إدارة مرافق الدولة الاقتصادية من خلال عقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص

Management of state economic facilities

Through partnership contracts between the sector

Public and private sector

إعداد الدكتور/ عبد الله سيف علي العجمي

دكتوراة في القانون العام

مستشار بوزارة الداخلية في دولة الكويت

بريد الكترونى : Abdullah-alsaif27@hotmail.com

الملخص

يعد نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص أحد الآليات الحديثة التي اتجهت إليها الدول لإنشاء المشروعات العامة بتمويل من القطاع الخاص الخاص ويقوم نظام المشاركة على أنه عقد بين طرفين أحدهما من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص ومحلة إنشاء مشروع عام خدمي ذو فائدة لكافة الجماهير.

لذلك نبحث نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص من خلال فصلين: الأول : التعريف بعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص. والثاني: التكييف القانوني لعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

الكلمات المفتاحية:

مرافق – مشاركة – عام – خاص

Abstract

The partnership system between the public and private sectors is one of the modern mechanisms that countries have turned to to establish public projects with funding from the private sector. The partnership system is based on a contract between two parties, one from the public sector and the other from the private sector, and the purpose of creating a public service project that is beneficial to all audiences.

Therefore, we examine the partnership system between the public and private sectors through two chapters: The first: Definition of partnership contracts between the public sector and the private sector. The second: Legal adaptation of partnership contracts between the public sector and the private sector.

key words :

Facilities - Shared - Public - Private

مقدمة

من الثابت أن الدولة كثيراً ما تلجأ إلى القطاع الخاص للاضطلاع بإنشاء وتشغيل بعض مرافق البنية الأساسية : Infrastructure، وذلك عندما تنوء ميزانياتها بأعباء التمويل اللازم لمثل هذه المشروعات، وهو ما ظهر جلياً في العقدين الأخيرين من القرن العشرين، حيث اجتاحت ظاهرة الكوكبة Globalisation الاقتصاد العالمي، وسادت في ظلها فلسفة التخصصية[١] Privatization التي اعتنقتها كثير من الدول بعد انهيار النظام الاشتراكي والتحول إلى اقتصاد السوق- وبسبب عدم قدرة هذه الدول على تدبير الموارد المالية اللازمة لإنشاء البنية الأساسية[٢].

في هذا الصدد كانت عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص من أحدث الطرق التي لجأت إليها الدول لإنشاء وتطوير البنية الأساسية وغيرها من المشروعات العامة بصورة حديثة تتلافى مشاكل النظم التعاقدية الأخرى كامتياز المرافق العامة ونظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع (B.O.T)، وتهدف في الوقت نفسه إلى إيجاد التمويل اللازم للقيام بتلك الأنشطة لدى القطاع الخاص وهو ما يؤدي إلى تشجيع الاستثمار وتداول الأموال.

---

(١) انظر في ذلك :

- SIDNY M.LEVY, "Build Operate transfer – paving the for tomorrow's infrastructure. 1996,P.1.
- United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), "B.O.T" Guidelines), 1996,P.5.

(٢) ظهرت مصطلحات عديدة للتعبير عن عملية تحويل بعض الوحدات الإنتاجية من نطاق القطاع العام إلى نطاق القطاع الخاص ومن أبرز هذه المصطلحات الخصخصة، والتخصيصية، والاستخصاص، والخوصصة، ونزع الملكية العامة العامة، وغيرها ولكن من أكثر هذه المصطلحات سيراً في الاستخدام تعبير " الخصخصة"، إلا أن هذا المصطلح لا يعبر عن المفهم اللغوي لهذه العملية، لذلك تفضل عليه تعبير " التخصيصية"، لأنه أدق لغوياً، حيث أن مصدر الفعل خصص " تخصيصاً".

إن القصد من استخدام التمويل من القطاع الخاص في ظل نظام (PPP) هو تخفيض الدين العام باللجوء إلى القطاع الخاص لتمويل المشروعات الهامة دون تحميل ميزانية الدولة بمبالغ طائلة تدفع الحكومة إلى الاقتراض وفتح الطريق أمام القطاع الخاص والاقتصاد الحر لتوفير خدمة جيدة وبمقابل جيد في الوقت الذي يفتح أمام الحكومة مجالا واسعاً لإنجاز عدد أكبر من مشروعات البنية الأساسية من حيث الإنشاء والتنمية[١].

ومن ناحية أخرى، فإن عقود المشاركة تعد مناسبة جيدة لنقل التكنولوجيا الحديثة وبتكلفة مناسبة حيث أن التزام المتعاقد ينصب على التمويل والإنشاء والتشغيل والصيانة. مما يعني أن الإنشاءات ا لمتعاقد عليها تكون محدثة في ضوء الوسائل التكنولوجية اللازمة.

بالإضافة إلى ذلك، فإن عقود المشاركة تؤدي إلى جذب الاستثمار الأجنبي إلى داخل الدولة مما يؤدي إلى نمو الاقتصاد الوطني وتحاشي مشاكل نقص التمويل.

وأخيرا فإن عقود المشاركة سوف تؤدي إلى نقل مخاطر المشروع الاقتصادية الفنية والتجارية المرتبطة بالإنشاء والتشغيل والصيانة إلى المتعاقد من القطاع الخاص الذي سيتحمل كامل المسئولية في هذا المجال.

بيد أن تلك المزايا التي يتمتع بها نظام المشاركة لا تنفي أن تلك العقود تتعرض أيضا لبعض المثالب[٢]، لعل من أهمها تعارض المصالح بين القطاعين الحكومي والخاص حيث يسعى القطاع الخاص إلى زيادة أرباحه واستثماراته بينما يسعي القطاع الحكومي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ولا غرو أن سعي

---

[١] راجع في ذلك :

- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (IFC)"Project in Developing countries", Washington, 1999,P.14.

[١] راجع في ذلك :

- HOFMAN (S.)"The Law and Buisiness of International Project Finance',1998,P.19.

القطاع الخاص إلى الربح مع ارتفاع القيمة الإجمالية لعقود المشاركة في بعض مجالات البنية الأساسية قد يؤدي على رفع قيمة الخدمة النهائية المقدمة للمواطنين، مما يحول بين الدولة وبين تنمية الأوساط الاجتماعية الفقيرة.

كما أن الاستعانة بالاستثمار الأجنبي لتنفيذ عقود المشاركة قد يفتح الباب واسعاً أمام الأجانب لاستغلال مشروعات البنية الأساسية ذات الأهمية الاقتصادية والإستراتيجية[١].

هدف البحث:

لقد لجأت معظم الأقطار العربية إلى التعاقد مع القطاع الخاص لتنفيذ المشروعات العامة بنظام المشاركة (PPP)، ولما كان المشرع في تلك الأقطار لم يتناول هذا العقد بالتنظيم فقد كان على الفقه أن يجتهد في رده إلى القواعد القانونية التي تحكمه في القانون العام أو القانون الخاص، وقد حدا تدخل الدولة في هذا العقد واستخدامه في المشروعات العامة فقهاء القانون العام إلى رده إلى طائفة عقود القانون العام، بيد أن استخدام تعبير "المشاركة" أو " المشاركة " "Partenarait" يوحي أن الطرفين المتشاركين إنما يتعاقدان على قدم المساواة، كما أن الهدف الذي تتوخاه الحكومات من اللجوء إلى عقود المشاركة يكمن بالدرجة الأولى فى التخلص من سلبيات عقود القانون العام والمشاكل التي سببتها. لذلك فإنه يبدو من الأهمية اتباع منهج تأصيلي وتحليلي لتحليل المسائل التي يثيرها التعاقد بنظام (ppp) وردها إلى القواعد التي تحكمها في القانون الخاص وإلى الفرع الذي يناسبها من فروع ذلك القانون، بما يترتب على ذلك من آثار.

<u>خطة البحث :</u>

يتكون البحث من فصلين:

الفصل الأول : التعريف بعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

---

(٢) د. أمل نجاح البشبيشي : نظام البناء – التشغيل – التحويل "B.O.T" هل هناك حاجة إلى بديل؟ بحث منشور بمجلة بحوث اقتصادية عربية ، الصادرة عن الجمعية العربية للبحوث الاقتصادية، السنة الحادية عشر، العدد الثامن والعشرون . صيف ٢٠٠٢، صـ٨٧.

الفصل الثاني: التكييف القانوني لعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

الفصل الأول

التعريف بعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص ونشأتها

تمهيد وتقسيم :

في ظل الاتجاه العالمي نحو إفساح المجال للمبادرات الخاصة وإعمال آليات السوق، ظهر العديد من الوسائل لتمويل النشاط الاقتصادي العام، فقد أدى ارتفاع تكلفة النشاط الاقتصادي إلى زيادة الضغوط على ميزانية الدولة، الأمر الذي أتى أثره سلبياً على برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، كما أدى إلى التخلف التقني للنشاط الاقتصادي الذي تتولاه الدولة، مما دعاها إلى البحث عن وسائل بديلة للقيام بهذا النشاط مع عدم تخليها عن الرقابة على ذلك النشاط. في هذا الإطار وإزاء ظهور المثالب التي اعترت نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع " B.O.T"،[(١)] اتجهت الدولة إلى نظام المشاركة بين القطاعين العام "P.P.P" والخاص كوسيلة لتحقيق الأهداف التي تنشدها في التنمية وذلك عن طريق التعاقد مع القطاع الخاص ليقوم بتمويل الإنشاءات والتجهيزات العامة في مجال البنية الأساسية وغيرها من المشروعات العامة بحيث تشارك الإدارة في هذا النشاط بالرقابة دون زيادة الأعباء المالية للدولة، بينما يحصل المتعاقد من القطاع الخاص على حقوقه المالية مقسطة خلال مدة العقد ، وحتى يتسنى لنا التعرف على عقود المشاركة التي أصبحت محط اهتمام العالم المعاصر، فإنه يتعين علينا أن نبدأ بتعريف هذه العقود وتمييزها عما

(١) لعل من أهم تلك المثالب: عدم التزام المتعاقد بالمحافظة على المشروع خلال مدة الاستغلال، ومخالفة شروط الإنشاء، إضافة إلى قيام المستثمرين الأجانب بالاعتماد على البنوك الوطنية في التمويل مما يأتي بالأثر السلبي على الاقتصاد الوطني– راجع في ذلك: د. حمدي عبد العظيم: عقود الإنشاء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق ، بحث مقدم إلى الندوة العلمية الأولى عن مشروعات B.O.T ، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية . القاهرة في ٢٧–٣١ يناير ٢٠٠١ ، ص٩. توصيات مؤتمر مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) القاهرة في ١٨،١٩ من أكتوبر ١٩٩٩، ص٤.

يشتبه بها من العقود الأخرى، ثم نشأتها في بعض الدول المتقدمة والنامية من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول : التعريف بعقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص.

المبحث الثاني: نشأة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص.

المبحث الأول

التعريف بعقد المشاركة بين القطاعين العام و الخاص

"P.P.P "

تمهيد وتعميم:

يقوم عقد المشاركة على توافق إرادتي شخص من أشخاص القطاع العام وشخص من أشخاص القطاع الخاص (فرد أو شركة) على إنشاء مشروع معين ذي نفع جماهيري مقابل أجر يتفقان عليه وشروط يحددانها.

ومن هذا المنطق ينضح أن هذا العقد قد يتشابه مع عقود أخرى تتفق معه في بعض الصفات، وللتعريف بهذا العقد لابد لنا من تحديد معناه، وتمييزه عن العقود الأخرى التي قد تتشابه معه من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول : تعريف عقد المشاركة.

المطلب الثاني : تمييز عقد المشاركة عن العقود التي قد تتشابه معه

المطلب الأول

تعريف عقد المشاركة

عرف البعض عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص (P.P.P) Partenarait public prive: 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[١]

وعرفه البعض [٢] 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 وإداراتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة المتعاقد عليها".

إلا أن تعريف العقد بأنه عقد إداري فيه مصادرة على المطلوب لا يبرر لها إلا أنه التعريف قد أخذ بالمعيار العضوي – الذي ينظر إلى صفة شخص القائم بالعمل – في تعريف العقد الإدارة والحقيقة أن تدخل الدولة بأخذ صدر مختلفة فقد تتدخل بصفتها شخص عام ويتبع أساليب وامتيازات السلطة العامة في التعاقد عندئذ تكون عقودها عقوداً إدارية، وقد ترى أنه من الأفضل لها التعاقد بنفس الأسلوب الذي يتعاقد به الأفراد في عقود القانون الخاص وعندئذ يكون عقدها من عقود ذلك القانون.

ولا ريب أن استخدام تعبير عقد المشاركة أو المشاركة "Partenarate" يوحي بقدر من المساواة بين الطرفين المتشاركين، بالإضافة على أن الهدف من تلك العقود والغاية التي تتوخاها الدولة وهي استخدام تمويل القطاع الخاص، وتشجيع الاستثمار، لا يتأتي مع استخدام الدولة لأساليب وامتيازات العقد الإداري، وسنعود لهذا الموضوع في الفصل الثاني.

وعرفه البعض[٣]: بأنه " عقد بين طرف عمومي وطرف من القطاع الخاص بخصوص إنجاز مشروع معين يدخل في إطار المهام الموكولة للطرف العمومي، وقد

---

(1) Voir, G. Vedel et P.Delvolve, Droit administarife, PUF, 12e ed., Paris, 1992, t.2,p.792.

(١) د. رجب محمد طاجن: عقود الشراكة " p.p.p" دراسة بعض جوانبها في القانون الفرنسي.

(٢) انظر الموقع الإلكتروني لوزارة تكنولوجيا الاتصال بالجمهورية التونسية

: http: //www.occd.orgdataoeced/5/74/14076895l.ppt.

تكون المشاركة متعلقة بكامل عناصر المشرع أو بجزء منه، أو هو تكليف الطرف العمومي لطرف من القطاع الخاص للقيام بكامل أو بجزء من نشاط كانت تقوم به".

ويلاحظ أن هذه التعريفات – جميعها – تشترك في أن عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص، إنما هو عقد يجمع بين القطاعين العام الخاص لتحقيق هدف معين يتمثل في قيام الطرف من القطاع الخاص بإنشاء وصيانة أحد المشروعات العامة (التي تهدف على خدمة المواطنين)، مقابل عوض مالي يسدده الطرف العام على أقساط يتفق عليها، على أن هذا العقد يجعل للطرف العام نوعاً من الرقابة على المشروع بصفته شريكاً.

المطلب الثاني

تمييز عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص عن العقود التي تشتبه بها

عقود المشاركة نوع من التخصيصية الجزئية:

تتميز عقود المشاركة " p.p.p" عن نظام التخصيصية privatization التامة من حيث أن النظام الأخير ينقل الملكية بصورة تامة إلى القطاع الخاص[١]، بينما في عقود الـ " p.p.p" تحتفظ الجهة الحكومية المتعاقدة بالملكية مما يتيح لها ممارسة نوع من الرقابة على تنفيذ العقد، بالإضافة إلى أن المشروع سيعود إلى تلك الجهة بعد انتهاء الفترة المحددة في العقد، مما يجعل عقود المشاركة أفضل من نظام التخصيصية التامة في هذا الشأن.

ومن ناحية أخرى فإن عقود المشاركة باعتبار أن محلها إسناد مشروع ذي نفع عام إلى متعاقد من القطاع الخاص وتتشابه مع بعض العقود الأخرى التي تبرم

---

(١) د. محمد معن أيوب، المتطلبات الأساسية لنجاح برنامج الخصخصة، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية... سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد ٢، ٢٠٠٦، صـ٩٥.

في هذا الصدد مثل عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد الـ " B.O.T" إلا أنه في جميع الأحوال يظل لعقد المشاركة ما يميزه عن تلك العقود الأمر الذي نبحثه في النقاط التالية:

(أ) التمييز بين عقد المشاركة وعقد امتياز المرفق العام:

سلف القول أن عقد المشاركة يهدف إلى تكليف القطاع الخاص بإنشاء أحد المشروعات العامة التي تحقق نفع عام للمواطنين.

ومن هذه الناحية قد يكون هناك تشابه بين هذه العقود وعقود امتياز المرافق العامة[١]، من حيث إسناد إنشاء واستغلال المرفق العام للمتعاقدين من القطاع الخاص، إلا أن العقدين يختلفان من حيث أن العلاقة بين الطرفين في عقد المشاركة هي علاقة شراكة يحددها العقد المبرم بينهما بشروطها ومداها وطريقة دفع المقابل للمتعاقد من القطاع الخاص، نظير قيامة بتنفيذ الأعمال محل العقد بينما في عقد امتياز المرفق العام تسمح الجهة الحكومية المتعاقدة للمتعاقد معها بإنشاء مشروع ذي نفع جماهيري مقابل أن تسمح له الدولة بأداء خدمات ذلك المشروع إلى الجماهير وتحصيل رسوم تقديم الخدمة منهم تحت إشراف ورقابة الجهة الحكومية.

[١] عرفت المادة ٦٨٨، من القانون المدني المصري عقد الامتياز بأنه : " عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن". وراجع في تعريف ذلك العقد : د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة ١٩٨٤، دار الفكر العربي، ص١٠٨.

(ب) التمييز بين عقد المشاركة، وعقد الأشغال العامة:

يقترب عقد المشاركة من عقد الأشغال العامة[١]، في أن محل كل من العقدين إنشاء مشروع معين لتقديم خدمات للجماهير، وأن جهة الإدارة المتعاقدة تلتزم بدفع مقابل ما قام به المتعاقد من أعمال في شكل "ثمن" سواء ارتبط هذا الثمن بالأعمال التي تنفذها المتعاقد فعلاً (الأشغال العامة) تطبيقاً لقاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة أو حصل عليه المتعاقد في مرحلة تالية لتنفيذ أو أثناء التشغيل في صورة مبالغ مالية دورية (عقود المشاركة PPP). ففي النوعين من العقود، يتحدد المقابل المالي في ضوء ثمن تدفعه جهة الإدارة مع اختلاف في أساس وأسلوب دفع هذا الثمن.

بيد أن العقدان يختلفان من حيث مدة العقد فعقود الأشغال العامة تتميز بأنها قصيرة المدة ولا تتجاوز السنة الواحدة في غالب الأحيان بسبب تعلق موضوعها إما بتوريدات أو تلقي خدمات وهي بطبيعتها لا تستغرق فترة زمنية طويلة، هذا بخلاف عقود مقاولات الأشغال العامة والتي قد تتعدى – بسبب طبيعتها – مدة السنة.

وتختلف عقود المشاركة عن عقود الأشغال العامة من حيث طبيعة الالتزامات محل العقد، فعقود الأشغال العامة محددة بطبيعتها من حيث الأسعار أو المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد وكذلك من حيث محل العقد أو التزامات المتعاقد التي ترد على أداءات محددة مسبقاً لحظة إبرام العقد.

---

[١] يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد أوالشركات بقصد القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار عام، ويتم العمل لحساب الشخص العام، ويقصد بتحقيق المنفعة العامة في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة في العقد.

راجع : د. محمد أنس جعفر: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٧، ص٤١.

– حكم محكمة القضاء الإداري ٢٨٤، لسنة ٨ق في ٢٣ من ديسمبر ١٩٥٦. مجموعة الأحكام – السنة ١١ ص١٠٤.

أما في عقود المشاركة فإنه يبدو من الصعب تحديد مدى التزامات المتعاقد بدقة لحظة إبرام العقد بسبب طبيعة التزامات المتعاقد المركبة المشتملة على كثر من الالتزامات، وبصفة خاصة في مشروعات البنية الأساسية حيث يتعلق العقد بالإنشاءات والتشغيل والصيانة في مقابل مبالغ مالية دورية تدفعها الجهة الحكومية المتعاقدة قد لا تتحدد إلى في مرحلة لاحقة على إبرام العقد.

(ج) التمييز بين عقد المشاركة وعقد الـ (B.O.T):

يعرف عقد الإنشاء والتشغيل وإعادة الشروع " " B.O.T" بأنه اتفاق تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، وتملك أو استئجار اصول هذا المرفق وتشغيله – بنفسه أو عن طريق الغير – ويكون عائد تشغيل المشروع – في معظمه – خالصاً له طول مدة الترخيص، ويلزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أحد أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه[١]

ويقترب نظام عقود المشاركة من نظام عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع (B.O.T) من حيث أنه في كل من العقدين يسند إلى الطرف من القطاع الخاص

---

[١] راجع في ذلك

- UNIDO " B.O.T" Guidelines, Op.Cit.,P.3.
- د / هاني صلاح سري الدين : الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٦٩ السنة ١٩٩٩، صـ١٧٢
- المستشار د / محمد أبو العينين: المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية " B.O.T" ووسائل حسم منازعاتها– – بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ " B.O.T" الذي عقده مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بفندق شيراتون هليوبولس القاهرة في ٧–٩ أكتوبر ١٩٩٧، ص٣.

إنشاء مشروع معين وأن الحقوق المالية يتحدد بالنتائج المالية للإستغلال لا بمبدأ الثمن[١].

كما يخضع النظامان لمبدأ العلانية وحرية المنافسة في التعاقد، وأن الهدف منها يكمن في الاستفادة من إمكانيات القطاع الخاص في مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية ذات التكلفة العالية كمشروعات الطاقة والمياه والنقل والطرق والمطارات والموانئ.....

بينما يختلفان في طريقة اقتضاء المقابل المادي. إذ بينما يكون اقتضاء المقابل المالي في عقود (P.O.T) نتيجة استغلال المشروع سواء كان المنتفعون بخدمات ذلك المشروع هم جمهور الناس أو الجهة الحكومية ذاتها، فإن المتعاقد في عقود المشاركة يتقاضي المقابل المالي من الجهة التي تتعاقد معه على طريقة أقساط دورية.

كما أنه في عقود الـ (B.O.T) تتخلى الجهة الإدارية عن المشروع للمتعاقد ليقوم بإدارته واستغلاله دون تدخل من تلك الجهة، بينما تسمح عقود المشاركة بنوع من الرقابة للجهة الحكومية المتعاقدة باعتبارها شريكاً في العقد.

ونخلص من ذلك كله إلى أن عقد المشاركة هو عقد يتم بين جهة حكومية معينة وأحد أفراد القطاع الخاص، ومحله أن يتولى هذا ال أخير مهمة إنشاء وإدارة مشروع من المشروعات العامة التي تؤدي خدمة للجماهير مقابل ثمن مالي يتقاضاه من الجهة الحكومية المتعاقدة يتم الاتفاق علي طريقة أداءه ويحدد العقد حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين.

---

(١) راجع في هذا الموضوع : د. محمد أنس جعفر: سابق الإشارة إليه، ص٦٤ وما بعدها، د. جابر جاد نصار: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٢١، د. دويب حسين صابر: الإتجاهات الحديثة في عقود الإلتزام وتطبيقاتها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية " البوت " رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦،ص ٣٣ وما بعدها.

المبحث الثاني

نشأة وتطور عقود المشاركة

شهد العقدان الأخيران من القرن العشرين تحولاً كثيراً في سياسات الدول المتقدمة منها والنامية والتي اتجهت بصورة واضحة إلى تحرير الاقتصاد وإعطاء الدور الأكبر للقطاع الخاص في قيادة عملية التنمية في تلك الدول، وكان الاتجاه نحو نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص أثر لتجارب واسعة في التخصيصية، وكانت إنجلترا من أول الدول التي عرفت هذا النظام منذ عام ١٩٩٠ وبعد تطور طويل عرفت فرنسا نظام المشاركة، منذ عام ٢٠٠٤، وأخذت كثير من الدول العربية بهذا النظام وأحدث صداة في قوانين تلك الدول، لذلك قد يكون من المفيد أن نبحث بإيجاز في تجارب تلك الدول من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول : نشأة عقود المشاركة في المملكة المتحدة.

المطلب الثاني : نشأة عقود المشاركة في فرنسا.

المطلب الثالث: نشأة عقود المشاركة في بعض الدول العربية.

المطلب الأول

نشأة عقود المشاركة في المملكة المتحدة

بدأ الاتجاه نحو إعطاء دور أكبر للقطاع الخاص في قيادة عملية التنمية في المملكة المتحدة في عام ١٩٩٠ في عهد حكومة رئيسة الوزراء السابقة " مارجريت تاتشر" حيث أجريت دراسات أوصت بضرورة تمكين القطاع الخاص من تمويل المشروعات العامة للتخفيف من العبء من الموازنة العامة للدولة، في مقابل أن تقوم الدولة بتقديم مستحقات القطاع الخاص بطريقة مجزأة على أقساط لا ترتب أعباء ثقيلة خلال وقت محدود على الموازنة العامة.

وقد عرفت هذه العقود في المملكة تحت مسمى Private finance initiative (P.FI) الذي يشير إلى مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة واستغلالها وصيانتها في مقابل مالي يحصل عليه من الحكومة على أقساط شهرية أو نصف سنوية " حسب الاتفاق"[١]

وفي سبيل ذلك قامت الحكومة بإلغاء القواعد التي كانت سارية في عام ١٩٨٩ حيث كانت تجعل الدور الأكبر في تمويل المشروعات العامة لميزانية الدولة[٢].

---

(1) E: Campagnac, cooperation, gestion du risqué et techniques contractulles dans les nauveawx partenaraits puflics prives colloque «la metamorphose des organisations , laboataire techniques Territoriales et societes – Ecole Nationale des ponts et chaussees, sur le site : http: //www.univ-nancyzfr /colloques /metamorphose /communication /compagnac%20oE.Pdf.

(2) Raport de la societe des directeurs des musees montrealais (mm): partenarait public-prive (ppp)le cas de ppp appleques au domaine de la culture, Mai 2005sur le site : http/ /www.museesmontreal. org/site/c/sdamm/file_db/SDMM-ppp-2.pdf.

لقد كان هدف الحكومة من اللجوء إلى هذا النظام هدفاً اقتصادياً حيث أن هذا النظام يؤدي إلى أحداث بنية أساسية جديدة في المجالات الحيوية كالصحة والتعليم ومياه الشرب. ومن ناحية ثانية فإن هذا النظام بهدف إلى تخفيض الدين العام بعدم تكلفة ميزانية الدولة ويغني عن اللجوء إلى الاقتراض إذ أن القطاع الخاص سيتولى عملية تمويل الإنشاءات الحيوية بهدف توفير خدمة جيدة وبمقابل جيد بعد أن ثبت أن سيطرة الدولة على القطاع الاقتصادي قد أدت إلى نتائج سلبية، ومن ناحية ثالثة فإن نظام (P.F.I) سوف يسمح للدولة أن تلجأ إلى التمويل من القطاع الخاص لتمويل عمليات الإنشاء والاستغلال مع تطبيق الطرق الحديثة في إدارة المشروعات دون أن تفقد أصل المرفق الذي سيظل تحت إشرافها الكامل خلافاً لمفهوم التخصيصية الكاملة.

وفي نوفمبر من عام ١٩٩٤ أوصت الحكومة بتفعيل نظام المشاركة (P.F.I) على مشروعات إنشاء الطرق بدلاً من النظام السائد.

واستجابة لهذا الاتجاه فقد شهد عام ١٩٩٥ كثيراً من مشروعات النفع العام التي جرى التعاقد على تنفيذها بنظام المشاركة، شملت إلى جانب الطرق الجسور والمشروعات المرتبطة بالمرافق العامة، كالمستشفيات والسجون، والعديد من المشروعات الحضرية الأخرى.

ولتفعيل هذا الدور في النشاط الاقتصادي تم إنشاء مؤسسة بالمشاركة بين القطاع الخاص والقطاع العام أطلق عليها Partnerships uk في صورة بنك بأخذ شكل نظام الاقتصاد المختلط حيث يتملك القطاع الخاص بنسبة ٥١% من رأس مالها بينما تظل نسبة ٤٩% الباقية ملكاً للقطاع الحكومي، وذلك للقيام بالمشروعات بنظام المشاركة (P.F.I) في المرافق الإنشائية التي يتم الموافقة عليها. وفي عملها فإن هذه المؤسسة لا تقتصر على تقديم استشارات للحكومة في هذا الشأن بتحديد المجالات التي يمكن تطبيق النظام بصددها، وإنما هي تتدخل كطرف متعاقد مكتسب، الحقوق ويتحمل كافة الالتزامات للمتعاقدين من الإدارة.

المطلب الثاني

نشأة عقود المشاركة في فرنسا

بعد تطور طويل في أساليب إدارة المرافق العامة بدأ بعقود الأشغال العامة، ثم عقود تفويض المرفق العام، اتجهت فرنسا إلى الأخذ بنظام عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، وقد قنن المشرع الفرنسي هذا الاتجاه بالأمر رقم ٥٥٩ – ٢٠٠٤ في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ والمسمى بالأمر المتعلق بعقود المشاركة les contrats de partenarait ، وصدرت بعد ذلك مراسيم لتحديد مجالات تطبيق الأمر السابق فأجازت لكل من الأشخاص المعنوية العامة (الدولة والأقاليم المؤسسات العامة) ولأشخاص القانون الخاص المكلفين بمهام المرافق العامة إبرام هذا النوع من العقود ومنها المرسوم رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ١٩من أكتوبر ٢٠٠٤ بإنشاء مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود، والمرسوم رقم ١١٤٥ – ٢٠٠٤ بتحديد طرق الإعلان التي يمكن استخدامها عند طرح هذه العقود.

وفي ضوء تلك النصوص فقد عرف عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص بأنه ذلك العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام طوال مدة العقد في مقابل ثمن يترتب علي عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة[١].

وللتأكيد على خصوصية وتميز هذا النوع من العقود عن العقود الإدارية فقد نصت المادة الثانية من الأمر رقم ٥٥٩ – ٢٠٠٤ على تفويض الحكومة أن تصدر أمراً يحدد الضوابط القانونية لعقود المشاركة على أساس مبادئ الإعلان والمنافسة والشفافية، متضمنا القواعد المتعلقة بالمقابل المالي المستحق للمتعاقد مع جهة الإدارة ومحل العقد ومراعاة الضوابط الحاكمة للمرفق العام.

لذلك فقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن عقد المشاركة وإن كان عقداً إجمالياً يشمل الإنشاء والاستغلال والإدارة فإن ذلك مما لا يخالف أي قاعدة

(1) Voir, G.vedel et P.Delvolve, Drait administrative, PUF, 12e, ed., paris, 1992, t.2,p.792.

دستورية، حيث أن النظام القانوني لهذه العقود يعتبر نظاماً مستقلاً عن القواعد العامة في إبرام العقود والتي يضمها تقنين الأشغال العامة تبرره المصلحة العامة والاعتبارات الفنية والاقتصادية للمشروع. (١)

ولضمان فعالية هذا النظام وكفاءته أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٤ ، في ١٩ من أكتوبر ٢٠٠٤ بإنشاء مؤسسة خبراء وتساعد على تطبيق هذا النوع من العقود(٢) la Mission d'appui a la realization des contrast de partenaraito، هذه الهيئة تتبع وزارة الاقتصاد والمالية وتنحصر مهمتها في تقويم الخبرة في مجال عقود المشاركة، مثل تقديم العون للأشخاص المعنوية العامة، أثناء التفاوض وإعداد العقود وكراسات الشروط ومتابعة تنفيذ العقود، على أن تدخل هذه المؤسسة بكون إجبارياً بالنسبة لعقود الدولة عند إعداد التقييم المبدئي للمشروع المرشح للتنفيذ بنظام المشاركة، ولكن للمشروعات الخاصة- أيضاً- أن تطلب إلى هذه المؤسسة تقديم دراسة واقتراحات بصدد أحد مشروعات المشاركة بصورة مبدئية.

(1) Voir, ce,28 Juin2003, Dcno2003. 413 surle site: www.conseil constitutlonnel. f.

(2) Decret n؛ 2004 -1119 du 19 october 2004 portant creation de la mission d'appui a la realisation des contrats de portenarait, jo n 296 du 21 octobre 2004

المطلب الثالث

نشأة عقود المشاركة في بعض الدول العربية

انتهجت كثير من الدول العربية نهج التخصيصية والاستعانة بالقطاع الخاص لتمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق عقود المشاركة، ولكننا سوف نقتصر هنا على التعرف على هذا الاتجاه ف كل من مملكة البحرين، وإمارة دبي وجمهورية مصر العربية كنموذج للدول التي أخذت لهذا الاتجاه.

في مملكة البحرين:

إستناداً إلى دراسة قامت بها وزارة الأشغال في مملكة البحرين بين عامي ٢٠٠٢، ٢٠٠٤ لدراسة بيئة العمل داخل الوزارة وخارجها توصلت إلى النتائج التالية:-

- طلب متزايد وبمعدلات غير مسبوقة على منشآت البنية الأساسية من طرق وصرف صحي، ومباني عامة، لتواكب الحركة العمرانية والمتصاعدة.
- موارد مالية محدودة ولا تكفي للقيام بأعباء تلك المنشآت وغير قادرة على مواكبة النمو العمراني المتزايد.
- توجه المملكة لتعزيز المشاركة بين القطاعين العام الخاص وذلك من خلال قرار مجلس الوزراء في جلسته رقم ١٣٨٦ بتاريخ ١٥ من مارس ١٩٩٦، عدداً من التوصيات المتعلقة باستراتيجية إدارة المصروفات العامة، الهادفة إلى تحقيق التوازن في الميزانية العامة للمملكة، والمرسوم الملكي رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٢ والقرار الوزاري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨ بشأن سياسات وضوابط الخصخصة.

وأشارت الوزارة إلى أن الحل يتمثل في تخلي الوزارة عن دور مقدم الخدمات إلي مشارك في الإشراف والتنظيم لهذه الخدمات، وتتوخي الوزارة من هذه المشاركة الفوائد التالية:

- سرعة توفير وتنمية الخدمات.
- الاستفادة من الموارد المالية للقطاع الخاص وتخفيض المصروفات الرأسمالية.
- إنتاجية أكبر من خلال تطوير الكفاءة والجودة.

- توفير قدرة تنافسية أكبر.
- معرفة متنوعة واكتساب تقنيات جديدة من خلال مشاركة القطاع الخاص.
- المشاركة في المسئولية وفي تحمل المخاطر.

غير أن نظام المشاركة في مملكة البحرين يواجه تحديات تتمثل في غياب الإطار العام لتنظيم شامل لعملية المشاركة بين القطاعين العام والخاص بكافة هياكله الإدارية والمالية والقانونية والفنية، وعدم وجود هيئة تنظيمية تراقب الاحتياجات والتعاقدات، وتمنع أية ممارسات احتكارية.

لذلك فإن خطة الوزارة لتعزيز المشاركة مع القطاع الخاص تتجه إلى إعداد ودراسة للقطاعات الرئيسية في الوزارة من قبيل بيوت الخبرة العالمية تشمل قطاعات الطرق والصرف الصحي وصيانة المباني، ويتضمن نطاق عمل بيوت الخبرة إعداد خطة استراتيجية ووضع للإطار العام للمشاركة بين القطاعين العام والخاص.

واختيار الأسلوب المناسب لتنفيذ برنامج المشاركة مع القطاع الخاص وتحديد المشروعات المستقبلية ضمن هذا التوجه – وحتى الآن – تم إيكال عدد من أعمال التشغيل والصيانة في مجال الصرف الصحي للقطاع الخاص لفترة تتراوح بين ٢ إلى ٥ سنوات.

كما يجري حالياً تنفيذ مشروع محطة توبلي لمعالجة مياه الصرف الصحي بعقد إداري مع القطاع الخاص منه ٧ سنوات. إضافة إلى ذلك يتم حالياً الترتيب لتنفيذ مشروع محطة المحرق لمعالجة مياه الصرف الصحي بعقد تخصيصي بنظام التحديث والبناء والتمليك والتشغيل (D.B.O.O) مدته ٢٧ عام.

وتطمح وزارة الأشغال البحرينية إلى إسناد العديد من المشروعات التنموية والخدمية للقطاع الخاص في إطار برنامج المشاركة الذي تسعى إلى تفعليه[١].

[١] انظر موقع وزارة الأشغال البحرينية ٢٠٠٨.

- http://www.bcci.bh.comm/doc/oct/5.ppt.

في إمارة دبي

لعل العامل الرئيسي الذي يكمن وراء نجاح أي مشاركة بين القطاعين العام والخاص يتمثل في الدور الذي تلعبه الحكومة، فالقوة المحركة لمثل هذا النوع من المشاركة يجب أن تكون الحكومة، وقد تجسد ذلك في النجاح الذي حققته دبي، حيث كانت الخصخصة العمرانية والسياحية التي تشهدها الإمارة كنتيجة مباشرة للشراكة المعنية بين القطاعين العام والخاص المدعومة برؤى وتوجيهات أصحاب القرار.

وقامت حكومة دبي بتحرير الأسواق من خلال إنشاء مناطق حرة وتبنى استراتيجيات تجارية مرنة في الوقت الذي حرصت فيه على إنشاء بيئة عمل مستقرة تحكمها آليات ضريبية وقانونية وتنظيمية عادلة، كما تم استثمار مهارات وأموال القطاع الخاص في تعزيز نمو الإمارة، ولازالت تفعل ذلك في الوقت الذي تواصل فيه الحكومة إطلاق مشروعات جديدة مبتكرة، ومعروف أن اقتصاد دبي لا يعتمد بشكل كبير على النفط اليوم، الأمر الذي يمكن أن يجعل منها نموذجا تحتذي به دول المنطقة بشكل عام حول كيفية استثمار الإمكانيات الكبيرة المتوفرة لديها دون الاعتماد المبالغ فيه على الموارد الطبيعية المحدودة وأساليب العمل التقليدية[١].

في جمهورية مصر العربية :

لم تكن مصر بعيدة عن هذه التطورات، ففي خلال عقدي الثمانينيات والتسعينيات من القرن العشرين، حيث أسرعت مصر الخطى نحو التحرر الاقتصادي في نطاق برنامج الإصلاح الاقتصادي الشامل – " بعد الاتفاق مع كل من صندوق انقد الدولي والبنك الدولي "– والذي استهدف معالجة الاختلالات الهيكلية وإحداث تغييرات جذرية في هيكل الإنتاج القومي في إطار الفلسفة العامة للإصلاح الاقتصادي ، التي تستند إلى تقليص دور الدولة وتدخلها المباشر في النشاط الاقتصادي، بحيث يقع العبء في إحداث التغيير المطلوب على القطاع الخاص

(١) انظر موقع Microsoft صفحة المركز الصحفي المؤتمر القيادات العربية ٢٠٠٥.
- http://www.microsoft.com/middleast/arabic/glf/article/.d

بحيث يصبح القطاع الرئيسي المحرك لعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية[١]، فيما عرف بسياسة "التخصيصية ".

وفي سبيل ذلك تم إصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١- (قانون قطاع الأعمال العام) – وقد سمح هذا القانون بتصفية الشركات الخاسرة سواء ببيع الأصول أو بالتأجير أو بعقود إيجار مع المتخصصين بهدف تحرير وحدات قطاع الأعمال العام من سيطرة الحكومة، كما أدى هذا النظام إلى تطبيق نظم الإدارة المتبعة في القطاع الخاص، أي بمعايير الكفاءة الاقتصادية في نطاق السوق[٢].

واستتبعت سياسة التخصيصية في مصر أن يكون للقطاع الخاص دور رائد في قيادة عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وبعد أن استقر في ذهن عامة الناس أن النشاط الاقتصادي لم يعد مهمة الدولة للتفرغ لأداء دورها في تحقيق العدالة الاجتماعية وتقديم الخدمات، وقد استتبعت هذه السياسة أن لجأت الدولة إلى طرح العديد من مشروعاتها في مجالات البنية الأساسية للقطاع الخاص[٣].

ولقد وجدت الحكومة أن أفضل طريقة لتمويل هذه المشروعات هو نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع " B.O.T" لما يوفره من تمويل دون أعباء على ميزانية الدولة أو اللجوء إلى الاقتراض الخارجي.

---

(٢) د / سامية عمار: محللات الاستثمار الخاص في الاقتصاد المصري، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، العدد ٤٥٣ السنة التسعون، يناير/ إبريل ١٩٩٩، ص٥٥.

(١) د / أحمد سيد مصطفى: التخصيصية البطيئة هي الحل، مقال بمجلة الأهرام الاقتصادي، العدد رقم ١٢٣٥، في ٢١ يونيه سنة ١٩٩٣، صـ٣٦.

(٢) بلغت استثمارات خطة التنمية الاقتصادية لعام ٢٠٠١/٢٠٠٢، ٨٥٤ مليار جنية ينفذ القطاع الخاص ٧٠% منها تقرير التنمية البشرية في مصر من إعداد مركز التخطيط القومي، ٢٠٠٠، طبع مطابع الأهرام التجارية ، مصر ، ص٦١.
– انظر أيضاً : البنك الدولي : تقرير عن التنمية في العالم ١٩٩٩/٢٠٠٠، جدول رقم ١٦، صـ٢٦٠.
وقارن : تقرير التنمية البشرية الشاملة في مصر من إعداد مركز دراسات وبحوث الدول النامية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، عام ٢٠٠١، ص٩٦، حيث ذكر أن مساهمة القطاع الخاص في الاستثمار المحلي بلغت ٦٦,٦%، عام ١٩٩٩–٢٠٠٠

بيد أنه نظراً للفشل الذي مني به نظام " B.O.T" [١]، فقد بحثت مصر عن نظام آخر يعطي الدولة فرصة للمشاركة والرقابة في المشروعات دون التخلي عن الملكية، وكان أن وجدت ذلك في نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص.

وأخيراً بدأت الدولة في اللجوء إلى عقود المشاركة لإنشاء وتنمية البنية الأساسية كمرحلة أخرى من مراحل التطور القانون الاقتصادي.

بيد أن الاتجاه إلى هذه العقود يواجه بصعوبات كبيرة جعلت نسبة مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية في الفترة من ١٩٩٩ إلى ٢٠٠٤ لا تتجاوز ستة عشر مشروعاً بنسبة ٣٧% من إجمالي المشروعات المنفذة خلال تلك الفترة، ومرد هذه الصعوبات إلى قصور التنظيم التشريعي، حيث لا تصلح التشريعات الحالة كقانون التزام المرافق العامة، وقانون المناقصات والمزايدات للتعامل بصورة صحيحة مع الجوانب المالية والفنية والإدارية لعقود المشاركة، الأمر الذي يستدعي تدخلاً عاجلاً من المشرع لإصدار تشريع ينظم كافة صور عقود المشاركة ويحدد الأجهزة والمؤسسات التي تدعم هذا النظام.

ولقد أحسن المشرع المصري صنعاً عندما أصدر القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٩ بتعديل قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٦ لسنة ١٩٩٨ فأضاف مادة جديدة برقم ١٨ (مكرر) نصت على أن " يجوز أن يكون التأمين النهائي للمشروعات التي يتم التعاقد عليها بين الجهات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون وبين القطاع الخاص أو قطاع الأعمال العام في مجال البنية الأساسية بما لا يقل عن ٢% ولا يجاوز ٥% من نسبة الأعمال المتفق عليها على تنفيذها سنوياً طبقاً للبرنامج الزمني للتنفيذ، ويتم تحديد نسبة التأمين النهائي بالاتفاق مع السلطة المختصة ووزارة المالية قبل طرح المشروع ويلتزم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين المشار إليه خلال ستين يوماً

---

[٣] كان من بين أسباب هذا الفشل أن المستثمرين الأجانب الذي تعاقدوا لتنفيذ مشروعات "B.O.T" في مصر لجأوا إلى البنوك المحلية للحصول على التمويل اللازم لتلك المشروعات، الأمر الذي أدى إلى نقص السيولة المتاحة واستنزاف العملات الأجنبية المتاحة لدى البنوك الوطنية وعلى سبيل المثال فقد حصل المستثمرين المتعاقدين لتنفيذ محطة كهرباء (سيدي كرير) على تمويل قدره (١٣٢) مليون دولار من البنوك الوطنية، د. حمدي عبد العظيم البناء والتشغيل والتحويل ، سابق الإشارة إليه ، ص ٩.

من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول وقبول عطائه ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد هذه المهلة بما لا يجاوز ثلاثين يوماً ، ويكون رد التأمين النهائي المشار إليه بعد إتمام تنفيذ الأعمال التي تم داء التأمين عنها وذلك بناء على شهادة تصدرها السلطة المختصة بشرط أداء التأمين النهائي عن الأعمال التي سيتم تنفيذها خلال السنة التالية.

ويقتصر تطبيق أحكام الفقرتين السابقتين على المشروع الذي تتم إجراءات طرحه تحت إشراف وزارة المالية والذي تتوافر الشروط التالية:

١ – أن يكون محل المشروع مجموعة مركبة من الأعمال والخدمات وغير ذلك من الأعمال المرتبطة بالمشروع.

٢ – ألا تقل مدة المشروع عن ثلاث سنوات.

٣ – أن تتضمن شروط طرح المشروع على عدم أداء مقابل عن الأعمال التي تم تنفيذها[١] والذي يستفاد من النص السابق فقط هو، جواز ا لجوء إلى القطاع الخاص لتنفيذ مشروعات مشتركة، إلا أنه لا يغطي القصور التشريعي حول هذه المشروعات.

وفي الإطار المؤسسي، أنشئت في وزارة المالية الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص، وهي مركز للخبرة مكلف بمهمة تقديم ونشر سياسة المشاركة بين القطاع العام والخاص، وتطوير الممارسات الخاصة لتنفيذ المشروعات ولعب دور حيوي في تقديم المشروعات الأولى، وقد سعت الوحدة إلى كسب مساعدة ومعرفة الخبراء المحليين والدوليين، حيث أن هذه الوحدة المركزية للشراكة إنما هي إدارة من إدارات وزارة المالية تم تكليفها بالإشراف على هذه السياسة وتنفيذها.

ولقد تولت الوحدة مهمة الدراسة والتطبيق وتقوم بالتنسيق مع المسارات المعنية والقطاع الخاص بتطوير برنامج المشاركة ووضع الإطار التنفيذي له في إطار خطة عمل واضحة وأحد المهام الرئيسية للوحدة هو التأكد من أن المقترحات الخاصة

[١] الجريدة الرسمية، العدد ١٤ تابع في ٢ أبريل ٢٠٠٩.

لمشروعات المشاركة قائمة على تحليل جيد للاحتياجات الفعلية ولقيمة هذه المشروعات، كما ستتأكد هذه الوحدة من حصول هذه المشروعات على الموافقات الضرورية على ميزانياتها وأن اختيار الشركاء قائم على أساس من المنافسة العادلة[١].

وتسعى الدولة من وراء تطبيق عقود المشاركة إلى معالجة قصور التمويل الحكومي بغرض قيادة مشروعات التنمية الاقتصادية والاجتماعية بشكل مضطرد ومستمر وتوسيع الملكية الخاصة بهدف تفضيل التوجه نحو الاقتصاد الحر والاستفادة من الاستثمار الخاص لتطبيق بعض سياسات الإصلاح الهيكلي والمؤسسي.

(١) انظر موقع وزارة المالية المصرية

- http://www.mof.gov.4g/arabic.

الفصل الثاني

التكييف القانوني لعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص (p.p.p)

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتكييف القانوني لعقد ما رده إلى نظام قانوني معين يحدد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، والقانون الذي يحكمه، والنظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه.

في هذا الإطار ومن خلال سعيها في سبيل الإعمار وتحقيق التنمية الاقتصادية تبرم الدول الكثير من العقود التي تخضع لأنظمة قانونية مختلفة[١].إدارية ومدنية، وتجارية، ودولية، ونظراً لاختلاف هذه العقود واختلاف الأنظمة القانونية التي تخضع لها، اختلف القضاء والفقه في تحديد التكيف القانوني للعقود التي تبرمها الدولة في مجال إنشاء البنية الأساسية وتحقيق التنمية الاقتصادية ومنها عقود الـ (p.p.p) فأدرجها البعض ضمن العقود الإدارية، في حين يرى البعض أنها ذات طبيعة مدنية، ويرى البعض الآخر أنها تنتمي إلى العقود التجارية بينما يرى البعض أنها تدخل ضمن عقود التجارة الدولية.

وللتميز بين عقود الدولة المدنية وعقودها الإدارية أهمية كبرى، إذ يترتب على هذا التمييز تحديد مضمون الالتزامات التي تنشأ عن هذه العقود والقواعد القانونية التي تحكمها سواء أكانت قواعد القانون الخاص أو قواعد القانون العام. كما يترتب على هذا التمييز تعيين الجهة القضائية التي تختص بنظر ما يثور حول العقد من

---

(١) راجع في ذلك بصفة عامة

د / هشام على صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص١٤ وما بعدها. د / حسام عيسى: عقد نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية للتنمية الدولية، دار المستقبل العربي، ١٩٨٧. د / سلامة فارس عرب: وسائل معالجة ظاهرة اختلال توازن العقود في قانون التجارة الدولي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٣ وما بعدها.

منازعات، فيفصل فيها القضاء الإداري، إذا نشأت عن أحد العقود الإدارية، ويختص بها القضاء العادي إذا كان الأمر متعلقا بعقد من العقود المدنية.

وللوقوف على حقيقة التكييف القانوني لعقود المشاركة (p.p.p) وردها إلى نظام قانوني يتلائم مع طبيعتها الاقتصادية والذاتية، لابد أن تتناول هذه الآراء بالبحث والتحليل في ضوء أحكام القانون، واجتهادات الفقه وتطبيقات القضاء من خلال مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : عقود المشاركة من قبل العقود الإدارية.

المبحث الثاني : عقود المشاركة من قبل عقود القانون الخاص.

المبحث الأول

عقد المشاركة من قبيل العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم

ذكرنا فيما سبق أن عقد المشاركة (p.p.p) يبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص العامة التي تمثلها) مع أحد أشخاص القانون الخاص بغرض إنشاء مشروع من المشروعات التي تعود بالنفع على الجماهير.

ونظراً لتدخل الدولة – على هذا النحو – كطرف في العقد فقد رأي البعض الحاقة بالعقود الإدارية، بيد أن شروط العقود الإدارية قد لا تتفق مع عقد (p.p.p) إضافة إلى أن ظروف نشأة هذه العقود، والهدف الذي تصبو إليه قد يتطلب إدخالها تحت نظام قانوني آخر خلاف العقود الإدارية .

وحتى نستجلي حقيقة الأمر. نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : حجج القائلين بأن عقد (p.p.p) من العقود الإدارية.

المطلب الثاني : تفنيد الرأي القائل بأن عقد (p.p.p) من العقود الإدارية.

المطلب الأول

حجج القائلين بأن عقد (p.p.p) من العقود الإدارية

رد فقه القانون العام [١]. عقود المشاركة إلى عقود القانون العام، فهي بذلك تقترب عندهم من عقود الامتياز أو عقود الأشغال العامة. وعلى ذلك يعرفون عقد

---

[١] راجع في ذلك

- G. vedel et p.Delvolne, Droit administrative , PUF, 12 eed.,paris, 1992,t-P792.

=

المشاركة بأنه عقد إداري تبرمه جهة الإدارة مع أحد المتعاقدين الذي يتولى من خلال تلك العقود تمويل إنشاء وتشغيل وصيانة مرفق ما في مقابل مبالغ مالية دورية تحت إشراف ورقابة جهة الإدارة المتعاقدة.

ويستند هذا الفقه في تقريره عن ذلك إلى الأسانيد الآتية:

أولاً : أن عقود المشاركة p.p.p عقود إدارية بنص القانون على ما ورد في المادة الأولى من أمر ١٧ يونية ٢٠٠٤ (الفرنسي).

ثانياً : أن عقد المشاركة p.p.p قد استجمع كل أركان العقد الإداري، حيث استقر القضاء الإداري [١]. على أن العقد يكون إدرياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمنا شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ويترتب على هذا الرأي النتائج التالية :

١ – خضوع العقد لمراجعة مجلس الدولة إذا زادت قيمته عن خمسة آلاف جنية.

٢ – إذا لم يحتو على نص يقضي بالتحكم يخضع العقد للقضاء الإداري.

= – M.Viviono, l'execution des marches puflics et des delegations des service public, PA, 2 feverier 2000, no 23, P.31.

– S.Braconmier, Un contract en peril : Le masrchie d'entreprise de travdux public, RFDadm, 1999,P.1/72.

وانظر أيضاً : حكم مجلس الدولة الفرنسي:

– CE, 15 avril 1996, Prefet des Bouches – du – Rhone c/ commune des lamfesc, req.No 168325.

- د. رجب محمود طاجن، سالف الإشارة إليه ، صـ ١ ، ١٦ ، ٢٢، ٥٤، ١٢٠.

[١] المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣، مجموعة الأحكام، السنة ٧، صـ ٥٢٧، الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٩. مشار إليه في موسوعة المستشار حمدي يس: العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٨، صـ٦٧، الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٤، مشار إليه في موسوعة المستشار حمدي يس، المرجع السابق، صـ ٦٧.

المطلب الثاني

تفنيد الرأي القائل بأن عقد (p.p.p) من قبيل العقود الإدارية

إن استخدام تعبير المشاركة أو المشاركة (partenarait) بالإضافة إلى أن ظروف نشأة تلك العقود والهدف الذي تتوخاه الدولة من تلك العقود يجعلها لا تنسجم مع قواعد القانون الإداري ويقتضي إخضاعها لنظام قانوني يتناسب مع طبيعتها وما تهدف إليه.

ويمكن الرد على حجيج فقه القانون العام على النحو التالي:

أولاً : استخدم المشرع الفرنسي تعبير (المشاركة) Partenarait لوصف هذه العقود وكان ذلك في الأمر رقم ٥٥٩ /٢٠٠٤ في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ سالف الإشارة إليه والمسمى بالأمر المتعلق بعقود المشاركة : Les contrats de partenarait. ، واستخدام تعبير المشاركة على هذا النحو يوحي بأن المشرع الفرنسي إنما يتجه إلى شيء آخر بخلاف عقود القانون العام المألوفة (امتياز المرافق العامة ، الأشغال العامة ...) كما أن فكرة المشاركة تقتضي تقاسم الأرباح والخسائر، وهذه المشاركة تختلف عن عقود القانون العام التي يذعن فيها الطرف المتعاقد مع الإدارة لما تمليه عليه، ويخضع لمراقبتها، ولو أراد المشرع إخضاع تلك العقود للقانون الإداري لاستخدام المصطلحات المألوفة في نطاق ذلك القانون.

كما شاع استخدام تعبير (المشاركة) أو (الشراكة) في كل الدول التي عرفت هذا النظام يضاف على ذلك أن المشرع الفرنسي قد أخضع إبرام عقود الـp.p.p للعديد من الضوابط القانونية حتى تأتي منسجمة مع الهدف الذي تتوخاه، حيث استلزم إجراء دراسات وتنقيحات لموضوعات العقد يثبت من خلالها توافر مبررات اللجوء إلى مثل تلك العقود بالإضافة إلى شروط أخرى تتعلق بالتفاوض التنافسي واختيار المتعاقدين من خلال العلنية والشفافية، واستلزام هذه الشروط الغير مألوفة في إبرام العقود الإدارية ينفي إمكانية إدراجها ضمن هذه العقود.

وتأكيداً لهذا الاتجاه ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن عقد المشاركة وإن كان عقداً إجمالياً يتضمن الإنشاء والاستغلال والإدارة، فإن ذلك مما لا يخالف أي قاعدة أو مبدأ دستوري حيث أن النظام القانوني لهذه العقود يعتبر نظاماً مستقلاً عن القواعد العامة في العقود الإدارية (قانون الأشغال العامة) تبرره المصلحة العامة والاعتبارات الفنية والاقتصادية للمشروع[١].

وفي حكم آخر قرر المجلس الدستوري أن المرسوم الذي سيصدر بتحديد هذه العقود يجب أن يحدد أوجه مخالفة أو خروج أحكام عقود المشاركة على القواعد العامة في العقود بما يبررها استناداً إلى اعتبارات المصلحة العامة كالاستعجال المحدد بالنظر إلى الظروف الخاصة أو المحلية، أو الضرورة المرتبطة - وظيفية أو اقتصادية - لإحدى التجهيزات، أو لأحد المرافق المحدودة، فالمجلس يرى أن هذه الظروف تبرر إبرام عقد المشاركة دون اتباع إجراءات التعاقد العامة، وينتهي إلى أن النصوص المشار إليها لا تخالف المادة السادسة من قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ ولا تجاوز قرار المجلس الدستوري الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٣ [٢].

ومهما يكن من أمر فإن كان عقد المشاركة يعتبر عقداً إدارياً في فرنسا، فليس هناك ضرورة لأن تنتقل هذه الصفة للعقد إلى بلدان أخرى.

---

(1) CE,26Jain 2003/ DC no 2003 - 473, sur le site www. songel enstitutione.Fr.

(2) CE. 29 October2004, M. Sueure et a,. reeqno 269814 - 171119 - 271357-2713620. sure le site.
http://www.conseil-etat.fr.jurispd.index.ac.1do442.shtml

ثانياً: عدم توافر شروط العقد الإداري:

لما كان المعيار المميز للعقد الإداري كما يصوره الفقه الإداري الفرنسي والمصري – يرتكز على ثلاثة شروط لابد أن تتوافر مجتمعة هي[١].

- وجود الإدارة طرفاً في العقد.
- اتصال العقد بمرفق عام، بأن يتعلق بإدارة أو تنظيم أو استغلال المرفق العام.
- إتباع أساليب القانون العام بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.

---

(١) راجع في ذلك : د / سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة ، ١٩٩١، صـ٥٩ وما بعدها. د / محمد فؤاد مهنا، مبادئ القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، المجلد الثاني ١٩٧٨، صـ٧١٣، وما بعدها / ثروت بدوي: المعيار المميز للعقد الإداري، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصادي، حقوق القاهرة، السنة الساعبة والعشرين، العدد الثالث والرابع، سبتمبر وديسمبر ١٩٥٧، صـ ١١٥ وما بعدها. وانظر لسيادته أيضاً: النظرية العامة في العقود الإدارية . دار النهضة العربية، ١٩٩٠، صـ٢.

- JACQUES Geargel. Contrats de l'administration, contrats administratifs par nature, juris classeur administrative fasc. 502, 1971, et suiv.
- Prospar weil, la critere du contrat administratif en crise. Melages offerts a waline, le juge et le droit public tome 2, paris 1974, p.831 et SS.

وانظر من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذه العقود :

- C.E 12 Juillet 1949, Perez, .R.P. 350.
- C.E2, 1951 ste Mintere du cop corse R.P.383.

لذلك فإن وجود الإدارة طرف في عقد ما لا يجعله مباشرة عقد إداريا ما لم يتوافر الشرطان الآخران، وهما اتصال العقد بمرفق عام واتباع أساليب القانون العام بشأنه، فكون الإدارة طرفاً في العقد لا يستلزم بالضرورة إسباغ الصفة الإدارية عليه، فالقانون العام يقوم على ضرورة إحاطة نشاط الدولة بسياج متين من الحقوق والضمانات الاستثنائية التي لا يسمح بها القانون الخاص ولا يقرها في الروابط بين الأفراد بعضهم وبعض كحق التنفيذ المباشر، وحق نقض العقود أو تعديلها، إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، غير أنه من المسلم به في فقه القانون العام أن الدولة إذا شاءت أن تتخلى عن الاحتماء وراء هذه الحقوق والضمانات وأن تضع نفسها على قدم المساواة مع الأفراد عندئذ يخضع نشاطها للقانون الخاص، وتختص المحاكم العادية، دون القضاء الإداري، بفض المنازعات التي يثيرها هذا النشاط، ويعبر الفقه الإداري عن هذه الحقيقية بالتفرقة بين ما يسميه بأسلوب (الإدارة العامة)، وأسلوب (الإدارة الخاصة) [١].

كما أن الأشخاص المعنوية العامة التي يمكن أن تدخل طرفاً في العقد ليست سواء، فهناك من هذه الأشخاص ما يعد باعتراف الفقه والقضاء الإداريين من أشخاص القانون الخاص وبالتالي تخضع العقود التي تبرمها لقواعد القانون الخاص.

(ب) اتصال العقد بمرفق عام:

لا يكفي أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً لإضفاء الصفة الإدارية عليه، بل يجب أن يتصل هذا العقد بمرفق عام وإذا كان صحيحاً أن الكثير من عقود الـ (P.P.P) تتصل بمرفق عام، فالتساؤل الذي يثور في هذا المقام يدور حول مدى إسباغ الصفة الإدارية على هذه العقود؟ من جانبنا نعتقد أن اتصال العقد بمرفق عام لا يبرر خلع الصفة الإدارية على هذا العقد، للأسباب الآتية:

---

[١] راجع في ذلك :

- CHARLIER: La nation Joridique de service public" Andustriel ou commercial" J.C.P 1955 doctrine no 1210, No 44,331.

- د / أكثم أمين الخولي: الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثاني، إبريل- يونيو١٩٥٥، صـ٣١ وما بعدها.

من جانبنا نعتقد أن اتصال العقد بمرفق عام لا يبرر خلع الصفة الإدارية على هذا العقد، فقد تحبذ الدولة إدارة بعض المرافق العامة الاقتصادية عن طريق وسائل القانون الخاص، فالدولة وأشخاص القانون العام بوجه عام تلجأ في ممارسة نشاطها ذي الطبيعة التجارية إلى أسلوب الإدارة الخاصة المتبع في إدارة المشروعات التجارية، وعلى ذلك تقوم نظرية المرفق الصناعي أو التجاري على اتخاذ الإدارة في تسييره وتنظيمه أسلوباً لا يختلف عن مثيله في المشروعات الخاصة[١].

واستبعاد أساليب القانون العام في التعامل التجاري للدولة ليس نتيجة حتمية للطبيعة التجارية للنشاط، بل هو مجرد أسلوب عملي تلجأ إليه الإدارة، طواعية– كأسلوب ناجح لمباشرة نشاطها التجاري، ولو كان لهذا النشاط صفة المرفق العام لأن تذرعها بوسائل القانون العام في هذا المجال ينفر الغير من التعامل معها، وهو ما لا يسمح بنجاح المشروع في محيط الحياة التجارية[٢].

إن عقود الـ (P.P.P) قد لا تتصل بمرفق عام، وإنما تتعلق بمشروعات أخرى " استثمارية"، لا علاقة لها بالمرافق العامة، فالمرفق العام يعرف بأنه نشاط تمارسه جماعة عامة بهدف إشباع حاجة من الحاجات التي تحقق الصالح العام[٣].على حين أن عقد الـ (P.P.P) قد ينصب على مشروع ليس له علاقة بحاجات الجماهير، مثل المشروعات التي تستثمر فيها الدولة مواردها بغرض الربح، وهو ما يعرف في الفقه الإداري " الدومين الخاص" .

---

(١) راجع في ذلك :

- CHARLIER: La nation Joridique de service public" Andustriel ou commercial" J.C.P 1955 doctrine no 1210, No 44,331.-

(٢) الدكتور/ أكثم أمين الخولي: الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثاني، إبريل– يونيو١٩٥٥، صـ٣١ وما بعدها.

(٣) د : سليمان الطماوي : المبادئ العامة للقضاء الإداري، الطبعة الثالثة، ١٩٥٩، صـ ٢٦٢، د / سعاد الشرقاوي: القانون الإداري سابق الإشارة إليه، صـ١٠١.

(ج) أما الشروط الاستثنائية فهي تلك التي تقرر عدم المساواة بمنح الشخص العام مركزاً أعلى من المتعاقد معه بقصد تحقيق المصلحة العامة[١].

ولا ريب أن طبيعة عقود القانون الخاص تأبى بشكل حاسم الشروط الاستثنائية، التي لا نظير لها في العقود التي تتم في نطاق القانون الخاص.

الواقع أن تطبيق نظام "p.p.p" يستلزم تدخلاً إيجابياً من الدولة في ظل الآلية الاقتصادية التي تحدد المشروع ومواصفاته الفنية في ضوء احتياجاتها المالية والاقتصادية والاجتماعية، فهو نظام تلجأ إليه الدولة إذا اضطرتها الظروف المالية لنقص التمويل، وخشية الوقوع تحت وطأة الديون الأجنبية، ولهذا تحرص معظم الدول على جذب الاستثمارات الأجنبية، وتمنح التسهيلات والضمانات في سبيل ذلك، كما يتم اختيار شركة المشروع في إطار من المنافسة والعلانية ويتم إنشاء المشروع وتشغيله طبقاً لتقنية وتكنولوجيا متقدمة[٢].

كما أن التوجه الاقتصادي والسياسي للدولة نحو الاقتصاد الحر، وتوسيع قاعدة الملكية الخاصة، وانتشار ظاهرة العولمة، كل ذلك يجعل تميز الجهة الحكومية المتعاقدة بامتيازات غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، يناقض الفلسفة الاقتصادية لهذه المشروعات وحاجة الدولة إليها، وينفر المستثمرين – وخاصة الأجانب – من التعامل معها، ويؤدي في النهاية على أن الجهة الحكومية المتعاقدة لن تجد مستثمراً يكون لديه القدرة اللازمة لإنشاء المشروع الذي ترغب الدولة في إنشائه تحقيقاً للتنمية المنشودة ، يرغب في التعاقد معها .

وعلى ذلك فلا مجال لتطبيق شروط استثنائية غير مألوفة في العقود التي تبرم مع أفراد القطاع الخاص بنظام الـ (P.P.P) الأمر الذي ينفي عنه الطبيعة العامة، والمستقر فقهاء وقضاء – على النحو الذي سبق أن أوضحناه– أن الشروط الثلاثة لإضفاء الصفة الإدارية على العقد ، لابد أن تتوافر مجتمعة، إلا كان العقد مدنيا.

---

(١) د. سليمان الطماوي: سابق الإشارة إليه ، صـ٩٣-٩٦.

(٢) راجع في ذلك د / محمد عبد الحميد القاضي: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية،دار النهضة العربية،٢٠٠٢، صـ٨٠-٨١.

المبحث الثاني

عقود المشاركة (P.P.P) من قبيل عقود القانون الخاص

تمهيد وتقسيم:

أبدينا في المبحث السابق الأسباب التي تؤيد عدم إمكان ضم عقود المشاركة (P.P.P) إلى عقود القانون العام. وفي نطاق العقود الاقتصادية التي تبرمها الدولة مع طرف من القطاع الخاص بغرض إنشاء المشروعات الهامة ومن بينها عقود المشاركة ، فقد ذهب رأي في الفقه إلى أن هذه العقود من قبيل عقود القانون الخاص، ومن ثم تخضع لقواعد القانون المدني أو القانون التجاري (إذا استخدم طرفا العقد في تعاقدهما أساليب ذلك القانون) وقد تحتوي تلك العقود على عنصر أجنبي، الأمر الذي يدخلها في نطاق عقود التجارة الدولية ولما كان هذا الرأي له حججه وأسبابه التي يستند إليها، فقد كان علينا أن نناقشه من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول : الأسباب التي تبرر إدخال عقود المشاركة (P.P.P) في نطاق عقود القانون الخاص.

المطلب الثاني : مدى تجارية عقود المشاركة (P.P.P).

المطلب الثالث : مدى إمكان اعتبار عقود المشاركة من عقود التجارة الدولية.

المطلب الأول

الأسباب المبررة لإدخال عقود المشاركة (P.P.P) في نطاق عقود القانون الخاص

يذهب الرأي الراجح[١]. إلى أن العقود التي تبرمها الدولة مع أطراف من القطاع الخاص (ومن أمثلتها عقود B.O.T) وعقد (P.P.P)، يمكن ضمها إلى عقود

---

[١] د / محمد بهجت فايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T" أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T.) دار النهضة العربية ،= = القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٨، ٢٩؛ د / هاني صلاح سري الدين: الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك التشغيل والتحويل في مصر، بحث منشر بمجلة القانون والاقتصاد، العدد رقم٦٩، سنة ١٩٩٩،

القانون الخاص- ما لم نوضح إرادة أطرافها عن أنهم قد ارتضوا التعاقد تحت مظلة القانون العام. عندئذ تخضع تلك العقود لقواعد القانون المدني أو القانون التجاري، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي.

ويؤسس هذا الرأي على الأسانيد والحجج التالية:

(أ) جميع هذه العقود تقوم على أساس مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين"، ويسودها مبدأ " سلطان الإرادة " ولهذا تعد عقوداً من عقود القانون الخاص. وهذه العقود من الناحية العملية، تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين، ودون أن يكون للجهة الحكومية المتعاقدة سلطات تميزها عن الطرف الآخر، فليس فيها شروط استثنائية غير مألوفة في تعامل الأفراد بعضهم مع بعض، فالتعامل يتم على قدم المساواة.

(ب) الصفة الاقتصادية لعقد الـ " P.P.P "

إن نظام الـ " P.P.P" صورة حديثة من صور تمويل المشروعات حيث يقوم القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله، لذلك يتعين على الدولة أن تتعاقد مع القطاع الخاص بشأن هذا الإنشاء والتمويل، طبقاً لآليات اقتصاد السوق التي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة، وعدم استخدام أساليب وامتيازات السلطة العامة، الأمر الذي تأباه طبيعة العقود الإدارية، وهو الأمر الذي يجعل من بعض القواعد والأحكام السارية على تلك العقود لا تصلح للتطبيق على نظام المشاركة "P.P.P". [1].

ص١٨١، وما بعدها. د / سامي عبد الباقي أبو صالح: الإطار التشريعي والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص (B.O.T) بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي لمشروعات الـ(P.O.T) المنعقد في شرم الشيخ عام ٢٠٠١.

[1] د : هاني صلاح سري الدين، البحث سالف الذكر، صـ١٨٢، وما بعدها. د / محمد عبد الحميد القاضي: الطبيعة القانونية لعقود الـ " B.O.T"، صـ٩١.

(ج) إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد بذات الأساليب التي يتعاقد بها الأفراد[١]، ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي لإنشاء المشروعات الاقتصادية هي عقود تتعاقد فيها الدولة بأسلوب القانون الخاص، ولا تستطيع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها أن تضمنها شروط استثنائية، ذلك أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل أساليب وامتيازات السلطة العامة التي تقوم على تمييز جهة الإدارة في مواجه المتعاقد معها، فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التي تحتوي على طرف أجنبي لأن سيادة الدولة محددة داخل إقليمها الجغرافي، ومن ثم عليها أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً[٢].والقول بغير ذلك يعني إحجام الشركات دولية النشاط والاتحادات المالية عن إبرام تلك العقود برغم حاجة الدولة إلى الاستثمارات الأجنبية[٣].

(د) ومن الناحية العملية فقد جرى العمل على أن يوضح أطراف التعاقد في العقودات ذات الطابع الاقتصادي أن عقدهم عقد مدني وليس عقداً إدارياً، أو تضمينه ما يشر إلى ذلك، مثل النص على عدم اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات التي تترتب على هذه العقود وانعقاد الاختصاص للتحكيم أو للقضاء العادي، أو النص

---

(٢) انظر:

- Well (.p.) Droit international puplic ct Droit Administratif, Melanges, Trotabas, p.527.

(٣) انظر:

- Ph, Le BOULANGE: Les contrats enter Etats et enterprises etrangers, Ed, economica 1985, P.229.

(١) د / أحمد السعيد الزقرد، عقود الـ " B.O.T " وآليات الدولة العالمية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس، لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، المنعقد في ٢٦-٢٧ مارس ٢٠٠٢، ص ١٠،١١. ورغم أن سيادته يسلم بأن عقود الـ " B.O.T " من عقود المرافق العامة إلا أنه ينفي عنها الصفة الإدارية ويعتبرها عقود مدنية لأن الدولة لا يمكن أن تضمنها أي شروط غير مألوفة.

على أنه لا يجوز تعديل أي من بنود الاتفاق دون تفرقة بين هذه البنود إلا باتفاق الطرفين.

فقد ترى الدولة المتعاقدة – على أثر التطورات الاقتصادية والاجتماعية وظروف التجارة الدولية – أن التذرع بوسائل القانون الخاص في التعاقد هو أكثر تحقيقاً للمصلحة الوطنية عندئذ تضع نفسها على قدم المساواة مع الأفراد، وعندئذ يخضع نشاطها للقانون الخاص، وتختص المحاكم القضائية دون القضاء الإداري بنظر المنازعات التي يثيرها هذا النشاط، بل إن استبعاد أساليب القانون العام قد لا يكون نتيجة حتمية للطبيعة الخاصة للنشاط، بل مجرد أسلوب تلجأ إليه الإدارة – مختارة – كأسلوب عملي ناجح لمباشرة نشاطها الخاص، ولو كانت لهذا النشاط صفة المرفق العام، لأن تذرعها بوسائل القانون العام في هذا الميدان قد ينفر الغير من التعامل معها، أو يجعله يقتضي ثمن للتعامل باهظاً، وهو ما لا يسمح بنجاح المشروع على الإطلاق[١].

أما القول بأن خضوع العقد للقواعد العامة في نظرية العقد في القانون الخاص من شأنه أن يكرس نوعاً من المساواة غير المنطقية بين المصلحة العامة، والمصلحة الخاصة، ويخلق نوعاً من التوازن بين المصلحتين قد يؤدي إلى إمكانية توقف المرفق عن أداء الخدمة، فهذا التخوف لا مبرر له، للأسباب الآتية:

(أ) لأن الدولة إذ تلجا إلى أسلوب القانون الخاص في التعاقد فلأنها تعتقد أن هذا الأسلوب هو الأكثر توفيقاً وتحقيقاً للمصلحة العامة وهي تقرر ذلك بعد إجراء دراسات الجدوى اللازمة ودراسة مرافقها واحتياجاتها في ظل ظروف السوق، وهي لا تتعاقد مع المتعاقد الآخر لتنفيذ المشروع إلا بعد أن تتأكد من ملاءته وقدرته

---

(١) انظر :

- Desazars de Montgailhard, Les ceracteres de l'entreprise publique, Droit Sacial 1949,P.P.8-11.

- د / أكتم الخولي: الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثاني، أبريل – يونية ١٩٥٩،ص٣٢,٣٣.

الاقتصادية ومعرفته التكنولوجية، وتختاره في ظل منافسة عادلة تتمتع بالعلانية والشفافية.

(ب) إن أي شخص من القطاع الخاص بتعاقد لتنفيذ المشروع له مصلحة مؤكدة أن يستمر المشروع في تقديم خدماته حتى يتقاضي المقابل المالي تللك الخدمات كي يستعيد أمواله ويسدد ديونه، ويحقق أرباحاً مناسبة، كما أن الجهات المقرضة تقرض المشروع بضمان العائدات المتحققة منه ولها مصلحة أكيدة في استمرار تدفق هذه العائدات لذلك فهي ستراقب أداء المشروع لخدماته ولن تسمح له بالتوقف.

(ج) أن القانون الخاص يتضمن الكثير من الوسائل الحمائية في حالة تقاعس المتعاقد مع الإدارة والتسبب في توقف ا لمشروع عن أداء خدماته، ومن هذه الوسائل إعادة الحال إلى ما كان عليه، والفسخ، والتعويض، وهي وسائل شديدة وقاسية إذ يترتب عليها ضياع الملايين على المتعاقد مع الإدارة لذلك فإنه سيحرص على توقي هذه الوسائل بأن يحرص على أن يستمر المشروع في تقديم خدماته.

لكل هذه الأسباب نرجح أن عقود المشاركة (P.P.P) من عقود القانون الخاص ومن ثم تخضع المنازعات الناشئة عنها للقضاء العادي، وإذا كان الأمر كذلك، فإن هناك تساؤلاً يثور حول: إلى أي فرع من فروع القانون الخاص تنتمي هذه العقود؟ هل تنتمي إلى القانون المدني أم إلى القانون التجاري؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

مدى اكتساب عقود المشاركة (P.P.P) للصفة التجارية

ماهية العقد التجاري:

تصدى بعض الفقهاء[١]، لتعريف العقد التجاري بقوله أن " العقد التجاري هو العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية" وقد انتقد هذا التعريف، حيث وصف بأنه تعريف ضيق يخرج الكثير من العقود عن الصفة التجارية فضلا عن تأثر صاحبه بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية[٢].

وتفادياً لهذا النقد ذهب البعض[٣]، إلى تعريف العقد التجاري على أنه العقد الذي ينشئ في ذمة أحد طرفيه أو ذمة طرفيه معاً التزاماً تجارياً.

وقد انتقد البعض [٤] هذا التعريف بأن فيه خلطا واضحا بين العقد التجاري والالتزام التجاري وكل من الأمرين مختلف عن الآخر، كما أن هذا التعريف يوصف بالعمومية.

ولا شك أن فكرة العمل التجاري ومدى تميزه ومعيار التفرقة بينه وبين العمل المدني تعد من الأمور المختلف عليها بين النظريات الفقهية ولهذا نعتقد أن نقطة البداية هي التي دفعت بعض فقهاء القانون التجاري[٥] إلى القول بافتقار العقود

---

(١) د / عبد الحي حجازي: العقود التجارية، ١٩٥٣،ص١٦.

(٢) د / سميحة القليوبي: شرح قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص٥ هامش (١)،(٢).

(٣) د / علي جمال الدين عوض: العقود التجارية، بدون ناشر، بدون تاريخ،صـ٤٠.

(٤) د / زكي الشعراوي: العقود التجارية، ١٩٦٥، صـ١٩٦، د : علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية، طبعة١٩٦٦، صـ٦.

(١) ينتقد الفقه تسمية ا لعقود التجارية، رغم استقرار الفقه عليها، لأنها توحي بوجود نوعين من العقود مدنية، وتجارية، على خلاف الواقع، فالعقد لا تتغير أركانه وعناصره تبعاً لما إذا كان مدنيا أو تجاريا، والنظرية العامة للالتزامات تطبق على كافة العقود، دون تفرقة والعقود التي تنظمها – عادة – المجموعة المدنية تكون إما مدنية أو تجارية أو بحسب القصد من إجرائها عند التعاقد وصفة القائمين عليها وفقاً لنظرية الأعمال التجارية، راجع في ذلك: د / سميحة القليوبي: شرح قانون التجارة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.،ص٥. د : أكثم الخولي، العقود التجارية،

التجارية على كيان مستقل، متميز عن بقية العقود الأخرى وبصفة خاصة العقود المدنية.

ومن جانبنا لا نتفق مع فقهاء القانون التجاري حول نقطة البداية التي ارتكز عليها الفقة في محاولته لبيان المقصود بالعقد التجاري كما لا نسلم بأن العقد التجاري هو في حقيقته عقداً مدنيا وأن الصفة التجارية لحقت به من جراء صفة في أطراف العقد أو نتيجة التأثر بطبيعة العمل الذي يرد عليه العقد فانخلعت عليه الصفة التجارية نتيجة هذا التأثير، لذلك نرى أن العقد التجاري عقد قائم بذاته ومستقل عن بقية أنواع العقود الأخرى سواء كانت مدنية أو إدارية وإن كنا نسلم بوجود قواعد عامة مشتركة تسري على جميع العقود مهما كانت أنواعها لأن بدون هذه القواعد المشتركة لا يمكن أن نتصور وجود فكرة العقد أصلاً، ومن جانبنا نعرف العقد التجاري بأنه العقد الذي ينشأ بمثابة الاستغلال لمشروع اقتصادي وبهذا التعريف يمكن تفادي الكثير من الانتقادات التي وجهت إلى الآراء الفقهية التي تم سردها – فيما سبق – بشأن بيان المقصود بالعقود التجارية وعلاقتها بالعقود الأخرى[١].

فالعقد إذن يكون تجارياً إذا كان محل العقد عملاً تجارياً بنص القانون[٢]، كما يعد العقد تجارياً إذا قام به التاجر لحاجات تجارته وفقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، والأصل في عقود التاجر والتزاماته أن تكون تجارية إلا إذا ثبت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية.

طبعة ١٩٧٥، ص٣. د / مصطفى كمال طه: القانون التجاري (الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس) ، ١٩٨٨، ص٣٠٥، د / عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك، طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ص٥، د / محمد بهجت فايد: العقود التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص٥.

(٢) راجع في ذلك: د / محمد عبد الحميد القاضي: العقود التجارية طبقاً لنصوص قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، ٢٠٠٠،ص١٥٩.

(١) راجع مواد الفصل الأول من الكتاب الأول من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بإصدار قانون التجارة ، الجريدة الرسمية، العدد(١٩) مكرر في ١٧ مايو سنة ١٩٩٩.

مدى تجارية عقد المشاركة (P.P.P) بحسب المعيار المميز للعقد التجاري

تتنازع في تحديد العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني في الفقه نظريتان هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

وطبقاً لمنطق النظرية التقليدية[١]، فإن العمل التجاري هو العمل الذي يستهدف تحقيق الربح، ويتعلق بالوساطة في تبادل الثروات بين عمل المنتج وعمل المستهلك.

وقد انتقدت النظرية التقليدية[٢]، بأن كل نشاط إنساني إنما يستهدف تحقيق الربح، كما أنها تخرج من نطاق الأعمال التجارية كثير من الأعمال التي اعتبرها المشرع أعمالاً تجارية على سبيل الاحتراف[٣]، وعلى سبيل المثال فقد اعتبرت المادة الخامسة من القانون التجاري المصري الصناعة في حد ذاتها عملاً تجارياً...

أما النظرية الحديثة[٤]، فيذهب منطقها إلى أن النظر إلى أعمال معينة ووصفها بالتجارية لا تكون مقبولة إلا من خلال ربطها بفكرة استغلال مشروع تجاري فالأعمال التجارية هي الأعمال التي تقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري يشكل وحدة اقتصادية أيا كان المحل الذي يقع عليه ذلك الاستغلال، وسواء تمثل في الاستغلال التجاري بمعناه التقليدي، وكان استغلال زراعياً أو صناعياً أو استخراجياً أو مالياً وهذا هو المعيار الذي اعتنقه قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث نص في

---

(٢) راجع في هذه النظرية والانتقادات التي تعرضت لها كل من : د. محمود الشواربي: الأعمال التجارية في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٢، ص١١٤، د. محمود مختار بريري : قانون المعاملات التجارية: الجزء الأول : الأعمال التجارية والتاجر: دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص١٠٨، د. محمد بهجت قايد، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣،ص٤٤.

(٣) د. محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري المصري، ج١ مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثالثة١٩٥٧، ص٤٧.

(٤) د. محمود مختار بريري: مرجع سابق ص٨.

(١) د. محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد – بحث – بمجلة التحكيم المصري، العدد الأول مايو ١٩٩٩، د. محمود مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩، ص٢٧.

المادة الثانية على معيار التجارية، وطبقاً لهذا المعيار يكون التحكيم تجارياً " إذا نشأ نزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي سواء كانت هذه علاقة عقدية أو غير عقدية.

ونعتقد أن النظرية الحديثة أولى بالتأييد، لذلك نرى أن العقد التجاري هو العقد الذي ينشأ بمناسبة استغلال مشروع اقتصادي.

ولما كان الاتجاه الحديث في الفقه يذهب إلى أن المعيار الذي يطبق لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني يكن في معيار المشروع الاقتصادي باعتبار أن القانون التجاري المعاصر هو قانون النشاط الاقتصادي، ولما كانت عقود المشاركة (P.P.P) من أهم عقود التنمية الاقتصادية في الوقت الراهن، وأكثرها تعلقاً بالنشاط الاقتصادي والتجاري فإنها تعد من أهم العقود التجارية في الوقت الراهن.

مدى خضوع عقود المشاركة (P.P.P) لأحكام القانون التجاري

لم يقف المشرع عند حد اعتبار الأعمال التجارية المنفردة أو

بطبيعتها هي المصدر الوحيد للأعمال التجارية، بل أورد الكثير من الأعمال التي يشترط لاعتبارها تجارية أن تتم بطريق المقاولة أو على وجه الاحتراف، فجاء النص على ذلك في المادة الخامسة من قانون التجارة المصري[١]، إذ تصدرت هذه المادة بالنص على أن : " تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف" ، وسرد تلك الأعمال في ست عشرة فقرة (من أ إلى ع)، وعلينا الآن أن نحدد ما هو المقصود بمزاولة العمل على وجه الاحتراف، فإذا انتهينا من ذلك تطرقنا إلى تحديد موقع أعمال الـ " P.P.P" من هذه الأعمال التي أوردها المشرع في الفقرات الست عشرة والتي تعتبر تجارية إذا تم ممارستها على وجه الاحتراف.

---

[١] المادة (٥) ليست مستحدثة إلا في بعض أنواع المقاولات، ذلك أن المادة الثانية من التقنيين القديم كانت تنص على مقاولة كل من الصناعة والوكالة بالعمولة والنقل والتوريد والمحلات والمكاتب التجارية، وإنشاء المباني مع توريد الأدوات والأشياء والبنوك والصرافة بالإضافة إلى الأعمال البحرية والأوراق التجارية.

المقصود بمزاولة العمل على وجه الاحتراف:

ذهب جانب من الفقه[١]، إلى أن العمل الذي تكون مزاولته على وجه الاحتراف هو العمل الذي يتم على شكل مقاولة، ويقوم هذا الجانب بشرح الأعمال الواردة في فقرات المادة الخامسة تحت عنوان " مقاولات " مثل مقاولات التوريد، ومقاولات الصناعة .... إلخ . ،معنى ذلك أن عبارة (مزاولة العمل على وجه الاحتراف) مرادف لتعبر (مقاولة) الوارد في قانون التجارة الملغي[٢]، وطبقاً لهذا الرأي ينبغي لكي يكون العمل تجارياً توافر شرطي المقاولة اللذين كان الفقه يقول بهما في ظل القانون الملغي وهما:

١ - تكرار العمل بصورة مستمرة ومنتظمة تصل بالشخص إلى درجة احتراف هذا العمل.

٢ - أن يتم هذا التكرار من خلال تنظيم مهني يتمثل في مجموعة من الوسائل المادية (كالآلات والمعدات والمحل)، والبشرية (كالعمل والمستخدمين) ،أن يضارب التاجر على هذه الوسائل[٣].

ونعتقد أن المشرع وإن لم يستخدم كلمة مقاولة في القانون الجديد، فإن تعبير الاحتراف الوارد في صدر المادة الخامسة يتضمن أيضا مباشرة العمل في شكل مشروع منظم يتوافر معه عنصر المضاربة على الأيدي العاملة وما يتطلبه المشروع من أدوات ومهمات، ويتضمن أيضا أن يتم هذا العمل على وجه الاحتراف، بحيث لو يؤشر مرة واحدة فلا يعد من الأعمال التجارية ، ونعتقد أن أعمال المشروعات

---

(٢) د/ سميحة القليوبي: القانون التجاري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢،ص٩٧ وما بعدها. د/ فايز نعيم رضوان: مبادئ القانون التجاري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠/٢٠٠١، ص١٣٧، وما بعدها.

(٣) المادة الثانية.

(١) د / مصطفى كمال طه: الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٨١، ص٦٩، د / على البارودي: القانون التجاري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٥، ص٥٣. د / محمد عبد الحميد القاضي: الطبيعة القانونية لعقود الـ " B.O.T" ص١٢١.

الاستثمارية والإنشائية ومنها مشروعات المشاركة (P.P.P) من قبيل هذه الأعمال التي تتم على وجه الاحتراف أو (المقاولة) حيث أنها تباشر في شكل مشروع منظم يتوافر معه عنصر المضاربة على المهمات والمعدات والأيدي العاملة، ويباشره المستثمر أو "شركة المشروع" على نحو مستمر ومنتظم بغرض الحصول على الربح مع ملاحظة أن قصد الربح يتضمن تحقيق أكبر قدر من العائد لتدعيم وتطوير النشاط وليس مجرد التعيش[١]، وبالتالي فإن هذه المشروعات تعد من قبيل الأعمال التجارية.

موقع أعمال مشروعات الـ (P.P.P) من الأعمال التي أوردها المشرع في المادة الخامسة من قانون التجارة المصري.

ذكرنا فيما سلف أن المشرع المصري نص في المادة الخامسة على أن : "تعد الأعمال الآتية تجارية إذا تم مزاولتها على وجه الاحتراف" وسرد تلك الأعمال في ست عشرة فقرة من (أ إلى ع)، وجاء ضمن الأعمال التي تضمنتها هذه الفقرات.

الفقرة (ل) مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها، ومقاولات الأشغال العامة.

واستناداً إلى هذا النص تعد كافة الأعمال المتعلقة بإنشاء المباني من قبيل الأعمال التجارية بشرط أن يتعهد المقاول بتوريد الأدوات الأشياء اللازمة.

وهذه الفقرة تماثل المادة (الثامنة) في التقنين القديم فيما يتعلق بتشييد العقارات، غير أن النص القديم كان يشترط أن يكون المقاول متعهداً بتوريد الأدوات والأشياء اللازمة لذلك، وقد حذفت هذه العبارة – في النص الحالي– اكتفاء بأن اشتراط الاحتراف يكفي ولو كان توريد الأشياء والأدوات اللازمة لذلك من طرف طالب البناء وقد تلافي المشرع القصور الذي شاب القانون القديم فنص صراحة على أن صفة التجارية لا تلحق مقاولات تشييد العقارات فحسب وإنما تمتد لتشمل ترميم العقارات أو تعديلها أو همها أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة.

---

(٢) د / محمود مختار بريري، سابق الإشارة إليه، ص٧٨.

أما مقاولات الأشغال العامة فتشمل الأعمال التي تعهد بها جهات حكومية أو شبه حكومية، إلى المقاولين والتي قد تعتبر بالنسبة للجهة الإدارية عقوداً إدارية، وقد تكون عقوداً مدنية حسب توافر أو عدم توافر شروط العقد الإداري، كما أنها تعتبر بالنسبة للمقاول الذي يمارسها على وجه الاحتراف عملاً تجارياً[١]،

وينبني على ما تقدم أن هذا النوع من المقاولات يشمل : تشييد المنازل والفنادق والمدارس والمستشفيات، وأماكن إيواء السيارات وتمهيد الطرق وإنشاء الجسور، وتشييد المواني والمطارات والخزانات ومحطات الكهرباء والمياه، وحفر الترع والقنوات والأنفاق والآبار، مد خطوط السكك الحديدية، وأنابيب الماء والبترول.

وإذا ما بحثنا مجالات الأعمال التي تبرم عقود الـ (P.P.P) من أجل العمل والاستثمار فيها نجد أنها لا تخرج عن المجالات سالفة الذكر، وكلها مجالات يشملها نص الفقرة سالفة الذكر، كما أن شركة المشروع تستغل هذا المشروع – بعد إنشائه – في عمل تجاري آخر حين تبيع الخدمة للجمهور، أو للجهة الحكومية المتعاقدة معها، وتحصل في نظير ذلك على أرباح طيلة المدة المحددة للاستغلال وهي تفعل ذلك في إطار مشروع اقتصادي، وفقاً للمعيار لراجح في تمييز الأعمال التجارية.

يضاف إلى ذلك أن المشرع وإن كان قد حدد الأعمال التجارية فأوردها في المواد من الرابعة إلى التاسعة، من القانون إلا أنه قد حسم التساؤل الذي كان يمكن أن يثار حول ما إذا كانت هذه الأعمال قد وردت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، حيث نصت المادة السابعة صراحة على أن هذه الأعمال إنما أوردها المشرع على سبيل المثال، وإن كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة بالمواد الرابعة والخامسة والسادسة لتشابه في الصفات والغايات يكون عملاً تجارياً.

وبناء على ما تقدم نخلص إلى القول بأن مشروعات الـ (P.P.P) هي أعمال تجارية حسب المعيار الراجح في الفقه والذي يضفي الصفة التجارية على الأعمال التي تقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري. وتأسيساً على ذلك تخضع هذه المشروعات

---

[١] د / محيي الدين إسماعيل علم الدين، سابق الإشارة إليه، ص٨٤، د / نادية محمد معوض، سابق الإشارة إليه، ص٧١ ، ٧٢. د / هدى مجدي، البحث سالف الذكر، ص٢٦.

لأحكام القانون التجاري، وتدخل ضمن الأعمال التي عددتها فقرات المادة الخامسة من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، فإذا حدثت أعمال لا تجد نصاً يشملها ضمن فقرات تلك المادة أمكن قياسها على الأعمال المذكورة بهذه المادة لتشابه الصفات والغايات طبقاً لمقتضى نص المادة السابعة من ذات القانون.

ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرم لتنفيذ المشروعات سالفة الذكر بنظام المشاركة (P.P.P) هي عقود تجارية لأنها تنصب على أعمال تجارية إذا كان الحال كذلك فهل يكتسب طرفا ذلك العقد صفة التاجر؟

المركز القانوني لطرفي عقد المشاركة (P.P.P)

أسلفنا الذكر أن عقد الـ (P.P.P) يبرم بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص العامة التي تملكها والثاني شخص من أشخاص القطاع الخاص، ومحله إنشاء مشروع وذي صفة اقتصادية يحقق نفعاً للجماهير.

(أ) الصفة التجارية للدولة أو الشخص المعنوي العام كطرف متعاقد في عقود الـ (P.P.P)

تحدثنا في المبحث الأول من هذا الفصل عن الطبيعة القانونية لعقود الدولة وقلنا أنها تبرم نوعين من العقود: نوع تستخدم فيه أساليب وامتيازات السلطة العامة، ونوع آخر لا تستخدم فيه أساليب وامتيازات السلطة العامة وتتعامل فيه كما يتعامل الأفراد عندما يبرمون عقودهم، في النوع الأول يكون العقد إداريا ويخضع لأحكام القانون الإداري، وفي النوع الثاني يكون العقد من عقود القانون الخاص، ولكن إلى أي فرع من فروع القانون الخاص ينتمي هذا العقد الأخير؟

وللإجابة على هذا التساؤل نرى أنه مع تطور أساليب الدولة دورها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة، لم يعد تدخلها تمليه الضرورة كما كان الحال في عصر الرأسمالية، بل أصبح هذا التدخل يستهدف مجرد المصلحة العامة ومضمونها مفهومه على نحو جديد، ولم يعد يتعارض مع هذه المصلحة العامة أن تستهدف إدارة المشروع تحقيق أرباح قد تخصص كلها لتقدم ذات المرفق وتحسين الخدمات التي يؤديها للجمهور ولما كانت الوسائل التجارية السائدة في النشاط الفردي هي خير

الوسائل المعروفة لتحقيق الربح، فقد كان من الطبيعي أن تلجأ إليها الدولة وأن تنزع عن نفسها – في كل ما يتعلق بالإدارة العادية للمشروع – قناع السلطة العامة – وأن تتذرع بوسائل وأساليب القانون الخاص، واضعة نفسها على قدم المساواة مع الأفراد، وهكذا ظهرت نظرية المرفق العام التجاري والصناعي وظهرت أيضا شركات الاقتصاد المختلط وظهرت مع هذا مشكلة تحديد نطاق كل من القوانين العامة والخاصة في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية لنشاط الدولة التجاري[١].

وبصدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون قطاع الأعمال العام المصري اعتبرت الشركات الخاضعة لهذا القانون وهي الشركات القابضة والشركات التابعة من أشخاص القانون الخاص[٢]،تخضع لأحكام قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، وتأثرا بالسياسة المالية والنقدية لدولة وأخذا بفلسفة اقتصاد السوق وفكرة المشروع الاقتصادي – تم تمويل عددا من أهم الهيئات العامة، والتي كانت فيما مضى من أشخاص القانون العام – إلى شركات مساهمة[٣]،تخضع لأحكام قانون الشركات سالف الذكر وبالتالي وحد المشرع في الأحكام بينها وبين شركات القطاع الخاص.

ولهذا جاء قانون التجارة المصري ونص في الفقرة الثانية من المادة العاشرة منه على أن : يكون تاجراً، كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذي أنشئت من أجله" فإن وصف التجارية ينسحب على شركات قطاع الأعمال العام، كما ينسحب على شركات القطاع الخاص.

---

(١) د / أكثم الخولي: الاتجاهات الكبرى في قانون المشروع العام، سابق الإشارة إليه، ص١٠: د / محمود مختار بريري: قانون المعاملات التجارية، سابق الإشارة إليه، ص٣٢.

(٢) المادة الأولى من هذا القانون.

(٣) من ذلك القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٨، بضم محطات الكهرباء بما لها من حقوق وما عليها من التزامات إلى شركات توزيع الكهرباء، راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٣٠٥ بتاريخ ٢٠٠٠/٠٥/٣١ ملف رقم ٣١٠٣/٠٢/٣٢، منشورة بمجلة المحاماة المصرية العدد رقم (١) لسنة ٢٠٠١، ص٤٤٨.

وأخيرا وطبقا لنص المادة ٢٠ من القانون التجاري المصري التجاري لا تكتسب الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام صفة التاجر. غير أن هذا الأمر لا يمنع من سريان أحكام القانون التجاري على الأعمال التجارية التي تزاولها الدولة وأشخاص القانون العام إلا ما يستثني بنص خاص وتأسيسا على ذلك وعلى ضوء ما سبق بيانه فإن تعاقد الدولة مع المشروعات الخاصة على تنفيذ أحد المشروعات التجارية، يعد بالنسبة لها عملاً من الأعمال التجارية. ويسري عليه أحكام القانون التجاري دون أن تكتسب الدولة صفة التاجر. أما الأشخاص المعنوية التي تتعاقد نيابة عن الدولة، فقد تكتسب صفة ا لتاجر إذا كانت من المرافق العامة الاقتصادية أو الهيئات ذات النفع العام، أو شركات قطاع الأعمال العام.

(ب) الصفة التجارية لشركة القطاع الخاص طرف عقد المشاركة

غالباً ما يكون المتعاقد مع الدولة أو أحد الأشخاص العامة، أو الخاصة لتنفيذ مشروع الـ (P.P.P) أحد شركات القطاع الخاص – الوطنية والأجنبية ونادراً ما يتقدم مجموعة من الأفراد المستثمرين لتنفيذ المشروع، فإذا حدث ذلك فيتم تأسيس شركة مصرية بين المستثمرين لتولي إدارة وتشغيل المشروع، عندما يرسو العطاء، ويتم الاتفاق.

هذه الشركة تكتسب الصفة التجارية طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة سالفة الذكر. حيث تكتسب صفة التاجر كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذي أنشئت من أجله ويستثنى من هذه القاعدة شركة المحاصة، نظراً لعدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية، وتأسيساً على ذلك تكون شركة التضامن والتوصية البسيطة أو بالأسهم والشركة ذات المسئولية المحدودة وشركة المساهمة. شركات تجارية. وهي تمارس نشاطها وتبرم عقودها في إطار مشروع اقتصادي، حسب المعيار الراجح في تمييز الأعمال التجارية.

ثالثاً: الصفة التجارية للشخص الطبيعي المتعاقد لتنفيذ عقود الـ (p.p.p):

من النادر أن يكون المتعاقد مع القطاع العام في عقد المشاركة شخصاً طبيعياً. لأن مثل هذه المشروعات تحتاج إلى أموال كثيرة قد يعجز المتعاقد الفرد عن توفيرها. غير أنه لا يوجد ما يمنع " ولو من الناحية النظرية" أن يكون المتعاقد شخصاً طبيعياً وإذا سلمنا بذلك، فإن التساؤل الذي يثور يدور حول مدى اكتساب هذا المتعاقد الفرد لصفة التاجر.

بالرجوع إلى نصوص القانون التجاري، نلاحظ أن المادة ١/١٠ تنص على أن " يكون تاجراً، ١- كل من يزاول عى وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً"

ويتضح من النص أن الشخص الطبيعي يكتسب صفة التاجر إذا تجمعت فيه الشروط الآتية:

(أ) أن يكون محترفاً:

ويقصد بالاحتراف من الناحية القانونية، قيام شخص بمباشرة عمل من الأعمال التجارية بصفة مستمرة ومتكررة، بحيث يمكن اعتبارها للمتعاقد مهنته أو حرفته الرئيسية التي يرتزق منها ويتخذها وسيلة أساسية للتعيش[١].

وعلى ذلك لا يكتسب الشخص صفة التاجر إذا قام بمباشرة الأعمال التجارية بصفة عارضة[٢].

---

(١) د / محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، ج١، ١٩٥٧، ص١٠٩. د / ثروت عبد الرحيم: شرح القانون التجاري المصري الجديد، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص١٦٠. د / ثروت حبيب : شرح قانون التجارة الجديد،ج١،ط٢٠٠٠،ص٢٠٥. د / محمود مختار بربري: قانون المعاملات التجارية،ج١،ط٢٠٠٠، ص١٢٣. د / كمال محمد أبو سريع: القانون التجاري، الأعمال التجارية، والتاجر، ٢٠٠٠، ص٢٧٠. د / فايز نعيم رضوان: مبادئ القانون التجاري، ٢٠٠١، ص٢٧٠.

(٢) د / فايز رضوان ، سابق الإشارة إليه، ص٢١٣. د / كمال محمد أبو سريع، سابق الإشارة إليه، ص٢٧٢.

ب – أن يحترف الشخص عملاً من الأعمال التجارية، سواء أكان هذا العمل من قبيل الأعمال المنصوص عليها في قانون التجارة، أم التي اعتبرها الفقه والقضاء تجارية بطريقة القياس لاشتراكها مع هذه الأعمال في الصفات والغايات[١].

ج – أن يباشر الشخص العمل التجاري على وجه الاستقلال[٢]، ولحساب نفسه[٣]،وتأسيسا على ذلك لا يعتبر تاجراً المتعاقد الذي يتعاقد باسم ولحساب شخص آخر.

وليس من شك أن كل هذه الشروط تجتمع في المستثمر الذي يتعاقد لتنفيذ المشروع بنظام الـ (p.p.p) حيث أنه عادة يكون محترفاً للأعمال التجارية، ومتخصصا في إقامة المشروعات المطروحة للتعاقد، كما يكون دائماً مستقلاً أثناء قيامه بالعمل. حيث يقوم بهذا العمل لحسابه الخاص.

ومن كل ما سبق تخلص إلى القول بأن الدولة وأشخاص القانون العام لا يكتسبون صفة التاجر وإن كان العمل بالنسبة لهم يعد عملاً تجارياً، بينما قد يمثل الدولة شخص من أشخاص القانون الخاص يكتسب الصفة التجارية. أما بالنسبة للمتعاقد الآخر الذي يتولى إقامة وتشييد وتسير وتشغيل المشروع الاقتصادي، فيعتبر تاجراً وعمله تجارياً. وهو ما يؤكد تجارية عقد الـ (P.P.P).

ولما كانت السرعة ودعم الائتمان وهما من أهم مقدمات النشاط التجاري، فإن المعاملات التجارية لها نظامها القانوني الذي يرسى من القواعد التشريعية أو العرفية، ما يحقق تبسيط إبرام وتنفيذ الاتفاقيات وما يكفل للالتزام التجاري ضمان الوفاء به في

---

(٣) انظر :

- LYON-GAEN(C.H.) et RENAULT(L.)Traite elementaire de droit commercial, 5ed,Tome1.1927,p.201.

(٤) د / نادية محمد معوض: القانون التجاري، سابق الإشارة إليه،ص١٢٩.

(٥) انظر:

- MICHEL DE JUGLART, Benjomin IPPOLITO, Cours de droit commercial. Premier volume, 11ed, 1995,p.179.

ميعاده، وتبرز خصوصية هذه القواعد سواء من ناحية الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية.

فمن حيث الأحكام الموضوعية: فإن التضامن بين المدينين يدين تجاري يكون مفترضاً، بهدف دعم الائتمان التجاري، كما تطبق الفوائد القانونية طبقاً لأحكام القانون التجاري.

أما من حيث الأحكام الإجرائية فنطبق أحكام القانون التجاري المتعلقة به حيث يختص القضاء التجاري بنظر المنازعات الناشئة عن العقود التجارية ولا يشترط أعذار المدين في تلك العقود بإنذار رسمي، كما أن المبدأ العام في هذه المواد التجارية هو حرية الإثبات على خلاف القواعد العامة وتخضع الديون التجارية لتقادم قصير، ويشهر إفلاس التاجر (فرداً أو شركة) إذا توقف عن الوفاء بديونه.

المطلب الثالث

مدى اعتبار عقد المشاركة (P.P.P) من عقود التجارة الدولية

مما لاشك فيه أن المتعاقد بنظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص – في الدول النامية – يعتبر أداة من أدوات جذب الاستثمار الأجنبي، وفي كثير من الحالات يكون المتعاقد مع القطاع العام لتنفيذ مشروعات المشاركة هو مستثمر أجنبي – يتخذ غالباً شكل شركة – ويعد العقد في هذه الحالة من قبيل عقود التجارة الدولية.

وفي العقود المشابهة من العقود ذات الطابع الاقتصادي التي تبرمها الدولة مع أحد أشخاص القطاع الخاص، وأي جانب مهم من الفقه[١]، أن هذه العقود هي من عقود التجارة الدولية. نظراً لاحتوائها على عنصر أجنبي، ولكونها في خدمة التجارة الدولية.

وتوصف العقود بأنها دولية عندما تتضمن عنصراً خارجياً أو دوليا سواء أكان ذلك نتيجة لاختلاف جنسية أطرافها أو لورودها على موضوع ينفذ، في خارج الدولة أو كان مكان إبرام العقد في دولة أخرى غير الدولة التي ينتمي إليها أطراف العقد[٢].

ولتحديد ما إذا كان العقود دولياً من عدمه يكون من الضروري الاتفاق مقدماً على معيار لدولية العقد[٣].

---

(١) د. محمد بهجت فايد: سابق الإشارة إليه، ص٢٨ ، ٢٩، د. محمد عبد الحميد القاضي الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشكيل ونقل الملكية،دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص١٣٨، وما بعدها، د. إبراهيم سلطة تحديد مدة مشروعات الاستثمار في المرفق العام بنظام (B.O.T) مقال بجريدة الأهرام في ١٩٩٩/١٢/٢٥، ص٣٥.

(٢) د / جميل الشرقاوي: محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص٣.
ويكاد يجمع الفقه على صعوبة وضع تعريف جامع مانع لما يصد (باصطلاح العقد الدولي)، راجع في ذلك د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة ظاهرة اختلال توازن العقود في قانون التجارة الدولية، سابق الإشارة فيه، ص٢٣.

(٣) يرى الأستاذ د / سمير الشرقاوي: أن العقد الدولي، هو عقد يستمد هذه الصفة من طبيعة العلاقات التي يحكمها، ويتخذ عادة – شكل شروط عامة أو عقد نموذجي، وبناء على ذلك فإن الشكل النموذجي للعقد وإن كان من خصائص العقد الدولي، إلا أنه ليس من مستلزماته. =
= راجع مؤلف سيادته: العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠،ص١٨.

ولما كان معيار الدولية يختلف عن عقد إلى عقد فقد اختلف الفقه حول المعيار الواجب إتباعه لتحديد دولية العقد، إلى عدة اتجاهات، حيث استقر الفقه التقليدي على اعتناق المعيار القانوني الذي يعتد بعناصر الرابطة العقدية، ومدى تطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كلها أو بعضها، وعلى الجانب الآخر يذهب جانب من الفقه الحديث إلى اعتناق المعيار الاقتصادي الذي يعبر عن مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية، ويفضل اتجاه ثالث، الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لدولية العقد[١].

وقد لا يفيدنا في هذا المقام الجدل الفقهي الذي أثير حول هذه المعايير وأيها أصلح لتحديد دولية العقد، فنترك ذلك لموضعه في المؤلفات المتخصصة، ولكن المهم بالنسبة لنا هو بعد دراسة هذه المعايير – هو أن تفرز أن عقد المشاركة (p.p.p) يعتبر من عقود التجارة الدولية أيا كان المعيار الذي يؤخذ به لتحديد صفة الدولية أي سواء كان هذا المعيار قانونياً، أو اقتصادياً أو مزدوجاً.

فطبقاً للمعيار القانوني، يعد عقد الـ (p.p.p) من عقود التجارة الدولية لاتصال عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد حيث يبرم مصر – مثلاً- مع شركة تتمتع بجنسية دولة أجنبية، مقرها خارج مصر ويتعلق باستخدام أدوات وتكنولوجيا موجودة لدى دولة الشركة المتعاقدة أو مستوردة من دولة أجنبية أخرى.

ويعتبر العقد دولياً أيا كان الرأي دولياً حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على وصف هذه الرابطة بالطابع الدولي، وسواء تم الأخذ بالمعيار الموسع الذي يسوى بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي، أو تم الأخذ بالمعيار الضيق الذي يحدد الصفة الدولية بناء على مجموع الظروف والعناصر

[١] راجع في عرض هذين المعيارين: د / جميل الشرقاوي، محاضرات في العقد الدولية، ص١٧ وما بعدها. د / حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٣٥ وما بعدها؛ د / هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠١، ص٧١ وما بعدها. د / سلامة فارس عرب: سابق الإشارة إليه ، ص٢٨ وما بعدها.

الإيجابية المؤثرة في الرابطة العقدية، وذلك لأن عقد الـ (P.P.P) ينطوي على عناصر مؤثرة في تلك الرابطة أهمها محل إبرام العقد، ومكان تنفيذه، ومكان وجود محله، وذلك عندما يتم إبرامه مع شركة أجنبية في مصر أو خارجها ويتم تنفيذ المشروع المتعاقد عليه في مصر.

وإذا أخذنا بالمعيار الاقتصادي أمكن أيضا اعتبار عقد الـ(P.P.P) عقود التجارة الدولية ذلك أنه يتعلق بمصالح التجارة الدولية، وينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصادي الداخلي لدولة معينة حيث يتضمن جذب الاستثمارات والأموال والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة لتنفيذ مشروع داخل الدولة طالما يترتب عليه حركة وانتقال الأموال عبر الحدود.

وإذا أخذنا بالمعيار المزدوج فإن عقد الـ (P.P.P) يعتبر من عقود التجارة الدولية فهو عقد يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد (المعيار القانوني) فهو يبرم بين شخص عام (مصري) – مثلا– وشركة أجنبية، لتنفيذ مشروع في مصر بهدف تشجيع جذب الاستثمارات الأجنبية والمعدات والتكنولوجيا عبر الحدود، وهو على هذا النحو يمس مصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

وعلى ذلك فإن الـ " P.P.P" الذي يحتوي على طرف أجنبي يعد من عقود التجارة الدولية في جميع الأحوال وأيا كان المعيار المطبق عليه.

وانضواء العقد تحت مظلة العقود التجارية الدولية يثير مسائل تتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليه وعلى إجراءاته، والمحكمة المختصة يفطر المنازعات الناشئة عنه حيث يمتد نطاق مبدأ سلطان الإرادة ليعطي أفراد العقد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

خاتمة

لقد شهد العقد الأخير من القرن العشرين اتجاهاً عالمياً جديداً- لقى مساندة قوية من جانب البنك الدولي وصندوق النقد الدولي- ركز على ضرورة تطبيق سياسة التخصيصية وتقليص دور الدولة في الاقتصاد، ودعم الاتجاه نحو مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، ويعد نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص أحد الآليات الحديثة التي اتجهت إليها الدول لإنشاء المشروعات العامة بتمويل من القطاع الخاص الخاص ويقوم نظام المشاركة على أنه عقد بين طرفين أحدهما من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص ومحلة إنشاء مشروع عام خدمي ذو فائدة لكافة الجماهير.

ويبدو أن هذا النظام أكثر فائدة للدولة من نظام التخصيصية الكاملة حيث أنه يوفر لها نوعاً من الرقابة تحت مظلة المشاركة، ولقد وجدت الدول ضالتها في اللجوء إلى هذا النظام لما يوفره للدولة من تمويل لمشروعاتها العملاقة دون حاجة إلى تمويل الموازنة العامة للدولة أعباء مالية إضافية أو اللجوء إلى القروض الخارجية، كما يصاحب ذلك تكنولوجيا متقدمة وخبرات إدارية، تفيد الدول النامية في مشروعات أخرى مماثلة: ونظراً لوجود الدولة طرفاً في العقد فقد اختلف الرأي بشأن التكييف القانوني له، حيث ذهب الرأي التقليدي إلى أنه من العقود الإدارية، غير أن وجود الدولة طرفاً في العقد لا يعني – بالضرورة – صيرورته عقداً إدارياً، فكثيراً ما تلجأ الدولة إلى إبرام عقود تنتمي إلى القانون الخاص، كما أن طبيعة عقود المشاركة والهدف منها بتنافي مع إمكانية أن تضمن الدولة العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وفي إطار القانون الخاص رأينا أن عقود المشاركة تنتمي إلى العقود التجارية طبقاً للمعيار الراجح في الفقه، باعتبار أن القانون التجاري المعاصر هو قانون النشاط الاقتصادي.

بيد أن عقد المشاركة وأحد أهدافه الرئيسية هو جذب الاستثمارات الأجنبية قد ينطوي على طرف أجنبي عندئذ يعد هذا العقد من عقود التجارة الدولة أيا كان المعيار الذي يمكن ا لأخذ به للقول بإضفاء الصفة الدولية على العقد.

التوصيات:

أولاً : إن نجاح هذا العقد يقتضي وضع القواعد القانونية والتنظيمية اللازمة لإنجاح مشاركة القطاع الخاص وذلك عن طريق وضع تشريع ينظم عقود المشاركة، ويجدد شروطها وحقوق والتزامات أطرافها، وسبل حل المنازعات الناشة عنها، وكذلك إنشاء الأجهزة اللازمة لتنفيذ هذه القواعد.

ثانياً : يجب أن تقوم الهيئات المتخصصة في الدولة، بالاستعانة بالخبراء المتخصصين – بإجراء تقييم أولى للمشروعات المزمع إنشائها بنظام المشاركة بحيث نستطيع من خلاله التأكد من جدوى المشروع ومخاطرة ونفقاته وأهميته للمصلحة العامة، والمراحل التي يمر بها ومدى إمكانية إنجازه بنظام المشاركة، والشروط التي يمكن إدراجها في وثيقة التعاقد ومتعلق بحماية المصلحة العامة، ومصلحة المستفيدين من المشروع، دون إغفال الصالح الخاصة للمتعاقد من القطاع الخاص.

ثالثاً : يجب أن يوجه التشريع المقترح إلى ضرورة استخدام أساليب القانون التجاري عند إبرام هذه العقود والتخلي عن أساليب القانون العام التي من شأنها أن تنفر المتعاقدين عن التعامل مع الدولة في وقت تحتاج فيه الأخيرة إلى الاستثمارات الخاصة في التنمية والاقتصادية والاجتماعية، في حين أثبتت التجارب نجاعة الأساليب التجارية في إدارة المشروعات الاقتصادية.

رابعاً : لابد من إعداد هذه العقود بمعرفة نخبة من العلماء المتخصصين وأساتذة القانون، حتى يخرج العقد من شكل يضمن للدولة تدقق الاستثمارات بالإضافة إلى عدم استنزاف مواردها الاقتصادية بشكل يعرضها للخسارة أثناء تنفيذ الحقوق.

والحمد لله رب العالمين.

أهم المراجع

أولاً باللغة العربية

أ- الكتب العامة والمتخصصة :

د. أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٧٣.

د. ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية . ١٩٧٥.

- شرح قانون: التجارة الجديد١، الجزء الأول ٢٠٠٠.

د. ثروت بدوي : النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٠.

د. جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T" والتطور الحديث لعقود الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

د. جميل الشرقاوي: محاضرات في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

د. حسام عيسى : نقل التكنولوجيا – دراسة الآليات القانونية للتنمية الدولية، دار المستقبل العربي، ١٩٨٧.

د. حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١

د. رجب محمود طاجن: عقود المشاركة (p.p.p) دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.

د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨/١٩٩٩.

- تحرير الاقتصاد ودستور سنة ١٩٧١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.

د. سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

د. سميحة القليوبي: شرح قانون التجارة الجديد، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. صلاح الدين جمال الدين: عقد نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

د.محسن شفيق: الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، ١٩٥٧.

- عقد تسليم مفتاح نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.

د. محمد عبد الحميد القاضي: نية الاشتراك، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

- مبادئ القانون التجاري طبقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، بدون تاريخ.
- العقود التجارية طبقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. بدون ناشر، ٢٠٠١.
- الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

د. محمود سمير الشرقاوي: العقود التجارية الدولية، دراسة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. محمود مختار بريري: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، الأعمال التجارية والتاجر والأموال التجارية، وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. هاني صلاح سري الدين: التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

د. هشام على صادق: القانون الواجب التطليق على عقود ا لتجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١.

ب- المقالات والبحوث:

د. أكتم الخولي: أثر الصفة التجارية للمشروع على طبيعته العامة، بحث بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثالث، يوليو/ سبتمبر ١٩٥٩.

د. أمل نجاح البشيشي: نظام البناء والتشغيل والتمويل، هل هناك حاجة إلى بديل، بحث منشور بمجلة بحوث اقتصادية عربية، السنة الحادية عشر، العدد ٢٨ سنة ٢٠٠٢.

ثروت بدوي :المعيار المميز للعقد الإداري، بحث، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة والعشرين، العددين الثالث والرابع، سبتمبر/ ديسمبر ١٩٩٧.

د. محمد محمد بدران: النظام القانوني لمشروعات البوت، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ "B.O.T" المنعقد بفندق شيراتون هليوبوليس، القاهرة في٧-٩/١٠/١٩٩٧.

- نحو آفاق جديدة للخصخصة، بحث مقدم في دورة تدريبية بمركز البحوث والدراسات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عن المشكلات القانونية لعقدي الأشغال العامة والبوت في ١٢-١٥-/٠٣/٢٠٠٠.

المستشار / محمود محمد فهمي: بحث في عقود الـ (B.O.T) وتكييفها القانوني، مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ (B.O.T) القاهرة في ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

د. هدى مجدي: معيار تجارية النزاع وتطبيقاته في قانون التجارة الجديد وقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع في ٢،١/٦/٢٠٠٠.

ثانياً: باللغة الإنجليزية:

- A PPICH "J" : Infrastructure projects : "B.O.t" Projects Developed country Structuring International, " Business Lawyer" (April 19991'.
- BLOMMESTEN H. and others: " privatising large Enterprises : overview of insues and case studies " . Methods of privtising large Enterprises. Paris: OECD. 1993.
- DAVID A. Levy : B.O.T and Public procurement : A conceptual framework. Vol. 7. No 1.1996, Indiana international & Comparative law. Review.
- FAYE " Levin " : Introduction to at the International, "B.O.T" Conference, Horghada. 1996.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORTATION (IFC) : Project in Developing, countries, Washnton 1999.
- SIDENY M.levy : Build, operate, transfer paving the way for tommorrow's infrastructure, 1996, John wiley & sons.
- UNCITRAL : legal Guide on Drawing up international contracts for the construction of industrial works, 1998, united nations publications.
- UNIDO : GUIDELINES for infrastructure development through B.O.T projects. 1996.

ثالثاً: باللغة الفرنسية :

- CHABUS, (R.) Droit administrative general, 1998.
- CHARLIER, La notion juridique de service public, J.C.P., 1955, Doctrine No 1210.

-,G.vedel et P.Deivive, Droit administratif, PUF,12 eed,.paris1992.

- HAMEL (J.), LGARDET (G.) et JAUFFRET(A.) :Droit commercial, tome I.Vol II, 1980.
- JACQUES (Georgel) : Les Contrats de l'administration contrats administratif par nature, Juris classeer administratif, Fasc, 501,1971.
- JAQUET « JEAN-MICHEL » le contrat interatioanl , « connaissance du droit », dalloz, Paris,1992.
- LOUSSOUARN (Yvon) et BREDIN,Droit du commerce international, paris. 1969.
- LYON CAEN (C.H.) et RENAULT (L.) : Traite elemmentaire de drot commercial, 5 ed, tome I.
- M. viviano L'execultion des marches publices et des delegations de service public, PA,2 fevrier 2000, No 23.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) : TRAITE DE DROIT COMMERCIAL,Tome,I.,1993.
- S.Braconnier, Un Contrat en peril : Le marche d'entreprise de travaux public, RFD adm., 1999, p 1172 ; CE,26 Juilet 1985
- WEIL(Prospar) :Le critere deu contrat administratif en crise melages offerts a waline le juge et le droit publique tome 2, Paris, 1974.

المواقع الإلكترونية :

- وزارة الأشغال البحرينية http://www.bcci.bh.com.doc
- http://www.oecd.org/dataocd/5/49114076895.ppt
- وزارة المالية المصرية.
- http://www.mof.gov.eg/arabicppcentralunit.