جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية نصف سنوية محكمة

تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والقضائية

تصدرها

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

العدد الخامس والأربعون

مايو ٢٠٢٥م

توجه جميع المراسلات باسم الأستاذ الدكتور: رئيس تحرير مجلة الشريعة والقانون

جمهورية مصر العربية – كلية الشريعة والقانون – القاهرة – الدراسة – شارع جوهر القائد

ت: 201221067852+

ت: 201028127441+

البريد الالكتروني

Journal.sha.law@azhar.edu.eg

جميع الآراء الواردة في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة وليست مسئولة عنها

رقم الإيـــداع

٢٠٢٥ / ١٨٠٥٣

الترقيم الدولي للنشر

ISSN: 2812–4774

الترقيم الدولي الإلكتروني

ISSN: 2812–5282

الموقع الإلكتروني

https://mawq.journals.ekb.eg/

الآثار القانونية لتحديد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي

The Legal Implications of Determining the Legal Status of the Private Contracting Entity under the Saudi Privatization Law

إعداد

د. مجدي بن سعيد المرعشي

عضو هيئة التدريس في القانون

كلية الدراسات القضائية والأنظمة

جامعة أم القرى

الآثار القانونية لتحديد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي

مجدي بن سعيد المرعشي

قسم الانظمة، كلية الدراسات القضائية والأنظمة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.

البريد الإلكتروني: msmarashi@uqu.edu.sa

ملخص البحث:

يسعى البحث لتجلية مركز الطرف الخاص القانوني-شركة التخصيص- بحيث يعالج إشكالية واقعية تتعلق بتمييز العقود الإدارية عن عقود التخصيص وموقع الطرف الخاص ضمنها. حيث يتمتع الطرف الخاص ببعض امتيازات جهة الإدارة عند تسييره للمرافق العامة وذلك مثل وضع الشروط الاستثنائية، وقد حاول البحث استجلاء الحالات التي يتم التعامل فيها مع الطرف الخاص على أساس القواعد الناظمة للقضاء الإداري، والحالات التي يتم التعامل معه على أساس قواعد القانون المدني والتجاري، والأثر الناتج عن تحديد مركزه في علاقاته القانونية مع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين وجهة الإدارة وما يستتبعه من بيان النظامِ الحاكمِ والاختصاصِ القضائي وآثار تفويض الصلاحيات؛ وذلك فيما لم ينص عليه المنظم السعودي بحكم خاص وفقا لطبيعة التعاقد في مشاريع التخصيص.

الكلمات المفتاحية: التخصيص، الخصخصة، الطرف الخاص، شركة التخصيص، النظام السعودي.

The Legal Implications of Determining the Legal Status of the Private Contracting Entity under the Saudi Privatization Law

Majdi bin Saeed Al-Marashi
Department of Law, College of Judicial Studies and Legal Regulations, Umm Al-Qura University, Kingdom of Saudi Arabia.
E-mail: msmarashi@uqu.edu.sa

Abstract:

The paper aims to clarify the legal status of the private party - the privatization company- in enjoying certain administrative authority privileges when managing public utilities, such as imposing exceptional conditions. The paper seeks to identify the cases in which the private party is governed by the rules of administrative jurisdiction and those cases in which it is subject to civil and commercial law. Additionally, the study examines the legal implications of determining its status in its relationships with individuals, legal entities, and the administrative power, including the governing legal framework, judicial jurisdiction, and the effects of delegated powers. This analysis is conducted in areas where the Saudi regulator has not provided specific provisions, in accordance with the nature of contracts in privatization projects.

Keywords: Privatization, Privatization Projects, Private Party, Privatization Company, Saudi Legal System.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه. أما بعد:

فمن أهم البرامج التي جاءت في رؤية المملكة العربية السعودية هو برنامج التخصيص الذي يهدف لتعزيز دور القطاع الخاص في تقديم الخدمات العامة وتشجيع الابتكار لديه، ويهدف لتحسين جودة الخدمات المقدمة ورفع كفاءة تشغيل أصول الدولة وتخفيض التكلفة التشغيلية، بما يخلق حالة عامة في المنظومة الحكومية على التركيز على الدور التشريعي والرقابي[١] وتتمثل أهدافه الاستراتيجية في تحرير أصول الدولة أمام القطاع الخاص وتخصيص بعض الخدمات الحكومية. وتستهدف على وجه التحديد خلق استثمارات بقيمة ٦٢ مليار ريال سعودي نتيجة الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كما تهدف إلى تحقيق قيمة ١٤ مليار ريال لكفاءة الإنفاق الحكومي من خلال الشراكة الممتدة بين القطاعين، وتحقيق إيرادات غير نفطية تبلغ ١٤٣ مليار[٢].

وفي سبيل تحقيق هذه المستهدفات فقد خطى البرنامج خطوات كبرى ملموسة في الجانب التنظيمي وفي الجانب التنفيذي. فقد صدر نظام التخصيص بالمرسوم الملكي رقم (م / ٦٣) وتاريخ ٥ / ٨ / ١٤٤٢ هـ. ثم صدرت اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص الصادرة بقرار مجلس إدارة المركز رقم (٢٠٢١ / ٠٩) وتاريخ ٢٣ / ٤ / ١٤٤٣ هـ. وصدرت القواعد المنظمة للتخصيص. كما قام المركز الوطني للتخصيص بوضع القواعد المنظمة للتخصيص الصادرة بقرار مجلس الوزراء ١١٤ وتاريخ ١٤/ ٢ / ١٤٤٣ هـ. وقواعد عمل لجنة النظر في التظلمات ضد إجراءات طرح وترسية مشاريع التخصيص، وتنظيم المركز الوطني للتخصيص وأخيرا قام المركز بوضع آليات للتواصل الفاعل مع الجهات ذوات العلاقة بالتخصيص.

---

(١) ينظر: https://www.vision2030.gov.sa/ar/vision-2030/vrp/privatization-program/

(٢) ينظر: https://www.vision2030.gov.sa/ar/vision-2030/vrp/privatization-program/

وهذه التنظيمات -التي تمتاز بطبيعة تفصيلية وإجرائية دقيقة- إنما جاءت بسبب إيمان المنظم السعودي بما سيخلقه التخصيص من تغيرات ضخمة في المراكز القانونية للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين وفي الحقوق الشخصية والعينية وشبه العينية المرتبطة بالتخصيص. ففي جانب الأفراد؛ فإنه مع مشاريع التخصيص ثمت تحولات في طبيعة عمل الموظف العمومي وفي الرقابة عليه والأنظمة الحاكمة على علمه، وفي تفويض الصلاحيات والالتزامات لشركة التخصيص وفي الجوانب التأديبية للموظفين وما يتلو ذلك من إجراءات التحقيق والجزاء كالفصل، وغيرها من المسائل التفصيلية.

وكذلك التحولات في المراكز القانونية للجهات الحكومية وما يتبع ذلك من مسائل جوهرية كصفة تصرفات الإدارة باعتبارها ذات سلطان وما تمتاز به من حق وضع الشروط الاستثنائية وإلى أي مدى يكون التزامها بالأنظمة التي تنظم الجوانب التعاقدية وأساليب التعاقد وإجراءات التعاقد ولجان فحص وفتح العروض وأحكام التأهيل وأحكام إنهاء التعاقد وتمديده وأوامر التغيير وفسخه واللجان الفنية لفض المنازعات وأحكام التحكيم والصلح وغيرها من التفصيلات التي لا يمكن لنا في هذا المقام حصرها.

ولا شك أن امتيازات جهة الإدارة لا يمكن أن تمنح لشركات التخصيص بالكلية، حيث إن منحها هذه الامتيازات يعني الإضرار بمفهوم (السلطة العامة) الذي يجعل لتصرفاتها طبيعة قانونية خاصة تختلف عن طبيعة الأشخاص المعنويين في القطاع الخاص.

وفي المقابل فإن المنظم يؤمن بأن قيام الشركات بتقديم الخدمات العامة الكبرى التي تقوم بها جهات الإدارة من غير تمكين قانوني ومالي من الدولة يجعل تنفيذ محل العقد صعبا. ولذا ارتأى المنظم السعودي أن يقدم صيغة نظامية للتعاقد جديدة نسبيا على البيئة القانونية المحلية التي تقف في نقطة التقاء بين القانون العام والخاص أو سمها إن شئت مناقلة لطبيعة العقود من القانون العام إلى القانون الخاص.

ولذا فقد توجهت الإرادة لبحث موضوع تحديد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي لسبر أغوار أهم الآثار القانونية الناتجة عن تقديم القطاع الخاص للخدمات العامة بعد نقل أصول الدولة إليها وطبيعة العقود والقرارات الصادرة عنها وأحكام تفويض صلاحيات جهة الإدارة لشركات التخصيص في الأنظمة السعودية. وتتجلى قيمة

البحث في وضع مرتكز أساس يمكن الانطلاق منه في معرفة الأحكام القانونية التي سكت عنها المنظم السعودي ولم يقف عليها بأحكام خاصة بإرجاعها إلى طبيعتها القانونية ومركزها التي هي عليه. وبالله التوفيق.

مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة البحث حول استخلاص الآثار القانونية لتحديد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي وذلك في علاقاته مع جهة الإدارة، والأفراد، والجهات الاعتبارية الأخرى. وهذه المشكلة البحثية يستتبعها عدد من الأسئلة تدور حول بيان مدى تمتع الطرف الخاص ببعض الامتيازات الممنوحة أصالة للجهات الإدارية، وخضوعه لقواعد القانون الخاص سواء في الالتزامات التعاقدية، والتحكيم، والاختصاص القضائي، وتأثير مسألة تفويض صلاحيات جهة الإدارة للطرف الخاص على مركزه القانوني.

أسئلة البحث:

١. ما المعايير التي تميز عقد التخصيص عن العقد الإداري؟

٢. ما مدى خضوع الطرف الخاص في مشاريع التخصيص للأحكام القانونية الخاصة بجهة الإدارة، وما حدود امتيازاته الإدارية؟

٣. كيف يؤثر تحديد المركز القانوني للطرف الخاص على آليات التعاقد، والتزامات العقود، والاختصاص القضائي في حال نشوء نزاعات قانونية؟

٤. ما أثر تحديد المركز القانوني للطرف الخاص على التعاقدات مع الأطراف المدنية الأخرى؟.

أهداف البحث:

١. بيان الأسس القانونية التي تحدد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي ومدى ارتباطها بالقانون الإداري أو القانون الخاص.

٢. تحليل تأثير تحديد المركز القانوني للطرف الخاص على طبيعة العقود المبرمة بينه وبين الجهات الحكومية والمستفيدين من الخدمات.

٣. تقديم توصيات تنظيمية تساعد في سد الفجوات القانونية المحتملة والمتعلقة بوضع الطرف الخاص، وتوضيح نطاق حقوقه والتزاماته في عقود التخصيص.

أهمية البحث:

١. يسهم البحث في تقديم فهم أعمق لطبيعة الطرف الخاص قانونيًّا، مما يساعد الجهات الحكومية في تنظيم تعاقداتها وفق أسس قانونية واضحة.

٢. تسليط الضوء على الثغرات القانونية التي قد تحتاج إلى تدخل من السلطة التنظيمية لمعالجتها، خاصة فيما يتعلق بالتداخل بين قواعد القانون الإداري والقانون التجاري والمدني.

٣. ارتباط البحث بأحد برامج رؤية المملكة ٢٠٣٠ وهو تعزيز دور القطاع الخاص في الاقتصاد، وعليه فإن تحديد مركزه القانوني يسهم في تحقيق بيئة استثمارية أكثر وضوحًا واستقرارًا.

٤. يساعد البحث في تحديد المعايير التي تميز العقود الإدارية عن عقود التخصيص، وتأثير ذلك على العلاقة القانونية بين الجهات الحكومية والطرف الخاص، مما يسهم في تحقيق استقرار قانوني في مجال التخصيص، ويقلل من النزاعات القانونية الناشئة عن عدم وضوح المركز القانوني للطرف الخاص.

منهجية البحث:

يعتمد البحث على **المنهج الوصفي التحليلي**، إذ يتم استعراض نظام التخصيص في المملكة العربية السعودية والأنظمة ذات العلاقة كنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وتحليلها لفهم الأسس القانونية التي تحكم المركز القانوني للطرف الخاص، وما استقرت عليه النظرية القانونية في طبيعة العقود الإدارية. وذلك بتحليل عناصرها والتماسها في عقد التخصيص، ومقارنتها بطبيعة العقد المدني.

حدود البحث:

١. **الحدود الموضوعية**: يركز البحث على الآثار القانونية لتحديد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي بحيث نقف على دراسة الحالات التي يتعامل

فيها مع الطرف الخاص على أساس قواعد القانون الإداري، والحالات التي تنتظم عمله فيها قواعد القانون المدني والتجاري. وكذلك طبيعة العلاقة القانونية بين الطرف الخاص والجهات الإدارية. كما يتناول البحث تأثير تحديد المركز القانوني للطرف الخاص على الالتزامات التعاقدية، والاختصاص القضائي.

٢. **الحدود الزمانية**: من بعد نفاذ نظام التخصيص السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/ ٦٣) وتاريخ: ٥/ ٨/ ١٤٤٢هـ

٣. **الحدود المكانية**: يقتصر البحث في نطاقه على المملكة العربية السعودية.

الدراسات السابقة:

لم يقف الباحث على من تناول موضوع الآثار القانونية لتحديد مركز الطرف الخاص في نظام التخصيص الصادر بتاريخ: ٥/ ٨/ ١٤٤٢هـ ببحث يتناول فيه موضوعاته وأحكامه، خصوصا مع جدة نظام التخصيص. والدراسات العلمية التي تتحدث عن التخصيص بعمومه سواء في الحقل القانوني أو الاقتصادي لا حصر لها، ولكنها بهذا العموم ليست جزءا من مشكلة البحث ولا موضوع الدراسة. وإنما الذي يعنينا هنا بحث ما ينتج من آثارٍ بناء على تحديد مركز الطرف الخاص قانونيا وذلك فيما لم يشمله نظام التخصيص بأحكام خاصة. وغاية ما وقف عليه الباحث بعد التتبع والاستقصاء هو البحث الموسوم بـ: " الآثار القانونية لتحديد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي".

قائمة المحتويات:

المقدمة: وتتضمن مشكلة البحث، وأسئلته، وأهميته، وأهدافه، ومنهجيته، وحدوده، وهيكلته.

المبحث التمهيدي:

المطلب الأول: التعريف بـ"المركز القانوني"

المطلب الثاني: التعريف بـ"الطرف الخاص".

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية

المطلب الأول: أن تكون الجهة الإدارية طرفًا في العقد

المطلب الثاني: ارتباط العقد بمرفق عام
المطلب الثالث: تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية
المبحث الثالث: امتياز عقد التخصيص عن العقد الإداري
المطلب الأول: كون الإدارة طرفا في عقد التخصيص
المطلب الثاني: كون عقد التخصيص يأتي لخدمة مرفق عام
المطلب الثالث: كون عقود التخصيص تحوي شروطا استثنائية
المبحث الرابع: تحليل الآثار الناتجة عن تحديد المركز القانوني لعقود التخصيص
المطلب الأول: تحليل معايير تمييز العقد الإداري على عقد التخصيص
المطلب الثاني: بيان آثار تحديد المركز القانوني للطرف الخاص
الخاتمة
النتائج والتوصيات
المراجع

المبحث التمهيدي

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بـ"المركز القانوني".

المطلب الثاني: التعريف بـ"الطرف الخاص".

المطلب الأول: التعريف بالمركز القانوني:

المركز لغة: من الرباعي مركَزَ يمركِز، مَرْكَزةً، فهو مُمركِز، والمفعول مُمركَز[١].قال الرازي: "ركز الرمح غرزه في الأرض، وبابه نصر. ومركز الدائرة وسطها. ومركز الرجل موضعه، يقال: أخل فلان بمركزه"[٢].

وأما القانوني فنسبة إلى القانون **والقانون** كما جاء في مختار الصحاح: واحد "(الْقَوَانِينِ) وهي الْأُصُولُ. وهي كلمة معربة[٣] وأصلها يوناني (canon) فهي مقياس الأشياء. وقد ذكر أبو البقاء الحنفي الكليات أن القانون أصله سرياني ويعني المسطرة[٤].

وأما في الاصطلاح الحادث فيطلق عند أهل الصنعة ويراد به أحد معنيين:

الأول: القواعد العامة المجردة الملزمة التي تصدر عن السلطة العامة والمقترنة بجزاء

وهو بهذا المعنى يشمل الأنظمة السارية والعرف الملزم والمعاهدات والاتفاقات وما إلى ذلك.

الثاني: القانون المكتوب بالطريقة الشكلية المعهودة عند أهل الفن، فيقال قانون الشركات وقانون العمل وهكذا[٥]. والمعنى المراد هنا في بحثنا هو المعنى الأول فهي هنا كل القواعد القانونية التي تؤثر في مركز شركة التخصيص مكتوبة كانت بالطريقة الشكلية المعهودة أم لا.

ويراد بالمركز القانوني باعتباره مركبا: هو مجموع ما للشخص الطبيعي أو المعنوي من حقوق وما عليه من التزامات في ظل القانون. أو هو الوضع أو الحالة التي يكون عليها

---

(١) معجم اللغة العربية المعاصرة. ص ٢٠٨٩

(٢) مختار الصحاح، لأبي عبد الله محمد الرازي (ت ٦٦٦ه)ن تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت. الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م. ص (١٢٧)

(٣) المرجع السابق، ص (٢٦١)

(٤) الكليات، لأبي البقاء أيوب الكفوي الحنفي، تحقيق عدنان درويش- محمد المصري- مؤسسة الرسالة- بيروت (ص:٧٣٤).

(٥) المدخل لدراسة الأنظمة، د. علي الصالحي ، ود. مجدي المرعشي، دار طيبة الخضراء، ص (١٦).

شخص طبيعي أو اعتباري في ظل القواعد القانونية السارية، مما يحدد حقوقه والتزاماته وامتيازاته وحدود مسؤوليته[١].

ويعبر عنها بعضهم بأنها: الحالة التي يوجد فيها الفرد إزاء القانون[٢]. وقصره على الفرد يحد من معناه. فهناك مركز للدولة وللفرد وللشخص الاعتباري، وهناك مركز عام وهناك مركز خاص. وعلى كلٍّ فإن المركز القانوني يشمل صفته؛ هل الشخص طبيعي أم اعتباري، ويشمل نشاطه الذي يمارسه بموجب القانون، وحقوقه والتزاماته، ومدى استقراره وتغيره، ونوعه: هل الفرد الطبيعي: مواطن ، أم مقيم، أم قاصر. ثم الاعتباري هل هو شركة أم مؤسسة أم جمعية نفع عام، ثم هل تنظمه قواعد القانون العام أم الخاص.

(١) النظرية العامة للقانون، د. سمير تناغو ، منشأة المعارف ، ١٩٩٥، ص (٦٧٣).

(٢) النظرية العامة للقرارات الإدارية، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، ص (١٨٨).

المطلب الثاني: ماهية الطرف الخاص.

يقصد هنا (بالطرف الخاص): (الشخص الذي يتمتع بالشخصية الاعتبارية الخاصة ويكون طرفا في عقد تخصيص مع الحكومة)[١]. والطرف الخاص لا يكون إلا شركة. واشتراط كونه شركة جاء في المادة الرابعة من النظام كما سيأتي بيانه.

والشركة في النظام السعودي:" كيان قانوني يؤسس وفقًا لأحكام النظام بناء على عقد تأسيس أو نظام أساس يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معًا لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، واستثناء من ذلك، يجوز -وفقًا لأحكام النظام- أن تؤسس الشركة بالإرادة المنفردة لشخص واحد."[٢]

وأما الشركة عند الفقهاء إما أن تكون اجْتِماعا في اسْتِحقاقٍ، كاشْتِراكِ الوَرَثةِ في التَّرِكةِ، أو تكون اجْتِماعا في تَصرُّفٍ، كشَرِكةِ المُضارَبةِ والعِنانِ[٣]

وعليه؛ فالشركة في النظام اصطلاح خاص منفرد عن المعنى اللغوي والفقهي له دلالة محددة، فليس من شرطه تحقق اختلاط المالين أو اجتماع أكثر من شخصين في تصرف أو استحقاق. وإنما هو كيان بأوصاف محددة وإجراءات شكلية وضعها المنظم إذا تم استيفاؤها فهي شركة معتبرة لديه. ولو اشترك شخصان في تصرف على نحو مختلف عما اشترطه المنظم فلا تعد لدى المنظم شركة -بالمعنى المراد في نظام الشركات الذي تبنى عليه الحقوق النظامية- ولو كانت شركة لدى الفقهاء. بل قد تكون الشركة لدى المنظم من شخص واحد وهو ما لا يتصور في كلام الفقهاء. وأما من الجهة الموضوعية فلا شك أن القواعد النظامية للشركات وغيرها خاضعة لأحكام الفقه الإسلامي.

---

(١) انظر المادة الأولى من نظام التخصيص

(٢) انظر المادة الثانية من نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ١/ ١٢/ ١٤٤٣هـ

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني، مؤسسة الرسالة (٥/ ٣)، وبرهان الدين ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، ص (٤/ ٣٥٥).

مفهوم بالتخصيص:

عرف المنظم التخصيصَ في المادة الأولى من نظام التخصيص بأنه: (الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو نقل ملكية الأصول). وقد فسر المنظم في المادة الأولى ذاتها مراده بالشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنه (ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتيَّة أو الخدمة العامة، ينتج عنه علاقة بين الحكومة والطرف الخاص، وتتوافر فيه العناصر التالية :

١- أن تكون مدته (خمس) سنوات فأكثر.

٢- أن يؤدي الطرف الخاص بموجبه أعمالا تشمل اثنين أو أكثر مما يأتي: تصميم الأصول أو تشييدها أو إدارتها أو تشغيلها أو صيانتها أو تمويلها، سواء أكانت الأصول مملوكة للحكومة أم للطرف الخاص أم لكليهما.

٣- وجود توزيع نوعي وكمي للمخاطر بين الحكومة والطرف الخاص .

٤- يكون المقابل المالي الذي يستحقه الطرف الخاص أو يلتزم به بموجب هذا الترتيب التعاقدي مبنيا بشكل أساس على مستوى أدائه في تنفيذ الالتزامات المسندة إليه[١].

وأما "نقل ملكية الأصول" فهو: (ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمات العامة ينتج عنه نقل ملكية أي من الأصول من أي جهة حكومية إلى الطرف الخاص).

وأما وجه استئثار الباحث بالتعبير أحيانا بشركة التخصيص في ثنايا البحث وضمه إلى ما اصطلح عليه المنظم بالطرف الخاص فلسببين:

١- أن المنظم قد اشترط أن يكون شكل الطرف الخاص القانوني شركة كما جاء في المادة الرابعة من نظام التخصيص. فقد نصت على أنه (تسري أحكام النظام واللائحة على مشاريع التخصيص التي تتولى طرحها أو التعاقد عليها الشركات التي تؤسسها الحكومة...).

---

(١) للاستزادة في مفهوم التخصيص ينظر: نظرة عامة على قضية الخصخصة: مفهوم وطرق الخصخصة، أحمد عبد الوهاب، ٢٠١٤، المركز المصري لدراسات السياسات العامة.

٢- أن التعبير بالطرف الخاص وإن كان حقيقة عرفية خاصة بالمنظم السعودي إلا أنه من جهة الشيوع والاستعمال غير مستعمل وغير شائع بما يجعل دلالته غير ظاهرة للقارئ ابتداء ولذا آثرت استعمال مصطلح كاشف عن مضمونه. فسيتم التعبير بهذا تارة وبهذا تارة أخرى في ثنايا البحث.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للعقود الإدارية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أن تكون الجهة الإدارية طرفا في العقد

المطلب الثاني: ارتباط العقد بالمرفق العام

المطلب الثالث: تضمين العقد شروطا استثنائية

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية

إن الحديثَ عن الآثار الناتجة عن تصرفات شركات التخصيص أو الطرف الخاص في تقديمها للخدمات العامة يستلزم تجلية لطبيعة علاقتها مع الأطراف الأخرى ونعني هنا بالأطراف الأخرى الجهة الإدارية والمستفيد والطرف الثالث في العقد التابع.

فهل العقد الذي تبرمه شركات التخصيص مع الشركات التابعة يعد عقدا إداريا أم شبه إداري أم هو عقد خاص أطرافه هم أطراف القانون الخاص؟

أو بعبارة أخرى هل شركات التخصيص لها مركز قانوني تمتاز به في تعاقداتها مع الأطراف الأخرى في العقد التابع وما إذا كانت عقودها مماثلة للعقود الإدارية من حيث إن لها الحق في وضع شروط استثنائية ومن كونها تدير مرفقا عاما ولمصلحة عامة. وإذا لم يكن لشركات التخصيص هذا الامتياز القانوني فلم يمنحها المنظم السعودي بعض الصلاحيات التي لا تمنح إلا لجهات الإدارة؟ فكثير من أحكام شركات التخصيص مما لم يعالجه نظام التخصيص، يستلزم معرفة مركز شركات التخصيص القانوني ابتداء حتى يعطى الحكم القانوني السليم.

وللإجابة على هذه التساؤلات يجب علينا الوقوف على مفهوم العقد الإداري، وعناصره، والفرق بينه وبين عقد شركات التخصيص.

وقد يبدو مفهوم العقد الإداري جليا من جهة بيان ما يقابله -وبضدها تتمايز الأشياء-؛ فالعقد الإداري قسيمُ العقد المدني الذي يبرمه الأطراف الذين يقفون على قدم المساواة في طرفي العقد وكلاهما في مركز قانوني مماثل لمركز الآخر. فالعقد الإداري على هذا النحو هو ما تبرمه الدولة بصفتها طرفا.

إلا أن الحقيقة أن العقد الذي تبرمه جهة الإدارة لا يكون إداريا بذاته ما لم يلتصق بالعقد مجموعة من العناصر التي تجعل منه عقدا إداريا. فهناك من العقود ما تبرمه الإدارة ويكون عقدا مدنيا.

فلابد للعقد الإداري أن تكون الإدارة طرفا فيه بصفتها ذات سلطة ولا بد أن يكون العقد لخدمة مرفق عام وأخيرا لابد أن يشتمل العقد على شروط استثنائية. فالإدارة عندما تبرم

العقد الإداري تبرمه مستعينة بصفتها سلطة عامة لها من الامتيازات ما ليس للطرف الآخر المتعاقد معه ويظهر ذلك فيما يتضمنه العقد من شروط تضع جهة الإدارة في صفة ممتازة – كما يعبرون–.[١]

ومن هنا فقد قام ديوان المظالم بتعريف العقد بعبارة جلية مباشرة، فقد نص على أن «العقد الإداري هو ما تكون الدولة طرفا فيه على أساس ما لها من سلطة عامة بإرادتها الأمرة بوصفها ذات سلطان، مما يعني أن مباشرتها علاقة مع غيرها متجردة من لباس السيادة باختيارها يجعلها في مركز نظامي مماثل لمن دخلت معه في تلك العلاقة، وبالتالي فلا يكون لها مباشرة سلطتها أو الحصول على أي امتيازات وتكون آثار تلك الرابطة محكومة بالقواعد النظامية الخاصة وتقف من ثم مع الطرف الآخر بالمثل سواء بسواء بوصفها من المصالح الخاصة المحكومة بمبدأ المساواة"[٢]

وهذا التعريف مع ما يمتاز به من التحرير ووضوح العبارة إلا أننا نجد أن شركات التخصيص –كما تم تعريفها سابقا– عند مباشرتها علاقتها مع غيرها تقدم خدمة عامة لمرفق عامة وقد حصلت على امتيازات لم تحصل عليها الشركات في القطاع الخاص مما يجعلها في مركز قانوني متردد بين جهات الإدارة والقطاع الخاص، وحرمانها من هذه الامتيازات يعني بالضرورة تخلفها عن القيام بواجباتها المسندة لها بموجب عقد التخصيص مع الجهة الإدارية بل وشركات التخصيص في هذه المرحلة من نظام التخصيص لا تعدو أن تكون مملوكة للدولة بالكلية أو بما يزيد عن ٥٠ ٪ من أسهم الشركة.

ووفقا لما استقر عليه القضاء السعودي فيمكن إجمال عناصر العقد الإداري فيما يلي:

١- أن تكون الجهة الإدارية طرفا في العقد

٢- ارتباط العقد بمرفق من المرافق العامة

---

(١) ينظر: العقود الإدارية، ماجد بن راغب الحلو، دار الجامعة الجديدة، ص (٨)، والأسس العامة للعقود الإدارية، د. عبد العزيز خليفة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥، ص (٩)

(٢) ينظر حكم المحكمة الإدارية رقم ٥١/ د/ ١/ ١ لعام ١٤٣٣ هـ ، غير منشور ، نقلا عن الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي، د. أحمد بن محمد العجمي، دار الإجادة، ١٤٤٢هـ، ص (١٧)

٣- أن يشتمل العقد على شروط استثنائية

وفيما يلي سنقف على هذه العناصر مع بيان وجه علاقتها سلبا وطردا مع عقود التخصيص. فسنقف على عنصر العقد الإداري ثم نقف على موقف المنظم السعودي من هذا العنصر في عقود التخصيص.

المطلب الأول: أن تكون الجهة الإدارية طرفًا في العقد:

لا يعد العقد عقدا إداريا ما لم تكن الإدارة طرفا. والعقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخصا عاما يعد من العقود المدنية. وما تبرمه الشركات والمؤسسات الخاصة -في الجملة- ليس عقدا إداريا. هذا من حيث الأصل. ومع أن هذا العنصر لا يحتاج إلى مزيد بيان إلا أنه قد تلتصق به من الأمور ما يوجب بيانها. فضميمة وصف "الإداري" للعقد يقتضي منا بيان بعض الأمور المهمة من مثل حكم العقود التي تبرمها بعض الجهات الخاصة مع طرف ثالث خاص لخدمة عامة لمصلحة مرفق عام[١].

فمفهوم الإدارة ظاهر في أن المراد به يشمل الجهات المركزية وغير المركزية كالوزارات والإمارات والبلديات ويشمل الجهات المرفقية كالهيئات العامة والمؤسسات العامة. غير أن محل النظر وموطن الإشكال في الشخص المعنوي الخاص الذي يقوم بأعمال لخدمة عامة للمرافق العامة ويتعاقد مع الآخرين متسلحا بهذه الصفة في مواجهة الطرف الآخر، ومن ذلك الشركات في عقود التخصيص. ولذا فإن ثمت قواعد مقررة ومعايير تطبق لمعرفة شمول وصف "العقد الإداري" للشخص المعنوي الخاص نذكرها هنا تباعا:

- **القاعدة الأولى**: أن الأصل أن العقد الذي يبرم بين شخصين اعتباريين خاضعَين لأحكام "القانون الخاص" ويكون أحد طرفيه **وكيلا** عن جهة الإدارة ومتعاقدا لحسابها فإن العقد يكون حينئذ عقدا إداريا. فلو كان ثمت شراكة بين إحدى الجمعيات التعاونية أو المؤسسات الأهلية والبلديات بالقيام بأعمال إنشائية -هي من اختصاص البلدية أصالة- فإن تعاقد هذه الجهة لمصلحة جهة الإدارة مع مقاول يعد عقدا إداريا ولو كان بين شخصين من أشخاص القانون الخاص[٢].

---

(١) ينظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة، د. عبد الله الوهيبي، الطبعة الثانية ، ١٤٢٩ هـ، مكتبة جرير، ص(٣٠) وما بعدها

(٢) ينظر الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق.

- **القاعدة الثانية**: أن الأصل أن العقدَ عقدٌ إداري متى ما جيء به لإشباع حاجات عامة وتسيير مرفق عام سواء كان العقد من جهة شخص معنوي عام أم خاص حتى يتضح خلافه. وهذا الأصل جاء في أحد أحكام ديوان المظالم: "..... ومما يميز جهة الإدارة عن غيرها هو في النشاط الذي يصدر عنها ويؤدي إلى إشباع حاجات عامة وخدمة مرفق عام، فإذا كان الأمر كذلك اعتبرت شخصا معنويا عاما يصدق عليه أنه جهة إدارية ويكون ما يبرمه من عقود هي عقود إدارية"[١]

ومن المعايير: معيار الجهة المنشئة ومعيار السلطة العامة، والمعيار العضوي ،ومعيار الاعتماد المالي-مصادر التمويل-، والجهة الرقابية، وإرادة المنظم، والجهة المنشئة، وحق الجهة في فرض الرسوم والضرائب والغرامات.

وهذه المعايير ليست قطعية وإنما كاشفة، ولا تعمل فرادى وإنما تتعاضد، وهي خاضعة لتقدير السلطة القضائية إذا عدم النص القانوني الحاكم. وعليه؛ فإننا سنمحص هذه المعايير عند الحديث عن خصائص عقد التخصيص ومقارنته بعناصر العقد الإداري.

- **القاعدة الثالثة**: أن كون الإدارة طرفا في العقد لا يصيره عقدا إداريا طالما أنها لم تتعاقد بوصفها ذات سلطة عامة. فمثلا الهيئة العامة للأوقاف إذا تعاقدت بوصفها ناظرة على الوقف لا شخصا عاما له سلطة يتصرف بموجبها في العقد فإن العقد لا يعد عقدا إداريا[٢].

- **القاعدة الرابعة**: لا يعتد بالتغييرات التي تطرأ على طرفي العقد بعد إبرام العقد[٣] وإنما بتوافر الصفة الإدارية حال إبرام العقد طردا وعكسا. فلو كانت جهة إدارية حال إبرام العقد ثم فقدت هذه الصفة فإن العقد يبقى على حاله الأول إداريا.

ولو كانت الجهة غير إدارية حال إبرام العقد ثم أصبحت جهة إدارية كالتأميم فإن هذا لا يصير العقد إداريا.

---

(١) ينظر حكم المحكمة الإدارية رقم ٥١/ د/ ١/ ١، مرجع سابق

(٢) ينظر الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق.

(٣) القواعد المنظمة للعقود الإدارية، مرجع سابق

المطلب الثاني: ارتباط العقد بمرفق عام

إن كون العقد قد أبرم من جهة الإدارة لا يصيره من تلقاء نفسه عقدا إداريا ما لم يلتصق به عنصر آخر ضامٌ لا ينفك عنه، وهو أن يكون العقد لمصلحة المرفق العام إنشاء أو تسييرا أو تنظيما. فعقود بناء المرافق الحكومية هي عقود إنشائية لخدمة لمرفق العام، وعقود التوريد هي لتسيير المرفق العام، وعقود إدارة المرفق وأمنها وسلامتها هي لتنظيم عمل المرفق وهكذا[١].

أما المشتريات التي تقوم بها جهة الإدارة لتكريم أحد موظفيها فلا يعد عقد الشراء عقدا إداريا لأنه ليس مناطا بتسيير أو تنظيم أو إنشاء مرفق عام.

وقد جاء في أحد الأحكام عن ديوان المظالم رقم: ٥١/ د/ إ/ ١/ ١ ما نصه "فمناط العقد الإداري إلى جانب وجود الإدارة طرفا فيه اتصاله بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وبالتالي فأي نشاط تقوم به الجهة المتعاقدة ويشبع حاجات عامة، ويؤدي إلى تحقيق منافع عامة فإنه يصح أن يطلق على تلك الجهة المتعاقدة اسم المرفق العام، ويكون ما تبرمه من عقود لإشباع هذه الحاجات حينئذ عقود إدارية"[٢].

وتقدير هذه الصلة مسألة موضوعية يقدرها القاضي الإداري ناظر القضية في كل حالة على حدة. ويراعى في معقولية معنى "إشباع الحاجات العامة" أن يكون هذا الإشباع مكفولا أصالة من الجهة الإدارية باعتباره واجبا إداريا تفرضه الدولة على الجهة سواء قامت به مباشرة أو أوكلت به لطرف خاص. وليس من الخدمات التي يقوم بها أطراف القانون المدني عادة.

وعليه؛ فإننا بحاجة عند الحديث عن عقود التخصيص أن نقيم العلاقة التعاقدية في مدى ارتباطها بالمرفق العام.

---

(١) ينظر: العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، د. سالم بن صالح المطوع، ١٤٤١، ص (٤٣). والوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي، ص (٢٥)، مرجع سابق.

(٢) ينظر حكم المحكمة الإدارية رقم ٥١/ د/ ١/ ١، مرجع سابق

المطلب الثالث: تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية:

إن تضمين العقد شروطا استثنائية يعد العنصر المميز الذي يمكن ملاحظته في العقد من غير حاجة أولية لمعرفة طبيعة أطرافه. فسلطان الإرادة في العقود المدنية متكافئ -في الجملة- بين طرفي العقد. وليس من المألوف في العقود المدنية تضمين هذه الشروط الاستثنائية. فلا يكفي حتى نحكم على طبيعة العقد بأنه عقد إداري بمجرد كون الإدارة طرفا، ولا لمجرد كونه متعلقا بمرفق عام بل لا بد من أن نستفصل في بنوده. فاعتبار الإدارة طرفا لابد أن يكون له مظهر يبين لنا مدى اتصافها بكونها صاحبة سلطة عامة ذات امتياز وحقوق تحقق بها مصلحة عامة لمرفق عام. سواء كانت هذه الشروط الاستثنائية ثابتة بموجب نص نظامي أو لائحي أو واردة في بنود العقد. فالإدارة -كونها تحقق مصلحة عامة- لها بإرادتها المنفردة حق توقيع الجزاءات وإيقاع الغرامات وفسخ العقد وتعديله والزيادة على نطاق الأعمال والإنقاص منه بضوابط معلومة تبين في بابها[١].

(١) ينظر المرجعين السابقين.

المبحث الثاني:

امتياز عقد التخصيص عن العقد الإداري

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: كون الإدارة طرفا في عقد التخصيص

المطلب الثاني: كون عقد التخصيص يأتي لخدمة مرفق عام

المطلب الثالث: كون عقود التخصيص تحوي شروطا استثنائية

المطلب الأول: كون الإدارة طرفا في عقد التخصيص:

علمنا سابقا أن وصف الجهة بأنها جهة (إدارة) من عدمه قد يحصل الخلاف فيه في حالات؛ منها العقود التي تكون بين أطراف العقد المدني إذا كان لمصلحة مرفق عام وخدمة عامة أو وكيلا عن جهة الإدارة في تسيير المرفق العام؛ فهنا يبرز لنا أثر المعايير التي تم الحديث عنها سابقا وهي التي تميز الجهة الإدارية. وهذه المعايير ليست معايير قاطعة، بل تتعاضد ويقوي بعضها بعضا لتحديد طبيعة الجهة في عقدها. وسوف نعرض معايير تمييز جهة الإدارة لتقييم مدى اتصاف العقد بكونه "إداريا" في عقود الجهتين المذكورة أعلاه.

- **المعيار الأول: إرادة المنظم:**

هذه الخصيصة قد تكون حاكمة وكاشفة لغيرها والمقصود بها: هل أبان المنظم السعودي بوضوح عن طبيعة المؤسسة أو الجهة في عقود التخصيص أم لا؟

والحقيقة أن المنظم بين بجلاء أن عقود التخصيص منحصرة في شركات محددة الوصف، وبادئ الرأي أن هذا كافٍ في بيان طبيعة الطرف الخاص، فالشركة اسم لشخص معنوي يخضع للنظام الخاص، ولكن الأمر يزيد تعقيدا إذا تبين لنا أن المنظم اشترط أن تكون هذه الشركات مملوكة للدولة بالكامل أو بما يزيد على ٥٠٪ من رأس مالها ويجوز تفويضها ببعض صلاحيات الجهة التنفيذية. فقد نص المنظم على أنه: "تسري أحكام النظام على جميع العقود التي تجريها الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى، والشركات التي تؤسسها الحكومة، أو تتملك فيها وتصل نسبة ملكيتها فيها -بشكل مباشر أو غير مباشر- أكثر من ٥٠ ٪ من رأس مالها، وتكون الغاية من تأسيسها أو التملك فيها تنفيذ مشروع تخصيص، فيما عدا العقود المبرمة قبل نفاذ النظام، ما لم تُعدّل، أو تُمدّد، أو تُجدّد؛ بعد نفاذه. وبالنسبة لمشاريع التخصيص الصادر في شأنها موافقة نظامية قبل نفاذ النظام ولم تبرم عقودها بعد، فتخضع للأحكام النظامية السارية وقت صدور الموافقة، ما لم يقرر مجلس إدارة المركز غير ذلك."[١]

---

(١) المادة الرابعة من نظام التخصيص

ونص كذلك على أنه: "لأغراض تطبيق أحكام المادة الرابعة من النظام، تسري أحكام النظام واللائحة على مشاريع التخصيص التي تتولى طرحها أو التعاقد عليها الشركات التي تؤسسها الحكومة، أو تتملك فيها وتصل نسبة ملكيتها فيها – بشكل مباشر أو غير مباشر – أكثر من (٥٠ ٪) من رأس مالها، وتكون الغاية من تأسيسها أو التملك فيها طرح مشروع تخصيص، وتُعد الشركة مؤسسةً أو مملوكةً من قبل الحكومة لغرض طرح مشروع التخصيص إذا انطبق عليها أي مما يأتي:

- إذا تم تأسيس الشركة بموافقة الجهة المختصة بناءً على وثيقة مشروع التخصيص لغايات تنفيذ عملية التحول إلى شركة تمهيداً لعملية نقل ملكية الأصول.
- إذا كان تأسيس الشركة أو تملكها من الحكومة لأغراض طرح مشروع مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمات العامة بأسلوب التخصيص.
- الشركات التي تملكها الحكومة بالكامل وكان تأسيسها متضمناً نقل ملكية أصول بنى تحتية عامة إليها من الحكومة".[1]

فملكية الدولة الطرف الخاص "شركة التخصيص" التي تقدم خدمات عامة لتسيير مرفق عام قد يصير أعمالها أعمالا إدارية في بعض الحالات.

والخلاصة أن إرادة المنظم في عقود التخصيص أنها "شركة تخضع لأحكام الشركات" إذ السياسة العامة والهدف الأسمى من تخصيص الأصول والبنى التحتية هو تحقيق مجموعة من المكتسبات من خلال رفع الامتياز الممنوح لأعمال الإدارة وإلا فلا معنى لعملية التخصيص. والتخصيص كما هو من لفظه إخراج لأعمال الإدارة من القانون العام إلى القانون الخاص.

ولكن هذا الأصل محاط باستثناءات عدة من جهة الأنظمة الحاكمة والاختصاص القضائي وطبيعة بعض العقود التي يبرمها الطرف الخاص –وهو ما سنأتي عليه–.

---

(١) المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص

- **معيار الجهة المنشئة (المعيار العضوي):**

من المعايير المهمة في بيان مركز الطرف الخاص القانوني وبيان طبيعة تعاقداته وما إذا كان هذا الكيان من خلق الإدارة أم من خلق القطاع الخاص.

وبيان هذا المعيار ليس عسيرا فقد جاء في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص أن محل تطبيق نظام التخصيص للشركات التي تؤسسها الحكومة أو تتملك الدولة فيها بنسبة تزيد على ٥٠ ٪ من رأس مالها على أن تكون الغاية من تأسيس الشركة أو التملك في الشركة هو طرح مشروع تخصيص.

والمقصود بكونها ناشئة لغرض طرح مشروع التخصيص هو أن تأتي على واحدة من الصور الثلاث الآتية:

- يتم تأسيس الشركة بموافقة جهة الإدارة المختصة وفقا لوثيقة مشروع التخصيص بغرض التحول إلى شركة.
- يتم تأسيس الشركة أو تتملكها الحكومة لغرض طرح مشروع بأسلوب التخصيص لمشروع مرتبط بالخدمات العامة والبنية التحتية.
- يتم تأسيس الشركة لنقل ملكية أصول بنى تحتية عامة من الحكومة على أن تكون مملوكة بالكامل للحكومة.

وعليه؛ فإن النص اللائحي صريح بأن الجهة المنشئة هي الجهة الحكومية فالشركة إما أن تكون مؤسسة ابتداء بموافقة الجهة الحكومية المختصة أو كان تأسيسها من الحكومة ولأغراض طرح مشروع التخصيص، أو كانت مملوكة بالكامل للحكومة وأسست لغرض نقل بعض الأصول الحكومية إليها. وفي كل الحالات الثلاث فلسنا بمنأى عن القول بأن الجهة الحكومية هي المنشئة لجميع شركات التخصيص.

- **المعيار الثالث: معيار الشروط الاستثنائية:**

والمقصود به اشتمال العقد الإداري على شروط ليست من طبيعة العقد المدني وهو – علاوة على كونه عنصرا مميزا للعقد الإداري –فإنه معيار مميز للأجهزة الإدارية عن أشخاص العقد المدني. وسنورد ما يتعلق بهذا المعيار لاحقا في موطنه.

- **المعيار الربع: فرض الرسوم والضرائب:**

والمقصود بهذا المعيار أن من المقطوع به أن من صلاحيات جهة الإدارة الأصيلة هو فرض الرسوم والضرائب وفقا للآليات القانونية المتبعة في فرضها. وأن جهات القطاع الخاص لا يحق لها فرض الرسوم والضرائب في مقابل الخدمات العامة من تلقاء نفسها. فإن من المعايير التي ينظر فيها القضاء الإداري باعتبار اختصاصه بنظر القضايا هو النظر في حق الجهة لفرض الرسوم والضرائب.

وعند التأمل نجد أن المنظم منح الطرف الخاص تحصيل الإيرادات العامة بما في ذلك الرسوم والضرائب التي لحساب الخزينة العامة للدولة وكذلك تحصيل الإيرادات العامة لحسابه مباشرة وفقا لبنود عقد التخصيص المبرم، وكذلك تحصيل المقابل المالي من المستفيدين لحسابه مباشرة لقاء ما يقدمه من أعمال وخدمات.[1]

إلا أن هذا لا يعني بحال أن الطرف الخاص مخول بفرض أي مقابل مالي إضافي على المستفيدين من تلقاء نفسه ولا تحصيل أي مبلغ بل لابد من موافقة الجهة لإدارية المختصة ابتداء.

ـ معيار الاختصاص (هل هو من اختصاص المرفق أم القطاع العام أصالة):

المقصود بهذا المعيار هو معرفة مدى اتصال محل العقد باختصاصات جهة الإدارة الأصيلة.

فإذا كان محل العقد هو تقديم خدمة عامة لمرفق عام خاضع لأحد الإدارات بحكم اختصاصها الموضوعي فإننا عند التردد وعدم المرجح نحكم على العقد بأنه عقد إداري وأن الجهة المقدمة لهذه الخدمة العامة جهة إدارية. وإذا كان محل العقد عملا تجاريا أو مدنيا ليس من اختصاصات جهة الإدارة فإننا نرجح كون العقد عقدًا مدنيًّا.

والذي يبدو أن تطبيق هذا المعيار على عقود التخصيص يظهر أن أعمال الطرف الخاص في حقيقتها إنما هي أعمال جهة إدارية أراد المنظم- أن يمكن القطاع الخاص من القيام بمهامها.

---

(١) تنظر المادة الرابعة والعشرون من نظام التخصيص

المطلب الثاني: كون عقد التخصيص يأتي لخدمة مرفق عام

المنظم السعودي نص في المادة الأولى من نظام التخصيص أن التخصيص يقع على أمرين: هما الخدمات العامة والبنى التحتية فقال: هو "ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمة العامة."[١] وهذا النص في ظاهره يقتضي ارتباطه بالمرفق العام سواء تشييدا أو تسييرا أو توريدا. وجميع هذه المذكورات هي في نهاية المطاف لا تعدو كونها مرتبطة بالمرفق العام.

وهذا الحكم الأولي يجب تمحيصه ويجب الوقوف على ما يندرج تحت عبارة المنظم "مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمة العامة" فالمنظم السعودي أوضح المراد بالبنية التحتية فجعلها تشمل ما يلي:

- المرافق العامة
- الأصول التي تقدم بشكل مباشر أو غير مباشر خدمات عامة

سواء كان دائما أم مؤقتا، ثابتا أم منقولا، ملموسا أم غير ملموس بما في ذلك الحقوق الفكرية والصناعية وغيرها.

والتعبير بالمنقولات للأصول قد لا يكون دقيقا في اللغة القانونية، إلا أن المعنى الإجمالي ظاهر من تعبير المنظم. فالمراد شموله الحقوق العينية والمعنوية للدولة.

ثم بين مراده بالخدمة العامة فقال: "كل خدمة تقدمها جهة حكومية بشكل مباشر أو غير مباشر سواء أكانت الخدمة أساسية بغرض توفير السلع أو الخدمات للجمهور أم غير أساسية بغرض دعم الأنشطة والمهمات الحكومية"[٢].

وإذا كانت الخدمات العامة هي ثمرة وغاية تسيير المرفق العام، فإن المنظم هنا أراد التأكيد على معنى زائد وهو أن التخصيص يهدف إلى استغلال المرفق العام وإلى استغلال الخدمات المقدمة من المرفق، وعليه فيمكن استغلال المرفق سواء كان في الخدمة الموضوعة له ابتداء أم في غيرها.

---

(١) المادة الأولى من نظام التخصيص.

(٢) المادة الأولى من نظام التخصيص.

وضميمة لما سبق فإن المنظم أبان أن عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص يجب أن تشمل اثنين أو أكثر مما يأتي: تصميم الأصول أو تشييد الأصول أو تشغيل الأصول أو صيانة الأصول أو تمويلها.

وعليه؛ فيمكن الخلوص إلى أن المنظم وسع نطاق عقود التخصيص بأوسع صورة، فهو يشمل المشاريع التي تهدف التشييد والتشغيل والإدارة والصيانة والتمويل. فمنها عقود عائدها مباشر للغرض المباشر من المرفق العام ومنها ما يهدف إلى استغلال واستثمار الأصول والمرافق والخدمات لتحقيق العائد المادي.

وهذا فارق جوهري، فلا يمكن اعتبار العقود التي تهدف لتحقيق العوائد المادية عقودا إدارية ولو كانت الإدارة طرفا فيها. بينما العقود التي تكون بين الطرف الخاص وجهة الإدارة لتسيير المرفق العام ملاقية عنصر:" ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام"

وأما عقود نقل ملكية الأصول فهي عقود لا تخرج بمقتضاها عن الهدفين السابقين، فإن كان نقل الملكية للأصل بهدف تشغيل وتسيير المرفق العام فهو ذو ارتباط، وإن كان هدفه استغلال الأصل بما يخرج الأصل عن منفعته الأصيلة فهو عقد غير مرتبط بالمرفق العام.

والمحصلة أن هناك فرقًا جوهريًّا بين عقود التخصيص التي تأتي تأجيرا للأصول أو تشييدا بقصد استغلال البنى تجاريا، وبين تلك العقود التي تأتي لتسيير مرفق عام.

المطلب الثالث: كون عقود التخصيص تحوي شروطا استثنائية:

سبق بيان أن سلطان الإرادة في العقود الإدارية غير متكافئ، فتمتاز الجهة بحقها في وضع شروط لا تقتضيها طبيعة العقود التي تكون بين طرفين ذَوَيْ مركز قانوني متساوٍ.

فيجب تقرير مدى التصاق الشروط الاستثنائية بعقود التخصيص. ويتضح ذلك بما يقرره المنظم لجهةٍ ما من حقها في تضمين العقود هذا النوع من الشروط الاستثنائية.

وقد نصت المادة السابعة والعشرون من نظام التخصيص على مجموعة منها ومن ذلك جواز تضمين العقد: فرض غرامة تأخير وشروط جزائية وحق مباشرة العقد بنفسها حال إخلال الطرف الخاص بالتزاماته التعاقدية وحق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

بل ذهب المنظم إلى أبعد من ذلك فجعل من حق الطرف الخاص في تعاقداته في العقد التابع تضمين العقد شروطا استثنائية؛ إذ نص على أنه "": -١ يجوز أن يتضمن العقد -أو العقد التابع- فرض غرامة تأخير، أو شرطا جزائيا، أو تعويضا؛ نتيجة إخلال أي من طرفيه في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويحدد العقد -أو العقد التابع- آلية على أساس مبلغ مقطوع حساب ذلك سواء ، أو نسبة مئوية من قيمة العقد، أو غير ذلك وفق ما يتفق عليه في العقد أو العقد التابع

. -٢ دون الإخلال بحقوق الجهة التنفيذية وفقًا لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، للجهة التنفيذية -في حال نص العقد على ذلك- أن تباشر بنفسها، أو من خلال أي طرف آخر تختاره تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص؛ لضمان استمرار تقديم الخدمات والمنتجات باطّراد، وذلك في حال إخلال الطرف الخاص بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو عجزه عن تحقيق مستوى الجودة المتفق عليه، شريطة إخطار الطرف الخاص كتابةً بالإخلال الواقع منه، وتخلّفه عن تصحيح الوضع خلال المدة المحددة في الإخطار. ويحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الحالات والضوابط المتعلقة بمباشرة الجهة التنفيذية بنفسها، أو من خلال طرف آخر تنفيذ العقد، والآثار المترتبة عليه".[١]

---

(١) انظر المادة الثامنة والعشرين من نظام التخصيص

مسألة: تكييف الشروط الاستثنائية عقود إذعان:

قد يقال إن الامتياز في وضع الشروط ليس من قبيل الشروط الاستثنائية في العقود، وإنما هو من قبيل عقود الإذعان لدى الشركات في عقود القانون الخاص.

وعقود الإذعان هي عقود يقوم أحد طرفيها بتضمين العقد شروطا وبنودا لا يمكن للطرف الآخر رفضها أو تعديلها غالبا لما له من قوة ذاتية تفرضها طبيعة الخدمة التي يقدمها واحتكاره لها. ويوقع العقد بصيغته التي يفرضها الطرف الأقوى ولا يملك الطرف المذعِن حق التعديل في بنود وشروط العقود[١]. وغالبا ما تكون عقود الإذعان من شركات تقدم خدمات عامة كعقود الكهرباء وعقود المياه والاتصالات وربما يلحق بها عقود البنوك.

ومن المسلم أن عقود الإذعان تقع تحت نطاق القانون الخاص. وإذا كيفنا عقد التخصيص بأنه عقد خاص فإن تضمين العقد شروطا من هذا النوع لا يخرج العقدَ عن طبيعته المدنية ويكون محكوما بقواعد القانون الخاص، بينما الشروط الاستثنائية في العقد الإداري إذا فُقدت فإن العقد الإداري يفقد طبيعته القانونية ويصيره عقدا مدنيا خاضعا لأحكام العقود المدنية وللمحاكم المختصة بالنزاعات بين الأطراف المدنيين بحسب نوع النزاع.

علاوة على ما سبق فإن من المستقر نظاما وقضاء أن تفسر الشروط الإذعانية لصالح الطرف الأضعف في طرفي العقد وقد يقوم القضاء بإلغاء بعض البنود إن كان فيها إجحاف أو استغلال لمركز الشركة إذ إن الطرف المذعِن في حاجة الخدمة لا العكس[٢].

بينما نجد أن الشروط الاستثنائية على خلاف ذلك فإنها إن عدمت في العقد -الذي تكون جهة الإدارة فيه طرفا- عُدم المركز القانوني للجهة الإدارية وأصبح عقدا مدنيا تتساوى أطرافه. والقضاء في العقد المدني ليس بوسعه أن يفسر العقد لصالح أحد الطرفين بل يقف على الحياد التام. وقد يقوي جانب طرف الإدارة في العقود الإدارية إذ إنها تمثل الصالح العام مع احتفاظ الطرف الآخر بحقه في التعويض حال وقوع الضرر. وما سبق هو أحد آثار بيان مركز شركات التخصيص التي ينبغي اعتبارها حال تفسير العقد قضاء وتحكيما.

---

(١) ينظر للاستزادة: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان ، علي مصبح الحيصة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ، ص (٥٠).

(٢) انظر المادة الأربعين من نظام المعاملات المدنية والمادة السادسة والتسعين والمادة الرابعة بعد المائة.

المبحث الثالث:

تحليل الآثار الناتجة عن تحديد المركز القانوني لعقود التخصيص

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تحليل معايير تمييز العقد الإداري على عقد التخصيص

المطلب الثاني: بيان آثار تحديد المركز القانوني للطرف الخاص

المطلب الأول: تحليل معايير تمييز العقد الإداري على عقد التخصيص

من خلال دراسة عناصر العقد الإداري والمعايير يتبين لنا موقف واتجاه المنظم. فأما فيما يتعلق بالعنصر الأول وهو كون الإدارة طرفًا؛ فمن خلال فحص المعايير نجد أن إرادة المنظم في عقود التخصيص متجهة لكونها "شركة" -في الأصل- إذ السياسة العامة والهدف الأسمى من تخصيص الأصول والبنى التحتية هو تحقيق مجموعة من المكتسبات من خلال رفع الامتياز الممنوح لأعمال الإدارة وإلا فلا معنى لعملية التخصيص. ولكن هذا الأصل محاط باستثناءات عدة من جهة تخصيص شركات التخصيص بامتيازات عدة تشبه امتيازات جهة الإدارة. أما الطرف التابع الذي يتعاقد معه الطرف الخاص لمصلحة مشروع التخصيص فمن باب أولى أن تكون إرادة المنظم في عقوده أن تكون عقودا مدنية تجارية.

وأما معيار الجهة المنشئة فإن النص صريح بأن الجهة المنشئة هي الجهة الحكومية. أما الطرف الثالث في العقد التابع فإن الجهة المنشئة لعقده هي الطرف الخاص وليست جهة الإدارة. ولذا يرى الباحث ألا يُمَكّن الطرف التابع من اختصاصات جهة الإدارة الأصيلة قدر المستطاع، لما يحمله من مخاطر.

وأما المعيار المتعلق بتمكين الطرف الخاص من تضمين العقد شروطا استثنائية فهو على نوعين؛ أولهما ما مكّن المنظم فيه شركة التخصيص من وضع شروط استثنائية؛ فلا يرى الباحث أنها تعد من قبيل عقود الإذعان إذ إن عقود الإذعان ترتيب تعاقدي يضع أحد الطرفين نفسه في مركز قانوني أعلى من الطرف الآخر من غير استناد لنظام، بل مستغلا حاجة الطرف الأضعف إلى خدماته وسِلَعه. وثانيهما ما لم يُمكّن فيه المنظم شركة التخصيص؛ فإن كل ما يرد في العقد من اشتراطات والتزامات تفرضها شركة التخصيص على أطراف القانون المدني فإنه ينبغي التعامل معها على أنها شروط إذعانية وفقا لما ورد في نظام المعاملات المدنية[1]. فالشروط الاستثنائية تمكين نظامي لأحد الطرفين، وعقود الإذعان هي استغلال من الطرف الأقوى للطرف الأضعف في عملية التعاقد لا يملك معها الطرف الأضعف تغيير بنود العقد أو فرض شروطه أو حتى المفاوضة فيه. وهذا الرأي الذي انتهى له الباحث هو رأي متوسط يحفظ حقوق الطرفين ويُمَكِّن شركة التخصيص من

(١) انظر المادة الأربعين من نظام المعاملات المدنية والمادة السادسة والتسعين والمادة الرابعة بعد المائة.

تحقيق مستهدفات الدولة وفي المقام نفسه يحفظ حقوق كافة الأطراف الأخرى. ولهذا أثر في تفسير بنود العقد يجب اعتباره -وقد سبق عرضه- حيث يفسر العقد لصالح الطرف المذعِن.

وأما ما يتعلق بمعيار جهة فرض الضرائب والرسوم فالذي منحه المنظم للطرف الخاص ليس فرض الرسوم، بل تحصيلها بموجب موافقة الإدارة، وأي رسوم يضعها الطرف الخاص فلا بد من موافقة الإدارة عليها ابتداء.

وأما معيار الاختصاصات فهو معيار مشكل حال تطبيقه على عقود التخصيص لأن عقود التخصيص المراد منها تمكين القطاع الخاص من ممارسة الأعمال التي تقوم بها الإدارة أصالة.

وأما كون العقد مرتبطا بمرفق عام فقد سبق بيان أن عقود التخصيص منها ما يتعلق بالمرافق العامة وتشغيلها وتسييرها، ومنها ما مقصوده استثمار أصول الدولة بالوجه الأمثل وليس تقديم الخدمة العامة مرادا منه ابتداء.

وفي نهاية المطاف نستطيع القول إن المركز القانوني لعقود التخصيص هو مركز خاص يقف في منزلة بين المنزلتين بين عقود الإدارة والعقود المدنية والتجارية التي تحكم أطراف القانون الخاص يختلف بطبيعة كل عقد على حدة. ولكونها ذات طبيعة خاصة فإن العقود المتعلقة بمشاريع التخصيص تختلف في نوعها ودرجتها وطبيعتها ولا يصح الحكم على عقود التخصيص جميعا بحكم واحد. والأصل في هذا الباب أن الحاكم في عقود التخصيص ليس الطبيعة الإدارية، بل العقد ذاته فقد جاء في المادة الثانية من اللائحة التنفيذية ما يدل على مركزية العقد في العلاقة القانونية بين الجهة الحكومية والطرف الخاص فنص النظام على التالي: "نفاذ العقود بأن تكون أحكام العقد المبرم وفقا لأحكام النظام هي الأساس في تحديد حقوق المتعاقدين والتزاماتهم والمرجع الرئيس الحاكم للعلاقة بينهم"[(١)]

(١) انظر الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص.

المطلب الثاني: بيان آثار تحديد المركز القانوني للطرف الخاص:

وقفنا على جملة من أصول الأحكام التي توجه آثار المركز القانوني للطرف الخاص في المطلب السابق ويتعين علينا هنا أن نقف على بعض المسائل التي لم يعرض لها المنظم صراحة في النظام وهي جديرة بالدراسة لكون هذا العقد له طبيعة خاصة. ومن تلك المسائل ما يلي:

الفرع الأول: التفرقة بين أنواع العقود بحسب محلها:

من آثار التفرقة آنفة الذكر بين أنواع العقود بحسب محلها؛ أن العقود الاستثمارية التي تأتي لتطوير البنى التحتية وتشييد الأصول بغرض الاستثمار ينبغي أن تترجح فيها طبيعة عقود القانون الخاص. أما العقود التي تتولى بموجبها شركات التخصيص تسيير المرفق العام وتقديم الخدمات العامة فإن علاقة الأفراد المستفيدين من الخدمات بشركات التخصيص ينبغي أن تراعى. وذلك أن الطرف الخاص فيها ينبغي أن يعامل معاملة جهة الإدارة فيما ينتج عن تصرفاته من أخطاء في مواجهة الخدمات التي تمس الصالح العام والخدمات العامة المقدمة للعموم، أي أن تكون هناك حماية نظامية إضافية للأفراد المستفيدين من الخدمات.

وأما عقود الطرف الخاص مع الطرف الثالث التابع فهي عقود خاصة وهي محكومة ببنود العقد المبرم وتخضع للأنظمة التجارية والمدنية. وقد بين المنظم أن أحكام النظام لا تنطبق على هذا النوع من العقود وفي المقابل جوز للطرف الخاص التنصيص على شروط استثنائية في العقد[١]!!. ولذا فإننا نرى ضرورة أن ينص نظام التخصيص على آليات تحكم أحكام التعويض بين الطرف الخاص في العقد التابع، وتبين أحكام الرجوع على جهة الإدارة إذا تدخلت جهة الإدارة بقرارات تؤثر على الطرف الخاص في تعاقداتها.

---

(١) انظر المادة الثامنة والعشرين من نظام التخصيص.

الفرع الثاني: الاعتماد المالي:

جاء في نظام التخصيص أن وزارة المالية عليها أن تتحقق من توافر المخصصات لمشروع التخصيص وتأمينها وتقديم الموافقات قبل التعاقد بين القطاع العام والخاص في مشروع التخصيص[١]. إلا أن المنظم لم يبين ما يترتب على تخلف الشكل والإجراء هذا. وهل تخلفه يقضي بالبطلان أم لا؟. فلم يبين الأثر الناتج عن عدم حصول جهة الإدارة أو الطرف الخاص على الاعتماد المالي. فماذا لو أن عقد التخصيص تم من غير توافر للمخصصات؟ هل حكمه حكم سائر العقود الإدارية؟ المستقر قضاء في العقود الإدارية أن العقد ينعقد ولو من غير اعتماد مالي من وزارة المالية لانعقاد العقد بالإيجاب والقبول. وتجاوز جهة الإدارة هنا في تحصيل الاعتماد هو خطأ مرفقي لا يتحمله المتعاقد مع الإدارة. وهذا الخطأ ليس جزءا من عملية التعاقد[٢]، وهذا ما يظهر من منطوق نظام المعاملات المدنية حيث ينشأ العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي[٣].

والذي يظهر للباحث أن عقد التخصيص ينبغي القول فيه بعدم صحته من غير اعتماد مالي للمشروع إذ إن عقد التخصيص هو تمليك. إما تمليك أصل أو تمليك منفعة، وجهة الإدارة لا تملك هذا الحق. وجهة الإدارة ليست طرفا في الإيجاب والقبول بمفردها في هذا النوع من العقود. بل لابد من موافقة جهات أخر كالمركز الوطني للتخصيص والجهات العليا. وتصحيح العقد بإجراء لاحق واعتماد مالي لاحق مما ينبغي إمعان النظر في آثاره. وهو عقد خطير وآثاره ممتدة. والمتجه أن يفرق بين الإجراءات الشكلية غير الجوهرية وبين الاعتمادات المالية في هذا الشأن[٤]. وأما العقود التي تكون بين الطرف الخاص وطرف آخر

---

(١) انظر المادة الثامنة من نظام التخصيص.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية رقم ٧٩ / أ/٧ ١ القضية رقم ٦٣٨٥/ ١/ ق لعام ١٤٣١ هـ غير منشور، نقلا عن المرجع في العقود الإدارية، حمدي العجمي، مركز البحوث والدراسات معهد الإدارة العامة ١٤٣٩ هـ.

(٣) انظر المادة الحادية والثلاثين من نظام المعاملات المدنية.

(٤) انظر على سبيل المثال: المادة الثامنة من نظام التخصيص، والمادة السبعين والمادة السادسة والثمانين والمادة الرابعة والتسعين من اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص.

في العقد التابع لتسيير أعمال الطرف الخاص فإنه لا يستلزم أخذ الموافقة من وزارة المالية على هذه العقود التابعة. والطرف الخاص مستقل قانونا في إبرام عقوده مع الطرف التابع.

الفرع الثالث: الموافقة على التعاقد:

مسألة الموافقة على التعاقد قد تتداخل ظاهريا مع مسألة تحصيل الاعتماد المالي. والحقيقة أنها تفترق في الأصل عنها. فإن المنظم كان أكثر وضوحا وحزما وقد صرح بالبطلان في مسألة الموافقة على التعاقد وجعلها من اختصاص "الجهة المختصة" -هكذا أسماها- وبين في المادة الثانية من النظام أن الموافقات لها قواعد خاصة وتنظيم خاص. وبينت المادة السادسة عشرة أن الجهة التنفيذية إنما هي ممثل للحكومة في كل ما يرتبط بالعقد وأي عقد خاص. وفي المادة السابعة عشرة صرحت بعدم جواز إبرام عقد التخصيص من أي جهة حكومية دون الحصول على الموافقة من الجهة المختصة وأنه يقع باطلا أي مخالفة لأحكام هذه المادة. إلا أن المنظم أجاز للجهة المختصة تصحيح هذه المخالفة، أي بإصدار الموافقة بشكل لاحق.

والذي يراه الباحث أن الأولى هو عدم إجازة العقد بتصحيح الإجراء وهو الذي يتفق مع المستقر في القضاء الإداري أن تجاوز الاختصاص يعد مخالفة جوهرية تقضي بانعدام القرار الإداري وأنه لا يمكن تصحيحه بحال، والذي يدفع الباحث لهذا القول هو خطورة عقد التخصيص وهو أولى بالإبطال وعدم التصحيح من كثير من القرارات الإدارية. وفيه سد لذريعة أن تتجاوز الجهات الحكومية مسألة أخذ الموافقات على أمل تصحيحها بقرار لاحق من الجهة المختصة. أما الموافقة على التعاقد بين شركة التخصيص والطرف التابع فلا يؤثر على صحة التعاقد إبرامه من غير أخذ موافقة سابقة، فلو تم التعاقد بأركانه وشروطه ألزم الطرف الخاص بمقتضاه ولا يصار فيه إلى الإبطال؛ إذ كلاهما له الأهلية الكاملة للتعاقد وكلاهما يتعاقد باسمه الخاص.

الفرع الرابع: العقود المبرمة مع جهة الإدارة قبل التحول لعقد التخصيص:

صورة هذه المسألة ترد على العقود الإدارية التي تبرم قبل التخصيص ثم يتم تخصيص خدمات الجهة مما يجعل علاقة الطرف المتعاقد لم تعد مع الجهة الإدارية وإنما مع الطرف الخاص تبعا لعقد التخصيص. ففي هذه الحالة يرد التساؤل فيما إذا كان المركز القانوني لهذه العقود ينتقل بطبيعته إلى عقد خاص أم أنه يأخذ الصفة القانونية وقت إبرام العقد.

المستقر في القضاء الإداري أن العبرة بالعقد وقت إبرامه، ولا عبرة بما يطرأ على العقد من تغيرات، فينظر في توافر الصفة الإدارية للعقد حين إبرامه، وقد نبهنا على هذه القاعدة في معايير تمييز العقد الإداري.

لكن المنظم نص على أن العقود القديمة إذا احتيج لتعديلها أو تمديدها أو تجديدها وفقا لاحتياجات نظام التخصيص فإنه ينبغي أن يخضع العقد بعد التمديد أو التجديد أو التعديل لنظام التخصيص وأحكامه.

والحقيقة أن تعبير المنظم يفهم منه أن العقود القديمة تبقى على ما هي عليه من كونها عقدا إداريا إلا أن تمدد أو تعدل أو تجدد ففي هذه الحالات الثلاث تأخذ أحكام نظام التخصيص. وهو تعبير مشكل. فكيف للعقد -ذاته- أن تعدل أطرافه وتغير جوهر الالتزامات فيه ويغير النظام الحاكم الواجب التطبيق ثم بعد ذلك يبقى العقد هو العقد!! وكيف لنا ألا نتوقع أن تتولد عنه آثار قانونية تثقل كاهل جهة الإدارة بالتزامات مالية وقانونية.

ولعل الأولى أن يعبر بأنه إذا رغبت جهة الإدارة بتحويل العقد إلى عقد تخصيص فإنه يجب إنهاء العقد القديم وفقا لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ومن ثم إبرام عقد جديد وفقا لأحكام نظام التخصيص وتبعا لإجراءاته.

الفرع الخامس: أساليب التعاقد:

المنظم السعودي انتحى في العقد الإداري منحى التوسع في اختيار أساليب التعاقد تماشيا مع التجارب الدولية ومواكبة التطورات في أساليب العقود الإدارية والوقوف على احتياجات جهة الإدارة. ولذا فقد نص المنظم على عدة أساليب للتعاقد منها: المنافسة العامة وهي الأسلوب الأصيل للتعاقد الذي لا يجوز الحيدة عنه إلا استثناء في الأساليب الأخرى كالمنافسة المحدودة والاتفاقية الإطارية بنوعيها المفتوحة والمغلقة والشراء المباشر والمزايدة العكسية الإلكترونية والمسابقة وغيرها. وسواء كيفنا عقد التخصيص بأنه عقد إداري أم لا، فإن أساليب التعاقد محكومة بما نص عليه النظام محل التطبيق – نظام التخصيص-.

فنجد المنظم في عقود التخصيص لم ينص إلا على ثلاثة أساليب: وهي المنافسة العامة والمنافسة المحدودة والشراء المباشر[١].

فالسؤال قائم في مناسبة هذه الأساليب الثلاثة للمركز القانوني الجديد لشركة التخصيص.

فعندما عرضت اللائحة بيان إجراءات الطرح والتعاقد لهذه الأساليب أولت المنافسة العامة اهتماما جليا ولم تعرض بوضوح إجراءات الأساليب الأخرى. وجعلت المنافسة العامة هي الأصل؛ إذ إن موضوع عقود التخصيص يتسم بالأهمية الكبيرة وآثاره متعدية لنطاق واسع من المجتمع. وطبيعة العقود المثقلة بالالتزامات الكبيرة التي تنظم المرافق العامة وتقدم الخدمات العامة يجب أن يراعى فيها الاحتياط والحذر.

ولما كانت الأساليب الأخرى كالشراء المباشر والمنافسة المحدودة محاطة بكثير من المخاطر وقد تستغل من أصحاب المصالح قامت القواعد المنظمة للتخصيص ببيان الجهة المختصة بإصدار الموافقات على وثيقة التخصيص حيث جعلت هذا الحق حصريا على مجلس الوزراء[٢] ولا شك أن هذا الحرص في محله ويدل على استيعاب بالغ من المنظم

---

(١) ينظر المادة الخامسة والمادة الثانية عشرة من نظام التخصيص.

(٢) ينظر المادة الثالثة من القواعد المنظمة للتخصيص.

على حساسية مشاريع التخصيص لأنها تستلزم دراسات دقيقة مفصلة قبل الطرح وتأهيلا للمتقدمين بعروضهم، بينما أسلوب الشراء المباشر والمنافسة المحدودة ما هو إلا استثناء من المنافسة العامة ولذا اشترطت الموافقة أن تكون من جهة عليا. والذي نراه أن الاكتفاء بأسلوب المنافسة العامة هو الذي يتوافق مع طبيعة عقود التخصيص من جهة كون المخاطر الناتجة عن استعمال الأساليب الأخرى في عقد التخصيص كبيرة. والمقصود في تعداد أساليب الطرح هو بيان ما يسوغ وما لا يسوغ للمركز من الأساليب، وليس حصر هذه الأساليب. وإيضاح ذلك أن مجلس الوزراء هو جهة تنظيمية وتنفيذية سيادية لا تحصر أعمالها بقواعد ولوائح داخلية، ولها الحق ابتداء باختيار أي أسلوب من أساليب التعاقد وليست محصورة في الثلاث المذكورات. ولذا فالأولى أن تتم صياغة أساليب التعاقد على نحو آخر. وهو بأن يكون الأسلوب الأوحد للمركز هو أسلوب المنافسة العامة، ثم يتم التنصيص على أن لمجلس الوزراء اختيار الأسلوب الأمثل الذي يراه بعد الرفع إليه[1].

(١) يراجع للاستزادة: لائحة المنافسة الصادرة عن هيئة المنافسة التي أصدرت تنظيما يتعلق باستثناء الشركات المملوكة للدولة من نظام المنافسات.

الفرع السادس: تفويض الصلاحيات:

أجاز المنظم تفويض صلاحيات الجهة التنفيذية للطرف الخاص فقد جاء في الفصل الثاني من اللائحة أن للجنة الإشرافية بصفتها الجهة التنفيذية تفويض بعض صلاحياتها ومهماتها إلى مجموعة من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لكن ما يتعلق بنا هنا هو في تفويض الصلاحيات لأي شركة مملوكة للحكومة ذات علاقة بمشروع التخصيص. كما نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة والعشرين. وهذا التفويض حصري لمن فُوِّض، ويمارس الصلاحيات بصفته النيابية وليس مباشرا أصيلا.

ويكمن الإشكال هنا في معرفة صفة القرارات الصادرة عن الشركة المملوكة للدولة والمفوضة بإصداره. والحقيقة أن المنظم لم يصرح بطبيعة القرار هل هو قرار إداري يمكن الطعن عليه بأدوات الطعن المعروفة في القضاء الإداري وأسبابه، أم هو قرار صادر عن شركة بصفتها المدنية التجارية. وهل للمتضرر من القرارات التظلم على الجهة الإدارية مباشرة في ديوان المظالم ومطالبته بالتعويض. فهي قرارات صادرة بموجب صلاحيات أصيلة للجهة الإدارية وقرارات لها الصبغة الإدارية وإن صدرت من شركة التخصيص.

وهذا يدفعنا أن نتجه إلى القول بأن هذا النوع من القرارات ينبغي أن يخضع لأحكام ومبادئ القضاء الإداري ولا يعطى الخصوصية التي ينالها الطرف الخاص بموجب عقد التخصيص، ويجوز المطالبة بالإلغاء أو التعويض فيه على النحو المقرر في القضاء الكامل وقضاء التعويض وفقا لأحكام القضاء الإداري ومبادئه، وللمتضرر مطالبة جهة الإدارة مباشرة من هذه القرارات. ومما يقوي هذا أن التفويض صادر من الجهة التنفيذية. أما ما يتعلق بالاستعانة بالخبراء والفنيين في آرائهم الفنية والاستشارية فقد بين المنظم أنه لا يعد تفويضا.

الفرع السابع: طبيعة نقل الملكية للبنى التحتية في مشروع التخصيص:

نص نظام التخصيص في المادة الأولى منه على أن "نقل ملكية الأصول" هو: (ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمات العامة ينتج عنه نقل ملكية أي من الأصول من أي جهة حكومية إلى الطرف الخاص). ولا معنى يتبادر للأذهان من نقل الملكية إلا البيع.

ونقل الملكية يقتضي منع التصرف والاستغلال والاستعمال للعين كما هو معلوم ومقرر في حق الملكية. وهذا المعنى وإن كان في ظاهره منطبقاً على صور نقل الملكية في العقود المدنية والتجارية إلا أنه لا يصح في هذا الباب وذلك لسببين:

الأول: أن نقل الملكية في عقد التخصيص من القطاع العام إلى القطاع الخاص لا يغير من طبيعة المالك الفعلي وهو الدولة. ولذا فإنه لا يكيف على أنه بيع. والذي تغير إنما هو المركز القانوني لوكيل السلطة في التصرف والاستغلال والاستعمال على هذه العين. فشركة التخصيص لا بد أن تكون مملوكة للدولة. وعليه فإن التغير الحاصل عن نقل الملكية بين القطاع العام إلى القطاع الخاص يقف أثره عند حدود الصلاحيات والالتزامات المخولة للطرف الخاص بالقيام بها في الأصول المنقولة ملكيتها. ومن آثار ذلك أنه لا حاجة إذا رغبت جهة الإدارة في استرجاع العين لعهدتها أن تعمد إلى أنظمة نزع العقارات. وإنما يصار إلى ذلك بمجرد القرار الإداري من السلطة المخولة بموجب نظام التخصيص وبفسخ عقد التخصيص. والفرق بين الاثنين ظاهر وكبير. وأما الشركات التي تملك الدولة حصة فيها أكثر من ٥٠٪ وقد أنشئت لأغراض مشاريع التخصيص فإنها لا تدخل في هذه الصورة. وذلك أن المنظم حصر نقل ملكية الأصول على الشركات التي تملكها الدولة بالكامل.

فجاء في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص في أغراض ونطاق تطبيق نظام التخصيص: "الشركات التي تملكها الحكومة بالكامل وكان تأسيسها متضمناً نقل ملكية أصول بنى تحتية عامة إليها من الحكومة"

الثاني: لو سلمنا جدلا بأن نقل الملكية هنا هو بيع فإنه بيع معلق على شرط بما تقتضيه وثائق التخصيص وعقد التخصيص. ومن شواهد ذلك في عقود البيع الحكومية أن القضاء

الإداري قد قضى باعتبار بيع الدولة الأراضي المخصصة لإقامة مرافق عامة بيعا معلقا على شرط لا ينفذ العقد إلا بتحققه [١] وإلا جاز الفسخ.

ولذا فإن التعبير بـ"نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص" قد يلبس على القارئ بأنه تمليك للأصل لغير الدولة. والحقيقة لا تعدو أن تكون نقلا للتصرف في الأصول من الجهة الإدارية إلى الشركة المملوكة للدولة بصفتها غير ذات سلطة.

(١) ينظر مدونة السوابق القضائية للحكم القضائي الصادر في عام ١٤٠٧ من المجلد ١٢ ص(٢١٨) وينظر ص (٢٨٦) من باب العقد من المدونة (لم أقف على رقم للقضية)

الفرع الثامن: الجهات الرقابية:

الجهات الرقابية لا يتأثر دورها الرقابي سلبا بتغير مركز الجهة التي تم عليها عقد التخصيص

فقد جاء في المادة السادسة والعشرين: يتعّين على الطرف الخاص توفير كافة المعلومات والوثائق والتقارير التي تتيح للجهة التنفيذية ممارسة رقابتها على تنفيذ العقد -أو العقد التابع- وتمكين ممثلي الجهة التنفيذية المفوضين من القيام بما تتطلبه مراقبة العقد من مهمات، وُيحّدد العقد -أو العقد التابع- الضوابط والشروط المتعلقة بذلك.(

وجاء في لائحة رقابة ديوان المراقبة العام على المؤسسات الخاصة والشركات التي تسهم الدولة في رأسمالها أو تضمن لها حدا أدنى من الأرباح (لائحة رقابة الديوان العام للمحاسبة) في المادة الثانية منه: (تستهدف رقابة الديوان على المؤسسات الخاصة والشركات التي تسهم فيها الحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة بما لا يقل عن ٢٥٪ من رأسمالها التحقق من أنها تقوم بتطبيق الأنظمة واللوائح المالية والحسابية التي تخضع لها وفقا لأنظمتها الخاصة تطبيقاً كاملاً وأنه ليس في تصرفاتها المالية ما يتعارض مع تلك الأنظمة واللوائح).

وكذلك تختص هيئة الرقابة ومكافحة الفساد بالرقابة والتحقيق على هذه الجهات إذا وجد هناك فساد مالي أو إداري أو مالي كالرشاوى والاحتيال المالي وغسل الأموال والتلاعب بالبيانات المالية، وغير ذلك[١].

ما سبق هو من قبيل الرقابة على الشخصية المعنوية وهي شركة التخصيص، ويشمل تطبيقه الشخصية الطبيعية -أي العمال أو الموظفين- فإنهم مشمولون في الجانب الجزائي بكافة الأنظمة الجزائية في حال ارتكاب جريمة متعلقة بالفساد المالي أو الإداري. أما في جانب الأخطاء الإدارية فإن العامل غير مشمول بنظام الانضباط الوظيفي ولا مدونة قواعد

(١) ينظر نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٥) وتاريخ: ٢٣/ ١/ ١٤٤٦ هـ

السلوك الوظيفي ولا المواد المتعلقة بالتأديب في نظام الخدمة المدنية مع حساسية عمل شركات التخصيص وإنما يتم التعامل معهم بموجب المادة الثمانين من نظام العمل[١].

والذي يراه الباحث سد الفجوة بلائحة مشابهة للائحة تنظيم سلوكيات وأخلاقيات القائمين على تطبيق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٣٧ وتاريخ ٢١/ ٨/ ١٤٤١ هـ تكون خاصة بالعمال السعوديين الذين يشغلون أعمالا متعلقة بالتخصيص على أن يتم تضمينها مواد تتعلق بالعقوبات التأديبية مشابهة لما في نظام الانضباط الوظيفي.

(١) ينظر المادة الثمانون من نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥١ وتاريخ ٢٣ / ٨ / ١٤٢٦

الفرع التاسع: طبيعة عقود الموظفين في شركات التخصيص:

جاء في المادة الثانية والخمسين من اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص التوصية بأن تعد وثيقة التخصيص من قبل فريق العمل في مشروع التخصيص دراسة تفصيلية على أن تتضمن الدراسة الآثار الوظيفية للموظفين الحكوميين المتأثرين بالتخصيص فنصت على ما يلي "دراسة الآثار الوظيفية لمشروع التخصيص على الموظفين الحكوميين الحاليين ذوي الصلة بالمشروع وبما يتوافق مع الأحكام النظامية ذات العلاقة المعمول بها، وتحديد المتطلبات النظامية والإجراءات الواجب تنفيذها ذات الصلة بالموظفين الحكوميين".

ولا يخفى أن الآثار منها ما هو ثابت في جميع مشاريع التخصيص ومنها ما هو متغير بحسب حجم مشروع التخصيص ونوعه، وقد يكون الأولى أن يقوم المركز بوضع ضمانات ومعايير عامة يخضع لها الطرف الخاص في تعامله مع الموظفين بدلا من ترحيل دراسة الآثار لوثيقة مشروع التخصيص بالكلية، وتكون هذه الضمانات والمعايير حاضرة في مشروع الوثيقة.

ولا يخفى أن خضوع الموظفين في عقود التخصيص لنظام العمل مباشرة يعد تحولا مفاجئا في مركز قانوني له أهمية كبيرة قد تؤثر في تحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي والتنموي إيجابا أو سلبا إذا لم تقم الجهة بوضع ضمانات تمنع من تعسف الطرف الخاص.

الفرع العاشر: الاختصاص القضائي والنظام الحاكم:

مع أن نظام التخصيص ولائحته التنفيذية يعدان تفصيليين من جهة تناولهما دقائق وتفصيلات المسائل إلا أن العين لا تكاد تخطئ أن ما يتعلق بالاختصاص القضائي وترتيباته وأحكامه ليست حاضرة بجلاء في هذا النظام، بل ولا أحكام التظلم عدا ما ورد في المادة التاسعة والثلاثين من نظام التخصيص من تشكيل لجنة للتظلمات المقدمة ضد طرح مشاريع التخصيص والترسية.

والذي يراه الباحث أن ثمت حاجة لوضع قواعد قانونية تنظم أحكام الاختصاص القضائي أكثر تفصيلا ومن ذلك الاختصاص في العقد التابع لشركة التخصيص مع الشركة الطرف والاختصاص في عقد الموظفين والعمال مع شركات التخصيص والحالات التي يكون للمحكمة الإدارية فيها اختصاص أصيل خصوصا في حالات تفويض الجهة التنفيذية صلاحياتها لأحد المفوضين بموجب ٢٤ من اللائحة التنفيذية. والحالات التي يكون الاختصاص فيها للمحكمة التجارية.

وقد أجاز قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٣٦ وتاريخ ٣/ ٨/ ١٤٤٢ هـ اللجوء إلى التحكيم في عقود التخصيص؛ فقد نص على أنه "يجوز الاتفاق على فض المنازعات الناشئة عن عقد التخصيص، أو أي عقود تابعة له من خلال التحكيم -سواء داخل المملكة أو خارجها- وفق قواعد يصدرها مجلس إدارة المركز الوطني للتخصيص، على أن تتضمن القواعد تحديد النظام (القانون) واجب التطبيق سواء أجري التحكيم داخل المملكة أو خارجها".

الخاتمة:

بعد حمد الله على التمام، يتضح لنا أن تحديد المركز القانوني للطرف الخاص في نظام التخصيص السعودي يعد خطوة محورية لتحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية بين القطاعين العام والخاص ولتقليص مساحة النزاعات. وهذا الأمر لا يقف أثره في حدود أطراف العقد، بل يتعدى ذلك ليؤثر في الجوانب المتعلقة بالرقابة، والاختصاص القضائي، ونوع المسؤولية، وتوزيع المخاطر، والموظفين والعمال في مشاريع التخصيص، وقد خلص البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

- إرادة المنظم الأولية في عقود التخصيص تتجلى في جعل مركز الطرف الخاص "شركةً". إذ السياسة العامة من تخصيص الأصول والبنى التحتية هو تحقيق مجموعة من المكتسبات من خلال رفع الامتياز الممنوح لأعمال الإدارة وإلا فلا معنى لعملية التخصيص. والتخصيص كما هو من لفظه إخراج لأعمال الإدارة من القانون العام إلى القانون الخاص. ولكن هذا الأصل محاط باستثناءات عدة من جهة الأنظمة الحاكمة والاختصاص القضائي وطبيعة بعض العقود التي يبرمها الطرف الخاص.
- الذي يظهر للباحث أن المركز القانوني لعقود التخصيص هو مركز خاص يقف في منزلة بين المنزلتين بين عقود الإدارة والعقود المدنية والتجارية التي تحكم أطراف القانون الخاص. ولكونها ذات طبيعة خاصة فإن العقود المتعلقة بمشاريع التخصيص تختلف في نوعها ودرجتها ولا يصح الحكم على عقود التخصيص جميعا بحكم واحد.
- الأصل في عقود التخصيص أن الحاكم فيها هو العقد وهو الأساس في تحديد حقوق المتعاقدين والتزاماتهم. وليس الطبيعة الإدارية كما هو في سائر العقود التي تبرمها جهة الإدارة.
- التفريق بين عقود التخصيص التي تأتي تأجيرا للأصول أو تشييدا لها بقصد استغلال واستثمار الأصول والمرافق والخدمات لتحقيق العائد المادي، وبين تلك العقود التي تأتي لتسيير مرفق عام. فالعقود الاستثمارية التي تأتي لتطوير البنى التحتية وتشييد الأصول بغرض الاستثمار ترجح فيها طبيعة عقود القانون الخاص. بينما العقود التي تتولى

بموجبها شركات التخصيص تسيير المرفق العام وتقديم الخدمات العامة فإن علاقة الأفراد المستفيدين من الخدمات بشركات التخصيص ينبغي أن تراعى. فينبغي أن تعامل معاملة جهةِ الإدارة فيما ينتج عن تصرفاتها من أخطاء في مواجهة الخدمات التي تمس الصالح العام والخدمات العامة المقدمة للعموم.

- الذي انتهى له الباحث في الاشتراطات والالتزامات التي تفرضها شركة التخصيص في مواجهة الأفراد فيما لم يُمكِّن فيه المنظمُ شركةَ التخصيص بنص نظامي؛ أنه ينبغي التعامل معها على أنها شروط إذعانية وفقا لما ورد في نظام المعاملات المدنية، فتفسر الشروط الإذعانية لصالح الطرف المذعِن إن كان فيها إجحافا أو استغلالا لمركز الشركة.

- عقد الطرف الخاص مع الطرف الثالث التابع هو عقد خاص وهو محكوم ببنود العقد المبرم. ولا يستلزم لانعقاد العقد بين الطرف الخاص وطرفٍ آخر في العقد التابع أخذ الموافقة من وزارة المالية في العقود التي تكون لتسيير أعمال الطرف الخاص، فالطرف الخاص مستقل قانونا في إبرام عقوده مع الطرف التابع.

- الذي يظهر للباحث أن عقد التخصيص ينبغي القول فيه بعدم صحته من غير اعتماد مالي للمشروع. ولا ينبغي تصحيحه بإجراء لاحق.

- جوز المنظم إجازة عقد التخصيص بتصحيح الإجراء إذا تم من غير أخذ الموافقات الأولية. والذي يظهر للباحث أن عيب الاختصاص يعد مخالفة جوهرية تقضي بانعدام القرار الإداري. والذي يدفع إلى هذا القول هو خطورة عقد التخصيص وهو أولى بالإبطال وعدم التصحيح من كثير من القرارات الإدارية، وفيه سد لذريعة أن تتجاوز الجهات الحكومية مسألة أخذ الموافقات على أمل تصحيحها بقرار لاحق من الجهة المختصة.

- لعل الأولى في العقود المبرمة مع جهة الإدارة قبل التحول لعقد التخصيص ألا يعبر المنظم بخضوعها لنظام التخصيص بمجرد التعديل أو التجديد أو التمديد لكونه مشكلا. بل إذا رغبت جهة الإدارة بتحويل أعمال مرفق عام إلى مشروع تخصيص فإنه يجب إنهاء العقد القديم وفقا لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ومن ثم إبرام عقد جديد وفقا لأحكام نظام التخصيص وتبعا لإجراءاته.

- ما ينظم أساليب التعاقد في علاقة الطرف الخاص مع الطرف التابع لم يحفه النظام بأحكام. بل ذهب إلى أبعد من ذلك فقد جعلها غير محكومة بأحكام النظام أصالة. والذي يراه الباحث هو الحاجة لأن تحكم بالمبادئ العامة للعقود الإدارية التي تقتضي النزاهة والشفافية وتكافؤ الفرص وحفظ المال العام.

- أجاز المنظم تفويض صلاحيات الجهة التنفيذية للطرف الخاص والمنظم لم يصرح بطبيعة القرار المستند على التفويض. والذي يترجح أن هذا النوع من القرارات يخضع لأحكام ومبادئ القضاء الإداري ولا يعطى الخصوصية التي ينالها الطرف الخاص بموجب عقد التخصيص. وهي مسألة جديرة بمزيد من التأمل والدراسة وجدير بالمنظم أن يبين طبيعة هذه القرارات.

التوصيات:

- الحاجة لوضع أحكام وآليات لتعويض الطرف التابع في عقوده مع الطرف الخاص إذا تدخلت جهة الإدارة بقرارات تؤثر على الطرف الخاص في تعاقداتها.

- يرى الباحث الحاجة لأن يوضح المنظم بنص نظامي أو لائحي طبيعة القرارات الصادرة عن الطرف الخاص ومدى تمتعها بامتيازات السلطة، خصوصا ما يتعلق بالتفويض. وكذلك أن تكون ثمة نصوص تفرق بين طبيعة عقود التخصيص المتعلقة بتشغيل وتسيير مرفق عام، وبين تلك التي تأتي استثمارا للأصول والبنى التحتية.

- الاكتفاء بأسلوب المنافسة العامة في عقود التخصيص، وهو الذي يتوافق مع طبيعة عقود التخصيص من جهة كون المخاطر الناتجة عن استعمال الأساليب الأخرى في عقد التخصيص كبيرة.

- الحاجة لسد الفجوة بلائحة مشابهة للائحة تنظيم سلوكيات وأخلاقيات القائمين على تطبيق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٣٧ وتاريخ ١٤٤١/٨/٢١ هـ وتكون خاصة بالعمال السعوديين الذين يشغلون أعمالا متعلقة بمشاريع التخصيص على أن يتم تضمينها مواد تتعلق بالعقوبات التأديبية مشابهة في مضامينها العامة لما في نظام الانضباط الوظيفي.

- التوصية بأن يقوم المركز بوضع ضمانات ومعايير عامة يخضع لها الطرف الخاص في تعامله مع الموظفين بدلا من ترحيل دراسة الآثار لوثيقة مشروع التخصيص بالكلية، وتكون هذه الضمانات والمعايير حاضرة في مشروع الوثيقة.
- التوصية بأن يبين المنظم طبيعة القرارات والأعمال التي يقوم بها الطرف الخاص بموجب التفويض الصادر له من جهة الإدارة بالقيام بالأعمال واتخاذ القرارات نيابة عنه.
- التوصية بوضع قواعد قانونية تنظم أحكام الاختصاص القضائي أكثر تفصيلا ومن ذلك الاختصاص في العقد التابع لشركة التخصيص مع الشركة الطرف، وقواعد الاختصاص في عقد الموظفين والعمال مع شركات التخصيص والحالات التي تكون للمحكمة الإدارية فيها اختصاص أصيل خصوصا في حالات تفويض الجهة التنفيذية صلاحياتها للطرف الخاص.

والله أعلم وأحكم، وصل اللهم وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس المصادر والمراجع

١. الأسس العامة للعقود الإدارية، د. عبد العزيز خليفة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥

٢. العقود الإدارية، ماجد بن راغب الحلو، دار الجامعة الجديدة

٣. العقود الإدارية في النظام السعودي، د. أحمد بن محمد العجمي، دار الإجادة، ١٤٤٢هـ

٤. العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، د. سالم بن صالح المطوع، ١٤٤١

٥. القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة، د. عبد الله الوهيبي، الطبعة الثانية، ١٤٢٩ هـ، مكتبة جرير

٦. الكليات، لأبي البقاء أيوب الكفوي الحنفي، تحقيق عدنان درويش- محمد المصري- مؤسسة الرسالة- بيروت

٧. المبدع في شرح المقنع، برهان الدين ابن مفلح، دار الكتب العلمية

٨. المدخل لدراسة الأنظمة، د. علي الصالحي، ود. مجدي المرعشي، دار طيبة الخضراء

٩. المرجع في العقود الإدارية، حمدي العجمي، مركز البحوث والدراسات معهد الإدارة العامة ١٤٣٩ هـ

١٠. المغني، ابن قدامة، مؤسسة الرسالة

١١. النظرية العامة للقانون، د. سمير تناغو، منشأة المعارف، ١٩٩٥

١٢. النظرية العامة للقرارات الإدارية، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي

١٣. الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي، محمد أحمد العجمي، دار الإجادة

١٤. سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، علي مصبح الحيصة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط

١٥. مختار الصحاح، لأبي عبد الله محمد الرازي (ت ٦٦٦هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م

١٦. معجم اللغة العربية المعاصرة

١٧. نظرة عامة على قضية الخصخصة: مفهوم وطرق الخصخصة، أحمد عبد الوهاب، ٢٠١٤، المركز المصري لدراسات السياسات العامة

الأنظمة واللوائح:

١٨. القواعد المنظمة للتخصيص الصادرة عن المركز الوطني للتخصيص

١٩. نظام التخصيص الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦٣) وتاريخ: ٥/ ٨/ ١٤٤٢هـ

٢٠. اللائحة التنفيذية لنظام التخصيص

٢١. نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣ هـ

٢٢. نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٣٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ

٢٣. القواعد المنظمة للتخصيص

٢٤. لائحة تنظيم سلوكيات وأخلاقيات القائمين على تطبيق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٣٧ وتاريخ ٢١/ ٨/ ١٤٤١ هـ

٢٥. نظام العمل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥١ وتاريخ ٢٣ / ٨ / ١٤٢٦

٢٦. نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٥) وتاريخ ١٤٤٦/ ١/ ٢٣هـ

٢٧. لائحة رقابة ديوان المراقبة العام على المؤسسات الخاصة والشركات التي تساهم الدولة في رأسمالها أو تضمن لها حدا أدنى من الأرباح (لائحة رقابة الديوان العام للمحاسبة)

الروابط:

٢٨. برنامج التخصيص ضمن رؤية السعودية ٢٠٣٠

رابط البرنامج:

https://www.vision2030.gov.sa/ar/vision-2030/vrp/privatization-program/

٢٩. مدونة السوابق القضائية

رابط المدونة

https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/8af67ec1-6776-4f67-abb4-ad0900eadf2f/1

٣٠. الاستراتيجية الوطنية للتخصيص:

https://www.vision2030.gov.sa/ar/vision-2030/vrp/privatization-program/

References:

• al'usus alama lileuqud al'iidaria, du. eabd aleaziz khalifata, dar alkutub alqanuniati, 2005
• aleuqud al'iidariati, majid bin raghib alhulu, dar aljamieat aljadida
• aleuqud al'iidariat fi alnizam alsueudii, du. 'ahmad bin muhamad aleajmii, dar al'iijadati, 1442hi
• aleuqud al'iidariat fi daw' nizam almunafasat walmushtarayat alhukumiati, du. salim bin salih almutawiea, 1441
• alqawaeid almunazimat lileuqud al'iidariat watatbiqatuha fi almamlakati, du. eabd allh alwuhibi, altabeat althaaniatu, 1429 ha, maktabat jarir
• alkilyati, li'abi albaqa' 'ayuwb alkafawi alhanafii, tahqiq eadnan darwish- muhamad almasri- muasasat alrisalati- bayrut
• almubdie fi sharh almuqanaea, burhan aldiyn abn muflihi, dar alkutub aleilmia
• almadkhal lidirasat al'anzimati, di. ealii alsaalihi, wada. majdi almareashi, dar tibat alkhadra'
• almarjie fi aleuqud al'iidariati, hamdi aleajami, markaz albuhuth waldirasat maehad al'iidarat aleamat 1439 hu
• almighni, abn qudamatin, muasasat alrisala
• alnazariat aleamat lilqanuni, du. samir tanaghu, munsha'at almaearifi, 1995
• alnazariat aleamat lilqararat al'iidariati, du. sulayman altamawi, dar alfikr alearabii
• alwjiz fi aleuqud al'iidariat fi alnizam alsueudii, muhamad 'ahmad aleajamii, dar al'iijada
• sultat alqadi fi taedil madmun eaqd al'iidheani, eali misbah alhaysat, risalat majistir, jamieat alsharq al'awsat
• mukhtar alsahahi, li'abi eabd allah muhamad alraazi (t 666hi), tahqiqu: yusif alshaykh muhamadu, almaktabat aleasriat - aldaar alnamudhajiatu, bayrut, altabeat alkhamisati, 1420h / 1999m
• muejam allughat alearabiat almueasira
• nazrat eamat ealaa qadiat alkhaskhasati: mafhum waturuq alkhaskhasati, 'ahmad eabd alwahaabi, 2014, almarkaz almisrii lidirasat alsiyasat aleama

al'anzima wallawayih:

• alqawaeid almunazimat liltakhsis alsaadirat ean almarkaz alwatanii liltakhsis

• nizam altakhsis alsaadir bialmarsum almalakii raqm (m/63) watarikhi: 5/ 8/1442hi

• allaayihat altanfidhiat linizam altakhsis

• nizam alsharikat alsaadir bialmarsum almalakii raqm (m/132) watarikh 1/ 12/ 1443 hu

• nizam almueamalat almadaniat alsaadir bialmarsum almalakii raqm (m/191) watarikh 39/ 11/ 1444hi

• alqawaeid almunazimat liltakhsis

• layihat tanzim sulukiaat wa'akhlaqiaat alqayimin ealaa tatbiq nizam almunafasat walmushtarayat alhukumiat walayihatih altanfidhiat alsaadir biqarar majlis alwuzara' raqm 537 watarikh 21/8/1441 hu

• nizam aleamal alsaadir bialmarsum almalakii raqm ma/51 watarikh 23 / 8 / 1426

• nizam hayyat alraqabat wamukafahat alfasad alsaadir bialmarsum almalakii raqm (m/25) watarikh 1446/1/23hi

• layihat raqabat diwan almuraqabat aleami ealaa almuasasat alkhasat walsharikat alati tusahim aldawlat fi rasimaliha 'aw tadaman laha hadana 'adnaa min al'arbah (layihat raqabat aldiywan aleami lilmuhasabati)

alrawabit:

• barnamaj altakhsis dimn ruyat alsueudiat 2030
rabit albarnamaj:
https://www.vision2030.gov.sa/ar/vision-2030/vrp/privatization-program/

• mdunat alsawabiq alqadayiya
rabit almudawana
https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/8af67ec1-6776-4f67-abb4-ad0900eadf2f/1

• alastiratijia alwatania liltakhsis:
https://www.vision2030.gov.sa/ar/vision-2030/vrp/privatization-program/

فهـــرس الموضوعـــات

الموضـــــوع الصفحة

المقدمة ١٧١٥

مشكلة البحث: ١٧١٧

أسئلة البحث: ١٧١٧

أهداف البحث: ١٧١٧

أهمية البحث: ١٧١٨

منهجية البحث: ١٧١٨

حدود البحث: ١٧١٨

الدراسات السابقة: ١٧١٩

قائمة المحتويات: ١٧١٩

المبحث التمهيدي ١٧٢١

المطلب الأول: التعريف بالمركز القانوني: ١٧٢٢

المطلب الثاني: ماهية الطرف الخاص. ١٧٢٤

المبحث الأول الطبيعة القانونية للعقود الإدارية ١٧٢٧

المطلب الأول: أن تكون الجهة الإدارية طرفًا في العقد: ١٧٣١

المطلب الثاني: ارتباط العقد بمرفق عام ١٧٣٣

المطلب الثالث: تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية: ١٧٣٤

المبحث الثاني: امتياز عقد التخصيص عن العقد الإداري ١٧٣٥

المطلب الأول: كون الإدارة طرفًا في عقد التخصيص: ١٧٣٦

المطلب الثاني: كون عقد التخصيص يأتي لخدمة مرفق عام ١٧٤٠

المطلب الثالث: كون عقود التخصيص تحوي شروطا استثنائية: ١٧٤٢

المبحث الثالث: تحليل الآثار الناتجة عن تحديد المركز القانوني لعقود التخصيص ١٧٤٤

المطلب الأول: تحليل معايير تمييز العقد الإداري على عقد التخصيص ١٧٤٥

المطلب الثاني: بيان آثار تحديد المركز القانوني للطرف الخاص: ١٧٤٧

الفرع الأول: التفرقة بين أنواع العقود بحسب محلها: ١٧٤٧

الفرع الثاني: الاعتماد المالي: ١٧٤٨

الفرع الثالث: الموافقة على التعاقد: ١٧٥٠

الفرع الرابع: العقود المبرمة مع جهة الإدارة قبل التحول لعقد التخصيص: ١٧٥١
الفرع الخامس: أساليب التعاقد: ١٧٥٢
الفرع السادس: تفويض الصلاحيات: ١٧٥٤
الفرع السابع: طبيعة نقل الملكية للبنى التحتية في مشروع التخصيص: ١٧٥٥
الفرع الثامن: الجهات الرقابية: ١٧٥٧
الفرع التاسع: طبيعة عقود الموظفين في شركات التخصيص: ١٧٥٩
الفرع العاشر: الاختصاص القضائي والنظام الحاكم: ١٧٦٠
الخاتمة: ١٧٦١
النتائج: ١٧٦١
التوصيات: ١٧٦٣
فهرس المصادر والمراجع ١٧٦٥
REFERENCES: ١٧٦٨
فهـــرس الموضوعـــات ١٧٧٠