عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
في إطار نظام التخصيص السعودي
(دراسة تحليلية مقارنة)

د. محمد بن عبدالله بن عبدالرحمن الشبرمي

أستاذ القانون التجاري المساعد بقسم الأنظمة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة القصيم

alshubrumi@qu.edu.sa

(ISSN: 2537- 0758)

عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
في إطار نظام التخصيص السعودي
(دراسة تحليلية مقارنة)

د. محمد بن عبدالله بن عبدالرحمن الشبرمي

الملخص:

حظي موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأهمية كبيرة خاصة في الآونة الأخيرة، نظراً لما يمثله هذا الموضوع من أنه يعد أحد المداخل المهمة المطروحة على الساحة لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية، والتي تعد من الركائز التي تعتمد عليها الدول– خاصة الدول النامية– في رسم وتنفيذ خطط التنمية المستدامة، ولأنها تحفز النمو الاقتصادي، وتحل مشكلة من المشكلات الكبيرة التي تواجهها تلك الدول وهى مشكلة إيجاد التمويل اللازم لتنفيذ تلك المشروعات خاصة مع وجود العجز الدائم والمستمر في موازناتها والذي تعاني منه تلك الدول.

ومع هذه الأهمية فإن مشروعات البنية الأساسية لا تقتصر فقط على الشق الاقتصادي بل هناك شقاً آخر لا يقل عنه أهمية ألا وهو البعد الاجتماعي الذي ينتج عند تحديد أسعار خدمات تلك المشروعات التي تنفذ عن طريق القطاع الخاص، الأمر الذي يحتم على الدول أن تدقق جيداً عند إبرام هذه العقود وأن ترسم الخطوط الفاصلة التي تضمن بها أن تكون الشراكة أداة من الأدوات التي تساعدها في تنفيذ خططها وليس عقبة من العقبات التي تقف في طريق تحقيق تلك التنمية، ولذا جاءت تلك الدراسة لتلفت النظر وتسلط الضوء على هذه النقطة المهمة التي يجب أخذها في الاعتبار عند إبرام تلك العقود، ولا تكون كمثيلاتها من العقود الأخرى التي انخدعت بها بعض الدول وتولدت عنها آثاراً سيئة مازالت أغلب تلك الدول تعاني منها حتى الآن، وكيف أن الالتزام بهذه الضوابط تستطيع بها الدول أن تحقق ما تصبو إليه من تحقيق لخطط التنمية المستدامة.

الكلمات المفتاحية: نظام التخصيص، التخصيص، عقد الشراكة، القطاع العام، القطاع الخاص.

A Partnership Contract Between The Public and Private Sectors within The Framework of The Saudi Privatization Law (Comparative Analytical Study)

Dr. Mohammed Abdullah A Alshubrumi
Assistant Professor of Commercial Law- Law Department- College of Sharia and Islamic Studies- Qassim University

Abstract:

Public-private partnerships (PPP) Receive the subject sectors, a large private in the last term importance, given what this subject it is one of the entrances task at hand on the scene for the implementation of infrastructure projects, which is one of the pillars upon which– Developing countries– in the formulation and implementation of plans sustainable development, but it stimulates economic growth, and solve the problem of the big problems faced by these countries, a problem finding the necessary funding for the implementation of those projects, especially with the presence of the continuing deficit in their balance sheets and experienced by those countries.

With this importance, the infrastructure projects nor only limited to the economic aspect, but there are rip another no less important, namely the social dimension that results when determining those projects which are carried out by private sector services prices, which makes it imperative for States to scrutinize well when concluding these contacts and draw lines that guarantee them that the partnership be a tool of tools to help in the implementation of their plans and not the obstacle of obstacles that stand in the way of such development.

And so came the study to draw attention and shed light on this important point which must be taken into account when entering into these contracts, be like other from other contracts that deceived by some countries and generated by the bad effects and still the majority of those countries suffers from today, and how compliance with these controls States can achieve the aspirations of the achievement of sustainable development plans.

keywords: Privatization Law, Privatization, Partnership Contract, Public Sector, Private Sector.

(ISSN: 2537- 0758)

عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص
في إطار نظام التخصيص السعودي[١]

مقدمة البحث:

نتيجة للعولمة وآثارها، وخاصة من الناحية الاقتصادية اتجهت أغلب دول العالم إلى تطبيق الاقتصاد الحر، والتخلي عن الاقتصاد الاشتراكي أو الاقتصاد الموجه. وقد انعكس ذلك على التنظيم القانوني للمجتمعات المختلفة ومنها المملكة العربية السعودية، لأن القانون (النظام) يعد انعكاساً للنواحي الاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع فضلاً عن التقاليد الاجتماعية والدينية. ومن الموضوعات التي تأثرت بشكل واضح بظاهرة العولمة فكرة العقد عموماً والعقد الإداري بصفة خاصة، وبدأت تظهر أنماط جديدة من العقود منها عقود البوت BOT، ثم حدثت طفرة كبيرة في قطاعات التشييد لمشروعات الدولة للبنية الأساسية مما جعل التفكير يتجه نحو تطوير عقود الالتزام وعقود البوت وإيجاد صورة جديدة لم تألفها عقود التزام المرافق العامة من قبل وهي عقود الشراكة بين القطاعين الخاص والعام والتي يطلق عليها P.P.P وهى اختصار للعبارة Public Private Partnerships.

وذلك بقيام القطاع الخاص بتمويل الإنشاءات والتجهيزات العامة في مجال البنية الأساسية والخدمات بما يخفف عن كاهل الخزانة العامة لأن المتعاقد سيحصل على حقوقه المالية موزعة على مدة العقد، وقد يحصل على حقوقه من المنتفعين بالخدمات. ولم يكن المنظم السعودي بمنعزل عن الاتجاهات الدولية في مجال العقود فتدخل بإصدار نظام التخصيص بما يتفق وأحدث الاتجاهات الدولية وأباح التحكيم فيه.

ثم خطا الخطوة الوثابة بتضمين نظام التخصيص بتنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال بعض نصوص المواد الواردة بنظام التخصيص.

أهمية البحث:

يعد أحد المداخل المهمة المطروحة على الساحة لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية،

---

[١] يراعى أن نظام التخصيص صدر بموجب المرسوم الملكي رقم (م٦٣) وتاريخ ١٤٤٢/٨/٥هـ الموافق ٢٠٢١/٣/١٨.

وتنص المادة (الخامسة والأربعون) على أن: "يلغي النظام كل ما يتعارض معه من أحكام، ويعمل به بعد مضى (مائة وعشرون) يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية". وهو الأمر الذي يعني أن العمل بهذا النظام أصبح سارياً.

والتي تعد من الركائز التي تعتمد عليها الدول– خاصة الدول النامية– في رسم وتنفيذ خطط التنمية المستدامة، ولأنها تحفز النمو الاقتصادي، وتحل مشكلة من المشكلات الكبيرة التي تواجهها تلك الدول وهي مشكلة إيجاد التمويل اللازم لتنفيذ تلك المشروعات خاصة مع وجود العجز الدائم والمستمر في موازناتها والذي تعاني منه تلك الدول.

منهج البحث:

يقوم هذا البحث على منهج التحليل والتأصيل لنصوص نظام التخصيص والتعقيب إن كان له مقتضى، كما أنه لم يغفل الباحث اتباع المنهج المقارن لمزيد من الإيضاح وإثراء البحث من المنظور القانوني.

إشكالية البحث:

- ما مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟
- ما الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار نظام التخصيص؟
- ما مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

خطة البحث:

ونظراً لأهمية موضوع الشراكة ولحداثته في إطار نظام التخصيص، يكون من المفيد تناول موضوع البحث من خلال مبحثين، ثم ينتهي البحث بخاتمة تشمل النتائج والتوصيات على ما يأتي:

المبحث الأول: ماهية عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي وطبيعته القانونية.

المطلب الأول: مفهوم عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي.

الفرع الأول: مفهوم عقد المشاركة في إطار القانون المصري.

الفرع الثاني: مفهوم عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي.

المبحث الثاني: مدة عقد الشراكة وتمديده وتجديده وإنهائه.

المطلب الأول: مدة عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي.

الفرع الأول: مدة عقد الشراكة في إطار القانون المصري.

الفرع الثاني: مدة عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي.

(ISSN: 2537- 0758)

المطلب الثاني: تمديد أو تجديد عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي.

الفرع الأول: تمديد أو تجديد عقد الشراكة في إطار القانون المصري.

الفرع الثاني: تمديد أو تجديد عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي.

المطلب الثالث: إنهاء عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي.

الفرع الأول: إنهاء عقد الشراكة في إطار القانون المصري.

الفرع الثاني: إنهاء عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

المراجع

المبحث الأول
ماهية عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي وطبيعته القانونية

يتم تناول موضوع هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول
مفهوم عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي

الفرع الأول
مفهوم عقد المشاركة في إطار القانون المصري:[٢]

[٢] القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة. والذي نشر في الجريدة الرسمية في عددها رقم (١٩) مكرراً (أ) بتاريخ ١٩ مايو ٢٠١٠. ونصت المادة "الثالثة" من مواد الإصدار على أن "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من أول الشهر التالي لمرور ثلاثين يوماً على نشره". وهو الأمر الذي يعنى– في ضوء تاريخ النشر المشار إليه– أن العمل بهذا القانون قد بدء من أول يوليو ٢٠١٠.

وفي إطار إبراز التباين بين مواد إصدار القانون ومواد القانون. ذهب جانب من الفقه إلى أنه تبدو الحاجة ماسة إلى قانون الإصدار إذا كان مشروع القانون وما في حكمه ينشئ جهة قضاء جديدة، أو كياناً قضائياً خاصاً ينفرد بالاختصاص بالنسبة إلى مسائل معينة أو فئات محددة من

عرف القانون المصري عقد المشاركة بأنه "كل اتفاق لا تقل قيمته عن مائة مليون جنيه بمقتضاه تعهد إحدى الجهات الإدارية إلى شركة المشروع[٣] تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل أو تطوير هذه المرافق. مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يكون المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد.

ويجوز لشركة المشروع القيام بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المنتفعين، كما يجوز بموافقة مجلس الوزراء، بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة في ضوء التقارير المعدة من الوحدة المركزية للمشاركة، قيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية.

ويستخلص الباحث– في ضوء ما سبق تبيانه– أن عناصر عقد المشاركة وفقاً للتشريع المصري هي:

١. اتفاق من إحدى الجهات الإدارية المحددة قانوناً وإحدى الشركات الخاصة التي استلزم القانون أن تكون مساهمة مصرية[٤] تنشأ خصيصاً من أجل تنفيذ هذا

الأشخاص. ويتضمن قانون الإصدار عدداً محدوداً من المواد يجرى ترقيمها بأرقام مسلسلة تكتب لقلتها حروفاً وتستقل في ترقيمها عن ترقيم مواد القانون المرفق. وتختتم مواد الإصدار عادة بالمادة المتعلقة بنشر القانون والتاريخ المحدد لبدء العمل به. د. صيام، سرى، (٢٠١٥م)، صناعة التشريع "الكتاب الأول– المعايير الحاكمة للتشريع"، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٨٢. يراعى أن المؤلف كان يشغل منصب مساعد وزير العدل المصري لشئون التشريع، رئيس مجلس القضاء الأعلى المصري سابقاً.

[٣] حدد القانون المشار إليه– طبقاً للمادة (١) منه– المقصود بالجهات الإدارية وشركة المشروع على النحو التالي:

"الجهات الإدارية: الوزارات والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية وغيرها قرار من رئيس مجلس الوزراء".

"شركة المشروع: الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة".

[٤] شركة المساهمة تعد من شركات الأموال، ومن ثم، تتمتع بالملاءة المالية التي تمكنها القيام بتلك المشروعات أياً كان نوعها بكفاءة وجودة.

(ISSN: 2537- 0758)

الاتفاق. وقد حدد القانون حداً أدنى لقيمة العقد الإجمالية بمائة مليون جنيه.

٢. أن يقتصر موضوع العقد على تمويل وإنشاء تجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق ويقصد بمشروعات البنية الأساسية تلك المشروعات التي تتعلق بالخدمات الأساسية التي يجب أن تقدمها الدولة للأفراد والتي يتعذر تحديدها حصراً؛ بل يمكن ذكر– على سبيل المثال لها– كإنتاج وتوزيع الكهرباء، التليفونات، والنقل بكل صوره وخاصة إنشاء الطرق ومد خطوط السكك الحديدية والمطارات والموانئ البحرية وخدمات الإمداد بمياه الشرب والصرف الصحي.

أما المرافق العامة فهي كل مشروع يعمل بصفة منتظمة واضطراد ودائمة تحت إشراف إحدى الجهات الإدارية بقصد أداء خدمات عامة للجمهور تحقيقاً للنفع العام.

١. التزام شركة المشروع بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره.

٢. تقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج وتقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال مدة العقد. ويترتب على هذا العنصر أنه لا يجوز للمتعاقد وقف الخدمة أو قطعها دون مبرر، لأنه يعد خلال فترة التعاقد بمثابة مرفق عام يجب أن يعمل بصفة منتظمة ودائمة.

٣. ويجوز وفقاً للعقد أن تقوم شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المنتفعين.

كما يجوز بموافقة رئيس مجلس الوزراء وبموافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة في ضوء التقارير المعدة من الوحدة المركزية للمشاركة قيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة لمن تحدده الجهة الإدارية.

الفرع الثاني

مفهوم عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي.

جاء بالمادة (الأولى) من نظام التخصيص ما نصه: "يقصد بالألفاظ والعبارات الآتية– أينما وردت في هذا النظام– المعاني الموضحة أمام كل منها ما لم يقتض السياق غير ذلك:.....

الطرف الخاص: شخص يتمتع بالشخصية الاعتبارية الخاصة يكون طرفاً في عقد تخصيص مع الحكومة.

البنية التحتية: المرافق العامة، أو الأصول التي تقدم بشكل مباشر أو غير مباشر خدمات عامة.

الخدمة العامة: كل خدمة تقدمها جهة حكومية بشكل مباشر أو غير مباشر، سواءً أكانت هذه الخدمة أساسية بغرض توفير السلع، أو الخدمات للجمهور، أم غير أساسية بغرض دعم الأنشطة والمهمات الحكومية.

الشراكة بين القطاعين العام والخاص: ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمة العامة، ينتج عنه علاقة بين الحكومة والطرف الخاص، وتتوافر فيه العناصر الآتية:

١. أن تكون مدته (خمس) سنوات فأكثر.
٢. أن يؤدي الطرف الخاص بموجبه إعمالا 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: مبيناً بشكل أساسي على مستوى أدائه في تنفيذ الالتزامات المسندة إليه".

ويستخلص الباحث– في ضوء ما سبق بيانه عن المقصود بالألفاظ والعبارات– بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

أ- إن كان المشرع المصري والمنظم السعودي أحسنا صنعاً لتخصيص المادة (الأولى) لبيان المقصود لبعض الألفاظ والعبارات– على النحو السالف بيانه– إلا أنهما أغفلا أن يقرنا كل تعريف برقم مسلسل، الأمر الذي من شأنه أن يجعل توثيق الحواشي يفتقد الدقة. لذا، ذهب جانب من الفقه– في هذا الصدد– إلى أنه قد غدت الحاجة ملحة في الأغلب من التشريعات الحديثة إلى إيراد تعاريف لبعض الكلمات والعبارات التي يتضمنها التشريع، استجابة لضرورات توحيد المقصود بهذه الكلمات والعبارات في نطاق تطبيق أحكامه، من أجل تحقيق مبدأ المساواة أمام القانون، لسد ذرائع الاختلاف في تفسير الكلمات والعبارات المعنية، باختلاف فهم جهات إنفاذ وتطبيق القانون. وخلص إلى أن الجزء الخاص بالتعاريف يعتبر من أهم مكونات هيكل التشريع، وكلما أحسنت صياغة التعاريف بكفاءة ودقة وترقيمها، كان من ثمار ذلك صيرورة النصوص محددة وواضحة، كما تساعد على تجنب معاني الكلمات والعبارات المعرفة كلما ترددت في التشريع[٥].

[٥] مستشار دكتور/ صيام، سرى، مرجع سابق، ص ١٩٠– ١٩٢.

(ISSN: 2537- 0758)

ب- جاء بالمادة (الأولى) في نظام التخصيص السعودي- في إطار تعريف الطرف الخاص- بأنه: "شخص يتمتع بالشخصية الاعتبارية الخاصة". ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

- أن المنظم السعودي استبعد من نطاق الطرف الخاص الأشخاص الطبيعيين.
- أن تعريف الطرف الخاص بأنه "شخص يتمتع بالشخصية الاعتبارية الخاصة" وأن ذلك التعريف على هذا النحو يتسم بالعمومية بحيث ينصرف إلى الشخص الاعتباري أياً كان الشكل القانوني الذي يتخذه ذلك الشخص؛ إذ تنص المادة (الرابعة) من نظام الشركات السعودي المعنونة "أشكال الشركات" على أن: "تتخذ الشركة التي تؤسس وفقاً لأحكام النظام أحد الأشكال الآتية:.....

ومن خلال ما سبق يثور التساؤل حول مدى إمكان أن شركة التوصية البسيطة، أو شركة التضامن، أو الشركة ذات المسئولية المحدودة أن تكون طرفاً خاصاً في الشراكة، رغم أن محل الشراكة تتعلق بمشاريع البنية التحتية التي تتطلب ملاءة مالية لا تتوافر في أياً من تلك الشركات- سالفة الذكر.

لذا كان نهج المشرع المصري نهجاً صائباً عندما اشترط في القطاع الخاص أن يكون شكله القانوني "شركة مساهمة مصرية". لذا، فإن صياغة تعريف "الطرف الخاص" في إطار نظام التخصيص يوصم بأنه واسع ومطاط لا يتناسب البتة مع ما يسند إليه من مشاريع البنية التحتية والمرافق العامة ذات الملاءة المالية البالغة. ومن ثم، يوصي الباحث المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي على تعريف "الطرف الخاص" ليكون مجرد شركة مساهمة فحسب.

أ- في إطار تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص- سالف الذكر- كرر المنظم السعودي عبارة "ترتيب تعاقدي". الأمر الذي يوحي بأن عقد الشراكة ليس مجرد إيجاب وقبول فحسب ومن ثم، فإن عبارة "ترتيب تعاقدي" أن يسبق ذلك التعاقد استيفاء العديد من الإجراءات منها ضرورة إجراء تقييم أولي أو دراسة جدوى تبين أهداف الشراكة المزمع تنفيذها من الناحية الاقتصادية والمالية والقانونية والإدارية وكذلك التكاليف الإجمالية لها والمخاطر التي تنطوي عليها، ومدى تلبية الشراكة لمتطلبات التنمية المستدامة، لذا تستعين الحكومة السعودية- في هذا الصدد- بمؤسسات أو بيوت خبرة متخصصة في مجال مشروعات البنية الأساسية. كذلك من ضمن تلك الإجراءات دعوة المستثمرين (الطرف الخاص)، ثم الدعوة للتأهيل المسبق وهي عملية قانونية وإدارية تجريها الإدارة للتأكد من صلاحية المستثمر الذي

يرغب في التعاقد من حيث أهليته القانونية والمالية والتنظيمية وأعماله السابقة لتحقيق مقصود التعاقد. ثم تأتي لمرحلة اختيار الطرف الخاص من خلال أساليب تتسم بالحيدة والنزاهة والشفافية. وأخيراً يأتي الإطار القانوني لمرحلة إبرام عقد المشاركة تمهيداً للبدء في التنفيذ. ويخلص الباحث– في ضوء ما تم سرده– أن المنظم السعودي أحسن صنعاً باختيار مصطلح "ترتيب تعاقدي" بديلاً عن مصطلح "عقد".

ب– أشار تعريف الشراكة– سالف الذكر– إلى العناصر التي تتوافر في الشراكة وهي تتمثل في الآتي:

١– أن تكون مدته (خمس) سنوات فأكثر[٦].

٢– أن يؤدي الطرف الخاص بموجبه أعمالاً 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".

يتضح من سياق الفقرة (٢) أن الشراكة تقتصر على محل رئيسي يتمثل في الأصول– أياً كان مالكها سواء أكانت مملوكة للحكومة أم للطرف الخاص أم لكليهما هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، أن ذات الفقرة حددت أوجه الأعمال– على وجه الحصر وليس المثال– التي تجري بتلك الأصول وحصرتها في خمسة أوجه لا غير: التشييد، الإدارة، التشغيل، الصيانة، التمويل يتولى القيام بها الطرف الخاص ومن ناحية ثالثة، أن ذات الفقرة– اشترطت وهذا مستفاد من العبارة التي استهلت بها الفقرة (٢) وهي: أن يؤدي الطرف الخاص بموجبه أعمالاً تشمل اثنين أو أكثر من أوجه الأعمال– سالفة الذكر– مما يعنى بمفهوم المخالفة لا تتحقق مفهوم الشراكة إذا اقتصر ما يناط بالطرف الخاص القيام على عمل واحد فحسب. وعلة ذلك يكمن في تحقيق التناسب فيما يقوم به الطرف الخاص على نحو أكمل وأشمل بدلاً من التشعب والتشرذم.

– وجود توزيع نوعي وكمي للمخاطر بين الحكومة والطرف الخاص.

ويستخلص الباحث من سياق الفقرة (٣)– الآتي:

بالنسبة للمقصود بالمخاطر

ذهب جانب من الفقه إلى أن المخاطر يقصد بها في هذا الشأن تلك المرتبطة بالمشروع محل عقد الشراكة، وهي أية وقائع مادية أو قانونية تطرأ بعد البدء في

[٦] سيتم تناول مدة الشراكة وتمديدها وإلغاءها في المبحث الثاني من هذا البحث.

(ISSN: 2537- 0758)

المشروع ويكون من شأنها التأثير السلبي في التنفيذ المرجو لهذا المشروع، وذلك بإحداث أضرار أو خسائر لطرف من الأطراف المعنية في هذا المشروع، وهذه الأضرار أو تلك الخسائر قد تتمثل في زيادة تكلفة المشروع بسبب زيادة في أسعار المواد أو الخدمات نتيجة المتغيرات خاصة بالسوق وقواعد العرض والطلب، أو نتيجة هبوط القيمة الشرائية للعقود وغيرها من أسباب تجارية كعوامل التضخم وزيادة أسعار النقل وما شابه[٧]. كما تتمثل– طبقاً لما ارتآه البعض– في زيادة مدة تنفيذ أي من الالتزامات الناشئة عن اتفاقات المشروع، أو في وجود خلل أو عيب في مستوى التنفيذ الذي يلتزم به بمقتضى عقد المشاركة، كما لو تم بناء المرفق بكفاءة أقل من تلك المتفق عليها، أو كان يشوبه خلل فني ما، وتتمثل الأضرار أو الخسائر كذلك في التشغيل والصيانة كارتفاع تكلفتها، أو المساس بصفة عامة بالكفاءة الفنية والإنتاجية للمشروع ككل[٨].

- بالنسبة للتوزيع النوعي للمخاطر: فإن أنواع تلك المخاطر تتجسد في الآتي:

المخاطر السياسية:

لعل أهم تلك المخاطر قد ترجع إلى تصرفات حكومية أو دولة أجنبية مثل الحصار الاقتصادي أو المقاطعة أو الحظر، وكذا عدم الاستقرار السياسي في الدولة وما قد يصاحب ذلك من تغيير في الحكومات وبالتالي في الاستراتيجيات وأولويات السلطة المتعاقد مما قد يتعارض ويؤثر بالتالي بالسلب على معطيات المشروع محل الشراكة.

مخاطر التشييد والتشغيل:

وقد تتمثل هذه المخاطر في عدم القدرة على إتمام التنفيذ للجداول الزمنية المتفق عليها وهو ما يسمى خطر عدم الإكمال Completion risk أو في تجاوز التكاليف المقررة للتشييد Construction cost overrun risk أو خطر عدم إمكانية تشغيل المرفق بعد تشييده أو صيانته وهو ما يسمى بخطر الأداء Performance risk. وقد ترتد تلك المخاطر إلى عدم كفاءة الممارسات الإنشائية المتبعة أو عدم كفاية الميزانية المعتمدة لتمويل الإنشاء أو إلى التصميم المعيب أو عدم ملاءمة التكنولوجيا المستخدمة، أو التأخر في تسليم الأرض اللازمة للتشييد والإنشاء[٩].

---

[٧] د. سرى الدين، هانى، مرجع سابق، ص ١٧٠.

[٨] د. طاجن، رجب، (٢٠١٠م)، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢٧٠ وما بعدها.

[9] UNCITRAL, Legislative Guide on privately Financed Infrastructure projects, Chapter. IV, Construction and operation Infrastructure: Legislative

مخاطر زيادة في التكلفة Cost Increase Risk

وقد ترجع إلى تغير سعر صرف العملة المحلية التي يتم تحصيل مقابل الخدمة أو السلعة بها؛ إذ أن انخفاض سعر صرف هذه العملة من شأنه أن يؤثر بالسلب على قيمة التدفقات النقدية التي يرتبها. هذا مع ملاحظة أن القروض والتسهيلات الائتمانية، وكذا أثمان المعدات التي ستوردها شركة المشروع أو مقاوليها أو مورديها قد يكون واجباً سداد قيمتها جميعاً بالعملة الصعبة (عملة أجنبية). لذا فإذا انخفضت قيمة العملة المحلية فإن ذلك سوف يؤثر على قيمة عائدات المشروع ومن ثم ينال من قدرة القطاع الخاص على سداد ديونه، كما أنه ينتقص من قيمة الربح الذي يحققه، ولاشك أن هذه المخاطر تزداد خطورتها إذا ما كان المشروع يتم تنفيذه في إطار عملته وهى غير مستقرة أو اقتصاد في مرحلة نمو أو انتقال[١٠].

مخاطر تأخر أو توقف المشروع لأحداث غير متوقعة:

وذلك كالمخاطر البيئية Environmental risk والتي تتمثل في رفض بعض القوى الاجتماعية لكثير من المشروعات التي لها تأثير سلبي على البيئة، خاصة في مجال إنشاء محطات توليد الكهرباء أو تحلية مياه البحار والتي تعمل بالطاقة النووية، وكذا المصانع التي تتصاعد منها أبخرة كثيفة تؤثر على طبقة الأوزون مما يؤثر بالسلب على المناخ الأرضي.

أما بالنسبة للتوزيع الكمي للمخاطر

والمنظم السعودي قد افترض بصياغة العبارة "وجود توزيع... وكمي للمخاطر" إن المخاطر لا تقتصر على مخاطرة واحدة فحسب، فقد تتعدد بأن تكون أكثر من واحدة. لذا، أحسن المنظم السعودي– من منظور الصياغة استخدم "المخاطر" للدلالة على التعدد وكذا الجمع، كما جاء بدليل اليونسيترال التشريعي بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص ما نصه "ويشير مفهوم "مخاطر المشروع" كما هو مستخدم في هذا الفصل، إلى الظروف التي ترى الأطراف، تبعاً لتقديرها، أنها قد تنطوي على تأثير سلبي يضر بالمنفعة التي تتوقع تحقيقها من المشروع[١١].

Framework and project agreement, paragraph [hereinafter Para], Para's, 122– 125

[١٠] د. عطية، نعيم، (١٩٩٦)، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٠٢.

[١١] البند (٢٤) من ثانياً المعنونة "تخطيط المشروع وإعداده" من دليل اليونسيترال.

(ISSN: 2537- 0758)

- أما بالنسبة للمقصود بعبارة وجود توزيع... للمخاطر بين الحكومة والطرف الخاص **وبيان المقصود بتلك العبارة يتضح من خلال الفقرات الآتية:**

إذا كانت العقود الإدارية في مجملها تقوم على أسلوب التحويل لكل المخاطر إلى المتعاقد مع جهة الإدارة؛ فذلك يعنى أن جهة الإدارة تعمل بقدر استطاعتها على التخلص البتة من المخاطر المحيطة بتلك العقود، بحيث يتحملها في نهاية المطاف المتعاقد معها منفرداً، فإن عقود الشراكة (المشاركة) ليست كذلك باعتبارها عقوداً ذات صبغة تمويلية، أساسها قيام القطاع الخاص (الطرف الخاص) بتمويل الإنشاءات والتجهيزات في مجال البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة دون تحميل ميزانية الدولة الكثير من الأعباء المالية. لذا، فإن تلك العقود تتطلب ضرورة التعامل معها بنهج يختلف عن بقية العقود الإدارية الأخرى، خاصة أنها تعتمد على نظام الـ Project Finance الذي يعتمد على السداد من المشروع والوفورات المحققة منه[١٢] وكذلك على التدفقات النقدية[١٣] Cash Flow الذي يعد أهم مصدر لسداد التمويل المقدم للمشروع.

ومن المنظور– سالف بيانه– فإنه يصعب بل يستحيل أن يتحمل المتعاقد (الطرف الخاص) مع الإدارة في عقود المشاركة كافة المخاطر منفرداً، وإلا أحجم المستثمرون عن الشراكة في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة؛ إذ اقتضى ذلك لإيجاد نظام اقتسام أو توزيع المخاطر والذي جعل منه– المشرع سواء في فرنسا أو في مصر وكذلك المنظم السعودي– شرطاً جوهرياً أو ضابطاً أساسياً للحكم بصحة عقد المشاركة والاعتداد بوجوده من الناحية القانونية؛ إذ أشارت إليه الفقرة (B) من المادة (١١) من الأمر المنظم لعقود المشاركة والمعدل بالقانون رقم (٧٣٥) لسنة ٢٠٠٨ والمادة ١٢– ١٤١٤ .L من تقنين الإدارة المحلية ما نصه:

"Un Contrat de partenarait comporte nécéssairement des clauses relatives aux conditions dans les quelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant".

أما المشرع المصري فقد اعتد بـ "توزيع المخاطر" في القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠؛ إذ تنص المادة (٣٤) منه على أنه: "يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما

(12) Tinsley, Richard (1996), Project Finance project feasibility and credit factors, Euromoney Publications Project Financing relies on accurate forecasts of cash flows, the primary source of repayment, p. 47.

(13) See Sapte, Wild (1997), project finance "The guide to financing build– operate– Transfer projects, p. 19.

يأتي:

(ط) تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة أو باكتشاف الآثار والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال".

كذلك المنظم السعودي اعتد– أيضاً– بنهج توزيع المخاطر– طبقاً لما جاء بتعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص– طبقاً لما سبق ذكره– إذ جاء بذلك التعريف ما نصه:

" وجود توزيع نوعي وكمي للمخاطر بين الحكومة والطرف الخاص".

كذلك ما جاء في دليل اليونسيترال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، ما نصه:

"أما عبارة "توزيع المخاطر" فتشير إلى تعيين من سيتحمل من الأطراف تبعات وقوع الأحداث التي تعتبر من مخاطر المشروع. ويكون هذا عادة موضوع تفاوض بين الأطراف، وإن كانت اللوائح التنظيمية أو السياسات أو التوجيهات الإدارية المعمول بها في البلد كثيراً ما تحدد معايير لتوزيع بعض المخاطر. ثم يترجم اتفاق الأطراف– في هذا الصدد– إلى حقوق وواجبات في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص"[١٤].

- **المقابل المالي الذي يستحقه الطرف الخاص**

جاء في تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص– سالف الذكر– ما نصه: "ترتيب تعاقدي مرتبط بالبنية التحتية أو الخدمة العامة، ينتج عنه علاقة بين الحكومة والطرف الخاص، وتتوافر فيه العناصر الآتية:

٤– يكون المقابل المالي الذي يستحقه الطرف الخاص أو يلتزم به بموجب هذا الترتيب التعاقدي، مبيناً بشكل أساس على مستوى أدائه في تنفيذ الالتزامات المسندة إليه".

وتفصح الفقرة (٤)– سالفة الذكر– بجلاء عن الآتي:

يجسد المقابل المالي للطرف الخاص مع الحكومة أهم حقوقه، بل أهمها على الإطلاق. لذا، فهو لا يقدم بدونه على الشراكة أياً كانت المزايا والحوافز المترتبة عليها. ومن ثم، فإن المقابل المالي للطرف الخاص يعد– والحال هكذا– الدافع الباعث للطرف الخاص على الشراكة مع جهة الإدارة.

يراعى أن المقابل المالي قد يأخذ أحد شكلين:

---

[١٤] البند (٢٥) من ثانياً المعنونة "تخطيط المشروع وإعداده من دليل اليونسيترال سالف الإشارة إليه".

(ISSN: 2537- 0758)

الثمن، وهو الذي تدفعه الحكومة للطرف الخاص مقابل تنفيذ الأعمال التي التزم بها وبنسبة هذا التنفيذ في الواقع العملي.

الرسم: وهو الشكل الثاني للمقابل المالي للطرف الخاص، وهو يرتبط بالنتائج المالية لاستغلال المشروع Rèsultats d'exploitatoin.

وبالرغم أن المنظم السعودي لم يتطرق البتة لأيٍ من الشكلين، وهذا يعزى– من وجهة نظر الباحث– أن عبارة "المقابل المالي" جاءت بصيغة عامة بحيث تنصرف وتستوعب أي شكل يمكن أن يحتمل يأخذه المقابل المالي، وهو نهج صائب من المنظم السعودي.

وبحصول استحقاق المقابل المالي للطرف الخاص، جاء بالشطر الأخير من الفقرة (٤) ما نصه "... مبنياً بشكل أساس على مستوى أدائه في تنفيذ الالتزامات المسندة إليه" ويستنبط الباحث من مضمون ذلك الشطر أن المقابل المالي الذي يستحقه الطرف الخاص قد قيد المنظم السعودي استحقاق المقابل المالي بشرط– أو بالأحرى معلق على شرط– يتمثل في أن استحقاق المقابل المالي للطرف الخاص مرتبط على نحو لا يقبل الانفصال– بمدى مستوى أداء الطرف الخاص إزاء تنفيذ الالتزامات المسندة إليه من عقد الشراكة.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي

لعل الباحث يستنبط التكييف القانوني لعقد الشراكة من المادة "الحادية والعشرين" من نظام التخصيص؛ إذ تنص على أن:

"للجهة التنفيذية– في إطار الأحكام والضوابط المتفق عليها في العقد– متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، وبعد الحصول على موافقة الجهة المختصة، ما يأتي:

أ– تعديل شروط عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وأحكامه كتابة".

ويستخلص من سياق ما تم سرده من المادة الحادية والعشرين– سالفة الذكر– بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

لما كان العقد شريعة المتعاقدين pacta sunt servanda فإن كل الشروط الواردة به تتسم بحسب الأصل بالطابع التعاقدي. وقد اعتد نظام المعاملات المدنية السعودي بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ إذ تنص المادة (الرابعة والتسعون) منه على أنه:

"١– إذا تم العقد صحيحاً لم يجز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو بمقتضى نص نظامي".

أ- أوسد المنظم السعودي- طبقاً للمادة (١/٢١) سالفة الذكر من نظام التخصيص- للجهة التنفيذية سلطة تعديل عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومن هنا يثور التساؤل عن نطاق السلطة الممنوحة للجهة التنفيذية هل سلطة مطلقة أم مقيدة أم منعدمة؟

ويرى الباحث- في إطار إجابة التساؤل- أن تلك السلطة مقيدة، بقيود ثلاثة مستقاة من ذات النص النظامي، وهي:

"... في إطار الأحكام والضوابط المتفق عليها في العقد..." ما يعني أن الجهة التنفيذية عليها أن تأخذ بعين الاعتبار ما جاء في الأحكام والضوابط التي سبق الاتفاق عليها والواردة في عقد الشراكة".

أن تكون المصلحة العامة اقتضت ذلك، أي تبادر الجهة التنفيذية متى ارتأت أن المصلحة العامة تستلزم ذلك إلى إجراء التعديل.

وقبل أن تلجأ الجهة التنفيذية لإجراء التعديل، أن يسبق ذلك الحصول على موافقة الجهة المختصة.

ويخلص الباحث- في ضوء ما تم سرده من قيود ترد على سلطة الجهة التنفيذية في إجراء التعديل- إلى أنه ليس في مكنة الجهة التنفيذية إجراء التعديل بإرادتها المنفردة، ولا يمكن أن تغفل ما جاء بالنص النظامي من قيود هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، أن عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص يكون بمنأى إدراجه ضمن العقود الإدارية، بل يندرج في طائفة العقود ذات الطبيعة الخاصة، من منظور الجهة التنفيذية وإن كانت تتقيد بالقيود الواردة في النص النظامي، إلا أنها لا تعبأ بموافقة الطرف الخاص. أو بالأحرى أن الجهة التنفيذية تجري التعديل دون الالتجاء للطرف الخاص للحصول على موافقته في هذا الشأن.

المبحث الثاني
مدة عقد الشراكة وتمديده وتجديده وإنهائه

يتم تناول موضوع هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول
مدة عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي

لقد تنوعت الاتجاهات التشريعية في تحديد مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية والخدمات والمرافق العامة بين اتجاه يهدف إلى تحديد هذه المدة بعدد معين من السنوات ذات حد أدنى وحد أقصى، وهو ما انتهجه كل من المشرع

(ISSN: 2537- 0758)

المصري والمنظم السعودي– على نحو ما سيتم تناوله. وهناك اتجاه آخر يضع حداً زمنياً عاماً لأغلب مشروعات البنية الأساسية، وحداً زمنياً خاصاً لبعض المشروعات، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي؛ إذ– في ذات الوقت– ترك فيه لجهة الإدارة حرية تحديد هذه المدة طبقاً لمتطلبات محل العقد، إلا أنه في حالة ما إذا ترتب على عقد المشاركة شغل الدومين العام، فقد قيدها بألا تتجاوز مدة هذا العقد سبعون عاماً[١٥].

ويرى الباحث أن مدة عقد الشراكة يتم تحديدها أو يجب أن يتم تحديدها بطريقة نوعية يختلف نظامها باختلاف طبيعة ومحل العقد، فقد تكون المدة قصيرة كما هو الشأن في العقود التي يكون محلها التطور التكنولوجي والمعلوماتية، وقد تكون المدة طويلة كما هو الحال بالنسبة للعقود المتعلقة بالإنشاءات العقارية والبنية التحتية. لذا، يستعرض الباحث مدة الشراكة في كل من القانون المصري ونظام التخصيص السعودي على النحو التالي:

الفرع الأول
مدة عقد الشراكة في إطار القانون المصري

تنص الفقرة (٢) من المادة الثانية من القانون المصري رقم "٦٧ لسنة ٢٠١٠" على أنه:

"ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين وتحتسب المدة من تاريخ انتهاء أعمال البناء والتجهيز أو إتمام عملية التطوير". وليس من بداية تنفيذ العقد وقد أجاز القانون لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية"[١٦].

الفرع الثاني
مدة عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي

تنص المادة (العشرون) من ذات النظام على أن:

"١– تكون مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفقاً لما يتفق عليه أطرافه، على ألا تتجاوز مدته الأصلية ثلاثين سنة من تاريخ توقيعه... ويجوز للجهة

---

[١٥] الفقرة (٩) من المادة (١١) من الأمر المنظم لعقود المشاركة، والفقرة (٩) من المادة (١٢– ١٤١ L.) من التقنين العام للإدارات المحلية.

[١٦] طبقاً لما جاء بالمادة (١٥) من القانون المصري سالف الإشارة إليه.

المختصة– بناء على توصية من الجهة التنفيذية– الموافقة على ما يأتي:

أ- أن تتجاوز مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأصلية (ثلاثين) سنة.

ويستخلص الباحث– مما تم ذكره من النص النظامي– بعض الاعتبارات القانونية:

- أن المنظم السعودي ترك تحديد مدة عقد الشراكة طبقاً لما تنصرف إليه إرادة الطرفين (القطاع العام والقطاع الخاص) في الاتفاق في هذا الشأن.
- إلا أن سلطتهما في الاتفاق على تحديد مدة ذلك العقد ليس مطلقة، بل مقيدة بعدم تجاوز مدته الأصلية عن ثلاثين سنة.
- تحسب سريان تلك المدة من تاريخ توقيع العقد من الطرفين– وهو أمر يتفق– من وجهة نظر الباحث– مع المجرى المألوف والمنطقي للأمور– خلافاً لنهج المشرع المصري في هذا الشأن– أو تاريخ نفاذه المتفق عليه في حال كان لاحقاً لتاريخ توقيع العقد. مما يعني أن المنظم السعودي فطن– في إطار تاريخ سريان المدة الأصلية– لكافة الاحتمالات– سواء أكان يبدأ من تاريخ توقيع العقد أم تاريخ لاحق لتوقيع العقد. وهو أمر صائب ونظرة ثاقبة من المنظم السعودي.
- وهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية التجاوز عن المدة الأصلية– والمحددة بثلاثين سنة–؟ وما هي الضوابط التي يتعين مراعاتها عند إجازة ذلك التجاوز؟

وللإجابة على هذين السؤالين جاء بالشطر الأخير من الفقرة (١)، وكذلك بالفقرة المطلبية (أ) من ذات الفقرة، وذلك على النحو التالي:

"١-... ويجوز للجهة المختصة– بناء على توصية من الجهة التنفيذية– الموافقة على ما يأتي:

أ- أن تتجاوز مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأصلية (ثلاثين) سنة".

ويتضح من الفقرة المطلبية (أ) أجازت تجاوز مدة عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الأصلية (ثلاثين) سنة هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، أن الضابط لتقرير التجاوز يتمثل في وجود توصية من الجهة التنفيذية في هذا الشأن، ترفع إلى الجهة المختصة لتجيز التجاوز. معنى ذلك أن المنظم السعودي اكتفى بتقرير ضابط واحد– على النحو السالف بيانه– لإجازة التجاوز– وإن كان الباحث يأمل بتقرير ضابط آخر يتثمل في: متى اقتضت المصلحة العامة ذلك[١٧].

---

[١٧] يراعى أن المشرع المصري قد اعتد بضابطين يتعين مراعاتهما عند إجازة تجاوز مدة عقد المشاركة على نحو ما سبق تبيانه.

(ISSN: 2537- 0758)

لذا، يرى الباحث أن إغفال المنظم السعودي تقرير الضابط المتعلق بالمصلحة العامة قد يثير كثيرا من الشك والريبة على مسلك كل من الجهة التنفيذية والجهة المختصة، مما قد ينأى بهما عن الحيدة والنزاهة والشفافية. لذا، فإن الباحث يوصي المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي في هذا الشأن لاستدراك ذلك القصور، بما يدعم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وكذا الاستراتيجية الوطنية لحماية النزاهة ومكافحة الفساد[١٨].

المطلب الثاني
تمديد أو تجديد عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي

قبيل تناول موضوع ذلك المطلب في كل من القانون المصري والنظام السعودي. فإن الباحث يلقي الضوء على إيضاح المقصود بالتمديد والتجديد؛ إذ التمديد يعنى: امتداد مدة العقد لفترة زمنية أخرى قد تكون مساوية للمدة الأولى أو أقل أو أكثر[١٩]، أما التجديد فيقصد به في الغالب– خاصة في عقود الشراكة طويلة المدة–: أن يبرم عقد جديد. وعلى أية حال فإنه يجب أن يكون للتمديد– طبقاً لما جاء بدليل اليونسيترال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص– حدوداً قصوى يتعين الالتزام بها تحقيقاً للشفافية والمساءلة[٢٠].

---

[١٨] National Anti– Corruption Commission أنظر في ذلك:

قرار مجلس الوزراء السعودي الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (٤٣) التاريخ ١٤٢٨/٢/١هـ.

[19] UNCITRAL legislate Guide, Recommendations, document No, A/CN/9/458/Add.7, 19 March 1999, page 3, extension of the project agreement, "The host country may wish to provide that the project agreement may be extended under exceptional circumstances, such as:

to compensate for project suspension or loss of profit due to the occurrence of Impacting events;

to compensate for project suspension brought about by acts of the contracting authority or other government agencies;

to allow the concessionaire to recover the cost of extraordinary work requires on the facility and which the concessionaire would not be able to amortize during the normal term of the project agreement. without unreasonable tariff increase".

[20] UNCITRAL Legislative Guide document No. A/CN.9/471/Add. 6. Page 6, Para 8 "For purposes of transparency and accountability".

الفرع الأول
تمديد أو تجديد عقد المشاركة في إطار القانون المصري

تنص الفقرة (٣) من المادة الثالثة من القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه:

"ومع مراعاة حكم المادة (٢) من هذا القانون يجوز أن يتضمن عقد المشاركة تنظيماً لتجديد مدته".

ويستخلص الباحث من سياق الفقرة (٣)٠ سالف الذكر– الآتي:

١. استهلت الفقرة (٣) بعبارة "ومع مراعاة حكم المادة (٢) من هذا القانون. وبمطالعة المادة (الثانية) تبين أنها مكونة من فقرات أربع، لعل الفقرة (٣) من ذات المادة (٢) تعتبر ذات صلة في هذا الشأن؛ إذ تنص على أنه:

"ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة المنصوص عليها في المادة (١٤) من هذا القانون، الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية".

٢. الفقرة (٣)– سالفة الذكر– من المادة "الثالثة" اقتصرت على نص "تجديد مدة عقد المشاركة" ولم تتطرق البتة إلى "تمديد عقد المشاركة"؛ إذ أن المشرع المصري قد حرص على الاكتفاء على النص في الفقرة (٣) على التجديد فقط، ولم ينص في ذات الفقرة على التمديد باعتبار أن الفقرة (٣)– سالفة الذكر– من المادة الثانية تنص بصورة ضمنية على تمديد عقد المشاركة. لذا، يرى الباحث أن نهج المشرع المصري على هذا النحو يعد نهجاً صائباً، لأنه حرص على تجنب صياغة التكرار وهو أمر يتنزه عنه المشرع.

٣. أن تجديد عقد المشاركة مقيد بضرورة مراعاة حكم المادة (٢) ويتمثل ذلك القيد في أنه "يجوز لمجلس الوزراء بناءً على توصية اللجنة العليا... الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية" يلاحظ أن المشرع المصري أنه نعت المصلحة ليس أنها عامة فحسب، بل تكون– في ذات الوقت– جوهرية وهذا التشديد من جانب المشرع في وصف المصلحة يستخلص منه أن المشرع المصري لا يحبذ تمديد إلا على مضض، وأن تكون ثمة حاجة ماسة وملحة لذلك التمديد.

(ISSN: 2537- 0758)

الفرع الثاني
تمديد أو تجديد عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي

إذ تنص المادة "العشرون"– في هذا الصدد– على أن:

"١–... ويجوز للجهة المختصة– بناءً على توصية من الجهة التنفيذية– الموافقة على ما يأتي:

أ– ...؛

ب– تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تجديده بحيث تصبح مدته الإجمالية أكثر من (ثلاثين) سنة. ولبيان الحالات التي يتم في أياً منها تمديد عقد الشراكة أو تجديده فقد تكلفت المادة (الثانية والعشرون) من نظام التخصيص ببيان ذلك؛ إذ تنص على أن:

"للجهة المختصة الموافقة على تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تجديده في أي من الحالات الآتية:.....".

ويستخلص الباحث مما تم سرده من الفقرة (١) والفقرة المطلبية منها (ب) بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

١– الفترة المطلبية (ب)– سالفة الذكر– وإن أجازت تمديد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو تمديده، إلا أن ذلك مرهون– طبقاً لما جاء الشطر الأخير من الفقرة (١)– بضرورة موافقة الجهة المختصة بناء توصية من الجهة التنفيذية، سواء كنا بصدد تمديد عقد الشراكة أو تجديده. هو مما يعني أن إنتهاء عقد الشراكة لا يتم تمديده أو تجديده من تلقاء نفسه، بل أن ذلك معلق بشرط موافقة الجهة المختصة بناءً على توصية من الجهة التنفيذية.

٢– جاء بالشطر الأخير من الفقرة (ب) ما نصه "... بحيث تصبح مدته الإجمالية أكثر من (ثلاثين) سنة. الأمر الذي يفصح بجلاء أنه في حال تمديد عقد الشراكة أو تجديده فإن مدته الإجمالية تصبح أكثر من (ثلاثين) سنة. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى أن تلك المدة الإجمالية للعقد غير محددة بفترة زمنية، وهذا هو المستفاد من أن المنظم السعودي استخدم كلمة "أكثر" دون أن تكون مقرونة بسقف زمني محدد. ومن ناحية ثالثة، أن الباحث يرى أن عدم تحديد سقف زمني محدد في حالة تمديد عقد الشراكة أو تجديده من شأنه أن يغري بالتواطؤ بين جهات الحكومة السعودية (الجهة المختصة، والجهة التنفيذية) وبين الطرف الخاص (القطاع الخاص) مما ينطوي على الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة، وتصبح الحكومة

أسيرة للمدة الإجمالية التي تكون أكثر من ثلاثين سنة، وتعجز عن وضع تحديد سقف زمني لعقد الشراكة في هذه الحالة، وإلا أثيرت مسئوليتها التعاقدية، والمساس بسمعة المملكة العربية السعودية بالإخلال بالتزاماتها التعاقدية مما يحد من تدفق الاستثمارات الأجنبية للمملكة. لذا، لم يكن مسلك المنظم السعودي في هذا الشأن صائباً ومقبولاً، ويوصي الباحث المنظم السعودي بضرورة إجراء تعديل نظامي للشطر الأخير– سالف الذكر– من الفقرة المطلبية (ب)، واستدراك ذلك القصور، وذلك بتحديد سقف زمني محدد لا يجوز تجاوزه في حالة تمديد عقد الشراكة أو تجديده– مهما كانت الظروف والملابسات. ويقترح الباحث أن تكون المدة الإجمالية لا تجاوز ضعف المدة الأصلية كحد أقصى.

المطلب الثالث

إنهاء عقد الشراكة في إطار القانون المصري ونظام التخصيص السعودي

يتم تناول موضوع هذا المطلب من خلال هذين الفرعين:

الفرع الأول

إنهاء عقد المشاركة في إطار القانون المصري

(أ) الإطار القانوني لضوابط النهاية الطبيعية لعقد المشاركة والآثار المترتب عليها

من الشروط الجوهرية لصحة عقد المشاركة بيان ضوابط نهاية هذا العقد بالنسبة لأطرافه، سواء أكانت نهاية طبيعية، أم نهاية مبتسرة– كما سيأتي في موضع لاحق– حقيقة أن ضوابط النهاية الطبيعية، والتي ترتبط بالتنفيذ وانتهاء المدة المحددة في عقد المشاركة، هذه الضوابط لا تثير– في الغالب الأعم– أية إشكاليات، ولاسيما عبارات العقد في خصوصها تكون أو يجب أن تكون واضحة[٢١]، وبمنأى عن ثمة غموض يكتنفها أو إبهام يشوبها.

وأول هذه الضوابط تلك المتعلقة بانقضاء عقد المشاركة، وذلك بطبيعة الحال إذا لم يتفق المتعاقدان على تجديد مدة العقد؛ إذ طبقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من

---

[٢١] وتنص المادة (الرابعة بعد المائة)– في هذا الصدد– من نظام المعاملات المدنية السعودي الجديد سالف الإشارة على أنه:

"١– إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يُعدل عن مدلولها بحجة تفسير بحثاً عن إرادة المتعاقدين". لذا، يرى الباحث أنه متى كانت عبارات العقد واضحة فإنها تعد قيداً على سلطة القاضي لا يجوز أن يتطرق لتفسيرها.

(ISSN: 2537- 0758)

قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ يجوز أن يتضمن عقد المشاركة تنظيماً لتجديد مدته. وتجديد العقد يختلف– طبقاً لما ارتآه جانب من الفقه– عن امتداد العقد[٢٢].

فإذا لم يكن هناك تجديد للمدة، ينقضي عقد المشاركة بما يترتب على ذلك من ضرورة انتقال المشروع إلى جهة الإدارة. فإذا كانت نصوص العقد تلزم بنقل ملكية الأرض وأصول المشروع للشركة المتعاقدة[٢٣]، فإن ذات النصوص يجب أن تتضمن– أيضاً– كيفية إعادة هذه الملكية إلى الدولة في نهاية المشروع، باعتبار أن هذه الملكية مقيدة بغرض تنفيذ مشروع المشاركة المتفق عليها بين الطرفين. ولذا، تنص المادة (٣٤) من قانون المشاركة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه "يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي:

(ب) ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع".

فعقد المشاركة يجب أن يتضمن على هذا النحو، الأحكام والقواعد الأساسية بشكل واضح ومحدد لكيفية تسليم الموقع لشركة المشروع أو وسائل ذلك، وكيفية إعادة هذا الموقع أو نقل ملكية أصول المشروع لجهة الإدارة في نهاية المدة بما في ذلك التركيبات وقطع الغيار والأجهزة والمعدات والسيارات المستخدمة في أغراض إدارة وتشغيل وصيانة المشروع والحالة التي يجب أن تكون عليها.

كما يجب أن تكون جميع هذه الأصول خالية من أي حقوق عينية تبعية مثل الرهون أو أعباء وقت نقل الملكية.

إضافة إلى التزام شركة المشروع بتسليم الجهة الإدارية المتعاقدة كافة المستندات والوثائق اللازمة لتسلم المشروع، كما تلتزم بالتعاون والتوقيع على أية مستندات تكون لازمة لإتمام عملية نقل الملكية مع ضرورة تحديد الطرف الذي يتحمل مصاريف نقل الملكية كرسوم التسجيل العقاري، وإلا تحملتها الجهة الإدارية باعتبارها صاحبة المصلحة في نقل الملكية إليها أو إعادتها إليها مرة أخرى في نهاية فترة التعاقد.

---

[٢٢] د. الطماوي، سليمان (١٩٨٤م)، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص٧٩١.

[٢٣] تنص الفقرة (الثانية) من المادة (١٠) من قانون المشاركة المصري على أنه: "يجب أن يتضمن عقد المشاركة الأحكام المنظمة لملكية منشآت المشروع وأصوله أثناء مدة العقد وعند انتهائه أو انهائه مبكراً".

وتلتزم شركة كذلك بتسليم الجهة الإدارية كتيبات التشغيل والرسوم والتصميمات وكافة التقارير والسجلات والمعلومات الخاصة بتشغيل المرفق، وأيضاً بنقل التكنولوجيا والمعلومات التقنية المرتبطة بها واللازمة لإدارة وتشغيل وصيانة مرفق البنية الأساسية محل المشروع[٢٤].

وأخيراً، يجب أن يتضمن عقد المشاركة الأحكام والقواعد التي تبين مدى التزام شركة المشروع بتقديم العمالة الفنية اللازمة لتشغيل المشروع وصيانته، أو بتدريب الموظفين والعاملين بالجهة الإدارية في وقت مناسب[٢٥]، وكافة المساعدات الفنية لتمكينهم من استيعاب التكنولوجيا وتشغيلها حتى تتمكن الجهة الإدارية من تشغيل المرفق واستغلاله بالكفاءة اللازمة عند تسلمه.

ويراعى أن عملية نقل التكنولوجيا في مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص تتسم– طبقاً لما ارتآه البعض– بالتعقيد والتداخل في كافة مراحل التنفيذ هذه المشروعات، وخلص إلى أنه يتعين على أطراف عقد المشاركة تحرى الدقة إبان صياغة البنود المنظمة لهذه العملية، ومراعاة كذلك ما يفرضه القانون من قيود وضوابط مقررة لصالح الطرفين[٢٦].

ب– الإطار القانوني لضوابط النهاية المبتسرة لعقد المشاركة

يقصد بالنهاية المبتسرة La fin anticipée والتي يقال لها الإنهاء Termination انقضاء عقد المشاركة قبل أن يتم مدته الأصلية[٢٧]، وقد تكون هذه النهاية بالإرادة

---

[٢٤] د. سرى الدين، هانى، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

[٢٥] التدريب سواء تم الاتفاق على أن يقوم به القطاع الخاص أو أن يقوم به شخص من الغير، ينبغي أن يتفق بوضوح على نطاق مدى الالتزامات التي تقع على عاتق ذلك الطرف؛ إذ يجب أن تحدد مدة التدريب، والاتفاق على محتوى برنامج التدريب، ومؤهلات المدربين وكيفية تدبير سبل إقامتهم ومعيشتهم، أي تهيئة الظروف المواتية لإنجاح التدريب، وأتعاب التدريب وكيفية حسابها وتسديدها، تلك كلها أمور ينبغي أن يتدارسها طرفا عقد المشاركة بعناية، لأنها تشكل عنصراً جوهرياً لإنجاح مشروع البنية الأساسية ذو التمويل الخاص. راجع الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال– UNCITRAL) بشأن صياغة العقود الدولية لتشديد المنشآت الصناعية، نيويورك، ١٩٨٨، رقم البيع A,87.V.10، ص ٧٦.

[٢٦] د. بطيخ، منى، مرجع سابق، ص ٤١٥.

[٢٧] لذا، توصى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسيترال– UNCITRAL" أن الإنهاء

(ISSN: 2537- 0758)

المنفردة لأي من طرفي العقد، أو بإرادتهما معاً. وهو ما يتم تناوله بقدر من الإيجاز غير المخل من خلال النقاط الآتية:

١- النهاية المبتسرة لعقد المشاركة بإرادة الطرفين:

ترجع حالة الإنهاء المبتسر لعقد المشاركة بإرادة الطرفين، أي باتفاقهما لظروف قهرية، أو طارئة لا يمكن توقعها كالحروب أو الزلازل أو البراكين، تجعل تنفيذ التزامات أي منهما مستحيلاً، هنا يعد الإنهاء المبتسر أمراً لا مفر منه.

ومن ثم فإن النظر إلى أي تدابير مالية تعقب هذا الإنهاء لا ينبغي تأسيسها على فكرة الخطأ التعاقدي، ذلك أن التعويض الذي يتقرر لأي من الطرفين في هذه الحالة– وغالباً ما يتقرر لصالح القطاع الخاص– لا يستند إلى الخطأ، وإنما إلى فكرة العدالة وعدم إثراء أي طرف على حساب الآخر وكذلك إلى تضامن المتعاقدين، إلى غير ذلك من الأفكار المنصفة ذات الصلة، وهو ما ينعكس– دون شك– على قيمة التعويض المؤدى، إذ سيكون في جميع الأحوال أقل من التعويض العادي لأنه مساهمة من طرف لجبر أضرار طرف أكثر تضرراً[٢٨]. ومن ثم، فإن مثل هذا الإنهاء إنما يعد من قبيل الحالات النادرة. لذا يتناول الباحث الإنهاء المبتسر لعقد المشاركة وهو الإنهاء بإرادة أي من طرفي هذا العقد وذلك على النحو التالي:

٢- النهاية المبتسرة لعقد المشاركة بالإرادة المنفردة:

النهاية المبتسرة لعقد المشاركة بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة:

تأخذ النهاية المبتسرة في هذه الحالة إحدى صورتين:

المبتسر يترتب عليه آثار جسيمة؛ إذ يجب أن ينظر إليه على أنه آخر تدبير يمكن اللجوء إليه عند حدوث سبب من الأسباب الموجبة له، كما أن شروط ممارسة هذا الحق من قبل أي طرف يجب أن تدرس بعناية، وبالرغم من أن طرفا أو أطراف عقد المشاركة لا يكونوا متماثلين، إلا أنه يفضل عموماً إقامة توازن عام a broadly equitable balance في الحقوق والأوضاع فيما يخص الإنهاء لجميع الأطراف دون الإخلال بالمصلحة العامة. أنظر الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة UNCITRAL، مرجع سابق، ص ٨٢.

(28) "Since termination in such cases cannot be attributed to the contracting authority, the compensation due to the concessionaire may not necessarily need to be "Full" compensation (that is , repayment of debt, equity and lost profits)". See UNCTRAL, Document No, A/CN. 9/471/Add. 6, page 17, Para 48.

الصورة الأولى: إسقاط الالتزام La déchéancé du concéssionaire

ويقصد به التجاء جهة الإدارة المتعاقدة إلى فسخ عقد المشاركة بالإرادة المنفردة عند ارتكاب شركة المشروع خطأ جسيماً أو إخلالاً خطيراً بالالتزامات المفروضة عليها في العقد، ولذا فهو يعد من أشد الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها في هذا الشأن خاصة أن هذه الجهة هي التي تستقل ابتداءً بتقدير مدى خطورة تلك المخالفات[٢٩].

وقد نصت على هذه الحالة من حالات الإنهاء المنفرد لعقد المشاركة من جهة الإدارة المادة (٩) من قانون المشاركة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠؛ إذ تنص على أن "للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك، إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو عقد المشاركة، ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك، دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال".

ويستخلص من سياق النص– سالف الذكر– أن المشرع المصري وضع شروطاً لإسقاط الالتزام عن شركة المشروع وهي:

أ- إخلال شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة:

ويتضح أن المشرع المصري لم يبين أوجه أو مظاهر هذا الإخلال، تاركاً الأمر في ذلك لعقد المشاركة يتولاه في ضوء ظروف ومعطيات كل مشروع على حده، وإن كان يفضل عدم وضع قائمة مفصلة لهذه الأوجه وتلك المظاهر سواء في القانون أو في العقد، بل إذا وضعت مثل هذه القائمة، فإنه يتعين أن يكون التعداد بها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، حتى يتاح لجهة الإدارة استعمال حقها في الإنهاء إذا قام سبب من الأسباب الداعية له في ضوء ظروف الحال.

---

[٢٩] وقضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري– في إطار تعريف الإسقاط– "أن سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد وهو رفع يد الملتزم عن المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم...". حكم المحكمة بجلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧، الطعن رقم ٨١٦، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن تلك المحكمة، ص ٦٠٢.

(ISSN: 2537- 0758)

ب- وجوب إخطار شركة المشروع وجهة التمويل بضرورة إصلاح كافة أوجه الخلل خلال مدة معينة:

تنص المادة (٣٨)- في هذا الصدد- من القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أن: للجهة الإدارية المتعاقدة إبرام اتفاقات مباشرة مع جهات التمويل وشركة المشروع فيما يتعلق بتنظيم حق جهة التمويل في الحلول محل شركة المشروع في تنفيذ أحكام العقد أو في تعيين مستثمر جديد بعد موافقة السلطة المختصة وذلك في حالة إخلال شركة المشروع بالتزاماتها الجوهرية أو مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في العقد على نحو يخول السلطة المختصة إنهاء العقد".

فإذا انقضت المهلة المحددة لذلك دون أن تقوم شركة المشروع بإصلاح الخلل، ودون أن تقوم جهة التمويل سواء بالتدخل لدى شركة المشروع لإصلاح هذا الخلل، أو لمباشرة حق الحلول إن كان هناك اتفاق من ذلك، فإنه يصبح لجهة الإدارة المتعاقدة الحق في أن تسقط الالتزام، بمعنى الحق في فسخ العقد لتتولى هي بذاتها إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله أو أن تختار مستثمراً آخر أو شركة مشروع أخرى لهذا الأمر دون إخلال- كما ورد بنص المادة سالفة الذكر- بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال. فهي التي تتحمل في واقع الأمر جميع نتائج الأخطاء التي أدت إلى إسقاط الالتزام.

وعلى أية حال فإن الإنهاء بسبب إخلال شركة المشروع يثير مسئولية هذه الأخيرة التعاقدية، لأنها أخلت بالتزام تعاقدي منصوص عليه في عقد المشاركة، ومن ثم يتعين عليها أن تعوض جهة الإدارة المتعاقدة عن الأضرار التي لحقت بها من جراء ذلك الإخلال وهذا هو الأصل، ولكن نظراً للطبيعة الخاصة لمشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص ولعقد المشاركة الحاكم لتنفيذها وما ترتبه هذه الطبيعة من وجود أصول لشركة المشروع تفوق أحياناً قيمة التعويض الواجب عليها، فإنه والأمر كذلك قد يتم تعويض شركة المشروع رغم إخلالها وذلك بقيمة الفرق بين قيمة هذه الأصول وقيمة التعويض الواجب عليها أداؤه بسبب إخلالها بالتزاماتها والذي أدى إلى هذا الإنهاء. بل ويمكن أن ينص في عقد المشاركة على أن مقدار التعويض المقرر يتم تخفيضه بمقدار التكاليف التي تكبدتها شركة المشروع في إنشاء وتجهيز وتشغيل المرفق أو في صيانته وهكذا[٣٠]. مع ملاحظة أن التعويض في الحالتين- أي سواء أكان مقابلاً لقيمة الفرق

[٣٠] د. فياض، عبد المجيد (١٩٧٤)، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية

بين قيمة الأصول وقيمة التعويض أم كان مقابلاً لما تم إنفاقه من قبل شركة المشروع على الإنشاء والتجهيز والصيانة وخلافه– فإنه لا يعد ثمناً للأصول أو الإنشاءات، ومن ثم فإن قيمته ستكون بطبيعة الحال أقل من القيمة السوقية لهذه الأصول أو تلك الإنشاءات وغيرها، حيث لا يجوز البتة أن يكون مساوياً، وإلا كان في ذلك مكافأة لشركة المشروع المخلة على إخلالها الذي أدى إلى الإنهاء المبتسر لعقد المشاركة[٣١].

الصورة الثانية: الاستيراد للمصلحة العامة:

وهى الصورة الثانية من صور الإنهاء المبتسر لعقد المشاركة ويقال له الإنهاء بسبب المصلحة العامة Terminate for reasons public interest أو الإنهاء للملاءمة[٣٢] Termination for Convenience، ويعني إنهاء عقد المشاركة قبل نهاية مدته بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة، حتى ولو لم يكن ثمة وقوع خطأ من جانب المستثمر أو شركة المشروع.

إذ حق جهة الإدارة المتعاقدة في الاسترداد على هذا النحو، هو حق أصيل سواء نص عليه في عقد المشاركة أو لم ينص عليه مادام ذلك تقتضيه المصلحة العامة، وعلة ذلك تكمن– طبقاً لما ارتآه البعض– أن الإدارة بوصفها مسئولة عن حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياته، إذ قد ترى الإدارة عدم فائدة الاستمرار في تنفيذ عقد المشاركة، أو في الإبقاء على هذا العقد بعد أن أصبح غير متلائم مع احتياجات المرفق العام، أو عندما يكون الاستمرار في تنفيذ يمثل تبديداً للأموال العامة، في هذه الحالات يكون للإدارة حق إنهاء العقد بإرادتها

الحقوق جامعة القاهرة، ص ٢٦٥؛ د. عبد البديع، صلاح (١٩٩٢)، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الزقازيق، ص ١١٠٢.

وفي ذلك أشارت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL.

"It is advisable to set forth the details of the Formula for Financial compensation in the project agreement (that is, whether it covers the break-up value of the asset or lesser of the outstanding debt and the after native us value). See UNCIRAL, Legislative Guide on privately Financed infrastructure projects".

[٣١] د. هنداوى، حسن (٢٠٠٧)، مشروعات B.O.O.T القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٥٦١.

[32] For more details in this context, see UNCITRAL, Document No. A/CN. 9/458/add.7.

(ISSN: 2537- 0758)

المنفردة، وبرغم عدم وقوع خطأ من المتعاقد معها[٣٣].

وإذا كان حق جهة الإدارة في الاسترداد، أي في إنهاء عقد المشاركة إنهاء مبتسراً حقاً أصيلاً ومعترفاً به لها حتى وإن لم ينص عليه في العقد، إلا أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال– UNCITRAL) ترى أنه من الأهمية ضرورة النص على هذا الحق في اتفاق المشروع أو عقد المشاركة لما لهذا النص من قيمة تنظيمية في بيان وإيضاح أحوال هذا الإنهاء أو الاسترداد وكيفية إجرائه وتحديد أثره إلى غير ذلك من الأمور.

وقد أخذ المشرع المصري ذلك بعين الاعتبار؛ إذ تنص المادة (٣٤) من القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ على أنه: " يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة عامة ما يأتي:

(ك) الحالات التي يحق فيها للجهة الإدارية الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المترتبة على استخدام هذا الحق.

(ل) تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفردة أو الإنهاء المبكر أو الجزئي.

كما أن المشرع الفرنسي في الفقرة (H) من المادتين ١١، ١٢– ١٤١٤ من الأمر المنظم لعقد المشاركة والمعدل عام ٢٠٠٨ وتقنين الإدارات المحلية، على حق جهة الإدارة في إنهاء العقد للمصلحة العامة[٣٤].

وإذا قررت الإدارة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة فلا يملك المتعاقد معها أو قاضي العقد التعقيب على قرارها، لأن كليهما ليس له الحق في الحلول محلها، وتقدير مدى ملاءمة الاستمرار في تنفيذ العقد أو إنهائه لمقتضيات المصلحة العامة[٣٥]، إلا أن

---

[٣٣] د. على، إبراهيم (٢٠٠٣)، آثار العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٣٨.

[٣٤] وجاء بالفقرة H ما نصه:

Le contrat implique des clauses relatives: " h Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une decision unilatérale de la personne publique, à la modification des certains aspects du contrat ou à sa résiliation notamment pour tenir compte de l'évolution des besions de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le coconractant".

[٣٥] د. خليل، عادل (١٩٩٩)، العقود الإدارية، آثارها وتنفيذها، الإسكندرية– مصر، دار الثقافة الجامعية، ص ٣٨٢.

هذا الحق يقابله حق الجهة المتعاقد معها (شركة المشروع) في التعويض عما لحقها من أضرار بسبب الاسترداد طبقاً للقواعد العامة في التعويض؛ إذ قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري– في هذا الصدد– " أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه..."[٣٦].

النهاية المبتسرة لعقد المشاركة بالإرادة المنفردة لشركة المشروع

تنص المادة (٣٤) من القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه:

"يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يلي:

(ي) مدة العقد، وحالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة".

ويستفاد من سياق الفقرة (ي)– سالفة الذكر– أن المشرع المصري أجاز أن يكون لشركة المشروع– طبقاً لبنود عقد المشاركة– الحق في إنهاء هذا العقد بإرادتها المنفردة، وهو يختلف بطبيعة الحال عن حق جهة الإدارة في هذا الشأن، ذلك أن هذا الأخيرة– كما سبق بيانه– إنما هو حق أصيل لجهة الإدارة، تستطيع أن تباشره سواء ورد النص عليه في القانون أو العقد أم لم يرد، بل ودون أن ترتكب شركة المشروع أية مخالفة طالما أنها تستند في خصوصه للمصلحة العامة، أما حق شركة المشروع في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة فهو حق مقيد بضرورة أن ينص عليه في القانون أو العقد، وإلا لم استطاعت أن تلجأ إليه إلا للقوة القاهرة، كما أنه مقيد في أسبابه التي يجب أن تذكر بدقة وعلى سبيل الحصر في القانون أو في اتفاق المشاركة المنظم لمشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، وهى أسباب استثنائية أشارت إلى جانب منها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسيترال– UNCITRAL" وهي:

١– إخلال جهة الإدارة أو أي من السلطات العامة الأخرى بالتزاماتها وفقاً لعقد المشاركة إخلالاً جسيماً.

٢– التكلفة العالية التي تتحملها شركة المشروع نتيجة إلزامها بتعديلات أو تغييرات، بناء على أوامر أو أية تصرفات صادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة، أو نتيجة تغييرات غير متوقعة في إطار الظروف التي تحيط بتنفيذ عقد المشاركة.

بل إن حق شركة المشروع في الإنهاء بالإرادة المنفردة ليس فقط مقيد بضرورة

---

[٣٦] حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠ أبريل ١٩٥٧، الطعن رقم ٩٧ مجموعة الأحكام الصادرة عنها السنة الثانية، ص ٩٣٧.

(ISSN: 2537- 0758)

النص عليه في القانون أو العقد أو في أسبابه، بل يتعين عليها لمباشرة حقها في الإنهاء أن تلجأ أي من وسائل تسوية المنازعات الودية أو القضائية المتفق عليها لتحصل على قرار أو حكم بالإنهاء[٣٧].

الفرع الثاني
إنهاء عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص السعودي

تطرقت المادة (الثامنة والعشرون) من نظام التخصيص إلى مسألة إنهاء عقد الشراكة؛ إذ تنص على أنه:

"مع مراعاة الأحكام التعاقدية ذات العلاقة، للجهة التنفيذية– بعد الحصول على موافقة الجهة المختصة– إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص والعقد التابع أو أي منهما بالإرادة المنفردة قبل انتهاء مدته في أي من الحالات الآتية:

أ– إخلال الطرف الخاص بتنفيذ التزاماته التعاقدية الجوهرية، أو عجزه عن تحقيق مستوى الجودة المتفق عليه، وذلك بعد إخطاره كتابة بهذا الإخلال، وعدم تصحيحه لأوضاعه خلال الفترة المحددة في الإخطار، ويحدد العقد الالتزامات الجوهرية للطرف الخاص.

ب– إفلاس الطرف الخاص، أو تصفيته.

ج– إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

د– أي حالات أخرى يحددها العقد.

٢– يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو العقد التابع الآثار المترتبة على إنهائه بالإرادة المنفردة قبل انتهاء مدته في الحالات الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة، ويجوز أن يتضمن العقد تحديدا لنطاق التعويض الذي يستحقه الطرف الخاص نتيجة لإنهاء العقد، أو آلية احتسابه.

٣– مع مراعاة أحكام العقد ذات العلاقة، يجوز أن يحدد العقد نطاق التعويض عن الكسب الفائت الذي يستحقه الطرف الخاص في حال إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لسبب مرتبط بالجهة التنفيذية دون وقوع إخلال من الطرف الخاص."

ويرى الباحث– في ضوء ما تم سرده من فقرات أصلية (فقرات ثلاث) وكذا من فقرات فرعية (فقرات أربع) متفرعة من الفقرة (١)– فإن تناول إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يقتضي للإلمام به من كافة جوانبه، استعراضه من خلال

(37) See UNCITRAL, Document A.CN.9/471/Add.6.

النقاط الآتية:

أولاً: الإطار النظامي لضوابط إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

الفقرة (١)– سالفة الذكر– من المادة (الثامنة والعشرين) وإن أجازت للجهة التنفيذية إنهاء عقد الشراكة بموجب إرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته، إلا أن سلطة الجهة التنفيذية في تقرير ذلك الإنهاء ليست مطلقة، بل مقيدة بعدة ضوابط يتعين توافرها حتى يتسنى لها إنهاء عقد الشراكة، **وتتمثل تلك الضوابط في الآتي:**

١– استهلت الفقرة (١) بعبارة "مع مراعاة الأحكام التعاقدية ذات العلاقة" وهو ما يمثل الضابط الأول.

٢– يتعين على اللجهة التنفيذية برفع مقترح إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى الجهة المختصة ذات العلاقة لطلب الموافقة، ثم صدور الموافقة من هذا الأخير، وهو يمثل الضابط الثاني.

٣– لا تتربص الجهة التنفيذية انتظار اقتضاء المدة الأصلية لعقد الشراكة، بل لا تعبأ بتلك المدة وانتهاء عقد الشراكة نهاية طبيعية، وتقوم الجهة التنفيذية– بعد توافر الضابطين سالفي الذكر– بإنهاء عقد الشراكة قبل أن يتم مدته الأصلية، وهو ما يعد انتهاءً مبتسراً، كما سبق تبيانه–.

٤– ويرى الباحث أن إقدام الجهة التنفيذية لإنهاء عقد الشراكة انتهاءً مبتسراً بإرادتها المنفردة، تكمن علته في أن الجهة التنفيذية بحسب كونها مسئولة عن حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وتجنبها لأي إخلال يفضي إلى تعطلها أو توقفها. لذا قد ترى اللجنة التنفيذية عدم وجود فائدة مُثلى في تنفيذ عقد الشراكة، أو في الإبقاء على ذلك العقد بعد أن أصبح غير متلائم– البتة– مع احتياجات المرفق العام للتطورات التقنية الحديثة. ومن هذا المنظور يكون للجهة التنفيذية إنهاء عقد الشراكة انتهاءً مبتسراً دون انتظار استكمال مدته الأصلية.

٥– أن المنظم السعودي حرص على تقرير حق يقتصر على الجهة التنفيذية وحدها بموجب نص نظامي صريح في هذا الشأن لإنهاء عقد الشراكة انتهاءً مبتسراً وهو ما يعنى أن الطرف الخاص– في إطار عقد الشراكة– يتجرد من ثمة أي حق في هذا الخصوص. ومن ثم، ليس في مكنة الطرف الخاص الادعاء بأن المنظم السعودي أهدر حقه في مسألة الإنهاء، لأن الطرف الخاص قبل التوقيع على عقد الشراكة– من المفترض أنه قام باستشارة مستشاريه القانونيين– الذين اطلعوا على نصوص نظام التخصيص ولاسيما ما جاء بالمادة (الثامنة والعشرين) من ذات النظام– وعلى

(ISSN: 2537- 0758)

أثر ذلك قام الطرف الخاص بموجب إرادته الحرة الكاملة على توقيع عقد الشراكة الذي يسري عليه نظام التخصيص. لذا، فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين Pacta Sunt Servanda تحول إقدام الطرف الخاص على ذلك.

ثانياً: المحل الذي يرد عليه الإنهاء المبتسر:

يستخلص ذلك المحل مما جاء بالشطر الثاني من الفقرة (١) سالفة الذكر– والذي نص "... إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص والعقد التابع أو أي منهما...".

ومن ثم، يتمثل المحل الذي يرد عليه الإنهاء المبتسر من جانب الجهة التنفيذية في الآتي:

- إما عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص والعقد التابع معاً[٣٨].
- وإما يرد الإنهاء المبتسر على عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وحده فحسب، وإما على العقد التابع دون العقد الأول.

ثالثاً: حالات إنهاء عقد الشراكة بالإرادة المنفردة

تأخذ النهاية المبتسرة لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من جانب الجهة التنفيذية بمقتضى إرادتها المنفردة إحدى الحالات عددتها الفقرات المطلبية الأربعة سالفة الذكر– من الفقرة (١) من المادة (الثامنة والعشرين) من نظام التخصيص وهي:

أ- إخلال الطرف الخاص بتنفيذ التزاماته التعاقدية الجوهرية، أو عجزه عن.....

وبمطالعة سياق الفقرة المطلبية (أ) يتضح أنها تتضمن سببين للإنهاء المبتسر.

السبب الأول: إخلال الطرف الخاص بتنفيذ التزاماته التعاقدين الجوهرية:

يلاحظ أن النص لم يكتف بإخلال الطرف الخاص بالتزاماته التعاقدين فحسب، بل وصف تلك الالتزامات بالجوهرية– ومن ثم مسلك المنظم السعودي يماثل نظيره المصري

---

(٣٨) جاء بالمادة (الأولى) من نظام التخصيص ما نصه:

"يقصد بالألفاظ والعبارات الآتية– أينما وردت في هذا النظام– المعاني الموضحة أمام كل منها ما لم يقتض السياق غير ذلك:

...؛ ...؛ ...؛ ...؛

العقد التابع: عقد مرتبط بعقد التخصيص، ولازم لتنفيذ مشروع التخصيص، يتم إبرامه نيابة عن الحكومة مع الطرف الخاص، أو أي طرف ثالث".

على النحو السالف بيانه– هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، أنه للحيلولة لحدوث خلاف حول متى يعتبر الالتزام التعاقدي جوهرياً من عدمه، فإن النص أشار إلى أن عقد الشراكة يحدد الالتزامات الجوهرية للطرف الخاص. وهو نهج صائب من المنظم السعودي من منظور حرصه على عدم حدوث منازعات في هذا الشأن. وهذا يعني أنه عند صياغة بنود عقد الشراكة، فإنه يتعين تخصيص بند خاص لبيان الالتزامات التعاقدية الجوهرية التي تقع على عاتق الطرف الخاص.

السبب الثاني: عجز الطرف الخاص عن تحقيق مستوى الجودة المتفق عليه:

ويرى الباحث أن المنظم السعودي حرص– قبيل صياغة تلك الالتزامات– على الاستئناس بصياغة نظيره المصري في هذا الشأن، وإن كانت صياغة المنظم السعودي لهذا السبب غير مطابقة حرفياً لصياغة القانون المصري، إلا أنها تتطابق من منظور المضمون والدلالة.

وقد أوجب المنظم السعودي– لقيام اللجنة التنفيذية بالاستناد لأيٍ من السببين سالفي الذكر– أن تقوم بإخطار الطرف الخاص كتابةً بهذه الإخلال، وعدم تصحيحه لأوضاعه خلال الفترة المحددة في الإخطار.

وفي وجوب أن يكون إخطار الطرف الخاص كتابة، فإن ذلك يجعل الإخطار يتسم بالطابع الشكلي، باستلزامه الكتابة ركناً في الإخطار لازم لوجوده، لا يقوم بدونه، ولا يصح من غيره ad validitatem، ولا ينتج أثاره، وبالتالي، إن أي إخطار لا يكون مكتوباً يعد باطلاً لا أثر له، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، إن كتابة الإخطار يعد مجرد وسيلة لإثبات التنبيه على الطرف الخاص لتصويت أوضاعه ومن ناحية ثالثة وأخيرة إن إنكار الطرف الخاص– إزاء الإخطار المكتوب– يكون غير ذي فعالية ولا يعتد به.

ومن ثم، فإن مهما يكن من أمر، فالبادئ من علة استلزام الكتابة، تكمن في إنهاء عقد الشراكة بالإرادة المنفردة يعد من التصرفات القانونية ذات الآثار الخطيرة.

ولا شك أن وجود إخطار الطرف الخاص كتابة هو أمر صائب ومحمود من المنظم السعودي، مما يتطلب أن يعطى الطرف الخاص مهلة زمنية– محددة بالإخطار– حتى يتسنى له أن يبادر بتصحيح أوضاعه.

فإذا انقضت المهلة المحددة لذلك دون أن يقوم الطرف الخاص بإصلاح الخلل، فإنه يصبح من حق الجهة التنفيذ إنهاء عقد الشراكة بإرادتها المنفردة.

٢– جاء بالفقرة المطلبية (ب) ما نصه:

(ISSN: 2537- 0758)

"إفلاس الطرف الخاص، أو تصفيته.

وما جاء بالفقرة المطلبية على هذا النحو يمثل الحالة الثانية، والتي تتضمن أحد أمرين:

الأول: إفلاس[٣٩] الطرف الخاص:

ولمعرفة إفلاس الطرف الخاص فإن ذلك يقتضي اللجوء إلى نظام الإفلاس الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٠) التاريخ ١٤٣٩/٥/٢٨هـ- ٢٠١٨م، وقد جاء بالمادة (الأولى) في إطار تعريف المفلس- بأنه "مدين استغرقت ديونه جميع أصوله" وهو ما يعني أنه متى استغرقت ديون الطرف الخاص جميع أصوله يكون مرجحاً بصدور حكم بشهر إفلاسه. في هذه الحالة يكون من حق اللجنة التنفيذية إنهاء عقد الشراكة بإرادتها المنفردة.

الثاني: تصفية الطرف الخاص: ويقصد به طبقاً لما جاء بالمادة (الأولى) من نظام الإفلاس بأن التصفية هي إجراء يهدف إلى حصر مطالبات الدائنين وبيع أصول التفليسة وتوزيع حصيلته.

٣- جاء بالفقرة المطلبية (ج) ما نصه "إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك".

وما جاء بالفقرة المطلبية (ج) على هذا النحو يمثل الحالة الثالثة من حالات الإنهاء المبتسر[٤٠].

٤- جاء بالفقرة المطلبية (د) ما نصه:

"أي حالات أخرى يحددها العقد".

---

[٣٩] ذهب جانب من الفقه إلى أن الإفلاس- Failite يعنى بصفة عامة انتقال المدين من حالة اليسر إلى حالة العسر، بما يفهم منه أنه في حالة عجز مالي. وفي المعنى القانوني هو أسلوب نص عليه القانون للتنفيذ على أموال المدين نتيجة توقفه عن دفع ديونه بقصد تصفية أمواله تصفية جماعية لصالح دائنيه، وتحقيق المساواة بينهم حيث يتم التصفية لتوزيع ناتجها على الدائنين قسمه غرماء طالما تساوت مراكزهم القانونية. وخلص إلى أن الإفلاس إجراء جماعي، على خلاف نظام عدم الوفاء في القانون المدني الذي يطلق عليه الإعسار déconfiture والذي يقوم على أساس ممارسة كل دائن بمفرده دعواه ضد مدينه لاستيفاء حقوقه. أنظر د. القليوبي، سميحة (٢٠١٥م)، أحكام الإفلاس، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٥.

[٤٠] من منظور حرص الباحث على إتباع نهج عدم التكرار والإطناب مما يهدر الجهد وإضاعة الوقت، لذا، فإنه يحيل إلى ما سبق تناوله في هذا الشأن في إطار القانون المصري.

ويرى الباحث أن عبارة "أي حالات أخرى".

تفصح بجلاء أن المنظم السعودي وإن نص على تعداد حالات الإنهاء المبتسر لعقد الشراكة، فإن هذا التعداد كان على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى جاء النص الكامل للفقرة المطلبية (د) بقولها: "أي حالات أخرى يحددها العقد". ومن هنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية صياغة عقد الشراكة لذكر تلك الحالات الأخرى؟

إن الإجابة على ذلك التساؤل– من وجهة نظر الباحث– تكون بالنفي، ويعزى ذلك إلى أن صياغة الفقرة (د) يشوبها القصور وتفتقد الدقة؛ إذ يتعذر– في إطار تلك الصياغة– أن تستوعب ما قد يستجد أو يطرأ بشكل غير متوقع من حالات وإن كانت لا تجعل تنفيذ عقد الشراكة مستحيلاً، بل يصبح مرهقاً للطرف الخاص بحيث يهدده بخسارة فادحة. لذا، فإن الباحث– في ضوء ما تقدم– يوصي المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي على الفقرة المطلبية (د)– سالفة الذكر– لتكون صياغتها على النحو التالي:

(د) "أي حالات أخرى يكون لها طابع مماثل للحالات المنصوص عليها في الفقرات المطلبية (أ)، (ب)، (ج)".

(د) الآثار المترتبة على إنهاء عقد الشراكة بالإرادة المنفردة

يتم تناول تلك الآثار من خلال هذين المنظورين:

المنظور الأول: إنهاء عقد الشراكة بالإرادة المنفردة يعزى إلى أيٍ من الحالتين المنصوص عليها بالفقرة المطلبية (أ)

وهذا المنظور الأول يفترض أن إنهاء عقد الشراكة من جانب اللجنة التنفيذية بإرادتها المنفردة له مبرر ومسوغ نظامي يرجع إلى الطرف الخاص قد أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية الجوهرية هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، عجز الطرف الخاص عن تحقيق مستوى الجودة المتفق عليه.

وقد تحدثت الفقرة (٢) من المادة (الثامنة والعشرين) على الأثر المترتب في إطار ذلك المنظور؛ إذ تنص على أن:

"يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو العقد التابع الآثار المترتبة على إنهائه بالإرادة المنفردة قبل انتهاء مدته في الحالات الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة، ويجوز أن يتضمن العقد تحديداً لنطاق التعويض الذي يستحق الطرف الخاص نتيجة

(ISSN: 2537- 0758)

لإنهاء العقد، أو آلية احتسابه".

ويستخلص الباحث من سياق الفقرة (٢)– سالفة الذكر– بعض الاعتبارات القانونية:

١– بالرغم من الطرف الخاص نسب إليه الإخلال بتنفيذ التزاماته التعاقدية الجوهرية، أو عجزه عن تحقيق مستوى الجودة المتفق عليه، وكذا إخطاره كتابة لتصحيح أوضاعه خلال المدة الزمنية المحددة في الإخطار، إلا أن الطرف الخاص لم يكترث بذلك. الأمر الذي يفصح بجلاء عن اقتراف الطرف الخاص خطأ إزاء ما هو منوط إليه من تنفيذ التزامات تعاقدية تقع على عاتقه.

٢– وهذا الخطأ من جانب الطرف الخاص يجعل الجهة التنفيذية– وفقاً للمجرى المألوف والمنطقي– لها الحق في الرجوع على الطرف الخاص لمطالبته عن الأضرار التي لحقت بها، وهذا الوضع يعد طبيعياً ومنطقياً لتقرير حق للجهة التنفيذية بالتعويض، إلا أن الشطر الأخير من الفقرة (٢) جاء نصه " ويجوز أن يتضمن العقد تحديداً لنطاق التعويض الذي يستحقه الطرف الخاص نتيجة لإنهاء العقد، أو آلية احتسابه". ويرى الباحث أن سياق الشطر الأخير على هذا النحو يخالف مقتضيات المنطق؛ إذ جعل هناك تعويض يستحقه الطرف الخاص، وذلك لاعتقاد المنظم السعودي أن مجرد إنهاء عقد الشراكة بالإرادة المنفردة قبل انتهاء مدته ينطوي على خطأ من جانب الجهة التنفيذية. لذا، فإن الطرف الخاص– في هذه الحالة– يستحق التعويض. ويرى الباحث أن اعتقاد المنظم السعودي في هذا الشأن يعد صائباً، إلا أن ذات الاعتقاد لم يجعل المنظم السعودي– في المقابل– أن يفطن أن ثمة خطأ ارتكب من الطرف الخاص على النحو السالف بيانه.

ولذا، يرى الباحث أن إنهاء عقد الشراكة انتهاءً مبتسراً من جانب الجهة التنفيذية له ما يبرره إزاء ما نسب للطرف الخاص على النحو السالف بيانه. ومن ثم، فإن صياغة الشطر الأخير– سالف الذكر– من الفقرة(٢) يفتقد لمعطيات المنطق ومقتضيات العدالة والإنصاف، مما يشوبه بعدم المنطقية وكذا عدم المعقولية، ومما يؤكد رأي الباحث مما جاء بالفقرة (٣)– من ذات المادة(٢٨) من نظام التخصيص– إن سياق الفقرة (٣)– والتي سيتم تناولها في الموضع التالي– يفصح بجلاء على تناقض وتهاتر بينها والفقرة (٢)، كما يعضد من رأي الباحث أيضاً نهج المشرع المصري السالف بيانه في هذا الشأن.

الأمر الذي يتطلب من الباحث أن يوصي المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي يستلزمه المنطق والمعقول على الشطر الأخير ليصبح صياغته كالآتي: "... ويجوز أن يتضمن العقد تحديداً لنطاق التعويض الذي تستحقه الجهة التنفيذية نتيجة ما نسب إلى الطرف الخاص على النحو الموضح بالفقرة المطلبية (أ) من الفقرة(١).

المنظور الثاني: إنهاء عقد الشراكة انتهاءً مبتسرا من جانب الجهة التنفيذية دون وقوع إخلال من الطرف الخاص

هذا المنظور جسدته الفقرة (٣) من المادة (الثامنة والعشرين) من نظام التخصيص؛ إذ تنص على أنه:

"مع مراعاة أحكام العقد ذات العلاقة، يجوز أن يحدد العقد نطاق التعويض عن الكسب الفائت الذي يستحقه الطرف الخاص في حال إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لسبب مرتبط بالجهة التنفيذية دون وقوع إخلال من الطرف الخاص".

ويستخلص الباحث من سياق الفقرة (٣)– سالفة الذكر– بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

- جاء بالشطر الثاني من ذات الفقرة (٣) ما نصه: "... إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لسبب مرتبطة بالجهة التنفيذية دون وقوع إخلال من الطرف الخاص".

نص الشطر الثاني إلى دون وقوع إخلال من الطرف الخاص. عندئذ يثور التساؤل عن سبب إنهاء عقد الشراكة؟

فإن الإجابة على ذلك التساؤل نص عليه الشطر الثاني بوجود سبب ارتأته الجهة التنفيذية هو الذي حدا بها على الإقدام على إنهاء عقد الشراكة. وهذا السبب وإن كان مرتبط بالجهة التنفيذية، إلا أنه عديم الصلة بالطرف الخاص، وبالتالي يكون لهذا الأخير الحق في التعويض إزاء انتهاء عقد الشراكة قبل انتهاء مدته الأصلية وهو ما نص عليه الشطر الأول من الفقرة (٣)؛ إذ ينص ذلك الشطر على أنه:

"مع مراعاة أحكام العقد ذات العلامة، يجوز أن يحدد نطاق التعويض عن الكسب الفائت الذي يستحقه الطرف الخاص".

استخدم الشطر الأول عبارة "الكسب الفائت"، ولا يجد الباحث غضاضة أن تلك

(ISSN: 2537- 0758)

العبارة وردت في نظام المعاملات المدنية[٤١]؛ إذ تنص المادة (السابعة والثلاثون بعد المائة) منه على أن:

"يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب...".

وقد ذهب جانب من الفقه– في إطار تفسير عبارة ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب– إلى أن نص المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري[٤٢] يتبين منه أن التعويض مقياسه الضرر المباشر، والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته. فلو أن شخصاً أتلف سيارة مملوكة لآخر، وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين ألف، فالألف هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة، والمائتان هو الكسب الذي فاته، وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه[٤٣].

وإذا كان الضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهرين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته. من هنا يثور التساؤل عما إذا كان يجوز إغفال أحد العنصرين اكتفاء بالآخر؟

فإن الإجابة على ذلك التساؤل يستخلص مما جاء بالشطر الأول– من الفقرة (٣)– بالإيجاب؛ إذ جاء بذات الشطر ما نصه: " يجوز أن يحدد نطاق التعويض عن الكسب الفائت الذي يستحقه الطرف الخاص". ولاشك إن ما جاء بسياق الشطر الأول يعد أمراً منطقياً ويتفق مع معقولية الأمور؛ إذ أن إنهاء عقد الشراكة انتهاءً مبتسراً أي قبل انتهاء مدته الأصلية– فإن الطرف الخاص يستحق التعويض بخصوص الكسب الذي فاته فحسب، دون أن يعتد بالخسارة التي لحقت به، لأنه لا محل للحديث عن الخسارة في هذا الشأن.

---

[٤١] يراعى نظام المعاملات المدنية صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م٩١) التاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩هـ.

[٤٢] إذ تنص المادة (٢٢١) من القانون المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٤٨ على أن:

"١– إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...".

[٤٣] د. السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٨)، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول مصادر الالتزام)، طبعة منقحة ومستحدثة، القاهرة، إصدار مكتبة نادى قضاة مصر، ص ٨٣٣.

الخاتمة

خلص الباحث من خلال استعراض بعض الجوانب المتعددة والمتنوعة إلى العديد من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

خلص الباحث إلى النتائج الآتية:

١- في إطار تعريف الطرف الخاص يلاحظ أن المنظم السعودي استبعد من نطاق الطرف الخاص الأشخاص الطبيعيين.

٢- في إطار تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص يلاحظ أن المنظم السعودي أحسن صنعاً باختيار مصطلح "ترتيب تعاقدي" بديلاً عن مصطلح "عقد".

٣- أن عقد الشراكة في إطار نظام التخصيص يكون بمنأى إدراجه ضمن العقود الإدارية، بل يندرج في طائفة العقود ذات الطبيعة الخاصة، من منظور الجهة التنفيذية وإن كانت تتقيد بالقيود الواردة في النص النظامي، إلا أنها لا تعبأ بموافقة الطرف الخاص. أو بالأحرى أن الجهة التنفيذية تجري التعديل دون الالتجاء للطرف الخاص للحصول على موافقته في هذا الشأن.

٤- أن المنظم السعودي ترك تحديد مدة عقد الشراكة طبقاً لما تنصرف إليه إرادة الطرفين (القطاع العام والقطاع الخاص) في الاتفاق في هذا الشأن، إلا أن سلطتهما في الاتفاق على تحديد مدة ذلك العقد ليس مطلقة، بل مقيدة بعدم تجاوز مدته الأصلية عن ثلاثين سنة.

٥- أن المنظم السعودي قرر للجهة التنفيذية الحق في إنهاء عقد الشراكة بموجب إرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته، إلا أن سلطة الجهة التنفيذية في تقرير ذلك الإنهاء ليست مطلقة، بل مقيدة بعدة ضوابط يتعين توافرها حتى يتسنى لها إنهاء عقد الشراكة.

ثانياً: التوصيات

خلص الباحث إلى التوصيات الآتية:

١- يوصي الباحث المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي على تعريف "الطرف الخاص" ليكون مجرد شركة مساهمة فحسب.

(ISSN: 2537- 0758)

٢- يوصي الباحث المنظم السعودي بضرورة إجراء تعديل نظامي على المادة (٢٠) وذلك بتحديد سقف زمني محدد لا يجوز تجاوزه في حالة تمديد عقد الشراكة أو تجديده، ويقترح الباحث أن تكون المدة الإجمالية لا تجاوز ضعف المدة الأصلية لعقد الشراكة كحد أقصى.

٣- يوصي الباحث المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي على الفقرة المطلبية (د)- سالفة الذكر- لتكون صياغتها على النحو التالي: أي حالات أخرى يكون لها طابع مماثل للحالات المنصوص عليها في الفقرات المطلبية (أ)، (ب)، (ج) من الفقرة (١) من المادة (الثامنة والعشرين).

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ- المراجع المتخصصة:

١- د. الرشيدي، عادل، (٢٠٠٧)، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المفاهيم- النماذج- التطبيقات)، الطبعة الثانية، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية وهى منظمة منبثقة من جامعة الدول العربية.

٢- دكتور مستشار/ إسماعيل، محمد (٢٠٠٩)، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، القاهرة، دار النهضة العربية.

٣- د. السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٨)، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول مصادر الالتزام)، طبعة منقحة ومستحدثة، القاهرة، إصدار مكتبة نادى قضاة مصر.

٤- د. الشرقاوي، محمود (١٩٩٤)، العقود البحرية، القاهرة، دار النهضة العربية.

٥- د. الطماوى، سليمان (١٩٨٤م)، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي.

٦- د. القليوبي، سميحة (٢٠١٥م)، أحكام الإفلاس، القاهرة، دار النهضة العربية.

٧- د. بطيخ، منى، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة P.P.P (٢٠١٥) الطبعة الأولى- القاهرة، دار النهضة العربية.

٨- د. جعفر، أنس، (٢٠٢١م)، العقود الإدارية مع دراسة العقود الـ B.O.T وعقود الشراكة مع القطاع الخاص، الطبعة السادسة، القاهرة، دار النهضة العربية.

٩- د. خليل، عادل (١٩٩٩)، العقود الإدارية، آثارها وتنفيذها، الإسكندرية- مصر، دار الثقافة الجامعية.

١٠-د. سرى الدين، هاني، (٢٠٠١م)، التنظيم القانوني التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية.

١١-د. صيام، سرى، (٢٠١٥م)، صناعة التشريع "الكتاب الأول- المعايير الحاكمة للتشريع"، القاهرة، دار النهضة العربية.

١٢-د. طاجن، رجب، (٢٠١٠م)، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص،

(ISSN: 2537- 0758)

القاهرة، دار النهضة العربية.
١٣-د. عطية، نعيم، (١٩٩٦)، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية، القاهرة، دار النهضة العربية.
١٤-د. على، إبراهيم (٢٠٠٣)، آثار العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية.
١٥-د. فوزى، صلاح الدين، (٢٠١٨)، عقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العام ونظام التحكيم، القاهرة، دار النهضة العربية.
١٦-د. محمود، رجب، (٢٠١٠م)، عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص، الطبعة، القاهرة، دار النهضة العربية.
١٧-د. هنداوى، حسن (٢٠٠٧)، مشروعات B.O.O.T القاهرة، دار النهضة العربية.

ب- رسائل الدكتوراه:

١-د. عبد البديع، صلاح (١٩٩٢)، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الزقازيق.
٢-د. فياض، عبد المجيد (١٩٧٤)، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية:

1- Kolzow, David (1994), Public Private Partnerships, the economic development, review, winter, volume 12.
2- Tinsley, Richard (1996), Project Finance project feasibility and credit factors, Euromoney Publications Project Financing relies on accurate forecasts of cash flows, the primary source of repayment.