

# الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

## دراسة تحليلية

مقدمة من

دكتورة / كاميليا صلاح الدين عبدالله كمال

أستاذ مساعد بقسم القانون العام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود

## مقدمة

لم يحظى مصطلح بقدر من الانتشار والغموض معا مثلما حظي به مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ربما يرجع ذلك إلي تغلغل هذا المصطلح في جميع مناحي الحياة بدءا من علاقة الزواج وصولاً إلى العلاقات الدولية، و علي الجانب الآخر يختلف مفهوم هذا المصطلح من مجال إلي آخر تبعاً لما يستلزمه كل مجال فالشراكة في المجالات الطبية علي سبيل المثال تختلف عنها في المجالات الهندسية والقانونية والزراعية

وفي بحثنا نحاول الإجابة على التساؤل الخاص بكيفية تحديد الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

وفي هذا السبيل يتعين علينا أن نتناول في مرحلة أولي " بيان مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص" الأمر الذي يستلزم منا بالتبعية بيان صور هذه الشراكة علي وجه العموم وصور عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص علي وجه الخصوص وذلك من واقع التجربة العملية علي الصعيد الداخلي للدول وعلي الصعيد الدولي. وفيما يتعلق بالصعيد الأول سنتناول تجربة دول القضاء الموحد ومن بينها الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وسنكتفي بالتجربة الانجليزية كمثال و كذلك تجربة دول القضاء المزدوج ومن بينها فرنسا ومصر وسنتناول فيها التجربة الفرنسية كمثال. أما فيما يتعلق بالصعيد الثاني فنتناول التجربة الدولية في هذا الشأن من محورين: محور الاتحاد الأوروبي وكذلك محور الأمم المتحدة. وبتحليل التجربة العملية لهذه الشراكة يمكن لنا استخلاص تعريف محدد لها ووضع معايير مميزة لها. ثم ننتقل في مرحلة ثانية إلي البحث عن " التكييف القانوني لهذه العقود" ومعرفة ما إذا كانت هذه العقود تنتمي إلى عائلة القانون العام أم عائلة القانون الخاص؟ مستعينين في هذا المضمار بذات المنهج التحليلي للتجربة العملية للشراكة في كل من دول القضاء الموحد و دول القضاء المزدوج ومدى تأثير مصر بتلك التجربة، وذلك باعتبار التجربة المصرية هي التجربة الأسرع في الوطن العربي في التنقل بين العديد من صور عقود الشراكة، ونتناول في هذا الشأن خطة البحث التالية:

**الفصل الأول: مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص.**

المبحث الأول: الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية و التطبيق .

المبحث الثاني: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والمعايير المميزة لها.

**الفصل الثاني: التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.**

المبحث الأول: نظرة تحليلية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول الشمال وأثرها علي التجربة المصرية.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

## الفصل الأول

### مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تحديد مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يستلزم أولاً بيان صور هذه الشراكة ومن تحليل هذه الصور يمكن استخلاص تعريفها، وذلك علي النحو التالي:

#### المبحث الأول

#### الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق

نتناول فيما يلي صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص علي وجه العموم وصور عقودها بالمعني الفني الدقيق.

#### المطلب الأول

#### صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص من الناحية النظرية

للشراكة بين القطاعين العام والخاص من الناحية الموضوعية صورتين رئيسيتين هما الصورة المؤسسية والصورة العقدية<sup>1</sup> ، فنجد أن:

#### أولاً: الصورة المؤسسية للشراكة بين القطاعين العام والخاص.

هي نوع من الشراكة تأخذ صورة شركات تساهم فيها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بجزء من رأس المال وبالتالي تساهم في إدارة هذه الشركات بقدر مساهمتها في رأس المال. فإذا كانت الدولة أو أحد أشخاص القانون العام تساهم بأكثر من نصف رأس المال فإنها تتمتع بأغلبية في مجلس إدارة الشركة ويكون للدولة سيطرة فعلية على إدارة المرافق العامة محل نشاط هذه الشركات، أما إذا كانت الدولة لا تساهم بأغلبية

<sup>1</sup> GRIMSEY (D.), LEWIS (M.K.), *Public Private Partnerships, The Worldwide Revolution in infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Pub éd., Australia, 2004, p. 12. VIDAL (L.), « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *RFDA*, n° 6, 1999, p. 1147.

رأس المال فإن الشريك الخاص المسئول عن المرفق يكون مستقلاً عن الشريك العام الذي لا يمارس في هذه الحالة الا رقابة متعلقة بالقواعد الأساسية للمرافق العامة وتخضع الشركة فيما عدا ذلك لقواعد القانون الخاص. وتعد هذه الطريقة محاولة للاستفادة من مزايا كل من الإدارة العامة والإدارة الخاصة للمشروعات الاقتصادية حيث تطمح إلى استهداف كل من الصالح العام والربح في أن واحد. وتأخذ شركات الاقتصاد المختلط شكل شركة مساهمة وبالتالي تخضع لأحكام قانون الشركات و من ثم تعد من شركات القانون الخاص<sup>٢</sup>.

### ثانياً: الصورة العقدية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

تعد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إحدى تطبيقات العولمة القانونية حيث تهدف تلك الباقة العقدية إلى تخفيف العبء عن الميزانية العامة للدولة كذلك فتح أسواق جديدة أمام القطاع الخاص للاستفادة من خبراته ومن ثم سرعة تنفيذ المشروعات الكبرى، ولما كان محور بحثنا هو الصورة العقدية للشراكة لذلك نتناولها بشيء من التفصيل فيما يلي.

## المطلب الثاني

### صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص من الناحية التطبيقية

بتتبع التجربة العملية للشراكة بين القطاعين العام والخاص في مختلف دول العالم يتبين لنا وجود معسكرين متميزين في هذا الشأن وهما معسكر دول القضاء الموحد وعلي رأسه المملكة المتحدة ومعسكر دول القضاء المزدوج و علي رأسه فرنسا، ويلاحظ أن تجربة عقود الشركة بين القطاعين العام والخاص في دول القضاء الموحد هي أكثر نشاطاً منها في دول القضاء المزدوج<sup>٣</sup>، حتي انه بإمعان النظر نلاحظ تأثر الأجهزة التابعة للأمم المتحدة بتجربة دول القضاء الموحد في هذا المضمار وذلك بفعل نفوذ هذه الدول الذي يعكس وبحق الأثر الفعال الذي يمارسه الاقتصاد علي القانون. ونتناول هنا بيان صور الشراكة التي أسفرت عنها التجربة

<sup>٢</sup> د/ سعاد الشراوي، " القانون الإداري و تحرير الاقتصاد"، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢٢٨. د/ محمد عبد اللطيف، " التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية"، جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٩، ص ١٥٠. د/ مروان محي الدين القطب، " طرق خصخصة المرافق العامة : الامتياز، الشركات المختلطة، BOT، تفويض المرفق العام. دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ١٩٥.

<sup>٣</sup> يفسر ذلك بغياب آلية للتوازن العقدي في دول القضاء الموحد و من ثم قصور المنظومة العقدية لهذه الدول علي استيعاب حاجتها إلي عقود تتناسب و الحاجة إلي إنشاء و تنظيم و إدارة و صيانة مرافقها العامة او ما يطلق عليه اصطلاحاً مشاريع البنية الأساسية لغياب نظرية المرفق العام في هذه الدول.

علي المستوى الداخلي للدول في كل من دول القضاء الموحد ودول القضاء المزدوج وكذلك على المستوى الدولي.

## الفرع الأول

### صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الداخلي

نتناول فيما يلي تجربة دول القضاء الموحد متخذين التجربة الانجليزية مثال لها يليها تجربة دول القضاء المزدوج متخذين التجربة الفرنسية مثال لها.

#### أولاً: الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول القضاء الموحد.

تأخذ الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المملكة المتحدة عدة صور تتدرج بدءاً من مفهوم الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بالمعنى الواسع وصولاً إلي مفهوم الشراكة بالمعنى الفني الدقيق للمصطلح و ذلك طبقاً لمدي تقاسم المخاطر علي النحو التالي:

#### (١) تجربة الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالمعنى الواسع<sup>٤</sup>.

تتمثل تجربة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بالمعنى الواسع في كل من نماذج بيع الأصول<sup>٥</sup> والأسواق الكبرى<sup>٦</sup> وبيع الأعمال<sup>٧</sup> وشركات الشراكة<sup>٨</sup> والمشاريع المشتركة<sup>٩</sup> واستثمارات الشراكة<sup>١٠</sup> وسياسة الشراكة<sup>١١</sup> والامتياز<sup>١٢</sup> وأخيراً المبادرة المالية الخاصة *PFI*<sup>١٣</sup>، والتي نتناولها فيما يلي بشيء من التفصيل.

#### (٢) تجربة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالمعنى الفني الدقيق<sup>١٤</sup>.

<sup>4</sup> LONDON the Stationary Office, *Public private partnerships, the government's approach*, London the stationary office, 2000, p.49 et ss.

<sup>5</sup> « *Asset Sales* »

<sup>6</sup> « *Wider markets* »

<sup>7</sup> « *Sales of businesses* »

<sup>8</sup> « *Partnership companies* »

<sup>9</sup> « *Joint Ventures* »

<sup>10</sup> « *Partnership investments* »

<sup>11</sup> « *Policy Partnerships* »

<sup>12</sup> « *concession* »

وهي تتشابه مع المبادرة المالية الخاصة *PFI* لكن الفرق هو أن العائد في عقود الالتزام يتم تحصيله عن طريق المستفيدين أما في عقود المبادرة المالية الخاصة *PFI* فيتم عن طريق الدولة.

<sup>13</sup> « *Private Finance Initiative* »

علي الرغم من أن إعلان العمل بموجب الحزمة العقدية لمشروعات المبادرة المالية الخاصة *PFI* قد تم في ظل حكومة المحافظين بقيادة جون ميغور<sup>١٥</sup> عام ١٩٩٢ إلا أن أول عقد تم توقيعه بهذا الأسلوب هو عقد جسر الملكة إليزابيث الثانية عام ١٩٨٧ في ظل ذات الحكومة بقيادة مارجريت تاتشر<sup>١٦</sup>. وعقب ذلك أصبحت الحزمة العقدية لمشروعات المبادرة المالية الخاصة *PFI* هي الأداة الرئيسية في يد الحكومة لتقديم الخدمات العامة بعد أن كانت مشروعات البنية الأساسية تقدم بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق القطاع الحكومي.

#### المبادرة المالية الخاصة *PFI* « *Private Finance Initiative* »

هو برنامج للحكومة البريطانية و من ثم فهو ليس عقدا محددًا بل هو عبارة عن مجموعة نوعية من العقود تهدف إلى تشجيع تحقيق وإدارة المرافق العامة بمساعدة تمويلات القطاع الخاص بدلاً من الخصخصة وذلك بالنسبة للقطاعات التي لا يمكن خصصتها<sup>١٧</sup>.

وبموجب مشاريع برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* أصبحت الدولة هي مشتري الخدمة بدلاً من كونها مالك ومنظم للمشروع وبناء عليه أصبح القطاع الخاص هو المسؤول عن تصميم وإنشاء وتمويل واستغلال المشروع.

#### أشكال برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* « *Private Finance Initiative* »

يوجد تقسيمين لهذا البرنامج أحدهما مالي والآخر عقدي، يمكن من خلالهما إدراج مختلف صور العقود المكونة له، وذلك علي النحو التالي:

#### (أ) التقسيم المالي لبرنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI*.<sup>١٨</sup>

<sup>14</sup> . MARTY (F), VOISIN (A), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *R.I.D.E.*, 2006, vol 20, issue 2, p. 134 et ss. », GRIMSEY (D.), LEWIS (M. K.), *The Economics of Public Private Partnerships*, An Edward Elgar Reference Collection, 2005, p.333.

<sup>١٥</sup> من ١٩٩٠ إلي ١٩٩٧.

<sup>١٦</sup> من ١٩٧٩ إلي ١٩٩٠.

<sup>17</sup> MARTY (F), VOISIN (A), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *op. cit.*, p. 134.

<sup>18</sup> COSSALTER ( P. ), DU MARAIS ( B. ), *La Private Finance Initiativ*, Institut De La Gestion Déléguee, 2001, p. 13. BRENET (F.), MELLERAY (F.), Préface LACHAUME (J. F.), *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, une nouvelle espèce de contrats administratifs*, LexisNexis Litec, Paris, 2005, p. 29 et ss.

بموجبه تنقسم عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة بالنظر إلى طريقة تحصيل العائد إلى الأتي:

#### - عقود خدمات مباحة إلى القطاع الحكومي.

وهي العقود التي يقدم فيها المتعاقد مع جهة الإدارة أداءات مقابل عائد مدفوع من قبل تلك الإدارة. مثال ذلك عقود  $DCMF$ <sup>19</sup> الخاصة بالسجون وعقود الـ  $DBFO$ <sup>20</sup> الخاصة بالمدارس والمستشفيات والإنارة العامة، وهذه العقود تماثل عقود مقاوله الأشغال العامة<sup>21</sup>  $METP$  في التجربة الفرنسية.

#### - عقود الاستقلال المالي.

وهي عقود بموجبها يقوم المتعاقد مع الإدارة بأداءات مقابل عائد مدفوع من قبل المستخدمين. مثال ذلك الطرق ذات البوابات. وهذه النوعية من العقود تماثل تفويض المرفق العام<sup>22</sup> في فرنسا.

#### (ب) التقسيم العقدي لبرنامج المبادرة المالية الخاصة $PFI$ .<sup>23</sup>

تنقسم عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة  $PFI$  بالنظر إلى ملكية أصول المشروع محل العقد إلى الأتي:

- عقود ستؤول ملكية أصول المشروع في نهايتها إلي جهة الإدارة: فنجد لدينا عقود  $BOOT$ <sup>24</sup> وعقود  $DCMF$ <sup>25</sup>.
- عقود ستظل أصول المشروع تحت يد المتعاقد مع جهة الإدارة وستؤول في نهايتها إلى ملكيته: فنجد لدينا عقود الـ  $BOO$ <sup>26</sup>.
- عقود لا تعتمد على ملكية أصول المشروع منذ بدايتها: فنجد عقود  $FM$ <sup>27</sup>،  $DB$ <sup>28</sup>،  $OM$ <sup>28</sup>،  $DBFO$ <sup>27</sup>،  $LDO$ <sup>28</sup>.

<sup>19</sup> DCMF : Design, Construct, Manage and Finance

<sup>20</sup> DBFO: Design, Build, Finance and Operate

<sup>21</sup> Marchés d'Entreprise de Travaux Publics.

<sup>22</sup> Conventions de Délégation de Service Public.

<sup>23</sup> COSSALTER ( P. ), DU MARAIS ( B. ), *La Private Finance Initiativ, op. cit, p. 13 . DAVIES (S.), FAIRBROTHER (P.), Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources*, Global Political Economy Group, working paper series paper 39, School of Social Sciences, Cardiff university, June 2003, p 5-6.

<sup>24</sup> BOOT : Build, Own, Operate and transfer

<sup>25</sup> DCMF : Design, Construct, Manage and Finance

<sup>26</sup> BOO : Build, Own and Operate

<sup>27</sup> DBFO: Design, Build, Finance and Operate

<sup>28</sup> OM : Operation and Maintenance Contract



## ثانيا: الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول القضاء المزدوج.

ظهرت الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا متخذة الصورة العقدية و ذلك بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٤ - ٥٥٩ في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ المعدل بالقانون رقم ١٧٩-٢٠٠٩ في ١٧ فبراير ٢٠٠٩، و بموجب المادة الأولى من هذا المرسوم تعرف عقود الشراكة على أنها: "عقود إدارية من خلالها تستطيع الدولة أو أحد المؤسسات العامة أن تحيل إلى شخص آخر لمدة محددة مهمة شاملة، تتعلق بتمويل الاستثمارات والتجهيزات اللازمة للمرفق العام من إنشاء واستغلال وإدارة، وعند الاقتضاء، تقديم بعض الاداءات للمرفق بواسطة المتعاقد مع الإدارة، والذي يتكفل بمهمة رب العمل في الأعمال المتحققة، ويكون عائد المتعاقد عن طريق ما يؤديه له الشخص المعنوي العام طوال مدة العقد، وقد يرتبط العائد مع نتائج تنفيذ العقد المبرم مع المتعاقد مع الإدارة".

فبفضل هذه العقود عرفت فرنسا أفقا جديدا بإضافة مجموعة المرافق العامة الإدارية والتي لا تدر أي ربح إلى نطاق تطبيق هذه العقود دون أي مساس لما هو موجود من عقود<sup>٣٢</sup>. حيث جاءت عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص لإكمال النقص الموجود في عقود الصفقات العامة<sup>٣٣</sup> وبين عقود تفويض المرفق العام<sup>٣٤</sup> فيما يتعلق بإمكانية السماح بالدفع المؤجل. إلا أن هذه العقود لا تخلو من النقد التالي :

أولا: غياب تعريف محدد وموحد لكافة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

حيث جانب المرسوم الفرنسي الصواب سواء في تسمية العقد بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، فنجد أن هذه التسمية من شأنها اثاره الغموض والارتباك ذلك أن مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو مصطلح عالمي يغطي جميع صور الشراكة فيندرج تحت هذا المصطلح كل من عقود الصفقات العامة وعقود تفويض المرفق العام و من أبرزها عقد الالتزام، لهذا السبب نجد أن المشرع الفرنسي أساء استخدام هذا المصطلح عندما أشار به على مضمون المرسوم رقم ٢٠٠٤ - ٥٥٩ في ١٧ يونيو ٢٠٠٤.<sup>٣٥</sup>

<sup>29</sup> DB : Design and Build

<sup>30</sup> FM: Facilities Management

<sup>31</sup> LDO : Lease Develop Operate

<sup>32</sup> BEZANÇON (X.) , DERUY (L.), FISZELSON (R.), FORNACCIARI (M.), préface de NOËL (S. P.), *Les nouveaux contrats de partenariat public privé, analyses juridiques, problèmes financiers et comptables, conseils pratiques*, Le Moniteur éd., Paris, 2005, p. 25.

<sup>33</sup> Le Marché Public.

<sup>34</sup> La Délégation de Service Public.

<sup>35</sup> MARITON (H.), *Partenariat public privé : Totem ou tabou ? , Une nouvelle voie pour l'amélioration de la qualité du service public*, Colloque parlementaire, décembre 2003, p. 7, p. 25 et ss.

ثانياً: غموض مبدأ تقاسم المخاطر الوارد في المرسوم رقم ٢٠٠٤ - ٥٥٩ في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ الخاص بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أثار ورود مبدأ تقاسم المخاطر، والذي تمت استعارته من التجربة الانجليزية في الثمانينات، في المادة الثانية من المرسوم سالف البيان بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص جدلاً فقهيًا بسبب حداثة وغموضه. ويدور هذا الجدل بين فريق يري أن مبدأ تقاسم المخاطر هو عنصر جوهري في تعريف عقود تفويض المرفق العام وإن لم ينص عليه صراحة في هذه العقود و فريق آخر يري أن مبدأ تقاسم المخاطر هو الفيصل للتفرقة بين عقود تفويض المرفق العام وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالمعنى الفني الدقيق<sup>٣٦</sup>.

وفي رأينا أن هذا الغموض الذي يحيط مبدأ تقاسم المخاطر سواء قبل صدور المرسوم الخاص بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم ٢٠٠٤ - ٥٥٩ في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ فيما يتعلق بتفويض المرفق العام أو عقب صدور هذا المرسوم، إنما يجد تفسيره في أن مبدأ تقاسم المخاطر هو ترجمة برامجتيكية لنظريات التوازن العقدي للعقد الإداري.

## الفرع الثاني

### صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الدولي

وجدت تجربة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص حظها من الدراسة والتحليل علي المستوى الدولي وذلك بفضل حركة العولمة والتي يميزها بوضوح النفوذ الذي يمارسه عالم الاقتصاد والمال علي عالم القانون. وفيما يلي نتناول تجربتين دوليتين هامتين في هذا النطاق وهما تجربة الاتحاد الأوروبي وتجربة الأمم المتحدة.

#### أولاً: الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الاتحاد الأوروبي.

للإتحاد الأوروبي تجربة فريدة فيما يتعلق بالشراكة بين القطاعين العام والخاص حيث يهدف الإتحاد إلي توحيد النظم القانونية للدول الأعضاء بوجه عام و في سبيل هذا الهدف وفي إطار بحثنا قام بعدة محاولات لتعريف الشراكة إلي أن أصدر في ٣٠ ابريل ٢٠٠٤ الكتاب الأخضر الذي عرفت فيه الشراكة تعريفاً يتفق والفقهاء القانوني لدول القضاء الموحد و دول القضاء المزدوج بالإتحاد، وذلك علي النحو التالي:

---

LIGNIÈRES (P.), *Partenariats public privé*, 2<sup>ème</sup> éd, lexis Nexis LITEC, Paris, 2005, p. 51. JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, Fasc. 646 : PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ§ III-55

(١) محاولات تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص قبل صدور الكتاب الأخضر.

قبل صدور الكتاب الأخضر مر تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالمراحل التالية:

(أ) معاهدة ماسترخت<sup>٣٧</sup> في ٧ فبراير ١٩٩٢ و ضرورة الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

ذهبت السلطات الأوروبية إلي تشجيع فكرة الشراكة بين القطاعين العام والخاص وذلك قبل تحديد مضمونها. فشجعت تلك المعاهدة اللجوء للشراكة لتفادي المخاوف من العجز المالي لدول الاتحاد، وذلك بهدف تخفيض الإنفاق العام بأن يقوم القطاع الخاص بما كانت ستقوم به الدولة من مشاريع عملاقة.<sup>٣٨</sup>

(ب) المفوضية الأوروبية<sup>٣٩</sup> و مشاريع الاتحاد المتعلقة بالشبكة الأوروبية للمواصلات.

أيدت المفوضية الأوروبية اللجوء إلي الشراكة في مشاريع الاتحاد المتعلقة بالشبكة الأوروبية للمواصلات.<sup>٤٠</sup>

(ج) اللجنة الاقتصادية و الاجتماعية<sup>٤١</sup> و تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص.<sup>٤٢</sup>

عرفت اللجنة الشراكة بأنها: " عقد طويل الأجل ينعقد بين جهات إدارية ومنظمات عامة من جهة وشخص من أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى بهدف تصميم، تخطيط، تمويل، إنشاء وتشغيل مشروع بنية أساسية، وتتميز هذه العقود عن عقود الصفقات العامة".

(٢) محاولات تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص بعد صدور الكتاب الأخضر في ٣٠ ابريل

.٢٠٠٤

عرفت المفوضية الأوروبية la Commission européenne الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكتاب الأخضر بأنها: "هي أشكال للتعاون بين السلطات العامة وعالم الشركات والتي تهدف إلي تحقيق تمويل، إنشاء، تجديد، إدارة وصيانة بنية أساسية أو تأثيث مرفق". ويمتاز هذا التعريف باتساع ومرونة ألفاظه علي

<sup>37</sup> Le traité de Maastricht.

<sup>38</sup> BRENET (F.), MELLERAY (F.), Préface LACHAUME (J. F.), *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, une nouvelle espèce de contrats administratifs, op. cit.*, p. 70.

<sup>39</sup> la Commission européenne.

<sup>40</sup> le réseau transeuropéen.

<sup>41</sup> Le comité économique et social.

<sup>42</sup> Commission des Communautés Européennes, Avis CES, 25 févr1998, « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Économique et Social et au Comité des régions relative au financement de projets du réseau transeuropéen de transport par des partenariats entre le secteur public et le secteur privé » (doc. COM (97) 453 final ) §5.1.5.

النحو الذي يسمح من ناحية، بأن يشمل المفهوم العقدي و المؤسسي للشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن ناحية أخرى، يتسع هذا التعريف ليشمل أيضا كافة صور الشراكة بحيث يشمل تجربة الشراكة الفرنسية كاملة و علي رأسها عقود تفويض المرفق العام كذلك تجربة الشراكة الانجليزية كاملة و علي رأسها عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة <sup>٤٣</sup> PFI .

### ثانيا: الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الأمم المتحدة.

للأمم المتحدة دورها تجربة جديرة بالدراسة و التحليل فيما يتعلق بالشراكة بين القطاعين العام و الخاص من خلال منظماتها للتنمية الصناعية " اليونيدو" *UNIDO*، كذلك من خلال لجنتها للقانون التجاري الدولي "الأونسيترال" *UNCITRAL* الأمر الذي يدعونا بدوره لتناول كل منهما بشيء من التحليل علي النحو التالي:

#### (١) منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية " اليونيدو" *UNIDO* والشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وجدت الشراكة بين القطاعين العام و الخاص اهتماما لدي منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية " اليونيدو" *UNIDO* و هو الأمر الذي يظهر لنا جليا في ما صدر عنها عام ١٩٩٦ من توجيهات بشأن تنمية مشروعات البنية الأساسية عن طريق مشروعات البوت *BOT* "البناء والاستغلال ونقل الملكية" ، كذلك في محاولتها تعريف الشراكة بين القطاعين العام و الخاص عام ٢٠٠٠<sup>٤٤</sup>.

#### (أ) توجيهات منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية " اليونيدو" *UNIDO* بشأن مشروعات البنية الأساسية عن طريق مشروعات ال *BOT* "البناء والاستغلال ونقل الملكية" لعام ١٩٩٦ .

تعد مشروعات البوت *BOT* "البناء والاستغلال ونقل الملكية" صورة من صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص فهي تمثل شكل من أشكال برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* الانجليزي. تجد هذه المشروعات أهميتها فيما يتعلق بمشروعات البنية الأساسية والمشروعات الصناعية مثل المشروعات البترولية أو الخاصة بالغاز الطبيعي أو محطات الكهرباء والطرق ومعالجة مياه الصرف الصحي. فكانت توجيهات اليونيدو بهدف إعطاء نموذج لكيفية استخدام الاستثمارات الخاصة من اجل تطوير البنية الأساسية والتي كان أمر إنشائها

<sup>43</sup> BRENET (F.), MELLERAY (F.), Préface LACHAUME (J. F.), *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, une nouvelle espèce de contrats administratifs, op. cit.*, p. 70 et ss.

<sup>44</sup> United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), *Guidelines for infrastructure development through Build Operate Transfer BOT projects*, UNIDO, Vienna, 1996, p. III.

وتطويرها قاصرا على القطاع الحكومي وحده دون غيره. فحاولت التوجيهات تناول كافة المسائل الاصطلاحية والقانونية والمالية المتعلقة بهذه المشروعات و ذكرت أن الشريك الخاص يتولى التزام بموجبه يتم إنشاء وإدارة مرافق كانت تنشأ وتدار عادة بواسطة الدول نفسها وفي نهاية مدة الالتزام يعيد الشريك الخاص المشروع إلى الدولة.<sup>٤٥</sup>

(ب) تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية " اليونيدو" *UNIDO* للشراكة بين القطاعين العام والخاص عام ٢٠٠٠.<sup>٤٦</sup>

حاولت اليونيدو عام ٢٠٠٠ تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص علي النحو التالي: " هي أشكال من التعاون من خلالها يتولى الشريكين العام والخاص معاً الملكية والمسئولية"، وغالبا ما تكون الشراكة في قطاعات البنية الأساسية والمرافق العامة.

(٢) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " الأونسيترال" *UNCITRAL* و الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " الأونسيترال" *UNCITRAL* في شأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المبادرات الآتية:

(أ) الدليل التشريعي للأونسيترال بشأن مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص لعام ٢٠٠٠.<sup>٤٧</sup>

يعد هذا الدليل مرجعا للأعمال التي قامت بها منظمات كاليونيدو والبنك الدولي، يهدف هذا الدليل إلى تحسين الاطار القانوني الموجود في البلدان النامية بهدف تنمية الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية.<sup>٤٨</sup>

ويلاحظ علي هذا الدليل اهتمامه بالتأكيد علي مبادئ الشفافية والمساواة عند التعاقد، كما يلاحظ أن تعريف

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), *Public-Private Partnerships for Economic Development and Competitiveness: with Special Reference to the African Experience*, UNIDO, Vienna, February 2000, p. 17 et ss.

<sup>٤٧</sup> المعتمد في ٢٩ يونيو ٢٠٠٠.

<sup>48</sup> Le texte du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé Adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international CNUDCI le 29 juin 2000 et Établi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Nations Unies, New York, 2001, p. 2.

مشروعات البنية الأساسية بتمويل خاص قد جاء خاليا من مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلا مرة واحد.<sup>٤٩</sup> ورد فيها المصطلح فيما يتعلق بجزئية مصادر تمويل هذه المشروعات.<sup>٥٠</sup>

## (ب) النصوص التشريعية بشأن مشروعات البنية الأساسية بتمويل خاص لعام ٢٠٠٣.<sup>٥١</sup>

من بين هذه النصوص التشريعية نجد التوصيات بشأن التشريعات و النصوص النموذجية والتي موضوعها مساعدة السلطات التشريعية داخل الدولة بهدف وضع إطار تشريعي لمشروعات البنية الأساسية بتمويل خاص، الأمر الذي يدعو إلى الحاجة إلى قانون نموذجي للشراكة بين القطاعين العام والخاص على المستوى الدولي لتحقيق نظرة عامة موحدة دوليا.<sup>٥٢</sup>

## المبحث الثاني

### تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والمعايير المميزة لها

نتناول فيما يلي تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص والمعايير المميزة لهذه العقود وذلك علي النحو التالي:

### أولاً: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

تعددت تعريفات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على المستويين الداخلي والدولي ومن مجموع تلك التعريفات أمكن استخلاص عدة معايير مميزة لتلك العقود بموجبها يمكن تعريف عقد الشراكة على أنه: "عقد

<sup>49</sup> « b) Sources de financement des projets d'infrastructure : Des modes de financement autres que le financement public traditionnel jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières années, de nouveaux investissements ont, dans divers pays, été financés exclusivement ou essentiellement par des fonds privés. Les deux principaux types de financement sont le financement en fonds propres et l'emprunt, ce dernier prenant en général la forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux. Mais il en existe d'autres. Les investissements publics et privés sont souvent associés dans des arrangements parfois désignés sous l'appellation "partenariat public-privé". », *Ibid*, p.16.

<sup>50</sup> DE CAZALET(B), CROTHERS(J), « Présentation des dispositions législatives type sur les projets d'infrastructures à financement privé additif du guide législatif de la CNUDCI », *RDAl/IBLJ*, n°1,2004, p 34.

<sup>٥١</sup> و التي تم تبنيها بواسطة الاونسيترال في ٧ يوليو ٢٠٠٣. وذلك لاستكمال الدليل التشريعي الصادر في عام ٢٠٠٠ في ذات الخصوص.

<sup>52</sup> Dispositions Législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé de 2003. Adoptées par la CNUDCI le 7 juillet 2003, les recommandations concernant la législation et les dispositions types ont pour objet d'aider les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles complètent le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Publiées à 2004.

مركب طويل الأمد موضوعه انجاز مهمة من مهام المرفق العام ارتكازا على مبدأ تقاسم المخاطر والمسؤوليات".<sup>53</sup> من هذا التعريف يتبين لنا المعايير المميزة لتلك الباقية العقدية .

## ثانيا: المعايير المميزة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

يتميز عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بنوعين من المعايير إحداهما عضوي والآخر موضوعي علي النحو التالي:

### (١) المعيار العضوي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

عقد الشراكة يفترض التعاون بين الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة وبين شريك من أشخاص القانون الخاص وهنا يلتقي عقد الشراكة مع المفهوم العضوي للعقد الإداري.<sup>54</sup>

### (٢) المعايير الموضوعية للشراكة بين القطاعين العام والخاص.

تتمثل هذه المعايير في اتصال العقد بمهمة من مهام المرفق العام و كذلك في كون العقد من العقود المركبة طويلة الأمد والتي ترتكز علي مبدأ تقاسم المخاطر علي النحو الاتي بيانه:

#### (أ) عقد الشراكة هو عقد موضوعه انجاز مهمة من مهام المرفق العام.<sup>55</sup>

يظهر هذا المعيار بوضوح في دول القضاء المزدوج كفرنسا ومصر حيث توجد نظرية فقهية متكاملة للمرفق العام، وبها يتحقق المعيار الموضوعي للقول بوجود عقد إداري، بخلاف الحال في دول القضاء الموحد كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية أو على المستوى الدولي حيث تغيب نظرية المرفق العام وتظهر لنا مصطلحات تعبر عن مدي الاحتياج لهذه النظرية، حيث يمكن اعتبار هذه المصطلحات من قبيل المترادفات لفكرة المرفق العام مثل مصطلح "خدمة *service*" ومصطلح "البنية الأساسية *infrastructure*" التي تبنتها

<sup>53</sup> SALAH ELDIN CAMAL Camelia, *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, thèse, Aix Marseille 3, 2010, p.179.

<sup>54</sup> ABDEL BAKI (S.), *Les projets internationaux de construction menés selon la formule B.O.T. (Bould,Operat, Transfer) Droit égyptien-Droit français*, thèse, Paris 1, 2000,p. 235. L'arrêt Société de l'autoroute Estérel- Côte d'Azur, C.E., 20 décembre 1961, cité au Recueil Lebon, p.724. DELCORS (X), WOLF (D.), *Le Contrat Administratif*, La Documentation Française, n° 2.11, , Septembre 1977, p. 4.

<sup>55</sup> DELCORS (X), WOLF (D.), *Le Contrat Administratif*, La Documentation Française, n° 2.11, Paris, Septembre 1977, p. 18.

دول القضاء الموحد وسارت علي نهجها الجهات التابعة للأمم المتحدة والاتحاد الأوروبي في تعريفهم لمفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص<sup>56</sup>.

### (ب) عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو عقد مركب طويل الأمد.

يعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقدا مركبا حيث يتناول المشروع محل العقد بدءا من مرحلة تصميمه وحتى تمام تنفيذه واستغلاله وصيانته. ويعد طول أمد العقد نتيجة منطقية لكونه عقدا مركبا حيث يعد الزمن عنصر أساسي لإتمام كافة مراحل المشروع محل العقد بدءا من مرحلة التصميم حتى مرحلة الصيانة مرورا بمرحلتي الإنشاء والاستغلال<sup>57</sup>.

### (ج) عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يرتكز على مبدأ تقاسم المخاطر<sup>58</sup>.

ظهر مبدأ تقاسم المخاطر في إنجلترا بمناسبة إعلان برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* ومن إنجلترا انتشرت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في العالم.

#### ١. نشأة مبدأ تقاسم المخاطر.

ظهر مبدأ تقاسم المخاطر بمناسبة رغبة حكومة مارجريت تاتشر بإنجلترا في إعلان برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* حيث استعانت في إعداد هذا البرنامج بخبراء فرنسيون في إدارة المرافق العامة الأمر الذي ساهم في انتقال أفكار ومبادئ العقد الإداري إلى إنجلترا احدي دول القضاء الموحد الأمر الذي يمكن معه القول، من جهة أن الباقية العقدية لبرنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* يمكن اعتبارها النسخة الانجليزية لفكرة العقد الإداري الفرنسي<sup>59</sup>، ومن جهة أخرى أن مبدأ تقاسم المخاطر لا يمكن اعتباره سوى الترجمة النفعية "البراجماتيكية" أو الحسابية للنظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري "وهي نظريات القضاء الإداري لكل من : القوة القاهرة و أفعال الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية الغير متوقعة". وبفضل التجربة البريطانية

<sup>56</sup> HODGE (G), GREVE (C), *The Challenge of Public-Private Partnerships, Learning from International Experience*, Edward Elgar Pub, 2005, p. 44.

<sup>57</sup> BRENET (F.), MELLERAY (F.), *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, une nouvelle espèce de contrats administratifs*, LexisNexis Litec, Paris, 2005, p. 101.

<sup>58</sup> LIGNIÈRES (P.), *Partenariats public privé*, 2<sup>ème</sup> éd, lexis Nexis LITEC, Paris, 2005, p. 229.

<sup>59</sup> CO S S A L T E R ( Ph.), DU MA R A I S (B), « La Private Finance Initiative », MARS 2001, Institut de la Gestion Délégée, p. 53 et ss.



للشراكة بين القطاعين العام والخاص بصفة عامة ويفضل برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* على وجه الخصوص تحول مبدأ تقاسم المخاطر إلى ظاهرة عالمية<sup>60</sup>.

## ٢. أهمية مبدأ تقاسم المخاطر.

مبدأ تقاسم المخاطر هو حجر الزاوية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث ظهر مبدأ تقاسم المخاطر<sup>61</sup> في دول القضاء الموحد و بالتبعية على المستوى الدولي لإشباع الحاجة إلى وجود آلية متكاملة للتوازن العقدي وذلك لتدارك أزمة عدم وجود آليات متكاملة للتوازن العقدي في هذه البلاد. كما ظهر هذا المبدأ أيضا كوسيلة لتدوين المخاطر المحيطة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في صورة بنود عقدية للحصول على أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي.

## ٣. المقصود بمبدأ تقاسم المخاطر.

أن يقع الخطر على عاتق الطرف (الشريك) الأكثر قدرة على التحكم فيه وعلى السيطرة عليه.

ونتناول فيما يلي تعريف الخطر موضوع ذلك المبدأ وأنواع المخاطر:

### ❖ تعريف الخطر

الخطر هو حدث أو عامل أو تأثير من شأنه تهديد حسن سير المشروع محل عقد الشراكة سواء من حيث المواعيد أو التكلفة أو طبيعة الأداء المراد تحقيقه<sup>62</sup>.

### ❖ أنواع الخطر

للخطر عدة تقسيمات نذكر منها التقسيمين التاليين :

▶ تقسيم الخطر طبقا للمراحل التي يمر بها المشروع محل عقد الشراكة كالتالي :

▪ مخاطر الإنشاء وتنقسم إلى القسمين التاليين :

<sup>60</sup> HODGE (G), GREVE (C), *The Challenge of Public-Private Partnerships, Learning from International Experience, op. cit.*, p. 50 et ss.

<sup>61</sup> في دول القضاء الموحد" مثل إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية" كذلك على المستوى الدولي "مثل المنظمات الدولية و الاتحاد الأوروبي"

<sup>62</sup> BRETON (Th.), COPÉ (J. F.), *Les contrats de partenariat principes et méthodes*, Ministère de l'économie des finance et de l'industrie, 2004, p. 33.

- الأخطار الرئيسية مثل: خطر تجاوز تكلفة الإنشاء،<sup>٦٣</sup> خطر تجاوز مدة الإنشاء.<sup>٦٤</sup>
- الأخطار الثانوية مثل : خطر عدم مطابقة الإنشاءات للشروط المحددة مسبقا بكراسة الشروط،<sup>٦٥</sup> خطر عدم إنجاز المشروع<sup>٦٦</sup>، الأخطار المتعلقة بالظروف الفيزيائية والمناخية<sup>٦٧</sup>.

#### ■ مخاطر الاستغلال وتتمثل في :

- مخاطر رئيسية مثل: خطر تقلبات السوق،<sup>٦٨</sup> خطر تغير معدلات الصرف للعملة الأجنبية، خطر تغير معدلات الفائدة.
- مخاطر ثانوية وتشمل: خطر تجاوز تكلفة تشغيل المشروع محل عقد الشراكة، خطر إفلاس الشريك الخاص .

#### ► تقسيم الخطر طبقا لأنواعه كالتالي:

##### ■ المخاطر القانونية:

مضمون الخطر القانوني يشمل المناخ القانوني للعقد وقانون البلد المستقبل ويتمثل في الامتيازات التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة كسلطة ذات سيادة والتي قد تمثل خطرا وتهديد للعقد من جهتين كالآتي:

- المخاطر التشريعية: وتتمثل في قدرة الدولة المتعاقدة علي تغيير المناخ القانوني الذي ينفذ فيه العقد بواسطة ما تتخذه من إجراءات دستورية أو تشريعية أو لائحية والتي قد تأخذ على سبيل المثال صورة تشريعات جمركية أو مالية أو ضرائبية صادرة خلال فترة سريان العقد، الأمر الذي من شأنه زيادة

<sup>٦٣</sup> وقد ينجم هذا الخطر عن بعض الأحداث الطبيعية أو عدم الكفاية الفنية والتقنية للشركة المنشئة ( المتعاقدة ) أو القرارات السياسية المتخذة كذلك الخطأ في تقدير تكلفة الإنشاء وذلك بتقديرها بأقل من قيمتها .

<sup>٦٤</sup> مثل الخطأ في تقدير المدة الكافية للإنشاء

<sup>٦٥</sup> بسبب عدم الكفاءة الفنية للشريك الخاص أو بعض القرارات السياسية أو بسبب عدم مطابقة المواد الأولية الموردة لكراسة الشروط .

<sup>٦٦</sup> مثل توقف المشروع محل العقد نتيجة إلغاء الترخيص ، إعلان الحرب الأهلية أو توقيع عقوبات دولية .

<sup>٦٧</sup> مثل المعطيات الجيولوجية والمناخية للمشروع والتي يتعين وضعها تحت يد الشريك الخاص .

<sup>٦٨</sup> وهو خاص بالتفاوت الاحتمالي بين توقعات كل من المستثمرين والمقرضين عند تحليل عوائد المشروع وقد ينشأ هذا الخطر عن زيادة أسعار المواد الأولية ، سوء تقدير درجة الاحتياج للمشروع ، امتيازات السلطة العامة ، حالة القوة الناشئة عن الحروب والنزاعات المسلحة ، الإضراب ، الكوارث الطبيعية ، عدم الكفاءة المالية والفنية للمستثمر .

التزامات أو تقليص حقوق الشريك الخاص مع الدولة عما كانت عليه لحظة التعاقد وذلك بالإرادة المنفردة للدولة وحدها.

- مخاطر السلطة العامة : وبموجبها يمكن للدولة تغيير شروط العقد بإرادتها المنفردة إلا أن هذه السلطة مقيدة بوجوب أن يكون تدخل الدولة مبرراً باعتبارات الصالح العام كذلك في حالة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للدولة للشريك الخاص الحق في التعويض الكامل على كل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة.

#### ▪ أخطار سياسية

للخطر السياسي عدة مصادر منها على سبيل المثال خطر الحروب الأهلية، الثورات، الانقلابات العسكرية، الاضطراب، النزاعات العرقية والدينية، التأميم.<sup>69</sup>

٤. كيفية تحديد وتقييم وتقسيم الأخطار فيما بين طرفي التعاقد "مصفوفة المخاطر".

#### ❖ تعريف مصفوفة المخاطر.

مصفوفة المخاطر هي جدول يبين قائمة المخاطر المحتملة لمشروع ما والتي بمقتضاها يتم تحديد وتقييم وتقسيم تلك المخاطر طبقاً لمبدأ تقاسم المخاطر على كل من شريكي المشروع محل عقد الشراكة (العام والخاص).<sup>70</sup>

#### ❖ تتوزع المخاطر طبقاً لمصفوفة المخاطر علي النحو التالي :

▶ مخاطر يتحملها الشريك العام ( الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة ) وحده دون غير وهي مخاطر التربة ومخاطر تعديل العقد بالإدارة المنفردة.

▶ المخاطر المقسمة بين الطرفين حيث يتم التفاوض بين طرفي عقد الشراكة لاقتسام أعباء هذه المخاطر أعمالاً لمبدأ العدالة. مخاطر القوة القاهرة يتم اقتسامها بين الطرفين عندما تكون خارجة عن إرادة الطرفين وتشكل عجزاً كاملاً للمشروع.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> ABDEL BAKI (S.), *Les projets internationaux de construction menés selon la formule B.O.T. (Bould, Operat, Transfer) Droit égyptien-Droit français, op. cit., p. 141 et ss.*

<sup>70</sup> FOURNIER (P), *Les contrats de partenariat public privé: quelles assurances pour quels risques?*, Institut des assurances d'Aix Marseille, Université Marseille 3, 2004-2005, p 8.

## ٥. مبدأ تقاسم المخاطر و إعادة التوازن المالي لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

مصفوفة المخاطر هي أداة لاقتسام المخاطر فيما بين طرفي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ولكنها لا تؤمن تحقيق التوازن المالي التام لعقد الشراكة ذلك أن تلك المصفوفة تكون مصحوبة بالتوازي بحزمة من عقود التأمين والتي لا يمكن لها أن تغطي بصفة تامة كافة أشكال المخاطر لصعوبة حصر هذه المخاطر بصورة محددة مسبقاً لذلك تبقى النظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري (وهي نظريات القضاء الإداري لكل من: القوة القاهرة وأفعال الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة) بمثابة الضمانة الأخيرة لتنفيذ و إكمال مبدأ تقاسم المخاطر وذلك بإكمال أي نقص قد يطرأ على تحديد الأخطار الواردة بمصفوفة المخاطر. بصورة أخرى يمكن القول بأن النظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري تلعب دوراً هاماً فيما يتعلق بإكمال أي نقص يطرأ على تطبيق مبدأ تقاسم المخاطر نتيجة استحالة تحديد وتقسيم كافة المخاطر المحتملة لأي عقد على سبيل الحصر مقدماً لحظة التوقيع عليه<sup>71</sup>. كذلك يعد مبدأ تقاسم المخاطر في دول القضاء المزدوج بمثابة محاولة لتقنين النظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري ( وهي القوة القاهرة وأفعال الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية الغير متوقعة ) وتدوينها في صورة شروط عقدية ولكن تلك المحاولة لم يكتب لها الاكتمال نظراً لاتساع نطاق تلك النظريات بصورة يصعب معها تحديد كافة صور المخاطر المحتملة مقدماً على سبيل الحصر. وترجع صعوبة حصر محتوى ونطاق تطبيق تلك النظريات إلى عاملين :

الأول: هو الدور الإنشائي للقاضي الإداري والذي يدعمه مرونة المصطلحات المستخدمة في تلك النظريات مثل مصطلح عدم التوقع.

والثاني: هو قدرة تلك النظريات على احتواء العديد من الأحداث والوقائع التي لم تكن محل اعتبار من قبل المتعاقدين لحظة توقيع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

في النهاية يتعين علينا أن نؤكد أنه توجد حالة من التوافق التام فيما بين مبدأ تقاسم المخاطر والنظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري فبموجب هذه الحالة نجد أن تلك النظريات قادرة على احتواء مبدأ تقاسم المخاطر وكذلك إكمال أي نقص أو غموض يطرأ على مصفوفة المخاطر كالعامل على تحديد تكيف خطر ما لم يتم إيراده بمصفوفة المخاطر ومن ثم فإن وجود هذا المبدأ لا يهدد على الإطلاق وجود تلك النظريات

<sup>71</sup> KIRAT (Th.), MARTY (F), VIDAL (L), « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessité de la connaissance de la dimension économique du contrat », *R.I.D.E.*, 2005, n° 3, p. 306.

<sup>72</sup> FOURNIER (P), *Les contrats de partenariat public privé: quelles assurances pour quels risques?*, op. cit., p. 38.

وبالتالي فإن الدور الإنشائي للقاضي الإداري فيما يتعلق بالدعاوي المقامة بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يظل قائما دون أي مساس<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> SALAH ELDIN CAMAL Camelia, *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, op. cit., p.425 et ss.

## الفصل الثاني

### التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يتعين لبيان التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلقاء نظرة تحليلية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في كل من دول الشمال ونقصد هنا معسكري دول القضاء الموحد "وعلني رأسه المملكة المتحدة" ودول القضاء المزدوج" و علي رأسه فرنسا"، و بين دول الجنوب ونقصد هنا الوطن العربي ونخص بالذكر مصر لتجربتها في هذا الشأن بدءاً من الأخذ بالخصخصة و تبني مشروعات البوت *BOT* وتحولها عنها إلي الشراكة بين القطاعين العام و الخاص وأثر كل هذه تلك المتغيرات على تكييفها القانوني.

#### المبحث الأول

### نظرة تحليلية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول الشمال

#### واثرها علي التجربة المصرية

بتأمل تجربة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص نجد أن دول الجنوب تتخذ دائماً موقف المتلقي من دول الشمال فهذه الدول لا تتمتع بأية تجربة مستقلة في هذا الشأن ونتيجة لذلك فان أية أزمة قانونية تمر بها الشراكة في دول الشمال يتم استيرادها مباشرة من قبل دول الجنوب و نعني من دول الجنوب هنا دول الوطن العربي و خير دليل علي صحة قولنا ما حدث بمصر، فأزمة تكييف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الانجليزية بالنظر إلي التجربة الفرنسية قد ورثتها مصر وهي من دول القضاء المزدوج حينما لجأت إلي تبني مشروعات البوت *BOT* دونما أي إدراك بان هذه الحزمة العقدية ليست إلا ترجمة برجماتيكية للنظرية العامة للعقد الإداري ونظراً لغياب هذه النظرية العامة في المملكة المتحدة فلم يكن أمامها سوي اللجوء إلي هذه النوعية من المشروعات للتغلب علي جمود النظرية العامة للعقود لديها وعجزها عن مواكبة أية تغيرات قد تطرأ علي العقد خلال فترة تنفيذه، لذلك نتناول فيما يلي :

## المطلب الأول

### نظرة تحليلية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول الشمال بين كل من دول القضاء الموحد ودول القضاء المزدوج واثر ذلك علي تكييفها القانوني

إن الصلة بين التجربة الانجليزية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص و بين التجربة الفرنسية للعقود الإدارية تجد جذورها التاريخية في الأعمال التحضيرية لبرنامج المبادرة المالية الخاصة ( PFI ) عندما أفصحت مارجريت تاتشر عن رغبتها في إعلان هذا البرنامج حيث استعانت في سبيل إعداد هذا البرنامج بآراء كبار المتخصصين الفرنسيين في مجال إدارة المرفق العام، لذلك نجد أن عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة PFI هي ترجمة برامجتيكية "نفعية" لمفهوم العقد الإداري الفرنسي والتي يمكن أن تندرج تحت تصنيف عقود مقابولة الأشغال العامة<sup>٧٤</sup> أو تفويض المرفق العام<sup>٧٥</sup> طبقا لكل حالة على حدة، الأمر الذي يستدعي بيان أوجه الشبه و أوجه الخلاف بين كل من برنامج المبادرة المالية الخاصة PFI وبين كل من عقود مقابولة الأشغال العامة و عقود تفويض المرفق العام و عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص الفرنسية<sup>٧٦</sup> ، وذلك لمعرفة التكييف القانوني لعقود برنامج المبادرة المالية الخاصة PFI بالنظر إلى التجربة الفرنسية للعقود الإدارية. ذلك أن عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة PFI تتميز بتنوع أساليب تقاضي مقابل العقد بدءا من الدفع المؤجل مثل عقود مقابولة الأشغال العامة الفرنسية وصولا إلي الدفع المؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشر من قبل المستخدمين مثل عقود الالتزام.

#### أولاً: عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة PFI و عقود مقابولة الأشغال العامة.<sup>٧٧</sup>

يكن الشبه فيما بين هذين النوعين من العقود في أنهما من العقود طويلة الأجل ويتم تقاضي مقابل العقد من قبل الدولة حيث يتم المتعاقد الخاص مع الجهة الإدارية بتأمين إنشاء وتجديد وإدارة مرفق عام أو بنية أساسية.

<sup>74</sup> Le marché d'entreprise de travaux publics.

<sup>75</sup> Délégation de service public.

<sup>76</sup> Le partenariat public privé.

<sup>77</sup> le marché d'entreprise de travaux publics .COSSALTER ( P. ), DU MARAIS ( B. ), La Private Finance Initiativ, op. cit., p. 53 et ss.

في حين يكمن الاختلاف فيما بين هذين النوعين من العقود في أن نطاق تطبيق عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* أوسع من نطاق تطبيق عقود مقاوله الأشغال العامة الفرنسية، بصورة يمكن معها القول بأن كل عقد مقاوله أشغال عامة *METP* يمكن اعتباره من عقود برنامج الـ *PFI* ولكن ليس كل عقد من عقود برنامج الـ *PFI* يمكن اعتباره عقد مقاوله أشغال عامة *METP*. ذلك أن هناك مجموعة من عقود برنامج الـ *PFI* تم تصنيفهم من قبل المحاكم الإدارية الفرنسية كعقود أشغال عامة<sup>٧٨</sup> حيث لا يوجد بهم أي استغلال حقيقي للمرفق العام.

### ثانياً: عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* وعقود تفويض المرفق العام.<sup>٧٩</sup>

يتشابه تفويض المرفق العام الفرنسي مع بعض صور عقود برنامج الـ *PFI*، لهذا السبب نجد تشابه عقد الالتزام بمعناه الفني الدقيق مع عقود الـ *BOT*، لدرجة أن بعض الفقهاء يستخدمون نوعي العقود كمترادفات. لذلك نجد أن عقود إنشاء الطرق والتي يتم فيها تحصيل العائد مباشرة من قبل الإدارة تبعاً للاستغلال الفعلي لهذه الطرق تعد نقطة التقاء بين عقود برنامج الـ *PFI* و تفويض المرفق العام "عقد الالتزام بالمعنى الفني الدقيق".

في حين أن وجه الاختلاف فيما بين هذين النوعين من العقود نجده يكمن في أن المقابل المادي للمتعاقد الخاص مع جهة الإدارة في عقود تفويض المرفق العام يجب أن يكون ناجماً بصفة مباشرة عن ناتج استغلال المرفق العام من قبل المنتفعين بخدمات المرفق.

### ثالثاً: عقود برنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI* وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسية.<sup>٨٠</sup>

تكمن أوجه الشبه فيما بين هذين النوعين من العقود في أنه من جهة يعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي مستمداً من التجربة الانجليزية لبرنامج المبادرة المالية الخاصة *PFI*، ومن جهة أخرى تعد

<sup>78</sup> le marché de travaux publics.

<sup>79</sup>délégation de service public. COSSALTER ( P. ), DU MARAIS ( B ), *La Private Finance Initiativ, op. cit.*, p. 55. DAVIES (S.), FAIRBROTHER (P.), *Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources, op. cit.*, p. 7. LINOTTE (D), CANTIER (B), « Shadow Tolls : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *A.J.D.A.*, 2000, Chroniques p. 863.

<sup>80</sup> le partenariat public privé. MARTY (F), VOISIN (A), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *op. cit.*, p.132. COSSALTER ( P. ), DU MARAIS ( B ), *La Private Finance Initiativ, op. cit.*, p. 54.



التجربة الانجليزية لبرنامج ال PFI مستوحاة بصورة غير مباشرة من التجربة الفرنسية لتقويض المرفق العام "عقد الالتزام".

في حين أن أوجه الاختلاف فيما بين هذين النوعين من العقود نجدها تكمن في نطاق تطبيق كل منهما، فنطاق تطبيق عقود الشراكة الانجليزية أوسع من مثيلتها الفرنسية لدرجة يمكن معها القول بأن عقود برنامج ال PFI يمكن تكييفها على أنها سياسة عامة لا تعتمد على عقد وحيد يطبق على جميع العمليات، بل هي باقية عقدية أكبر من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي، كما تشمل مجموعة متنوعة من العقود تعادل العديد من العقود الفرنسية التي يمكن تصنيفها تحت بند عقود صفقات الأشغال العامة أو عقود تقويض المرفق العام.

وفي الختام تبقي ملاحظة هامة مؤداها ان ٥٩% من عقود برنامج ال PFI يمكن مطابقتها مع العقود المستثناة من قانون الصفقات العامة الفرنسية و ١٨% من عقود برنامج ال PFI يمكن مطابقتها مع عقود تقويض المرفق العام أما ٢٣% من عقود برنامج ال PFI يمكن مطابقتها مع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادر بموجب المرسوم الفرنسي في ١٧ يونيو ٢٠٠٤.<sup>٨١</sup>

من مجموع ما سبق يمكن لنا أن القول بأن عقد الشراكة الفرنسي بالمعنى الدقيق لا يمكن تكييفه كسياسة عامة للدولة بشأن صفقاتها العامة كعقود برنامج ال PFI البريطاني وكذلك لا يمكن تصنيفه كنوع ثالث من عقود الصفقات العامة يحوى كافة العقود التي لا تندرج في كل من عقود الأشغال العامة أو عقود تقويض المرفق العام.

## المطلب الثاني

### نظرة تحليلية لتأثير الخلاف المذهبي لدول الشمال علي تجربة عقود الشراكة

#### بين القطاعين العام والخاص في مصر

اقتربت غالبية تجارب التحول إلي القطاع الخاص بسياسات لإعادة هيكلة الاقتصاد، ومن هذا المنطلق فالشراكة بين القطاعين العام و الخاص هي أسلوب من أساليب الخصخصة. وكما كانت بداية الشراكة بمفهومها الحالي انجليزية كانت بداية الخصخصة هي أيضا انجليزية حيث بدأت في أواخر القرن السادس عشر حينما اعتمدت الملكة إليزابيث الأولى أثناء تطور الصراع بين المملكة المتحدة واسبانيا، علي القطاع

<sup>81</sup> MARTY (F), VOISIN (A), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *op. cit.*, p.143-146.

الخاص لتمويل البحرية والمستعمرات مقابل إعطائهم الغنائم من الحرب، وقد اتجهت الكثير من الدول العربية إلى الخصخصة سعياً وراء النهوض باقتصادياتها فدخلت الشراكة بين القطاعين العام والخاص بذلك إلى الوطن العربي كآلية من آليات هذه الخصخصة بهدف الإصلاح الاقتصادي.<sup>٨٢</sup>

وفي هذا المضمار لن نتناول تفاصيل وصف التجربة في كل دولة عربية فما يهمنا في إطار دراستنا هو تحليل اثر الخلاف المذهبي بين دول القضاء الموحد ودول القضاء المزدوج في دول الشمال علي دول الوطن العربي حيث تمثل مناطق النفوذ لدول الشمال و نتناول هنا تجربة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر ربما لتسارع الأحداث بها وتحولها من معسكر دول القضاء المزدوج ذات التراث العريق فيما يسمى بنظرية العقد الإداري إلي معسكر دول القضاء الموحد وذلك بتبنيها لعقود برنامج ال *PFI* واثر ذلك علي استقرارها القانوني.

فقبل مرور مصر بمرحلة الخصخصة، عرفت عقد التزام المرافق العامة بموجب القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ و المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٥ حيث كانت جهة الإدارة و طبقاً للإطار التقليدي لعقد الالتزام تتمتع بعدة سلطات، منها سلطة الإدارة في تعديل و استرداد المرفق قبل انتهاء مدة عقد الالتزام<sup>٨٣</sup>. وبتجاه مصر للخصخصة عرفت سلسلة عقود البوت *BOT* فصدرت عدة قوانين بهدف الاستثناء من تطبيق أحكام عقد التزام المرافق العامة سالف البيان عاليه فصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة ويلاحظ علي هذه التشريعات:

(١) افتقارها إلي المعالجة الشاملة لنظام البوت *BOT* حيث اقتصرت تلك القوانين علي الاستثناء من القيود التي أوردها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ و المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٥، دون وضع ضوابط تكفل نجاح هذا النظام الجديد و تتماشى مع فلسفة وجوده وهي جلب رؤوس أموال أجنبية وتكنولوجيا حديثة وتقادي الاعتماد في تمويل تلك المشروعات علي القروض.

<sup>٨٢</sup> د/ علي لطفي، " برنامج الخصخصة في الوطن العربي، دراسة تحليلية"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية: بحوث و دراسات، ٢٠١٠، ص ٤.

<sup>٨٣</sup> مدة الالتزام طبقاً للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لا يجوز أن تتجاوز ثلاثين سنة. د/ سعاد الشوقوي، القانون الإداري و تحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢٤١.

٢) ذهبت الاستثناءات الواردة بالقوانين سائلة الذكر إلي إطالة مدة الالتزام إلي تسعة و تسعين سنة بعد أن كانت ثلاثين سنة طبقا لعقد التزام المرافق العامة، الأمر الذي يعد ردة تاريخية إلي عهود غابرة لا تتفق والفكر القانوني الحديث الذي يرفض بقاء عقد ما أيا ما كانت أهميته عقدا من الزمان لما يترتب علي ذلك من تقييد أجيال قادمة و خاصة إذا ما تعلق هذا العقد بموارد طبيعية أو مرافق حيوية لشعب من الشعوب.<sup>٨٤</sup>

٣) عدم وجود جهاز أو جهة تمارس الرقابة علي الملتزم لكي تضمن الحكومة التزامه في تنفيذ العقد بما سبق الاتفاق عليه.

٤) ألغت التعديلات التشريعية سائلة البيان كافة القيود الواردة بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٥ فيما يتعلق بتحديد حدود قصوى لحصة الملتزم في الأرباح بل علي العكس تكفل هذه التشريعات حد ادني من هذه الأرباح للملتزم حتى يستطيع أن يسترد ما أنفقه علي المشروع. ويلاحظ في هذه المشروعات ارتفاع سعر الخدمة التي يقدمها المرفق و اضطرار الدولة إلي شراء هذه الخدمة بسعر مرتفع وبالعملة الأجنبية لتعيد بيعها مرة أخرى للمنتفعين.

٥) منح الالتزام يتم وفقا لهذه التعديلات بموجب قرار من مجلس الوزراء بناء علي اقتراح الوزير المختص في حين أن الالتزام يتم منحه بموجب قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب في ظل دستور ١٩٧١ الذي جاء ترديدا لدستوري ١٩٦٤ و ١٩٥٦ في حين كان هذا الامتياز يمنح في ضوء دستوري ١٩٥٨ المؤقت و١٩٢٣ بقانون. ويجدر الإشارة هنا إلي أهمية التشديد علي منح الالتزام بقانون لما سياتر علي هذا الالتزام من تقييد الأجيال القادمة بعقود لم يكونوا طرفا فيها لذلك فابسط قواعد العدالة هي أن يوافق ممثلي الشعب علي هذه النوعية من العقود لا تركها بيد الحكومات فماذا إذا سحبت الثقة عن حكومة ما لعدم كفاءتها في إدارة شئون البلاد وكيف سيتم التصرف حيال كافة ما أبرمته هذه الحكومة من عقود ملزمة للشعب لأجيال قادمة؟ وهل يعقل ان يبقي اثر هذا الفشل مقيدا لشعب الدولة لعقود قادمة.<sup>٨٥</sup>

<sup>٨٤</sup> و هو ما ذهب إليه قسم التشريع بمجلس الدولة المصري بمناسبة مراجعة مشروع قرار رئيس الجمهورية بشأن مشروع قانون بمنح التزام المرافق العامة لمياه الشرب و الصرف الصحي و إنشاء جهاز تنظيم قطاع مياه الشرب و الصرف الصحي و حماية المستهلك. ملف رقم ٣٣ / ٢٠٠٠ بتاريخ ٢٩/٤/ ٢٠٠١ " غير منشور"، د/جابر جاد نصار، " عقود البوت BOT و التطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٩٧.

<sup>٨٥</sup> د/جابر جاد نصار، " عقود البوت BOT و التطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٩٦ و ما بعدها. د/ احمد سلامة بدر، " العقود الادارية و عقود البوت B.O.T"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٣٩٧. د/ ابراهيم الشهاوي، " عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة"، مؤسسة الطوبجي، ٢٠٠٣، ص ١٧٧.

٦) إن تجربة عقود البوت *BOT* بمصر قد صاحبها جدلاً فقهيًا حول الطبيعة القانونية لتلك العقود ففريق يري إنها من عقود القانون الخاص و آخر يري إنها من عقود القانون العام وقد أدلى مجلس الدولة المصري بدلوه في هذا الشأن حينما أكد علي الطبيعة الإدارية لهذه العقود<sup>٨٦</sup>. وبصرف النظر عن تفاصيل ذلك الخلاف فإننا نرجع هذا الخلط الفقهي إلي استيراد تلك العقود من دول القضاء الموحد دون تأصيل حقيقي لأسباب نشأة هذه النوعية من العقود.

هذا وقد عدلت مصر في الأعوام الأخيرة عن مشروعات البوت *BOT* ولجأت إلي تبني ما يسمي بتجربة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص مبررة هذا التحول بما أسفرت عنه التجربة السابقة من عيوب طبقا لما قررته الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية: من فشل تجارب مشاريع البوت *BOT* وانه يتعين التعلم من أخطاء تلك التجربة وانه في ظل هذا الاتجاه القومي الجديد فإن الوزارات المعنية ستقوم بالعمل من خلال خطة موحدة ويكون التنسيق فيما بينها عن طريق الوحدة المركزية بوزارة المالية<sup>٨٧</sup>. ولنا تعليق علي ما أقرت به الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية وذلك علي النحو التالي:

أولاً: إن الإقرار بفشل تجربة مشروعات البوت *BOT* واعتبارها من قبيل الخطأ كان يجب أن يصاحبه تحديد شخصية المسئول عن هذا الخطأ وبيان ما تم من إجراءات في سبيل تقرير مسئوليته.

ثانياً: تبني تجربة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص دون إدراك حقيقي بمضمون تلك التجربة. ذلك أن مشروعات البوت *BOT* تعد احدي صور الشراكة بين القطاعين العام و الخاص فالعلاقة بينهما هي علاقة الأصل بالفرع ومن ثم فان ما نسب لتجربة مشروعات البوت *BOT* من عيوب سوف ينسب لتجربة الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وما زاد الأمر سوءاً انه قد صدر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وكذلك قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ في ٢٣ يناير ٢٠١١ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية

<sup>٨٦</sup> ما انتهت اليه اللجنة الثالثة بمجلس الدولة حين عرض عليها مشروع عقد إنشاء محطة كهرباء بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر. د/ محمد عبد اللطيف، "التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية"، جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٩، ص ١٧٨.

<sup>٨٧</sup> يراجع ما ورد في كتيب الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية، الخاص بالبرنامج القومي لشراكة القطاع العام و الخاص الصادر عن الوحدة في فبراير ٢٠٠٧، ص ٤٨.

الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠. وبموجبها يتم إبرام عقود الشراكة بين الجهات الإدارية والشريك الخاص مباشرة، كما تقرر انه لا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا أن تزيد علي ثلاثين سنة ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء علي توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة الموافقة علي إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد علي ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية. ولا نجد تعليقا علي هذا القانون خير من ما قد قيل من انه حسبنا من القلادة ما أحاط بالعنق ومن السوار ما أحاط بالمعصم. الامر الذي يتعين معه التقرير بوجوب اعادة النظر في هذا القانون ولأئحته التنفيذية لما يشوبهما من عوار.

ثالثا: انه علي الرغم من التجارب العديدة للشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر في صورة عقود البوت *BOT* إلا أن فلسفة الاعتماد علي مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول النامية والتي تكمن في جلب رؤوس أموال أجنبية وتكنولوجيا حديثة من الخارج لإقامة مشروعات محلية تسهم ايجابيا في الاقتصاد القومي وتحسين وضع ميزان المدفوعات وبالتالي تقادي الاعتماد في تمويل تلك المشروعات علي القروض الأجنبية وما يرتبط بها من أعباء ومساوئ كانت وما زالت دوما غائبة.<sup>٨٨</sup>

## المبحث الثاني

### التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي عقدا إداريا بنص القانون حيث ورد في تعريفه بموجب المرسوم الصادر في ١٦ يونيو ٢٠٠٤ و المعدل بالقانون رقم ٢٠٠٩ . ١٧٩ في ١٧ فبراير ٢٠٠٩ علي انه عقد إداري. هذا و قد أثارت عقود مشروعات البوت *BOT* جدلا فقهيها حول تكييفها القانوني إلا أن رأي القضاء الإداري المصري قد جاء حاسما حين أكد علي الطبيعة الإدارية لهذه العقود عند تعرضه للتكييف القانوني لمشروعات البوت *BOT* بمناسبة عرضها عليه و التي تعد صورة من صور الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

وحيث أن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص علي مستوي دول القضاء الموحد و بالتبعية علي المستوي الدولي قد جاءت كترجمة نفعية " براجماتيكية" لنظرية العقود الإدارية نظرا لجمود النظرية العامة

<sup>٨٨</sup> د/ سعيد عبد العزيز عثمان، "دراسات جدوي المشروعات و مشروعات B.O.T"، الدار الجامعية، ٢٠٠٩، ص ٦١٠.

للعقود في هذه الدول فمن ثم نري أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ليست سوى خطوة نحو ظهور نظرية العقد الإداري الدولي.

وبمناسبة تكييف عقد الشراكة كعقد اداري نجد انه من المناسب ان نوضح العلاقة بينه وبين بعض المصطلحات القانونية الاخرى كالخصخصة والعقود الدولية وعقود الدولة وذلك علي النحو التالي:

### أولاً: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والخصخصة.<sup>89</sup>

تحوز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص علي أهمية بالغة بالنسبة للخصخصة ذلك إنها وسيلة لملي الفراغ الذي تتركه الخصخصة بسبب الاعتبارات الإستراتيجية أو الدستورية أو السياسية أو الاقتصادية، فتجد الخصخصة حدودها علي سبيل المثال عند المرافق العامة السيادية كمرفق الدفاع والعدل والبوليس. وفي ذات الوقت تعد الخصخصة شرط ضروري لإمكانية تطبيق الشراكة بين القطاعين العام والخاص ذلك أن تطبيق الشراكة يحتاج إلي مناخ سياسي واقتصادي وقانوني يقبل تدخل شريك خاص في نطاق الأنشطة التي كانت مقصورة علي الدولة وحدها دون غيرها.

### ثانياً: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والعقود الدولية.<sup>90</sup>

العقد الدولي طبقاً للمعيار القانوني هو العقد الذي يشكل نقاط التقاء بين قوانين عدة دول أو مع القانون الدولي كما يعد العقد دولياً طبقاً للمعيار الاقتصادي بناء علي الطبيعة الاقتصادية الدولية للعقد وذلك اذا نتج عنه انتقال للبضائع و رؤوس الاموال و الخدمات عبر الحدود او اذا تضمن عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي او في حالة ما اذا كان يحقق مصالح التجارة الدولية. وفي هذا النطاق يمكن تكييف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص علي انه عقد دولي إذا ما تحقق فيه شروط ايا من المعيارين القانوني او الاقتصادي. اذن ليس كل عقد شراكة هو عقد دولي والعكس صحيح لكن يلتقي العقدين في حالة توافر معيار العقد الدولي في عقد الشراكة.

<sup>89</sup> SAVAS (E. S.), *Privatization and public-private partnerships*, Chatham House Press, New York, 2000, p. 1. MARTY (F.), TROSA (S.), VOISIN (A.), *Les partenariats public privé*, La Découverte, Paris, 2006, p. 29. BETTINGER (Ch.), *La gestion déléguée des services publics dans le monde, concession ou BOT*, Berger-Levrault, Paris, 1997, p. 90 et ss. ROSENAU (P.V.), *Public-Private Policy Partnerships*, MIT press, 2000, p. 7. HODGE (G), GREVE (C), *The Challenge of Public-Private Partnerships, Learning from International Experience*, op. cit., p 46.

<sup>90</sup> BLANCO (D.), Préface de PISAR (S.), *Négocier et rédiger un contrat international*, 3<sup>ème</sup> éd., Dunod, Paris, 2002, p. 16. RÉCZEI (L.), *Le Le contrat économique internationale stabilité et évolution*, Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973, publiés sous les auspices du Centre Charles De Visscher pour le Droit international, Établissements Bruylant, Bruxelles, 1975, p. 31.

### ثالثاً: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقود الدولة.<sup>91</sup>

كما ان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يختلف عن عقد الدولة وهو العقد الذي يبرم مع دولة ذات سيادة و شخص من أشخاص القانون الخاص. فعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي عقود دولة ولكن ليست كل عقود الدولة هي عقود شراكة ذلك أن الدولة قد تبرم عقود تخضع للقانون الخاص عندما تتخلي الدولة عن مظاهر السيادة و السلطان في تلك العقود. في حين أن عقود الشراكة تبرمها الدولة وهي تتمتع بمظاهر السيادة والسلطان ومن ثم تخضع لقواعد القانون العام وخير دليل علي ذلك هو تعريف المرسوم الفرنسي الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ للشراكة علي إنها عقد إداري.

---

<sup>91</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, 2002, p. 223.

## الخاتمة

في ختام هذه الدراسة نود الإشارة الي ان للشراكة بين القطاعين العام والخاص علي وجه العموم ولعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص علي وجه الخصوص دور عظيم في احداث نهضة تنموية كذلك هي الامل نحو تحقيق وحدة اقتصادية عربية<sup>٩٢</sup> في عالم تحكمه التكتلات الاقتصادية وذلك بشرط ضمان حسن استخدامها علي الوجه الصحيح وان لا تكون الشراكة مجرد الية لنهب مقدرات الدولة من قبل المستثمرين لذلك مازال المجتمع العربي بحاجة الي نشر الوعي القانوني بالشراكة بين القطاعين العام والخاص لتعزيز الفهم الصحيح لهذه الشراكة. كذلك نحن بحاجة الي مشروع قانون عربي موحد للشراكة بين القطاعين العام والخاص يراعي فيه تنوع الأنظمة القانونية للدول العربية ليكون هذا القانون الموحد نموذجا للشراكة يتناسب واحتياجات الدول النامية في هذا الشأن. الامر الذي يستدعي التوقف عن إصدار أية قوانين داخلية للشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول الأعضاء بجامعة الدول العربية لحين صدور مشروع قانون عربي موحد للشراكة بين القطاعين العام والخاص يتناسب واحتياجات الدول العربية وظروفها الاقتصادية والاجتماعية و السياسية دون اغفال وجوب اعادة النظر بشأن ما صدر من قوانين بشأن هذه الشراكة كالحالة المصرية حيث يجب اعادة النظر في القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وكذلك قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ في ٢٣ يناير ٢٠١١ الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة. لقد آن لنا أن نطلق لأحلامنا العنان دون خوف أو تردد فما نعلم به هو أن يشد بعضنا بعضا كالبنيان المرصوص وهو حلم مشروع في عالم سبقتنا فيه تكتلات أخري كالاتحاد الأوروبي. فعالمنا العربي يملك كافة أسباب النجاح و لكن ما ينقصه هو الرغبة والإرادة الجادة في إدراك هذا النجاح فربيعنا العربي ليس ربيعاً سياسياً فحسب بل هو ربيع اجتماعي ثقافي قانوني يدعونا وبشدة للوحدة فالوحدة الآن لم تعد سوي خيار وجود و ليس خيار رفاهية والشراكة هي خير معين لنا علي إدراك هذه الوحدة.

<sup>٩٢</sup> حيث تعد السوق العربية المشتركة ردة عن حلم إنشاء الوحدة الاقتصادية العربية محل اتفاقية الوحدة الاقتصادية لعام ١٩٦٢. د/نجاح قدور، " مستقبل الاقتصاد العربي في ظل العولمة"، المركز العالمي لدراسات و أبحاث الكتاب الأخضر، بنغازي، ٢٠٠٦، ص ١٢٥.



# قائمة المراجع

## اولا: المراجع باللغة العربية.

- د/ ابراهيم الشهاوي، " عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة"، مؤسسة الطوبجي، ٢٠٠٣.
- د/ احمد سلامة بدر، " العقود الادارية و عقود البوت B.O.T"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- د/ جابر جاد نصار، " عقود البوت BOT و التطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د/ سعاد الشراوي، " القانون الإداري و تحرير الاقتصاد"، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- د/ سعيد عبد العزيز عثمان، "دراسات جدوي المشروعات و مشروعات B.O.T"، الدار الجامعية، ٢٠٠٩.
- د/ علي لطفي، " برنامج الخصخصة في الوطن العربي، دراسة تحليلية"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية: بحوث و دراسات، ٢٠١٠.
- د/ محمد عبد اللطيف، " التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية"، ط١، جامعة الكويت، ١٩٩٩.
- د/ مروان محي الدين القطب، " طرق خصخصة المرافق العامة : الامتياز، الشركات المختلطة، BOT، تفويض المرفق العام. دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.
- د/ نجاح قدور، " مستقبل الاقتصاد العربي في ظل العولمة"، المركز العالمي لدراسات و أبحاث الكتاب الأخضر، بنغازي، ٢٠٠٦.

## ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية والانجليزية.

### I OUVRAGES GÉNÉRAUX

- DELCORS (X.), WOLF (D.), *Le Contrat Administratif*, La Documentation Française, n° 2.11, , Septembre 1977.

### II THESES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

- ABDEL BAKI (S.), *Les projets internationaux de construction menés selon la formule B.O.T. (Bould, Operat, Transfer) Droit égyptien-Droit français*, thèse Paris 1, 2000.
- BETTINGER (Ch.), *La gestion déléguée des services publics dans le monde, concession ou BOT*, Berger-Levrault, Paris, 1997.
- BEZANÇON (X.), DERUY (L.), FISZELSON (R.), FORNACCIARI (M.), préface de NOËL (S. P.), *Les nouveaux contrats de partenariat public privé, analyses juridiques, problèmes financiers et comptables, conseils pratiques*, Le Moniteur éd., Paris, 2005.
- BLANCO (D.), Préface de PISAR (S.), *Négociier et rédiger un contrat international*, 3<sup>ème</sup> éd., Dunod, Paris, 2002.

- **BRENET (F.), MELLERAY (F.), Préface LACHAUME (J. F.),** *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, une nouvelle espèce de contrats administratifs*, LexisNexis Litec, Paris, 2005.
- **COSSALTER (P.), DU MARAIS (B.),** *La Private Finance Initiative*, Institut De La Gestion Délégée, 2001.
- **FOURNIER (P.),** *Les contrats de partenariat public privé : quelles assurances pour quels risques ?*, Institut des assurances d'Aix Marseille, Université Marseille 3, 2004-2005.
- **GRIMSEY (D.), LEWIS (M.K.),** *The Economics of Public Private Partnerships*, An Edward Elgar Reference Collection, 2005.
- **GRIMSEY (D.), LEWIS (M.K.),** *Public Private Partnerships, The Worldwide Revolution in infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Pub éd., Australia, 2004.
- **HODGE (G.), GREVE (C.),** *The Challenge of Public-Private Partnerships, Learning from International Experience*, Edward Elgar Pub, 2005.
- **LIGNIÈRES (P.),** *Partenariats public privé*, 2<sup>ème</sup> éd, lexis Nexis LITEC, Paris, 2005
- **MARTY (F.), TROSA (S.), VOISIN (A.),** *Les partenariats public privé*, La Découverte, Paris, 2006.
- **ROSENAU (P.V.),** *Public-Private Policy Partnerships*, MIT press, 2000.
- **SAVAS (E. S.),** *Privatization and public-private partnerships*, Chatham House Press, New York, 2000.

### **III COLLOQUES, DOCUMENTS ET RAPPORTS**

- **COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**, Avis CES, 25 févr.1998, « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Économique et Social et au Comité des régions relative au financement de projets du réseau transeuropéen de transport par des partenariats entre le secteur public et le secteur privé » (doc. COM (97) 453 final ) §5.1.5
- **COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CNUDCI**, Dispositions Législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé de 2003. Adoptées par la CNUDCI le 7 juillet 2003, les recommandations concernant la législation et les dispositions types ont pour objet d'aider les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles complètent le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.
- **DAVIES (S.), FAIRBROTHER (P.),** *Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources*, Global Political Economy Group, working paper series paper 39, School of Social Sciences, Cardiff university, June 2003.
- **MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE DES FINANCE ET DE L'INDUSTRIE**, Préface BRETON (Th.), COPÉ (J. F.), *Les contrats de partenariat principes et méthodes*, Ministère de l'économie des finance et de l'industrie, 2004.
- **LONDON THE STATIONARY OFFICE**, *Public private partnerships, the government's approach*, London the stationary office, 2000.
- **MARITON (H.),** *Partenariat public privé : Totem ou tabou ?*, Une nouvelle voie pour l'amélioration de la qualité du service public, Colloque parlementaire, décembre 2003.
- **RÉCZEI (L.),** *Le contrat économique internationale stabilité et évolution*, Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973,

publiés sous les auspices du Centre Charles De Visscher pour le Droit international, Établissements Bruylant, Bruxelles, 1975.

- **United Nations Industrial Development Organization (UNIDO),**
  - *Guidelines for infrastructure development through Build Operate Transfer BOT projets*, UNIDO, Vienna, 1996.
  - *Public-Private Partnerships for Economic Development and Competitiveness: with Special Reference to the African Experience*, UNIDO, Vienna, February 2000.

#### IV ARTICLES

- **DE CAZALET(B), CROTHERS(J)**, « Présentation des dispositions législatives type sur les projets d'infrastructures à financement privé additif du guide législatif de la CNUDCI », *RDAl/IBLJ*, n°1,2004.
- **KIRAT (Th.), MARTY (F.), VIDAL (L.)**, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessité de la connaissance de la dimension économique du contrat », *RIDE*, 2005, n° 3.
- **LINOTTE (D.), CANTIER (B.)**, « Shadow Tolls : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *AJDA*, 2000.
- **MARTY (F.), VOISIN (A.)**, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? **Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique** », *RIDE*, 2006, vol 20, issue 2.
- **VIDAL (L.)**, « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *RFDA*, n° 6,1999.

#### V ARRETS, AVIS ET DECISIONS

- C.E., 20 décembre 1961, *Société de l'autoroute Estérel- Côte d'Azur*, Recueil Lebon.