

عقد مشاركة القطاع الخاص في

مشروعات البنية الأساسية

والخدمات والمرافق العامة

دكتور

هشام عبد المنعم عكاشة

أستاذ القانون العام المساعد

المقدمة وأهمية الموضوع :

أدى التطور على المستوى القانوني والمستوى الاقتصادي إلى إيجاد فرع جديد لدراسات القانون العام يطلق عليه القانون العام الاقتصادي يهتم في الأساس بتنظيم الدور الذي تقوم به الدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية .

فيشمل ذلك الفرع مجموعة القواعد التي تنظم الجوانب القانونية التي تحكم تنظيم وتنمية النشاط الاقتصادي والصناعي الذي تديره الدولة .

وتعد المرافق العامة أحد أهم فروع هذا القانون لأنه يهتم بدراسة مختلف أنواع المرافق من حيث الإنشاء والنظام القانوني وطرق الإدارة سواء بواسطة الدولة او القطاع الخاص .^١

ويمثل عقد الشراكة آخر حلقات التطور القانوني للقانون الإداري الاقتصادي حيث يعد هذا العقد ذو أهمية كبيرة بإعتباره أحد أهم أنواع العقود الإدارية التي إهتمت بها الحكومة في مجال التنمية الاقتصادية لتفعيل دور القطاع الخاص .

(١) أنظر على سبيل المثال F.servoin , ?Droit administrative de

l'economie,Pu Grenoble , 1996 P.Delvolve, Droit public de l'conomie , Dalloz 1998 A.G kouevi , le droit des interventions economiques des collectivites locales , LGDJ , paris 2003

وقد إستجاب المشرع للتطورات الحديثة فى مجال القانون العام الإقتصادى فى عام ٢٠١٠ وأصدر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم عقد الشراكة للقطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ، ونشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية فى عددها رقم ١٩ مكرر أ بتاريخ ١٩ مايو ٢٠١٠ ، وأعقب ذلك قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة^١ .

وبدأوا نود أن نحيط بأن عقد الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص ما هو إلا عقد إدارى ذو طبيعة خاصة يعهد بمقتضاه أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعه للدولة إلى أحد أشخاص القانون الخاص للقيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الإستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها وإستغلالها وصيانتها طوال المدة المحددة فى العقد فى ضوء طبيعة الإستثمار أو طرق التمويل وذلك فى مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية .

وتبدو أهمية هذا العقد من حيث انه يجمع ولأول مرة بين القطاعين العام والخاص من أجل تحقيق هدف محدد يخضع لإجراءات حددها المشرع تتمثل فى قيام متعاقد جهة الإدارة بإنشاء وصيانة أحد مشروعات البنية الأساسية مقابل الحصول على مقابل مالى يأخذ صورة إيجار يرتبط

(١) راجع بشأن القانون الإدارى الإقتصادى الجديد مؤلف م د / محمد عبد المجيد إسماعيل بعنوان القانون العام الإقتصادى

والعقد الإدارى الدولى الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠ ص ١٣ وما بعدها .

أحيانا بطبيعة الإستثمار والإنشاءات التى يقيمها المتعاقد وما يبذله من عناية لإنجازها وفقا لما تم الإتفاق عليه .

وقد تضمنت المادة الأولى والثانية من القانون المذكور تعريف لهذا العقد على النحو الذى سنعرضه فيما بعد .

وتتضح أهمية هذا النموذج من العقد أيضا من أنه يبيح للدولة أن تخفض حجم مديونيتها مع الإستمرار فى إقامة مشروعات أساسية وهامة تفعل أهداف التنمية الإقتصادية والإجتماعية التى تبتغيها الدولة .

ومن الاهمية أيضا فى هذا النموذج التعاقدى أنه يحقق مزايا كبيرة للمتعاقد مع الإدارة ، حيث إن طول الفترة التعاقدية بسبب الطبيعة المركبة لعقد الشراكة يسمح لهذا المتعاقد بإبرام عقود كثيرة تؤدى إلى رواج فى إستثماراته ورفع نسبة أرباحه ، وتساعد من ناحية أخرى على تحقيق الرواج الإقتصادى والمالى عن طريق القروض التى يبرمها المتعاقد لغرض التمويل^١ .

وتبدو أهمية هذه الدراسة أيضا - وبصفة خاصة - فى الدول النامية والتى تعاني مشكلات إقتصادية ومالية كبيرة تعوق عجلة التنمية الإقتصادية والإجتماعية ، فهذا النوع من العقود يساعد تلك الدول من خلال اللجوء إلى القطاع الخاص على إقامة وتجهيز وتشغيل العديد من الأنشطة ذات الصلة بالخدمات الأساسية للمواطنين دون ضغوط إضافية

(١) راجع فى ذلك د/ رجب طاجن - عقود المشاركة بين القطاعين الحكومى والخاص ، دار النهضة العربية ٢٠١٠ ص ٦

على الموازنة العامة للدولة ودون اللجوء إلى الإقتراض الداخلى أو الخارجى .

ويبدو أن المشرع الفرنسى قد تنبه إلى أهمية هذا النموذج من العقود الإدارية وقام بإحاطتها بإطار تشريعى بالإضافة إلى الإطار اللائعى ، حيث إحتوى هذا الإطار التشريعى على وصف تفصيلى عام للعملية العقدية لهذا النموذج بدءا من إجراءاتها التمهيدية مرورا بتوقيع العقد وتنفيذه وفض المنازعات التى يمكن أن تنشأ خلال أى من هذه المراحل.

ورغم تلك الأهمية التى ذكرناها لهذا النموذج التعاقدى ، إلا أن ذلك لا يحول دون أن نقرر أن هناك من السلبيات لذلك العقد ، والتى نأمل أن يتداركها المشرع فى القريب العاجل بإذن الله .

ومن أهم تلك السلبيات ، نلاحظ التعارض بين أهداف الإقتصاد الخاص وأهداف القطاع الحكومى ، إذ يهدف الأول إلى الزيادة من أرباحه ويهدف الثانى إلى تحقيق التنمية العامة للمجتمع والقضاء على الفقر أو تخفيض نسبته على الأقل ، وهما طرفى نقيض يصعب التوفيق بينهما بسهولة فى إطار مشروع واحد .

كما أن إتساع حجم بعض المشروعات التى تنفذ بنظام عقد الشراكة وإرتفاع تكلفتها بشكل كبير وبصفة خاصة فى مجالات هامة كالطاقة والمطارات والمياه والصحة قد يؤدى ذلك إلى تحميل الدولة لبعض المخاطر الإضافية فى صورة معونات حكومية تساعد بها المتعاقد معها لتفادى العقبات التى تهدد المشروع .

وبالإضافة إلى ما سبق فإن إرتفاع القيمة الإجمالية لعقد الشراكة فى بعض مجالات البنية الأساسية كالمشروعات التى ذكرناها سابقا قد يؤدى إلى رفع قيمة الخدمة النهائية المقدمة للمواطن بما يحول بين الدولة وبين تنمية الطبقات الإجتماعية الفقيرة ويحد بالتالى من أهمية الاهداف التى يسعى إلى تحقيقها مثل هذا النوع من العقود .

وأخيرا فإن عقد الشراكة يمكن أن يؤدى بالمتعاقدين إلى وضع الأفضلية شبه الإحتكارى حتى ولو لم يجعله فى وضع إحتكارى بالمعنى القانونى السليم لذلك النظام ، مما يؤثر سلبا على القواعد التى تنظم حرية المنافسة .

ونحن نؤكد من البداية على أن الإعداد الفنى القانونى السليم لذلك النموذج من العقود يساعد فى تحقيق الأهداف التى سبق وأن عرضناها ويؤدى أيضا إلى تفادى السلبيات التى أشرنا إليها ، فعقد الشراكة يتضمن عملية عقدية مركبة تتطلب تضافر العديد من الخبرات الإقتصادية والمالية والفنية والقانونية حتى يمكن لنا الوصول إلى صيغة نهائية مرضية لكل من طرفى هذا العقد (جهة الإدارة ومتعاقد القطاع الخاص) .

وغنيا عن البيان أن التنظيم القانونى الفرنسى لهذا النموذج العقدى قريب الشبه إلى حد كبير مع تنظيم هذا العقد فى القانون المصرى وذلك لأن القانون المصرى ينتظم ويتوافق مع القانون الفرنسى فى رابطة قانونية واحدة هى رابطة القانون اللاتينى ، كما أن للقانون الفرنسى أثر كبير فى القانون المصرى من مختلف النواحي التشريعية والفقهية والقضائية، بما يسمح لنا من الإستفادة من التقدم التشريعى الذى بلغه القانون

الفرنسي . على الرغم من أن المشرع الفرنسي في تقنيته لعقد الشراكة إستقى أحكامه من القانون الإنجليزي في مختلف جوانبه مع إدخال بعض السمات القانونية الفرنسية بما يساعد على إنجاح هذا النموذج العقدي في البيئة القانونية الفرنسية^١ .

خطة الدراسة :-

إستنادا إلى الأفكار السابقة فإننا سنعالج عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص في خمسة فصول يسبقهم فصل تمهيدى على النحو التالى :-

الفصل التمهيدي :-

التطور التاريخى لنشأة عقد الشراكة فى إنجلترا وفرنسا ومصر .

الفصل الأول :-

ماهية عقد الشراكة وأهدافه والطبيعة القانونية له .

الفصل الثانى :-

إجراءات إبرام عقد الشراكة .

الفصل الثالث :-

التحكيم فى منازعات عقود الشراكة.

¹ تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من العقود قد نشأ أولا فى القانون

الإنجليزى فى بداية التسعينات من القرن الماضى .

الفصل الرابع :-

الأحكام الموضوعية لعقد الشراكة .

الفصل الخامس :-

نهاية عقد الشراكة .

ونختم تلك الدراسة الهامة ببعض النتائج والتوصيات التي سنخلص إليها
بإذن الله تعالى .

الفصل التمهيدي

التطور التاريخي لنشأة عقد الشراكة

يعد نظام عقود الشراكة من الأنظمة الحديثة لأنماط مشاركة القطاع الخاص في مشروعات الدولة وتخفيف الأعباء المالية عن كاهل الموازنة العامة وليس هذا في الدول النامية فحسب وإنما كذلك في الدول الأوروبية كما هو الحال في المملكة المتحدة حيث نشأ هذا النظام ثم في فرنسا .

وهذا العقد يعد أحد الصور والمستجدات بالقانون العام (الإداري) الإقتصادي ويسمى هذا العقد في النظام القانوني الإنجليزي Private Finance ويسمى في القانون الفرنسي Partenariat public prive.

ولعل هذه العقود نشأت بداءة في كنف النظام القانوني الإنجليزي في تسعينات القرن الماضي وانتقلت منه إلى النظام القانوني الفرنسي فهو نظام يخفف العبء عن كاهل ميزانيات الدولة حيث تعاني دول العالم الثالث من عجز في موازنتها في الأغلب الأعم من الأحوال فتجد هذه الدول في هذا النظام خير عون لها حيث يمول هذا النظام مشروعات البنية الأساسية وغيرها من مشروعات المرافق العامة الأمر الذي يسهم في خطة الدولة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية .

يعرف عقد الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص بأنه " عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة تتعلق بتمويل مشروع من مشروعات المرفق العام وإدارتها وإستغلالها وتشغيلها وصيانتها تبعا لذلك طوال مدة العقد مقابل جعل مادی تدفعه إليه جهة الإدارة بشكل متتالي طوال مدة العقد "

ونقوم بمعالجة هذا الفصل التمهيدي من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :-

المطلب الأول :- نشأة عقد الشراكة في المملكة المتحدة .

المطلب الثاني :- نشأة عقد الشراكة في فرنسا .

المطلب الثالث :- ظهور عقود الشراكة في القانون المصري .

المطلب الأول

نشأة عقد الشراكة في المملكة المتحدة

تعد المملكة المتحدة (إنجلترا) هي مهد نظام عقود الشراكة حيث بدأ الحديث عنها سنة ١٩٩٠ في عهد أقوى رؤساء الوزارات في إنجلترا في العصر الحديث مارجريت تاتشر والتي كانت تلقب بالمرأة الحديدية.

فقد أجريت بعض الدراسات الاقتصادية والقانونية إنتهت إلى ضرورة السماح للقطاع الخاص بتمويل الإنشاءات العامة والبنية الأساسية من منطلق التخفيف على كاهل الموازنة العامة للدولة ، وذلك عن طريق عقد يسمح للقطاع الخاص الحصول على حقوقه المالية بطريقة آجلة ومجزأة لا ترتب أعباء جسيمة على الدولة^١.

وقد تمت الموافقة من قبل السلطات المختصة على هذه الدراسات وسمى العقد الناشئ عنها Private Finance Initiative ويرمز له اختصاراً P. F. I ويقابلها باللغة الفرنسية (P.P.P) partenariat public prive وتعنى عقود مشاركة القطاع الخاص الإدارات الحكومية في المشروعات العامة ورغم ظهور هذا العقد عام

(١) المستشار الدكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل - القانون العام الإقتصادى - منشورات الحلبي الحقوقية - ص ١٧٧ .

١٩٩٠ إلا أن التطبيق الفعلي لهذه العقود لم يبدأ إلا في عام ١٩٩٢ بعد إلغاء الحكومة للقواعد التي كانت سارية في عام ١٩٨٩ التي كانت تجعل العبء الأكبر في تمويل الإنشاءات العامة للأموال العامة وليست للقطاع الخاص حيث أصبح الاتجاه يذهب إلى تمويل القطاع الخاص لمثل هذه المشروعات دون اللجوء لميزانية الدولة مما قد يدفعها إلى الإقتراض .

وقد ثبت أن قيادة الدولة لإقتصديات المرفق العام أتى بنتائج سلبية على المدى الطويل الأمر الذي توجب معه إطلاق العنان لمبادرات القطاع الخاص للمشاركة في هذه المسيرة بتوفير خدمة أفضل لجمهور المنتفعين ويسمح هذا النظام للدولة باللجوء إلى التمويل الخاص في الإنشاء والإستغلال مع الإستفادة من كفاءته الفنية العالية والإدارية في تشغيل المرفق وهذه هي الطرق الحديثة في إدارة المرفق دون أن تفقد إشرافها على المرفق وعلى دور القطاع الخاص في إنشاء وإدارة وتشغيل المرفق^١.

ويذكر الفقه أنه في مجال البنية الأساسية أمكن رصد ثلاثة نماذج في أثناء عام ١٩٩٥ :-

مشروعات النفع العام كما في مجال الطرق والكبارى والتي تمول بالكامل بواسطة القطاع الخاص .

(١) د/ رجب محمود طاجن - عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص - دار النهضة العربية ٢٠١٠ - ص ٢٠ .

المشروعات المرتبطة بالمرافق العامة كالمستشفيات والسجون والتي تمول بالكامل عن طريق الزامات العامة.

مشروعات الشركات المختلطة والتي تمول مشاركة مثل ذلك المتعلق بمشروع نفق المانش بين المملكة المتحدة وفرنسا .

وقد أنشئت في ظل حكومة حزب العمال عدة مؤسسات إدارية في مجال عقود الشراكة أهمها " Partnerships UK " حيث أنشئت عام ٢٠٠٠ ويمتلك القطاع الحكومي ٤٩ % من رأس مالها بينما يمتلك القطاع الخاص ٥١ % من رأسمالها وهي تعد من المنظور الشكلي بنكا إلا أنها لا تعد مجرد بنك للحكومة في مجال الإستثمار وإنما تأخذ شكل نظام الإقتصاد المختلط وتتدخل هذه المؤسسة أساسا في مشروعات PFI في المملكة المتحدة مشاركة برأس المال في المرافق الإنشائية التي يتم الموافقة عليها لتنفيذ مشاركة بين مستثمرى القطاع الخاص وبين الحكومة ولذلك فإن قيام هذه المؤسسة بالإنشاءات العامة لا تتم من خلالها كنك وإنما كمشروع خاص يشارك كغيره من مستثمرى القطاع الخاص إذ تتحمل المسؤولية كاملة عن تدخلها في الـ PFI كمتعاقدى الخاص فتشارك في القطاع الخاص .

وعلى ذلك فإن تدخل هذه المؤسسة هنا لا يقتصر على تقديم إستشارات للحكومة في هذا الشأن بتحديد المجالات التي يمكن تطبيق

النظام بصدها وإنما يتدخل كطرف متعاقد يتحمل كافة حقوق والتزامات المتعاقدين مع الإدارة^١.

وتقوم هذه المؤسسة بدور التمويل للمشاركة برأس المال في المرافق الإنشائية التي يتم الموافقة عليها لتنفيذ مشاركة بين القطاع الخاص والحكومة كما انه تدخل كطرف متعاقد يتحمل كافة حقوق والتزامات المتعاقدين مع الإدارة.

وأنشئت كذلك مؤسسة Public Private Partnerships Programmer فى عام ١٩٩٦ لتقديم العون الفنى للإدارات المحلية للمشروعات والمرافق التى تتم بنظام الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص وقد تباشر هذه المؤسسة ضغوطا على السلطات المركزية بغرض تطوير التشريعات واللوائح المتصلة باختصاص الوحدات الإدارية والمحلية فى نطاق عقود PFI على أن هذا الدور يظل دورا غير مباشر حيث تكون العلاقات مع هذه الإدارات مكرسة أكثر فيما يتعلق بتحويل طلبات التمويل المقدمة من الإدارات المحلية وتشارك فيها الإدارات المركزية بالنسبة للمشروعات والإنشاءات ذات الكفاءة العالية.

كما أنشئت مؤسسة Project Review Group للتنسيق بين الوزارات التى تبرم عقود PFI لضمان تنفيذ مثل هذه العقود حيث

(١) د/ أنس جعفر ، د/ أشرف أنس جعفر - العقود الإدارية - دار النهضة العربية

تتولى هذه المؤسسة بحث إمكانية التنفيذ الفعلى للإنشاءات المراد إنشائها بهذا النظام وأنشئت أيضا وحدة مركزية للوزارات الكبرى تسمى Private Finance units فى الحكومة البريطانية حيث تقوم هذه الوحدة بتقديم المشورة للوزارات ودراسة كل مشروع جيدا للتأكد من جدواه ومدى إمكانية تحقيقها فنيا وإقتصاديا .

فكل مشروع لعقد PFI يدرس ويفحص جيدا بواسطة هذه الوحدة للتأكد من جدواه ومدى إمكانية تحقيق الهدف من إبرامه وهذا الدور يجعل من هذه الوحدة مستشارا وخبيرا للسلطات العامة فى كل مراحل عقود PFI بدءا من التفاوض حتى إقرار التوقيع على العقد وإذا كانت هذه الوحدة لا تملك سلطة الإقرار النهائى للعقد إلا أنها تستطيع أن تقدم رأيها بشأن جدوى وأهمية المشروع المقترح فى المراحل التى تلى التوقيع على العقد .

ويرى جانب من الفقه أن هذا العقد وإن نشأ فى النظام الإنجليزى الذى لا يعرف نظامى القانون الإدارى والقضاء الإدارى يقوم بتكييف هذا العقد على أنه عقد من عقود الدولة حيث أن الدولة تظل تباشر دورها الرقابى لإعتبرات المصلحة العامة وتظل الغلبة لقواعد القانون العام .

وقد كان هدف الحكومة من تطبيق نظام PFI إحداث إنشاءات بنية أساسية جديدة تؤدى إلى تحديث البنية الأساسية فى الدولة فى المجالات الحيوية التى تخدم المواطن وتوفر له الإطار البيئى الصحى والإجتماعى المناسب كالصحة والتعليم ومياه الشرب وذلك على أساس

أن هذه المجالات تعد من أهم المجالات التي تهتم بها الإدارة الحديثة كما هدفت الحكومة أيضا من تطبيق هذا النظام إلى تخفيض الدين العام من خلال اللجوء إلى القطاع الخاص لتمويل الإنشاءات الحيوية دون تحميل ميزانية الدولة بمبالغ طائلة قد تدفع الحكومة إلى الإقراض ومما شجع على ذلك أيضا ضرورة إحترام القواعد الأوروبية التي فرضت على الدول الأعضاء خفض نسبة العجز في موازنتها إلى ٣٠% مما جعل الحكومة ملتزمة بالألا تزيد نسبة إقراضها عن ٦٠% تطبيقا لهذه التوجيهات الأوروبية .

ومن ناحية أخيرة فقد كان تطبيق هذا النوع من العقود متوافقا مع ما يشهده العالم من طفرة في بداية التسعينات نحو الخصخصة وفتح الطريق أمام القطاع الخاص والمبادرة الفردية للمشاركة في الحياة الإقتصادية بهدف تقديم خدمة جيدة وبمقابل تنافسى جيد بعد أن ثبت أن سيطرة الدولة على القطاع الإقتصادى قد أدت إلى نتائج سلبية كبيرة على المدى الطويل أخصها فقدان مبدأ المنافسة كأحد وأهم المبادئ المحركة للنشاط الإقتصادى كما تظهر أهمية هذه العقود بأنها تسمح للدولة أن تلجأ إلى التمويل الخاص في الإنشاء والإستغلال وأن تطبق الطرق الحديثة في إدارة المرفق دون أن تفقد أصل المرفق فتمارس الإشراف الكامل على تدخل النشاط الخاص في مجال إنشاء وإدارة المرافق العامة .

وإبتداء من عام ١٩٩٤ وجد نظام PFI مجالا إلى التطبيق العملى حيث كانت عقود " DBFO " Design Build Finance Operate

هى المطبقة بصورة أساسية فى مجال مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالطرق حيث كانت الدولة تتولى بنفسها لا المنتفع دفع رسوم استخدام هذه الطرق كما فى حالة عقود الإلتزام وفى نوفمبر ١٩٩٤ قررت الحكومة التوقف عن تقديم الدعم اللازم للوزارات التى تطبق نظام DBFO قبل أن تدرس مدى إمكانية تفعيل PFI بدلا من النظام المشار إليه بحيث لا يمنح هذا الدعم إلا بعد أن تثبت عدم إمكانية تطبيقه كشرط لإستحقاق الدعم وهذه الخطوة الهامة سمحت للإدارات بتطبيق نظام PFI اعتبارا من عام ١٩٩٥ .

غير أن تطبيق هذا النظام واجه مقاومة من قبل بعض الإدارات التى لم تشأ أن تغير من طرق إدارتها للمرافق والوسائل المتبعة فى التطبيق خاصة وأنها كانت تشكك فى نجاح هذا النظام الجديد كما أن الشركات الخاصة المدعوه للقيام بالإنشاءات وفقا لهذه النظام واجهت هى الأخرى صعوبات كبيرة فى تقويم وتقدير المخاطر المحيطة بهذا النظام بصورة جيدة تقودها إلى التأكد من إسترداد النفقات الفعلية للمشروع وفى البحث عن شركاء فى شكل إتحادات لشركات القطاع الخاص فى وقت لم تكن قد إتضحت فيه بعد مدى جدوى وربحية مثل هذا النظام .

المطلب الثاني

نشأة عقد الشراكة في فرنسا

إذا كان ظهور عقد الشراكة في المملكة المتحدة يرجع إلى أسباب إقتصادية وسياسية فإن ظهورها في القانون الفرنسي يجد مبرره إلى أسباب قانونية خالصة .

وقد تم إدخال عقود المشاركة في القانون الفرنسي عن طريق الأمر رقم ٥٥٩ الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ ثم صدر المرسوم ١١٩ في ١٩ أكتوبر ٢٠٠٤ بإستحداث مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود والرسوم رقم ١١٤٥ الصادر في ٢٧ أكتوبر ٢٠٠٤ لتطبيق المواد ٣، ٤، ٧ من الأمر المشار إليه والمواد المحلية والرسوم رقم ٩٥٣ بتاريخ ٤ أغسطس ٢٠٠٥ بتعديل المرسوم رقم ١١٤٥ المشار إليه والمعدل بالمرسوم رقم ١٧٤٠ الصادر في ٣ ديسمبر ٢٠٠٥ وأخيرا التعليمات الإدارية الصادرة في ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٥ المتعلقة بضوابط تطبيق عقود المشاركة بواسطة الإدارات المحلية .

وعقود المشاركة هي أحد أنواع العقود الإدارية في القانون الفرنسي إذ يعتبر عقدا إداريا بنص القانون ولذلك فإن العقود الإدارية في فرنسا في الوقت الحالي أصبحت على ثلاث طوائف بعد إدخال هذا النوع من

العقود وهى الأشغال العامة وعقود تفويض المرفق العام^١ وعقود المشاركة بين القطاعين الحكومى والخاص وترجع أسباب ظهور عقود المشاركة فى القانون الفرنسى إلى صدور حكم مجلس الدولة الفرنسى عام ١٩٦٣ ذلك الحكم الذى أنشأ عقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة فقد تعلق العقد محل المنازعة التى حسمها الحكم المذكور برفع المخلفات المنزلية مقابل مكافأة جرافية تلتزم المدينة بأدائها للمتعاقد وكيف مجلس الدولة هذا العقد بأنه عقد مشروع مقولة أشغال عامة بالرغم من أن المتعاقد كان قد تولى إنشاء التجهيزات الأولية للمرفق العام وإستغلال ذلك المرفق طوال الفترة التعاقدية بما يشير إلى أن العقد قد تم تكييفه على أنه عقد إلتزام أشغال عامة وليس عقد أشغال عامة بمعناها التقليدى والتى تخضع للنصوص الواردة فى تقنين الأشغال العامة .

وعلى ذلك وفى ضوء هذا القضاء أمكن تعريف عقد METP بأنه ذلك العقد الذى يبرمه أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام وإستغلال وإستثمار المرفق طوال مدة العقد فى مقابل ثمن يترتب على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة^٢ .

Regis par le nouveau code des marches publics : Decret n (1)
2006 – 975 du 1er aout 2006 por tant code des marches publics
, jo n 179 du 4 aout 2006 .

Voir, ce 11 decembre 1963 , ville de colombes , rec p.611 . (2)

ويظهر هذا التعريف العناصر اللازمة من الناحية القانونية للقول بوجود عقد METP والتي تتمثل في تعلق موضوع العقد بتحقيق أحد الإنشاءات العامة وإستغلالها^١ وفي مدته الطويلة نسبيا بما يسمح للمتعاقد المكلف في غالب الأحيان بالإنشاءات الأولية بإستغلال تلك الإنشاءات بصورة مربحة وفي شكل مكافأة المتعاقد المحددة من خلال مبلغ تدفعه له جهة الإدارة على دفعات موزعة على المدة الإجمالية للعقد وقد كان يقترب بذلك من عقود الإلتزام أو عقود تفويض المرفق العام بإسناده للمتعاقد مهمة إنشاء وإستغلال المرفق العام وكان يقترب في ذات الوقت من عقود الأشغال بطريقة حصول المتعاقد على حقوقه المالية في شكل ثمن تدفعه جهة الإدارة طوال مدة العقد بصورة مجزأة وهو ما يعنى أنه يفترق جوهريا عن هذه العقود الأخيرة في هذا الجانب أيضا وقد كان هذا النوع من العقود يسمح لجهة الإدارة بإنجاز الكثير من مشروعاتها المتعلقة بالتنمية الإقتصادية والإجتماعية والخدمية وهذه النقطة كانت السبب الرئيسى لتبنى نظام عقود المشاركة .

وقد إتجه العديد من الفقهاء بعد ظهور عقود تفويض المرفق العام في ١٩٩٣ كمقابل لعقود الأشغال العامة إلى تكييف هذا العقد بأنه أحد عقود تفويض المرفق العام وذلك لأن المتعاقد يكون مكلفا بتنفيذ المرفق العام كما ترتبط حقوقه المالية بمراحل التنفيذ على مدة العقد الإجمالية مما يعنى أن هذا المقابل المالى كان يرتبط بنتائج الإستغلال وهو المعيار

Voir, L.Richer,Droit des contrats administratifs , LGDJ , (1)

paris12e ed , 1999 , n516 , p. 330 et 331 .

المميز لعقود تفويض المرفق العام كما يرى القاضى الإدارى الفرنسى نفسه .

إلا أن هذه الوجهه لم يؤيدها مجلس الدولة فى العديد من الأحكام ففى حكمه فى قضية *prefet des Boches - du - Rhone* الصادرة فى ١٥ أبريل ١٩٩٦ بشأن عقد يتعلق بجمع ونقل المخلفات المنزلية فى مقابل أداءات مالية تتحملها جهة الإدارة ذهب إلى أن هذا العقد لا يدخل فى طائفة عقود تفويض المرفق العام لأن المقابل المالى وإن كان مجزئاً على مدة العقد إلا أنه لا يرتبط جوهرياً بنتائج الإستغلال أى لا علاقة له بالحالة الإقتصادية والمالية للإستغلال إذ لا يتأثر بوضع النشاط لا سلباً ولا إيجاباً وهو الشرط الأساسى للإعتراف بعقود التفويض^١ .

وقد تأكد هذا القضاء لاحقاً بصورة تثير العديد من الشكوك حول التكييف الحقيقى لعقود *METP* وقد كان هذا الإتجاه للقاضى الإدارى الفرنسى محركاً لجدل فقهى كبير حول عقود مشروعات مقاوله الأشغال العامة بدأت تظهر ملامحه بصورة واضحة بإتجاه إنهاء الوجود القانونى لهذا النوع من العقود عقب صدور التقنين القديم للأشغال العامة فى ٧ مارس ٢٠٠١ والذى أدى كما يرى البعض إلى إلغاء هذا العقد إذ نصت المادة ٩٤ منه على حظر إدراج شرط الدفع المجرأ فى عقود الأشغال العامة وهو ما يعنى أنه لم يعد بمقدور جهة الإدارة إبرام هذه العقود التى تقوم أساساً على مبدأ الدفع المجرأ على مدة العقد الكلية

(1) د/ رجب محمود طاجن - مرجع سابق - ص ٣٧ .

خصوصا وأن أحكام مجلس الدولة قد أخرجتها من نطاق عقود تفويض المرفق العام .

وإذا كانت هذه العقود تعد من العقود المركبة أو الإجمالية التى تتضمن تحقيق إنشاءات عامة وتنفيذ لمرفق عام فإن المادة العاشرة من ذات التقنين قد حظرت إبرام العقود الإجمالية فى حين أن هذه العقود كانت تتضمن فى ذات الوقت عقد مقاوله أشغال عامة بالنسبة لإنشاء التجهيزات وعقد صيانة وإستدامة لهذه التجهيزات وهو ما كان يؤدى إلى الوقوع تحت طائلة النصوص العقابية فى حال اللجوء إلى إبرامها تحت مظلة هذه النصوص الجديدة .

وكأثر لموقف القاضى الإدارى الذى أخرج عقود METP من حوزة عقود تفويض المرفق العام DSP وتقنين الأشغال العامة الصادر فى ٢٠٠١ ملغى والذى أخرجها من نطاق تطبيقه وبسبب الأهمية القصوى لمثل هذا النوع من العقود بالنسبة لجهة الإدارة من الناحيتين المالية والإقتصادية جاءت المبادرة من المشرع الفرنسى فى تبنى عقود METP تحت مسمى آخر هو عقود المشاركة بين القطاعين الحكومى والخاص PPP مفوضا الحكومة فى أن تتخذ طبقا للمادة ٣٨ من الدستور بواسطة أمر Ordonnance الإجراءات الكفيلة بوضع هذه الرغبة التشريعية موضع التنفيذ .

وقد كان ذلك الإتجاه من المشرع مكرسا بواسطة المادة الثالثة من الباب الأول من القانون رقم ١١٣٨ الصادر فى ٤ سبتمبر ٢٠٠٢ بشأن مرفق

العدالة والمادة الثالثة من القانون رقم ١٠٩٤ الصادر في ٢٩ أغسطس ٢٠٠٢ والمتعلق بتوجيه وتنظيم الأمن الداخلي .

إلا أن الإشارة الواضحة لعقود المشاركة جاءت بواسطة المادة السادسة من القانون رقم ٥٩١ الصادر في ٢ يوليو ٢٠٠٣ الذى خول الحكومة الاختصاص بتبسيط قواعد القانون حينما أعطى للإدارة الحق فى أن تبرم عقود مجزأة أو إجمالية لإنشاء وتحويل وإستثمار وتمويل الإنشاءات العامة أو إدارة وتمويل أحد المرافق العامة أو القيام بهذه العمليات جميعيا ولم يحدد المشرع فى هذا القانون شروط وقواعد هذه العقود وإنما خول الحكومة إصدار أمر بتنظيمها تفصيلا .

وقد تم تبنى نظام عقود المشاركة كأحد العقود الإدارية من خلال تقنين الأشغال العامة الذى صدر لاحقا بتاريخ ٧ يناير ٢٠٠٤ بالمرسوم رقم ١٥ والذى تم إلغاؤه بالتقنين الجديد للأشغال العامة الصادر فى أغسطس ٢٠٠٦ فإذا كانت عقود المشاركة من العقود الإجمالية من ناحية محلها فإن تقنين ٧ يناير ٢٠٠٤ - على عكس تقنين ٧ مارس ٢٠٠١ - ينص فى الفقرة الاولى من المادة العاشرة منه على اجازة العقود الاجمالية، وبهذا النص فإن الاسباب التى ادت الى حظر عقود METP فى تقنين ٢٠٠١ لم تعد موجودة فى تقنين ٢٠٠٤ وهو ما يعنى فى الوقت نفسه حلول عقود المشاركة محل عقود METP مع ملاحظة ان هذا التقنين

(1) يجرى نص المادة العاشرة من تقنين الاشغال العامة لعام ٢٠٠٤ (ملغى) على

قد حظرت فكرة الثمن المجزأ^١ وهو ما تقوم عليه عقود METP وعقود المشاركة وهو ما سيستدعي تدخلات تشريعية لاحقة لتنظيم عقود المشاركة تحقيقا لرغبة المشرع في ضم وجمع كل القواعد المتعلقة بها

"Des travaux, des fournitures ou des prestations de services peuvent donner lieu a un marche unique ou a un marche alloti. Dans le cas ou pludieurs lots sont attribues a un meme titulaire, il est possible de signer avec ce titulaire un seul marche regroupant tous ces lots. La personne responsable du marche choisit entre ces deux modalites en fonction des avantages economiques, financiers ou techniques qu'elles procirent. Les offers sont examinees lot par lot. Les candidates ne peuvent pas presenter des offers variables selon le nombre de lots susceptibles d'etre obtenus. Pour les marches ayant a la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, si l'acheteur public choisit de recourir a un marche alloti, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot separe. Sill choisit de recourir a un marche global, celui-ci fait obligatoirement apparaitre, de maniere separee, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La remuneration des prestation d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction".

(1) يجرى نص المادة ٩٤ من تقنين الاشغال العامة لعام ٢٠٠٤ على النحو التالي:

" Est interdite l'insertion dans un marche de toute clause de paiement differe".

فى تشريع خاص يتلاقى اوجه التعارض مع عقود تفويض المرفق العام وعقود الاشغال العامة ١.

(1) ومما يذكر فى هذا الصدد ان احكام التقنين الحالى للاشغال العامة الفرنسى الصادر بالمرسوم رقم 975-2006 فى الاول من اغسطس ٢٠٠٦ لم تخرج بصورة جوهرية عن الاحكام المقررة فى تقنين ٢٠٠٤. حيث اجازت المادة العاشرة منه مبدأ العقود الاجمالية بالنسبة للعمليات المركبة التى يصعب بصدها التمييز بين الاعمال محل التعاقد واجازت الفقرة الاخيرة من ذات المادة فكرة العقود الاجمالية التى تتعلق باتشاءات وباستغلالها وصيانتها بشرط ان تحدد الاعمال المتعلقة بكل عملية من هذه العمليات بدقة وبصورة مجزأة. وتطبيقا لذلك تنص الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة على ما يلى:

" Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marche global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la devolution en lots separes est de nature, dans le cas particulier, a restreindre la concurrence, ou qu'elle risqué de rendre techniquement difficile ou financièrement couteuse l'execution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-meme les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Si le pouvoir adjudicateur recourt a des lots separes pour une operation ayant a la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent etre regroupees dans un meme lot. S'il recourt a un marche global, celui-ci fait obligatoirement apparaitre, de maniere separee, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation

ولأن الإطار القانوني السابق لا يستوعب بصورة جيدة عقود المشاركة فقد صدر الامر رقم 559-2004 في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ السابق الاشارة اليه والى التعديلات التشريعية المتعددة التى لحقت به والمسمى بالأمر المتعلق بعقود المشاركة Les contrats de partenariat وصدرت بعد ذلك مراسيم عديدة لتحديد مدى ومجال تطبيق الأمر السابق مجيزة لكل الأشخاص المعنوية العامة (الدولة والاقاليم والمؤسسات العامة) ولأشخاص القانون الخاص المكلفين بمهمة مرفق عام بابرار هذا النوع من العقود.

وفيما يخص النظام المؤسسى لتطبيق مثل هذه العقود نجد أن أهم المؤسسات الفاعلة فى هذا الصدد تسمى مهمة أو لجنة المساعدة على تفعيل أو تطبيق عقود المشاركة La Mission d'appui a la

ou de la maintenance. La remuneration des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction".

الا ان عقود PPP لا يمكن تبريرها جزئيا فى ظل احكام هذا التقنين فى ضوء المادة ٩٦ منه التى تحضر مبدأ ادراج شروط الدفع المجرأ فى عقود الاشغال العامة.

" Est interdite l'insertion dans un marche de toute clause de paiement differe".

وتطبيقا لذلك لا يمكن القول بمشروعية عقود PPP فى ظل احكام هذا التقنين فهذه العقود تخضع لاحكام خاصة اشرنا اليها ونعالجها تفصيلا فيما بعد كاحد طوائف العقود الادارية بتحديد القانون فى القانون الادارى الفرنسى.

realization des contrats de partenariats (MAPPP)
والمنشأة بالمرسوم رقم 1119-2004 الصادر في ١٩ أكتوبر ٢٠٠٤.

(1) Decret no 2004-1119 du 19 October 2004 portant creation de la mission d'appui a la realization des contrats de partenariat, jo no 296 du 21 October 2004.

وقد حددت المادة الاولى مسمى وتبعية هذه اللجنة فنصت على:

" IL est cree un organisme expert charge de proceder en liaison avec toute personne interessee a l'evaluation prevue a l'article 2 de l'ordonnance susvisee. Il est rattache au minister charge de l'economie et des finances".

بينما حددت المادة الثانية مهام اللجنة المشار اليها على الوجه التالى:

" Cet organisme expert fournit aux personnes publiques qui le demandent un appui dans la preparation, la negociation et le suivi des contrats de partenariat. A ce titre, il peut, en fonction de chacune des demandes:

- rendre une expertise sur l'economie generale des projets de contrat; assister les personnes publiques dans le cadre de l'elaboration des projets. Cette assistance peut porter sur la negociation des contrats.

IL elabore un rapport annuel ainsi que tout document utile organisant un retour d'experiences.

Il propose au minister charge de l'economie et des finances, en tant que de besoin, les evolutions de texts qui lui paraissent necessaries".

وهذه الهيئة التابعة لوزارة الاقتصاد والمالية مكلفة بتقديم الخبرة في مجال عقود المشاركة كتقديم المعونة للأشخاص المعنوية العامة وخصوصا الإقليمية في المراحل التمهيدية والمفاوضة والمتابعة في تنفيذ هذه العقود كما يمكنها أن تتولى مهمة الخبير بالنسبة لمشروعات العقود وتقديم المعونة في مجال إعداد العقود وكراسات الشروط وفي التفاوض على العقد.

ويصبح تدخل هذه المؤسسة إجباريا بالنسبة للدولة ومؤسساتها العامة عند اعداد التقييم المبدئي للمشروع المرشح للتنفيذ بنظام المشاركة فاجازة محتوى العقد في هذه المرحلة يمثل احد التزاماتها.

ويمكن ايضا للمشروعات الخاصة ان تطلب الى هذه المؤسسة تقديم دراسة او اقتراحات مبدئية بصدد احد مشروعات المشاركة.

وقد اصدرت هذه المؤسسة تقريرا حول اساسيات ووسائل عقود المشاركة حدد من الناحية الفنية الجوانب المختلفة لهذه العقود وقدم اقتراحات فنية بصدد المسائل المركبة في هذا الاطار مثل تحليلات المخاطر وتوزيعها بين الطرفين المتعاقدين.

واضافت المادة الثالثة لها الاختصاص بتقديم المشورة بصدد المشروعات ذات الطبيعة المركبة فنصت على:

" I' donne également un avis sur les projets de contrats complexes et ceux comportant un financement innovant don't le saisit le minister charge de l'economie et des finances".

وفى ذات الاطار المؤسسى لعقود المشاركة تبني السيد Herve Novelli بالجمعية الوطنية الرغبة فى عام ٢٠٠٦ بإنشاء لجنة برلمانية لدراسة هذه العقود وفحص الخبرات الفرنسية فى هذا الشأن فى ضوء المقارنة بين التشريعات الفرنسية والتشريعات الاوروبية بغرض اظهار مدى تقدم هذه التشريعات ومدى الحاجة الى تقديم مقترحات لتطويرها^١.

اما بصدد موقف القضاء الفرنسى من هذا النوع من العقود فاننا نشير الى اتجاه كل من المجلس الدستورى ومجلس الدولة فقد قبل المجلس الدستورى بدستورية هذا النوع الجديد من العقود بمناسبة فحصه لدستورية مشروعات القوانين السابق الاشارة اليها - وبخاصة القانون رقم 591-2003 الصادر بتاريخ ٢ يوليو ٢٠٠٣ - والتي فوضت الحكومة ان تصدر امرا يحدد الضوابط القانونية لعقود المشاركة على اساس مبادئ الاعلان والمنافسة والشفافية Transparence متضمنا القواعد المتعلقة بالمقابل المالى للمتعاقد مع جهة الادارة ومحل العقد ومراعاة الضوابط العامة الحاكمة للمرفق العام، ولذا فان اصدار الامر فى هذه الحدود لا يعتبر - من وجهة نظر المجلس الدستورى تخليا من المشرع عن اختصاصه التشريعى كما ذهب المجلس ايضا الى ان عقد المشاركة وان كان عقدا اجماليا يتضمن الانشاء والاستغلال والادارة فان ذلك مما لا يخالف اى قاعدة او مبدأ دستورى اذ ان النظام القانونى

(1) انظر بصدد هذه المعلومات الموقع التالى:

http://www.europeinternational.equipement.gouv.fr/rubrique.php?id_rubrique232.

لهذه العقود يعتبر نظاما مستقلا عن القواعد العامة في ابرام العقود (تقنين الأشغال العامة) تبرره المصلحة العامة والاعتبارات الفنية والاقتصادية للمشروع^١.

كما تعرض المجلس الدستوري لبعض الجوانب الدستورية لعقود المشاركة بمناسبة فحصه لمشروع القانون رقم 1343-2004 الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٤ بشأن تبسيط قواعد القانون بمناسبة اقرار الفقرة XXII من المادة ٧٨ من هذا القانون للامر الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ المتعلق بعقود المشاركة الصادر بالتطبيق للمادة السادسة من قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ السابق ذكره والذي فوض الحكومة بالاستناد الى المادة ٣٨ من الدستوري في اصدار امر يحدد الضوابط القانونية لهذه العقود، فقد نازع الطاعنون في مشروع القانون المشار اليه في دستورية المواد ٢ و ٨ و ١١ و ١٤ و ٢٦ و ٢٨ من امر ١٧ يونيو ٢٠٠٤.

وقد دافعت الحكومة عن دستورية الامر نافية ان يكون مشروع القانون قد خالف الدستور فمن ناحية اولى اشارت الحكومة الى ان احكام الامر قد صدق عليها من البرلمان بالمادة ١٥٣ من القانون رقم 806-2004 بتاريخ ٤ اغسطس ٢٠٠٤ بشأن سياسة الصحة العامة بصورة ضمنية كما فحص الاحكام الاخرى من الامر والتي لا تتمتع بقيمة تشريعية

(1) Voir, CC, 26 Juin 2003, DC n 2003-473, sur le site:

www.conseilconstitutionnel.fr; Et voir aussi: CC, 22 aout

2002, DC n 2002-460, sur le meme site.

وانتهى الى عدم مخالفتها للقانون ولذا فان اقرار كامل احكام الامر بواسطة الفقرة XXII من المادة ٧٨ المشار اليها اذ تقتصر فى جانب منها على اعادة التصديق على احكام المواد ٣ و ٤ و ٦ و ٧ و ٩ و ٢١ و ٢٢ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ من الامر فانها ليس لها مضمون قانونى جديد فى هذا الصدد.

ومن ناحية ثانية فانه اذا كان صحيحا انه يمكن للمجلس الدستورى ان يفحص دستورية الاحكام المتضمنة فى الامر المشار اليه بمناسبة الطعن فى دستورية القانون المقر له، فان الحكومة ترى ان سبق اقرار الامر بواسطة قانون صدر سابقا يحول دون مناقشة احكام الامر ثانية فى حالة فحص المجلس لدستورية قانون يقتصر على اعادة اقراره: فالمجلس الدستورى نفسه يرى عدم امكانية ذلك الا فى حالة ما اذا عدلت النصوص الجديدة مضمون القانون السابق او اكملته او اثرت فى مجال تطبيقه فاذا لم تتحقق هذه الشروط فان المجلس الدستورى يرى ان فحص دستورية النصوص السابق اقرارها لا يجد سند له من القانون ١.

واستنادا الى هذه المبادئ والمبررات الاخرى رأت الحكومة انه يجب على المجلس الدستورى ان يرفض الطعن المقام امامه فى دستورية

1) Voir par exemple sur ce point: CC, 15 mars 1999, DC n 99-410; CC, 27 decembre 2002, DC m 2002-464, sur le site: www.conseil-constitutionnel.fr.

القانون المقر للامر الخاص بعقود المشاركة لغياب السند الدستوري له ١.

ولم يقبل المجلس الدستوري الطعن الموجه الى بعض مواد الامر الذي صدقت عليه المادة ٧٨ من قانون تبسيط قواعد القانون فمن حيث الادعاء بمخالفة الدستور بالمادة الثانية من الامر التي تعرف عقود المشاركة وتحدد ضوابط اللجوء اليها والمادة ١٤ التي ادرجت المادة L.1414-2 في التقنين العام للاقاليم متضمنة احكام المادة الثانية المذكورة فيما اقرته في فقرتها الاخيرة من ضرورة عرض الدراسات التمهيديّة لعقود المشاركة الى الجهة المختصة في الاقاليم او في المؤسسة العامة المختصة بتقرير مبدأ اللجوء الى هذه العقود - على اساس ان اقرار البرلمان لهذه النصوص لا يأخذ في الاعتبار التحفظات التي قررها المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٣ السابق ذكره بخصوص قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ لان القواعد التي نص عليها الامر المتعلق بعقود المشاركة لا تقدم سوى ضمانات شكلية فبصد هذا الادعاء قرر المجلس ان قرار ٢٦ يونيو يكرس الطبيعة الاستثنائية لعقود المشاركة بالنسبة لاجراءات ابرام العقود الادارية

(1) Voir en detail sur les justifications du Gouvernement: Les observations du Gouvernement, dates le 26 novembre 2004, sur les recours dirige contre la loi de simplification du droit, sue le site:

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004-506/obs.htm>.

المبررة باعتبارات المصلحة العامة وانتهى من ثم الى موافقة النصوص المشار اليها لمضمون قراره في يونيو ٢٠٠٣.

(1) نستطيع ان نقرأ حول هذه النقطة الفقرات التالية من قرار المجلس الدستوري رقم 506-2004 الصادر في ٢ ديسمبر ٢٠٠٤ (على الموقع الالكتروني للمجلس سابق الاشارة اليه).

" Considerant que les requérants soutiennent qu'en ratifiant ces dispositions, le parlement aurait meconnu la reserve d'interpretation emise par le Conseil constitutionnel dans sa decision du 26 juin 2003 susvisée a propos de l'article 6 de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003; que l'evaluation prévue par l'ordonnance ne constituerait, a cet egard, qu'une garantie purement formelle; qu'enfin; qu'enfin, l'ordonnance aurait du exiger, pour les collectivites territoriales, que l'organisme charge de proceder a l'evaluation figure sur une liste établie par decret;

Considerant, en premier lieu premier lieu, que, par sa decision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a declare les derogations au droit de la commande publique prévues par l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 conformes a la Constitution sous la reserve suivante: " les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi deferee devront resever de semblables derogations a des situations repondant a des motifs d'interet general tels que l'urgence qui s'attache. en raison de circonstances particulieres ou == == locales, a rattraper un retard prejudiciable, ou bien la necessite de tenir compte des=

كما اقر القاضي الدستوري ايضا بعدم مخالفة احكام الفقرة الاخيرة من المادة 2-1414 L المذكورة لاي مبدأ دستوري وذلك لان مشروعية القرار الصادر ببدء اجراءات ابرام عقود المشاركة لا تخضع فقط

=caracteristiques techniques, fonctionnelles ou economiques d'un equipement ou d'un service determine".

Considerant qu'il resulte des termes memes de cette decision que l'urgence qui s'attache a la realisation du projet envisage est nombre des motifs d'interet general pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, des lors qu'elle resulte objectivement, dans un secteur ou une zone geographique determinees, de la necessite de rattraper un retard particulierement grave affectant la realisation d'equipement collectif; qu'il en va de meme de la complexite du projet, lorsqu'elle est telle que, comme l'enonce le a) des deux articles critiques, " la personne publique n'est pas objectivement en mesure de definir seule et a l'avance les moyens techniques pouvant repondre a ses besoins ou d'etablir le montage financier ou juridique du projet";

Considerant que sont des lors conformes aux exigences formulees par le Conseil constitutionnel dans sa decision precitee les conditions auxquelles les dispositions dont la ratification est contestee subordonnent la passation des contrats de partenariat: que l'evaluation prealable que ces dispositions prevoient a pour but de verifier que ces conditions sont satisfaites".

لمجرد اعداد الدراسات التمهيدية وانما وتحت رقابة القاضى الادارى لشرط تفاعل المشروع المقترح مع ضوابط الفقرة (a) من المادة ٢ من المرسوم والمادة L.1414-9 المذكورة مما يعنى امكانية اللجوء الى القاضى الادارى فى منازعة تتعلق باجراءات ابرام العقد استنادا الى المادة L.551-1 من تقنين العدالة الادارية على اساس عدم وجود قاعدة دستورية تفرض بدء الدراسات التمهيدية المشتركة لابرام عقود المشاركة لمؤسسات او هيئات بعينها وارادة بقائمة محددة بمرسوم ١.

أما من حيث الادعاء بعدم ضمان المواد L.1414-13 و L.1414-12 و L.1414-9 من التقنين العام للاقاليم (المادة الرابعة من الامر) للضوابط العادلة لمشاركة المشاريع الصغيرة فى عقود المشاركة كمتعاقدين الا من خلال التعاقد من الباطن مما يعد خرقا لمبدأ المساواة

1) Le Conseil declare sur ce point qu' " aucun principe ni aucune relge de valeur constitutionnelle n'impose que la verification des exigences auxquelles est soumise la passation des contrats de partenariat soit confiee a un organisme figurant sur une liste fixee par decret;

Considerant, par suite, que ni l'article 2 de l'ordonnance, ni l'article L. 1414-2 du code general des collectivites territoriales dans sa redaction issue de l'article 14 de la meme ordonnance ne meconnaissent la reserve d'interpretation = = emise par le Conseil constitutionnel a propos de l'article 6 de al loi du 2 juillet 2003, laquelle est revetue de l'autorite que confere a ses decisions l'article 62 de la Constitution".

فى المشاركة فى المناقصات العامة فبعد ان استعرض المجلس لاحكام المادة ٨ من الامر التى تحدد معايير المفاضلة بين المرشحين للتعاقد اعلن ان احكام هذا الامر لا تحول دون مشاركة المشروعات الصغيرة فى عقود المشاركة وخصوصا من خلال اقامة اتحادات بين هذه المشروعات اخذا فى الاعتبار بالسمات العامة لهذه العقود مما ينفى اى مخالفة لمبدأ المساواة ١.

وقد اعاد المجلس الدستورى التاكيد على عدم خرق نظام ابرام عقود المشاركة لمبدأ المساواة المضمون دستوريا بالمادة ١٦ من اعلان

(١) يعلق المجلس فيما يتعلق بهذا الجانب قائلا:

" Considerant qu'en tout etat de caues, aucune disposition de l'ordonnance ne fait obstacle a ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, a l'attribution d'un contrat de partenariat;

Considerant qu'en contribuant ainsi a preserver la specificite de la fonction de maitrise d'oeuvre et al qualite architecturale des ouvrages, l'ensemble de ces dispositions assure, compte tenu des caracteristiques particulieres des situations dans lesquelles est justifiee la conclusion d'un contrat de partenariat, le respect du principe d'egalite;

Considerant qu'il resulte de ce qui precede que le principe d'egalite devant la commande publique n'est pas meconnu par les dispositions contestees".

حقوق الانسان والمواطن وذلك فى قراره رقم 575-2009 الصادر
فى ١٢ فبراير ١٢٠٠٩.

كذلك فيما يتعلق بالمادة ١١ من الامر والمادة L.1414-12 من التقنين
المشار اليها التى تجيز امكانية اللجوء الى التحكيم بصدد منازعات
عقود المشاركة مع تطبيق القانون الفرنسى والتى اعلن الطاعنون
مخالفتها لمبدأ منع الاشخاص المعنوية العامة من اللجوء الى التحكيم
ذهب المجلس الى ان هذا المبدأ الاخير ليس له قيمة دستورية بل
تشريعية فقط بما يستبعد وجود اى مخالفة للدستور او المادة ١٤ من
اعلان ١٧٨٩ المتعلقة بحسن ادارة الاموال العامة٢.

كما شكك الطاعنون فى دستورية المادة ١٨ من الامر التى ادرجت
المادة L.1615 فى التقنين العام للاقاليم فيما قررته من اعفاءات من
الضريبة المضافة *taxe de valeur ajoute* على المبالغ التى يتقاضها

(1) JO, n 0041 du 18 fevrier 2009 page 2847.

2) Le Conseil declare qu"en premier lieu, que " le principe de
l'interdiction du recours a l'arbitrage par les personnes
publiques", invoque par les requerants, a valeur legislative et
non constitutionnelle; que des lors le grief tire de sa
meconnaissance est inoperant devant le conseil
constitutionnel; Considerant ,en second lieu, que, contrairement
a ce que soutiennent les requerants , les dispositions precitees
ne portent pas atteinte a l'exigence de bon usage des deniers
pubilcs qui decoule de l'article 14 de la Declaration de 1789".

المتعاقد من جهة الادارة كمقابل للاستثمار المتحقق لصالح نشاط اخر غير خاضع لهذه الضريبة على اساس ان في ذلك مجاوزة للتفويض الممنوح للمشرع المقرر بالمادة ٦ من قانون ٢٠ يوليو ٢٠٠٣ واعتداء على اختصاص المشرع في المسائل المالية اذ اعلن المجلس الدستوري على العكس عدم مجاوزة الامر لقانون التفويض وعدم الاعتداء على الاختصاص المالى للمشرع او مبدأ المساواة امام الضرائب او المبادئ الدستورية المتعلقة بالمساواة امام المناقصات العامة وحسن ادارة الاموال العامة وحرية الادارات الاقليمية ١.

(1) يقرر القاضى الدستورى فى هذا الصدد الاحكام التالية:

" Considerant que, selon les requérants, cette disposition empiète sur la compétence du parlement en matière fiscale et excède ainsi le champ de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003; Considerant, en premier lieu, qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tire de ce que l'ordonnance révisée aurait outrepassé les limites de l'habilitation; Considerant, en second lieu, que dispositions critiquées not pour seul objet d'assurer que le choix d'une collectivité territoriale de recourir à un contrat de partenariat plutôt que d'assurer elle-même la maîtrise d'ouvrage n'aura pas d'incidence sur l'éligibilité des dépenses d'équipements en cause au fonds de compensation de la TVA; qu'elles ne méconnaissent inhérentes à l'agilité devant la commande publique et au bon usage des=

ولم يقبل المجلس الدستوري اخيرا الادعاء بمخالفة المادتين ٢٦ و ٢٨ من الامر للدستور على اساس سبق اقرارهما ضمنيا بالمادة ١٥٣ من قانون ٩ اغسطس ٢٠٠٤ بشأن سياسات الصحة العامة وعلى اساس ان الفقرة XXII من المادة ٧٨ من القانون محل الفحص اقتضت على اعادة الاقرار دون اى تعديل لمحتواهما او اكمال لهما او تعديل فى نطاق تطبيقهما مما يحول بين المجلس الدستوري وبين اعادة فحص نص سبق ان عرض عليه لغياب السند القانوني للمنازعة فى دستوريته مرة ثانية^١.

=deniers publice, ni la libre administration des collectivites territoriales".

Et voir egalement dans le meme sens, CC, 12 fevrier 2009, DC n 2009-575, precit.

1) " Considerant , d'une part, que la raification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance intervenue a la suite d'une loi d'habilitation prise sur le foundement de l'article 38 de la Constitution peut resulter d'une loi qui,sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique necessairement;

Considerant , d'autre part, que la conformite a la Constitution des termes d'une loi promulguee ne peut etre utilement contestee qu'a l'coccasion de l'examen de dispositions legislatives qui en modifient le contenu. La completent ou affectent son domaine d'application".

وفى ضوء كل ما سبق من اسانيد كان من البديهي ان يعلن المجلس الدستورى ان الفقرة XXII من المادة ٧٨ من القانون محل الفحص والتي اقرت المواد ٢ و ٨ و ١٤ و ١٨ من امر رقم 2004-559 الصادر بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٤ لا تخالف الدستور وعلى اساس من هذا يمكن القول بان عقود المشاركة فى القانون الفرنسى لها جوانب دستورية كثيرة نتجت بخاصة من قرار المجلس محل الدراسة على عكس تقنين الاشغال العامة على سبيل المثال بالرغم من انه القانون العام لابرار العقود الادارية اذ لم يعرض على المجلس الدستورى ليدلى فيه بدلوه لانه صادر بمرسوم ولا يقبل من ثم الطعن بالدستورية امام المجلس الدستورى فلا يمكن الطعن عليه الا امام مجلس الدولة فى طعن لتجاوز السلطة^١.

وذات الاتجاه تبناه المجلس الدستورى عند فحص مشروع القانون رقم 735-2008 بشأن عقود المشاركة عندما اعلن عدم وجود قاعدة او مبدأ دستورى يحول بين احد اشخاص القانون العام وبين ان يمنح لطرف اخر لمدة محددة عملية اجمالية تتعلق بتمويل وانشاء وتحويل وتشغيل

1 (يعلن المجلس فى المادة الاولى من قرار محل الدراسة ان:

" Nest pas contraire a la Constitution le paragraphe XXII de l'article 78 de la loi de simplification du droit en tant qu'il ratifie les articles 2. 8. 11. 14 et 18 de l'ordonnance n 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat".

وصيانة واستغلال او ادارة الاعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام^١.

وطرحت كذلك بعض جوانب عقود المشاركة على مجلس الدولة الفرنسي في قرارات عدة كان اهمها في حكمين صدر اولهما في ٢٠٠٤ بينما صدر الثاني في ٢٠٠٦ كآثر للطعن في القواعد القانونية المنظمة لعقود المشاركة.

وقد كان الحكم الاول الصادر في ٢٩ اكتوبر ٢٠٠٤ اكثر اهمية من حكم ٢٠٠٦ فقد اقيمت العديد من الطعون امام المجلس في مشروعية الامر الصادر في ١٧ يونيو ٢٠٠٤ بشأن عقود المشاركة ناعته اياه بتجاوز السلطة وطالبة الغاءه^٢ وقد جمع المجلس هذه الطعون جميعا

(1) Voir, CC, 24 juillet 2008, DC n 2008 – 567, jo du 29 juillet 2008, P. 12151. Le Conseil constitutionnel declare "qu'aucun regle ni aucun principe de valeur consitutionnelle n'interdit a une personne publique de confier a un tiers, pour une periode determinee, une mission globale ayant pour objet la conception, le finacement, la construction ou la transformation, l'etretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'equipements ou de biens immateriels necessaires au service public".

2) CE, 29 october 2004, M. Sueur et a., req. N 269814 – 271119 – 271357 – 2713620, sur le site:

<http://www.conseil-etat.fr/jurispd/index.ac.1d0442.shtml>

لوحدة موضوعها ليصدر فيها حكما واحدا في ٢٩ اكتوبر ٢٠٠٤ بعد ان استبعد العديد من الطعون لانعدام محلها - بسبب ورودها على المواد ٣ و ٤ و ٦ و ٧ و ٩ و ٢٢ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ من الامر المشار اليه - والتي اقيمت امام المجلس بعد صدور قانون ٩ اغسطس ٢٠٠٤ بشأن سياسة الصحة العامة السابق ذكره والذي اقر ضمنا النصوص المذكورة ومنحها من ثم القيمة التشريعية وهو ما يخرج الطعون بتجاوز السلطة بصدها من نطاق اختصاص مجلس الدولة الذي يراقب مشروعية القرارات اللائحية والفردية ولا يراقب الاعمال التشريعية ولذا فقد اخضع المجلس لولايته فقط النصوص التي لم تكن محلا لتصديق البرلمان ١.

1) Le Conseil d'Etat declare qu' "il resulte de ce qui precede que doivent etre regarades comme ayant ete implicitement ratifies par l'article 153 de la loi du 9 aout 2004 les articles 3.4.6.7.9.21.22.26.27 et 28 de l'ordonnance attaquée; qu'ainsi, les conclusions des requetes susvisees dirigees contre ces dispositions sont sans objet; que par suite, il n'y a pas lieu de statuer, dans cette mesure, sur les conclusions des requetes n 269814 et n 271119, enregistrees anterieurement a l'entree en vigueur de la loi du 9 aout 2004; que les conclusions des requetes n 271357 et n 271362, enregistrees posterieurement a cette entree en vigueur, doivent, dans la meme mesure, etre rejetees comme irrecevables; que, dans l'un comme dans l'autre cas, il n'y a lieu, pour le Conseil d'Etat, d'examiner les moyens=

وفي نطاق نصوص الامر التي لم يقرها البرلمان بالقانون المشار اليه فقد نعى الطاعنون على عقود المشاركة مخالفتها للقواعد الدستورية المتعلقة بالمساواة في الدخول الى التعاقدات العامة وحسن ادارة الاموال العامة لانها من العقود الاجمالية التي يتضمن محلها عمليات مركبة تشمل التصميم والانشاء والاستغلال والتمويل والادارة الا ان مجلس الدولة لم ير في ذلك مجاوزة للسلطة على اساس ان هذه العقود تجد اساسها في المادة السادسة من قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ السابق ذكره وهو ما يعنى - اذا ما قبل مجلس الدولة مناقشة ذلك - خوض القاضى الادارى فى رقابة الدستورية وهو ما لا يدخل فى اختصاصه^١.

=des requetes qu'en ce qui concerne les dispositions non ratifiees de l'ordonnance attaquee".

1) Le Conseil annonce que " si les requérants soutiennent que l'institution de contrats globaux tels que les contrats de partenariat méconnaîtrait, par elle-même, les exigences constitutionnelles relatives à l'égalité devant la commande publique et au bon usage des deniers publics, de tels moyens ne peuvent utilement être invoqués à l'encontre de l'ordonnance attaquée, dès lors que le principe de la création de contrats ayant pour objet " la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions" résulte des termes mêmes de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, sur le fondement de=

كما طلب الطاعنون كذلك الحكم بعدم مشروعية المادة ٢ من الامر المشار اليه التي تعرف وتحدد اجراءات ابرام عقود المشاركة دون الالتزام بالقواعد العامة في ابرام العقود الادارية المدرجة في التقنين العام للاقاليم بالمادة رقم 2-1414 L. وذلك لتجاوزها نطاق التفويض الممنوح من المشرع في قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ بشأن هذه الطائفة من العقود وهو ما رفضه مجلس الدولة مستعينا بقرار المجلس الدستوري رقم 473-2003 الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٣ الذي اعلن فيه ان المرسوم الذي سيصدر بتحديد هذه العقود يجب ان يحدد اوجه مخالفة او خروج احكام عقود المشاركة على القواعد العامة في التعاقدات بما يبررها استنادا الى اعتبارات المصلحة العامة كالاستعجال المحدد بالنظر الى الظروف الخاصة او المحلية وذلك لتلافي التأخير المسبب للضرر او الضرورة المرتبطة بامور تقنية او وظيفية او اقتصادية لاحدى التجهيزات او احدى المرافق بعينها فيرى المجلس ان هذه الظروف تبرر ابرام عقد المشاركة دون اتباع اجراءات التعاقد العامة منتهيا الى ان النصوص المشار اليها لا تخالف المادة السادسة من قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ ولا تجاوز قرار المجلس الدستوري الصادر في ٢٦ يونيو ٢٠٠٣.

=laquelle a ete prise l'ordonnance attaquée et dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité à la constitution".

1) " Considerant, en troisième lieu, que les requérants soutiennent que les dispositions précitées de l'ordonnance

attaquee etendent la possibilite de passer un contral de partenariat au-dela des previsions des dispositions de l'article 6 de loi du 2 juillet 2003, telles qu'interpretees par la decision n 2003-473 DC du 26 juin 2003 de Conseil constitutionnel, par laquelle celui-ci a juge que les ordonnances prises sur le fondement de cet article devraient reserver les derogations au " droit commun de la commande publique ou de la domanialite publique" a des " situations repondant a des motifs d'interet general tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulieres ou locales, a rattraper un retard prejudiciable, ou bien la necessite de tenir compte des caracteristiques techniques, fonctionnelles ou economiques d'un equipement ou d'un service determine" ; qu'il resulte des termes memes de cette decision que, sous reserve qu'elle resulte objectivement, dans un secteur ou une zone geographique determines, de la necessite de rattraper un retard particulierement grave affectant la realisation d'equipements collectifs, l'urgence qui s'attache a la realisation du projet envisage est au nombre des motifs d'interet general pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat; qu'il en va de meme de la complexite du projet lorsqu'elle est telle que "la presonne publique n'est pas objectivement en mesure de definir seule et a l'avance les moyens techniques pouvant repondre a ses besoins ou d'etablir le montage financier ou juridique" de ce projet; qu'ainsim les requireants ne sont pas fonds a soutenir que l'article 2 de l'ordonnance attaquee et l'article L. 1414-2 du=

وفي ذات الاطار نعى الطاعنون على الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الامر محل الطعن التي تحدد اجراءات ابرام عقد المشاركة عدم مشروعيتها لانها تخرق مبدأ المنافسة كاساس عام لابرام هذه العقود في حالة الاستعجال الذي يبرره المشروع وهو ما وجده المجلس غير سديد لان المادة الثالثة من ذات الامر تقرر ضرورة اتباع وسيلة الاعلان التي تكفل تقدم عطاءات كثيرة تضمن المنافسة كشرط من شروط ابرام العقد^١.

=code general des collectivites territoriales, dans as redaction issue de cette ordonnance, meconnaissent les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, non plus que l'interpretation qu'a donnee de ces dispositions, avec l'autorite qui s'attache a la chose jugee, le conseil constitutionnel".

1) Le juge administratif declare que " si l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS et la FEDERATION NATIONALE DES ELUS SOCIALISTES ET REPUBLICAINS font grief au second alinea de l'article 5 de l'ordonnance attaquée de permettre la passation d'un contrat de partenariat sans mise en concurrence lorsque le projet presente un caractere d'urgence, ce moyen manque en fait, des lors que, en vertu de l'article 3 de la meme ordonnance, une telle passation est precedee, en toute hypothese, d'une publicite permettant la presentation de plusieurs offres concurrentes".

ولم يقبل مجلس الدولة الحجة المستمدة من مخالفة الامر لاحكام التوجيه رقم 2004/18/CE الصادر من البرلمان والمجلس الاوروبيين فى ٣١ مارس ٢٠٠٤ بشأن بتوحيد اجراءات ابرام عقود المقاولات العامة والتوريد والخدمات المنطبق اعتبارا من ٣٠ ابريل ٢٠٠٤ والتي تمنح الدول الاعضاء مهلة لتطبيقه تنتهى فى ٣١ يناير ٢٠٠٦ حيث تلغى فى هذا التاريخ التوجيهات ارقام 92/50/CEE والصادرة عن المجلس الاوروبى بتاريخ ١٤ يونيو ١٩٩٣ والتي تهتم بذات موضوع التوجيه رقم 2004/18/CE المحدد لاجراءات ابرام العقود طبقا للقواعد الاوروبية والتي تخضع لمبدأ حرية المنافسة والتفاوض والتنافس^١.

فقد رفض المجلس هذه الحجة ايضا معلنا ان احكام الامر حول هذه المسائل لا تخرق احكام توجيه ٢٠٠٤ وانما تدخل فى مجال تطبيقه فاذا كانت احكام هذا التوجيه تتحدث عن سلطة المزايدة التى تتولى ابرام عقود الاشغال العامة مع الشركات الاقتصادية فى مجالات المقاولات والتوريد فان جهة الادارة التى تبرم عقد المشاركة يمكن ان تعد سلطة مزايدة فى اطار الفقرة (٤) من المادة الاولى من التوجيه فعقد المشاركة اذ يبرم مع واحد او اكثر من الفاعلين فى المجال الاقتصادى والذى يتقاضى المقابل المالى فى صورة مبالغ تدفعها جهة الادارة فهى تعد

1) JOUE,n L 134/114 du 30 avril 2004.

بذلك عقود اشغال عامة فى مفهوم التوجيه وهو ما يبعد عن الامر محل الطعن شبهة مخالفة ذلك التوجيه ١.

كما لم يقبل مجلس الدولة ايضا الطعن الموجه ضد الامر بعدم ضمانته دخول المشروعات الصغيرة والمصممين واصحاب الحرف الى عقود المشاركة على اساس انها من العقود الاجمالية التى تشمل كل مراحل العملية ابتداء من التصميم وحتى تمام التنفيذ مخالفا بذلك قانون ٢ يوليو

1) Le Conseil d'Etat declare qu"aux termes du a) du deuxieme paragraphe de l'article premier de la directive 2004/18/CE: "Les marches publice sont des contrats a titre onereux conclus par ecrit enter un ou plusieurs operateurs economiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'execution de travaux la fourniture de =produits ou la prestation de service au sens de la presente directive"; que, sous reserve que les personnes publiques procedant a leur passation puissent etre regardees comme des pouvoirs adjudicateus au sens du paragraphe 9 de l'article 1er de la meme directive et qu'ils rentrent, par leur montant et par leur objet, dans les previsions du chapitre II du titre II de celle-ci, les contrats de partenariat, qui ont vocation a etre passes avec un ou plusieurs operateurs economiques et en vertu desquels la renuberation du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique, constituent des marches publics au sens de cette directive; que, dans cette mesure, l'ordonnance attaquée s'inscrit dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE".

٢٠٠٣ الذي اكد على حق هؤلاء فى الدخول الى عقود المشاركة فقد اعلن المجلس عدم وجود مخالفة لهذا القانون لان الشخص المعنوى العام اذا كان يستطيع ان يبرم العقد كاملا مع متعاقد واحد باعتباره من العقود الاجمالية فانه يمكنه فى ذات الوقت ان يتعاقد مع احد المتعاقدين لتنفيذ جزء من العقد فقط بما يمكنه بالتالى- بالمخالفة للمادة ٧ من قانون ١٢ يوليو ١٩٨٥ بشأن الاشراف على الانشاءات العامة من قبل جهة الادارة والمتعاقد معها - من ان يتعاقد مع احد المصممين لتنفيذ التصميم^١. يضاف الى ذلك ايضا ان احكام المرسوم لا تحول دون

1) Le Conseil d'Etat declare qu'il ressort des termes memes de l'ordonnance attaquée que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire; que, lorsqu'elle ne confie au titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, de faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume; que, lorsque la personne publique confie tout ou partie de la conception des ouvrages à son cocontractant. L'article II de l'ordonnance attaquée, dont les dispositions sont reprises à l'article L.1414-13 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la même ordonnance, impose, d'une part, que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural == et que figure, au

دخول المشروعات الصغيرة الى هذه العقود من خلال اتحاد
مشروعات groupement d'entreprises^١.

nombre des criteres d'attribution du contrat, la qualite globale des ouvrages, d'autre part, que, parmi les conditions d'execution du contrat, figure l'obligation d'identifier une gquipe de maitrise d'oeuvre chargee de la conception des ouvrages et du suivi de leur realization ; que ces dispositions, qui contribuent a preserver la specificite de la fonction de maitrise d'oeuvre et a garantir la qualite architecturale des ouvrages realises dans le cadre des contrats de partenariat, conformement aux objectifs de la loi du 3 janvier 1977 sur l'arvhitecture, satisfont ainsi aux exigences de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, telles qu'eclairees par les travaux preparatoires de cette loi"

1) " Considerant, il est vrai, que les requerants font egalement grief a l'ordonnance attaquée de n'envisager l'acces des petites et moyennes entreprises aux contrats de partenariat que de maniere indirecte, par le biais de marches passes avec les titulaires de tells contrats, et de ne pas comporter de mesures tendant a leur permettre d'accéder elles-memes a la titularite de ces contrats; que, toutefois, les dispositions precitees de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ne peuvnet être interpretees comme ayant entendu imposer aux auteurs de cette ordonnance de prendre des mesures en ce sens; qu'en tour etat de cause, aucune disposition de l'ordonnance attaquée ne fait obstacle a ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate,=

وكان من بين الاسباب الهامة اخيرا للمطالبة بالغاء الامر المنظم لعقود المشاركة ما تضمنته المادة ١١ من امكانية تسوية المنازعات باللجوء الى التحكيم عند الاقتضاء وهو ما يستبعد اختصاص القضاء الوطنى ويخالف بذلك مبدأ حظر لجوء الاشخاص المعنوية العامة الى التحكيم لتسوية المنازعات.

فلم يقبل مجلس الدولة ايضا هذا السبب استنادا الى ان طبيعة هذه العقود الاجمالية المركبة وما تضعه على عاتق الادارة من التزامات ضخمة طوال مدة العقد وطريقة التمويل تجعل من الضرورى النص فى العقد على اليات فض المنازعات بمختلف الوسائل ومنها التحكيم منتها الى ان الامر لم يخالف فى هذا الجانب اى مبدأ ذا قيمة دستورية ولم يخرق حدود التفويض الوارد فى قانون ٢ يوليو ٢٠٠٣ ولم يخالف سوى مبدأ عاما للقانون يحول بين اشخاص القانون العام وبين اللجوء الى التحكيم وهو ما لا يمكن التعويل عليه نظرا لتفويض المشرع للحكومة تفويضا كاملا لاعداد تنظيم متكامل لعقود المشاركة ذات الطبيعة المركبة تلك الطبيعة التى قد تمثل عائقا امام جعل الاختصاص للقضاء فى حل المنازعات الناشئة بمناسبة مثل هذه العقود.

=notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, a l'attribution d'un contrat de partenariat".

Et voir aussi la question de: paul Daniel, Daniel, Departee au minister de l'economie sur cette idée, (Jo du 30 novembre 2004, p. 9344) et la reponse de minister (Jo du 18 Janvier 2005, P. 576).

ويخرج من هذا الاطار بشأن جواز اللجوء الى التحكيم بطبيعة الحال المنازعات التمهيدية المتعلقة باجراءات ابرام العقد السابقة على التوقيع عليه اذ تخضع هذه الطائفة من المنازعات لاختصاص القاضى الادارى بالالغاء تطبيقا للقواعد العامة ١.

1) Sur ce point, le Conseil d'Etat declare qu' " aux termes de l'article 11 de l'ordonnance attaquée: " Un contrat de partenariat comporte necessairement des clauses relatives: (...) 1) Aux modalites de prevention et de reglement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas echeant, etre fait recours a l'arbitrage, avec application de la loi francaise" ; que des dispositions similaires figurant au 1) de l'article L.1414-12 du code general des collectivites territoriales, dans sa redaction issue de l'ordonnance attaquée ; qu'en habilitant le Gouvernement a "creer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privees charges d'une mission de service public " dans les limites qu'il definit, l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 doit etre regarde comme ayant entendu permettre aux auteurs de l'ordonnance attaquée de definir dans son ensemble le regime juridique de ces nouveaux contrats, y compris les conditions de prevention et de reglement des litiges susceptibles de naitre a l'occasion de leur execution ; que, compte tenu de la complexite des contrats en cause, liee notamment au caractere global de la mission confiee au cocontractant de l'administration, a la duree des=

وقد اثّرت اعتراضات أخرى بشأن مشروعية الأمر أمام مجلس الدولة فيما يتعلق بنظام الإعفاءات الضريبية والتصرف في الأموال العامة وقواعد إدارتها وانتهى المجلس إلى استبعادها جميعاً.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري قد تبني في قراره الصادر في ٢ ديسمبر ٢٠٠٤ السابق الإشارة إليه التحليل الذي أتى به مجلس الدولة في إطار في مجال فحص مشروعية عقود المشاركة وعلى الرغم من اتحاد تحليل كل من مجلس الدولة والمجلس الدستوري في هذا الصدد فقد اثّرنا عرضهما منفصلين لتعلق قرار مجلس الدولة بدراسة جوانب مشروعية الأمر المنظم لعقود المشاركة PPP كقرار إداري من الناحية الشكلية لصدوره من السلطة التنفيذية (رئيس الدولة) وذلك قبل التصديق عليه من البرلمان واكتسابه للصفة التشريعية بينما يتعلق قرار المجلس

=engagements souscrits et aux mecanismes de financement a mettre en oeuvre, rendant necessaire la mise en place de modalites adaptees de reglement des litiges, les auteurs de l'ordonnance attaquée ont pu, sans meconnaitre la portee de cette habilitation et sans qu'y fasse obstacle aucune regle ou aucun principe de valeur constitutionnelle, deroger, par les dispositions precitees, au principe general du droit en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux regles qui determinant la competence des juridictions nationales en remettant a la decision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent a des rapports relevant de l'ordre juridique interne"

الدستورى بالموضوع بطريقة غير مباشرة عند تعرضه لفحص دستورية مشروع قانون تبسيط قواعد القانون (الذى صدر بعد ذلك فى ٩ ديسمبر ٢٠٠٤ تحت رقم 1343-2004) وتحديد الفقرة XXII من المادة ٧٨ منه التى اقرت صراحة نصوص الامر الصادر فى ١٧ يونيو ٢٠٠٤ بتنظيم عقود المشاركة بعد ان كان ذلك الامر قد اقر بصورة جزئية بواسطة قانون ٩ اغسطس ٢٠٠٤ بشأن سياسات الصحة العامة مما طرح امام المجلس الدستورى مسالة مدى التزامات الحكومة بحدود التفويض التشريعى بتنظيم عقود المشاركة بالنسبة لعديد من مواد الامر الصادر فى ١٧ يونيو ٢٠٠٤ ففى هذا الاطار تظهر الاهمية القصوى لقرارى المجلس الدستورى ومجلس الدولة.

اما حكم مجلس الدولة الثانى المتعلق بعقود المشاركة فقد صدر فى ٣١ مايو ٢٠٠٦ ١. وكان اقل اهمية من سابقة اذ لم تطرح فيه مشروعية احكام الامر الصادر فى ١٧ يونيو ٢٠٠٤ بل يتعلق موضوعه باحد القواعد اللائحية الصادرة بالتطبيق له: فقد اشرنا الى ان المادة الثانية من ذلك الامر قد ربطت ابرام عقود المشاركة بضرورة اجراء دراسات اولية اقتصادية ومالية تجرى بواسطة مؤسسة خبرة تحدد بواسطة مرسوم وتنفيذا لنص هذه المادة صدر مرسوم ١٩ اكتوبر ٢٠٠٤ الذى اشرنا اليه وانشأ لجنة المساعدة على تحقيق عقود المشاركة ملحقا اياها بوزارة الاقتصاد لتقوم بالمهمة المشار اليها على اساس ان وجود هذه اللجنة اذ تقدم المعونة للأشخاص المعنوية العامة فى مراحل الاعداد

1) CE,31 mai 2006, Ordre des avocats au Barreaux de paris, req. n 275531.

والتفاوض ومتابعة عقود المشاركة تؤدي الى ايجاد وضع خاص
ومتميز يخلق افضلية لصالح الاشخاص المعنوية مقارنة بالاطراف
الاخري مما يؤدي الى اهدار مبدأ حرية المنافسة وخرق مبدأ حرية
التجارة والصناعة *Liberte du commerce*.

ولم يقبل مجلس الدولة هذا الطعن معلنا ان المرسوم المذكور لم يخرق
القواعد القانونية لمباشرة السلطة اللائحية فاذا كانت المادة الثانية منه قد
انشأت لجنة المساعدة لتحقيق عقود المشاركة لتقدم المعونة الفنية الى
الاشخاص المعنوية العامة التي تطلب ذلك في مراحل الاعداد
والتفاوض والمتابعة فانها بذلك لم تفعل سوى تطبيق مهمة تتعلق
بالمصلحة العامة تابعة للدولة بهدف ضمان احترام اشخاص القانون
العام واشخاص القانون الخاص المكلفين بمهمة مرفق عام لمبدأ
المشروعية *Principe de legalite* واذا كان المرسوم الطعين قد
كلف هذه اللجنة بتقديم المعونة في التفاوض على العقود فان ذلك لا
يشير الى انه قد منحها مهمة التفاوض على العقد بدلا من الشخص
المعنوي المتعاقد ورتب مجلس الدولة النتيجة المرتبطة بهذا التحليل
مقررا ان المادة الثانية من المرسوم لا تؤدي وليس من مقتضاها خرق
مبدأ حرية الصناعة والتجارة او مبدأ حرية المنافسة ولا تحول دون مبدأ
المساواة في الدخول الى المناقصات العامة بالتطبيق للقانون الاوروبي
المشترك^١.

1) Le Conseil declare sur la legalite de l'article 2 du decret du
29 octobre 2004 en disant qu' " en chargeant la mission=

=d'appui a la realization des contrats de partenariat d'apporter aux personnes publiques qui le lui demandent un appui dans la preparation, la negociation et le suivi des contrats de partenariat, l'article 2 du decret attaque s'est borne a mettre en oeuvre la mission d'interet general, qui releve de l'Etat, de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privees chargees d'une mission de service public, du principe de legalite; qu'en particulier, en prevoyant que cet organisme peut fournir un appui dans la negociation des contrats, le decret attaque n'a pas entendu permettre a cette mission de les negocier en lieu et place d'une personne publique contractante autre que l'Etat ; qu'ainsi, aucune des attributions confiees a la mission d'appui a la realization des contrats de partenariat n'emporte intervention sur un marche; que par suite, les dispositions de l'article 2 du decret attaque n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de meconnaître le principe de la liberte du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence; qu'elles ne sont pas davantage contraires au principe d'elles ne sont pas davantage contraires au principe d'egal acces a la commande pubilque; qu'enfin, des prestations de services au sens du droit communautaire, elles n'ont pu ni introduire de restrictions a la libre prestation des services a l'interieur de la Communaute europeenne prohibees par les stipulations de l'article 49 du traite instituant la Communaute europeenne, ni meconnaître l'egalite de traitement entre les candidates la commande publique issue du droit communautaire"

وبعد عرض هذه التطورات القانونية الهامة للاطار التنظيمى لعقود المشاركة يمكننا القول انه ابتداء من عام ٢٠٠٦ اخذت عقود المشاركة بالاتجاه نحو التطبيق على مستوى الدولة والاقاليم فبالنسبة للدولة اقترت مشروعات تابعة لوزارة الدفاع مثل المشروع المتعلق بتجديد المعهد الوطنى للرياضة والتعليم البدنى والمشروع المتعلق بالتاهيل الاولى لطيارى الهليكوبتر فى اطار مدرسة تطبيق الطيران الخفيف التابعة للجيش وغيرها من المشروعات الهامة الاخرى اما بالنسبة للادارات المحلية وقع عقد الانارة العامة لبلدية Auvers-sur-Oise اضافة الى العديد من مشروعات العقود التى مازالت فى مرحلة التفاوض مثل تجديد شبكة الانارة العامة فى مدينة Rouen اويعد مجالى الطاقة والتعليم من المجالات المثلى لابرار عقود المشاركة فى فرنسا فى الوقت الحالى.

المطلب الثالث

ظهور عقود المشاركة PPP فى القانون المصرى

باستعراض الاطار القانونى والمؤسسى لعقود المشاركة فى المملكة المتحدة وفرنسا يظهر لنا تكامل هذا الاطار لتطبيق جيد لهذه العقود يكون محققا للهدف منه ويظهر لنا فى الوقت ذاته ضرورة تدخل

(1) انظر فيما يتعلق بمشروعات عقود PPP التى مازالت فى طور الاعداد على الموقع الاتى:

<http://www.ppp.minefi.gouv.fr/imprim/imprime.php?url=http://www.minefi.gouv....>

المشرع المصرى خصوصا وان تجربة عقود البوت ماثلة امام جهات الادارة نظرا لما تضمنته شروط هذه الطائفة من العقود من بنود مجحفة بالادارة المصرية وامتيازها كسلطة عامة تؤثر سلبا على النظام القانونى المصرى حتى وصلت الى حد مخالفة الدستور صراحة.

ويجب على الدولة الاسراع فى استصدار الاليات القانونية لعقود المشاركة لتحديد تكييفها القانونى وشروط اللجوء اليها والعناصر الاساسية لها ووسائل فض المنازعات الناشئة فى رحابها وقبل كل ذلك سلطة الادارة المتعاقدة فى الاشراف والرقابة حتى نتفادى سلبيات عقود البوت.

وبعد اربع سنوات تقريبا استجاب المشرع وقام بإصدار القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ باصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة.

ولإمكان فهم كيفية ظهور عقود المشاركة فى القانون المصرى فقد يحسن التعرض أولا لاصدار القانون المنظم للمشاركة ثم نعرض ثانيا للوحدات الادارية العاملة فى اطار عقود المشاركة.

أولاً: اصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية والخدمات والمرافق العامة:

سبق ان عرفنا عقد المشاركة PPP بانه ذلك العقد الذى تبرمه جهة الادارة مع احد المتعاقدين يتولى من خلاله تمويل انشاء وتشغيل

وصيانة مرفق ما فى مقابل مبالغ مالية دورية مجزأة شهرية او نصف سنوية يتقاضها طوال مدة العقد تحت اشراف ورقابة جهة الادارة المتعاقدة.

ولا شك ان عقد المشاركة بهذا المضمون يغدو معروفا فى القانون المصرى منذ زمن طويل تحت مسميات اخرى فجوهر هذا العقد يشير بصورة او باخرى الى الاطار التقليدى الذى طبق فى مصر منذ زمن بعيد والذى من خلاله تمنح الادارة عن طريق العقد مهمة تنفيذ المرفق العام الى شخص اخر لتشغيله وتقديم الخدمة للجمهور مباشرة فى مقابل تقاضى رسوم تحت اشراف دقيق لجهة الادارة فكل عقود الادارة غير المباشرة وعلى راسها عقد التزام المرفق العام تدخل فى هذا الاطار الذى يشرك القطاع الخاص فى الانشاء والتمويل والتشغيل والصيانة تحت اشراف جهة الادارة.

واذا كانت عقود المشاركة تشير الى مضمون تقليدى فانه لا يمكن القول بوجودها من الناحية القانونية منذ زمن طويل بل هى حديثة النشأة من ناحية المسمى فى القانون المصرى اذ لا يتجاوز الحديث عنها مدى زمنى يتجاوز العامين ومما لا شك فيه ايضا كثر لذلك ان هذه الطائفة لها احكام قانونية متميزة ومغايرة للطوائف الاخرى من العقود كما هو الحال فى القانون الفرنسى على سبيل المثال الذى اكتمل فيه الاطار القانونى لهذه العقود كما راينا من قبل.

وتأتى هذه العقود كحلقة فى سلسلة التطور فى ادارة المرافق العامة فى القانون المصرى التى بدأت مع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن

التزامات المرافق العامة والتعديلات التي ادخلت عليه والذي كان يكرس الاطار العام لنظام عقود الالتزام المستقى من قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى بداية القرن الماضى وما لحق تطبيقه من ضعف فى الفترة التالية لعام ١٩٥٢ التى سيطرت فيها الدولة بصورة شبيهة كاملة على النشاط الاقتصادى ثم تلى ذلك تطبيق سياسة التحرر الاقتصادى وما ارتبط بها من اللجوء الى طائفة عقود البوت التى استدعت تدخلات تشريعية عديدة واثارت مشكلات قانونية و اقتصادية كثيرة ادت الى التريث فى ابرام مزيد منها حيث لجأت الدولة الى هذا النوع من العقود لانشاء وتنمية البنية الاساسية فى المجالات الحيوية كالطاقة والمطارات والموانى وغيرها من المشروعات الهامة^١.

وأخيرا بدأت الدولة فى اللجوء الى عقود المشاركة لانشاء وتنمية البنية الاساسية كمرحلة اخرى من مراحل التطور القانونى الاقتصادى فوفقا للدراسات المبدئية فى وزارة المالية فان المجالات التى سيتم تطبيق عقود المشاركة لتنفيذ مشروعات البنية الاساسية فى الصحة والتعليم والنقل والكهرباء والطرق على ان تكون الاولوية فى مجال

1) Voir sur ce genre de contrats: S. Abdel Baki, les projets internationaux de construction menes selon la formule B.O.T. (Build, operate, transfer), Droit francais – Droit egyptien, these, paris 1, 2000; CH. Khater, Le contrat de concession de service public ou B.O.T. en droit francais et egyptien – Etude compare de l'evolution contemporaine, these, paris 1, 2004.

وانظر ايضا د/ ماهر محمد حامد النظام القانونى لعقود الانشاء والتشغيل واعادة المشروع B.O.T. دار النهضة العربية ٢٠٠٥.

اقامة المدارس (٣٥٠٠) ستشمل المرحلة الاولى منها ٥٠ مدرسة فى ١١ محافظة مقسمة الى ثلاث مناطق جغرافية تشمل الشرقية (٢٢) وكفر الشيخ (٦) والاسكندرية (٥) والغربية (٤)... الخ. وستكون مدة العقد طويلة نسبيا (١٥ عاما) سيتولى فيها المتعاقد التمويل والتشغيل والصيانة تحت اشراف ورقابة جهة الادارة التى ستلتزم وفقا للعقد بمقابل مالى (ايجار) شهرى او نصف سنوى ١.

واذا كانت هذه التطورات لها جوانب قانونية الا ان جوانبها الاقتصادية لا يمكن اغفالها وبخاصة فى الدول النامية او التى على طريق التقدم كمصر فلجوء الدولة الى هذه الاشكال التعاقدية يسمح لها باعادة هيكلة موازنتها العامة debudgetiser اى نقل الابعاء المالية الكبيرة الى عاتق القطاع الخاص بما يسمح لها فى النهاية بالاتجاه نحو عدد اكبر من مشروعات البنية الاساسية الانشائية والتنمية دون اللجوء الى الاقتراض وبخاصة الخارجى من المؤسسات المالية الدولية تفاديا للسلبات الكثيرة لمثل هذا الاقتراض على الاقتصاد الوطنى ٢.

ومن ناحية اخرى تعد عقود المشاركة فى هذا الاطار وسيلة مثلى لنقل التكنولوجيا الحديثة وبتكلفة مقبولة نسبيا بالنظر الى التزام المتعاقد

1) المعلومات المشار اليها مستقاة من موقع وزارة المالية:

<http://www.mof.gov.eg/arabic/>

2) Voir, CH. Bettinger, La gestion deleguee des services publics dans le monde – concession ou BOT, Berger- Levraut, paris, 1997, p.100.

بالتحويل والانشاء والتشغيل والصيانة فى مقابل تقاضيه لمبالغ شهرية او نصف سنوية من جهة الادارة او تحت اشرافها مما يعنى ان المرفق يجب كالتزام تعاقدى ان يكون محدثا دائما فى ضوء الوسائل التكنولوجية المطبقة.

يضاف الى ذلك ان عقود المشاركة تؤدى الى جذب الاستثمار الخارجى الى الداخل مما يؤدى الى ايجابيات كثيرة اخصها انعاش الاقتصاد الوطنى وخفض الدين العام وفوق ما سبق فان عقود المشاركة وبنيانها القانونى والفنى تساعد على نقل مخاطر المشروع الاقتصادية والفنية والتجارية المرتبطة بالانشاء والتشغيل والصيانة الى المتعاقد مع الادارة اى القطاع الخاص الذى يتحمل المسؤولية كاملة فى هذا المجال ولذلك ايجابيته الكثيرة على الاموال العامة وعلى جهة الادارة المتعاقدة.

وتتميز عقود المشاركة اخيرا عن نظام الخصخصة Privatisation فى مضمونة التقليدى الخالص فاذا كان المرفق سيعود للادارة بعد انتهاء الفترة العقدية فان نظام الخصخصة ينقل الملكية وبصورة نهائية الى القطاع الخاص مما يجعل عقود المشاركة تفضل نظام الخصخصة من هذه الناحية.

وتسعى الدولة من وراء تطبيق عقود المشاركة الى معالجة قصور التمويل الحكومى بغرض قيادة مشروعات التنمية الاقتصادية والاجتماعية بشكل مضطرد ومستمر وتوسيع الملكية الخاصة لتفعيل التوجه نحو الاقتصاد الحر والاستفادة من الاستثمار الخاص بتطبيق بعض سياسات الاصلاح الهيكلى والمؤسسى.

الا ان التطبيق الحقيقى لهذه الطائفة من العقود تواجهه صعوبات كبيرة جعلت نسبة مشاركة القطاع الخاص فى مشاريع البنية الاساسية فى الفترة من ١٩٩٠ الى ٢٠٠٤ لا تتجاوز ستة عشر مشروعا بنسبة مشاركة بلغت ٣٧,٨٤٥% وتتركز العقبات امام عقود المشاركة بالدرجة الاولى فى قصور التنظيم التشريعى اذ لا تصلح التشريعات العامة كقانون المناقصات والمزايدات وقانون التزامات المرافق العامة للتفاعل بصورة كاملة مع الجوانب المالية والفنية والادارية لعقود البوت مثلا وهو الامر الذى دفع بالمشروع الى اصدار قوانين خاصة لتنظيم العقود التى تبرم فى مجالات محددة كالكهرباء والاتصالات والمطارات ا بما يحمله ذلك من امكانية التعارض والتناقص.

ومثل هذا الوضع عجل بضرورة اصدار تشريع يعالج هذا القصور ويدرج بصورة قانونية سليمة عقود المشاركة فى القانون المصرى من خلال القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ باصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة السابق الاشارة اليه وذلك بهدف خلق البنية التشريعية الملائمة

-
- 1) ومن امثلة ذلك تعديل القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن هيئة كهرباء مصر بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ (الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر فى ٣٠ يونيو ١٩٩٦ والقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة بالقانون رقم ٢٩٩ لسنة ١٩٩٦ - الجريدة الرسمية العدد ٢٧ مكرر فى ١٤ يوليو ١٩٩٦) والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزامات المرافق العامة لانشاء وتشغيل واستغلال المطارات وفقا لنظام البوت بالاستثناء من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة (الجريدة الرسمية العدد ٦ مكرر فى ٨ فبراير ١٩٩٧)

التي تكفل حرية المنافسة وتضع اطار قانونى ينظم كافة صور المشاركة بين القطاعين الحكومى والخاص ويحدد المؤسسات والهيئات على المستوى المركزى وغير المركزى التى تعمل على حسن تطبيق المشاركة.

الفصل الأول

معنى عقد المشاركة ومدته وأهدافه

والطبيعة القانونية له

كما سبق القول فإن عقد المشاركة هو ذلك العقد الذى يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الإستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها وإستغلالها وصيانتها طوال المدة المحددة فى العقد فى ضوء طبيعة الإستثمار أو طرق التمويل وذلك فى مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية .

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة على أن عقد المشاركة هو عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه القيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها فى المادة ٢ من هذا القانون .

هذا وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع الإلتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للإستخدام فى الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام وإضطراد طوال فترة التعاقد .

ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ إكمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه .

ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة المنصوص عليها فى المادة ١٤ من هذا القانون الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا إقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية .

ونستخلص من هذين التعريفين أن عقد المشاركة يجمع بذلك بين القطاعين العام والخاص من أجل تحقيق هدف محدد يخضع لإجراءات حددها المشرع تتمثل فى قيام متعاقد الإدارة بإنشاء وصيانة أحد مشروعات البنية الأساسية مقابل الحصول على عوض مالى يأخذ صورة إيجار يرتبط أحيانا بطبيعة الإستثمار والإنشاءات التى يقيمها المتعاقد وما يبذله من عناية لإنجازها وفقا لما تم الإتفاق عليه .

وينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث مقسمة على النحو التالي :-

المبحث الأول :- معنى عقد الشراكة .

المبحث الثانى :- أهداف عقد الشراكة .

المبحث الثالث :- الطبيعة القانونية لعقد الشراكة .

المبحث الأول

معنى عقد الشراكة

عرف القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠ السالف الإشارة إليه عقد الشراكة بأنه كل اتفاق لا تقل قيمته عن مائة مليون جنيه بمقتضاه تعهد إحدى الجهات الإدارية(٢) الى شركة المشروع (٣) تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يكون المشروع

(١،٢) حدد القانون المشار إليه فى المتن المقصود بالجهات الادارية وشركة

المشروع على النحو التالى:

الجهات الادارية : الوزارات والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة التى يصدر بتحديدھا قرار من رئيس مجلس الوزراء.
شركة المشروع: الشركة المساهمة المصرية التى يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة.

صالحا للاستخدام فى الانتاج او تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد.

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

من هذا التعريف يبين لنا أن عناصر عقد المشاركة وفقا للتشريع فى مصر هى:

١- اتفاق من احدى الجهات الادارية المحددة قانونا واحدى الشركات الخاصة التى استلزم القانون ان تكون شركة مساهمة مصرية (١) تنشأ خصيصا من اجل تنفيذ هذا الاتفاق وقد حدد القانون حدا ادنى لقيمة العقد الاجمالية بمائة مليون جنيه.

(١) شركة المساهمة تعد من شركات الاموال وقد عرف قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ شركة المساهمة بانها شركة ينقسم رأسمالها الى اسهم متساوية القيمة يمكن تداولها على الوجه المبين بالقانون.

وتقتصر مسئولية المساهم على اداء قيمة الاسهم التى اكتتب فيها ولا يسأل عن ديون الشركة الا فى حدود ما اكتتب فيه من اسهم ويكون للشركة اسم تجارى يشتق من الغرض من انشائها ولا يجوز ان تتخذ من اسماء الشركاء او اسم احدهم عنوانا لها.

٢- ان يقتصر موضوع العقد على تمويل وانشاء تجهيز مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة واتاحة خدماتها او تمويل وتطوير هذه المرافق.

ويقصص بمشروعات البنية الاساسية تلك المشروعات التى تتعلق بالخدمات الاساسية التى يجب ان تقدمها الدولة للأفراد ولا نستطيع ان نحددها حصرا بل يمكن ذكر امثلة لها كإنتاج وتوزيع الكهرباء التليفونات النقل بكل صورة وخاصة انشاء الطرق ومد خطوط السكك الحديدية والمطارات والموانى البحرية وخدمات الامداد بمياه الشرب والصرف الصحى.

اما المرافق العامة فهى كل مشروع يعمل بصفة منتظمة ودائمة تحت اشراف احدى الجهات الادارية بقصد اداء خدمات عامة للجمهور تحقيقا للنفع العام مع خضوعه لنظام قانونى معين.

٣- التزام شركة المشروع بصيانة ما يتم انشاؤه او تطويره.

٤- تقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لى يصبح المشروع صالحا للاستخدام فى الانتاج وتقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال مدة العقد ويترتب على هذا العنصر انه لا يجوز للمتعاقد وقف الخدمة او قطعها دون مبرر لانه يعد خلال فترة التعاقد بمثابة مرفق عام يجب ان يعمل بصفة منتظمة ودائمة.

ويجوز وفقا للعقد ان تقوم شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة او المنتج للجهة الادارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين او المنتفعين.

كما يجوز بموافقة مجلس الوزراء بموافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة فى ضوء التقارير المعدة من الوحدة المركزية للمشاركة (١) قيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج او تقديم الخدمة لمن تحدده الجهة الادارية.

مدة العقد:

تقضى المادة الثانية من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على ان مدة العقد يجب ان لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن ثلاثين سنة وتحتسب المدة من تاريخ انتهاء اعمال البناء والتجهيز او اتمام عملية التطوير وليس من بداية تنفيذ العقد.

وقد اجاز القانون لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة (١) الموافقة على ابرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.

ويثور التساؤل عن مدى امكانية تجديد العقود لمدة اخرى؟

(١) سنوضح فيما بعد تشكيل واختصاصات هذه الوحدة.

(١) سنوضح فيما بعد هذه اللجنة من حيث تشكيلها واختصاصاتها.

للإجابة على ذلك نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: ان تقل مدة العقد على ثلاثين سنة او المدة التي حددها مجلس الوزراء اذا ارتأى زيادة المدة على ثلاثين سنة كما سبق القول فى هذا الفرض نرى عدم جواز تجديد العقد لانه لو اجرنا ذلك لما كان لوجود حد اقصى للعقد فائدة.

الفرض الثانى: اذا كانت مدة العقد تقل على ثلاثين سنة فيجوز تجديد العقد ولكن بشرط ان يتضمن عقد المشاركة نصا يتضمن تنظيم تجديد المدة.

المبحث الثانى

أهداف عقد الشراكة

يستهدف هذا العقد حسبما ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون اصداره تحقيق الاهداف الاتية:

أولاً: دفع عجلة التنمية الاجتماعية والاقتصادية والحفاظ على معدلات نمو مرتفعة من خلال الارتقاء بمستوى الخدمات والمرافق العامة ومن خلال كفاءة تنفيذ فاعل وناجز لمشروعات البنية الاساسية.

ثانياً: تحفيز القطاع الخاص لزيادة استثماراته المباشرة فى مجال تنفيذ مشروعات المرافق العامة واثاحة خدماتها بما يحقق انجازا اسرع

وخدمة ارقى وكلفة اقل وصيانة افضل لتلك المشروعات والحفاظ على عمر الاصول العامة وبما يحقق خلقا لفرص عمل جديدة وبمستويات دخول اعلى دون الاخلال بالتزامات الدولة تجاه مواطنيها ودون المساس بمضمون ومستوى ومقابل الخدمات والمرافق العامة.

ثالثا: الاستفادة من دراسة للتجارب الدولية الناجحة التي اعتمدت على مشاركة القطاع الخاص لتحقيق طفرة كبيرة ونهضة سريعة للخدمات والمرافق العامة في مجالات التعليم والصحة والنقل والمياه والصرف الصحي وغيرها من قطاعات ومشروعات البنية الاساسية.

رابعا: توفير البنية التشريعية المناسبة التي تكفل تحقيق التوازن المنشود بين واجبات والتزامات الشركاء الذين تلاقى ارادتهم على هدف انجاح مشروعاتهم باجدي كلفة اقتصادية وبحيث يتحمل كل شريك تبعات الالتزام الذي يجد نفسه اقدر على تحمله^١.

خامسا: مواجهة العقوبات القانونية القائمة الموضوعية منها والاجرائية والصعوبات التي واجهتها جهود الحكومة لتطبيق مشاركة القطاع الخاص في مشروعات التعليم والصحة والمياه والصرف الصحي والنقل انطلاقا من القواعد القانونية التقليدية لتعاقد الدولة باساليب الالتزام او الامتياز او من خلال قانون تنظيم المناقصات والمزايدات او

(١) د/أنس جعفر ، د/أشرف جعفر - مرجع سابق - ص ١٩٥ ، انظر أيضا د /

ماهر محمد حامد - النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع

(BOT) دار النهضة العربية ٢٠٠٥ .

حتى من خلال اللجوء الى القوانين الخاصة ببعض القطاعات والمرافق العامة.

سادسا: الحرص على كفاءة تنظيم قانونى متكامل لمشاركة القطاع الخاص يضمن اختيار المستثمر وفقا لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص ويحدد نطاق مشروعات المشاركة بما يسمح بضمان توافر اسباب نجاحها ويحدد اطار دور الحكومة على المستوى الوزارى وعلى المستوى التنفيذى فى اختيار واعتماد ومتابعة تنفيذ المشروعات التى يتم تنفيذها من خلال المشاركة مع القطاع الخاص ويمهد لتنميط عقود المشاركة ويسهل دور القطاع الخاص فى تدبير التمويل اللازم لتلك المشروعات.

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية لعقد الشراكة

إذا كانت الطبيعة القانونية لعقود المشاركة فى فرنسا لا تثير أى تساؤل بشأن طبيعتها القانونية وعما إذا كانت تعد عقودا إدارية من عدمه الصراحة نص المادة الأولى من الأمر رقم ٥٥٩ الصادر فى "١٧ يونيو ٢٠٠٤" والمعدل بالقانون "٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨" والسالف الإشارة إليهما فإن الوضع فى مصر جد مختلف فنظرا لعدم وجود نص فى

1 د/ ثروت بدوى - النظرية العامة فى العقود الإدارية ، ١٩٩١ .

القانون "٦٧ لسنة ٢٠١٠" بذلك بما سيثير التساؤل بين الفقه والقضاء حول طبيعة هذه العقود كما حدث بالنسبة لعقود البوت.

وقد ذهب رأى (١) الى القول بان عقود المشاركة فى مصر تعد - كما هو الحال فى فرنسا- عقودا ادارية وتنطبق عليها المبادئ العامة فى العقود الادارية ذات المصدر القضائى المتعلقة بقواعد الرقابة التى تملكها جهة الادارة فى عقودها الادارية ولم تحدث مناقشات فقهية واسعة حول هذا الموضوع كما لم تعرض امام القضاء دعاوى حتى يبدى رايه لحداثه هذا القانون.

الا اننا نخالف الرأى سالف الذكر لان القول بان هذا العقد يعد عقدا اداريا يطبق عليه المبادئ العامة للعقود الادارية سيؤدى الى افراغ هذا العقد من مضمونه لان مقتضى هذه المبادئ العامة كما سنوضح فيما بعد ان يكون للدولة سلطة الرقابة والاشراف وسلطة تعديل العقد بالارادة المفقودة وتوقيع جزاءات على المتعاقد (٢).

ويترتب على ذلك نتيجة مهمة وهى احجام المستثمرين الوطنيين والاجانب عن المشاركة فى هذه العقود وابقاء الوضع على ما هو عليه بما يترتب عليه من عدم تدفق الاستثمارات الاجنبية لتمويل مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة ونرى ان هذا العقد يعقد عقدا

(١) راجع الدكتور رجب محمود المرجع السابق ص ١٥٥.

(٢) قريب من هذا المعنى الدكتور المستشار محمد عبد المجيد اسماعيل القانون العام الاقتصادى والعقد الادارى الدولى الجديد المرجع السالف الاشارة اليه ص

ذو طبيعة خاصة يخضع للقانون "٦٧ لسنة ٢٠١٠" ولائحته التنفيذية وما يتفق عليه الاطراف بشرط عدم الخروج عن احكام القانون او اللائحة ولا ادل على ان هذا العقد لا يعد عقدا اداريا ما يلي:

١- انه لا يخضع للقانون "٨٩ سنة ١٩٩٨" باصدار قانون المناقصات والمزايدات حقيقة انه نص على بعض قواعد قريبة منها ولكنها قواعد ذات طبيعة خاصة وردت فى الفصل الثالث من القانون تحت عنوان اجراءات الطرح والترسية ولكنها قواعد مغايرة تماما للقواعد التى نص عليها القانون "٨٩ لسنة ١٩٩٨" والتى ستقوم بدراستها تفصيلا فيما بعد.

٢- ان القانون نص فى مادته الثامنة على ان تعديل عقد المشاركة يكون بالاتفاق بين الطرفين طبقا للاسس والقواعد المنصوص عليها فى العقد وذلك اذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد ابرام العقد بما فى ذلك التعديلات فى التشريعات السارية وقت ابرامه.

وهذا يخالف اهم المبادئ العامة فى العقود الادارية وهى ان الادارة تملك بارادتها المنفردة سلطة تعديل العقد فى حدود معينة كما سنوضح فيما دون حاجة لموافقة الطرف الاخر.

وقد استثنى القانون حالات يمكن التعديل فيها ولكن لم يطلق يد الجهة الادارية فى التعديل بل اشترط ذلك ان تقتضى المصلحة العامة ذلك وان لا يتم التعديل الا بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة اى انه حتى

الى الاستثناء فان سلطة الادارة مقيدة ولا تستطيع بمفردها ان تقوم بالتعديل على النحو الموجود فى العقود الادارية.

٣- ان القانون استبعد - على النحو سالف الذكر - اختصاص مجلس الدولة حال وجود منازعات ناشئة عن هذا العقد، فنص فى المادة ٢٥ منه على انه يجوز بعد موافقة اللجنة العليا بشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم او غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقا لما يتفق عليه فى عقد المشاركة .

الفصل الثانى

إجراءات إبرام عقد المشاركة

بمراجعة نصوص قانون تنظيم مشاركة القطاع الاخص فى مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة يمكن رصد العديد من التشكيلات الإدارية الهامة التى أنشأها المشرع للمساعدة على التطبيق السليم لعقود المشاركة فى كافة مراحلها وذلك من مرحلة ما قبل الإبرام وإنهاء بالتنفيذ .

ونظرا لأهمية هذه الإجراءات فقد رأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين هلى النحو التالى :-

المبحث الأول :- اللجان المختصة بالمشاركة فى إبرام العقد .

المبحث الثاني :- إجراءات الطرح وإختيار المتعاقد .

المبحث الأول

اللجان المختصة بالمشاركة فى إبرام العقد

لأهمية هذا العقد وحدثته تضمن القانون تنظيما دقيقا للغاية لاعداده وتنفيذه يعتمد فى المقام الاول على المركزية الشديدة وهذه اللجان هى:

١- اللجنة العليا لشئون المشاركة.

٢- الوحدة المركزية للمشاركة.

٣- لجنة التأهيل المسبق.

وسنقوم فيما يلى بدراسة هذه اللجان من حيث التشكيل والاختصاصات.

(١) اللجنة العليا لشئون المشاركة:

بمراجعة النصوص المنظمة لهذه اللجنة من ناحية التشكيل والاختصاصات يظهر منها الادارة التشريعية الواضحة فى ان تكون اللجنة اهم تشكيل ادارى لسياسات المشاركة يعمل فى نطاق عقود المشاركة وتكون له الكلمة العليا فى التقرير فى شان مشروعات المشاركة.

فمن ناحية تشكيل اللجنة يلاحظ ان المشرع تشكيلا اداريا ذا مستوى عال من القيادات الادارية بما يعكس الاهمية القصوى لهذه العقود لدى المشرع ورغبته في توفير كافة الضمانات لنجاحها فقد نصت المادة ١٤ من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة على ان " تشكل لجنة عليا لشئون المشاركة برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية والاستثمار والتنمية الاقتصادية والشئون القانونية والاسكان والمرافق والنقل ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة ويتولى الوزير المختص بالشئون المالية رئاسة اللجنة في حالة غياب رئيس مجلس الوزراء.

ولرئيس مجلس الوزراء ضم من يراه من الوزراء المعنيين الى عضوية هذه اللجنة.

وينضم لعضوية اللجنة الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند النظر في المشروع واعتماده.

ويصدر بتشكيل اللجنة وبنظام العمل فيها قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على الوزير المختص بالشئون المالية".

اما من ناحية الاختصاصات يلاحظ ارادة المشرع في جعل سلطة التقرير بشأن مشروعات المشاركة في يد هذه اللجنة اضافة الى مهمة وضع الاطار العام والبيئة المناسبة لنجاح عقود المشاركة بالنظر الى

تعلق موضوعها بمجالات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة
وهى مجالات شديدة الاهمية بطبيعتها.

فالمادة ١٥ من قانون المشار اليه تنص على ان " تختص اللجنة العليا
لشئون المشاركة بما يأتى:

(أ) رسم سياسة قومية موحدة للمشاركة مع القطاع الخاص تحدد اطرها
واهدافها والياتها والنطاق المستهدف لمشروعاتها.

(ب) اعتماد تطبيق نظام المشاركة على مشروعات الجهات الادارية.

(ج) متابعة توفير المخصصات المالية لضمان الوفاء بالالتزامات
المالية الناشئة عن تنفيذ عقود المشاركة.

(د) اصدار القواعد والمعايير العامة للمشاركة واعتماد العقود النموذجية
للمشاركة فى القطاعات المختلفة.

(هـ) اعتماد توصية السلطة المختصة بالجهة الادارية باختيار المتعاقد
معها فى عقد المشاركة والموافقة على ابرام العقد.

(و) اجراء الدراسات واقتراح وسائل توفير وتطوير ادوات السوق
اللازمة لتوفير الهيكل التمويلي المناسب لمشروعات المشاركة.

وتعد اللجنة العليا لشئون المشاركة فى موعد غايته ثلاثة اشهر من
انتهاء السنة المالية تقريراً عن اعمالها متضمناً ما اسفرت عنه

ممارستها لاختصاصاتها من تطبيق نظام مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة والاثـر المالى لتطبيق هذا النظام على الموازنات والدين العام".

ولضمان قدر اكبر من الجدية والشفافية فى ممارسة اللجنة لاختصاصاتها الزمت الفقرة الاخيرة من ذات المادة " الوزير المختص بالشئون المالية ان يحيل التقرير المشار عليه فى الفقرة السابقة الى مجلس الشعب مع مشروعات قوانين الربط الخاصة بالحساب الختامى للموازنات العامة".

كما اناط القانون باللجنة العديد من الاختصاصات الهامة الاخرى كالتوصية لمجلس الوزراء بابرام عقد مشاركة لمدة تزيد على الحد الاقصى الذى قرره المشرع (ثلاثين عاما) اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية والتوصية لمجلس الوزراء بقيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج او تقديم الخدمة الى من تحدده الجهة الادارية والموافقة على تعديل الجهة الادارية للعقد اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك التعديل والموافقة المسبقة على قرار السلطة المختصة بالغاء اجراءات الطرح واخيرا تلقى الدراسات والتقارير.

٢- الوحدة المركزية للمشاركة ووحدات المشاركة بالجهات الادارية:

١- تشكيل هاتين اللجنتين:

تشكل اللجنة المركزية للمشاركة ويتم تحديد رئيسها بقرار من وزير المالية اما وحدات المشاركة فى الجهات الادارية فيصدر بتشكيلها وتحديد اختصاصاتها ونظام العمل بها قرار السلطة المختصة فى الجهة الادارية.

٢- اختصاصات اللجنة المركزية للمشاركة:

تختص هذه اللجنة بالامور الاتية:

أ- تقديم الخبرة الفنية والمالية والقانونية للجنة العليا لشئون المشاركة ولوحدات المشاركة بالجهات الادارية.

ب- رسم ومتابعة اجراءات طرح وابرام عقود المشاركة وتنفيذها.

ج- إعداد ونشر الدراسات والمعلومات والاحصاءات الخاصة بمشروعات المشاركة على المستويين المحلى والدولى.

د- اختيار مستشارى الطرح لمشروعات المشاركة والتعاقد معهم طبقا للقواعد والاجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

هـ- انشاء سجل الكترونى لجميع المستندات المتعلقة بمشروعات المشاركة.

و- تلقى شكاوى المستثمرين ودراستها واعداد الراى بشأنها تمهيدا لرفعها للجنة العليا لشئون المشاركة.

ز- تقديم الخبرة فى مجال اعداد الدراسات الفنية والمالية والقانونية واقتراح النظم التشريعية واللائحية والمساعدة فى انشاء الهياكل الادارية اللازمة للجهات المحلية او الاجنبية التى تطلب ذلك ويجب على اللجنة عند ممارسة هذا الاختصاص الحصول على موافقة وزير المالية بجانب موافقته على المقابل المالى الذى ستحصل عليه اللجنة.

ح- الموافقة على النشر والاعلان الخاص بالمشروعات التى ستطرح بما فى ذلك اعلانات ابداء الاهتمام والدعوة للتاهيل ومذكرة المعلومات والدعوة للتقدم للعطاء.

ط- حضور لجان تحديد المعايير والتاهيل ولجان تلقى ودراسة العطاءات وقد الزم القانون جميع الجهات الادارية ان تراعى فى اجراءاتها تطبيق توصيات الوحدة المركزية للمشاركة.

وجدير بالذكر ان القانون الزم الوحدة المركزية للمشاركة بامساك حسابات مالية مستقلة تدرج فيها المبالغ المخصصة لها من الدولة وما تتلقاه من دعم مالى بالاضافة الى ما تحصله من شركة المشروع لقاء ما تؤديه من خدمات وتحدد اللجنة العليا لشئون المشاركة النسبة المقررة لذلك المقابل وطريقة سداده بحد اقصى ٠,٥% من القيمة الاجمالية للعقد.

وقد الزم القانون جميع الجهات الادارية التى ترغب فى الحصول على اعتماد تطبيق نظام المشاركة على اى من مشروعاتها ان توفر للوحدة المركزية للمشاركة جميع المعلومات اللازمة لاعداد تقريرها بالتوصيات المطلوبة.

والخلاصة ان المشرع اراد من هذه الوحدة ان تكون بيت خبرة تنفيذى فى مجالات مشروعات المشاركة حتى ياتى التطبيق سليما يتلاقى سلبيات تجربة عقود البوت التى طبقتها الادارة المصرية فقد قرر المشرع ان تضم اللجنة كفاءات فنية ومالية وقانونية اخذا فى الحسبان الطبيعة المركبة او الاجمالية للعمليات موضوع عقد المشاركة فى مجالات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة بما يؤدى الى الوصول الى تعريف متكامل للعملية المقترحة للتنفيذ من خلال عقد مشاركة ويؤدى فى النهاية الى تنفيذ امن للعقد بعيدا عن الخلافات التعاقدية او المنازعات القضائية او التحكيمية التى تؤدى الى الاضرار بالمصلحة العامة ومن هذه الجزئية الاخيرة نستطيع ان نفهم الاختصاصات الكثيرة والسلطات الواسعة التى منحها المشرع للوحدة.

وفى كل الاحوال يعكس وجود الوحدة باختصاصاتها اساسا قانونيا مؤسسيا جيدا يبيث الاطمئنان فى نفوس المستثمرين وراس المال الاجنبى وبما يؤدى فى المجل الى تحقيق الهدف من اصدار قانون خاص بعقود المشاركة.

٣- لجنة التأهيل المسبق:

تشكيل اللجنة:

تشكيل لجنة التأهيل المسبق بقرار من السلطة المختصة بالجهة الادارية وذلك على النحو التالى:

خبرات فنية ومالية وقانونية.

ممثل او اكثر عن الوحدة المركزية للمشاركة.

ممثل عن وحدة المشاركة بالجهة الادارية اذا وجدت.

اختصاصات اللجنة:

نصت المادة ٢٠ من القانون على ان تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون اختصاصات هذه اللجنة وتنظيم العمل بها ولم تصدر هذه اللائحة بعد.

ولكننا من استقراء النصوص التى وردت بالقانون وربطها ببعض يتبين لنا مهمة هذه اللجنة وهى اختيار قائمة المستثمرين المؤهلين.

والدليل على ذلك ما جاء بالفقرة الثانية من المادة ٢٠ المشار اليها من انه يكون للمستثمرين الذين لم ترد اسمائهم ضمن قائمة المستثمرين المؤهلين الاعتراض على قرار لجنة التأهيل.

ويقدم الاعتراض الى الوحدة المركزية للمشاركة لدراسته واصدار قرارها الملزم بشانه وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون مواعيد واجراءات الاعتراض على قرار لجنة التأهيل واجراءات نظره والبت فيه.

المبحث الثاني

إجراءات الطرح و اختيار المتعاقد

و سندرس إجراءات الطرح و اختيار المتعاقد (الترسية) فى
المطالب التالية :-

المطلب الأول

الأحكام العامة فى إجراءات الطرح و الترسية (١)

نص القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ - الخاص بتنظيم مشاركة
القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق
العامة -على إجراءات الطرح و اختيار المتعاقد فى عقود المشاركة .

فنلاحظ أنه على الجهة التى ترغب فى تنفيذ مشروع أو أكثر
من مشروعاتها المدرجة بخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية بطريق
المشاركة أن تعد دراسة فنية و بيئية و اجتماعية و اقتصادية و قانونية
ومالية تحت إشراف الوحدة المركزية للمشاركة لبيان جدوى تنفيذ
مشروع المشاركة وفقا لأحكام القانون .

(1) لمزيد من التفصيل أنظر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١
بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية
الأساسية و الخدمات و المرافق العامة الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ -
الجريدة الرسمية ، العدد المكرر (ب) الصادر فى ٢٣ يناير لسنة ٢٠١٠

و يجب أن تتضمن الدراسة بيان القواعد و الشروط التى تكفل ضمان مستوى الإنتاج و الخدمات ، وجوده أصول المرفق الذى سيتم تنفيذه و كيفية صيانة هذه الأصول بمايصونها و يحافظ عليها ، ويكفل استمرار استخدامها بحالة جيدة فى الغرض الذى أنشئت من أجله خلال مدة تنفيذ عقد المشاركة و بعد انتهائه .

وتعرض هذه الدراسة بعد الانتهاء من إعدادها على السلطة المختصة بالجهة الإدارية لأعتمادها . و فى حالة الموافقة على تنفيذ المشروع بطريق المشاركة ، تتولى الجهة المختصة بعد التنسيق مع الوحدة رفع الأمر الى اللجنة العليا ، على أن يتضمن طلب الموافقة جميع البيانات و المعلومات و الإيضاحات المتعلقة بالمشروع ، وما إذا كانت شركة المشروع التى سيتم التعاقد معها ستتولى تشغيل المشروع أو استغلاله و كذا مدة تنفيذ عقد المشاركة . كما يتعين أرفاق تقريراً من الوحدة يتضمن توصياتها بشأن المشروع .

و فى حالة موافقة للجنة العليا على تنفيذ المشروع بطريق المشاركة ، يتم إخطار الجهة الإدارية و الوحدة بذلك .وتحدد اللجنة العليا فى هذا الاخطار مدة تنفيذ المشروع ، وما إذا كانت شركة المشروع ستتولى تشغيل المشروع أو استغلاله .

تقوم الجهة الإدارية - بعد اخطارها بالموافقة من قبل اللجنة العليا على تنفيذ المشروع بطريق المشاركة - فى البدء فى إتخاذ إجراءات الطرح و اختيار المتعاقد و إبرام عقد المشاركة بالتنسيق مع الوحدة . ويجوز لها أن تعهد بإجراءات الطرح و اختيار المتعاقد الى الوحدة .

ويجب على الجهة الإدارية قبل البدء فى إتخاذ إجراءات طرح المشروع للمستثمرين ان تعد بالتنسيق مع مستشارى الطرح مذكرة معلومات خاصة عن المشروع المراد تنفيذه بطريق المشاركة ، على ان يكون ذلك باللغة العربية أو الانجليزية أو كليهما على أن تتضمن هذه المذكرة ما يأتى :-

١- وصف عام للمشروع يتضمن جوانبه الفنية و القانونية والخدمات المنوط به تقديمها .

٢- طبيعة دور المستثمر فى تنفيذ المشروع.

٣- الخدمات أو التسهيلات التى توفرها الجهة الإدارية لتنفيذ المشروع (إن وجدت)

٤- الألتزامات الأساسية التى سيتضمنها عقد المشاركة مع القطاع الخاص لتنفيذ المشروع .

و يجب عرض هذه المذكرة على الوحدة ، ولا يجوز نشرها أو إتاحتها للمستثمرين المهتمين أو طالبى التأهيل المسبق إلا بعد الموافقة عليها من الوحدة . على أن تتضمن هذه الموافقة بيان ما إذا كانت طبيعة المشروع تقتضى دعوة المستثمرين لإبداء الاهتمام أم لا .

الدعوة لإبداء الاهتمام بالمشروع كإجراء سابق .

إذا كانت طبيعة المشروع تقتضى دعوة المستثمرين لإبداء الاهتمام به . كأجراء يسبق إجراءات التأهيل المسبق . فيجب على الجهة الإدارية الإعلان عن ذلك على الأقل فى صحيفة يومية واسعة الانتشار باللغتين العربية والانجليزية.وعند الاقتضاء فى إحدى الصحف الأجنبية

خارج مصر . و على المواقع الالكترونية للجهة الإدارية و الوحدة و الهيئة العامة للاستثمار ، وذلك كله وفقا لما تحدده الوحدة .

تقوم الجهة الإدارية بدراسة طلبات إبداء الأهتمام ثم تقوم الجهة الإدارية بعد موافقة الوحدة بالاعلان عن دعوة التأهيل المسبق للراغبين فى المنافسة على تنفيذ المشروع .

و على الجهة الإدارية عند تلقى طلبات لسحب مستندات التأهيل تسليم نسخة مجانية من مذكرة المعلومات الخاصة بالمشروع و مستندات التأهيل .

المطلب الثاني

لجنة التأهيل المسبق و اختصاصاتها

تشكل السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة التأهيل المسبق والتي تختص بإعداد مستند التأهيل المسبق و تحديد المستندات المطلوبة كما تختص بتلقى طلبات التأهيل المسبق و فحصها و دراستها و تحديد المطابق منها لمعايير التأهيل الموضوعية . و استبعاد غير المطابق .

يتقدم المستثمرين الراغبين فى المنافسة على تنفيذ المشروع لمرحلة التأهيل المسبق فى صورة مستثمر منفرد أو فى صورة تحالف مكون من مجموعة من المستثمرين ، وفى حالة تقديم طلب التأهيل من تحالف ، فيجب تحديد ممثل لهذا التحالف يمثلهم فى إجراءات التأهيل المسبق والمنافسة على الفوز بالمشروع.

تقوم الجهة الإدارية بإخطار طالبي التأهيل بقائمة المستثمرين المؤهلين وذلك بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول وبالبريد الإلكتروني، كما يعلن عن تلك القائمة بالموقع الإلكتروني لكل من الجهة الإدارية والوحدة .

و يجب ان يكون قرار لجنة التأهيل المسبق باستبعاد طلبات التأهيل غير المطابقة لمعايير التأهيل الموضوعة مسببا . و تخطر الجهة الإدارية المستثمرين الغير مؤهلين بخطاب موصى عليه و مصحوب بعلم الوصول . او بالبريد الإلكتروني . او بأية وسيلة أخرى تكفل علمه بالقرار .

للمستثمر الذي تم استبعاد طلب التأهيل المسبق المقدم منه أن يعترض على ذلك بمذكرة مسببة يقدمها للوحدة خلال اسبوع من تاريخ اعلانه بقرار الاستبعاد او علمه به . و هنا تقوم الوحدة بدراسة الاعتراض المقدم من طالب التأهيل والبت فيه خلال ١٥ يوم من تاريخ استلامها للاعتراض .

و يكون قرار الوحدة الصادر بالبت في الاعتراض نهائيا و ملزما وتخطر الوحدة المعترض بقرارها النهائي بموجب خطاب مصحوب بعلم الوصول او بالبريد الإلكتروني او بأية وسيلة أخرى . و يجب اخطار الجهة الإدارية بصورة من هذا القرار

المطلب الثالث

إعداد كراسة الشروط والمواصفات

والتقدم بالعطاءات^(١)

تصدر السلطة المختصة قرار بتشكيل لجنة من عناصر فنية و مالية وقانونية لأعداد كراسة الشروط و المواصفات الخاصة بالمشروع فى ضوء قرارات اللجنة العليا ومجلس الوزراء بحسب الحوال على أن تضم اللجنة ممثلاً أو أكثر للوحدة .

و تعد كراسة الشروط و المواصفات باللغة العربية او الانجليزية او بكليهما و ذلك بعد موافقة الوحدة و يجب أن يحدد فى الكراسة اللغة التى يتعين على مقدمى العطاءات تقديم العطاءات و المكاتبات بها ، و فى أحوال تعدد هذه اللغات يجب أن تحدد الكراسة اللغة التى تكون لها الحجية فى احوال التعارض بينها و بين اللغة الأخرى .

و يجب أن تتضمن كراسة الشروط و المواصفات الخاصة بالمشروع على وجه الخصوص ما يأتى :-

١- المعلومات العامة المتعلقة بالمشروع و التى تلزم لإعداد العطاءات وتقديمها .

٢- مواصفات المشروع و الشروط الفنية و المالية الواجب توافرها فى العرضين الفنى و المالى .

^١ - لمزيد من التفاصيل انظر قرار رئيس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ سابق الإشارة اليه .

- ٣- مواصفات المنتج النهائي و مواصفات مستوى الخدمة و مؤشرات الاداء والمتطلبات الرئيسية للجهة الإدارية و لجهات التنظيم والرقابة للمرافق والخدمات محل التعاقد فيما يتعلق بمعايير السلامة و الأمن و حماية البيئة و غيرها .
 - ٤- الشروط الرئيسية لعقد المشاركة وغيره من الاتفاقات التكميلية وذلك دون الاخلال بحكم المادة ٣٤ من القانون ، مع بيان ما يعتبر من هذه الشروط غير قابل للتفاوض .
 - ٥- تحديد طريقة و أسس المفاضلة بين العطاءات و فى حالة اختيار نظام التقييم بالنقاط و يجب بيان معايير تقييم العطاءات و أسس المقارنة بينها فنيا و ماليا و الدرجة التى تمنح لكل معيار منها ، والطريقة التى تطبق بها تلك المعايير فى تقييم العطاءات و تحديد الوزن النسبى للجانب الفنى و المالى .
 - ٦- المستندات و النماذج و المواعيد الواجب مراعاتها واستيفاؤها فى العطاء .
 - ٧- مدة سريان العطاءات .
 - ٨- قيمة التأمين المؤقت و طريقة حساب التأمين النهائى بحسب طبيعة المشروع و مراحل تنفيذه ، و مدة سريانه .
- تقوم الوحدة بعد اعتماد السلطة المختصة بالجهة الإدارية لكراسة الشروط و المواصفات بإعداد نسخ معتمدة من الكراسة و مختومة بخاتمها و بخاتم الجهة الإدارية و ذلك بعدد المستثمرين المؤهلين و نسختين للحفظ بالجهة الإدارية ونسخة للوحدة .

وتتولى الجهة الإدارية توجيه خطاب الدعوى الى المستثمرين المؤهلين وذلك بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول وعن طريق البريد الإلكتروني لسحب كراسة الشروط و المواصفات من الوحدة و أداء ثمنها ،وتسلم الوحدة للمستثمر المؤهل ايصالا معتمدا و مختوما بخاتمها يفيد سداد ثمن كراسة الشروط.

ويلاحظ أنه لا تقبل العطاءات إلا من المستثمرين المؤهلين الذين قاموا بسحب كراسة الشروط و المواصفات و أداء ثمنها و تخطر الوحدة الجهة الإدارية بقائمة المستثمرين الذين قاموا بسحب كراسة الشروط والمواصفات و أداء ثمنها .

وللجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة بعد توجيه الدعوة وقبل موعد تقديم العطاءات أن تدعو الى عقد لقاءات مع المستثمرين المؤهلين لمناقشة استفساراتهم عن مستندات المشروع .

و تقوم السلطة المختصة بالجهة الإدارية بإصدار قرار بتشكيل لجنة تضم عناصر مالية و فنية . تتولى وضع القيمة التقديرية للمشروع وذلك بمراعاة القواعد الاتية :-

١- أن يتم وضع القيمة التقديرية بافتراض أن الجهة الإدارية ستقوم بتنفيذ المشروع بمعرفتها .

٢- يجب أن تشتمل القيمة التقديرية على إجمالي التكاليف الاستثمارية للمشروع بالإضافة الى إجمالي تكاليف التشغيل و الصيانة طوال فترة العقد بالاسعار الحالية للسوق وقت وضع القيمة التقديرية

٣- ان يتم وضع القيمة التقديرية بمراعاة عدم اضافة أى اعباء تمويلية او معدلات للتضخم .

و ترفع اللجنة تقريراً عن أعمالها موقعا عليه من جميع أعضائها ومن مستشارى الطرح ، - يتضمن بياناً بالقيمة التقديرية و الأسس التى اتبعتها اللجنة فى تحديد كلا من القيمة التقديرية و التكاليف الاستثمارية وتكاليف التشغيل والصيانة - الى الوحدة فى مظهر مغلق و مختوم بخاتم الجهة الإدارية .

و تتولى الوحدة مراجعة التقرير المشار إليه ولها أن تناقش الجهة الإدارية فيما يتضمنه هذا التقرير .

تتولى الوحدة بعد مراجعة القيمة التقديرية للمشروع و بالتنسيق مع مستشار الطرح المالى وضع المقارن الحكومى المنصوص عليه فى المادة ٢٥ من القانون بمراعاة القواعد الآتية :-

١- ان تتم اضافة تكاليف و أعباء التمويل للمشروع طبقاً للهيكل المقترح للتمويل .

٢- أن يتم تحليل كافة المخاطر المتعلقة بالمشروع و على الاخص المخاطر الفنية و المالية و القانونية ، ووضع تقدير لكل منها و اضافتها الى القيمة التقديرية

٣- أن يؤخذ فى الاعتبار فروق الأسعار عن الفترة من تاريخ أعداد القيمة التقديرية حتى الموعد النهائى لتقديم العطاء ، و ذلك من خلال إضافة معدل للتضخم عن تلك الفترة .

- ٤- أن تتم اضافة أى أعباء أخرى يتحملها مقدم العطاء بخلاف ما تقدم وتكون لازمة لتنفيذ المشروع .
 - ٥- حساب عائد الضرائب المدفوعة من خلال شركة المشروع
 - ٦- معدلات التضخم الثانوية المتوقعة خلال مدة المشروع و معدل الخصم المطبق للوصول الى صافى القيمة الحالية للمشروع .
- و تقوم الوحدة بعد تقديم العطاءات الفنية و المالية برفع تقرير بالمقارن الحكومى للجنة العليا لأعماده .
- يقوم المستثمر المؤهل أو من يمثله قانونا بإعداد نسخة أصلية واحدة من كل من العرضين الفنى و المالى و يجب ان توقع كافة صفحات المستندات الواردة فى المظروفين بالأحرف الأولى للمستثمر المؤهل او من يمثله قانونا وختمها بخاتم المستثمر المؤهل . اما بالنسبة للصفحات المطلوب فيها التوقيع صراحة فيجب أن توقع توقيعاً كاملاً بمعرفة المستثمر المؤهل او من يمثله قانوناً .
- يجب اغلاق مظروفي العرضين الفنى و المالى بطريقة محكمة و أن يوضع على كل منهما أسم مقدم العطاء و الجهة الإدارية المقدم لها و بيانات المشروع و كون المظروف فنياً او مالياً ، و كونه نسخة أصلية او مصورة بالاضافة الى تاريخ جلسة فتح المظاريف .
- تسلم العطاءات باليد فى المكان و فى الموعد المحددين لتلقى العطاءات فى كراسة الشروط و المواصفات فى مظروفين مغلقين

أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالى ، و يتم تسليم هذه العطاءات الى لجنة تلقى العطاءات ودراستها فنيا و ماليا . ولا يجوز لمقدم العطاء سحب عطائه بعد استلامه من لجنة تلقى العطاءات و دراساتها ولا يلتفت الى اى إدعاء من مقدم العطاءات بحدوث خطأ فى عطاؤه إذا قدم بعد الموعد النهائى لتقديم العطاءات .

وتعتبر العطاءات المقدمة من المستثمرين المؤهلين سارية و ملزمة لأصحابها طوال المدة المحددة فى كراسة الشروط و المواصفات . و يجوز للجهة الإدارية قبل فتح المظاريف المالية ان تطلب مد فترة سريان العطاءات لمدة لا تزيد عن ٩٠ يوما بعد انتهاء مدة سريان العطاءات المنصوص عليها فى كراسة الشروط و المواصفات دون أن يكون لمقدمى العطاءات الاعتراض على المد إذا اقتضت الضرورة ذلك ووافقت الوحدة .

المطلب الرابع

إجراءات اختيار المتعاقد

يقوم رئيس لجنة تلقى العطاءات تلقى العطاءات و دراستها عند قيام اللجنة بفض كل من مظاريف العروض الفنية المقدمة و المظاريف المالية للعروض المقبولة فنيا تكليف عضو أو أكثر من أعضاء اللجنة بتفريغ محتويات العطاءات الفنية و المالية فى أقل وقت ممكن فى كشوف خاصة للتفريغ يثبت فيها بيان بالمستندات الأساسية لكل عطاء و عدد صفحاته مع تدوين الملاحظات اللازمة لذلك و يثبت ذلك فى

محضر اللجنة و يقوم جميع أعضاء اللجنة بالتوقيع عليه. وللجنة ان تشكل من بين أعضائها او من غيرهم من ذوى الخبرة لجان فرعية لدراسة النواحي الفنية و المالية و القانونية للطلبات المقدمة و ترفع هذه اللجان تقريراً بنتائج أعمالها وتوصياتها الى لجنة تلقى العطاءات ودراستها لتقرير ما تراه فى شأنها . وعلى اللجنة الانتهاء من اعمالها و اتمام إجراءات إصدار خطاب الأسناد قبل إنتهاء سريان العطاءات.

يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط و المواصفات وفقاً لنظام التقييم المحدد بكراسة الشروط و المواصفات . و يصدر بالاستبعاد قرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بناء على توصيات لجنة تلقى العطاءات وتوصياتها^١.

و يجب أن يكون القرار الصادر باستبعاد احد العطاءات مسبباً وبالتفصيل الكافى و يخطر اصحاب العطاءات غير المقبولة فنياً بذلك القرار على عناوينهم بموجب خطاب موصى عليه مصحوباً بعلم الوصول او بالبريد الألكترونى . ولمن لم يقبل عطائه فنياً ان يتظلم الى لجنة التظلمات فى خلال ٣٠ يوم من تاريخ استلامه لإخطار الاستبعاد ، ولا يجوز فتح المظاريف الفنية للطلبات المقبولة فنياً قبل الفصل فى جميع تظلمات الإستبعاد الفنى .

(١) لمزيد من التفاصيل يراجع م د / محمد ماهر أبو العينين ، القاضى الإدارى وتطبيق قوانين المناقصات والمزايدات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ ، الكتاب الثانى ص ٢٨٢ وما بعدها .

و يقتصر التقييم المالى على العطاءات المقبولة فنيا فقط . و
تخطر لجنة تلقى العطاءات المقبولة فنيا بميعاد جلسة فض المظاريف
المالية لحضور أعمال اللجنة بموجب خطاب موصى عليه مصحوب
بعلم الوصول و بالبريد الألكترونى.

تجتمع لجنة تلقى العطاءات ودراستها فى المكان و الموعد
المحددین لفتح المظاريف المالية و تبدأ اللجنة أعمالها بالتحقق من
سلامة غلقها و تقوم بإثبات حضور اصحاب العطاءات المتواجدين او
ممثلهم و على اللجنة فض المظاريف المالية وفقا لترتيب ترقيمها و يقوم
رئيس اللجنة بإعلان القيم الواردة فى كل عطاء و التى سيتم على
أساسها التقييم المالى و يوقع على محضر هذه الجلسة جميع أعضاء هذه
اللجنة بالإضافة الى جميع أصحاب العطاءات الحاضرين أو ممثلهم .

و يتم اختيار المتعاقد على أساس العطاء الأقل قيمة طبقا
للطريقة المحددة للحساب فى كراسة الشروط و المواصفات فى حالة
إتباع نظام تقييم مطابق وغير مطابق . و فى حالة إتباع نظام التقييم
بالنقاط تكون ترسية المشروع على صاحب العطاء الأجدى اقتصاديا
بعد إعمال الوزن النسبى لكل من العرضين الفنى و المالى وفقا لمنهج
حساب القيمة التى تحدده كراسة الشروط والمواصفات حسب كل
مشروع . و يكون صاحب العطاء الفائز هو صاحب أعلى نتيجة و ذلك
بعد ترتيب نتيجة العطاءات من الأعلى الى الأسفل.

و يجب أخطار صاحب العطاء الفائز بموجب خطاب أسناد
موصى عليه مصحوب بعلم الوصول و ذلك بعد اعتماد اللجنة العليا
لتوصية السلطة المختصة باختيار صاحب العطاء الفائز و الموافقة على

أبرام العقد . و تقوم الجهة الإدارية برد التأمين المؤقت لمقدمى العطاءات الذين لم تقبل عروضهم الفنية عند أول طلب لهم بعد تاريخ الإعلان عن موعد فتح المظاريف المالية كما تلتزم برد التأمين المؤقت لمقدمى العطاءات غير الفائزين عند أول طلب لهم فى اليوم التالى لتاريخ إنتهاء سريان العطاءات أو اليوم التالى لتوقيع عقد المشاركة مع شركة المشروع التى أسسها صاحب العطاء الفائز أيهما اقرب .

تلغى إجراءات الطرح إذا تم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائيا او إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك و يكون الإلغاء بقرار من الجهة المختصة بعد أخذ رأى الوحدة ، و موافقة اللجنة العليا .

و يجوز إلغاء إجراءات الطرح فى الحالات الآتية :-

- ١- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد او لم يبقى بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء وحيد .
- ٢- إذا اقترنت العطاءات كلها أو اغلبها بتحفظات لا تتوافق مع الشروط والمواصفات المطروحة او يتعذر تقييمها ماليا .
- ٣- إذا كانت قيمة العطاء الاقل تزيد زيادة غير مبررة على المقارن الحكومى المعتمد من اللجنة العليا .

و استثناء مما تقدم يجوز قبول العطاء الوحيد بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة تلقى العطاءات و دراستها بعد موافقة اللجنة العليا إذا توافرت الشروط الآتية :-

- ١- أن تقتضى المصلحة العامة عدم السماح بإعادة إجراءات طرح المشروع . او لا تكون سمة فائدة ترجى من إعادتها .

٢- أن يكون العطاء الوحيد مقبولا فنيا ومطابقا للشروط و
المواصفات كما يجوز بعد موافقة اللجنة العليا قبول العطاء
الأقل الذى تزيد قيمته على المقارن الحكومى حتى نسبة لا
تجاوز ٢٠% من قيمة هذا المقارن . وكانت المصلحة
العامة تقتضى ذلك

و يكون الإلغاء بقرار يصدر من السلطة المختصة بناء على
توصية من لجنة تلحق العطاءات و دراساتها و بعد موافقة اللجنة العليا
المسبقة على طلب الجهة الإدارية بإلغاء إجراءات الطرح .

لا يجوز لأى من مقدمى العطاءات المطالبة بأى تعويضات عن
قرار الإلغاء باستثناء تعويض بنسبة ١٠% من المصروفات الفعلية التى
تكبدها صاحب العطاء لإعداد عطائه بحد أقصى ٥٠٠٠٠٠٠ جنيه
مصرى

و تصرف هذه التعويضات من موازنة الجهة الإدارية خلال
ثلاثة شهور على الأكثر من تاريخ تقديم طلب الى الجهة الإدارية من
صاحب العطاء او من يمثله قانونا فى ذلك بموجب توكيل خاص
بالتصرف .

و يجب على صاحب العطاء الفائز تأسيس شركة تسمى شركة
المشروع طبقا للشروط الآتية:-

١- أن تتخذ شكل شركة مساهمة مصرية وفقا لأحكام القانون
المصرى

٢- أن يكون غرضها الوحيد تنفيذ المشروع محل التعاقد وفقا للضوابط والشروط و الأحكام الواردة فى كراسة الشروط و المواصفات و القانون وهذه اللائحة .

٣- ألا يتعارض عقد تأسيس شركة المشروع او نظامها الأساسى مع أحكام عقد المشاركة المبرم معها و الاتفاقات الملحقه به .

٤- ألا تقل مدة شركة المشروع عن المدة اللازمة لتنفيذ عقد المشاركة و ذلك على النحو المبين فى كراسة الشروط و المواصفات .

٥- ألا تخل نسبة المساهمين فى شركة المشروع بأى من شروط التأهيل المسبق او شروط عقد المشاركة .

٦- أن يكون مؤسسو الشركة و أعضاء مجلس إدارتها من المشهود لهم بحسن السيرة و السمعة و ألا تكون قد صدرت ضد أى منهم أحكام مخلة بالشرف أو الأمانة او سبق صدور حكم ضده بالأفلاس .

و جدير بالذكر انه لا يجوز لشركة المشروع تنفيذ عقود مشاركة اخرى إلا بموافقة كتابية مسبقة من الجهة الإدارية بعد موافقة الوحدة واللجنة العليا وبشرط أن يقتصر العقد الذى انشأت من أجله على تقديم الخدمات فقط .

أما فى غير ذلك من عقود المشاركة فلا يجوز السماح لشركة المشروع بتنفيذ عقود مشاركة اخرى إلا بعد تمام تنفيذ المشروع الذى أنشأت الشركة من أجله .

يجب أن يكون التأمين النهائي الواجب على صاحب العطاء الفائز تقديمه في صورة خطاب ضمان غير مشروط و غير قابل للألغاء لصالح الجهة الإدارية ، و صادر من أحد البنوك المقيدة لدى البنك المركزي المصري و يجب تقديمه في أحوال وجوب ذلك قبل نهاية الأجل المحدد بإخطار الإسناد .

تكون أسس تحديد التأمين النهائي في حالات وجوب تقديمه على النحو التالي :-

١- قيمة محددة تبينها كراسة الشروط و المواصفات و عقد المشاركة ويقدم قبل الموعد المحدد في خطاب الإسناد و يجب أن يكون ساريا حتى تاريخ النفاذ المحدد بعقد المشاركة و في حالة مد تاريخ النفاذ يجب أن يتم مد سريان خطاب ضمان التأمين النهائي حتى ذلك التاريخ ولا يجوز الأفراج عن هذا الضمان إلا بعد استلام الجهة الإدارية لخطاب ضمان التأمين النهائي عن السنة الأولى من سنوات تنفيذ أعمال البناء أو التطوير .

٢- خلال فترة تنفيذ أعمال البناء أو التطوير يكون قيمة التأمين النهائي السنوى بالنسبة التى تحددها كراسة الشروط والمواصفات و عقد المشاركة من القيمة الثانوية لأعمال البناء أو التطوير الموضحة بنموذج العرض المالى لصاحب العطاء الفائز.

٣- خلال فترة إتاحة الخدمات أو أعمال التشغيل و الصيانة يكون قيمة التأمين النهائي السنوى بالنسبة التى تحددها

كراسة الشروط والمواصفات و عقد المشاركة من القيمة الثانوية لمقابل إتاحة الخدمات أو مقابل أعمال التشغيل و الصيانة الموضحة بنماذج العرض المالي لصاحب العطاء الفائز .

٤- و يجب أن يكون التأمين النهائى سارية لمدة سنة على الأقل ويتم تجديده او استبداله سنويا و ذلك بالقيمة التى تحددها كراسة الشروط والمواصفات و عقد المشاركة قبل نهاية مدته بأسبوعين على الأقل . ويجب مراعاة مد سريان التأمين النهائى للسنة الخيرة من فترة تنفيذ أعمال البناء او التطوير حتى تاريخ إصدار شهادة القبول ، ولا يجوز الأفراج عن ذلك التأمين إلا بعد إصدار شهادة القبول و إستلام التأمين النهائى وعن السنة الأولى من فترة إتاحة الخدمات أو التشغيل أو الصيانة .

٥- كما يجب أن يكون التأمين النهائى صالحا لمدة سنة على الأقل وأن يتم تجديده او استبداله سنويا بالقيمة التى يحددها عقد المشاركة قبل نهاية مدته بوقت كافى طبقا لأحكام عقد المشاركة و حتى تاريخ إنقضائه.

المطلب الخامس

إجراءات نظر التظلمات المقدمة للجنة والبت فيها

يكون نظر تظلمات المستثمرين وما يرتبط بها خلال عمليات طرح و إبرام و تنفيذ عقود المشاركة من القطاع الخاص بالقطاع العام ،

بمعرفة لجنة التظلمات التي تم النص عليها في المادة ٣٩ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ .

و تعقد لجنة التظلمات جلساتها لنظر التظلمات المقدمة لها كلما كانت هناك ضرورة الى ذلك بدعوى من رئيسها .

و إذا كان محل التظلم المقدم من احد المستثمرين قرارا إداريا فيكون التظلم منه أمام اللجنة في خلال ٣٠ يوما من تاريخ إخطار صاحب الشأن به ، او علمه بالقرار .

و يلاحظ انه لا تقبل دعوى الإلغاء في حالة ما إذا كان التظلم منصبا على قرار إداريا دون القيام بالتظلم منه أولا .

و تقوم لجنة نظر التظلمات المستثمرين المنصوص عليها في المادة ٣٩ من القانون المذكور بتدوين أعمالها في محضر يثبت فيه الأعمال التي قامت بها و القرارات التي إتخذتها و أسباب إتخاذها .

و حسبما نصت عليه المادة ٩١ من اللائحة التنفيذية . ينشأ بالوحدة المركزية مكتب يتولى تلقى التظلمات و قيدها في السجل المعد لذلك في يوم ورودها ، و يشترط أن يكون التظلم مكتوب باللغة العربية و موقع عليه من صاحب الشأن أو من من يمثله قانونا من أصل و ستة صور ، ويجب أن يشتمل على البيانات و المستندات المرفقة التية :

- ١- اسم المتظلم و لقبه و مهنته و عنوانه .
- ٢- تاريخ الأخطار بالأجراء او الفعل أو القرار المتظلم منه او تاريخ العلم به بحسب الأحوال .

٣- موضوع التظلم والأسباب التى يبنى عليها .

٤- المستندات المؤيدة للتظلم .

و يجب على مكتب التظلمات عرض التظلم فور وروده و دون تأخير على رئيس لجنة التظلمات ، لتحديد جلسة لنظره ، و يتم أخطار المتظلم بهذه الجلسة بخطاب موصى عليه و مصحوب بعلم الوصول ، و بالبريد الألكترونى .

و تنظر اللجنة التظلمات المقدمة اليها مع منحها سلطة تقديرية فى الاتصال بذوى الشأن بغرض طلب الأيضاحات و الاستفسارات التى تراها لازمة منهم .او من الوحدة ، او من الجهات الإدارية المختصة . و يجوز لها عند الضرورة أن تكلف الأمانة الفنية بإعداد تقرير وافى لموضوع التظلم و حكم القانون فيه مع ملاحظة أن رأيها استشارى فقط .

و يجب أن تفصل لجنة التظلمات فى التظلمات المقدمة إليها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم التظلم اليها على الأكثر ، و يكون قرارها فى التظلم نهائى و نافذ و يحوز الحجية و تلتزم به الجهة الإدارية.

الفصل الثالث

الأحكام الموضوعية لعقد الشراكة

نظرا لما يتميز به عقد الشراكة من طبيعة ذاتية خاصة لذا فإنه يجب أن يتضمن طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أن تقوم بأدائها وملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم وإستلام موقع المشروع وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع ومن هو المسئول عن الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات والإلتزامات المالية المتبادلة وسعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليه المشروع وأسس وقواعد تحديدهما وقواعد تعديلهما بالزيادة أو النقصان وما هي وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والفنية والإدارية لتشغيل المشروع وإستغلاله وصيانتة وتنظيم حق الجهة الإدارية في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والإستغلال وأنواع ومبالغ التأمين على المشروع ومخاطر تشغيله أو إستغلاله كما يجب أن يتم تحديد مدة العقد وحالات الأنهاء المبكر أو الجزئي والحالات التي يحق فيها للجهة الإدارية الأنهاء المنفرد للعقد وتنظيم قواعد إسترداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد^١ ونظرا لما لهذه الأحكام من ضرورة فقد رأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي :-

(1) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن يراجع د/ سليمان الطماوى - الأسس العامة لل عقود الإدارية ، دار الفكر العربى ، الطبعة الخامسة ١٩٩١ ص ١٠٨ وما بعدها ،

المبحث الأول :- حقوق المتعاقد مع الإدارة .

المبحث الثاني :- العلاقة بين المتعاقد والمنفعين .

المبحث الثالث :- العلاقة بين المنفعين والإدارة.

المبحث الأول

حقوق المتعاقد مع الإدارة

تنحصر الحقوق التي تتقرر بمقتضى عقد الشراكة للمتعاقد في الحقوق الآتية :-

أولا :- الحصول على المقابل المالى :-

فى مقابل تنفيذ موضوع العقد يستحق المتعاقد مبلغا ماليا غالبا ما يتم تحديده فى العقد وهذا المقابل المالى تختلف صورته باختلاف موضوع العقد فقد يكون مبلغا شهريا كما هو الحال فى عقود التوظيف وقد يكون ثمنا للأشياء التى وردت للإدارة كما هو الحال فى عقود التوريد وقد يكون رسما يحصل عليه المتعاقد من المنفع كما هو الحال فى عقد

الإلتزام وقد يكون مبلغا ماليا تحصل عليه شركة المشروع من المنتفعين بخدماتها^١.

وهذا المقابل المالى يدخل فى عداد الشروط التعاقدية التى لا يجوز للإدارة أن تتناولها بالتعديل دون موافقة من الطرف الآخر ويستثنى من ذلك العقود التى يتحدد مقابلها بمقتضى قرارات تنظيمية كعقود الوظيفة العامة حيث أن مركز المتعاقد هنا أقرب للمركز التنظيمى وفيما عدا ذلك لا يجوز للإدارة أن تعدل المقابل المالى المتفق عليه مراعاة لتشجيع الأفراد على التعاقد معها مما ييسر الأمر أمام الإدارة حين ترغب فى التعاقد مع الأفراد لتسيير مصالحها العامة .

ثانيا :- تنفيذ الإدارة لإلتزاماتها :-

ينشأ عن عقد الشراكة كما فى سائر العقود إلتزامات بالنسبة للإدارة باعتبارها طرفا فى العقد ويجب على الإدارة أن تحترم إلتزاماتها سواء ما ورد منها فى العقد أو فى القوانين واللوائح المتعلقة بموضوع العقد ويترتب على مخالفة الإدارة إلتزاماتها حق المتعاقد فى المطالبة بتوقيع الجزاء عليها حيث أنه طبقا لنص المادة ١٤٨ من القانون المدنى يجب

(١) لمزيد من التفاصيل راجع د/ هانى سرى الدين ، الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التى يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل فى مصر ، مجلة القانون والإقتصاد ، العدد ٦٩ - ١٩٩٩ ص ١٧٠ وما بعدها .

تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه^١ وهذا مبدأ مسلم به كما ذهب المحكمة الإدارية العليا فى مجالات روابط القانون العام كمت هو الشأن فى مجالات روابط القانون الخاص^٢.

والجزاء الذى يمكن أن يوقع على الإدارة عند إخلالها بالتزاماتها قد يكون التعويض أو إنهاء العقد^٣.

ثالثا :- حق إقتضاء التعويض :-

ويترتب على هذا الحق للمتعاقد فى حالة قيام المتعاقد بتنفيذ خدمات لم تكن مطلوبة فى العقد ولم يتم الإتفاق عليها^٤.

ويجب لإستحقاق التعويض فى مثل هذه الحالة أن يثبت المتعاقد أن هذه الأعمال التى قام بتنفيذها كانت مفيدة بل ولازمة للمرفق المتعلق به العقد كما أنه يستحق تعويضا فى حالة إخلال الإدارة بأحد التزاماتها.

(١) يراجع فى هذا الخصوص د / عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، المجلد الأول ، العقد ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ .

(٢) الحكم رقم ٩٥٤ للسنة الثانية عشرة قضائية ١١ أبريل ١٩٦٩ ص ٢٦٤ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٦٢ صادر فى ١٩٦٩/٦/٣ ، المجموعه ص ١١٢٣ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٦٢ الصادر فى ١٩٧٨/٤/١٥ سنة ٢٣ ، المجموعه ص ١١٢

المبحث الثاني

العلاقة بين المتعاقد والمنفعين

أولاً :- حق إقتضاء المنفعة أو الخدمة :-

يعتبر هذا الحق من أهم حقوق المنفعين في مواجهة المتعاقد حيث يلتزم المتعاقد بأداء الخدمة إلى المنفع مقابل رسم معين .

وفي هذا الصدد نفرق بين حالتين :-

الأولى :- حالة وجود عقد بين المنفع والمتعاقد وهنا يخضع الطرفان لأحكام هذا العقد مع ملاحظة أن الطرفين يتعاقدان في حدود الشروط المنصوص عليها في العقد ومن ثم يلتزم المتعاقد بأداء الخدمة مقابل الحصول على الرسم المقرر ويعتبر هذا العقد من عقود القانون الخاص وتسرى عليه الأحكام والقواعد المقررة في القانون المدني .

الثانية :- هي حالة عدم وجود عقد بين المنفع والمتعاقد وفي هذه الحالة يكون لكل من إستوفى شروط الانتفاع بالخدمات التي يؤديها المتعاقد أن يطالب بحقه في الحصول على المنفعة .

وقد اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني لحق المنفعين في هذه الحالة فقد ذهب الفقه في بداية الأمر إلى أن حق المنفعين يرجع إلى نظرية الإشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها في القانون المدني وذلك على اعتبار أن الإدارة وهي تتعاقد مع المنفع إنما تشترط لمصلحة المنفعين .

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في أول الأمر إلى الإعراف بحق طالب الأنتفاع في الحصول على المنفعة المقررة في العقد على أساس نظرية الإشرط لمصلحة الغير .

غير أن الفقه والقضاء الإداري قد عدلا عن الأخذ بفكرة الإشرط لمصلحة الغير لعدة أسباب هي :-

- ١- أن المنتفعين لا يمكن تحديدهم مقدما لأن الإدارة تستطيع أن تتدخل في أي وقت وتعديل أركان الإلتزام وهذا يجعل إحتمال هذا التحديد عسيرا أن لم يكن مستحيلا .
- ٢- أن قبول المنتفعين لدفع المقابل المنصوص عليه لايجعل هذا المقابل نهائيا لأن الإدارة يمكنها أن تعدله .
- ٣- أن المنتفعين يمكنهم مقاضاة الإدارة وليس الملتزم وحده .

ومما لا شك فيه أن كل هذه الأمور تخالف المتفق عليه بالنسبة لنظرية الإشرط لمصلحة الغير ولذلك إتجه الفقه الإداري الحديث إلى القول بأن أساس حقوق المنتفعين في هذه الحالة يرجع إلى طبيعته الإدارية لعقد المشاركة حيث أن موضوع العقد إدارة مرفق عام إقتصادي وإستغلاله لمدة محدودة .

ثانياً :- حق مقاضاة المنتفع :-

مما لا شك فيه أن مصلحة المنتفعين في عقد المشاركة أن يحترم المتعاقدين شروط العقد أي أن ينفذ العقد بصورة سليمة فإذا خرج المتعاقد عن ذلك جاز للمنتفعين مقاضاته إما أمام القضاء العادي وإما أمام القضاء الإداري .

ويثور في هذا الصدد تساؤل بخصوص حق المنتفع في مطالبة شركة المشروع بتوريد المنفعة أو تقديم الخدمة التي يعمل المرفق لأدائها وهل يجوز للمنتفع أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم بإلزام شركة المشروع بتقديم الخدمة أو المنفعة له شخصيا ؟

إختلف الفقه في تحديد المركز القانوني للفرد تجاه المرافق العامة ومدى الحقوق التي يمكن أن تترتب للأفراد تجاه المرافق العامة .

فيرى الفقيه dugit والفقيه Jeze أن الفرد تجاه المرافق العامة يكون دائما في مركز قانوني ولهذا فإن حقوقه تجاه المرافق العامة هي حقوق عامة تستمد من قانون المرفق لا فرق في ذلك بين أن يكون المرفق إداريا أو صناعيا أو تجاريا أو أن يكون المرفق يدار عن طريق الإستغلال المباشر أو بطريق الإمتياز .

أما الفقيه Bonnard فيرى أن الفرد تجاه المرافق العامة يعتبر دائما في مركز قانوني ولكن هذا لا يتعارض في نظره مع إمكان تقرير حق شخصي أو حق دائنية له تجاه المرفق العام يستمد مباشرة من قانون المرفق وفي هذه الحالة يكون للفرد طلب الحكم بإلزام السلطة الإدارية أو شركة المشروع بتقديم المنفعة له شخصيا .

ويرى معظم الفقهاء التفرقة بين المرافق الإدارية البحتة والمرافق الصناعية والتجارية .

فبالنسبة للمرافق الإدارية لا يمكن أن ينشأ للأفراد حقوق شخصية تجاهها لأن الفرد تجاه هذا النوع من المرافق يكون دائما في مركز

قانونى ومن ثم فإنه لا يملك حقا شخصيا تجاه السلطة الإدارية يخوله طلب الحكم عليها بتنفيذ إلتزاماتها .

أما بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية فإنه على العكس مما تقدم يكون للفرد الذى يطالب بالمنفعة التى أنشئ المرفق من أجلها حق شخصى أو حق دائنية قبل المرفق يخوله المطالبة أمام القضاء بإلزام الشخص الإدارى الذى يدير المرفق أو شركة المشروع بتوريد المنفعة أو تقديم الخدمة له شخصيا .

فإذا كان الفرد قد تعاقد فعلا مع المرفق على توريد المنفعة أو الحاجة التى أنشئ لتقديمها فإن العلاقة التى تترتب على هذا التعاقد تعتبر فى نظر الفقهاء وغالبية الفقهاء علاقة تعاقدية ويعتبر العقد الذى يربط المنتفع بالمرفق عقدا من عقود القانون الخاص تسرى عليه أحكام وقواعد التعاقد المقررة فى القانون المدنى .

وعلى ذلك يكون للمتعاقد حق المطالبة بتنفيذ العقد أمام المحكمة المدنية المختصة وتحكم المحكمة التى يرفع إليها الأمر بتنفيذ العقد وتوريد الحاجة أو تقديم المنفعة للمتعاقد طبقا لشروط العقد .

أما إذا كانت المنفعة لم تتقرر للفرد ولم تنشأ بينه وبين شركة المشروع أية رابطة مباشرة فإنه يجوز لهذا الفرد أن يطالب أمام القضاء بالمنفعة أو الحاجة التى أنشأ المرفق لتقديمها وأن حقه فى الحصول عليها يعتبر حقا شخصيا مقرر له تجاه المرفق يحكم به القضاء إذا رفع إليه الأمر .

وقد ثار نزاع بين المحاكم القضائية والإدارية فى فرنسا حول الإختصاص بدعوى إقتضاء الخدمة التى يرفعها المنتفع فقد قبلت

المحاكم القضائية الإختصاص بالدعوى كما أن مجلس الدولة الفرنسى أعلن ايضا إختصاصه بهذه الدعوى بإعتبار أن النزاع فى هذه الحالة يتعلق بالقانون العام وبمدى سير المرافق العامة وبالتالي يكون كل ما يتصل به من إختصاص المحاكم الإدارية .

غير أن مجلس الدولة الفرنسى قد عدل عن موقفه السابق فى حكمه الصادر فى ١٩٣٧/١١/٥ حيث قرر المجلس عدم إختصاصه بهذه الدعوى وجعل الإختصاص بها للقضاء العادى مع مراعاة المسائل الأولية التى قد تثور فى النزاع والتى يختص بها القضاء الإدارى ولقد وضع المجلس فى إعتباره عند إجراء هذا التحول طبيعة العقد الذى قد يبرم بين طالب الإستفادة والمتعاقد فهذا العقد يعتبر عقدا من عقود القانون الخاص ومن ثم فقد فضل مجلس الدولة الفرنسى أن يختص القضاء العادى بهذا النزاع .

ثالثا :- وجوب المساواة بين المنتفعين :-

من المبادئ الأساسية التى تحكم سير المرافق العامة مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات هذه المرافق فالهدف الاساسى من إنشاء المرافق العامة والذى تهدف السلطات العامة الى تحقيقه هو تزويد الافراد بالخدمات التى تؤديها تلك المرافق ومن ثم يكون لهؤلاء الافراد حق الحصول على الخدمات التى أنشئت المرافق من اجلها طالما توافرت فيهم الشروط المقررة للأنتفاع بهذه الخدمات ويترتب على ذلك وجوب معاملة كل من توافرت فيه هذه الشروط على قدم المساواة.

ويلاحظ في هذا الصدد أن مبدأ المساواة بين المنتفعين لا يقتصر تطبيقه على مرفق دون آخر وإنما يمتد نطاق تطبيقه ليشمل كافة المرافق العامة أيا كان نوعها أي سواء اكانت مرافق ادارية ام مرافق تجارية أو صناعية.

وتطبيقا لمبدأ المساواة بين المنتفعين امام المرافق العامة يمكن القول بأن المرفق ليس حرا في اختيار من ينتفع بخدماته واساس ذلك بأنه ما لم يوجد مسوغ قانوني يكون لكل شخص توافرت فيه الشروط اللازمة للأنتفاع بخدمات مرفق معين حق الحصول على هذه الخدمات ومن ثم فإن السلطة القائمة على ادارة المرفق لا تملك رفض طلبه أو الامتناع عن اجابته الى طلبه والا اعتبر ذلك اخلايا بمبدأ المساواة.

بيد أن مبدأ المساواة بين المنتفعين إزاء المرافق العامة لا يعنى المساواة الحسابية أو المساواة المطلقة من كل قيد أو شرط وإنما يقصد بالمساواة هنا المساواة القانونية أي المساواة بين الاشخاص الذين يوجدون في مراكز قانونية متماثلة وهذا يعنى أن المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة تكون بين من يشغلون ذات المراكز القانونية في مواجهة المرفق.

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى أن مبدأ المساواة بين المنتفعين امام المرافق العامة لا يتنافى مع وجوب توافر شروط معينة لإمكان الاستفادة بخدمات المرفق العام حيث يتعين توافر هذه الشروط في كل من يريد الحصول على الخدمة كتحديد رسم معين يقوم بدفعه كل من يريد اقتضاء الخدمة أو تحديد مؤهل معين فيمن يريد الالتحاق بوظيفة

عامة فمثل هذه الشروط لا تشكل إخلالا بمبدأ المساواة طالما أن الهدف منها تحقيق مصلحة المرفق ذاته أو المصلحة العامة.

وترتبط على ما تقدم يشترط للتسوية في المعاملة بين المنتفعين أن تكون مراكزهم وظروفهم متماثلة وعلى ذلك إذا اختلفت هذه المراكز والظروف فلا تكون هناك مساواة في المعاملة بين المنتفعين وإنما توجد مغايرة في الحقوق والواجبات ولا يشكل ذلك إخلالا بمبدأ المساواة بين المنتفعين لأن الشرط الأساسي لتطبيق هذه المساواة هو أن يكون المنتفعون في مراكز وظروف متماثلة.

وبناء على ذلك يجوز المغايرة في المعاملة بين المنتفعين على أساس النواحي التالية:

أ- إختلاف ظروف المكان كالتمييز في المعاملة بين سكان البلدة نفسها وسكان ضواحيها فيما يتعلق بتوزيع المياه والكهرباء والغاز وهذا يعنى مشروعية إختلاف الرسم بإختلاف المكان الذى تؤدى فيه الخدمة ولهذا يجوز تغيير الرسم وفقا لبعد المكان الذى تؤدى فيه الخدمة للمنتفعين.

ب- إختلاف نوع الخدمة المطلوبة كإقتضاء رسم اضافى ممن يريد أن تصل خطاباته مسجلة أو مستعجلة أو بإختلاف الدرجة التى يسافرون فيها بالقطار.

ج- إختلاف المعاملة بإختلاف الغرض الذى تخصص له المنفعة كاستخدام المياه للشرب أو لرى الحدائق واستهلاك التيار الكهربائى لأنارة المنازل أو المحال التجارية أو المصانع.

وعلى النقيض مما تقدم لا يجوز التمييز فى المعاملة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة استنادا الى الاعتبارات التالية:-

١. تغيير سعر الكهرباء وفقا لمساحة املاك المنتفع.
 ٢. تغيير سعر توريد المياه وفقا لمدى مقدرة الفنادق والمطاعم والمقاهى على الوفاء.
 ٣. تحديد سعر البيع بما يقيم تمييزا بين المصانع المنشأة قبل تاريخ معين وبعده.
- ولا شك أن الحالات السابقة تنطوى على تمييز فى المعاملة لا يستند الى أسس موضوعية معقولة الامر الذى يتنافى مع المفهوم الحقيقى لمبدأ المساواة بين المنتفعين.
- ولا يتعارض مع مبدأ المساواة قيام الادارة بوضع قواعد عامة للاعفاء أو الاستثناء من بعض الشروط اللازمة للانتفاع بخدمات المرفق مثل اعفاء مشوهى الحرب أو المعوقين من بعض الشروط اللازمة للانتفاع بخدمات مرفق النقل أو اعفاء العاجزين عن سداد مصروفات الانتفاع بالخدمة المطلوبة كل ما هنالك أن تقوم الادارة بتطبيق تلك الاستثناءات أو الاعفاءات على كل من يوجد فى نفس الظروف دون تفرقة بينهم.
- ولقد كفل المشرع المصرى تطبيق المساواة بين المنتفعين وذلك فى المادة " ٦٧٠ " من القانون المدنى والتي تنص على أنه:

١. اذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات أو فى تقاضى الاجور.

٢. ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الاجور أو الاعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها المتعاقد بوجه عام ولكن المساواة تحرم على المتعاقد أن يمنح احد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.

٣. وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على المتعاقد أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة.

**** جزاء الاخلال بمبدأ المساواة بين المنتفعين:**

اذا حدث اخلال بمبدأ المساواة بين المنتفعين من جانب ملتزمى المرافق العامة فى هذه الحالة يكون للمستفيدين الحق فى اللجوء الى السلطة العامة مانحة الالتزام طالبين منها التدخل لدى المتعاقد لاجباره على احترام قواعد القانون والشروط أو القواعد المنظمة لعقد الالتزام فاذا رفضت الادارة التدخل صراحة أو ضمنا كان من حق المنتفعين أن يطعنوا فى القرار الصادر بالرفض امام قاضى الالغاء.

وفضلا عن ذلك اذا نتج عن عدم احترام قاعدة المساواة بين المنتفعين ضرر لاحد المنتفعين فإنه يجب على المتعاقد أن يعرضه عن الاضرار التى لحقت له ولما كان المتعاقد يعتبر شخصا من اشخاص القانون الخاص فإن قواعد المسؤولية المقررة فى القانون المدنى هى التى تطبق والمحاكم العادية التى تكون مختصة بنظر النزاع.

المبحث الثالث

العلاقة بين المنتفعين والإدارة

من المسلم به أن للإدارة هيمنة تامة فيما يتعلق باعداد المرفق العام وتشغيله غير أن هذه السلطات ليست بحقوق مطلقة مقررة للإدارة أن شاءت استعملتها أو تركتها ولكنها حقوق مقررة اصلا لمصلحة المنتفعين الذين لا تربطهم بالمتعاقد روابط مباشرة.

ويملك المنتفعون فى مواجهة الادارة فى مجال عقود الشراكة عدة حقوق تتمثل فى الآتى:

١. حق مطالبة الادارة بالتدخل لدى المتعاقد لاحترام شروط العقد.
٢. حق مقاضاة الادارة بغرض الغاء القرارات الصادرة منها والتى تتضمن مخالفة للشروط اللائحية الواردة فى عقد الشراكة.
٣. اجبار الادارة على تمكينهم من الاستفادة من عقد الشراكة.

وترتبا على ما تقدم فأننا نقسم هذا المبحث الى ثلاثة فروع نتناول فيها دراسة هذه الحقوق وذلك على التفصيل التالى:-

الفرع الأول

حق مطالبة الإدارة بالتدخل لدى المتعاقد :-

أن من أهم حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة حقهم في مطالبتها بالتدخل لدى المتعاقد لإجباره على احترام شروط العقد وقاعدة المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة بحيث لا يتمتع بغير حق عن تقديم خدماته إلى كل من استوفى الشروط اللازمة للانتفاع بخدمات المرفق الذي يتولى إدارته واستغلاله فإذا أهملت الإدارة في أداء الواجب الملقى على عاتقها أو سمحت للمتعاقد باتخاذ إجراءات لا تتفق وشروط عقد الشراكة جاز للأفراد أن يلجئوا إلى محكمة القضاء الإداري بالطريقة الآتية:-

يقدم المنتفع أو من استوفى شروط الانتفاع للإدارة طلبا للتدخل لدى المتعاقد لاحترام شروط العقد فإذا رفضت الإدارة أو امتنعت عن الرد مدة ستين يوما اعتبر رفضها أو امتناعها قرارا إداريا مخالفا للقانون.

ولقد ثار التساؤل هنا حول مدى أحقية المنتفعين في حالة عقود الشراكة في الطعن بالإنهاء في القرارات التي تصدر من الإدارة في علاقتها مع المتعاقد وتتضمن الإخلال بشروط عقد الشراكة التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين^١.

(1) لمزيد من التفاصيل يراجع د/ إبراهيم محمد على - آثار العقود الإدارية وفقا

للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ،

الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ٢٠٠٣ .

أن القاعدة السابقة في مجال القانون الإداري كانت تقضى بأنه لا يمكن الاستناد الى شروط عقد من العقود توصلنا الى الغاء قرار ادارى بحجة أن القرار الإداري لا يتفق وشروط العقد.

ومرجع هذه القاعدة الى أن قضاء الالغاء أنما يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية في حين أن العقود لا تولد الا التزامات شخصية يؤدي الاخلال بها الى اثاره القضاء الكامل.

بيد أنه على الرغم من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد خرج على القاعدة السابقة في حكمه الصادر في ١٩٠٦/١٢/٢١ حيث اجاز المجلس للمستفيدين في حالة امتياز المرافق العامة أن يطعنوا بالالغاء في القرارات التي تصدر من الادارة في علاقتها مع المتعاقد وتتضمن الاخلال بشروط عقد الامتياز التي تبين كيفية اداء الخدمة للمنتفعين.

وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن شركة التزام قامت بالغاء خط للترام وعلى اثر ذلك توجه المنتفعون الى المحافظ لاجبار الشركة على احترام ما جاء في دفاتر الشروط فرفض المحافظ اجابتهم الى طلبهم فرفع المنتفعون دعوى الغاء لتجاوز السلطة ضد القرار الصادر بالرفض من المحافظ وقبل مجلس الدولة الفرنسي هذه الدعوى على الرغم من أن المنتفعون ليسوا طرفا في عقد الامتياز.

وحق المستفيد في الطعن بالالغاء في هذه الحالة يستند طبقا لرأى غالبية الفقهاء في فرنسا ومصر الى الطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة في عقد الشراكة فهذا العقد يتضمن الى جانب الشروط التعاقدية شروطا

لائحية مثل تلك التى تنظم كيفية سير المرفق وكيفية اداء الخدمة للمنتفعين.

وهذه الشروط لها طبيعة اللائحة الادارية وبالتالي فإن خروج الادارة أو المتعاقد عليها لا يتضمن مجرد اخلال بالتزام شخصى مرجعه الى العقد بل أنه ينطوى على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة فى العقد مما يجعل القرار غير مشروع ومن ثم يكون لكل ذى مصلحة أن يرده الى نطاق المشروعية باتباع الطريقة التى سبقت الاشارة اليها.

وقد حاول بعض الفقهاء التشكيك فى الاساس السابق لحق المستفيد فى الطعن بالالغاء فى القرارات الصادرة من الادارة فى علاقتها مع المتعاقد وتتضمن الاخلال بشروط العقد التى تبين كيفية اداء الخدمة للمنتفعين وحاولوا الاستعاضة عن فكرة الطبيعة اللائحية للشروط المنظمة للخدمة والواردة فى عقد الشراكة بالاستناد الى طبيعة العقد الادارى ذاته.

ولكن لا يزال مجلس الدولة الفرنسى يستند الى الطبيعة اللائحية للشروط الواردة فى عقد الامتياز حيث يعترف المجلس فى احكامه الحديثة نسبيا للمنتفعين بحق الطعن فى القرار الذى يخرج على هذه الشروط.

اما بالنسبة لمجلس الدولة المصرى فإنه قد سار على نهج نظيره الفرنسى حيث أن احكامه فى هذا الصدد كانت قاطعة فى الاستناد الى الطبيعة اللائحية للشروط المنظمة للخدمة الواردة فى العقد ومن أوضح الاحكام صياغة فى هذا الشأن الحكم الصادر من محكمة القضاء

الادارى فى ١٩٥٧/١/٢٧ حيث جاء فيه أن عقد الالتزام ينشئ فى اهم شقيه مركزا لانحيا يتضمن تحويل المتعاقد حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله وهذا المركز اللائعى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية باسرها اما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له.

ونحن من جانبنا نرى مع غالبية الفقهاء أن الطبيعة اللائحية للشروط الواردة فى عقد الشراكة هى التبرير الوحيد الذى يمكن على اساسه الوصول الى تمكين اشخاص اجانب عن العقد الادارى من الاستناد الى شروطه للوصول الى حكم بالغاء قرار ادارى فالقرار الادارى فى نطاق قضاء الالغاء لا يمكن الحكم بالغاءه الا لاسباب محددة على سبيل الحصر هى: عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف والقرار الذى يخالف مجرد شرط عابر من شروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح وبالتالي فإن المشكلة التى نحن بصددھا لا تثور عملا الا فى نطاق عقود الامتياز التى تربط بين اطراف ثلاثة هم: الادارة والمتعاقد ثم المنتفعون اما فى سائر العقود الادارية فإن العلاقة تكون فى الغالب مقصورة على الادارة والمتعاقد معها وتفحص القرارات الصادرة من الادارة والتى تكون متصلة بالعقد فى نطاق القضاء الكامل.

الفرع الثانى

حق مقاضاة الادارة بطلب الغاء قراراتها المخالفة لشروط العقد

يختلف هذا الحق عن الحق السابق الاشارة اليه فى الفرع الأول وهو حق المستفيد فى مطالبة الادارة بالتدخل لدى المتعاقد لاجباره على احترام شروط العقد فاذا رفضت الادارة صراحة أو ضمنا التدخل لدى المتعاقد اعتبر ذلك قرارا اداريا مخالفا للقانون ويجوز للمستفيد أن يطعن عليه بالالغاء وهذا يعنى أن المخالفة لشروط العقد وقد وقعت من جانب المتعاقد أولا ثم رفضت الادارة التدخل لاجباره على احترام الشروط الواردة فى عقد الامتياز.

اما بالنسبة للحق الذى نحن بصددده الآن والمتمثل فى حق المستفيد فى مقاضاة الادارة بطلب الغاء قراراتها المخالفة لشروط العقد فيفترض فيه أن الادارة نفسها هى التى خالفت شروط العقد وليس المتعاقد اى أن الادارة تقوم باصدار قرار من جانبها يتضمن مخالفة للشروط اللائحية الواردة فى عقد الشراكة أو لأى قاعدة قانونية اخرى وفى هذه الحالة يكون للمستفيد الحق فى الطعن على هذا القرار بالالغاء امام القضاء الادارى اذا مس حقوقه.

وبعبارة اخرى يمكن القول بأن حق المستفيد فى الطعن بالالغاء ضد القرار الصادر من الادارة بالمخالفة للشروط الواردة فى العقد يرجع الى قيام الادارة بعمل ايجابى يخالف شروط العقد اما حق المستفيد فى الطعن ضد الادارة فى حالة رفضها أو امتناعها عن التدخل لدى المتعاقد لاجباره على احترام شروط العقد يستند الى اتخاذ الادارة

لموقف سلبي يتمثل في القرار الصادر برفض التدخل الصريح أو الضمني لدى المتعاقد لاجباره على احترام شروط العقد.

وتطبيقا لما تقدم اعترف مجلس الدولة الفرنسي للمستفيدين بحق الطعن ضد القرار الصادر من الادارة اذا خالف الشروط اللائحية الواردة في عقد الامتياز فقد اصدر مدير مقاطعة السين قرارا يخول المتعاقد حق استبدال عربات الترام التي تسير تحت الارض بعربات اخرى هوائية طعن المنتفعون في هذا القرار امام مجلس الدولة الفرنسي واستندوا في ذلك الى مخالفة القرار لكراسة الشروط الخاصة بالالتزام قفيل المجلس الطعن وقضى بالغاء القرار.

واخيرا تجدر الإشارة الى أن الاساس القانوني لحق المنتفعين في الطعن بالالغاء ضد القرار الصادر من الادارة المخالف للشروط الواردة في العقد يكمن في الطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة في عقد الشراكة وهو نفس الاساس القانوني لحق المنتفعين في مطالبة الادارة بالتدخل لدى المتعاقد لاجباره على احترام شروط العقد.

الفرد الثالث

حق المستفيد في اجبار الادارة على تمكينه

من الاستفادة من العقد الإداري

وأخيرا يملك المستفيد في مواجهة الادارة الحق في اجبارها على تمكينه من الاستفادة من العقد الإداري وذلك عن طريق اللجوء الى

قاضي العقد لاصدار حكم باجبار الادارة على تمكينه من الاستفادة من العقد الادارى وفقا لنصوص هذا العقد.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسى ذلك فى حكمه الصادر فى ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية السيد Gey حيث تقدم هذا المواطن الفرنسى للبلدية بطلب تمكينه من الحصول على الكهرباء من الشركة المتعاقدة بالاضاءة ولما لم يجب الى طلبه لجأ الى القضاء الادارى للحصول على حكم منه باحقية فى الحصول على تلك الخدمة.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أن حق الفرد يستمد فى هذه الحالة من عقد الامتياز فهذا العقد يتضمن شروطا مقرررة لصالح الغير وهو المنتفع وهذه الشروط تنشئ حقوقا للأفراد فى مواجهة المرفق ومن ثم يجوز لهم أن يطالبوا بهذه الحقوق امام محكمة العقد.

الفصل الرابع

التحكيم فى منازعات عقود الشراكة

التحكيم لغة يعنى اطلاق اليد فى الشئ او تفويض الامر للغير لهذا يقال حكم الخصمان فلانا اذا جعلنا له النظر فى منازعتها^(١) وقد جاء فى الكتاب الكريم " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم" ^(٢) ومن يفوض اليه النظر فى النزاع يسما حكما او محكما او محتكما اليه اما الخصم فيسمى محتكما او محكما^١.

وكلمة تحكيم فى اللغة الفرنسية Arbitrage هى من فعل حكم arbitrer وهى من الأصل اللاتينى من كلمة arbitrare وتعنى التدخل

(١) لسان العرب لابن منظور الجزء ١٥ ص ٣١ القاموس المحيط المجلد الرابع ص ٩٨ المصباح المنير ص ٢٢٦ وقد جاء فيهم ان التحكيم مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح يقال حكمت فلانا فى مالى تحكيما اى فوضت اليه الحكم فى واستحكم فلان فى مال فلان اذا جاز فيه حكمه.

(٢) سورة النساء الاية رقم ٦٥.

١ لمزيد من التفاصيل حول التحكيم بصفة عامة يراجع رسالة الدكتور / أحمد حسان الغندور بعنوان التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات ، حقوق القاهرة ، ١٩٩٨ ، أيضا د/ أحمد صادق القشيري - التحكيم فى عقود الدولة ذات العنصر الأجنبى - نادى مجلس الدولة ، مجموعة محاضرات الموسم الثقافى ، المجلد الأول ص ١١٤ وما بعدها ، د/ حسام عيسى ، التحكيم التجارى الدولى ، دراسات فى الآليات القانونية للتبعية الدولية ، القاهرة ، بدون ناشر ١٩٨٨ ، م د / محمد عبد المجيد إسماعيل - عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٣ .

والحكم بصفته حكم والتحكيم فى خلاف أو نزاع والفصل فيه فالتحكيم فى اللغة الفرنسية يعنى تسوية خلاف أو حكم تحكيمى صادر من شخص أو أكثر الذى أو اللذين قرر الأطراف باتفاق مشترك بينهم أن يخضعوا أو ينصاعوا له أو يتقبلوه^١.

وتدور تعريفات الفقهاء المعاصرين حول هذا المعنى فالتحكيم يعنى الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به " فالتحكيم وسيلة فى يد الخصوم يمكنهم بمقتضاها اخراج نزاعهم عن سلطة المحكمة المختصة به ليعهدوا بالفصل فيه الى محكمين يقومون باختيارهم.

وقد عرفه البعض بأنه عبارة عن نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر وذلك بممارسة المهمة القضائية التى عهدوا بها إليه^٢.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى إلى أن التحكيم يتمثل فى سلطة القرار التى يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم.

(1) Dictionnaire le petit Robert I. paris 1978 , p.93 regelment

d'un different ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personnes , auxquelles les parties ont decide , d'un accord commun , des'en remettre .

Charlas, Jarrosson, La notion de L'arbitrage, L.G.D.J paris (2)

1987 " L'institution par Laquelle un tiers regle differend qui oppose Deux ou plusieurs parties exeracnt la mission

Juridictionnelle qui a ete confiee par celle - ci "

وعرفه البعض الآخر بأنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف فى نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمى الذى يصدره ويعتبرونه ملزما .

وقد نصت المادة السابعة من القانون النموذجى للتحكيم 'على أن " إتفاق التحكيم هو إتفاق بين الطرفين على أن يحللا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التى نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم فى صورة شرط تحكيم وارد فى عقد أو فى صورة إتفاق منفصل .

وفى تناولنا لهذا الفصل قمنا بتقسيمه إلى أربعة مباحث على النحو التالى :-

المبحث الأول :- التطور التشريعى للتحكيم وعلاقته بالعقود الإدارية بصفة عامة وب عقد الشراكة بصفة خاصة .

المبحث الثانى :- الوضع قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

المبحث الثالث :- التحكيم فى ظل القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

(1) وثيقة الأمم المتحدة ٤٠/١٧ أ، المرفق الأول ، القانون النموذجى للتحكيم

التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بصيغته التى إعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى ٢١ يونيو ١٩٨٥ .

المبحث الرابع :- القواعد العامة للتحكيم .

المبحث الأول

التطور التشريعي للتحكيم وعلاقته بالعقود الإدارية

بصفة عامة وبمفهوم الشراكة بصفة خاصة .

عرفت مصر التحكيم منذ فترة طويلة فمجموعة المرافعات المصرية الصادرة ١٩٣٨ اجازت للخصوم الاتفاق على التحكيم بصورتيه المشاركة والشرط ووضعت الضوابط والشروط الخاصة بالتحكيم فى المواد من ٧٠٢ الى ٧٢٢ وسار قانون المرافعات الصادر فى ١٩٤٩ على ذات المبدأ وعالج موضوع التحكيم فى الباب الثالث من الكتاب الثالث المواد من ٨١٨-٨٥٠.

وحين صدر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تضمن اعادة تنظيم التحكيم الاختيارى فى المواد من ٥٠١-٥١٣ تضمنت المبادئ الآتية:

اولا: يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين ولا يثبت التحكيم الا بالكتابة.

ويجب ان يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم او اثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح والا كان التحكيم باطلا.

ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح ولا التحكيم الا لمن له التصرف فى حقوقه.

ثانيا: لا يجوز ان يكون المحكم قاصرا او مجورا عليه او محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية او مفلسا ما لم يرد له اعتباره.

واذا تعدد المحكمون وجب فى جميع الاحوال ان يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا.

ومع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم او فى اتفاق مستقل.

ثالثا: يجب ان يكون قبول المحكم بالكتابة ولا يجوز له بعد قبول التحكيم ان يتنحى بغير سبب جدى والا جاز الحكم عليه للخصم بالتعويضات.

ولا يجوز عزل المحكمين الا بتراضى الخصوم جميعا.

ولا يجوز ردهم عن الحكم الا لاسباب تحدث او تظهر بعد ابرام وثيقة التحكيم ويطلب الرد لذات الاسباب التى يرد بها القاضى او يعتبر بسببها غير صالح للحكم ويرفع طلب الرد الى المحكمة المختصة اصلا بنظر الدعوى فى ميعاد خمسة ايام من يوم اخبار الخصم بتعيين المحكم.

رابعاً: تنقطع الخصومة امام المحكم اذا قام سبب من اسباب انقطاع الخصومة المقررة فى القانون.

ويترتب على الانقطاع الاثار المقررة فى هذا القانون.

خامساً: على المحكمين ان يحكموا فى الميعاد المشروط ما لم يقبل الخصوم امتداده.

ويجب عليهم عند عدم اشتراط اجل للحكم ان يحكموا خلال شهرين من تاريخ قبولهم للتحكيم والا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع الى المحكمة.

سادساً: يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين باجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى هذا الباب ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح.

واذا عرضت خلال التحكيم مسألة اولية تخرج عن ولاية المحكمين او طعن بتزوير فى ورقة او اتخذت اجراءات جنائية عن تزويرها او عن حادث جنائى اخر اوقف المحكمون عملهم ووقف الميعاد المحدد للحكم الى ان يصدر حكم انتهائى فى تلك المسألة العارضة.

ويرجع المحكمون الى رئيس المحكمة المختصة اصلاً بنظر الدعوى لاجراء ما يأتى:

١. الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور او يمتنع منهم عن الاجابة بالجزاء المنصوص عليه فى قانون الاثبات.

٢. الامر بالانابات القضائية.

سابعاً: يصدر حكم المحكمين كتابة وباغلبية الاراء ويجب ان يشتمل بوجه خاص على صورة من وثيقة التحكيم وعلى ملخص اقوال الخصوم ومستنداتهم واسباب الحكم ومنطوقه والمكان الذى صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقعات المحكمين.

واذا رفض واحد او اكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه ويكون الحكم صحيحا اذا وقعته اغلبيه المحكمين.

ثامناً: جميع احكام المحكمين ولو كانت صادرة باجراء من اجراءات التحقيق يجب ايداع اصلها مع اصل وثيقة التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة اصلا بنظر الدعوى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدورها ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الايداع.

واذا كان التحكيم واردا على قضية استئناف كان الايداع فى قلم كتاب المحكمة المختصة اصلا بنظر الاستئناف.

تاسعاً: لا يكون حكم المحكمين قابلاً للتنفيذ الا بامر يصدره قاضى التنفيذ بالمحكمة التى اودع اصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب اى من ذوى الشأن وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم وبعد التثبت من انه لا يوجد ما يمنع من تنفيذه.

ويختص القاضى المذكور بكل ما يتعلق بتنفيذه حكم المحكمين.

عاشراً: احكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف.

حادى عشر: فيما عدا الحالة الخامسة من المادة ٥١٢ يجوز الطعن فى احكام المحكمين بالتماس اعادة النظر طبقا للقواعد المقررة لذلك فيما يتعلق باحكام المحاكم.

ويرفع الالتماس الى المحكمة التى كان من اختصاصها اصلا نظر الدعوى.

ثانى عشر: يجوز طلب بطلان حكم المحكمين فى الاحوال الاتية:-

١- اذا كان قد صدر بغير وثيقة تحكيم او بناء على وثيقة باطلة او سقطت بتجاوز الميعاد او اذا كان الحكم قد خرج عن حدود الوثيقة.

٢- اذا خولفت الفقرة الثالثة او الرابعة من المادة ٥٠١ او الفقرة الاولى من المادة ٥٠٢.

٣- اذا صدر الحكم من محكمين لم يعينوا طبقا للقانون او صدر من بعضهم دون ان يكونوا ماذونين بالحكم فى غيبة الاخرين.

٤- اذا وقع بطلان فى الحكم او فى الاجراءات اثر فى الحكم.

ثالث عشر: يرفع طلب البطلان بالاوضاع المعتادة الى المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع.

ولا يمنع من قبول هذا الطلب تنازل الخصم عن حقه فيه قبل صدور حكم المحكمين.

ويترتب على رفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم نقض المحكمة باستمرار هذا التنفيذ.

وجدير بالذكر ان التحكيم قبل بداية الثمانينيات من القرن الماضى لم يكن شيئا مذكورا من الناحية العملية لعدم الازدهار الاقتصادى من جانب ولسيطرة الدولة على كل وسائل الانتاج من جانب اخر وعدم ترك مساحة كبيرة للأفراد يتحركون فيها اقتصاديا.

وقد تغير الوضع فى بداية الثمانيات بالعدول عن سياسة التدخل الاقتصادى الذى ثبت فشلها فشلا ذريعا واتجهت الدولة الى الانفتاح الاقتصادى والاخذ بنظام الاقتصاد الحر، واصدار العديد من التشريعات لجذب الاستثمارات الاجنبية الى مصر وانعكس ذلك على التشريعات المصرية التى كان يجب ان تعدل لكى تواكب هذه المتغيرات لهذا اصدر المشرع قانونا خاصا بالتحكيم هو القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وقد اقام هذا القانون نظاما شاملا للتحكيم فى جميع المجالات ونصت المادة الاولى منه على انه:

" مع عدم الاخلال باحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع اذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر او كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لاحكام هذا القانون.

وقد اختلف الراى بالنسبة لمدى خضوع العقود الادارية للتحكيم بين مؤيد ومعارض حسبما نوضح تفصيلا فى المطلب الثانى واستمر الخلاف قائما الى ان حسم المشرع الموضوع باصداره القانون رقم ٩

لسنة ١٩٩٧ والذي عدل به المادة الاولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ السالف بيانها باضافة فقرة ثانية للمادة الاولى تقضى بما يلى:

وبالنسبة الى منازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض فى ذلك.

كما نصت المادة ٣٥ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة على أنه " يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصرى ويقع باطلا كل إتفاق يتم على خلاف ذلك .

ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الإتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقا لما يتفق عليه فى عقد المشاركة ."

المبحث الثاني

الوضع قبل صدور القانون ٩ لسنة ١٩٩٧

اختلف الراى فى قضاء مجلس الدولة وافتائه قبل صدور القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ حول مدى جواز التحكيم فى العقود الادارية بين راى مؤيد للتحكيم وراى رافض له ونوضح فيما يلى كلا الرايين وايهما اصوب.

الرأي الاول: جواز التحكيم فى العقود الادارية:

اصدرت المحكمة الادارية العليا حكما يقضى بجواز التحكيم فى العقود الادارية كما اصدرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بعضا من الفتاوى تجيز فيها التحكيم فى مجال العقود الادارية.

فالمحكمة الادارية العليا اجازت الاتفاق على شرط التحكيم فى منازعات العقود الادارية واوضحت ان التحكيم طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة والمحتكم باتفاقه على التحكيم لا ينزل عن حماية القانون ولا ينزل عن حقه فى الالتجاء الى القضاء والا فان المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقره اذ الحق فى الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق المقدسة التى تتعلق بالنظام العام انما المحتكم باتفاقه على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم فى النزاع بدلا من المحكمة المختصة اصلا بنظره ومن ثم فان ادارة التحكيم تقتصر على مجرد احلال المحكم محل المحكمة فى نظر النزاع بحيث اذا لم ينفذ عقد التحكيم لاي سبب من الاسباب عادت سلطة الحكم الى المحكمة.

ومن حيث انه من المبادئ الاساسية فى العقود - ومنها عقد التحكيم- انه ينبغى ان تتطابق ارادة الخصوم فى شان المنازعات الخاضعة للتحكيم ومن ثم فان التحكيم يقتصر على ما اتفق بصده من منازعات وعلى ذلك فانه اذا حصل الاتفاق فى عقد على عرض جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذه او تفسيره على محكمين فان هذا يشمل كل المنازعات

التي تقع بين المتعاقدين بشأن التنفيذ أو التفسير سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه^(١).

وذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى ذات المعنى واوضحت في احد فتاويها الى ان المادة ١٦٧ من دستور جمهورية مصر العربية الدائم التي تنص على ان " يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط واجراءات تعيين اعضائها ونقلهم" والمادة ١٧٢ من الدستور التي تنص على ان " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الادارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى " كما استعرضت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ التي تنص على انه " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ولا يثبت التحكيم الا بالكتابة.

ويجب ان يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكم او اثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح والا كان التحكيم باطلا.

ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يجوز التحكيم الا لمن له التصرف في حقوقه " والمادة ٥٠٢ من ذات القانون التي تنص على انه " لا يجوز ان يكون المحكم قاصرا او محجورا عليه

(١) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣ ق بتاريخ

١٩٩٤/١/١٨ منشور بمجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية في اربعين سنة ص ١٤٥.

او محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية او مقلسا ما لم يرد له اعتباره.

واذا تعدد المحكومون وجب فى جميع الاحوال ان يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا ومع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة يجب تعيين اشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم او فى اتفاق مستقل" والمادة ٥٠٦ منه " يصدر المحكومون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح..." والمادة ٥٠٩ منه " لا يكون حكم المحكمين قابلا للتنفيذ الا بامر يصدره قاضى التنفيذ بالمحكمة التى اودع اصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب اى من ذوى الشأن وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم ليتثبت من انه لا يجوز مانع من تنفيذه.

ويختص القاضى المذكور بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين وكذلك استعرضت الجمعية المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التى تنص على ان " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الاتية:-

... (حادى عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام او الاشغال العامة او التوريد او باى عقد ادارى اخر... والمادة ٥٨ من ذات القانون التى تنص على ان " يكون قسم الفتوى من ادارات مختلفة لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة وتختص الادارات المذكورة بابداء الراى فى المسائل التى يطلب الراى فيها من الجهات المبينة بالفقرة الاولى وبفحص التظلمات الادارية.

ولا يجوز لاية وزارة او هيئة عامة او مصلحة من مصالح الدولة ان تبرم او تقبل او تجيز اى عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنيه بغير استفتاء ادارة الفتوى المختصة.

واستبانة الجمعية ان التحكيم هو الاتفاق على عرض النزاع امام محكمة او اكثر ليفصلوا فيه- بدلا من المحكمة المختصة بذلك بحكم ملزم للخصوم ويتخذ هذا الاتفاق احدى صورتين فهو قد يرد مع العقد الاصلى مصدر الرابطة القانونية فيتنفق طرفا العقد على ان ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد او تنفيذه يتم البت فيه عن طريق التحكيم ويسمى هذا الاتفاق " بشرط التحكيم" وقد لا يتفق الطرفان على التحكيم فى العقد الاصلى ولكن بعد قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقا خاصا للفصل فى النزاع الذى نشأ باسلوب التحكيم ويطلق على هذا الاتفاق " وثيقة او مشاركة التحكيم" والتحكيم يقوم على اساسين هما ارادة الخصوم وقرار المشرع لهذه الارادة لان التحكيم استثناء من الاصل العام فى التشريع وبالتالي فلا يجوز اجهاز شخص على سلوكه وحرمانه من اللجوء الى القضاء الا عن رضاء واختيار كما انه لا تكفى ارادة الخصوم وحدها للفصل فى منازعاتهم عن طريق التحكيم بل لا بد ان يتم ذلك فى حدود القواعد التى يضعها المشرع لتنظيم التحكيم واجراءاته.

وقد اجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية الاتفاق على التحكيم بالمفهوم السالف وايضاحه مبينا شروطه واجراءاته وكيفية تنفيذ احكام المحكمين والطعن فيها فى المواد من ٥٠١ وما بعدها كما ان المادة

(٨٥) من قانون مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الادارة الى التحكيم فى منازعاتها العقدية (ادارية او مدنية) حينما نص بالفقرة الثالثة من المادة المذكورة على الزام اية وزارة او هيئة عامة او مصلحة من مصالح الدولة بالا تبرم او تقبل او تجيز اى عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنيه بغير استفتاء ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة فلو ان الاتفاق على التحكيم امر محظور على جهة الادارة ما كان المشرع الزمها اصلا بعرض هذا الاتفاق او تنفيذ قرار (حكم) المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة بيد انه ازاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم فى منازعات العقود التى تكون جهة الادارة طرفا فيها سواء المدنية او الادارية فانه يتعين الرجوع فى ذلك الى الشروط العامة للتحكيم واجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتى لا تتعارض مع طبيعة الروابط الادارية ولا وجه للقول بان محاكم مجلس الدولة هى المختصة بالفصل فى منازعات العقود الادارية دون غيرها- طبقا للمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة- وبالتالي فان الاتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الادارى فى هذا الشأن ذلك لان المقصود من نص المادة ١٠ هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء المدنى ولا يجوز ان نتجاوز فى تفسير هذا النص قصد المشرع والقول بحظر الالتجاء الى التحكيم فى منازعات العقود الادارية.

لذلك

انتهى رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى جواز الاتفاق على الالتجاء الى التحكيم فى العقود الادارية.

كما ان الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع مرة اخرى بجلستها المنعقدة فى ٧ من فبراير سنة ١٩٩٣ واستبان لها ان البند السادس عشر من العقود الذى كانت تراجعته والمبرم بين وزارة الاوقاف ومركز الاهرام للتنظيم والميكرو فيلم التابع لمؤسسة الاهرام ينص على انه:

" اتفق الطرفان على ان اى خلاف ينشأ اثناء تنفيذ هذا العقد - لا قدر الله- يثبت فيه بالطرق الودية فان تعذر لجأ الطرفان الى التحكيم وذلك بان يعين كل طرف محكمين يخطر باسميهما الطرف الاخر على ان يختار المحكمون الاربعة مرجحا لهم... ويعتبر قرار لجنة التحكيم ملزما ونهائيا للطرفين فلو تعذر اجتماع المحكمين او اختيار مرجح خلال خمسة عشر يوما من تاريخ ابداء احد الطرفين رغبته فى التحكيم يكون الالتجاء الى القضاء ".

واستظهرت الجمعية العمومية افتاءها السابق بجلسة ١٧/٥/١٩٨٩ فى خصوص مدى جواز الالتجاء الى التحكيم فى المنازعات الادارية والتي انتهت فيه الى جواز ذلك تاسيسا على ان " التحكيم هو اتفاق على عرض النزاع امام محكم او اكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم ويتخذ هذا الاتفاق احدى صورتين فهو قد يرد ضمن العقد الاصلى مصدر الرابطة القانونية

فيتفق طرفا العقد على ان ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد او تنفيذه يتم البت فيه عن طريق التحكيم ويسمى هذا الاتفاق بشرط التحكيم وقد لا يتفق الطرفان على التحكيم فى العقد الاصلى ولكن بعد قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقا خاصا للفصل فى النزاع الذى نشأ بأسلوب التحكيم ويطلق على هذا الاتفاق " وثيقة او مشاركة التحكيم" والتحكيم يقوم على اساسين هما ارادة الخصوم وقرار المشرع لهذه الارادة لان التحكيم استثناء من اصل العام فى التشريع وبالتالي فلا يجوز اجبار شخص على سلوكه وحرمانه من اللجوء الى القضاء الا عن رضاء واختيار كما انه لا تكفى ادارة الخصوم وحدها للفصل فى منازعاتهم عن طريق التحكيم بل لا بد ان يتم ذلك فى حدود القواعد التى يضعها المشرع لتنظيم التحكيم واجراءاته وقد اجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية الاتفاق على التحكيم بالمفهوم السالف ايضاحه مبينا شروطه واجراءاته وكيفية تنفيذ احكام المحكمين والطعن فيها فى المواد من (٥٠١) وما يليها كما ان المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة ورد بها ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الادارة الى التحكيم فى منازعتها العقدية (ادارية و مدنية) حينما نص بالفقرة الثالثة من المادة المذكورة على الزام اية وزارة او هيئة عامة او مصلحة من مصالح الدولة بالا تبرم او تقبل او تجيز اى عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنيهه بغير استفتاء ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة فلو ان الاتفاق على التحكيم امر محظور على جهة الادارة ما كان المشرع الزمها اصلا بعرض هذا الاتفاق او تنفيذ حكم المحكمين على مجلس الدولة للمراجعة.

بيد انه ازاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم فى منازعات العقود التى تكون جهة الادارة طرفا فيها سواء المدنية او الادارية فانه يتعين الرجوع فى ذلك الى الشروط العامة للتحكيم واجراءاته الواردة بقانون المرافعات والتى لا تتعارض مع طبيعة الروابط الادارية ولا وجه للقول بان محاكم مجلس الدولة هى المختصة بالفصل فى المنازعات الخاصة بالعقود الادارية دون غيرها طبقا للمادة (١٠) من قانون مجلس الدولة وبالتالى فان الاتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الادارى فى هذا الشأن وذلك لان المقصود من نص المادة (١٠) هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادى ولا يجوز ان نتجاوز فى تفسير هذا النص قصد المشرع والقول بحظر الالتجاء الى التحكيم فى منازعات العقود الادارية.

وهذا الذى انتهت اليه الجمعية العمومية هو صحيح الراى وصائب الافتاء والنص فى المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالمنازعات الخاصة بالعقود قصد به التاكيد على استبعاد اى اختصاص لمحاكم القضاء العادى بمثل هذه المنازعات وهو اختصاص كان قائما فى بعض القوانين السابقة على القانون المشار اليه- فاراد المشرع بهذا النص ان يقطع الصلة بين المحاكم العادية ومنازعات العقود الادارية ولكنه لم ينكر حق الاطراف فى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة التحكيم خاصة اذا كان العرض على هذه الهيئة فى مثل الحالة

المعروضة لا يستبعد عند نظر المنازعة اعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الادارية.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى جواز الاتفاق على اللجوء الى التحكيم فى العقود الادارية فى الحالة الماثلة^(١).

الرأى الثانى: عدم جواز التحكيم فى العقود الادارية:

ذهب الى هذا الرأى المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع معدلة بذلك عن رأياها السابق فالمحكمة الادارية العليا ذهبت الى عدم جواز:

الالتجاء الى التحكيم فى منازعات العقود الادارية ورأت انه يتعين تفسير شرط التحكيم فى عقد الالتزام بما لا يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة عندما قالت انه: " ينبغى تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار اليه بما لا يهدم خصائص العقد الادارى ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد اذ ان اختصاص المجلس ورد فى قانون موضوعى اى كقاعدة عامة بينما ان منح التزام المرافق العامة فهو من الاعمال الادارية التى تقوم بها السلطة التشريعية

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢١١ فى ١١/٣/١٩٩٣

جلسة ١٩٩٣/٢/٢٧ منشورة هى والفتوى المشابهة السالف الاشارة اليها فى مجموعة مبادئ المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية فى اربعين سنة ص

كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية وهذه الاعمال ليست قوانين من حيث الموضوع وان كانت تأخذ شكل القانون لان العرف جرى على ان السلطة التشريعية تفصح عن ارادتها فى شكل قانون ويترتب على ذلك انه لا يجوز ان يخالف هذا العمل الادارى احكام القانون وان كانت السلطة التى تصدرها واحدة اذ من القواعد المقررة فى القانون العام ان السلطة التى تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها باعمال فردية وان كانت تملك تعديلها كقاعدة عامة اخرى".^(٢)

كما قضت ايضا ذات المحكمة بانه "... وبناء على ما تقدم فان شرط التحكيم الواردة فى هذا الاتفاق يكون مخالفا لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ التى تجعل الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والاشغال العامة وغيرها من العقود الادارية منوطا بمجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى دون غيره ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة العامة لانه كما سبق فان عقد الالتزام الذى ورد فيه شرط التحكيم المذكور وان ورد فى شكل قانون صدر من السلطة التشريعية الا انه جاء مخالفا لقاعدة عامة تضمنها قانون صدر من السلطة التشريعية الا انه جاء مخالفا لقاعدة عامة تضمنها قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ومن ثم فلا يعتد به

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٠ الطعن رقم ٣٠٤٩

لسنة ٣٢ ق السنة ٣٥ ص ١١٤٣.

ومن ثم فإن ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من رفض هذا الدفع يكون في محله لاتفاقه مع احكام القانون^(١).

كما عرض الموضوع مرة اخرى على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع وانتهت الى العدول عن رايها السابق وارتأت عدم جواز التحكيم واصدرت فتوى تعد نموذجا للادب القانوني من جميع النواحي لغة وصياغة وبلاغة وتاصيلًا وفقها ودقة متميزة ولهذا نذكرها كاملة^(٢).

ومن حيث ان الجمعية العمومية في نظرها الموضوع الماثل ومن اجل الوصول لكلمة سواء في امر العقود الادارية والتحكيم ترى وجوب النظر الى هذا الامر لا من منظور الاختصاص الافتائي او القضائي لمجلس الدولة ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الاداري ومدى تلاؤمها مع نظام التحكيم او تنافرها معه وما هي الشروط والاوزاع التي يمكن بها اقامة هذا التلاؤم وما هي شرائط الاهلية واوزاع الولاية التي تمكن من اقامة هذا التلاؤم او لا تمكن منه.

ومن حيث ان العقد الاداري يتميز عن العقد المدني من ثلاثة وجوه يتردد ذكرها في كتب الشرح وبحوث الفقه وفي الفتاوى واحكام المحاكم بما لا حاجة معه للتفصيل والبيان انما تود الاشارة المجملية عنها في الموضوع المعروض للتذكير بها وللبداء بها في استخلاص الدلالات.

(١) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بتاريخ ١٣/٣/١٩٩٠ الطعن رقم ١٦٧٥ ، ١٩٥٦، لسنة ٣٠ ق.

(٢) اصدر هذه الفتوى المستشار والمفكر الكبير الاستاذ طارق البشري رئيس الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في هذا الوقت.

فالعقد الادارى اولا تبرمه هيئة عامة من اشخاص القانون العام والهيئة العامة تبرمه ثانيا لا فيما تنزل فيه منزلة الافراد واشخاص القانون الخاص من بيع وايجار ونحوه ولكنها تبرمه فى اطار استخدامها لسلطتها وما نيظ بها من امانات ادارة المصالح العامة وانشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها اى انها تبرمه بمناسبة تصديها للشان العام للجماعة وممارستها لوسائل الرعاية والتنظيم والضبط التى ما قامت الهيئات العامة وما تبوأ مكانتها فى المجتمع على راس الجماعة الا للقيام بها.

والعقد الادارى ثالثا وبموجب الامرين السابقين يتضمن شروطا استثنائية مما لا يعتاد فى العقود المدنية التى تبرم بين طرفين نديين وهنا تختلط علاقات التعاقد التى يعرفها فقه القانون الخاص تختلط باوضاع الامارة والسلطة التى ترد فى مرجعيتها ليس فقط الى الرضاء الاتفاقى فى صياغة عقد ما ولكنها ترتبط فى بعض وجوه مرجعيتها الى قوامه الدولة على المجتمع وسلطانها عليه لحماية الجماعة التى تنظم شئونها العامة وتسير مصالحها العامة ومن قوامة الدولة على الشان العام تنفرع التفاريع الى الهيئات والمصالح وسائر الوحدات العامة التى تنقسم الى نوع نشاط ومكان اقليم ومجال تخصص.

ومن جهة فان الشان العام هو شان الجماعة مصالح واوضاعا ومقاصد منشودة والجماعة تشخصها الدولة وتقوم عليها من الناحية المؤسسية التنظيمية والدولة التى يدرسها القانون الدولى العام بوصفها شعبا على اقليم عليه حكومة هذه الدولة يرسم الدستور كيائها التنظيمى العام وهى لا تتشكل من هيئة واحدة ولكنها تتكون من الناحية التنظيمية من هيئات

كبرى تتوزع عليها مراحل تشكل العمل العام وذلك بما عرف من سلطات التنفيذ والتشريع والقضاء وهى مع تشكلها بالتنسيق بين هذه الجهات فهو تنسيق يحفظ قدرا من التوازن لا يمكن احداها من استيعاب مكنة القيام وحدها بالعمل العام.

فالدولة كتنظيم مشخص للجماعة يستمد من هذا التشخيص مبرر قيامه ويستمد منه شرعية نفاذ القول على الغير بشأن اوضاع الجماعة حفظا وضبطا وتسييرا وتنمية فى كل المجالات هذه الدولة تقوم على مفهوم النيابة عن الجماعة والتمثيل لها وهو تمثيل يخضع لاصول ثلاثة اولهما: تعدد التنظيمات الاساسية التى تتشكل منها الدولة فلا تكون كيانا تنظيميا واحدا وثانيهما: اختلاف اساليب التشكيل لهذه التنظيمات وفقا لاختلاف المهام الموزعة عليها باعتبار ان سلطة التقرير تكون بالانتخابات وسلطة التنفيذ ذات القوة المادية تكون بالتعيين من اعلى مع خضوعها لقرارات السلطة الاولى وسلطة الرقابة على الشرعية تقوم استقلالا بمراعاة توازن السلطتين الاوليتين وكل ذلك هو الدولة وثالثهما: ان وظائف التقرير والتنفيذ لا تستمد اى من الجهات شرعية ممارستها الا بوصف هذه الجهة ممثلة او نائبة عن غيرها فلا يوجد من يتصرف فى شان عام الا وهو مفوض بذلك لا اصيلا عن نفسه ولا صاحب شان بذاته هيئة كان او مجلسا او فردا انما هو قوام على شان عام بموجب وصف تمثيلى وصف تفويضية اتته من مستند عام دستورا كان او قانونا او لائحة او قرارا فرديا وهو ما يعبر عنه بالاختصاص فى مجال القانون العام لهيئة او فرد هو تفويض تستمد منه الجهات

المختصة هيئة كانت او فردا صلاحيتها فى اصدار العمل العام او التصرف فى اى شان عام.

ومن جهة اخرى فان اى تصرف يصح وينفذ على نفس المتصرف وما له بموجب توافر شروط اهلية المتصرف التى تمكنه من الزام نفسه بقول يصدر عنه واى تصرف يصح وينفذ فى حق غير المتصرف بموجب ما يتوافر للمتصرف من ولاية امضاء القول على هذا الغير والولاية خاصة او عامة وهى خاصة ان كانت تتوافر فيها مكنة امضاء قول على الغير اذا كان شخصا معيناً او جماعة محصورة وقابلة للتعين كل بذاته وهذه الولاية اما ان تكون نيابة مصدرها القانون كالولى الشرعى على طفلة او مصدرها القضاء كالوصى المعين على الصبى او مصدرها الاتفاق كالوكالة او التفويض ونحوه واما ان تكون ولاية عامة ان توافر لها مكنة امضاء القول على غير ليس محددا ولا محصورا ولا معيناً وهى ما يتعلق بالدولة فى الشئون العامة وما يتفرع عن اجهزتها وتنظيماتها وهيئاتها ووحداتها وافرادها وهو لا تقوم الا بمستند شرعى من دستور او قانون او لائحة او قرار فردى والاصل المرجوع اليه حالة عدم وجود النص هو الاباحة فيما يتعلق بتصرف الشخص فى شئون ذاته وماله اما فى احوال الولاية خاصها وعامها فان الاصل الرجوع اليها بشأنها اذا لم يوجد مستند شرعى الاصل ساعته هو المنع لانه لامضاء قول لشخص على غيره الا بمستند يجيز هذا القضاء ولا سلطان لاحد على غيره ولا امرة لشخص على من سواه الا بحكم شرعى يجيز هذا النفاذ على الغير فليس من سلطة عامة الا وهى مقيدة ومحدودة بمستند شرعيتها.

والعقد الادارى ثانى وسيلتين للجهات القوامة على العمل العام فى التصرف وتسيير المصالح العامة وادارة الشئون العامة واولى الوسيلتين هو القرار الادارى وهما يتفقان فى ضوابط اعمالهما باعتبار هما صادرين عن ولاية تستند لاختصاص مفوض باجراء التصرف فى شان يتعدى ذات مصدر القرار الى مال ومصالح وشئون هو امين عليها بموجب حكم شرعى وفى نطاق ما جرى شرعا تخويله به وتفويضه فيه.

وبقدر ما تكون السلطة وبقدر ما تنفسح المكنة بقدر ما ترد القيود والضوابط وقد تسنح الروادع والسلطة المكفولة للادارة العامة فى العقد الادارى تقابلها القيود التى ترد على ارادتها فى التعاقد وممارسة الشئون العامة وملكية الدولة للمال العام والخاص الذى يشرف عليه اشخاص القانون العام ادارة واستغلالا وتصرفا انما ترد عليه من القيود والضوابط ما تصل مخالفة بعضه الى حد الجريمة وكل ذلك بحسبان ان مال الدولة عاما كان او خاصا مسلوكة لا لمن يريده ولا لمن هو مخول مكنة استغلاله او التصرف فيه انما هو للدولة كشخص اعتبارى عام.

والدولة لا تستوعب ارادتها كاملة فى ارادة اى من مكوناتها العامة او الوحدات التى تنقسم اليها الوظائف المؤداه والارادة العامة للدولة هى جماع ما توزعت عليه اعباء القيام العمل العام بحكم الدستور والتشريعات والقرارات وتصح ارادة اى من الوحدات العامة فى الاستغلال والتصرف باعتبار ماهى مفوضة فيه من اختصاص زمان او مكان او مجال عمل وتخصص وبحسبانها امينة ونائبة فيما تقوم به من اعمال هذا هو مفهوم الاختصاص الحاكم لوجوه نشاط الاشخاص العام

ولا تصح ارادتها مفوضة في العمل الا بشروط التفويض الصادر اليها والمنظم لارادتها من احكام موضوعية واجراءات وردت بالتشريعات وهذا هو اساس الالتزام باحكام التشريع والاجراءات المرسومة عند اعمال ارادة اى من الجهات العامة.

والامر امر ولاية عامة ولا تمارس ولاية عامة الا بشرطها المضروب وفي نطاقها المعين وبالقيود الضابطة لها وهو امر نيابة لا تمارس الا بشرطها المضروب وفي نطاقها المعين وبالقيود الضابطة لها وعلى اى من وصفى الولاية او الانابة فليس للولى ان يولى غيره فيما ولى عليه الا باذن من ولاه وليس للنائب ان ينوب غيره فيما فوض فيه الا باذن من انابه ومن هنا تظهر قاعدة ان التفويض لا يرد على تفويض.

والعقد الادارى يرد فى نطاق الاختصاص المعين للجهة العامة المتعاقدة فلا يجاوز هذا الاختصاص وليس لجهة عامة مسئولة عن مرفق معين ان تنزل عنه لغيرها على خلاف ما اجازه التشريع الذى اقامها على هذا المرفق وليس لها ان تعدل من اسلوب الادارة بما يجاوز ما رخص التشريع لها به ولا ان تفوض غيرها فى شان لم يجز لها التفويض فيه صراحة وجهة الادارة العامة ايضا مقيدة فى تعاقداتها بما رسمه التشريع من اجراءات تتعلق بطريقة اختيار المتعاقد معها وطريقة اتمام التعاقد معه وشروط ذلك وضوابطه واحواله كما انها مقيدة باوضاع ورسوم تتعلق بممارستها لسلطاتها التعاقدية واستيفاء حقوقها العقدية من الطرف المتعاقد معها واسلوب استخدامها لامكانات انهاء العلاقة العقدية او فسخها او غير ذلك.

ومن حيث ان استقراء احكام " قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية" الصادر به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يكشف عن ان التحكيم هو اتفاق يجرى بين طرفى النزاع بارادتهما الحرة (المادة ٤) واتفاق التحكيم هو اتفاق طرفين على الالتجاء للتحكيم " لتسوية كل او بعض المنازعات" (المادة ١) وشرط جواز الاتفاق على التحكيم ان يجرى من شخص " يملك التصرف فى حقوقه " وشرط جواز الاتفاق عليه ان يكون فى المسائل التى " يجوز فيها الصلح" (المادة ١١) وبالصلح ينزل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته (المادة ٥٤٩ مدنى) وشرط صحة الصلح ان يعقده من يكون " اهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح المادة ٥٥٠ مدنى) والا يكون " فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية او بالنظام العام" (المادة ٥٥١ مدنى) بمعنى ان شرط صحة اتفاق التحكيم ان يكون من يعقد اتفاق التحكيم اهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها اتفاق التحكيم والا يكون التحكيم فى مسائل متعلقة بالحالة الشخصية ولا بالنظام العام.

فاتفاق التحكيم من حيث اركانه وشروط صحته هو تصرف مما يدور بين النفع والضرر وهو ان لم يكن صلحا يسوى ويحسم نزاعا قائما او محتملا بين طرفين فهو بمثابة صلح لانه اتفاق على الالتجاء للتحكيم لتسوية نزاع قائم او محتمل ويصدق فى شروط صحته ما يصدق فى شروط صحة الصلح من حيث كونه يلزم لصحته ما يلزم لصحة التنازل بمقابل.

ومن جهة اخرى فاذا كان الصلح يقوم طرفاه بحسم النزاع بينهما بتنازلات متقابلة فهما فى التحكيم يعهدان الى هيئة يتفقان عليها ان تحسم هذا النزاع بينهما والتنازلات المتقابلة فيه هى التسليم المتقابل المسبق من الطرفين بقضاء الهيئة على اى منهما للآخر فهو تنازل متبادل ومتقابل عن احتمال كسب ومن هنا فهو ينعقد بالاتفاق وبالارادة الحرة وتلزمه اهلية التصرف بمقابل كما يصرح قانون التحكيم وفقه التحكيم وقضاؤه والتحكيم نابع من طبيعة الحق المتنازع عليه.

وفى صدد بيان طبيعة التحكيم قضت المحكمة الدستورية العليا بان " التحكيم هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما او بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم فى ذلك النزاع بقرار يكون نائيا من شبهة الممالة مجردا من التحايل وقاطعا لدابر الخصومة فى جوانبها التى احوالها الطرفان اليه بعد ان يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية.. " (الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١٥ القضائية جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤) كما قضت محكمة النقض بان " حكمه تشريع التحكيم تنحصر فى ان طرفى الخصومة يريدان ان يمحص ارادتهما واتفاقهما تفويض اشخاص ليست لهم ولاية القضاء فى ان يفضوا بينهما او يحسموا النزاع بحكم او بصلح يقبلان شروطه فرضاء طرفى الخصومة هو اساس التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة احد فانه يجوز لهما تفويض غيرهما فى اجراء هذا الصلح او فى الحكم فى النزاع " (الطعون رقم ٣٦٩ لسنة ٢٢ القضائية جلسة ٢/٤/١٩٥٦ ورقم ٩٠٨ لسنة ٤٩ القضائية جلسة ١٤/٤/١٩٨٣ ورقم ٩٦٥ لسنة ٥٠

القضائية جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ ورقم ٥٧٣ لسنة ٥١ القضائية جلسة ١٩٨٦/١٢/٣) كما قضت المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص باحكام الولاية الخاصة على المال بان ينزل التحكيم " منزلة اعمال التصرف اعتبارا بانه ينطوى على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين... " ومن ثم يتعين فيه اذن محكمة الاحوال الشخصية للوصى عن ناقص الاهلية لصالح هؤلاء (الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ القضائية جلسة ١٩٧١/٤/١٤) وقضت بان " التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف ارادة المحتكمين الى عرضه على هيئة التحكيم ويجب ان تتضمن مشاركة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولا يتهم" (الطعون رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ القضائية جلسة ١٩٧١/٢/١٦ ورقم ٩ لسنة ٤٢ القضائية جلسة ١٩٧٦/١/٦ ورقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ القضائية جلسة ١٩٨١/٣/٢٦) وقضت بانه " ان كانت ولاية الفصل فى المنازعات معقودة فى الاصل للمحاكم الا ان المشرع اجاز للخصوم- خروجا على هذا الاصل- ان يتفقوا على احالة ما بينهم من نزاع على محكمين يختارونهم ليفصلوا فيه بحكم له طبيعة احكام المحاكم واذ كان المحكمون يستمدون ولا يتهم فى الفصل فى النزاع من اتفاق الخصوم على اختيارهم للفصل فيه فان ما يصدر خارج المحاكم بغير هذا الاتفاق لا يكون حكما له المقومات الاساسية للاحكام... " (الطعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٢ القضائية جلسة ١٩٨٦/٢/٦).

فهيئة التحكيم تقوم بولاية القضاء فيما حدده اتفاق الخصوم من مجالات الخصام فيما بينهم والولاية هنا ولاية خاصة لان شرط صحتها ان تقوم باتفاق يتعين به الخصوم ويتحدد به مجال النزاع بينهم وموضوعه وما يرون من اجراءات وشروط لحسمه والولاية الخاصة كما سبق البيان هي امضاء القول على الغير المعينين بذواتهم او باوصافهم ومن استقرار احكام القانون يظهر ان الولاية الخاصة تقوم على مفهوم النيابة او التفويض سواء كان مصدرها القانونى كالولى الطبيعى او القاضى فى الوصاية او الاتفاق فى الوكالة فى التحكيم وجه نيابة اتت من كونه ينشئ ولاية خاصة بامضاء قول المحكمين المختارين المتفق عليهم امضاء قولهم على اطراف الخصومة المحتكم فيها وهو ما اسمته محكمة النقض بانه تفويض الخصوم للغير فى القضاء بينهم والحكم فى النزاع الناشب فيهم.

ولكن ثمة فارق جوهري بين اوضاع النيابة او التفويض التى يسفر عنها التحكيم وبين النيابة فى صورتها التقليدية لان النائب فى التصور القانونى العادى هو من يعبر عن ارادة المنوب عنه بينما الامر فى التحكيم ان هيئة التحكيم تصدر حكما فى النزاع وهو حكم لا بد ان يكون لاحد الخصمين ضد الاخر والنائب هنا يمكن ان يقضى ضد المنوب عنه ولكن يستقيم مفهوم النيابة او التفويض فى التحكيم بمراعاة ان هيئة التحكيم تكون مفوضة بالحكم لا عن كل من اطراف الخصومة على حدة انما تقوم مفوضة من الطرفين المتخاصمين معا بموجب ارادتهما المشتركة التى التقت على تحكيم هيئة معينة لحسم النزاع القائم بينهما.

وان الطرفين المتخاصمين يتنازعا ولا يلتقيان في شأن موضوع النزاع وهما لم يلتقيا بشأن هذا النزاع على امر الا عن اناطة امر الفصل في النزاع الى هيئة اتفقا على اقامتها وتعيينها وان يكون قولها هو الفصل في امرهما ومفهوم الارادة المشتركة هنا هو ما يقوم به التوافق بين كون هيئة التحكيم مفوضة ولها وضع نيابي بالنسبة للطرفين المتخاصمين وبين كونها مستقلة عن افرادهما وعن مشيئة كل منهم في شأن موضوع النزاع لان الهيئة تستمد ولايتها من الخصمين جميعا بحسبان ارادتهما المشتركة ارادة واحدة منشئة لهيئة التحكيم وغنى عن البيان ان من يختاره كل من الخصوم بهيئة التحكيم لا يعبر عن وجهة نظر هذا الخصم ولا يمثلها لان المحكم المختار من اى من الخصوم ليس صاحب قرار ولا ارادة متميزة انما الارادة المشتركة التي فوضت الغير في التحكيم هي ارادة تكون بها هيئة متميزة عن الاختيارات التمهيدية لافراد الخصومة.

ومن حيث انه على وفق ما ورد فيما سبق فانه لا ترد مكنة تصرف لذى ولاية يمضى بها قوله على غيره او في شأن غيره وما له لا ترد الا بنص مسوغ لذلك سواء كانت ولاية خاصة او عامة ولا ترد مكنة تصرف لجهة عامة في مال للدولة الا بموجب كونها مفوضة في ذلك بقواعد الاختصاص بنص تشريعي او بناء على نص تشريعي والاصل في شأن امور الولاية هو المنح وعدم النفاذ الا بعمل تشريعي او ان يكون مرجوعا الى عمل تشريعي.

ومن جهة اخرى فانه في مجال بيان الاختصاص الوظيفي الذي هو تفويض في شأن ولاية عامة لا يرد تفويض على تفويض ولا يجوز

لمفوض فى اجراء امر ما ان يفوض غيره فى ذلك او ينزل عن اختصاصه الى غيره الا ان يكون ماذونا له بذلك باجازة تستند الى التشريع او بعمل تشريعى والا امكن لكل جهة عامة ان تتنازل عن اختصاصها الى غيرها وحتى لو كان ثمة عمل تشريعى يجيز التفويض فى الاختصاص من المختص اصلا الى غيره فلا يجوز ان يجرى هذا التفويض الماذون به الى مفوض غير ذى ولاية عامة ولا يجوز النزول عن الاختصاص الوظيفى الى غير موظف عام ولا يجوز لجهة عامة ان تنزل عن اختصاصها الى جهة خاصة.

وان لجوء اية جهة عامة للقضاء ذى الولاية العامة فى نزاع يتعلق بعقد ادارى هو الاستعمال الطبيعى لحق التقاضى اما لجوؤها فى ذلك الى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة فى شان يتعلق بصميم الاداء العام الذى تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من اشخاص القانون العام وهو تحكيم لجهة خاصة فى شان يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وادارتها وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة الا باجازة صريحة وتحويل صريح يرد من عمل تشريعى واذا كان القضاء مستقرا- فى الانزعة الخاصة وبين اشخاص القانون الخاص- على انه لا يصح اتفاق التحكيم ومن وصى على قاصر الا ان يكون ماذونا له بذلك من محكمة الاحوال الشخصية ولا يصح من وكيل الا ان يكون ماذونا له باجراء اتفاق التحكيم ولا يصح الا ممن يملك التصرف بذاته او بقوامه عليه اذا كان ذلك فلا يصح اجازة التحكيم من جهة عامة بشان عقد ادارى بغير ان يكون موافقا على ذلك بعمل تشريعى.

والحال ان المادة ٢٣ من قانون التحكيم سالف الذكر تنص على ان " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ولا يترتب على بطلان العقد او فسخه او انهائه اى اثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته " ومفاد هذا النص ان شرط التحكيم الوارد فى العقد هو بمثابة اتفاق مستقل بذاته وتقوم صحته فى ذاته ولو كان فى عقد بطل او فسخ او انهى بما يعنى ان شروط صحته تتميز عن شروط صحة العقد وما يلحقه من اوضاع قد تستوجب فسخه او انهائه او بطلانه وبما يعنى فى صدد المسبالة المعروضة ان صلاحية جهة الادارة لابرار العقد الادارى وفق شروط الابرام واجراءاته التى ترد بالقانون واللوائح هذه الصلاحية لا تفيد بذاتها صلاحية جهة الادارة عينها فى ابرار شرط التحكيم لتميز موضوع العقد عن شرط التحكيم فى شروط الصحة واوضاع النفاذ والاستمرار.

والحال ايضا ان العقد الادارى يتضمن بطبيعته شروطا استثنائية تقيم لجهة الادارة المتعاقدة وجه سطوة ونفوذ فى العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الاخر وبما يتلاءم مع مضمون عقد يتعلق بتسيير المرافق العامة وانه مما يتعارض مع هذه الطبيعة ان يرد شرط التحكيم فى المنازعات التى تقوم بين اطراف هذه العقود وما تفترضه من مشاركة طرفى العقد فى تشكيل هيئة التحكم تشكليا اتفاقيا واذا كان المشرع لم يشا ان يخضع المنازعات الناشئة عن العقود الادارية لاختصاص جهات القضاء المدنى وحصر منازعاتها بالقضاء الادارى بحسابه اختصاصا حاجزا لمنازعات هذا النوع من العقود لما تتميز به من اوضاع تتعلق بسلطات الهيئات العامة وبشئون المرافق العامة وتسييرها

إذا كان هذا هكذا فإن منازعات العقود الادارية تكون اكثر نأيا عن طبيعة نظام التحكيم متنافيا مع ادارية العقد.

والحال كذلك ان اجازة التحكيم طبقا لاحكام قانون التحكيم الصادر به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تفيد اجازة ان يتضمن شرط التحكيم ان يكون المحكمون اجانب او ان يكونوا هيئة اجنبية او ان ينأى اختيارهم كلهم او بعضهم بجهات اجنبية وذلك طبقا للمادة (٥) التى تجيز لاطراف التحكيم الترخيص للغير ولجهات ومنظمات خارج مصر اتخاذ الاجراءات الواجبة الاتباع فى مسألة ما واجازة التحكيم ايضا تفيد اجازة ان يتضمن شرط التحكيم اخضاعه باتفاق طرفيه للقواعد النافذة فى اى منظمة او مركز تحكيم بمصر او خارجها.

وذلك طبقا لحكم المادة (٢٥) واجازة التحكيم ايضا تفيد اجازة اختيار غير اللغة العربية لغة للتقاضى ولاجراءات التحكيم وذلك طبقا للمادة (٢٥) من القانون كما ان اجازة التحكيم تجيز لاطرافه الاتفاق على ان يكون الحكم الذى تصدره هيئة التحكيم بين طرفى الخصومة حكما غير مسبب طبقا لما تنص المادة (٤٣) من القانون وكل ذلك مما يسوغ تقريره مادام طرفا التحكيم قد اتفقا عليه فى الانزعة المدنية والتجارية ولكنه مما لا يسوغ التسليم به فى العقود الادارية لعدم التسليم باهلية الجهة الادارية المتعاقدة بالاقرار بذلك بغير عمل تشريعى محدد وواضح الدلالة فى اقرار هذا الامر كله او بعضه على سبيل التعيين والتبيين.

ومن حيث انه بالنسبة لنص المادة (١) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقد وردت به عبارة " تسرى احكام هذا

القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع.. " وقد وقفت الجمعية العمومية عند هذه العبارة تستجلى معناها وتتفحص مفادها وما اذا كانت وردت مقصود بها سريان احكام هذا القانون على العقود الادارية.

ومن الجلى فى مناهج التفسير ان اللفظ العام يعتبر ظنى الدلالة فى عمومه بينما اللفظ الخاص يعتبر قطعى الدلالة فى خصوصه لانه ما من عام الا وخصص على ما يقول علماء الاصول فى الفقه ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والتنافر بين العقد الادارى من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم وذلك من حيث صلاحية اية جهة عامة فى عقد اتفاق التحكيم ومدى ما تتسع اليه ولايتها فى ابرمه والحاصل ان التحكيم كما تشير المادة (٤) من القانون هو اتفاق بين طرفى نزاع " بارادتهما الحرة" والاصل حرية الارادة فى العقود المدنية ولكن الاصل هو تقييد الارادة فى مسائل القانون العام قرارات كانت او عقودا ادارية والارادة تستكمل حريتها بتوفير شرائط كما لها كارادة القاصر تستكمل بارادة الوصى عليه واذن المحكمة حيث يشترط الاذن وارادة الجهات العامة انما تجرى كلها تفويضا وفق مسوغ تشريعى مجيز ولا بد من توافره لاعمال الولايات العامة مع الاعتبار بان الولايات العامة انما تجرى مخصصة بالزمان او المكان او بمجال العمل والتخصص كما تجرى مقيدة بالشرائط والضوابط التى تضعها القوانين واللوائح لاعمالها ولاجراءات هذه الاعمال والتحكيم كما سبق

البيان يتضح فيما يصح ترك الحق فيه بمقابل بحسابه يصح فيما يصح الصلح فيه.

وبالنسبة للأعمال التحضيرية التي صاحبت اعداد قانون التحكيم الصادر برقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فالحاصل وفق افتاء سابق للجمعية العمومية صدر منها بجلسة ١٩ من يونيه ١٩٩٦ ان الاعمال التحضيرية للقانون هي مما يلقي الضوء على احكام القانون عند اعمالها بعد صدوره بمراعاة ما يستخلص منها من ادراك للتوجهات العامة التي توضح مقاصد التشريع واسباب اعداده والتوجهات العامة والسياسات العامة التي اريد به تحقيقها والمسائل التي اريد به علاجها.

ولكن كل ذلك لا يصل به الحال الى اعتبار ما ورد بالمذكرات الايضاحية ولا باقوال المناقشين لمشروع القانون اعتبارهما بمثابة تفسير لنصوصه لها وجه الزم ولها حجية ترجيح وتغليب لوجه تفسير على وجه تفسير اخر مما تتسع له نصوص القانون ذلك ان النص الذي يولد بالقانون انما يكون تطور وتبلور وتعذلت مفاهيمه واحكامه من مراحل اعداده الاولى وفي مرحلة مناقشة نصوص بحيث ان النص المولود انما يكون تجاوز العديد من الاراء التي احاطت به من مناقشته عند اعداده كذلك فان اراء من ساهموا في اعداده انما هي محض اراء فردية واجتهادات شخصية لا تفيد ان لاحدهم او لجماعتهم وجه ولاية في حصر معاني القانون بعد صدوره في تفاسيرهم ورؤاهم الذاتية.

والقانون انما يصدر عن ارادة جماعية تتأتى من جمهور الموافقين عليه المصوتين له في المجلس النيابي كما تتأتى من الاجهزة الاولى التي اعدت مسودته وطرحت ملاءمات اصداره الاولى وهو في كل مراحل

اعداده تتناوله جهات عديدة وهيئات شتى ولجان وتشمله مناقشات ودراسات ثم تتناوله مناقشات مجلس الشعب وهو ان صدر فهو يصدر بموافقة اغلبية اصوات الحاضرين ورغم مخالفة اقلية الاصوات له ولكنه ينسب الى المجلس كل لا الى جمهور الموافقين وحدهم.

وكل ذلك بصرف النظر عن اعيان الموافقين وبصرف النظر عن التباين الكبير الذى يفترض قيامه بين اسباب موافقة كل من الموافقين واسباب مخالفة كل من المخالفين وبصرف النظر عن العدد الذى بلغته الاغلبية والعدد الذى تحددت عنده الاقلية ولذلك فان صدوره يحرره من الارادات الفردية التى شكلت حجم التأييد له وكذلك يحرره من وجوه الاعتراض الفردى الذى حدا بالاقلية الى معارضته وهذا التحرر من اعيان المصوتين وادارتهم الفردية يفصل بين النص وبين التفسيرات والاجتهادات الشخصية التى كشفت عنها محاضر مناقشته وعادة ما لا تكشف هذه المحاضر الا عن آراء من تكلموا بالجلسات وحرروا رأيهم فيما راوه فهمهم لاحكام النص وهم بالضرورة ليسوا كل من صوت للقانون و لنصوصه واسهم بصوته فى اصداره وليس من يقين ولا من ظن راجح يمكن به القول بان الساكت انما وافق او خالف لذات ما جهر به الناطق موافقة او اعتراضا وليس من منهج ولا معيار يمكن به اخذ الساكت بالمتكلم فى فهمه ودوافعه وعناصر ترجيحه.

وكل ذلك لا تقوم به قرينة قانونية لها وجه ارجحية على ان فردا متحدثا او مذكرة ايضاحية قد استوعبت نصوص القانون وحصرتها فى اطار مقولات ذلك الفرد او المذكرة وليس من السائغ حصر نطاق القانون فى ارادة فردية معبرة عنه وهو صدر عن ارادة جماعية شاملة وليس من

السائق حصر القانون في ارادة باطنة تستخلص من نية فرد او افراد ساهموا في تنشئته الاولى والاليق والابين ان نستخلص احكامه من وجوه الارادة الظاهرة المفحصة عن ذاتها من نص عباراته وفي اطار التنظيم المتناسك الذي صاغته احكامه التفصيلية او من مقاصد تشريعه البادية التي تستقرا من مواده وفقراته وعباراته وذلك كله في اطار صلته بالهيكل التشريعي العام ولاثاره الموضوعية التي تترتب على المراكز القانونية التي انشأها وصلته بسائر المراكز القانونية التي يسفر عنها اعمال الهياكل التشريعية المتداخلة من احكام القوانين الاخرى وصلاحياتها المتبادلة.

ومع تقدير كل ذلك رأت الجمعية العمومية استعراض ما ورد بالاعمال التحضيرية لقانون التحكيم لاستخلاص الدلالات العامة في شان صلة التحكيم بالعقود الادارية.

كل احيان مشروع قانون التحكيم التجاري بمجلس الشعب الى لجنة مشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية وجاء في تقرير هذا اللجنة المرسل الى رئيس مجلس الشعب في ٣١ من يناير سنة ١٩٩٦ جاء به ان نظام التحكيم يتيح سرعة الفصل في المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية ويعطى الطمأنينة للمستثمرين وان قواعد التحكيم بقانون المرافعات وضعت للتحكيم الداخلي فهي لا تحقق الهدف المنشود ولا تعنى بالنسبة الى التحكيم الدولي " لما له من طبيعة خاصة " وذكر التقرير ان اللجنة فضلت وضع قانون التحكيم عام في المواد المدنية والتجارية يطبق على نوعي التحكيم الداخلي والدولي " ومن هذا المنطلق عدلت نصوص

المشروع وعنوانه والغيت مواد التحكيم فى قانون المرافعات (٥٠١م- ٥١٣) وحذفت عبارة " تجارى دولى " من مادة الاصدار الاولى وعدلتها بما يجعل التحكيم شاملا سواء اكان تجاريا او غير تجارى داخليا او دوليا وذكر انه القانون باعتباره الشرية العامة للتحكيم" ايا كانت طبيعة المنازعة التى يدور بشأنها التحكيم وايا كان وضعه "وصار عنوان القانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية وليس فى " التحكيم التجارى الدولى".

ثم ورد بالتقرير ان المشروع يسرى على كل تحكيم يجرى فى مصر " سواء اكان بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص وايا كانت العلاقة التى يدور حولها النزاع وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا القانون على العقود الادارية كى يصبح حكمها تقنيا لما انتهى اليه افتاء مجلس الدولة فى هذا الشأن.

ثم عرض المشروع بمجلس الشعب وبجلسة ٦ مارس سنة ١٩٩٤ ذكرت مقرر اللجنة ان " اللجنة استقرت على ان يكون التحكيم متعلقا بالمعاملات المدنية والتجارية سواء كانت داخلية او دولية" وبالجلسة ذاتها ذكر احد اعضاء مجلس الشعب ان التحكيم مفروض الا يشمل الانزعة بين الاشخاص العامة بعضها وبعض لان ذلك من اختصاص الجمعية العمومية بمجلس الدولة فهل سيادتكم تختلف معنا فى هذا وان العقود الادارية يجوز التحكيم فيها هذا امر انتهى باقتاء مجلس الدولة وافقت الجمعية العمومية بهذا اكثر من مرة واصبحت مسالة ليست محل خلاف" ثم اشار الى انه ليس هناك ما يمنع شخصين عامين من اللجوء

فى خلافهما الى التحكيم " التحكيم جائز فى المنازعات والعقود الادارية لان اتفاق " التحكيم جائز بين اشخاص القانون العام بالاتفاق بينهم".

وكان عضو مجلس الشعب الدكتور/ ادوارد الدهبى قد اشار بجلسة ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٤ الى ان المستثمرين يتمسكون دائما فى عقودهم بشروط التحكيم وان الميزة الكبرى لمشروع القانون انه جمع بين التحكيم الداخلى والدولى ثم ذكر ان التحكيم يقوم على مبدأ حرية الارادة لان لطرفيه الحرية الكاملة فى اختيار المحكمين وقواعد التحكيم ومكانه ولغته والحرية هى محور التحكيم ثم لما نوقشت المادة (٢) من مشروع القانون فى جلسة ٦ مارس سنة ١٩٩٤ وهى المادة الخاصة بالتحكيم التجارى وامثلة لما يشمله من عقود ذكر سيادته انه لا وجه لاشتمال النص على امثلة للعقود " عندما تساءلت لماذا هذه الامثلة فقل لى انها من اجل ان نتفادى النص صراحة على العقود الادارية " وقال ان فتوتين لمجلس الدولة حسمتا جواز التحكيم فى العقود الادارية" ونحن نلف ونودور لكى لا نقول العقود الادارية" واقترح حذف الامثلة الواردة بالنص وان يضاف اليه عبارة " ويشمل ذلك كافة العقود الادارية".

فرد رئيس مجلس الشعب " انى اخشى ما اخشاه اليوم- والتحكيم يكون بارادة الدولة - انه اذا وردت هذه العقود بالاسم فى القانون فان الدولة عندما تتعاقد مع غيرها وخصوصا فى مجال استخراج الثروة الطبيعية وعقود المفاعلات النووية ان تطلب الدولة المتعاقدة او الشركة توافر شرط التحكيم وتستند الى النص صراحة فى القانون" وذكر سيادته بما كان من الغاء المادة (٨) من مشروع قانون الاستثمار المتعلقة بقبول

الحكومة المصرية للتحكيم" حتى لا يقال ان الدولة بارادتها التشريعية قد تنازلت عن الاختصاص القضائي صراحة فى عقود معينة وبالتالي فنقول ان ذكر هذه العقود بالذات قد يورث نوعا من اللبس".

وذكر وزير العدل ان الدكتور/ ادوارد الدهبى خلط بين المادتين (١) ، (٢) وان الامثلة " التى وردت فى المادة (٢) لا شأن لها بالعقود الادارية " وانها ليست كلها من عقود الدولة انما يمكن ان يبرمها افراد فى علاقاتهم الخاصة وذكر سيادته المادة (١) هى " التى تقطع بافتاء مجلس الدولة هو جواز التحكيم فى العقود الادارية فى قولها ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية.. ".

فرد الدكتور/ ادوارد الدهبى قائلا ان " المادة (١) قالت كل تحكيم بين اشخاص القانون العام او القانون الخاص هذا كلام لا يعنى ابدا - لا صراحة ولا ضمنا - العقود الادارية - لان اشخاص القانون العام تدخل فى منازعات كثيرة ومعاملات كثيرة تنطبق عليها احكام القانون المدنى وليست عقودا ادارية اى لا يكفى ان يكون احد اطراف العقد شخصا عاما او الدولة لكى يكون العقد عقدا اداريا هذا له شروط اخرى لذلك فانه راي انه يجب ان ينص صراحة على العقود الادارية.. ".

ثم عرض رئيس المجلس التصويت على اقتراح الدكتور/ الدهبى بالنص الذى قدمه وفيه عبارة "ويشمل ذلك كافة العقود الادارية" فلم يوافق عليه خلا اقلية ولم توافق الاغلبية على نص اضيفت فيه هذه العبارة ورفضتها.

وقد استخلصت الجمعية العمومية من هذا العرض للاعمال التحضيرية فيما يتعلق بالمسالة المثارة ان مشروع القانون اعد اصلا لينظم التحكيم فى المنازعات الدولية ثم ورد استحسان ان يتضمن تنظيما عاما للتحكيم فى المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التى كانت تنظم التحكيم فالقانون اساسا صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية.

وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الادارى للتحكيم المنظم بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فان هذا القانون فى اى من مراحل اعداده وحتى صدر لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الادارية لهذا القانون وعندما قدم احد الاعضاء اقتراحا بان يتضمن القانون عبارة صريحة بهذا المعنى عرض اقتراحه بنصه على المجلس للتصويت فرفض الاقتراح وتبين من المناقشات ان صاحب الاقتراح ذكر ان كان قمة حرصه على تفادى النص صراحة على العقود الادارية عند اعداد المشروع ولذلك تضمن المشروع امثلة لعقود هى مما يغلب على العقود الادارية ان تكون من بينها كما ان رئيس مجلس الشعب اوضح فى المناقشات ما يخشاه من ان النص على العقود الادارية فى القانون يشجع المتعاقدين مع الدولة على طلب ادراج شرط التحكيم فى عقود الدولة معهم وان قانون الاستثمار استبعد النص على التحكيم تفاديا لهذا الامر.

وان وزير العدل عندما اكد فى المناقشات شمول قانون التحكيم لمنازعات العقود الادارية بما تضمنته المادة (١) من عبارة " ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع" فقد كان سيادته دائما فى كل مرة ذكر فيها هذا الراى كان يكرر الاشارة الى ان الجمعية

العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة انتهت الى جواز التحكيم فى هذه العقود ومن ثم كان قول سيادته مستندا الى ما تبنته الجمعية العمومية وقتها ولم يكن محض استخلاص حتمى من العبارة العامة الواردة بالنص " ايا كانت طبيعته" بما يعنى ان الامر متروك لما يسفر عنه الترجيح فى التفسير من نظر ولما يستقر عليه الامر من بعد.

والحاصل ان المادة (١) تضمنت النص على كل تحكيم " بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعته.." وقد انكر صاحب الاقتراح المرفوض ان القانون يتضمن نصا صريحا عن العقود الادارية وذكر ان ورود الاشخاص العامة لا يفيد ذكرا صريحا للعقود الادارية لان الاشخاص العامة تبرم عقودا مدنية فى العديد من معاملاتها ولم يستفيد سيادته من العبارة العامة فى هذا النص حتمية اشتمالها على العقود الادارية ومن ثم فان اثنين من المتحدثين عن النص اختلفا فى تفسيره اثناء جلسة الموافقة على القانون بما يستبعد معه ان الموافقين على القانون كانوا جميعا يقصدون من هذه العبارة شمولها للعقود الادارية والعبرة هنا بالارادة الجماعية وليس بالاجتهادات الفردية ما دام الامر يتعلق بالنص وبمدى حسمه فى الاشارة الى حكم محدد ولما اريد الحسم بنص صريح رفض هذا الاقتراح.

وبالنسبة لفتاوى الجمعية العمومية السابقة التى اجازت التحكيم فى العقود الادارية فقد كان يقابلها احكام للمحكمة الادارية العليا فى ذات الفترة رفضت خضوع العقود الادارية لنظام التحكيم واحد هذه الاحكام لم يعتد بهذا الشرط فى قانون صادر بعقد امتياز لان القانون اشتمل على موافقة فردية تخالف نصا عاما مجردا والحاصل ان شمول نظام التحكيم

او عدم شموله لمنازعات العقود الادارية لا يتعلق فقط بما اذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود او لا يسعها انما يتعلق ايضا بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال اهلية ابرامه لمن يبرمه فى شان نفسه وماله وتوافر كمال ولاية ابرامه لمن يبرمه فى شان غيره او مال غيره والاصل عند عدم النص صحة ما يجريه الشخص فى شان نفسه وماله والاصل عند عدم النص عدم صحة ما يجريه الشخص فى شان غيره وماله.

واذا كان شرط التحكيم فى منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الاهلية الا باكتمال اهليته وصيا ومحكمة فانه فى منازعات العقود الادارية لا يصح هذا الشرط الا باكتمال الارادة المعبرة عن كمال الولاية العامة فى اجزائه ولا تكتمل الولاية هنا الا بعمل تشريعى يجيز شرط التحكيم فى العقد الادارى بضوابط محددة وقواعد منظمة بتفويض جهة عامة ذات شان للاذن به فى اية حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الاباحة لاي هيئة عامة او وحدة ادارية او غير ذلك من اشخاص القانون العام.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الادارية على الوجه المبين تفصيلا بالفتوى. من العرض الفائت للراء التى قيلت بصدد جواز التحكيم وعدمه نجد ان الراى الثانى والذى يرى عدم جواز التحكيم فى العقود الادارية فى هذه الفترة هو الراى الصحيح والذى يتفق وصريح وصحيح نصوص

القانون كما يتفق مع الاصول العلمية والعملية للتفسير السليم لنصوص القانون حسبما اوضحت الفتوى الاخيرة والتي جاءت جامعة مانعة بما حوته من حجج قوية وما اعتمدت عليه من اسانيد.

المبحث الثالث

التحكيم فى ظل القانون ١٩٩٧/٩

على اثر الفتوى المهمة سالفة الذكر ولضرورة التحكيم فى العقود الادارية تدخل المشرع واصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ باضافة فقره الى المادة الاولى من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تنص على: " وبالنسبة الى منازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض فى ذلك ".

وبهذا يكون المشرع قد حسم نهائيا مدى جواز التحكيم بالنسبة للعقود الادارية وذلك وفقا للضوابط الاتية:

١. ان التحكيم اصبح امر جائز بالنسبة لسائر العقود الادارية .
٢. ان هذا التعديل بالاضافة وفقا لنص المادة الثانية من القانون يسرى اعتبارا من تاريخ النشر فى الجريدة الرسمية ومن ثم ليس له اثر رجعى^(١).

(١) جدير بالذكر انه اثناء مناقشة مشروع القانون بمجلس الشعب اثار بعض الاعضاء موضوع سريان القانون باثر رجعى وتساؤل احد الاعضاء هل هذا تعديل

٣. موافقة الوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

ويرجع وجود هذا الضابط - حسبما اوضحت المذكرة الايضاحية للقانون الى ان تحديد السلطة الادارية التى يرخص لها باجراء مثل هذا الاتفاق واعتماده ضبطا لاستعمالها وضمانا لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام وبحيث يكون المرد فى هذا الشأن للوزير المختص او من يمارس اختصاصاته فى الاشخاص الاعتبارية العامة.

٤. لا يجوز للوزير المختص او من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ان يفوض غيره فى ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم فى اى عقد ادارى يستوى فى ذلك شرط التحكيم او مشاركة التحكيم.

ويعنى ذلك ضرورة ممارسة الوزير او من يمارس اختصاصاته للأشخاص الاعتبارية العامة هذا الاختصاص بنفسه بسبب خطورة هذا الشرط وضمانا لعدم اساءة استخدام التحكيم فى العقود الادارية نظرا لما يترتب عليه احيانا استبعاد تطبيق القانون الوطنى.

ام تفسير؟ ورد مقرر اللجنة الدستورية والتشريعية ان هذا التعديل وليس تفسير ولكن رئيس المجلس اوضح ان هذا التعديل ينطوى على امرين الاول تاكيد للمبدأ الذى قرره التشريع السابق من ان التحكيم جائز فى العقود الادارية لان النص جاء مطلقا ولا تخصيص بغير مخصص الامر الثانى ويعتبر تعديلا لانه حدد الجهة المختصة التى تجرى الموافقة الادارية.

وحسنا ما فعل المشرع من جواز التحكيم حيث أنهى بذلك الخلاف الذى كان مثارا امام مجلس الدولة بشقيه القضائى والاقتائى كما انه يتفق والعديد من التشريعات فى الدول المختلفة ويتفق مع الاتفاقيات الدولية التى يجيز التحكيم فى عقود الادارة واخصها اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ اتفاقية جنيف ١٩٦١ اتفاقية واشنطن ١٩٦٥.

بجانب كل ما تقدم فان التحكيم يحقق المزايا الاتية:

- البساطة فى الاجراءات والسرعة فى الفصل فى الدعوى.
- السرية فى الفصل فى المنازعة.
- حرية الاطراف فى اختيار المحكمين الذين فى اغلب الامر يكونوا من ذوى الخبرة فى موضوع النزاع ومن المشهود لهم بالكفاءة فى مجال تخصصهم.

جدير بالذكر ان المشرع المصرى يكون قد خطا خطوة كبيرة فى مجال التحكيم فى العقود الادارية اكثر من المشرع الفرنسى لاننا اذا رجعنا للقانون الفرنسى نجد ان قانون الاجراءات المدنية الفرنسى منع التحكيم فى المنازعات التى تكون الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة طرفا فيها ورغم هذا الحظر فقد استطاع القضاء باجتهاداته ان يستثنى العقود الدولية ووضحت محكمة النقض الفرنسية فى العديد من احكامها بان حظر التحكيم فى المنازعات التى تكون الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة طرفا فيها لا يسرى على العقود الدولية لان المنع مقصود به المحافظة على النظام العام الداخلى فقط فاذا تعلق الامر بعقد دولى فثمة احداث الاطراف اجنبيا فان المنع لا يسرى عليه لان سريان هذا المنع يضر بمصالح الدولة وتعاملاتها الدولية ومن ثم فان القضاء

العادى وعلى راسه محكمة النقض الفرنسية يجيز التحكيم فى العقود الدولية رغم ان احد اطرافها الدولة او شخص معنوى عام.

هذا بالنسبة للقضاء العادى اما القضاء الادارى " مجلس الدولة" فقد رفض قبول التحكيم مطلقا فى العقود الادارية وكان يحكم دائما ببطلان التحكيم فى العقود الادارية وطبق المبدأ بصفة عامة سواء كان العقد الادارى محليا او دوليا.

وعند ما كان يعرض عليه احد العقود الادارية لمراجعتها تتضمن شرط التحكيم كان يحكم بالغاء البند الخاص بالتحكيم.

وازاء هذا التعارض الواضح بين القضاء العادى والقضاء الادارى تدخل المشرع الفرنسى فى ١٩٦٠ واصدر قانون ١٧ ابريل ١٩٦٠ الذى اجاز التحكيم لانهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات نوعين من العقود الادارية المسماة وهما عقد الاشغال العامة وعقد التوريد على ان يتم ذلك بموافقة مجلس الوزراء بمرسوم موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص اذا كان العقد يتعلق بالسلطة المركزية اما اذا كان العقد يتعلق بالمحافظة فيجب موافقة المجلس المحلى المختص والوزير المختص واذا كان العقد متعلقا بالبلدية تتم موافقة المجلس البلدى والمحافظ وبالتالي فان القانون قد حدد انواع العقود التى يمكن ان تلجأ الدولة والاشخاص المعنوية العامة الى التحكيم بشأنها وهى عقد الاشغال العامة وعقد التوريد كما حدد الموضوع الذى يمكن الالتجاء بشأنه وهو تصفية نفقات العقد.

مفاد ذلك انه لا يجوز في فرنسا الالتجاء الى التحكيم فى غير العقدين سالفى الذكر.

وفى اطار هذين العقدين يقتصر التحكيم على تصفية نفقات هذين العقدين.

ويتم ذلك بوجود مشاركة تحكيم مستقلة بعد وجود النزاع ويتم ذلك حسبما اشرنا سلفا من جانب السلطات المختصة وهى:

- مجلس الوزراء ووزير المالية والوزير المختص بالنسبة لعقود السلطة المركزية.

- الوزير المختص ومجلس المحافظة بالنسبة لعقود المحافظات.

- المجلس البلدى والمحافظة بالنسبة لعقود البلديات.

واستمر هذا الوضع حتى عام ١٩٨٦ حيث نشأت مشكلة بصدد احد العقود الادارية الذى ابرمته فرنسا مع شركة امريكية لانشاء مدينة ملاهى عصرية وارادت الشركة الامريكية تضمين العقد شرط التحكيم فى حالة وجود خلاف بصدد العقد الا ان مجلس الدولة رفض ذلك نظرا لعدم توافر الشروط التى اشترطها القانون.

ولقد وجه هذا الامر الاهتمام بالتحكيم ومدى تضمينه العقود الادارية وخاصة الدولية منها نظرا لان التحكيم انتشر فى العديد من الدول وتعاظم دوره فى ظل العلاقات الدولية المتشابكة واصبح وسيلة معترف بها لحل المنازعات وعقدت بشأنه العديد من الاتفاقيات الدولية وانشئت العديد من مراكز التحكيم فى المعاملات الدولية.

ونتيجة لذلك تدخل المشرع واصدر فى ١٩ اغسطس ١٩٨٦ قانونا اجاز فيه للدولة والمحافظات والمؤسسات العامة ان تتضمن عقودها الدولية الموقعة مع شركات اجنبية شرط التحكيم وذلك بالشروط الاتية:

- ان يكون احد اطراف العقد شركة اجنبية اى ان العقد يجب ان يكون دوليا.
- ان يكون العقد متعلقا باحد المرافق العامة ويهدف لتحقيق النفع العام القومى.
- ان يصدر مرسوم بذلك من مجلس الوزراء يتضمن الموافقة على وجود شرط التحكيم بالعقد.

وهكذا يكون المشرع الفرنسى مازال يضع التحكيم فى العقود الادارية فى اطار ضيق ومحصور فى نطاق محدود وبشروط معينة خلافا للمشرع المصرى الذى اطلق التحكيم فى العقود الادارية على النحو المشار اليه سلفا.

المبحث الرابع

المبادئ العامة للتحكيم وفقا للقانون الحالي

نتناول فى هذا المبحث بايجاز^(١) عرض المبادئ العامة لتحكيم وفقا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧ ذلك بعرض اساسيات التحكيم ثم اجراءات التحكيم وبعدها نوضح حكم التحكيم ومدى جواز الطعن فى حكم المحكمين وحجية التحكيم.

اولا: اساسيات التحكيم:

تعريف اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم هو - كما سبق القول - اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التى نشأت او يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية سواء كانت علاقة عقدية او غير عقدية وانفاق التحكيم يمكن ان يكون سابقا على قيام النزاع كما يمكن ان يقوم مستقلا بذاته او يرد فى عقد معين بشأن كل او بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين ويجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد اقيمت فى شأنه دعوى امام جهة قضائية وفى هذه الحالة يجب ان يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم والا كان الاتفاق باطلا.

(١) نقول بايجاز لان التفاصيل تدخل فى اطار المؤلفات المتخصصة فى التحكيم بجانب ذلك فان المبادئ العامة للتحكيم فى المنازعات المختلفة تسرى فى الاغلب الا على منازعات العقود الادارية.

من يملك الاتفاق على التحكيم والموضوعات التي لا يجوز التحكيم:

لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وفقا للقانون^(١).

شكل الاتفاق على التحكيم:

يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا والا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا تضمنه محرر وقعه الطرفان او اذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل او برقيات او غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة كما يجب ان يكون قبول التحكيم كتابة ايضا.

هيئة التحكيم:

تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد او اكثر فاذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

واذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا وفقا للقاعدة الدولية المستقرة في مجال التحكيم والا كان التحكيم باطلا.

ويجب ان يكون المحكم كامل الاهلية متمتعا بحقوق المدنية ومن ثم لا يجوز ان يكون المحكم قاصرا او محجورا عليه او محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية او جنحة مخلة بالشرف او بسبب

(١) تنص المادة ٥٥١ من القانون المدني على انه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية او بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المترتبة على الحالة الشخصية او التي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم.

شهر افلاسه ما لم يرد اليه اعتباره كما لا يشترط ان يكون المحكم من جنس او جنسية معينة الا اذا اتفق طرفا التحكيم او نص القانون على غير ذلك ويكون سماع الشهود والخبراء بدون اداء يمين.

واذا تخلف احد الطرفين عن حضور احدى الجلسات او عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار فى اجراءات التحكيم واصدار حكم فى النزاع استنادا الى عناصر الاثبات الموجودة امامها.

وقد اجاز القانون لهيئة التحكيم تعيين خبير او اكثر لتقديم تقرير مكتوب او شفهي- كما هو الحال فى الدعاوى العادية- يثبت فى محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها وترسل الى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المسندة الى الخبير.

وعلى كل من الطرفين ان يقدم الى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وان يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق او بضائع او اموال اخرى متعلقة بالنزاع وتفصل هيئة التحكيم فى كل نزاع يقوم بين الخبير واحد الطرفين فى هذا الشأن.

وترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير بمجرد ايداعه الى كل من الطرفين مع اتاحة الفرصة له لابداء رايه فيه ولكل من الطرفين الحق فى الاطلاع على الوثائق التى استند اليها الخبير فى تقريره وفحصها.

ولهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير ان تقرر من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع اقوال الخبير مع اتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد فى تقريره ولكل من

الطرفين ان يقدم فى هذه الجلسة خبيراً او اكثر من طرفه لابداء الراى فى المسائل التى تناولها تقرير الخبير الذى عينته هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

ثانياً: حكم التحكيم ومدى جواز الطعن فيه:

يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفى حالة تشكيل هيئة التحكيم من اكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات اغلبية المحكمين بشرط ان يثبت فى الحكم اسباب عدم توقيع الاقلية.

ويصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من اكثر من محكم واحد باغلبية الاراء بعد مداولة تتم على الوجه الذى تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

ويجب ان يكون حكم التحكيم مسبباً الا اذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك او كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر اسباب الحكم.

كما يلزم ان يشتمل حكم التحكيم على اسماء الخصوم وعناوينهم واسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم واقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان اصداره واسبابه اذا كان ذكرها واجباً.

وتسلم هيئة التحكيم الى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعه من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

ولا يجوز نشر حكم التحكيم او نشر اجزاء منه الا بموافقة طرفى التحكيم.

وقد الزم القانون هيئة التحكيم ان تصدر الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان فان لم يوجد اتفاق وجب ان يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم وفى جميع الاحوال يجوز ان تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على الا تزيد فترة المد على ستة اشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

واذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار اليه فى الفقرة السابقة جاز لاي من طرفى التحكيم ان يطلب من رئيس محكمة الاستئناف المختصة ان يصدر امرا بتحديد ميعاد اضافى او بانهاء اجراءات التحكيم ويكون لاي من الطرفين عندئذ رفع دعواه الى المحكمة المختصة اصلا بنظرها.

ويجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه ايداع اصل الحكم او صورة موقعة منه باللغة التى صدر بها او ترجمة باللغة العربية مصدقا عليها من جهة معتمدة اذا كان صادرا بلغة اجنبية وذلك فى قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة.

ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الايداع ويجوز لكل من طرفى التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر.

ثالثا: تفسير حكم التحكيم:

١. يجوز لكل من طرفى التحكيم ان يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض ويجب على طالب التفسير اعلان الطرف الاخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.

٢. يصدر التفسير كتابه خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوما اخرى اذا رات ضرورة لذلك.

٣. ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما لحكم التحكيم الذى يفسره وتسرى عليه احكامه.

رابعا: تصحيح حكم التحكيم:

١. تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع فى حكمها من اخطاء مادية بحتة كتابية او حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم وتجرى هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ صدور الحكم او ايداع طلب التصحيح بحسب الاحوال ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوما اخرى اذا رات ضرورة لذلك.

٢. ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن الى الطرفين خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره واذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطاتها فى التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان

طبقا لاحكام المادتين (٥٣، ٥٤) من هذا القانون والذي سنوضح احكامها فى الفقرة التالية.

خامسا: مدى جواز الطعن فى حكم التحكيم:

لا تقبل احكام التحكيم التى تصدر طبقا لاحكام هذا القانون الطعن فيها باى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ولكن القانون اجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفى الحالات الاتية:

(أ) اذا لم يوجد اتفاق التحكيم او كان هذا الاتفاق باطلا او قابلا للابطال او سقط بانتهاء مدته.

(ب) اذا كان احد طرفى اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية او ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم اهليته.

(ج) إذا تعذر على احد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلانا صحيحا بتعيين محكم او باجراءات التحكيم او لاي سبب اخر خارج عن ارادته.

(د) اذا استبعد التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(هـ) اذا تم تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون او لاتفاق الطرفين.

و) اذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم او جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك اذا امكن فصل اجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الا على الاجزاء الاخيرة وحدها.

ز) اذا وقع بطلان فى حكم التحكيم او كانت اجراءات التحكيم باطلة بطلانا اثر فى الحكم.

وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم اذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.

وترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوما التالية لتاريخ اعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدوره حكم التحكيم.

سادسا: المحكمة المختصة بدعوى البطلان فى حكم التحكيم:

يلزم لمعرفة المحكمة المختصة بدعوى البطلان فى حكم التحكيم التفرقة بين امرين:

الاول: اذا كان التحكيم دوليا فان الاختصاص ينعقد لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف اخرى فى مصر.

اى ان هذه القاعدة تعد مكملة ويجوز للطراف تحديد اى محكمة اخرى خلال استئناف القاهرة فى مصر.

واختصاص محكمة استئناف القاهرة او غيرها من محاكم الاستئناف بمصر بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم فى عقد ادارى محل نظر ومنتفق مع البعض^(١). فى ان ذلك الوضع يجب ان يتدخل المشرع لتعديله ويحصل الاختصاص منعقدا للقضاء الادارى استنادا الى انه ليس هناك مبرر يسمح للمحاكم العادية بنظر دعوى بطلان حكم تحكيم متعلق بعقد ادارى فضلا عن ذلك تعد افتئاتا على اختصاص مجلس الدولة المصرى بنظر جميع منازعات العقود الادارية ويتعارض مع نص المادة ١٧٢ من الدستور التى تنص على ان مجلس الدولة هيئة مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية.

الثانى: اذا كان التحكيم محليا فان الاختصاص ينعقد لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع.

وهنا يكون النظر فى العقود الادارية للمحكمة الادارية العليا لان محكمة القضاء الادارى تختص بنظر المنازعة فى العقود الادارية التى تزيد عن ٥٠٠ جم وبطبيعة الحال لا يوجد عقد ادارى فى مصر حاليا تقل قيمته عن ٥٠٠ جم.

سابعاً: هل يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم:

الاجابة - كقاعدة عامة - بالنفى فلا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم.

^(١) راجع الدكتور وليد محمد عباس المرجع السابق الاشارة اليه فى المقدمة ص

٥١٩ والدكتور رجب محمد السيد احمد المرجع السابق الاشارة اليه فى المقدمة

وأیضا ص ٤٥٨.

واستثناء من ذلك يجوز للمحكمة ان تامر بوقف التنفيذ وذلك اذا توافرت الشروط الاتية:-

١. ان يطلب المدعى ذلك فى صحيفة دعوى البطلان.
 ٢. ان يكون الطعن قائما على اسباب جدية.
- وهنا يجب على المحكمة الفصل فى طلب وقف التنفيذ على وجه السرعة وقد حدد لها القانون ستون يوما من تاريخ اول جلسة محددة لنظره.
- فاذا انتهت المحكمة لوقف التنفيذ يجوز لها ان تامر بكفالة او ضمان مالى وان تفصل فى دعوى البطلان خلال ستة اشهر من تاريخ صدور هذا الامر.

ثامنا: حدود رقابة القضاء على حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان:

بالرجوع لقانون التحكيم لم نجد نصا يوضح حدود رقابة القضاء على حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان؟

ولهذا انتقل عبء الايضاح على كاهل الفقه^(١) والقضاء^(٢) اللذان استقرا على ان دعوى البطلان توجه الى حكم التحكيم كعمل قانونى فقط دون

(١)، (٢) راجع الدكتور وليد عباس المرجع السابق ص ٥٢٢ الاستاذ الدكتور رضا السيد عبد الحميد مسائل التحكيم ص ١٤٣ الاستاذ الدكتور على بركات الطعن فى احكام التحكيم ٢٠٠٣ ص ٢٠ وما بعدها الاستاذ الدكتور فتحى والى قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق ص ٦٢٢ ومن احكام القضاء راجع حكم محكمة النقض الفرنسية Cass IC, vil 23 Fevrier 1994.

وراجع ايضا حكم محكمة النقض المصرية فى الطعنين رقما ٦٥٢٩ ، ٦٥٣ لسنة ٦٢ ق وحكم محكمة استئناف القاهرة فى الدعوى رقم ٩١ لسنة ١٢١ ق تحكيم صادر بتاريخ ٢٨ فبراير ٢٠٠٦ وقارن الدكتور رجب محمد السيد مرجع السابق

التدخل لمراجعة الحكم ذاته فالقضاء يقتصر على التأكد من وجود احد الاسباب المشار اليها قانونا لدعوى البطلان.

فالمحكمة المختصة بدعوى البطلان رغم انها محكمة ثان درجة الا انها لا تنظر دعوى البطلان باعتبارها كذلك اى باعتبارها محكمة استئناف.

لان دعوى البطلان كما ذهبت محكمة استئناف القاهرة ليست طعنا بالاستئناف فلا تتسع لاعادة النظر فى موضوع النزاع وانه ليس لقاضى دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير مدى ملاءمته او مراقبة حسن تقدير المحكمة وصواب او خطأ اجتهادهم فى فهم الواقع وتكييف او تفسير القانون وتطبيقه او مدى سلامة وصحة اسبابه او تناقضها لان

ص ٤٦٦ الذى يرى ان سلطة محكمة البطلان تقتصر على التأكد من وجود احد اسباب البطلان المنصوص عليها قانونا يجب ان لا يؤخذ على اطلاقه لان ذلك من شأنه ان يجعل من المستحيل على قاضى البطلان التحقق من حالات البطلان التى تستند اليها دعوى البطلان ولذلك يكون من الملائم اتاحة الامكانية للقضاء المختص برقابة حكم التحكيم المطعون عليه بالبطلان دون ان يكون متجاوزا حدود سلطاته ان يفحص وبعمق كافة المسائل القانونية والواقعية المتعلقة بسبب او اسباب البطلان التى يستند اليها المدعى فى دعواه.

وانتهى سيادته الى انه لا خوف من منح القضاء هذه السلطة لان الهدف من تخويل القاضى امكانية فحص كافة المسائل الواقعية والقانونية المتعلقة بسبب البطلان المثار لا يكون بسبب نقض الحكم او تعديله ولكن فقط من اجل التحقق من مدى توافر سبب البطلان المستند اليه الدعوى فاذا وجد القاضى جديا سبب البطلان يقتصر دورة على الحكم ببطلان حكم التحكيم.

وقد اشار صاحب هذا الراى الى بعض الاحكام المؤيدة لرايه وعلى راسها حكم محكمة النقض الفرنسية فى الدعوى الشهيرة الخاصة بهضبة الاهرام المصرية والصادر فى ٢٣/٣/٢٠٠٦ . (Cass Ier Civ. 30 October 2006)

ذلك كله من اختصاص قاضى الاستئناف لا قاضى البطلان ولا نزاع فى ان دعوى البطلان ليست طعنا بالاستئناف^(١).
بالبناء على ما تقدم فاننا نؤيد اتجاه الفقه والقضاء فى هذا الصدد لانه يتفق والقواعد العامة فى الاجراءات المدنية والقواعد العامة التى يقوم عليها التحكيم.

تاسعا: مدى جواز الطعن بالنقض على الحكم الصادر بدعوى البطلان؟
اذا افترضنا ان احد اطراف التحكيم لم يرتض الحكم الصادر فى دعوى البطلان فهل يجوز له ان يطعن بالنقض؟
ليس هناك نص فى الموضوع ولهذا اختلف الفقه فى هذا المجال الى رأيين: الرأى الاول^(١) ذهب الى ان الحكم الصادر فى دعوى البطلان لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية او غير العادية وذلك استنادا لنص المادة ٥٢ من قانون التحكيم والتى تمنع الطعن فى حكم التحكيم باى طريق من طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية سواء كان من الطرق العادية كالاستئناف او من الطرق غير العادية كالتماس اعادة النظر او النقض او حتى اعتراض الخارج من الخصومة.
فهذه المادة حصنت حكم التحكيم ضد طرق الطعن المعروفة فى قانون المرافعات العادية وغير العادية.

(١) راجع حكم محكمة استئناف القاهرة فى الدعوى رقم ١١٦ لسنة ١٢١ ق تحكيم بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٥.

(١) راجع المستشار عثمان حسين فى بحثه عن قانون التحكيم الجديد منشور بمجلة المحاماة لسنة ٧٤ العدد يناير وابريل ١٩٩٥ ص ٢٢١ وما بعدها.

الرأى الثانى^(٢) وقد ارتأى قابلية الحكم الصادر فى دعوى البطلان للطعن بالنقض استنادا الى انه لا يجوز الاستناد الى نص المادة ٥٢ التى استند اليها الرأى السابق لان الحظر المفروض بمقتضى هذا النص يقتصر على احكام التحكيم فقط وليس على الحكم الصادر فى دعوى البطلان.

ومن جانبنا نؤيد الرأى الاول من منطلق عملى وهو: اذا اجزنا الطعن بالنقض فى الحكم الصادر بدعوى البطلان فان التحكيم سيفقد الاساس الذى يقوم عليه وهو السرعة لان الجد الادنى لكى يتم صدور الحكم بالنقض فى المسائل غير الجنائية لا يقل فى مصر عن خمس سنوات بما يفقد التحكيم مضمونه الحقيقى.

اننا اوضحنا ان المحكمة المختصة التى تنظر دعوى البطلان فى التحكيم فى العقود الادارية هى المحكمة الادارية العليا باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة اصلا بالنزاع وهى محكمة القضاء الادارى.

فاذا اجزنا الطعن بالنقض فما هى المحكمة المختصة بنظر الطعن فى حكم الدعوى بالبطلان؟!^(٣).

(٢) راجع الاستاذ الدكتور رضا السيد المرجع السابق ص ١٤٤ الدكتور عصمت الشيخ التحكيم فى العقود الادارية ذات الطابع الدولى سنة ٢٠٠٠ السالف الاشارة اليه فى مقدمة الطبعة الرابعة ص ٨٤ الدكتور رجب السيد المرجع السابق ص ٤٧٧.

(١) قارن دكتور رجب محمد السيد المرجع السابق ص ٤٧٨ وهو من انصار الرأى الثانى كما سبق اوضحنا ويقترح حلا لهذا الاشكال ان يجعل الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة القضاء بالقاهرة وهنا يكون دور هذه المحكمة مشابها

عاشرا: حجية احكام المحكمين وتنفيذها:

تحوز احكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الامر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الاحكام المنصوص عليها فى هذا القانون. ويختص رئيس محكمة استئناف القاهرة او اى محكمة استئناف اخرى ارتضاها الخصوم اذا كان التحكيم دوليا ورئيس محكمة القضاء الادارى اذا كان التحكيم داخليا او من يندبه من قضاتها باصدار الامر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم من المحكوم لصالحه الى المحكمة المختصة مرفقا به ما يلى:

- اصل الحكم او صورة موقعة منه.
 - صورة من اتفاق التحكيم.
 - ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة الى اللغة العربية لحكم التحكيم اذا لم يكن صادرا بها.
 - صورة من المحضر الدال على ايداع الحكم للمحكمة المختصة والسالف الاشارة اليها.
- ويجب على من يقدم طلب تنفيذ حكم المحكمة الانتظار مدة تسعون يوما حتى يتقدمه بطلبه وهى مدة رفع دعوى بطلان الحكم.
- ولا يجوز الامر بتنفيذ حكم التحكيم الا بعد التأكد من الامور الاتية:
- عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره من احد المحاكم المصرية فى موضوع النزاع.

لدور محكمة الاستئناف ويصبح حكمها قابلا للطعن امام المحكمة الادارية العليا ويكون دور هذه الاخيرة هو الدول الذى تقوم به محكمة النقض.

ولنا ان نتساؤل والى ان يتم التعديل - اذا تم جدلا - ما هو الوضع وما هى المحكمة المختصة؟؟ لا مجيب على ذلك وهذا يؤكد سلامة الراى الاول الذى ايدناه وتبيناه.

- انه لا يتضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.
- انه قد تم اعلانه للمحكوم عليه اعلانا صحيحا.
- ولا يجوز التظلم من الامر بتنفيذ حكم التحكيم اما الامر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه الى المحكمة المختصة اصلا بالنزاع حسبما اشرنا سلفا اذا كان التحكيم داخليا ومحكمة استئناف القاهرة او اى محكمة استئناف اخرى اختارها الخصوم اذا كان التحكيم دوليا وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ويرفع التظلم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى ويجب ان يكون التظلم مسببا والا كان باطلا.

الفصل الخامس

نهاية عقد المشاركة

الإدارة العامة هي المعنية برعاية شئون المجتمع وتقوم بتحقيق المصلحة العامة التي يجب أن تفضل على مصالح الأفراد الخاصة عند حدوث التعارض والإدارة وهى بصدد ممارسة أعمالها ونشاطاتها إنما تقوم بذلك على الأغلب عن طريق القرارات الإدارية وهذا الأسلوب قد لايسعفها فى إدارة وتسيير المرافق العامة التى تقوم على أساس المنفعة العامة والصالح العام مما حدا بها إلى إنتهاج أسلوب مغاير للأول وهو مايعرف بالعقود الإدارية .

والعقود الإدارية هى سبيل الإدارة فى تسيير المرافق العامة وتلبية الإحتياجات الجماعية وتمكنها من إنشاء وإستغلال وصيانة المرافق

العامة حتى تستطيع أن تؤدي خدماتها للمنتفعين بها بانتظام وإضطراد تحقيقا للمصالح العام .

والإدارة تتمتع وهي بصدد إبرام العقد الإداري بسلطات واسعة وبمقتضى هذه السلطات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها صار لها الحق في تعديل شروط العقد بعد إبرامه مع حق الرقابة والإشراف أثناء تنفيذه ولها أن توقع عليه وبإرادته المنفردة جزاءات تصل إلى حد فسخ العقد وتجاوزت كل ذلك إلى درجة سلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ودون أن يرتكب المتعاقد معها أى خطأ طالما كان الباعث على ذلك تحقيق المصلحة العامة .

ونهاية العقد الإداري بصفة عامة والشاركة بصفة خاصة متصور بطريقة طبيعية وأخرى غير طبيعية وهذا ما سوف نتناوله من خلال المبحثين التاليين .

المبحث الأول :- النهاية الطبيعية لعقد الشراكة .

المبحث الثانى :- النهاية المبسرة لعقد الشراكة .

النهاية الطبيعية لعقد الشراكة

تنتهى عقود المشاركة نهاية طبيعية بتنفيذ كل ما تضمنه العقد وقيام المتعاقد والإدارة بتنفيذ كل الالتزامات المترتبة على العقد تنفيذا كاملا.

ويلزم فى هذا المجال التمييز بين نوعين من العقود^(١):

- العقود الفورية.

- العقود الزمنية.

العقود الفورية: وهى العقود التى لا يلعب عنصر الزمن فيها دورا جوهريا ويتم تنفيذها فورا.

ويمكن ان يتراخى التنفيذ الى اجل او الى اجل متتابعة دون تأثير على فورية العقد فالعقد الفورى كما يرى البعض^(٢) - حقيقة مكانية لا زمانية ورغم ذلك سمي فوريا لان الظاهرة الجوهرية فيه ليست اثبات المكان له بل نفى الزمان عنه.

وتنتهى هذه العقود بمجرد تنفيذها من جانب الطرفين وبالتالي لا تثير مشكلة فى انتهائها.

العقود الزمنية: وهى العقود التى يلعب الزمن فيها دورا رئيسيا ويكون هو المقياس الذى يقدره موضوع العقد ومن الامثلة عليها عقد الايجار لانه يقع على المنفعة والزمن عنصر جوهري فيه لانه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها وايضا عقد العمل المحدد المدة.

ويلزم بالنسبة لهذه العقود الزمنية التفرقة بين الفرضين الاتيين:

الفرض الاول:

ان يتضمن العقد النص على مدة زمنية لسريانه كخمس سنوات مثلا كما يتضمن نصا يوضح كيفية تحديد العقد كما ينص على انه يجوز لجهة

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى الاستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى الجزء

الاول مصادر الالتزام ص ١٦٥ وما بعدها.

(٢) الاستاذ الدكتور عبد الحى حجازى عقد المدة رسالة دكتوراه ص ١٥٠.

الإدارة بعد انتهاء المدة التجديد لفترة أخرى إذا رأت ذلك ووافق الطرف الآخر.

ففي هذه الحالة ينتهي العقد بنهاية المدة المتفق عليها وهي الخمس سنوات إلا إذا رغب الطرفان في التجديد فهنا يجدد العقد لمدة أخرى بشرط أن يتم إعلان المجعين في ذلك خلال المدة المنصوص عليها في العقد أما إذا لم ترغب جهة الإدارة أو لم يوافق المتعاقد على التجديد فينتهي العقد بانتهاء فترته الأولى .

وتطبيقاً لذلك إنتهت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها إلى أنه إذا كان قد ثبت أن مجلس مدينة سوهاج قد طرح مزايده لتأجير كازينو مجلس المدينة ورست على الطاعن في ١٠/٦/١٩٧٣ والثابت أن شروط المزايده التي تم التعاقد على أساسها قد نصت في البند أولاً على أن مدة الإيجار ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ التعاقد ويجوز للمجلس تجديد العقد بعد إنتهاء مدته لفترة أخرى إذا رأى ذلك وبموافقة المستغل أما إذا رأى أحد الطرفين عدم رغبته في التجديد فيجب أن يخطر الطرف الآخر وذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول وذلك قبل إنتهاء مدة الإيجار بثلاثة أشهر على الأقل وينص البند سادساً على أنه لا يجوز للمستغل أن ينهي العقد من جانبه وحده أثناء مدة سريانه .

ومن حيث أن المستفاد من صريح عبارة تلك النصوص أنه ولئن كان تجديد العقد لمدة مماثلة جوازيًا للجهة الإدارية المتعاقدة في خصوصية تقدير الإلتجاء إليه إلا أنه لا مجال لقيام تجديد العقد إلا بموافقة الطرفين .

وطبقاً لنصوص العقد فقد يتم التجديد بعبارات صريحة بموافقة الجهة الإدارية وموافقة المتعاقد كما قد يتم بإرادة ضمنية تستفاد من السكوت

عن الإخطار بعدم الرغبة في التجديد قبل نهاية مدة العقد بثلاثة أشهر على الأقل وليس من ريب في أن تحديد أداة الإخطار بأن تكون ب خطاب مسجل بعلم الوصول ليس غاية في ذاته أو شكلية لازمة لقيام الإرادة بل إنه يمكن أن يتحقق الإخطار بأية وسيلة قاطعه في الدلالة في التعبير عن إرادة أحد الطرفين في عدم رغبته في التجديد بشرط أن يتحقق لهذه الإرادة الوجود القانوني بأن تتصل بعلم الطرف الآخر قبل إنتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر على الأقل .

ومؤدى ذلك أيضا أن الإفصاح عن تلك الرغبة في تاريخ أسبق يكون أمضى وأبلغ في مجال تنفيذ العقد والالتزام بأحكامه لذلك ولما كان الثابت الذى لا يجادل فيه الطاعن أن مدة العقد ثلاث سنوات تنتهى في ٩ يوليو ١٩٧٦ وأنه خلال مدة سريان العقد وقبل إنقضائها تقدم بعدة طلبات إلى الجهة الإدارية المتعاقدة آخرها في ١٧ من مايو سنة ١٩٧٥ يطالب فيها بتخفيض الأجرة أو زيادة أسعار المبيعات أو تقصير مدة العقد الأصلية إلى سنة ونصف أو سنتين ولما كان مفاد طلب إنهاء العقد بصورته القائمة قبل مدته يستغرق معنى الرغبة في عدم التجديد ويجاوزها وأنه قد إتصلت تلك الرغبة بعلم الجهة الإدارية المتعاقدة فليس عيبا إن هى إتفقت عن الإخطار بعدم رغبتها في تجديد العقد لعدم جدواه بعد أن بادر الطاعن إلى ذلك ولا مجال للقول والحاله هذه بإنصراف إرادة الجهة الإدارية عن التجديد الضمنى بعد أن تحقق ما يحول دون ذلك .

ومن حيث إنه لما تقدم تكون الجهة الإدارية المتعاقدة وقد قامت بإعلان عن مزايدة لإستغلال الكازينو بعد إنتهاء مدة العقد المبرم مع الطاعن

لعدم قيام التجديد تكون قد إلتزمت بأحكام العقد وتطبيقها على نحو سليم^١.

الفرض الثانى :-

أن لا يتضمن العقد النص على فترة زمنية فما هى المدة التى يظل العقد ساريا خلالها :-

إذا خلا العقد من النص على فترة زمنية لسريانه فإن مدته تقدر وفقا لنصوص القانون المدنى وإذا لم يوجد نص فإن إنتهاء العقد يدخل فى مجال السلطة التقديرية للإدارة .

وتطبيقا لذلك فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن العقد الذى أبرم بين المدعى والمصلحة سنة ١٩٥١ قد عقد دون إتفاق على مدة ولما كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ الذى أبرم العقد فى ظله لم يتضمن أية نصوص خاصة بتجديد مدة العقد فإنه يتعين والحالة هذه الرجوع فى هذا الشأن إلى الأحكام العامة الواردة فى القانون المدنى .

ومن حيث إنه طبقا لما تقضى به المادة ٥٦٣ مدنى من أنه " إذا عقد الإيجار دون إتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة أعتبر الإيجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة " فإن العقد الذى أبرم بين المدعى والمصلحة يعتبر منعقدا لمدة سنة وهى الفترة المعينة لدفع الأجرة .

ومن حيث أن القانون ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ قد خلا من أى نص بتجديد مثل هذا العقد ويتعين كذلك الرجوع فى مثل هذا الشأن إلى ما أورده القانون المدنى من أحكام .

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٧٣/٦/١٠ فى الدعوى رقم ١١٦٧ لسنة

ومن حيث إنه طبقا لما تقضى به المادة ٥٩٩ من القانون المدنى من أنه " إذا إنتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر دون إعتراض منه أعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة وتسرى على الإيجار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة ٥٦٣ مدنى ويعتبر هذا التجديد الضمنى إيجارا جديدا لا مجرد إمتداد للإيجار الأصلى "

فإن بقاء الشركة المنتفحة بالعين المؤجرة بعلم المصلحة ودون إعتراض منها بعد إنتهاء مدة العقد يعتبر تجديدا ضمنيا للعقد بشروطه الأولى لمدة سنة .

ومن حيث إنه ولئن كان هذا هو الأصل العام فى شأن تجديد الإيجار إلا أنه ليس من المحتم إذا إنتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر بعد ذلك فى العين المؤجرة أن يعد بقاء المستأجر هذا تجديدا ضمنيا لعقد الإيجار فقد توجد ظروف يتعارض وجودها مع إفتراض هذا التجديد^١ .

وبالرجوع إلى المادة ٢ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة نجدها قد نصت على أنه " للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع الإلتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكى يصبح

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٦ فبراير ١٩٧١ منشور بمجموعة الاحكام ،

السنة السابعة عشرة ص ٢٦٣ .

المشروع صالحا للاستخدام فى الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام وإضطراد طوال فترة التعاقد .

ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ إكمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه .

ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة المنصوص عليها فى المادة ١٤ من هذا القانون الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا إقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية ."

كما نصت المادة ٣ من ذات القانون على أنه "

ومع مراعاة حكم المادة ٢ من هذا القانون يجوز أن يتضمن عقد المشاركة تنظيما لتجديد مدته "

المبحث الثانى

النهاية المبسرة لعقد الشراكة

ليس بالضرورة أن يستمر عقد المشاركة حتى يتم تنفيذه أو تنتهى المدة المتفق عليها إنما قد توجد ظروف يمكن أن تؤدى إلى أن ينتهى العقد قبل نهاية المدة أو قبل تمام تنفيذه وهذه الظروف تظهر فى :-

١- إتفاق الطرفين .

٢- إنتهاء العقد بقوة القانون .

٣- إنتهاء العقد بحكم قضائى .

٤- إنتهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة .

١- إنتهاء العقد بإتفاق الطرفين :-

قد يتفق المتعاقد والإدارة على أن ينتهى العقد قبل المدة المتفق عليها أو قبل أن يتم التنفيذ وهنا ينتهى العقد إستنادا إلى تراضى الطرفين تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى القانون المدنى ولكن يجب هنا أن يكون الإتفاق صريحا من جانب الطرفين ويستوى أن يترتب على ذلك تعويض لأى من الطرفين أم لا يترتب تعويضه .

٢- إنتهاء العقد بقوة القانون :-

قد ينتهى العقد بقوة القانون وذلك فى حالات محددة منها على سبيل المثال :-

- أن يصدر تشريع بإنهاء بعض العقود .

- هلاك الشئ محل العقد .

- إفلاس الشخص أو إعساره .

- ارتكاب الشخص لجريمة معينة .

وقد نص قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على حالات إنتهاء العقد بقوة القانون وذلك بقوله " يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الأتيتين :-

- إذا ثبت أن المتعاقد إستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة المتعاقدة أو فى حصوله على العقد .

- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

وفى تحديد الغش الذى يستوجب إنهاء العقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه يتعين لو صم المتعاقد مع الإدارة بالغش فى تنفيذ إلتزاماته وبتوقيع الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٧ من الإشتراطات العامة للعقد المقابلة للمادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات أن يثبت سوء

نيتة أى علمه بما يشوب الأصناف التى يوردها من غش أو تلاعب وأنه وإن كان هذا العلم مفترضا فى المتعاقد مع الإدارة إلا أنه متى كانت ظروف الحال تنفى هذا العلم عن المتعاقد فإنه لايسوغ وصمه بالغش وظروف الحال التى قد تنفى هذا كما قد يستفاد مما يصدر من أحكام جنائية فى شأن ما نسب إلى المتعاقد من غش فإنها تستفاد أيضا مما قد يرد فى الأوراق متعلقا بمدى حسن نية المتعاقد فى تنفيذ إلتزاماته التى يتضمنها التعاقد بصفة عامة وحجم التعاقد فى ذاته وتعدد الإلتزامات الواردة به^١.

٣- الإنتهاء بحكم قضائى :-

يتم الإنتهاء فى هذه الحالة بحكم من القضاء بناء على طلب أحد الطرفين وفى حالات محددة وهى :-

١- القوة القاهرة :-

القوة القاهرة وفقا للمستقر عليه فى القانون المدنى هى الحادث الذى يستحيل دفعه ولا يد لأحد أطراف العقد به ويتميز بعدم إمكان التوقع وإستحالة الدفع ويجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا ويترتب على القوة القاهرة تحلل المتعاقد من إلتزاماته مع الإدارة وإعفاؤه من المسئولية عن عدم التنفيذ .

٢- الإخلال بأحد الإلتزامات التعاقدية :-

للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب إنهاء العقد بسبب إخلال الإدارة بأحد إلتزاماتها التعاقدية كما يجوز للإدارة أن تلجأ إلى القضاء طالبة إنهاء العقد وإن كان ذلك من الناحية العملية غير متصور لأن الإدارة تملك

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٦ مايو ١٩٧٠ منشور بمجموعة

الأحكام السنة الخامسة عشرة ص ٣٢٤ .

الإنهاء بإرادتها المنفردة ولكن إن هي تنازلت عن هذا الحق ولجأت إلى القضاء فلا تثريب عليها ويجب على القضاء إجابتها لطلبها طالما وجد الإخلال بالإلتزامات التعاقدية .

٣- تجاوز الإدارة لسلطاتها :-

إذا تجاوزت الإدارة أو تعسفت في استخدام السلطات الممنوحة لها تجاه المتعاقد كان من حق هذا المتعاقد اللجوء إلى القضاء طالبا منه إنهاء العقد نظرا لما حدث من تجاوز أو تعسف من جانب جهة الإدارة .

٤- إنتهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة :-

تتخذ هذه الحالة إحدى صورتين :-

الاولى :- الإنهاء بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة تحقيقا للمصلحة العامة دون ثبوت ارتكاب المتعاقد الآخر لأى خطأ من جانبه .

الثانية :- الإنهاء بالإرادة المنفردة كجزاء موقع على المتعاقد مع الإدارة بالمقابل لما صدر عنه من خطأ جسيم بشأن تنفيذ الإلتزاماته التعاقدية .

وفيما يلي نتناول هاتين الصورتين بالتفصيل الآتى :-

اولا :- سلطة الإدارة فى الإنهاء الإفرادى دون خطأ من المتعاقد :-

من حق الإدارة أن تتخذ إجراء الإنهاء الإرادى لعقودها الإدارية فى أى وقت تشاء دون خطأ من المتعاقد متى كانت دواعى المصلحة العامة تقتضى إنهاء هذا العقد وهذا الحق قد يتم النص عليه فى القوانين أو اللوائح أو دفاتر الشروط العامة وفى هذه الحالة يستند الإنهاء إلى النص الوارد فى العقد أو فى القانون ومع ذلك فإن عدم النص عليه فى العقد لا ينفى حق الإدارة فى إستعماله إعمالا لسلطاتها فى تنظيم المرافق العامة وتسييرها لذا فإنها تملك إنهاء العقد دون اللجوء للقضاء .

وفى هذا المعنى أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الحق بقولها أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ولا يكون للطرف الآخر حينئذ سوى الحق فى التعويض إن كان له مقتضى^١.

وهذا أيضاً ما أكدته محكمة القضاء الإدارى فى سلطنة عمان بقولها أن للجهة الإدارية الحق فى إنهاء عقودها الإدارية قبل إنتهاء مدتها ولو لم يرتكب المتعاقد معها خطأ إذا قدرت أن هذا الإنهاء تقتضيه المصلحة العامة ولا يكون للطرف الآخر إلا طلب التعويض^٢

وفى فتوى لإدارة الفتوى والتشريع بالكويت قالت " لما كان من المقرر فقها وقضاء أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق فى التعويضات إن كان لها مبرر^٣ "

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢ مجموعة السنة ١٣ رقم ٨٣ ص ٦٢٥ .

(2) حكم محكمة القضاء الإدارى فى عمان الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٤ فى الاستئناف رقم ٦٦ لسنة ٤ ق.س - مجموعة المبادئ القانونية الصادرة من المحكمة فى العامين القضائيين الخامس والسادس ١٤٢٥ هـ - ١٤٢٦ هـ (٢٠٠٥-٢٠٠٦)

(3) (فتوى رقم (١٩٨٣/٨/١٩ فى ٥٤١١٠/٨٣/٣١٨/٢) صادرة من إدارة الفتوى والتشريع بالكويت - مجموعة مبادئ إدارة الفتوى والتشريع - المجموعه العاشرة - ١٩٩٥ .

ويرى الأستاذ بنوا أن سلطة إنهاء العقد تختلف عن سلطة تعديل العقد وأن لكل منهما نطاقه المستقل فالتعديل معناه أن يفرض على المتعاقد تقديم أشياء أو أداء أعمال لم يتم النص عليها في العقد بينما يشمل الإنهاء كل حذف جزئي أو كلي لإلتزامات المتعاقد دون أن يطلب منه تقديم بديل عنها^١.

ورأينا الخاص أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ودون خطأ من المتعاقد هي سلطة مستقلة قررها القضاء للإدارة وهي ليست من صور سلطة التعديل الإنفرادي لأن الإنهاء هنا يأتي نتيجة ظروف ومبررات قدرتها الإدارة ورأت أن من المصلحة العامة ومقتضيات حسن سير المرفق أن تنهى العقد دون النظر إلى محتوياته وتأكيدا لذلك نجد أن القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة قد نص في المادة ٣٧ على أنه " مع عدم الإخلال بحكم المادتين ٧ ، ٨ من هذا القانون لا يجوز تعديل أى من بنود عقد المشاركة وغيره من الإتفاقات الملحقه به إلا بموافقة أطرافه وإذا كانت إلتزامات الجهة الإدارية المتعاقدة مرتبطة بإلتزامات مالية تقع على عاتق إحدى الجهات الإدارية الأخرى فلا يكون هذا التعديل نافذا دون موافقة كتابية مسبقة من هذه الجهة "

وفي هذا النص مايؤكد على إستقلال سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من جانب جهة الإدارة دون خطأ من المتعاقد بشرط أن يكون الداعي

(1) بنوا - القانون الإداري الفرنسي - سنة ١٩٦٨ ص ٦٦١ .

إلى ذلك هو تحقيق المصلحة العامة وبين سلطة الإدارة في تعديل العقد الذى لا يتم فى عقود المشاركة إلا بموافقة أطرافه .
شروط ممارسة جهة الإدارة لسلطة الإنهاء بإرادتها منفردة لدواعى المصلحة العامة :-

١- أن يكون الإنهاء تحقيقا للمصلحة العامة :-

يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى لجهة الإدارة أن تقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة وقد أكد القضاء الإدارى الفرنسى على هذا الشرط حين قرر وجوب إستناد الإنهاء إلى باعث من بواعث المصلحة العامة وإلا كان تعسفا وليس له ما يبرره^١ .

وعلى هذا أيضا أكد القضاء الإدارى المصرى الذى قرر أن للإدارة الحق فى إنهاء العقد فى أى وقت طالما ان المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك وأن للإدارة ذلك الحق إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعى ذلك^٢ .

ويرى الفقيه دى لوبادير أن الإدارة لا تستطيع إنهاء العقد إلا إذا كان إستمراره غير متلائم مع مقتضيات الصالح العام ومع إحتياجات المرافق العامة^٣ .

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٥٢/١/٢٣ فى قضية

Chambouvel ص ٥٠ .

(2) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٢/١٢/٢ - مجموعة السنة ٧ رقم ٦١ -

ص ٧٦ - حكمها فى ١٩٥٧/٦/٣٠ - مجموعة السنة ١١ رقم ٣٧٧ ص ٦٠٧ .

(3) دى لوبادير - العقود - الجزء الثالث - ص ١٦٠ .

كما يرى الدكتور / ثروت بدوى أن الفسخ لا يجوز إلا إذا إستهدف صالح المرفق العام وليس لتحقيق مصالح مالية للإدارة أو لحرمان المتعاقد من أرباحه المشروعة^١.

٢- أن يصدر قرار الإنهاء من السلطة المختصة بإصداره وأن يكون خاليا من العيوب الموضوعية :-

يجب أن يصدر قرار الإنهاء من السلطة التى تختص قانونا بإبرام العقد وذلك لأن الإختصاص بإبرام العقود الإدارية لا يكون إلا لأشخاص معينين يحددهم المشرع وبالتالي فإن الإنهاء لا يكون إلا منهم وإلا كان القرار غير مشروع كما أن القرار يكون غير مبرر إذا كان مشوبا بأحد العيوب الموضوعية التى تبطل القرارات الصادرة بناء على سلطة تقديرية كالغلط أو الإنحراف فى إستعمال السلطة أو التعسف^٢.

وبتطبيق ذلك على عقود المشاركة نجد أن المادة ١٧ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ قد نصت على أنه " يكون إعتداد تطبيق نظام المشاركة على مشروعات الجهة الإدارية بقرار من اللجنة العليا لشئون المشاركة بناء على طلب الجهة الإدارية وبعد عرض توصية الوحدة المركزية للمشاركة فى شأن المشروع وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون ما يتطلبه ذلك من إجراءات .

(١) (دكتور / ثروت بدوى - النظرية العامة فى العقود الإدارية ١٩٩١ ص ١٣٤ ، القانون الإدارى ١٩٧١ ص ١٢١ .

(2) (سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإدارى بالإرادة المنفردة ، خالد بن حمد بن راشد

المطاعنى ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٨ .

وعلى الجهات التى ترغب فى الحصول على إعتدال تطبق نظام المشاركة على أى من مشروعاتها أن توفر للوحدة المركزية للمشاركة جميع المعلومات اللازمة لإعداد تقريرها بالتوصيات " ومن هنا يتضح أنه لكى يتم إنهاء عقد المشاركة يجب أن يتم هذا الإنهاء من السلطة المختصة قانوناً به وهى اللجنة العليا لشئون المشاركة .

٣- ألا يكون قرار الإنهاء ذو أثر رجعى :-

إنهاء الإدارة لعقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ودون خطأ من المتعاقد يسرى كقاعدة عامة من تاريخ صدور قرار الإنهاء دون أن يمتد ذلك إلى تاريخ سابق على تاريخ صدور هذا القرار إعمالاً للمبدأ العام فى سريان القرارات والقوانين وحتى لا يتعارض السريان بأثر رجعى مع مبدأ ضرورة احترام الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة .

هذا كله فضلاً عن أن العقود فى نطاق نفاذها وقبل صدور القرار بالإنهاء قد رتبت فى هذه المرحلة حقوقاً مشروعة لا يجوز المساس بها. ثانياً :- الإنهاء بالإرادة المنفردة كجزاء موقع على المتعاقد مع الإدارة بالمقابل لما صدر عنه من خطأ جسيم بشأن تنفيذ التزاماته التعاقدية :-

الإنهاء الجزائى هو ذلك الإجراء الذى توقعه الإدارة من جانبها على المتعاقد وتضع به نهاية للعقد كجزاء تفرضه عليه بسبب إخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية .

ونظراً لشدة الإنهاء الجزائى فإن الإدارة لا تلجأ إليه إلا فى نهاية المطاف وإذا قررت أن الإنهاء يحقق المصلحة العامة .

وبمقتضى هذا الإجراء تنهى الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها لكونه لم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدى .

ويعد هذا الجزاء هو قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها بعد أن تستنفذ كافة الوسائل لإرغامه والضغط عليه حتى يبادر في تنفيذ التزاماته مما يفقدها الثقة به وتنعدم المصادقية معه الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى فسخ العقد .

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان بأن للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها قبل إنتهاء مدتها ولو لم يرتكب المتعاقد معها خطأ وهذه السلطة تختلف عن سلطتها في فسخ العقد لإخلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية وهذا الفسخ ما هو إلا جزاء توقعه جهة الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد .

وحسن النية في التعامل الذي يجب أن يسود في تنفيذ العقود الإدارية يقتضى قبل قيام جهة الإدارة بفسخ العقد التحقق من إخلال المتعاقد معها بالتزاماته وأن يكون هذا الإخلال جسيما فإذا ما تبين أن الإخلال في تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه لا يرجع إلى المتعاقد كان فسخ العقد من جانب جهة الإدارة باطلا "

وقد نصت المادة ٢٤ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين :-

- إذا ثبت أن المتعاقد قد إستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقده أو في حصوله على العقد .

- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب إسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند الأول من سجل الموردين أو المقاولين وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية "

كما نصت المادة ٢٥ من ذات القانون على أنه " يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأى شرط من شروطه "

كما نصت المادة التاسعة من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم المشاركة على أنه " للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك إدارة المشروع وتشغيله أو إستغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالا جوهراي بالتزاماتها فى تشغيل المشروع أو فى تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونا أو فى عقد المشاركة ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها فى عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال "

شروط ممارسة الإنهاء الجزائى :-

١- مخالفة المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية :-

تمثل كل مخالفة من جانب المتعاقد خطأ تعاقديا من ناحية كما تمثل من ناحية أخرى خطأ مرتكبا ضد المرفق العام .

إلا أنه ليس كل خطأ صادر من المتعاقد يستوجب الجزاء الإنهائى بل لابد أن يكون الخطأ على درجة معينة من الجسامة .

ويعرف الخطأ الجسيم بأنه " كل إخلال صادر من المتعاقد بإلتزام قانونى أو تعاقدى جوهري "

والسبب فى ذلك أن الإنهاء الجزائى من أشد أنواع الجزاءات التى توقعها الجهة الإدارية جسامة وبالتالي لابد وأن يكون الخطأ التعاقدى قد

أصاب العقد بآثار جسيمة وكبيرة تستوجب الإنهاء والإدارة هي صاحبة الاختصاص في تقدير ذلك تحت رقابة القضاء^١.
والعقد الإداري عندما ينص على أخطاء معينة تستوجب قيام الإدارة حال إرتكابها من قبل المتعاقد بإنهاء العقد فإن ذلك لا يعنى أن الأخطاء الجسيمة الأخرى والتي يرتكبها المتعاقد لا يكون عقابها الإنهاء لأن العبرة بجسامة الخطأ حتى ولو لم يتم النص عليه في العقد.

٢- عدم تنازل الإدارة عن سلطة الإنهاء للقضاء :-

وهذا الشرط يعنى أن تقوم الإدارة بتوقيع الإنهاء الجزائي بإرادتها المنفردة ودون اللجوء للقضاء وبالتالي فحتى يتحقق الإنهاء الجزائي بإرادة الإدارة المنفردة فلا بد أن لا تتنازل عن هذا الحق وتلجأ للقضاء وإلا سوف يكون هذا الإنهاء الجزائي إنهاء قضائيا لذا فيجب عليها أن تبشره بنفسها.

وبالتالي وعلى الرغم من القوة الملزمة للإنهاء الجزائي فإن الإدارة لا تكون في حاجة إلى اللجوء للقضاء من أجل توقيعه وإن خضعت في ذلك لرقابته من حيث عدم تعسفها أو إنحرافها في إستخدامه.

٣- إعدار الإدارة للمتعاقد بالإنهاء الجزائي :-

نظرا لاهمية النتائج المترتبة على توقيع جهة الإدارة لجزاء الإنهاء على المتعاقد معها فإنه يجب أن يسبق توقيع هذا الجزاء منح المتعاقد مهلة تسمح له بالقيام بتنفيذ التزاماته والوفاء بواجباته وإلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإعذار معيبا من الناحية الإجرائية ولا يعفيها من ضرورة الإعذار إلا إذا وجد نص في العقد أو اللوائح على إعفاء

(١) د/ إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - مكتبة الفلاح - الكويت - الطبعة

الإدارة من الإعذار قبل الإنهاء الجزائي وبالتالي فإنه لا بد من الإعذار قبل توقيع الإنهاء الجزائي على المتعاقد مع الإدارة حتى ولو لم يذكر ذلك في العقد أو في اللوائح .

وعلى هذا فإن الإنهاء الجزائي للعقد الإداري الذي لم يسبقه إعذار يقع مخالفا للقانون كما يعفى المتعاقد من النتائج المالية المترتبة على الإنهاء.

٤- تسبب قرار الإنهاء الجزائي :-

لم تكن جهة الإدارة في فرنسا ملزمة قبل صدور قانون ١١ يولييه ١٩٧٩ بتسبب قرارات الجزاء الصادرة ضد متعاقديها ومن بينها قرارها بالإنهاء الجزائي للعقود الإدارية وإذا كانت مختلف كراسات الشروط في فرنسا قد نصت بطريقة مفصلة على الأسباب التي تسمح للشخص الإداري العام أن يوقع جزاء الفسخ على المتعاقد فإن أيا من نصوص هذه الكراسات لم يكن يلزم الإدارة مع ذلك بأن تسبب قرارها بفسخ العقد حتى تاريخ صدور هذا القانون^١ .

وأما بعد صدور القانون سالف الذكر فقد أجمع الفقه الفرنسي على أن يطبق هذا القانون على قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات على متعاقديها أيا كانت هذه الجزاءات وأنه يقع على عاتق الإدارة إلزام بتسبب قراراتها بفسخ عقودها كما نص على ذلك قرار لرئيس الوزراء في ٣١ أغسطس ١٩٧٩ والذي نص على أن الجزاءات التي توقعها الإدارة

Ph.Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes (^١)
publiques en droit administrative , Economica paris , 1989 ,
p.109.

على متعاقديها هي من بين القرارات الواجبة التسبيب^١ والمنشور الصادر في ١٠ يناير ١٩٨٠ والذي ذكر عددا من القرارات المتعلقة بالجزاءات الواجبة التسبيب ومن بينها فسخ العقود .

النتائج والتوصيات

تعرضت هذه الدراسة لنوع من أهم أنواع عقود الإدارة الحديثة في مجال القانون الإداري الإقتصادي نتيجة خضوع النشاط الإقتصادي في الوقت الحالي إلى تطورات دائمة ومستمرة نتجت من جراء التطورات المتلاحقة على المستوى الدولي والوطني سواء فالإقتصاد في أى دولة لم يعد بمعزل عن التأثيرات التي تحدث في إقتصاديات الدول الأخرى أو الإقتصاد العالمي بشكل عام ، وهو الأمر الذي أدى إلى سرعة تبادل الأفكار والنظريات المحركة للتنمية الإقتصادية والإجتماعية .

أوضحت هذه الدراسة أهم ملامح هذا النموذج العقدي في ضوء آليات النشاط الإقتصادي الذي يقوم على الخصخصة التي تقيد يد الدولة عن مباشرة الكثير من أوجه هذا النشاط مفسحة المجال للمبادرة الفردية والقطاع الخاص في تمويل وإدارة المشروعات والتجهيزات العامة في مجال البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة .

وبينت تلك الدراسة هذا الأسلوب التعاقدى (شراكة القطاع الحكومى والخاص) والذي بمقتضاه يتولى المتعاقد وعلى نفقته تمويل إنشاءات

D.chabawol, la pratique du contentieux administrative (^١)

librairie de la cassation, 1988 , pp.197 ets .

ومشروعات فى مجال البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإدارتها وتشغيلها وإستغلالها مقابل مبالغ مالية دورية تلتزم الإدارة المتعاقدة بها تجاه المتعاقد طوال فترة العقد .

وبينا فة هذه الدراسة نشأة هذا النموذج العقدى فى إنجلترا وأوضحنا أنه إنتشر فى العديد من دول أوربا وأمريكا وبدأت بعض الدول النامية وخاصة فى أفريقيا كمصر فى الإستفادة من مزايا هذا الإسلوب .

وحددنا فى هذه الدراسة الأهداف والغايات التى يهدف إليها هذا النموذج التعاقدى وطبيعته القانونية والتى خلصنا إلى أنه يعد عقدا إداريا ذو طبيعه خاصة يختلف فى أحكامه وإجراءاته وطريقة إنقضائه عن العقود الإدارية الأخرى .

كما أوضحت هذه الدراسة بالتفصيل الإجراءات اللازمة لإبرام هذا النموذج العقدى وبيننا إجراءات الطرح وإختيار المتعاقد مع جهة الإدارة ثم تناولنا تفصيليا الأحكام الموضوعية الخاصة بهذا النموذج التعاقدى وأوضحنا فيها العلاقة بين المتعاقد وجهة الإدارة والعلاقة بين المتعاقد والمنتفعين والعلاقة بين المنتفعين وجهة الإدارة .

كما أشرنا فى هذه الدراسة إلى الوسيلة الأمثل لحل المنازعات التى تنشور بشأن عقد الشراكة وخلصنا إلى أن نموذج التحكيم يعد من أنسب الوسائل التى تقوم بحل المنازعات المترتبة على هذا العقد لسرعة التحكيم ولأنه وسيلة حديثة فى حل المنازعات التعاقدية بصفة خاصة ، فضلا عن تميزه عن الأنواع الأخرى لحل المنازعات كالتوفيق والوساطة ، هذا إلى جانب إلى أن التحكيم أصبح الآن ضرورة ملحة

كوسيلة لحل المنازعات فلا يتطلب نفقات باهظة أو طول في إجراءات التقاضى ، فضلا عن أن جهة الإدارة فى العصر الحالى دائما ما تلجأ إلى التحكيم فى حل منازعاتها العقدية .

وخلصنا فى نهاية هذه الدراسة إلى كيفية إنقضاء عقد الشراكة سواء كانت نهاية طبيعية له أو نهاية مبتسرة .

ولا يفوتنا فى هذا المقام التنبيه على أن إدخال فرنسا لعقود الشراكة فى قانونها كان له طابع خاص متميز أوضحتة تلك الدراسة من جانبين الجانب الاول يتمثل فى النظام التعاقدى الجديد الذى أصبح ضرورة ملحة لتخفيف العبء عن الموازنة العامة والإستفادة من التمويل الخاص لمشروعات ضرورية لا يمكن الإستغناء عنها وتشغيلها وإستغلالها فنيا وإداريا ومالبا طبقا لأساليب تتناسب مع طبيعة النشاط يقودها القطاع الخاص . الأمر الذى يؤدى فى نظرنا إلى إستبعاد أساليب ووسائل الإدارة العامة ، التى أفرزت العديد من المشكلات العملية فى النواحي الإدارية والفنية والمالية أضرت بالسلب الرامج الإقتصادية والإجتماعية فى مختلف المجالات الحيوية .

ويتمثل الجانب الثانى فى أننا قد لاحظنا أن إدخال هذا النظام التعاقدى فى القانون الفرنسى قد إقتبسه من القانون الإنجليزى بطريقة كانت محسوبة بدقة لإختلاف البيئة فى النظامين ولهذا فقد رأينا أن المشرع الفرنسى عندما أراد إدخال عقود الشراكة فى القانون الفرنسى لم يهمل الجوهر الإنجليزى لهذه العقود وخاصة فيما يتعلق بالإجراءات السابقة على التوقيع على العقد التى أدت إلى نجاحه .

وأُسبغ على العقد وصف العقد الإدارى وأخضعه للقانونا لفرنسى فى إبرامه وتنفيذه والمنازعات الناشئة عنه وبخاصة فى مجال التحكيم .

وهذا ما دفع المشرع المصرى إلى إصدار القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ للاستفادة القصوى من هذا العقد فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق ، وذلك لأن الوصول إلى الاستفادة القصوى من هذه العقود يرتبط حتما بإيجاد مناخ قانونى يتناسب معها بإعتبارها آلية للتمويل فى مجال البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة نظرا لإحتياج الإدارة المصرية إلى الإستثمار الخاص والذى قد يكون أجنبيا فى هذا المجال .

ولهذا فنحن نهيب بالمشرع المصرى إلى معالجة أفضل للعديد من المسائل الجوهرية لعقد الشراكة وذلك لتفادى السلبيات التى ذكرناها فى هذه الدراسة .

كما أننا نطالب بإمكان إخضاع المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة للتحكيم بإعتباره أحد أهم الوسائل الحديثة لحل منازعات جهة الإدارة التعاقدية .

كما أننا نهيب بالمشرع ضرورة النظر بعين الإعتبار لهذا القانون الهام وتعديله فى أول مناسبة من أجل وضع القواعد الكفيلة التى تكفل تطبيقه تطبيقا جيدا والاستفادة منه على النحو الأمثل فى ضوء ما سبق أن أشرنا إليه بشأن طبيعته الإدارية لذلك العقد فى القانون المصرى .

ونهبى بالمشرع أيضا أن ينظم فى أول تعديل للقانون المذكور أثر تنفيذ عقد الشراكة على الدومين العام والتى تنشأ فى أغلب الأحوال حقوقا

عينية عليه لصالح المتعاقد والمؤسسات المالية على الاموال والأصول الخاصة بالمشروع والمنشآت التي يتم إقامتها أو تطويرها^١.

ونوصى المشرع أيضا بأن ينظم بشكل أكثر تفصيلا الإجراءات التمهيدية لإبرام عقد الشراكة ومراحلها حيث لاحظنا عدم وضع المشرع لأحكام تفصيلية للدراسات التمهيدية التي تسبق العقد أو التقييم الأولى له كما فعل المشرع الفرنسي .

كذلك نهيب بالمشرع إلى أن يأخذ في إعتباره آلية التفاوض التنافسي التي قد جعلها إختيارية وأن يجعلها إلزامية لإبرام عقد الشراكة كما فعل المشرع الفرنسي .

ونناشد المشرع المصري بضرورة وأهمية إعادة تنظيم معيار إقتسام المخاطر طبقا لأسس ومعايير ومجال تطبيق واضح مثلما فعل المشرع الفرنسي .

وأخيرا فإننا نطالب وبشدة بضرورة الإبقاء على قواعد القانون الإداري حاکمة للعقود المتعلقة بالمرافق الإقتصادية حتى تضمن الدولة تحقيق سياسة التنمية الإقتصادية والإجتماعية بشكل آمن مستعينة بالتمويل الخاص على ذات النهج الذي إتبعه المشرع الفرنسي قبلنا وأثبت نجاحات كثيرة كان آخرها في مجال عقود الشراكة ، ولم يثبت ان قواعد ذلك القانون الإداري لا تتناسب مع طبيعة هذه العقود .

(^١) في نفس المعنى راجع ، د / محمد عبد اللطيف - الإتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الإقتصادية ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٤٤ وما بعدها.

