) ومن ثم تخضع لنظام القانون العام والقضاء الإداري، وأخيراً رأى بعض الفقهاء أن عقود الشراكة لها طبيعة قانونية خاصة تميزها عن عقود القانون العام وعقود القانون الخاص، ولعل هذا الخلاف يقتضي منا أن نعرض بالتفصيل لهذه الاتجاهات ووجهات نظرها، وبيان موقف التشريع المقارن منها، وهو ما نوضحه على النحو الآتي:

المطلب الأول: عقود الشراكة من عقود القانون الخاص (العقود المدنية).

المطلب الثاني: عقود الشراكة من عقود القانون العام (العقود الإدارية).

المطلب الثالث: الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

المطلب الأول

عقود الشراكة من عقود القانون الخاص (العقود المدنية)

يذهب رأي فقهي إلى اعتبار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أقرب إلى عقود القانون الخاص منها إلى عقود القانون العام، ومن ثم فهي عقد مدنية تخضع في منازعاتها للقانون الخاص، وذلك على أساس أن هذه العقود تعد من قبيل عقود الاستثمار التي لا تقبل بحسب طبيعتها أن تتضمن شروطًا استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن

---

(١) د. صافي أحمد قاسم: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مرجع سابق، ص١٣٤.

تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين، فهذه العقود لا تقبل أن تتميز الإدارة بسلطات العقود الإدارية، وبالتالي فإن الإدارة عند تعاقدها فإنها تتعاقد وفقًا لأسلوب القانون الخاص، ولا تستطيع الجهة المتعاقدة تضمينها شروطًا استثنائية وإنما بنودًا تعاقدية مماثلة لتلك التي درج الاتفاق عليها في إطار القانون الخاص(١).

ويدعم هذا الرأي ما يراه البعض من أنه ليس كل عقد تُبرمه الإدارة يعتبر يُعد عقدًا إداريًا، فقد تلجأ الإدارة إلى وسائل القانون الخاص فتبرم عقودًا تخضع للقانون الخاص، فشرط وجود الإدارة في العقود الإدارية شرط لازم إلا أنه غير كافيًا بذاته(٢)، وبناء على ذلك فإن عقود الشراكة ليست من طائفة العقود الإدارية، ولكنها تعتبر من قبيل العقود المدنية التي تخضع للقانون الخاص ولمبدأ سلطان الإرادة(٣).

ويرى البعض(٤)، أن احتمالية تكييف اتفاق مشروع الشراكة بكونه عقد من عقود القانون الخاص، تؤكد عليه أحكام قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، وذلك حسب ما نصت عليه المادة الأولى من القانون والتي نصت على عدم التقييد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وكذلك قانون تنظيم المزيدات والمناقصات الصادر بالقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة(٥).

---

(١) د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود الشراكة PPP، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٢٥.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٦، ص٦٢، ٦٣.

(٣) د. بشير محمد أحمد الزوبعي، إدارة المخاطر وألية تسوية النزاعات لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٦١، ٦٢.

(٤) د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٤٣.

(٥) حيث نصت المادة الأولى من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أن: "تسري أحكام القانون المرافق على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها والتي تبرمها الجهات الإدارية، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها، ولا تسري على هذه العقود أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة لسنة ١٩٩٨، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة".

أما عن مبررات وأسباب أصحاب هذا الاتجاه، فقد استند أصحاب هذا الرأي لعدد من المبررات، والتي منها[١]أن عقد الشراكة حتى يعتبر عقداً إدارياً يجب أن يتوافر فيه ثلاثة شروط، وهم شرط الأساليب غير المألوفة في القانون الخاص، وأن تكون الإدارة في عقود الشراكة تتعاقد باعتبارها شخصاً قانونياً عاماً، وليس باعتبارها فرداً عادياً، وهو ما لا يحدث في عقود الشراكة على أساس أن الشريك الخاص خصوصاً إذا كان أجنبياً، لا تملك الدولة في مواجهته تطبيق شروط غير مألوفة أو تتعامل باعتبارها سلطة ذات سيادة، ذل أن سلطات الجهة الحكومية تنحصر في حدود نطاقها الجغرافي للدولة[٢]، وعليه فإن هذه العقود لا تعد من عقود القانون العام، وهي العقود الإدارية، وإنما هي من عقود القانون الخاص لأنها لا تتضمن ميزات وصفات العقود الإدارية.

كذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الشراكة يجب أن تكتسب الطبيعة المدنية، لأنها تتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية، التي توجب أن تنزل الدولة في مستوى الأفراد العاديين عند التعاقد، وذلك تحقيقاً للمصالح الاقتصادية، لأن تمسك الدولة بسلطاتها في مواجهة المتعاقد الخاص، سيؤدي إلى هدم العلاقات التعاقدية مع الشريك الخاص الأجنبي، في الوقت التي تعد هذه العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع أطراف أجنبية مشروعات استثمارية واقتصادية تعود بالفائدة على الدولة، ولذلك فإن هذه العقود عند إبرامها تتعاقد فيها الدولة بأسلوب القانون الخاص، ولا يكون للدولة أو هيئاتها أن تضمنها شروط استثنائية أو خاصة، أو تتمتع بأي من سلطات أو امتيازات الدولة العامة، وعليه فلا يمكن تطبيق قواعد العقود الإدارية على العقود التي تحتوي على طرف أجنبي، أضف إلى ذلك، أن نطاق سلطة الدولة محدود بحدودها، ومن ثم فلا يمكن تطبيق هذه السلطات على العقود التي تحتوي على أطراف أجنبية لأنها تكون خارجة حدودها، وعليه فلا مناص من تطبيق قواعد المساواة مع المتعاقدين مع الإدارة خصوصا إذا كانوا أجانب، وأن القول بغير ذلك سيؤدي لإحجام الشركات الكبيرة والدولية عن إبرام العقود الاستثمارية التي تكون الدولة بحاجة إليها عادة[٣].

---

(١) د. صافي أحمد قاسم: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، مرجع سابق، ص ١٣٨؛ د. محمد بهجت فايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقًا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٨.

(٢) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي؛ الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص٣٢.

(٣) د. أحمد السـعيد الزقرد: عقود ال B O T وآليات الدولة العالمية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس، لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٦ –٢٧ مارس – ٢٠٠٢، ص١٠، ١١.

وعليه، فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن مسألة تحديد طبيعة عقود الشراكة بأنها ذات طبيعة مدنية، ترجع إلى أن هذا ما تقتضيه مصلحة الدولة، فمن مصلحتها هي نزول الدولة لمستوى الأفراد العاديين، خصوصا وأن عقود الشراكة محلها مشروعات اقتصادية كبيرة للغاية، ولذلك فهي تحتاج إلى مستثمرين كبار، لن يوجدوا إلا من خلال الشركات الدولية والمستثمرين الأجانب، وأن هؤلاء لن يقدموا على التعاقد مع الحكومة إذا ما تمسكت بامتيازاتها في مواجهتهم، ومن ثم يجب أن تعتبر هذه العقود من قبيل العقود المدنية(١).

ومن ناحية أخرى، فإنه من الناحية العملية يجري العمل على توضيح أطراف التعاقد في العقود ذات الطابع الاقتصادي على أنها عقود مدنية وليست إدارية، وذلك من خلال النص على عدم اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات التي تترتب على هذه العقود، أو انعقاد الاختصاص للتحكيم أو للقضاء العادي، أو النص على عدم جواز تعديل بنود الاتفاق دون تفرقة بين هذه البنود إلا باتفاق الطرفين(٢).

المطلب الثاني

عقود الشراكة من عقود القانون العام (العقود الإدارية)

يذهب أغلبية الفقه خصوصاً الأجنبي إلى تكييف عقود الشراكة PPP على أنها عقود إدارية، على أساس أنها تتضمن كافة الشروط التي يجب توافرها في العقود الإدارية(٣)، فالطرف الأول في هذه العقود هو الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كما أن محل عقد الشراكة عادة ما يكون مرتبطًا بنشاط مرفق عام، فهو يهدف إلى إنشاء أو تصميم أو تطوير أو تشغيل أو إدارة مرفق عام، كذلك فإن هذه العقود عادة ما تتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص، مثل حق الإدارة في التدخل بتعديل بعض نواحي العقد التنظيمية بمحض إرادتها، وبصرف النظر عن موافقة الشريك الخاص المتعاقد في العقد(٤).

---

(١) د. عصام أحمد البهجي: عقود البوت B.O.T. الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتمويل والتشغيل ونقل الملكية للدولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٩٩.

(٢) د. صافي أحمد قاسم: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، مرجع سابق، ص١٤١.

(٣) أحمد البرعي، وسهام بن دعاس: خصوصية عقود الشراكة وآلية تحقيق نجاعتها بين القطاع العام والخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، ٢٠٢٢، ص٦٢٦، ٦٤٣.

(٤) مدلول حشاش الظفيري: الأساس القانوني لعقود البوت، في ظل كل من القانون الأردني والكويتي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ٢٠٠٧، ص٦١.

وعليه، فإن المظهر الخارجي لعقود الشراكة يشير إلى اعتبارها من قبيل العقود الإدارية، فأحد طرفيها هو الحكومة أو أحد أجهزتها، وهي وإن كانت في مظهرها الخارجي ترمي إلى تحقيق أرباح للمستثمر إلا أنها تستهدف تحقيق خدمة مرفق عام وتتضمن شروطًا غير مألوفة في مجال علاقات القانون الخاص ومنها المزايا العينية للمستثمر، مثل الإعفاء من الضرائب والجمارك أو منحه أرضًا يقيم عليها مشروعه الاستثماري، وبالتالي فهي من قبيل العقود الإدارية(١).

ويرد أنصار هذا الاتجاه، على أنصار اعتبار عقود الشراكة من قبيل عقود القانون الخاص بأن القول بارتباط الشروط غير المألوفة التي تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة هو قول غير صحيح، حيث أن هذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام، فضلًا عن أنها لا تتضمن في كل الأحوال تمييزًا لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد، وإنما تضمن للمتعاقد حقوقًا أكثر مما يتضمنها العقد العادي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الأسس التي يستند عليها أنصار فكرة العقد المدني في كون العقود المدنية أكثر انسجامًا مع متطلبات التجارة الدولية، وما يقتضيه التوجه الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات الدولية، لا تتخطى كونها مجرد مناشدة من قبل الفقه لأن تتبع الدولة أساليب القانون الخاص(٢).

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن موضوعات عقود الشراكة تتمثل في إنشاء وإدارة واستغلال مرافق عامة، ومن ثم فلا يمكن تصور أن تكون هذه العقود خاضعة للقواعد العامة في القانون المدني، ويرجع ذلك لأن قواعد القانون المدني تقيم نوعًا من المساواة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، وهو ما يؤثر على سير المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات بصورة سلبية(٣).

ويؤكد الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ما تمتلكه من صلاحيات في مواجهة المتعاقد معها، وهو نصوص تقررها النصوص القانونية صراحة، ولا يمكن القول بتقرير هذه الصلاحيات إلا في نطاق العقود الإدارية، ومن هذه الصلاحيات حق الجهة الإدارية في الرقابة والإشراف على المتعاقد معها، وتوجيهها أثناء تنفيذ العقد (٤).

---

(١) د. صافي أحمد قاسم: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، مرجع سابق، ص١٥٣.

(٢) د. أيمن محمد جمعة: آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص٧٦١.

(٣) بشير الزوبعي: إدارة المخاطر وألية تسوية النزاعات لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٦١.

(٤) د. حمدي أبو النور السيد: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٨٣.

وعلى صعيد الفقه الغربي، فإن جانب كبير منه يرى أن عقد المشاركة هو عقد إداري على أساس أن عقد الشراكة ما هو إلا صورة حديثة من صور عقود الالتزام، فهذا النوع معروف في كثير من الدول بأنها عقود التزام المرافق العامة[١]، فيشترط في العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه وأن يرتبط بمرفق عام، وأن يحتوي على سلطات استثنائية لجهة الإدارة، ولما كانت تلك الشروط متوافرة في عقد الشراكة، فإنه يعد من العقود الإدارية[٢]، ويضيف البعض أنه لا تعارض بين طبيعة هذا العقد والتوسع في الشروط التعاقدية فيه، والتي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك لأن هناك شروطًا أخرى لائحية يجوز للجهة الإدارية تعديلها بإرادتها المنفردة، فالهدف من التوسع في تلك الشروط التعاقدية هو تشجيع المستثمرين على التعاقد مع الحكومة واستثمار أموالهم بها[٣].

وواقع الأمر، فإن تكييف عقود الشراكة بأنها عقود إدارية، تقتضي أن يتوافر في عقود الشراكة شروط معينة، وهي شروط اعتبار العقد إداريًا، فالفقه والقضاء قد ذهب إلى أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطًا أو شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومقتضى ذلك أن العقد الإداري يقوم على ثلاث عناصر هي[٤]:

١- الإدارة طرف في العقد.
٢- اتصال العقد بتنظيم أو تسيير مرفق عام.
٣- اتباع أسلوب القانون العام فى العقد، أي يتضمن شروطًا استثنائية غير مألوفة.

---

(1) Olivier Fille Lambie: A aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA, R.D.A.I, 2001, p. 925 et s.

(٢) د. شعبان أحمد رمضان: مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) Cherif Khater: Le Contrat de concession de service public ou boot en droit français et égyptien étude comparée de l'évaluation contemporaine", Paris, 2011, p. 305.

(٤) علي علوان البراك: دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٦، ص٣٣؛ د. علي الدين زيدان، الموسوعة الإدارية الحديثة في دعوى إلغاء القرار الإداري، الجزء الثالث، نظرية العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٣ ، ص ١٣.

وقد تواترت أحكام القضاء الإداري في مصر على أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وبين شخص أو شركاء أو جماعة وفي أنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة من خلال تسيير مرفق عام، وهكذا عندما لا تتوافر الشروط المطلوبة لاعتبار العقد إداريًا وهي أن يكون أحد أطرافه شخص عام، وأن يتصل بمرفق عام، وأن يتضمن شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص وعندما لا تتوافر هذه الشروط مجتمعة لا يصبح العقد إداريًا، فقضت المحكمة الإدارية العليا المصري بأن: " العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً ومتصلاً بنشاط مرفق عام متضمناً شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فإذا تضمن العقد الشروط الثلاثة مجتمعة كان العقد إدارياً يختص به القضاء الإداري.." (١).

وفي المقابل إذا تضمن العقد هذه الشروط، فيعتبر عقداً إداريًا يختص بنظره القضاء الإداري بحسب ولايته المحددة وغني عن البيان أن الشروط المتقدمة تسري بالنسبة للعقود الإدارية المسماة في القانون لاعتبارها كذلك فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس في نصوصه شروط غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإداري(٢).

إن التساؤل الذي يثور الآن، هو هل تعد عقود الشراكة من قبيل العقود الإدارية بالفعل، وفقًا لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري؟ أو بمعنى آخر هل تتوافر شروط العقود الإدارية؟ وما هو موقف التشريعات الوطنية في هذا الصدد؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تذهب بنا للنظر فيما جاءت به التشريعات الوطنية، وما إذا كان نصت على الطبيعة القانونية لعقود الشراكة أو ضمنت هذه العقود مظاهر وشروط العقود الإدارية:

أولًا: موقف المشرع الفرنسي:

فبالرجوع إلى القانون الخاص بعقود الشراكة الفرنسي، والصادر بموجب الأمر الجمهوري الصادر في السابع عشر من يونيو عام ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون الصادر في ٢٨ يوليو ٢٠٠٨،

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ ق ، جلسة ٢١/٢/ ١٩٨٧ مجموعة أحكام السنة ٣٢ ق ، ص ٨٥٣.

(٢) د. عصام أحمد البهجي: عقود البوت..، مرجع سابق، ص ٩٨.

والقانون الصادر في ١٧ فبراير ٢٠٠٩، نجده نص في المادة الأولى منه على أن: "عقد الشراكة هو عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص خلال مدة محددة القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمارات الخاصة بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها، وإذا اقتضى الأمر تأدية الخدمات للمرافق والمساهمة في أداء وظيفته المكلف بها في الأصل الشخص العام، مقابل مكافأة تدفعها الإدارة للمتعاقد طوال مدة الفترة التعاقدية"(١).

وبناء على هذا التعريف الوارد في قانون الشراكة الفرنسي، فإن عقد الشراكة في القانون الفرنسي يعد عقداً إداريًا، وقد حدد المشرع الفرنسي في عقود الشراكة الشروط الإجبارية القانونية اللازمة لوجود وصحة عقد الشراكة، والتي تدل على اعتبار عقد الشراكة في فرنسا عقداً إداريًا، ومنها ما ورد من المادة ٩، ١١ من المادة ١٢– ١٤١٤ من الأمر الخاص بعقد الشراكة، ومنها مدة العقد واقتسام المخاطر بين الطرفين، والحقوق المالية للمتعاقد، وشروط حماية الدومين العام، ورقابة الإدارة لتنفيذ العقد والعقوبات والغرامات عند الإخلال بالالتزامات وسلطة الإدارة للتعديل أو الفسخ لدواعي المصلحة العامة وسلطتها حال التنازل عن العقد، وآثار إنهاء التعاقد فيما يتعلق باستمرارية المرفق العام وملكية الأموال العامة، وأيضًا جواز التحكيم في عقود الشراكة مع تطبيق القانون الفرنسي وترك الحرية للمتعاقدين في تحديد مفهومها بحسب المشروع المقترح موضوعًا للتعاقد، فالصفة الإجبارية للشروط العقدية وبطلان العقد إثر غيابها تدل على أن العقد هو عقد إداري كما نص القانون على ذلك(٢).

ويؤكد الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة في فرنسا أيضًا توجه القضاء الإداري الفرنسي إلى إدراج سلطتي التعديل والفسخ لدواعي المصلحة العامة، من بين المبادئ العامة للعقود الإدارية التي تطبق دون الحاجة إلى نص في العقد يُجيزها، ولا يحول دون نص بحظرها في المقابل دون ممارستها، فهي سلطات لا تقبل التنازل عنها لأنها مقررة كامتياز للإدارة مراعاة لدواعي المصلحة العامة(٣).

---

(1) articlé (1) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. En: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000438720

(٢) د. أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص ٣٩؛ هيثم يسن عبد الرحيم حسن: عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٧، ص٦٧، ٦٨.

(٣) La jurisprudence est fixée par l'arrêt du Conseil d'État 2 février 1983 Union des transports publics urbains et régionaux : R.D.P 1984 p. 212.

ثانيًا: موقف المشروع المصري:

لم يحدد المشرع المصري في قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ طبيعة عقد المشاركة بأنه عقد إداري على غرار ما فعل المشرع الفرنسي، ولكنه عرف عقود الشراكة بأنها عقود تبرمها الجهات الإدارية تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد(١).

ومن خلال هذا التعريف الوارد في المادة الأولى من قانون الشراكة المصري يتضح أن عقد الشراكة يتضمن أول عناصر العقود الإدارية والتي تتمثل في أن يكون أحد طرفيه أحد أشخاص القانون العام، وهو ما حدده المشرع من أن عقد الشراكة تبرمه إحدى جهات الإدارة، كذلك فإن الشرط الثاني المتعلق بنشاط مرفق عام، نجده متوافر في المادة الثالثة من القانون سالف الذكر، وذلك بنصها على أن للجهات الإدارية أن تبرم عقود الشراكة لتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة أو تمويل وتطوير هذه المرافق، وأخيراً فإن الشرط الثالث المتمثل في وجود شروط استثنائية غير مألوفة في القانون، يمكن أن نجده فيما نصت عليه المادة الخامسة، والمادة السابعة من القانون، حيث قررت المادة الخامسة أن تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، متابعة شركة المشروع عند إنشائه وتجهيزه وإتاحة المنتجات والخدمات محل عقد المشاركة والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ(٢)، وقررت المادة السابعة أن للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز

وينص هذا الحكم صراحةً على أنه "يجوز للإدارة أن تعدل من جانب واحد شروط أداء عقودها بموجب القواعد العامة السارية على العقود الإدارية"، أي النظرية العامة للعقود الإدارية، وأنها سلطة لا يمكن أن تتخلى عنها الإدارة. راجع:

Conseil d'État 6 mai 1985 Association Eurolat: AJDA 1985 p. 620. sur le site: http://fr.jurispedia.org

(١) المادة الأولى من قانون عقود المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) فتنص المادة الخامسة من القانون على أن: "تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، متابعة شركة المشروع عند إنشائه وتجهيزه وإتاحة المنتجات والخدمات محل عقد المشاركة والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ، وذلك طبقًا للشروط والأحكام المنصوص عليها في العقد، وبمراعاة معايير وقواعد الرقابة المقررة قانوناً. وإذا تضمن عقد المشاركة إسناد التشغيل أو الاستغلال لشركة المشروع،

والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد 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، فهذه النصوص تحمل في معناها معنى الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القطاع الخاص، ومن ثم يمكن البناء على ذلك في أن المشرع المصري يعامل عقود الشراكة معاملة العقود الإدارية(١).

ومع ذلك فإن ثمة رأي(٢)يخالف هذا التوجه للمشرع المصري، بل ويأخذ من ثنايا القانون وتفسيره استبعاد فكرة أن يكون عقد المشاركة إدارياً، فيرى أنه إذا كان يمكن الاتفاق على توافر الشرطين الأولين في عقود الشراكة، ووفقًا لما جاء في القانون، فإن الشرط الثالث المتعلق بالشروط الاستثنائية لا يتوافر بحسب المادة الخامسة والسابعة، فشرط الرقابة من الجهة الإدارية على شركة المشروع في تنفيذ المشروع وكذلك شرط تعديل قواعد التشغيل والاستغلال وأسعار المنتجات لا تعدو أن تكون شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بسبب أن احتواء العقد على سلطات الدولة في الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة في إطار تنفيذ عقود الشراكة لا يخرج عن كونه شرط يهدف للتأكد من حسن تنفيذ الشريك الخاص لالتزاماته، وأن احتواء العقد على سلطات الدولة في الإشراف والرقابة لا يعد شرطًا استثنائيًا بالمعنى الفني

فعلى الجهة الإدارية بالاتفاق مع الشركة وتحت إشراف الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، تشكيل لجنة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وتقديم تقارير دورية، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون نظام عمل اللجنة وما تقدمه من تقارير. وعلى شركة المشروع، في الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، أن تقدم إلى اللجنة كل ما تطلبه من الأوراق أو المعلومات أو البيانات اللازمة للقيام بمهامها، وأن تسمح لها بزيارة المواقع التي تطلب زيارتها والتفتيش عليها في أي وقت، وذلك كله على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون."

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ: الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة PPP والوسائل البديلة لتسوية منازعاته وفقًا لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٣٥، ٣٦.

(٢) د. أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٤٤ وما بعدها.

الدقيق لها، لأن الهدف منها هو التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماته، وهو حق طبيعي للإدارة كمتعاقد وليست كسلطة(١).

وأما شرط التعديل في التشغيل والأسعار والمقابل، فإن المادة السابعة لم تتضمن التعديل بالإرادة المنفردة خروجاً على القواعد العامة في القانون الخاص، ولكنها نصت صراحة على أن يكون كل ذلك في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، وبدون الإخلال بحق شركة المشروع في التعويض بحسب الأحوال وطبقًا للأسس التي يقررها العقد(٢)، فنص المادة يؤكد على أهمية احترام العقد من قبل الطرفين، وأن العقد لا يمكن أن يخرج عن ما هو متفق عليه، وقد أكد صاحب هذا الرأي عدم اعتبار عقد الشراكة في القانون المصري عقداً إدارياً كون المشرع المصري قد اشترط اقتسام المخاطر كشرط لصحة هذا النوع من العقود، وأن اقتسام المخاطر بين الطرفين معناه أن مركز كلا الطرفين على قدم المساواة، ودليل على أن الإدارة لا تتعاقد بصفته سلطة عامة مطلقًا، وأنها قائمة على عدم تغليب المصلحة العامة على مصلحة المستثمر(٣).

ويمكن لنا الرد على هذا الرأي فنقول أنه فيما يتعلق بشرط اقتسام المخاطر وأنه دليل على تساوي مراكز أطراف عقد الشراكة، ومن ثم فلا تتوافر في العقد الصفة الإدارية، فإن هذا الرأي مردود عليه بأن المقصود من اقتسام المخاطر ليس تنازل الدولة أو الجهة الإدارية عن سلطتها ومركزها العام، وإنما الهدف منه هو تشجيع القطاع الخاص على الدخول في هذه المشروعات والإقبال عليها، ويدلل على ذلك أن مبدأ اقتسام المخاطر منصوص عليه في القانون الفرنسي بشأن عقود الشراكة، ومع ذلك فإن القانون أكد على الطبيعة الإدارية لهذه العقود، وهذا معناه أن اقتسام المخاطر لا يعني المساواة في المراكز القانونية بين طرفي العقد.

---

(١) سراج أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص ٦٠٦.

(٢) فنصت المادة السابعة من القانون على أن: "للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد 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، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال، طبقًا للأسس والقواعد التي يبينها العقد. وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر."

(٣) د. أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق، ص٤٦.

أما فيما يتعلق بما نصت عليه المادتان الخامسة والسابعة بشأن الرقابة والتنفيذ وتعديل الأسعار، وأن هذه النصوص لا تعد من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة، فإن غالبية الفقه يؤكد على أن هذه الشروط تعد شروطًا غير مألوفة وشروط استثنائية، فالشروط الاستثنائية هي الشروط التي لا يمكن قبولها في عقود القانون الخاص، فهي تعد معياراً فاصلاً ومميزاً للعقود الإدارية عن العقود المدنية، ومن ثم فإن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يمكن إدراجها في عقود القانون الخاص، وإلا كان العقد باطلاً[١]، وبالنظر إلى ما جاء في المادة الخامسة والسابعة فسنجد أن هذه الشروط لا يمكن قبولها في إطار التعاقدات الخاصة والفردية، وهو ما قرره غالبية الفقه باعتبار هذه الشروط شروطًا استثنائية[٢]، وعليه فإن عقود الشراكة في القانون المصري تعد من قبيل العقود الإدارية التي تخضع لنظام القانون العام.

ثالثًا: موقف المشرع الكويتي:

عرف المشرع الكويتي في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤ عقود الشراكة بأنها مجموعة الاتفاقيات التي يتعين إبرامها بشأن تنفيذ أحد مشروعات الشراكة بين الجهة العامة وشركة المشروع وفقا لهذا القانون[٣]، ومن هذا التعريف يتضح أن المشرع الكويتي وعلى غرار المشرع المصري لم يحدد طبيعة عقود الشراكة عند تعريفها على غرار ما فعل المشرع الفرنسي، ومع ذلك يمكن القول بأن ما جاء في التشريع المصري ينطبق على ما جاء في التشريع الكويتي، حيث جاءت المادة الأولى من القانون بتعريف عقد الشراكة بأنه أحد مشروعات الشراكة بين الجهة العامة وشركة المشروع، ومن ثم فإن أحد أطرف العقد هو شخص قانوني عام، وأما فيما يتعلق بشرط تسيير وتشغيل مرفق عام وتحقيق مصلحة عامة، فقد جاءت الفقرة الأولى من المادة الأولى لتؤكد على أن مشروع الشراكة يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، حيث قررت أن مشروع الشراكة هو مشروع لتنفيذ أحكام الأنشطة والذي تستهدف الدولة منه تقديم خدمة عامة لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية أو تحسين خدمة عامة قائمة أو تطويرها أو خفض تكاليفها أو رفع كفاءتها، يتم طرحه من قبل الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة وفقا لنظام الشراكة وبعد اعتماده من اللجنة العليا، وبما لا يتعارض مع المادتين ١٥٢ و١٥٣ من الدستور[٤]، وأما الشرط الثالث المتعلق بوجود شروط استثنائية فقد نصت

---

(١) علي علوان البراك: دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، مرجع سابق، ص٥٠.

(٢) هيثم يسن حسن: عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مرجع سابق، ص٦٩، ٧٠.

(٣) المادة ١/١٧ من قانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكويت.

(٤) المادة ١/١ من قانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكويت.

المادة ٣٦ من القانون على سلطة الإدارة في تعديل عقد الشراكة، من حيث شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها، ولها كذلك أن تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلال لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولها الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله(١).

بالإضافة إلى ما سبق، فإن القانون الكويتي نص على اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة عن عقود البنى التحتية المبرمة بين الإدارة والمستثمر، كما أجاز اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات، وإن كان المشرع قد علق الأمر على شرط موافقة اللجنة العليا، كذلك فإن المشرع قد أجاز إنهاء العقد من قبل جهة التعاقد، إلا أنه قيد الأمر بموافقة اللجنة العليا وتسبيب قرار الإنهاء مع بيان المنافع المترتبة على إنهاء العقد ودفع التعويض العادل للمستثمر وفق ما نص عليه العقد، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الكويتي نص على سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد، وأجاز القانون الاتفاق على تعديل عقد الشراكة طبقًا للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد، وذلك إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد الشراكة بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام هذا العقد، والتي يترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد(٢).

وبناء على ما سبق، يرى الباحث أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكويت ومصر هي عقود ذات طبيعة إدارية وذلك لتوافر الشروط الثلاثة المحددة للطبيعة القانونية للعقود

---

(١) فنصت المادة ٣٦ من قانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن: "للجهة العامة تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد الشراكة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله، بما فيه أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا، ودون إخلال بحق شركة المشروع في التعويض بحسب الأحوال طبقا للأسس والقواعد التي يبينها العقد، وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر. ويجوز الاتفاق على تعديل عقد الشراكة طبقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد، وذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد الشراكة، بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام هذا العقد والتي يترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد."

(٢) د. ناصر خليل جلال العساف: مدى فاعلية الإصلاحات التشريعية الاقتصادية في مشاريع البنى التحتية: دراسة في القانون الكويتي، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد الثاني، نوفمبر ٢٠١٧، ص٢٠٠.

الإدارية، وهي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وأن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام، وأن يتوافر بالعقد شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

المطلب الثالث

عقود الشراكة عقود من طبيعة خاصة

يرى البعض، أن عقود الشراكة ليست بالعقود الإدارية أو العقود المدنية، وإنما هي في حقيقتها عقود ذات طابع خاص، لأنها يمكن أن تُبرم من خلال نظام قانونية مختلفة، فقد تبرم من خلال نظام القانون اللاتيني، وقد تبرم من خلال النظام الأنجلوسكسوني، وهذا الأخير لا يعرف نظام القانون العام من حيث الأصل، كذلك فإن لكل عقد ظروفه الخاصة عند إبرامه، وهو ما يجعل تحديد طبيعة عقد الشراكة أمر يصعب تصوره ويصعب الوقوف على طبيعته المدنية أو الإدارية، وعلى هذا الأساس يجب مراعاة الظروف والملابسات التي أحاطت بإبرام العقد، وذلك حتى تكون طبيعته متسقة مع جوهر العقد(١).

أضف إلى ذلك، أن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لها سماتها الذاتية التي تميزها عن غيرها من العقود الإدارية، إذ أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وعلى العكس من عقود امتياز المرافق العامة، يتم إبرامها بعد مفاوضات بين القطاع العام والشريك الخاص، هذا بالإضافة لكون الكثير من القواعد التقليدية التي يقوم عليها عقد امتياز المرافق العامة قد تم تحديثها في عقود الشراكة، ومن ثم فإنشاء المشروع أصبح يقوم بتمويل من القطاع الخاص، وملكية الأرض أصبحت للشريك الخاص، الأمر الذي يصعب معه وضع تكييف محدد وثابت لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص(٢).

وعليه فإن عقود الشراكة قد تدخل في مفهوم العقود الإدارية، وقد تدخل في مفهوم العقود المدنية، وقد تدخل في مفهوم عقود التجارة الدولية، وقد تدخل في مفهوم عقود الاستثمار، وذلك بحسب حالة كل عقد على حدة، ووفقًا لشروط العقد ومن ثم يختلف تكييف العقد من حالة إلى أخرى أو بالأحرى من مشروع إلى آخر، ومن ثم فإن العقد التي تبرمها الدولة مع المستثمر أو شركة المشروع ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد فتارة قد تكون عقود إدارية وتارة تكون من عقود القانون الخاص(٣).

---

(١) هيثم حسن: عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مرجع سابق، ص٧١.

(٢) سـيف باجس الفواعير: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مفهومها وطبيعتها القانونية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، ٢٠١٧، ص١٢.

(٣) عصام أحمد البهجي: عقود البوت...، مرجع سابق، ص ١٠٤.

وعليه، ينتهي أصحاب هذا الرأي وهو الرأي الذي يتبناه الباحث، إلى أن هذه العقود تحتاج إلى وضع قواعد قانونية جديدة تحكم العديد من الأمور ومنها ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع ومدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج، وإجراءات تسوية المنازعات وديًا وكيفية إعادة المشروع إلى الدولة والرسوم التي يحق للمتعاقد مع الدولة الحصول عليها من الأفراد والتأمينات العينية ومدى جواز الحجز على هذه الأموال، ومن ثم فإن هذا الرأي ينتهي إلى صعوبة تحديد تكييف معين لهذه الطائفة من العقود نظرًا لما تتمتع به من طبيعة خاصة(١).

الخاتمة

تناولنا خلال هذا البحث موضوع الطبيعة القانونية لعقود الشراكة وموقف التشريعات الوطنية منها، كما عرضنا لمفهوم هذه العقود وأهم المبادئ التي تحكمها لاسيما مبدأ اقتسام المخاطر، وعليه توصلنا لعدد نتائج ومقترحات نوضحها على النحو التالي:

أولًا: النتائج:

- تعريف عقود الشراكة بأنها عقود تجمع بين القطاعين العام والخاص، يكون للطرف العام فيها حق الرقابة على المشروع بوصفه شريكًا، ويلتزم فيها القطاع الخاص بإنشاء وصيانة أحد المشروعات العامة، وذلك في مقابل الحصول على عوض مالي يسدده القطاع العام، وفقًا لأقساط يتفق عليها.
- أن عقود الشراكة تتميز بعدة خصائص منها أنها عقود مركبة وشاملة، كما أنه عقود طويلة المدة نسبيًا، ويميزها مبدأ تقاسم المخاطر، على العكس من العقود التقليدية التي لا تعرف هذه الميزة، بالإضافة إلى تعدد أطرافها، بين الحكومة والهيئات العامة والشريك الخاص والمواطنين المستفيدين من الخدمة، كما تتميز بتعدد مجالاتها فهي تدخل في العديد من المجالات بداية من الصحة والتعليم إلى الطرق والكباري وغيرها من المشروعات العامة والخدمية.
- أن عقود الشراكة لها عدد من المزايا أهمها إسهامها في تخفيف الوطأة المالية لمشروعات البنية التحتية للدول، كما أنها تسهم بصورة أساسية في تحقيق أفضل النتائج لأنها تكون نتاج تعاون مشترك بين عدة أطراف، كما أنها تتبنى مناهج عمل أكثر استراتيجية، ومنهج تنسيقي، وصياغة وتنفيذ أفضل، ومن ثم فهي تسهم في تنفيذ العديد من المشروعات الضخمة، وتحقيق المصلحة العامة، وتحقيق التنمية.

---

(١) أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٣٨٥.

- أن عقود الشراكة تتهم بعدة عيوب منها أن تهمل فكرة التناقض بين القطاع الخاص والعام، فالأول يهدف للربح أما الثاني فيهدف للقطاع الخاص، كما أن عقود الشراكة التي يديرها القطاع الخاص قد تؤدي إلى رفع تكاليف الخدمات للمواطنين.
- أن المشرع الفرنسي قد أكد على الطبيعة الإدارية للعقود الإداري، وهو كذلك توجه القضاء الإداري الفرنسي، أما في مصر فإن المشرع المصر لم يحدد طبيعة عقود الشراكة، وهو ما دفع الفقهاء إلى تبني رأيين: الرأي الغالب هو أن العقود الإدارية عقود إدارية، مستدلين بنصوص القانون وعناصر العقود الإدارية وفقًا للقضاء، والرأي الآخر يخالف هذا التوجه، ويرى أن عناصر العقود الإدارية لاسيما عنصر الظروف الاستثنائية غير متوافرة.
- أن المشرع الكويتي لم يحدد هو الآخر طبيعة عقود الشراكة، إلا أن التوجه التشريعي في تعريف عقود الشراكة وموقف القضاء الكويتي يذهب إلى أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكويت ومصر هي عقود ذات طبيعة إدارية وذلك لتوافر الشروط الثلاثة المحددة للطبيعة القانونية للعقود الإدارية.

ثانيًا: المقترحات:

- نوصي المشرعين المصري والكويتي بضرورة اتباع نهج المشرع الفرنسي في عدم النص على أنواع المخاطر الواجب اقتسامها في القانون، وتحديدها على سبيل الحصر، وإنما يؤكد على ضرورة النص عليها دون تحديد نوعها، وعليه نوصي أن يتم تعديل الفقرة (ط) الخاصة باقتسام المخاطر في المادة ٣٤ من قانون المشاركة المصري رقم ٦٧لسنة ٢٠١٠، والفقرة (٩) من المادة ٣٥ من قانون الشراكة الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤ لتصبح على النحو الآتي: "يجب أن يتضمن عقد المشاركة: ط- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وغيرها من المخاطر التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد، والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال".
- نوصي المشرع المصري والكويتي أن يتبعا نهج المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة عقود الشراكة، وإضفاء صفة العقود الإدارية عليها، منعًا للجدل الفقهي الدائر حولها وحسمًا لأي اختلافات حولها في أروقة القضاء.

قائمة المراجع:

المراجع اللغوية:

١. المعجم الوسيط: معجم اللغة العربية، طبعة دار الشروق، ٢٠٠٤.

٢. أحمد مختار عمر معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨.

٣. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، دار التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣.

الكتب:

١. أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢. أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP، دار النهضة العربية، ٢٠١٦.
٣. جابر جاد نصار: عقود B.O.T. والتطور الحديث لعقد االلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٤. حمادة عبد الرازق حمادة: التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
٥. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود الشراكة PPP، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤.
٦. رجب محمود طاجن: عقود الشراكة p.p.p.: دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٧. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٦.
٨. شعبان أحمد رمضان: مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
٩. صافي أحمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص P.P.P.، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
١٠. علي الدين زيدان: الموسوعة الإدارية الحديثة في دعوى إلغاء القرار الإداري، الجزء الثالث، نظرية العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٣.
١١. محمد بهجت فايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقًا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٢. مصطفى عبد المحسن الحبشي؛ الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
١٣. منى رمضان محمد بطيخ: الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة PPP والوسائل البديلة لتسوية منازعاته وفقًا لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١

الرسائل:

١. أيمن محمد جمعة: آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق.
٢. بشير محمد أحمد الزوبعي: إدارة المخاطر وألية تسوية النزاعات لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، ٢٠٢١.
٣. سراج أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨.
٤. شريف إبراهيم محمد بركات: التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ٢٠١٥.
٥. علي علوان البراك: دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٦.
٦. مدلول حشاش الظفيري: الأساس القانوني لعقود البوت، في ظل كل من القانون الأردني والكويتي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ٢٠٠٧.

المجلات والمؤتمرات والتقارير:

١. أحمد البرعي، وسهام بن دعاس: خصوصية عقود الشراكة وآلية تحقيق نجاعتها بين القطاع العام والخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، ٢٠٢٢.
٢. أحمد السعيد الزقرد: عقود ال B O T وآليات الدولة العالمية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس، لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٦ –٢٧ مارس – ٢٠٠٢.
٣. أحمد بوعشيق: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية، بعنوان، نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، نوفمبر، ٢٠٠٩.
٤. البرنامج القومي لشراكة القطاع العام والخاص: والذي أعدته الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، فبراير ٢٠٠٧.
٥. حمدي أبو النور السيد: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، المجلد ٢٥، العدد الثاني، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠١٧.
٦. سيف باجس الفواعير: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مفهومها وطبيعتها القانونية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، ٢٠١٧.

٧. شكري رجب العشماوي: الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر ضرورة اقتصادية، دراسة تحليلية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١١.
٨. علاء محي الدين مصطفى: القيود الواردة على الإدارة في التعاقد بنظام ppp دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد التاسع والثلاثون، ٢٠١٤
٩. عمر عبد الحمدي سالمان: الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص p.p.p.، بحث مقدم لندوة الإطار القانونية لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢.
١٠. كاميليا صلاح الدين: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية، دراسة تحليلية، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٢
١١. محمد أيوب: المتطلبات الأساسية لنجاح برامج الخصخصة، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث السياسية، المجلد الثامن والعشرون، العدد الثاني، ٢٠٠٦.
١٢. محمد عبد العال عيسى: الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المفهوم والأسباب والدوافع والصورة، المجلة العربية للإدارة، المجلد ٣٨، العدد الثالث، سبتمبر ٢٠١٨.
١٣. ناصر خليل جلال العساف: مدى فاعلية الإصلاحات التشريعية الاقتصادية في مشاريع البنى التحتية: دراسة في القانون الكويتي، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد الثاني، نوفمبر ٢٠١٧.

المراجع الأجنبية

1. Cherif Khater: Le Contrat de concession de service public ou boot en droit français et égyptien ،étude comparée de l'évaluation contemporaine", Paris, 2011.
2. Georges Vedel; Pierre Del volve: droit administrative ،Presses Universities de France 12ed, Paris،1992.

3. Kirat Th. & Marty F. & Vidal L.: Le risque dans le contrat administratif ou la nécessite de la connaissance de la dimension économique du contrat, R.I.D.E., 2005, n° 3, p. 306 .
4. La jurisprudence est fixée par l'arrêt du Conseil d'tat 2 février 1983 Union des transports publics urbains et régionaux : R.D.P 1984.
5. Olivier Fille Lambie: A aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA, R.D.A.I, 2001.
6. Stare Aijaz: comprehensive management of project changes, economic and business Review for central and eastern Europe, vol. 3, 12, 2010.

القوانين:

١. قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الصادر في الثامن عشر من مايو عام ٢٠١٠، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ مكرر (أ).
٢. قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٤.
٣. قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٥.
٤. المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني الكويتي.

مجموعات الأحكام:

١. مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصري في خمسة عشر عاما من ١٩٤٦: ١٩٦١، الجزء الثاني.
٢. المحكمة الإدارية العليا المجموعة الرسمية للمكتب الفني، السنة ٣٢، الجزء الثاني.

فهرس المحتويات

المقدمة:.....٢
المبحث الأول ٥
ماهية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ٥
المطلب الأول ٥
تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ٥
الفرع الأول..... ٦

تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في اللغة والاصطلاح الفقهي ٦
أولًا: التعريف اللغوي لعقود الشراكة:..... ٦
ثانيًا: التعريف الاصطلاحي للشراكة بين القطاعين العام والخاص:..... ٧
ثالثًا: التعريف الفقهي لعقود الشراكة: ٨
الفرع الثاني ١١
تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لدى التشريعات الوطنية ١١
المطلب الثاني ١٥
مبدأ توزيع المخاطر بين طرفي عقد الشراكة ١٥
الفرع الأول.....١٦
طرق إدارة وتحديد المخاطر في عقود الشراكة.....١٦
الفرع الثاني ١٨
موقف التشريعات الوطنية من تقاسم المخاطر في عقود الشراكة.....١٨
أولًا: موقف المشرع الفرنسي من مبدأ اقتسام المخاطر: ١٨
ثانيًا: موقف المشرع المصري والكويتي من مبدأ اقتسام المخاطر:.....٢٠
المبحث الثاني ٢٧
الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ٢٧
المطلب الأول ٢٧
عقود الشراكة من عقود القانون الخاص (العقود المدنية).....٢٧
المطلب الثاني ٣٠
عقود الشراكة من عقود القانون العام (العقود الإدارية).....٣٠
أولًا: موقف المشرع الفرنسي:.....٣٣
ثانيًا: موقف المشروع المصري: ٣٥
ثالثًا: موقف المشرع الكويتي: ٣٨
المطلب الثالث ٤٠
عقود الشراكة عقود من طبيعة خاصة ٤٠
الخاتمة ٤١
قائمة المراجع: ٤٢
المراجع اللغوية:.....٤٢
الكتب:.....٤٣

الرسائل:.....٤٣
المجلات والمؤتمرات والتقارير:.....٤٤
المراجع الأجنبية.....٤٥
القوانين: ٤٦
مجموعات الأحكام: ٤٦