



Research Article

# عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة

سيف باجس الفواعير

مكتب المحامي سلطان العبد الله وشركائه، الطابق 20، أبراج الفردان، شارع الفندق، الدوحة، قطر

saif\_fwaeer@hotmail.com

## ملخص

تتناول هذه الدراسة الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وقد استهدفت تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى رأسها فرنسا، فالأصل أن تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، كونها من العقود الإدارية أم من العقود المدنية، يلعب دوراً بارزاً في تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وذلك على خلاف ما هو قائم في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا؛ حيث لا يُشكّل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مسألة ذات أهمية لدى هذه الدول؛ إذ لا تقيم أفكار هذا النظام أية تفرقة بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين ونظيرتها التي تطبق على الإدارة.

**الكلمات المفتاحية:** عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الطبيعة القانونية، عقود إدارية.

## Abstract

This study tackles the legal nature of public-private partnership contracts, focusing in particular on such contracts in dual-justice system countries such as France. Ascertaining whether the nature of such contracts is either administrative or civil plays an important role when determining the applicable laws and the courts competent to hear disputes arising from such contracts. The dual-justice system approach is contrasted with the approach in countries with a unified legal system, such

Cite this article as: Elfawaer SB. مفهومها وطبيعتها. عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – International Review of Law: Vol. 2017 3, 22. <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2017.22>

<http://dx.doi.org/10.5339/irl.2017.22>

© 2017 Elfawaer, licensee HBKU Press. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution license CC BY 4.0, which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

as the United States and the United Kingdom, where the law does not place particular importance on public-private partnership contracts. Such unified legal systems do not differentiate between the laws that apply to individual citizens and the laws that apply to the administration.

**Keywords:** public-private partnership contracts, legal nature, administrative contracts.

## مقدمة

حظي مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص - الذي يقوم على أساس استقطاب القطاع الخاص لتطوير وتمويل المشاريع التي تُقدّم الخدمات العامة، مقابل حصول هذا الأخير على بدل مالي يغطي استثماراته المالية، وما تحمله من كلفة - باهتمام كبير من قِبل الدول في مختلف أنحاء العالم، خصوصاً إبان الحرب العالمية الثانية، حيث كان لا بد من حشد وجمع إمكانيات المجتمع كافة، بما فيها خبرات وطاقات وموارد كل من القطاعين العام والخاص؛ لتشارك في إنشاء وتشغيل المشاريع بجميع أنواعها، بما يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فالقطاع العام لم يعد قادراً وحده على مواجهة الصعوبات والتحديات التي تعترض طريق التنمية التي يطمح إلى تحقيقها، الأمر الذي دفع العديد من الدول، سواء المتقدمة أو النامية، إلى خلق التنظيمات المؤسسية والتشريعية التي تضع الأساس القانوني لتبني التنظيمات التشاركية التي تساهم في إنشاء وتوجيه وإدارة وتشغيل المشاريع وتطويرها وتنميتها، من أجل خدمة أغراضها على أساس تشاركي تعاوني<sup>1</sup>.

هذا، وتُعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة، خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى رأسها فرنسا، فالأصل أن تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود، يتركز على تحديد الطبيعة القانونية لها كونها من العقود الإدارية أم من العقود المدنية، إلا إذا ارتأى المشرع خلاف ذلك كما حصل مع المشرع الأردني - وفقاً لما سنبينه في مرحلة لاحقة من هذا البحث - وذلك على خلاف ما هو قائم في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا؛ حيث لا يُشكّل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مسألة ذات أهمية لدى هذه الدول؛ إذ لا تقيم أفكار هذا النظام أية تفرقة بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين ونظيرتها التي تطبق على الإدارة<sup>2</sup>، وسنحاول من خلال هذا البحث، الوقوف على أبرز الاتجاهات الفقهية التي قبلت بصدد تحديد التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتعرض لأبرز الحجج التي ساقها أصحاب هذه الاتجاهات تدعيماً لآرائهم، بعد التمهيد لذلك من خلال تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وبيان أبرز خصائصها.

## أقسام البحث

أمام بيان الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإننا سنقسم البحث على النحو التالي:

- المبحث الأول: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأبرز خصائصها.
- المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وما إذا كانت هذه العقود تنتمي إلى عائلة القانون العام أم عائلة القانون الخاص.
- وسوف نتبع في ذلك منهجاً يزاوج ما بين الطريقة الوصفية والطريقة التحليلية المقارنة.

## المبحث الأول: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأبرز خصائصها

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الحديثة نسبياً، ونظراً إلى حداثةها، وإلى صعوبة إيجاد تعريف دقيق يحيط إحاطة كاملة ودقيقة بمفهومها الشامل، الذي يضم عدداً كبيراً من العناصر

<sup>1</sup> القهوي، لبيت عبد الله، والوادي، بلال محمود، (2012)، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص: الإطار النظري والتطبيق العملي، (ط 1)، الأردن: دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، ص 15.

<sup>2</sup> النعيمي، أبو بكر أحمد عثمان، (2014)، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية: عقود البوت (BOT) وعقود الشراكة (PPP)، دراسة تحليلية مقارنة، (ط 1)، الأردن: دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، ص 29.

التعاقدية المختلفة، فقد كان هذا النوع من العقود محلاً للدراسة من جانب المهتمين، حيث عُرض عدد من التعاريف بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بعضه كان مصدره المشرع، وبعضه الآخر وضعته المنظمات الدولية المهتمة بهذا المجال، وأخيراً لعب الفقه دوراً بارزاً في هذا المجال من خلال وضع عدد من التعاريف بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وسنستعرض فيما يلي أهم التعاريف التي قبلت بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن ثمَّ نبيّن أبرز الخصائص التي تتميز بها هذه العقود.

### المطلب الأول: تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

حرصت جل الدول التي تناولت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتنظيم، على تضمين التشريعات الخاصة بهذا النوع من العقود تعريفاً محدداً له، ففي مصر مثلاً نجد أن المشرع عرّف عقد المشاركة في المادة (1) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (67) لسنة 2010 بأنه: «عقد تُبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع، وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون والمتمثلة في 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 يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد»<sup>3</sup>.

أما في فرنسا فقد عرّفت المادة الأولى من المرسوم رقم 2004/559، الصادر بتاريخ 17 حزيران 2004، والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 28 تموز 2008، والقانون رقم 2009/179 الصادر بتاريخ 17 شباط 2009، عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنه: «عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارته واستغلاله وصيانته، طوال مدة العقد المحددة، وفق طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية»<sup>4</sup>.

أما المشرع الأردني فقد عرّف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بموجب المادة (2) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (31) لسنة 2014 بأنه: «اتفاق الشراكة الذي يُبرم بين أي وزارة أو دائرة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو هيئة أو مجلس أو سلطة أو بلدية أو شركة مملوكة بالكامل للحكومة أو التي تساهم فيها (الجهة الحكومية) بنسبة لا تقل عن 50%، وأي من جهات القطاع الخاص والذي تحدد فيه الشروط والأحكام والإجراءات وحقوق والتزامات الطرفين وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه». هذا ويبيّن في المادة الرابعة من القانون ذاته الأهداف التي تسعى المملكة إلى تحقيقها من خلال دخولها في مثل هذه المشاريع، وهي إنشاء البنية التحتية العامة، وإعادة تأهيلها وتشغيلها وصيانتها من خلال تشجيع القطاع الخاص للدخول في مشاريع الشراكة الاستثمارية مع الجهة الحكومية، إضافة إلى إيجاد التمويل اللازم لدعم مشاريع الجهة الحكومية ذات الجدوى، وأخيراً الاستفادة من الخبرة والمعرفة الفنية والتقنية الحديثة التي يملكها القطاع الخاص في إنشاء المشاريع وإدارتها<sup>5</sup>.

من خلال استعراض التعريف السابق نجد أن المشرع الأردني حدّد أطراف عقد الشراكة وحصرها في الجهة الحكومية من جانب، وأيّ من جهات القطاع الخاص من جانب آخر. وفي السياق ذاته، حدّد المشرع المصري أطراف عقود الشراكة في الجهة الإدارية، وشركة المشروع. هذا، وقد عرّف المشرع الأردني في المادة (2) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الجهة الحكومية باعتبارها أحد أطراف عقود الشراكة، بأنها: «أي وزارة أو دائرة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو هيئة أو مجلس أو سلطة أو بلدية أو

<sup>3</sup> المادتان (1) و(2) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم (67) لسنة 2010، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (19)، مكرر (أ)، الصادرة في 18 مايو 2010، السنة الثالثة والخمسون.

<sup>4</sup> المادة الأولى من المرسوم رقم 2004/559 الصادر بتاريخ 17 حزيران 2004، والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 28 تموز 2008، والقانون رقم 2009/179 الصادر بتاريخ 17 شباط 2009، كما جاء في محمود، أحمد سيد أحمد، (2012)، التحكيم في عقود الشراكة (PPP)، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، مصر - شرم الشيخ، كانون أول، 2011، ص 47.

<sup>5</sup> المادة (4) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني رقم (31) لسنة 2014، المنشور على الصفحة 6358 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5310 بتاريخ 2014/11/2.

شركة مملوكة بالكامل للحكومة أو التي تساهم فيها بنسبة لا تقل عن 50%». كما عرّف المشرع المصري الجهة الإدارية بأنها: «الوزارات والهيئات العامة والخدمية والاقتصادية وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس مجلس الوزراء»<sup>٦</sup>. ومن خلال التعاريف السابقة نجد أن المشرع الأردني قد حصر الجهات الحكومية التي لها الحق في إبرام عقود الشراكة خلافاً للنص الذي أورده نظيره المصري والذي جاء بعبارة أكثر عمومية تتسع لتشمل العديد من القطاعات الحكومية والأشخاص الاعتبارية التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس مجلس الوزراء.

كما عرّف المشرع الأردني الشريك الخاص بأنه: «الشركة المكونة من رأس مال خاص محلي أو أجنبي أو كليهما، والتي تتقدم لعطاء مشروع الشراكة، ولا تملك فيها الحكومة بصورة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من 25% من رأس مالها، أو الائتلاف المكون من أكثر من شركة خاصة، لا تملك الحكومة في رأس مال ذلك الائتلاف أكثر من 25%»<sup>٧</sup>. هذا، وقد عرّف المشرع المصري القطاع الخاص بأنه: «الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي الذي تقل نسبة مساهمة المال العام المصري في رأس ماله عن 20%. والتحاليف بين اثنين أو أكثر من الأشخاص الاعتبارية المصرية أو الأجنبية الذي تقل نسبة مساهمة المال العام فيه عن 20%»<sup>٨</sup>. وحسباً فعمل المشرع الأردني ونظيره المصري حين أتاحا للأشخاص الاعتبارية التي تساهم الحكومة في رأس مالها بنسبة مئوية لا تتجاوز حدًا معينًا، الدخول في شراكة مع القطاع العام؛ فمساهمة القطاع العام في شركة المشروع تحقق نوعًا من الرقابة والإشراف على مراحل تنفيذ المشروع واستغلاله، كما يسمح ذلك للقطاع العام بالاطلاع عن قرب على خطوات تنفيذ المشروع وإدارته، ويساعد في تعرّف القطاع العام على أية عراقيل قد تواجه سير المشروع، ويُمكّنه من المساهمة الفعالة في توفير الحلول لها.

وعلى الصعيد المقابل، فإن المشرع الأردني قد تميّز عن نظيره المصري، حين شمل في القيد الذي وضعه على مساهمة الحكومة في الشريك الخاص، الشركات التي تملك فيها الحكومة أكثر من 25%، سواء بصورة مباشرة أم غير مباشرة، متلافياً بذلك أي شبهات أو غموض قد يثور بخصوص الشركات التي تقوم بتأسيسها الحكومة، وتكون مملوكة من قبل شركة أخرى مملوكة من قبل الحكومة بنسبة تتجاوز الحد المسموح به في نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي قد تستخدمها الحكومة كوسيلة لتجاوز القيد الذي وضعه المشرع والدخول في مشاريع الشراكة حتى وإن كانت تملك أكثر من 25% من رأس مال الشريك الخاص. هذا، وقد لعبت المنظمات الدولية المهتمة بهذا المجال دوراً بارزاً في إيراد تعريفات لهذا النوع من العقود، فعلى سبيل المثال: عرّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ودلت عليه بمصطلح «اتفاق المشروع»، بأنه: «أي اتفاق يُبرم بين سلطة عمومية وبين الكيان أو الكيانات التي تُختار لتنفيذ المشروع، وينص على شروط وأحكام تشييد البنية التحتية أو تحديثها أو تشغيلها أو صيانتها»<sup>٩</sup>.

كما لعب الاتحاد الأوروبي دوراً بارزاً في إيراد تعريف لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث عرّفت المفوضية الأوروبية الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكتاب الأخضر الصادر بتاريخ 30 نيسان 2004 بأنها: «شكل من أشكال التعاون بين السلطات العامة وعالم الشركات والتي تهدف إلى تحقيق تمويل، إنشاء، تجديد، إدارة وصيانة بنية أساسية، أو تأثيث مرفق»<sup>١٠</sup>.

<sup>٦</sup> المادة (1) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم (67) لسنة 2010.  
<sup>٧</sup> المادة (2) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015 الصادر بموجب الفقرة (أ) من المادة (18) والمادة (22) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني رقم (31) لسنة 2014.  
<sup>٨</sup> المادة (1) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم (67) لسنة 2010.  
<sup>٩</sup> الفقرة (ب) من البند الثاني (المصطلحات المستخدمة في الدليل) من مقدمة دليل الأونسيترال التشريعي، بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام 2001، منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

[http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2001Guide\\_PFI.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PFI.html).

<sup>١٠</sup> See Commission of the European Communities, *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions* (30 Apr. 2004), [http://www.uniroma2.it/didattica/linguaggiogiuridico/deposito/INGLESE\\_lezione11.pdf](http://www.uniroma2.it/didattica/linguaggiogiuridico/deposito/INGLESE_lezione11.pdf). Article 1.1, ¶ 1 of the Green Paper states, "The term public-private partnership ("PPP") is not defined at Community level. In general, the term refers to forms of cooperation between public authorities and the world of business which aim to ensure the funding, construction, renovation, management or maintenance of an infrastructure or the provision of a service."

هذا، وقد وجدت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص اهتمامًا لدى منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية «اليونيدو»، حيث عرّفت المنظمة الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها: «أشكال من التعاون، من خلالها يتولى الشريكان العام والخاص معًا الملكية والمسؤولية، وغالبًا ما تكون الشراكة في قطاعات البنية الأساسية والمرافق العامة»<sup>11</sup>.

من جانب آخر، تعددت التعريفات الفقهية التي قيلت بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث عرّف جانب من الفقه عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها: «انصراف إرادة كل من القطاع العام (ممثلًا في الحكومة) والقطاع الخاص (ممثلًا في الجهات والمؤسسات الفردية الخاصة الاستثمارية)، على التعاون والتفاعل لتوظيف إمكانياتهما البشرية والمالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية، على أساس من المشاركة، والالتزام بالأهداف، وحرية الاختيار، والمسؤولية المشتركة، والمساءلة، من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع، ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتهم، حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة، وتحقيق وضع تنافسي أفضل»<sup>12</sup>.

هذا، وعرّف جانب آخر من الفقه عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها: «تعاون رسمي بين كيانات القطاعين العام والخاص، حيث تقوم واحدة أو أكثر من الجهات الحكومية بتشكيل شراكة غير هرمية أو مشروع مشترك مع واحدة أو أكثر من الجهات الخاصة، بهدف تنفيذ خطة عمل محددة، ويتم تشكيل هذه الشراكات في العادة لغايات تقديم خدمات أو تنفيذ نشاطات ينظر إليها من قبل العامة باعتبارها خدمات ونشاطات حكومية»<sup>13</sup>.

وبالنظر إلى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من الناحية العملية والعامة، نجد أن الدكتور عادل الرشيد قد عرّف هذه العقود بأنها تلك العقود التي «تُعنى بأوجه التفاعل والتعاون العديدة بين القطاعين العام والخاص، المتعلقة بتوظيف إمكانياتهما البشرية، والمالية، والإدارية، والتنظيمية، والتكنولوجية، والمعرفية، على أساس من المشاركة، والالتزام بالهدف، وحرية الاختيار، والمسؤولية المشتركة، والمساءلة، من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع، ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتهم، حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة»<sup>14</sup>. كما عرّف الدكتور عمر سالمان الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها: «آلية تهدف إلى تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى كيان قانوني خاص يُطلق عليه في العمل «شركة المشروع»، بموجب اتفاق يُبرم بينهما يسمى «اتفاق الشراكة»، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بالمشاركة في توفير مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، حسب ما يرد في هذا الاتفاق من أحكام ونصوص تنظم الملكية والأموال والأرباح وغيرها مما يتصل بتسيير المشروع من تدابير وإجراءات»<sup>15</sup>. من خلال استعراض التعاريف السابقة، التي تكاد أن تصب جميعها في البوتقة ذاتها، نجد أن عقود الشراكة هي اتفاق ناشئ عن تلاقح إرادتين. ويُسمى هذا الاتفاق بـ«اتفاق المشروع»، وهي تجمع بين صنفين من المتعاقدين: الأشخاص العمومية، والأشخاص الخاصة أو ما يُسمى بـ«شركة المشروع». ويتحدد نطاق هذه العقود ومجالها من خلال الاتفاق المنشئ للالتزام، والذي يتضمن بشكل عام الاستثمار في

<sup>11</sup> United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects* 3 (1996), <https://open.unido.org/api/documents/4808368/download/UNIDO-Publication-1996-4808368>.

<sup>12</sup> الزعبي، محمد عبد الخالق محمد. (2012). عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها. ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها. الأردن - عمان، تشرين أول، 2010، ص 213.

<sup>13</sup> Franz Xaver Perrez, *Public-Private Partnerships: A Tool to Evade or to Live-up to Commitment?* 2 (Practical Legal Problems Of International Organizations: A Global Administrative Law Perspective on Public/Private Partnerships, Accountability and Human Rights Conference, Conference Paper, 20-21 March 2009), <https://www.yumpu.com/en/document/view/22572520/public-private-partnerships-a-tool-to-evade-or-to-live-up-to-iiij>.

<sup>14</sup> الرشيد، عادل محمود. (2006). إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المفاهيم، النماذج، التطبيقات. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص 3.

<sup>15</sup> سالمان، عمر. (2012). الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص (PPP)، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها. مصر - شرم الشيخ، كانون أول، 2011، ص 3.

أحد مجالات البنية الأساسية أو المرافق العامة التي توفر الخدمات للجمهور عامة، بشكل مباشر أو غير مباشر، وذلك لمدة محددة ومقابل بدل مالي محدد، ويكون ذلك من خلال تمويل مرافق عامة، وتصميمها، وتشبيدها، وإعدادها، وتشغيلها أو إصلاحها أو تحديثها أو توسيعها أو إدارتها. ويكمن الهدف الأساسي من إبرام هذه العقود في الجمع بين تلبية حاجات الجمهور؛ من خلال ما يملكه القطاع الخاص من كفاءة فنية وموارد مادية تساعد على توفير أفضل الفرص لتلبية احتياجات الجمهور، وبين الأرباح المتحققة من جراء تقديم هذه الخدمات وما يحققه من تقاسم للمخاطر التي قد تترتب على تنفيذ هذه المشاريع الضخمة.

### المطلب الثاني: خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمجموعة من الخصائص التي تبرز خصوصيتها واختلافها عن غيرها من العقود، ومن أهم هذه الخصائص:

#### أولاً: تعدد الأطراف المشتركة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بتعدد الأطراف المشتركة في تنفيذها، إلى درجة قد تؤدي إلى تعارض في مصالح هذه الأطراف، الأمر الذي يجعل من هذه العقود وسيلة للتوفيق بين المصالح المتباينة للأطراف المتعاقدة، إضافة إلى الجهة الحكومية هناك الشريك الخاص، وشركة المشروع، والجهات الممولة للمشروع سواء أكانت محلية أم أجنبية، وشركات المقاولات التي تتولى تشييد المشروع، وشركات الإدارة التي تتولى تشغيل واستغلال المشروع، وموردو المواد والمعدات اللازمة لكل ذلك. يهدف القطاع العام بالدرجة الأولى إلى تحقيق الصالح العام، من خلال تقديم أفضل الخدمات للجمهور بأقل التكاليف وبشكل مستمر ومن دون انقطاع، كما يسعى أيضاً إلى التخفيف من الأعباء المالية المفروضة على موازنته، عن طريق إنشاء وتشغيل المرافق العامة بتمويل من القطاع الخاص، ويسعى كذلك إلى فرض أكبر قدر من الرقابة والإشراف على شركة المشروع أثناء مراحلها المختلفة، واستعادة المشروع في أقرب وقت ممكن وبحالة جيدة تقبل الاستمرار في التشغيل والإنتاج.<sup>17</sup> أما بالنسبة إلى شركة المشروع، فهي تسعى إلى تحقيق أكبر الأرباح بأقل كلفة، مع احتفاظها بسلطة اتخاذ القرارات المفصلية المتعلقة بإدارة وتشغيل المشروع وفقاً للألية التي تشاء. كما تسعى أيضاً إلى التخفيف من المخاطر التي تحف مراحل المشروع قدر الإمكان، من خلال توزيعها على الأطراف الأخرى، كالمقاولين أو الموردين أو المشغلين. وأخيراً فإن الجهات الممولة تسعى دوماً إلى الحصول على أكبر قدر من الأرباح، ولضمان تحقيق هذا الهدف فإنها تسعى إلى ربط التمويل بأصول المشروع وموجوداته، وذلك لكي تضمن سداد مبلغ القرض من التدفقات النقدية التي يدرها تشغيل المرفق، الأمر الذي يستدعي، بطبيعة الحال، إبرام عقود تعمل على تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، وتوفيق بين مصالح الأطراف المتباينة.

#### ثانياً: تعدد مراحل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وطبيعتها المركبة

يُعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود المركبة متعددة المراحل، ابتداءً من مرحلة التصميم، مروراً بمرحلتَي التشييد والتشغيل، وانتهاءً بنقل الملكية، كما أن تنفيذ عقود الشراكة يحتاج إلى إبرام العديد من العقود، فضلاً عن الاتفاق المبرم بين الجهة الحكومية والشريك الخاص، يوجد العديد من الاتفاقات الأخرى، ومنها الاتفاق الذي تُبرمه شركة المشروع مع الجهات الممولة لتمويل تنفيذ المشروع وتشغيله، والاتفاقات التي تُبرمها شركة المشروع مع شركات المقاولات التي يُعهد إليها المشروع، والموردين الذين يزودون المشروع بالمعدات والمواد اللازمة، وكثير من الاتفاقات الأخرى. ونظراً إلى تعدد مراحل عقود الشراكة وطبيعتها المركبة، فإن طول مدة العقد يُعد نتيجة منطقية لذلك، حيث يُعد الزمن

<sup>17</sup> النعيمي، أبو بكر أحمد عثمان، (2014)، مرجع سابق، ص 23-25.

أحد العناصر الأساسية لاستكمال جميع مراحل المشروع موضوع العقد، بدءًا من مرحلة التصميم، مرورًا بمرحلتي التشييد والتشغيل، وانتهاءً بنقل الملكية<sup>١٧</sup>.

### ثالثًا: ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على مبدأ تقاسم المخاطر

يُعد مبدأ تقاسم المخاطر حجر الزاوية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يقوم هذا المبدأ على إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي، تقوم على تنظيم المخاطر التي تم تحديدها وتحليلها مسبقًا، وذلك لغايات تجنبها أو التقليل من أثارها التي تنعكس سلبيًا على أهداف العقد، وغاياته الأساسية، ومحلّه، وكلفته، وجودته، وخصوصًا حين يتعلق الأمر بعقد إداري محله أحد المرافق العامة، وذلك من خلال تدوين هذه المخاطر ومعالجتها في صورة بنود عقدية للحصول على أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي<sup>١٨</sup>. وباستعراض خطة المشرع الأردني، نجد أنه اشترط أن يتضمن مشروع الشراكة إجراءات واضحة لعملية تقاسم وتوزيع المخاطر<sup>١٩</sup>. كما اعتبر المشرع الأردني نقل المخاطر أحد المعايير الأساسية التي تُحقق عائدًا اقتصاديًا إضافيًا للجهة المتعاقدة وذلك لغايات احتساب القيمة المضافة مقابل المال<sup>٢٠</sup>. إضافة إلى ذلك، فقد ألزم المشرع الأردني الجهة المتعاقدة عند إعداد دراسة الجدوى أن تفرد قسمًا خاصًا لتحليل المخاطر المتوقعة والآلية المقترحة لتوزيعها<sup>٢١</sup>. ولم يقف المشرع الأردني عند هذا الحد، حيث اشترط أن يتم تضمين مذكرة مقترح مشروع الشراكة بنودًا حول نقل المخاطر المالية والفنية والتشغيلية إلى القطاع الخاص والتخفيف من أثارها<sup>٢٢</sup>. كما أوجب في موضع آخر أن يتم تضمين عقد الشراكة بنودًا خاصة بتوزيع المخاطر<sup>٢٣</sup>. وقد أكد على ذلك أيضًا حين تناول مسودة عقد الشراكة باعتباره إحدى الوثائق اللازمة لطرح عطاء مشروع الشراكة، حيث أوجب أن تشتمل مسودة العقد على بنود خاصة تعالج إجراءات تحويل المخاطر<sup>٢٤</sup>. وقد سار المشرع المصري على غرار المشرع الأردني في ذلك، حين أوجب على الأطراف تضمين عقود الشراكة شروطًا تحدد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين، أو بالحدث المفاجئ، أو بالقوة القاهرة، أو باكتشاف الآثار، والتعويضات المقررة بحسب الأحوال<sup>٢٥</sup>.

### رابعًا: تعدد ميادين ومجالات تطبيق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يمكن تنفيذ صور مختلفة من المشاريع من خلال اتباع نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فالمشرع الأردني قد جعل جميع القطاعات الاقتصادية محلًا لمشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولم يستثن منها سوى ما يقرر مجلس الوزراء، بناءً على تنسيب مجلس الشراكة بين القطاعين العام والخاص، استثناءه وعدم قابليته للشراكة، فضلًا عن تنفيذ مشاريع البنية التحتية كالمطارات، والطرق، والجسور، ومحطات توليد الكهرباء، وغيرها من مرافق البنية التحتية، يمكن اللجوء إلى الشراكة في تنفيذ مشاريع أخرى كبناء المجمعات الصناعية، والمراكز التجارية والخدمية، ومواقف السيارات، وغيرها من المشاريع التي لا تُشكّل بالضرورة مرافق بنية أساسية<sup>٢٦</sup>.

<sup>١٧</sup> صلاح الدين، كامبليا، (2012)، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية: دراسة تحليلية، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها. مصر - شرم الشيخ، كانون أول، 2011، ص 140-141.

<sup>١٨</sup> صلاح الدين، كامبليا، (2012)، المرجع السابق، ص 141-142.

<sup>١٩</sup> المادة (2) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015، المنشور على الصفحة 8633 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5364 بتاريخ 2015/11/1.

<sup>٢٠</sup> المادة (2) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015.

<sup>٢١</sup> المادة (2) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015.

<sup>٢٢</sup> الفرع (ج) من البند الأول من الفقرة (أ) من المادة الخامسة من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015.

<sup>٢٣</sup> البند الثالث من الفقرة (ج) من المادة الخامسة من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015.

<sup>٢٤</sup> الفقرة (ب) من المادة (19) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015.

<sup>٢٥</sup> الفقرة (و) من المادة (37) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015. الفقرة (هـ) من المادة (34) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم (67) لسنة 2010.

<sup>٢٦</sup> تنص المادة (4) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه: «تكون جميع القطاعات الاقتصادية قابلة لمشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص باستثناء ما يقرره مجلس الوزراء بناءً على تنسيب المجلس».

أما المشرع المصري فقد حدّد في المادة الثانية من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص موضوع الشراكة في تمويل وإنشاء وتجهيز وتطوير وصيانة مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وإتاحة خدماتها للجمهور، وتقديم التسهيلات والخدمات اللازمة ليصبح المشروع صالحًا للاستخدام والإنتاج. يشعر المستعرض لنص المادة الرابعة من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من الوهلة الأولى، بأن خطة المشرع الأردني أوسع وأشمل من خطة المشرع المصري، ويمكن لنا أن نعزو ذلك إلى طبيعة العبارات التي استخدمها المشرع الأردني في صياغة نص المادة السابق، حين نص على أنه: «تعتبر جميع القطاعات...»، غير أن النظرة المتعمقة في النصوص السابقة تكشف أن خطة المشرع المصري أوسع نطاقًا من نظيره الأردني؛ فعلى الرغم من أن المشرع الأردني شمل جميع المجالات فإنه قيدها بتلك التي تندرج ضمن نطاق القطاع الاقتصادي فقط دون الاجتماعي، خلافًا للمشرع المصري الذي نظمها بعبارات عامة تشمل جميع مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة سواء أكانت اقتصادية (مثل: الاتصالات اللاسلكية، والطاقة، والمياه، والطرق)، أو اجتماعية (مثل: الصحة، والتعليم).

وإننا لنحيد توجه المشرع المصري الذي اتسع ليشمل جميع مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة، الاقتصادية منها والاجتماعية، لما لذلك من آثار إيجابية على نوعية الخدمات التي تقدمها هذه المرافق. ومع نهاية الحديث عن خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، نرى أن هذه العقود تنتمي إلى طائفة العقود الإدارية، وهذا ما ستتم معالجته بالتفصيل ضمن المبحث الثاني من هذه الدراسة.

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

لا ينكر أحد الأهمية التي يحتلها التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تحديد الآثار القانونية لهذه العقود بالنسبة إلى أطرافها من جهة، وتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات التي تثار بصدها من جهة أخرى. فهل تُعد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل العقود الإدارية التي تخضع للقانون الإداري ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عنها؟ أم تُعد من عقود القانون الخاص التي تتساوى فيها مراكز المتعاقدين وتخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بنظر النزاعات المرتبطة بها؟ وللإجابة عن التساؤلات السابقة فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نحدد في أولهما الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء الاتجاهات الفقهية المختلفة، ونبيّن في ثانيهما آثار هذا التحديد على القضاء المختص، والقانون الواجب التطبيق.

#### المطلب الأول: تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

شهد الفقه انقسامًا واضحًا بصدد تحديد التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فتعددت الآراء الفقهية في هذا الصدد؛ حيث اتجه جانب من الفقهاء إلى تكييف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها عقود إدارية، بينما اتجه جانب ثانٍ من الفقهاء إلى اعتبارها من عقود القانون الخاص، واتخذ جانب ثالث من الفقهاء موقفًا وسطًا بين الاتجاهين؛ حيث اعتبر هذه العقود ذات طبيعة خاصة، مما يحتم النظر إلى كل منها على حدة. وفيما يلي سنقوم بإلقاء نظرة تحليلية نتتبع فيها الأصول التاريخية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، ونظيرتها التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، مبرزين أهمية التكييف القانوني لهذه العقود في ظل الأنظمة القانونية المختلفة، ومن ثمّ سنستعرض الآراء الفقهية المختلفة التي قيلت في التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وأبرز الحجج التي ساقها أصحاب هذه الاتجاهات تدعيمًا لآرائهم.

#### الفرع الأول: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول القضاء الموحد والقضاء المزدوج

أمام جمود النظرية العامة للعقود الإدارية، وعجزها عن مواكبة التطورات الحاصلة على الصعيد الخدمي (المرافق العامة، والبنى الأساسية)، ظهرت الحاجة إلى نظام تعاقدى جديد يقهر هذا الجمود، ويمنح الإدارة صلاحيات أوسع في تمويل وتنفيذ وإدارة المرافق العامة، الأمر الذي دفع ببريطانيا إلى تبني المبادرة المالية

الخاصة «PFI» التي تكمن في تبني نظام تمويل خاص لإنشاء مشاريع البنى التحتية من خلال تفويض الخدمات العمومية للقطاع الخاص، مقابل بدل معين يُقدّمه المنتفعون أو الحكومة، وتقوم هذه المبادرة على مجموعة من المبادئ، وهي: الإنصاف، وتسريع عملية التسليم، وتوفير خدمة أكثر مرونة، وتحقيق الشفافية، وتوزيع المخاطر بشكل أفضل، وتمويل الديون طويلة الأجل<sup>٢٧</sup>.

وقد استوحيت فكرة المبادرة المالية الخاصة «PFI»، بشكل غير مباشر، من التجربة الفرنسية لعقود امتياز المرافق العامة، وتكاد العقود المبرمة وفقاً لنظام «PFI»، أن تطابق عقود امتياز المرفق العام بوصفها عقوداً طويلة الأجل لإدارة مرفق عام مقابل بدل مالي محدد. هذا، ويمكن وجه الاختلاف الوحيد بين هذين النوعين من العقود في أن المقابل المادي الذي يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة في عقود امتياز المرافق العامة يجب أن يكون ناتجاً بشكل مباشر عن استغلال المتعاقد للمرفق موضوع الامتياز، خلافاً للبدل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد في عقود «PFI»، حيث يتقاضى هذا الأخير مقابل العقد وفقاً لأساليب متنوعة تحددتها الإدارة.

وعلى غرار التجربة البريطانية، وأمام الأسباب ذاتها التي دفعت بريطانيا إلى اعتناق المبادرة المالية الخاصة، توجهت فرنسا نحو تطوير أسس المبادرة البريطانية بما يتوافق ونظام القضاء المزوج، مبرزة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وعلى الرغم من كون عقود الشراكة الفرنسية مستوحاة من المبادرة المالية الخاصة «PFI»، فإنها تختلف عنها في نطاق التطبيق؛ حيث إن عقود مبادرة «PFI» تُكَيَّف على أنها سياسة عامة تُطبَّق على مجموعة متنوعة من العقود، خلافاً لعقود الشراكة الفرنسية التي لا يمكننا تكييفها على هذا النحو<sup>٢٨</sup>.

### الفرع الثاني: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل العقود الإدارية

يُعرّف العقد الإداري بأنه: «العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية باعتبارها سلطة رسمية عامة، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام واطراد لتحقيق مصلحة عامة، ويرتكز على أساليب ووسائل القانون العام وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص»<sup>٢٩</sup>. وعليه، وبناءً على التعريف السابق، فإن العقد لكي يكون إدارياً لا بد أن تتوفر فيه ثلاثة أركان أساسية<sup>٣٠</sup>:

أولاً: أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد. فكي نتحدث عن وجود عقد إداري لا بد أن تكون الإدارة، ممثلة بأحد أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية باعتبارها سلطة عامة، أحد أطراف العقد.

ثانياً: أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام. فكي نكون أمام عقد إداري يجب أن يتعلق محل هذا العقد أو موضوعه بمرفق عام، بحيث يهدف هذا العقد إلى تسيير هذا المرفق بانتظام واطراد تحقيقاً للمصلحة العامة. ولهذه الغاية عرّفت محكمة العدل العليا الأردنية في قرارها رقم (1967/74) المرفق العام بأنه: «حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخل الحكومة لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام، سواء أكان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أم لا، أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع إلى إدارتها من الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها، لا فارق بين أن تكون تلك الخدمة تتعلق بنشاطات تجارية أو صناعية أو خلافاً<sup>٣١</sup>». ثالثاً: أن يرتكز العقد على أساليب القانون العام. فلا يكفي لكي يكون العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه جهة إدارية، كما لا يكفي اتصال هذا العقد بمرفق عام، وإنما يجب أن تستعمل الإدارة أساليب ووسائل القانون

<sup>٢٧</sup> Bruno De Cazalet, *The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 Years* (2014), *under Common Law Influence*, 2014 *Int'l Bus. L. J.* 271.

<sup>٢٨</sup> صلاح الدين، كامبليا، (2012)، مرجع سابق، ص 147-149.

<sup>٢٩</sup> عبد الهادي، بشار جميل، (2015)، العقد الإداري: الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، دراسة تحليلية وحلول مقترحة، (ط 1)، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 20-21.

<sup>٣٠</sup> الجبوري، محمد خلف، (2010)، العقود الإدارية، (ط 1)، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 36-55، عبد الهادي، بشار جميل، (2015).

<sup>٣١</sup> المرجع السابق، ص 21-23، كنعان، نواف، (2007)، القانون الإداري - الكتاب الثاني، (ط 1)، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 317-321.

<sup>٣٢</sup> قرار محكمة العدل العليا رقم 1967/47 من منشورات موقع قسطاس الإلكتروني، [www.qistas.com](http://www.qistas.com).

العام، ومن ضمن هذه الوسائل تضمين العقد شروطًا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. يرى أصحاب هذا الاتجاه أن جميع أركان العقد الإداري متوفرة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فالطرف الأول في هذه العقود هو الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كما أن الهدف من إبرام هذه العقود هو استخدامها كطريق لإنشاء وتطوير وإدارة وتشغيل مرفق عام، ولم ينكر أحد توفر هذين الركبين في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص حتى منكري الطبيعة الإدارية لهذه العقود. أما عن الركن الثالث، والذي يتمثل في تضمين هذه العقود شروطًا استثنائية، فهو متوفر أيضًا، فالمتعقد في هذا النوع من العقود يجدها قد «خولت جهة الإدارة التدخل لتعديل بعض نواحيها التنظيمية بمحض إرادتها ودون موافقة المتعاقد معها وفقًا لما تقتضيه المصلحة العامة مع حفظ حق المتعاقد في التعويض إن كان له مقتضى»<sup>٣٢</sup>. إضافة إلى أن مجرد إشراك المتعاقد في إنشاء وتسيير أحد المرافق التي تقدم خدمات عامة للجمهور يُعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تضي الطبيعة الإدارية على هذا النوع من العقود.

وهذا ما دفع أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مستنديين إلى الحجتين التاليتين:

١. حيث إن موضوع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام، فإنه من غير المتصور خضوع هذا النوع من العقود للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص، على اعتبار أن هذه الأحكام تقيم نوعًا من المساواة بين المصالح العامة والمصالح الفردية، الأمر الذي سينعكس سلبيًا على سير المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات التي توفرها بما قد يترتب عليه توقفها أو انقطاعها<sup>٣٣</sup>.
٢. إن التوسع النسبي في المهام والصلاحيات الممنوحة للقطاع الخاص في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من خلال إسناد مهام تشييد وتشغيل واستغلال المرافق العامة للشريك الخاص، لا ينفى عن الإدارة دورها الرئيسي في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وما يستتبعه ذلك من ضمان توفير الخدمات للجمهور المنتفعين من دون توقف أو انقطاع، ولها في سبيل ذلك أن تراقب تنفيذ وتطبيق هذه العقود، ولها الحق في الإشراف على المرافق، والتدخل عند الضرورة بما في ذلك تعديل شروط وأحكام العقد، أو استرداد المرفق قبل انتهاء مدة العقد تحقيقًا للمصالح العام<sup>٣٤</sup>.

وقد تعرّض أصحاب هذا الرأي إلى الانتقاد من قبل القائلين بخضوع هذه العقود لقواعد القانون الخاص، مؤسسين ذلك على أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا تحمل الصفات المميزة للعقود الإدارية، فهي لا تقبل بطبيعتها أن تتضمن شروطًا استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تلزم أن يكون شأن الدولة شأن الأفراد العاديين في التعاقد معهم، ووجود طرف أجنبي في العلاقة التعاقدية يمنع الإدارة من تضمين عقودها مع هذا الطرف الأجنبي شروطًا استثنائية، على اعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي. كما يرى منتقدو هذا الاتجاه أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يمكن أن تكون امتدادًا لعقود امتياز المرافق العامة، كونها تختلف اختلافًا جوهريًا عن هذا الأخير، فشركة المشروع تتولى في عقد البوت إنشاء مرفق من العدم، بينما يتولى الملتزم في عقد الالتزام إدارة مرفق موجود سابقًا. ومن ناحية أخرى فإن الدولة تتنازل في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن ملكية المشروع للمستثمر، حتى يتمكن من رهن أصوله والحصول على التمويل، وهذا دليل على عدم خضوع العقد لقواعد القانون العام التي تفرض دائمًا ملكية الدولة للمشروع، ودليل على خضوعه للقانون الخاص.

<sup>٣٢</sup> الظفيري، مدلول حشاش، (2007)، الأساس القانوني لعقود البوت (BOT) في ظل كل من القانون الأردني والقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير (غير منشورة)، الأردن: الجامعة الأردنية، ص 61.

<sup>٣٣</sup> الحمود، وضاح محمود، (2010)، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، (ط 1)، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 55. الحبيشي، مصطفى عبد المحسن، (2008)، الوجيز في عقود البوت (BOT)، مصر: دار الكتب القانونية، ص 29.

<sup>٣٤</sup> الحمود، وضاح محمود، (2010)، مرجع سابق، ص 54.

### الفرع الثالث: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل عقود القانون الخاص

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تُعد من عقود القانون الخاص التي تخضع لسلطان الإرادة، ولمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وبالتالي تطبق عليها أحكام وقواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي لا القضاء الإداري. وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج والأسانيد التالية:

١. من المقرر، فقهاً وقضاً، أنه لكي يكتسب العقد الإداري هذه الصفة يجب أن تتوفر في شأنه ثلاثة أركان أساسية، وهي: أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الركن الثالث من أركان تمييز العقود الإدارية ينحصر في عقود الشراكة التي تُبرمها الجهة الحكومية مع القطاع الخاص، فالإدارة في هذا النوع من العقود تتعاقد مع القطاع الخاص كما لو كانت فرداً عادياً، الأمر الذي يوجب عليها أن توفّر موقف المساواة مع المتعاقد معها. ويدلّل أنصار هذا الاتجاه على ذلك بأن الجهة الحكومية، وإن كانت تملك تضمين عقودها الداخلية شروطاً استثنائية غير مألوفة، فإنها لا تملك تطبيق هذه الشروط على المتعاقد الأجنبي، فسلطات الجهة الحكومية تنحصر في حدود النطاق الجغرافي للدولة، هذا إضافة إلى أن متطلبات التجارة الدولية تقتضي أيضاً نزول الدول إلى مستوى الأفراد العاديين في التعاقد والبعد عن أساليب القانون العام، وذلك في سبيل تحقيق مصالحها الاقتصادية، فإذا ما تمسكت الدولة بسلطاتها التعاقدية فإنها تدمر بذلك العلاقات التعاقدية مع المتعاقد الأجنبي<sup>٣٥</sup>.
٢. إن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو أمر يتعارض وسياسة تشجيع الاستثمار «حيث يؤدي اعتناق الدول لهذا التكيف إلى تخويف المستثمرين وإعراضهم عن استثمار أموالهم في تلك الدول، وذلك حتى يتجنبوا المخاطر التشريعية واللائحية والقضائية التي يتعرضون لها». ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب على الدولة، لكي تجذب الاستثمار الأجنبي إليها، أن تبتعد عن أحكام القانون العام وتستعين بتطبيق أحكام القانون الخاص» مما يساعدها على زيادة الاستثمارات الأجنبية والوطنية<sup>٣٦</sup>.
٣. إن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتعارض وملكية الشريك الخاص للمشروع، ففي حين تُعد ملكية الشريك الخاص للمشروع في بعض صور عقود الشراكة ملكية تامة، فإنها لا تُعد كذلك في العقود التي تخضع لقواعد القانون العام والتي تكون فيها الجهة الحكومية هي من يملك المشروع.
٤. عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام، باستثناء وجود بعض القوانين التي تعالج جزئيات صغيرة متعلقة بنوعية مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها.
٥. إن مبدأ السائد في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ سلطان الإرادة، وهذه المبادئ ترجع أصولها إلى القانون المدني، كون المبادئ العامة الموجودة في القانون المدني هي الأساس القانوني لجميع فروع القانون الخاص<sup>٣٧</sup>.

كان هذا الرأي، في الحقيقة، محل انتقاد من الاتجاه الذي يرى أن عقد الشراكة من العقود الإدارية، حيث إن القول بأن الدولة لا تملك تطبيق ما يحتويه العقد من شروط استثنائية على المتعاقد الأجنبي، كونه يخرج عن نطاق إقليم الدولة الجغرافي، يحدو قولاً غير دقيق في ظل حقيقة مفادها أن جميع مشاريع الشراكة تنشأ على أراضي الدولة المتعاقدة تحقيقاً للمصلحة العامة لمواطنيها. كما أن تضمين العقد شروطاً استثنائية لا يعني بأي حال من الأحوال سلب المتعاقد مع الإدارة حقوقه التعاقدية، بل إن المتعمق في عقود

<sup>٣٥</sup> الحبيشي، مصطفى عبد المحسن، (2008)، مرجع سابق، ص 31، ناصيف، إلياس، (2006)، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة (6)، عقد BOT، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ص 139.

<sup>٣٦</sup> الحبيشي، مصطفى عبد المحسن، (2008)، مرجع سابق، ص 32.

<sup>٣٧</sup> الشريعة أحمد رمضان، (2011)، الطبيعة القانونية لعقود البوت، رسالة ماجستير (غير منشورة)، الأردن: جامعة الشرق الأوسط، ص 23.

الشراكة بين القطاعين العام والخاص يجدها تضمن للشريك الخاص جميع حقوقه التعاقدية. كما أن الأخذ بهذا الرأي يحول دون إمكانية تدخل الإدارة لتعديل شروط العقد، وهو ما يعرقل السير الحسن للمرفق العام. كما أنه لا يمكن تقبل فكرة أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو من قبيل العقود المدنية؛ وذلك لارتباطه بتسيير مرفق عام، ولكونه يحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي. فإن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أصبحت من أكثر العقود أهمية وشهرة في مختلف أنحاء العالم، وأضحى إطارها القانوني والأساسي الذي تقوم عليه معروفاً لدى المستثمرين في شتى القطاعات، حيث لم يعد لدى هؤلاء أيُّ تخوف من الخوض والاستثمار في هذا النطاق، خصوصاً في ظل وجود تشريعات خاصة تنظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ لم تبق الحال على ما كانت عليه من غياب تنظيم تشريعي لهذه العقود. كما أن جل الشركات التي تخوض هذا النوع من المشاريع تُعد من الشركات العملاقة ذات رؤوس الأموال الضخمة التي تستطيع التعامل مع هذا النوع من المشاريع وما يحفه من مخاطر. وهذ مما أدى إلى استبعاد هذا الرأي.

### الفرع الرابع: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقود ذات طبيعة خاصة

يميل جانب من الفقهاء<sup>38</sup> إلى إضفاء طبيعة خاصة على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، متخذين بذلك موقفاً وسطاً بين الفقهاء الذين يتجهون نحو اعتبار هذه العقود من قبيل العقود الإدارية، والفقهاء الذين يتجهون نحو اعتبار هذه العقود من قبيل عقود القانون الخاص. حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه من الصعوبة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مسبقاً، بل يجب النظر إلى كل عقد من هذه العقود على حدة لمعرفة طبيعته، وبناءً على ذلك فإن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد تدخل في مفهوم العقود الإدارية أو المدنية حسب أحكام وشروط كل عقد. وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجتين التاليتين:

1. إن عقود الشراكة من العقود الحديثة نسبياً التي تضم عدداً كبيراً من العناصر التعاقدية المختلفة: كملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع، وكيفية إعادة المشروع إلى الدولة، والرسوم التي يحق لكل من أطراف العقد الحصول عليها من الأفراد، ومدى جواز الحجز على أموال المشروع، وغيرها العديد والعديد من العناصر التعاقدية التي تختلف باختلاف كل مرحلة من مراحل العقد، وتختلف هذه المراحل وفقاً للهدف الذي تتجه إرادة الأطراف إلى تحقيقه. وعليه، فإنه من غير الممكن وضع تكييف عام ينطبق على جميع صور وأشكال هذه العقود، وإنما لا بد من أن يُسبغ تكييف خاص بكل عقد على حدة وفقاً للظروف والملايسات المحيطة به، وفي ضوء عناصره وشروطه، بحيث يتفق التكييف القانوني للعقد مع جوهره ومضمونه، ويكشف عن حقيقته وخصوصيته التي تميزه عن غيره من عقود الشراكة<sup>39</sup>.
  2. إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لها سماتها الذاتية التي تميزها عن غيرها من العقود الإدارية، إذ إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وخلافاً لعقود امتياز المرافق العامة، تُبرم بعد مفاوضات بين الجهة الحكومية والشريك الخاص، إضافة إلى أن العديد من القواعد التقليدية التي يقوم عليها عقد امتياز المرافق العامة قد تم تعديلها في عقود الشراكة، فإنشاء المشروع أصبح يقوم بتمويل من القطاع الخاص، وملكية الأرض أصبحت للشريك الخاص، الأمر الذي يصعب معه وضع تكييف محدد وثابت لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
- على الرغم من الانقسام الحاصل بين صفوف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، فإننا نميل نحو ترجيح الجانب القائل بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، باعتبارها إحدى الصور الحديثة لعقود التزام المرافق العامة، والمتتبع لنشأة عقود الشراكة بين القطاعين

<sup>38</sup> العبادي، محمد وليد، (2013)، طبيعة القانون الذي يحكم العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي، الأردنية في القانون والعلوم والسياسة،

(4) 5، ص 201-202.

<sup>39</sup> الشرايعية أحمد رمضان، (2011)، مرجع سابق، ص 22.

العام والخاص يجد أن خروجها إلى حيز الوجود كان ثمرة التطورات والتحديات التي أُجريت على عقود التزام المرافق العامة لتواكب متطلبات العصر الحديث.

الحقيقة أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وإن كانت تنطلق من صلب عقود التزام المرافق العامة التي نصت عليها المادة (117) من الدستور الأردني، فإنها تختلف عنها في العديد من النقاط الجوهرية، فمن ناحية: عقود التزام المرافق العامة لا تصدر إلا بقانون، وبالتالي لا يجوز للإدارة التعديل عليها إلا بعد الحصول على موافقة المتعاقد وكذلك السلطة التشريعية، ومن ناحية أخرى: فإن طريقة اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تختلف عنها في عقود التزام المرافق العامة، ففي الأخيرة تتمتع الإدارة بالحرية الكاملة في اختيار المتعاقد معها، بينما يخضع اختيار المتعاقد في عقود الشراكة لمجموعة من القيود، ويجري وفقاً لقواعد العلانية والمنافسة من خلال طرح عطاء واستقطاب العروض وتقييمها والبت فيها ومن ثمَّ اختيار المتعاقد، وقد حدّد نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني هذه الإجراءات بالتفصيل.

على صعيد آخر، فإن السلطات التي تتمتع بها الإدارة في عقود التزام المرافق العامة تنحصر في السلطات التقليدية التي تحوزها في عقودها الإدارية، وهذه السلطات ثابتة لها في هذا النوع من العقود. وعلى الرغم من ذلك فإن الحال في الأردن مختلفة بعض الشيء، فسلطات الإدارة في تعديل بنود العقد وإنهائه تكون مقيدة بالحصول على موافقة المتعاقد والسلطة التشريعية، نظراً إلى كون هذه العقود يجب أن تصدر بموجب قانون سندياً لأحكام المادة (117) من الدستور. أما في عقود الشراكة فإن ممارسة الإدارة لسلطاتها التقليدية يُنص عليها في محتوى العقد، ونادراً ما تلجأ الإدارة إلى ممارسة هذه السلطات خارج التأطير العقدي كما هو حاصل بالنسبة إلى عقود التزام المرافق العامة.

من جانب آخر، فإن الشائع بالنسبة إلى عقود التزام المرافق العامة أنها من عقود الإدارة، إذ يقوم المفوض إليه بإدارة واستغلال مرفق قائم تقدمه الدولة، وإن كان من الممكن تصور أن يكلف الملتزم بإنشاء المرفق ابتداءً ومن ثمَّ القيام بإدارته واستغلاله. أما عقود الشراكة فإنها عقود تمويل مقترنة بالإدارة التي تعدُّ أثراً لهذا التمويل، وعلى ذلك فإن مسؤولية شركة المشروع لا تقتصر على إدارة واستغلال المرفق، وإنما تشمل أيضاً إنشاء المرفق ثم القيام بإدارته واستغلاله، وفي المرحلة الأخيرة نقله وإعادته للدولة في نهاية مدة العقد.

نضيف إلى ذلك، أن أغلب دعاة الطبيعة المدنية والخاصة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد أدلوا بأرائهم وحججهم في ظل غياب تنظيم تشريعي خاص يعالج أحكام هذه العقود، حيث لم تكن هذه العقود قد تبلورت بصيغتها النهائية وإطارها القانوني الكامل بعد. أما وقد ظهرت التشريعات الخاصة الناظمة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن الأمر يقتضي، والحالة هذه، إعادة النظر في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود في ظل هذه التشريعات.

بالرجوع إلى خطة المشرع الأردني، نجد أنه أكد على الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك من خلال النص صراحة على أغلب الملامح المميزة للطبيعة الإدارية لهذه العقود، حيث عرّفت المادة الثانية من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني العقد بأنه: «اتفاق الشراكة الذي يُبرم بين الجهة الحكومية وأيّ من جهات القطاع الخاص، والذي تُحدّد فيه الشروط والأحكام والإجراءات وحقوق والتزامات الطرفين وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه». كما عرّفت المادة ذاتها الجهة الحكومية بأنها: «أي وزارة أو دائرة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو هيئة أو مجلس أو سلطة أو بلدية أو شركة مملوكة بالكامل للحكومة أو التي تساهم فيها بنسبة لا تقل عن 50%»، وعليه يكون أول أركان العقد الإداري المتمثل في أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، قد توفّر من ناحية أخرى، وفيما يتعلق بالركن الثاني من أركان العقد الإداري المتمحور حول ارتباط هذا الأخير بمرفق عام، أكد المشرع الأردني صراحة على هذه الصلة حين عرّف مشروع الشراكة في المادة الثانية من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني على أنه: «النشاط الذي يهدف إلى تقديم خدمة عامة ذات أثر اقتصادي أو اجتماعي أو خدمي، أو إلى تحسين خدمة عامة من خلال خفض تكاليفها أو رفع كفاءتها، على أن يتضمن تقاسم وتوزيع المخاطر والفرص». الأمر الذي يحدو معه هذا الركن متوفراً أيضاً. أما بالنسبة إلى الركن الثالث من أركان العقد الإداري، الذي يدور حول تضمين هذه العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإنه يمكن لنا أن نستخلص ذلك من خلال ما جاء في المادة

(37) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني، التي نصت على أنه: «يجب أن يشتمل العقد على البيانات والشروط الأساسية التالية حدًا أدنى: (ز) كيفية إجراء التعديلات على شروط العقد بعد التوقيع عليه. (م) حق الجهة المتعاقدة المنفرد بإنهاء العقد، والالتزامات المالية الناجمة عن استخدام ذلك الحق. (ن) الإشراف المالي والفني والإداري، ومنهجية مراقبة المراحل المتعددة لمشروع الشراكة ومتابعة تنفيذها، ومتطلبات إعداد التقارير المتعلقة بأنشطة الرقابة...».

يجد المستعرض لنص المادة السابق أن المشرع الأردني كان حريصًا على وجوب تضمين عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بنودًا تمنح الإدارة سلطة الرقابة والإشراف، وأخرى تمنحها سلطة التعديل في بنود العقد، إضافة إلى بنود تمنح هذه الأخيرة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، بما يؤكد على الطبيعة الإدارية لهذه العقود.

تأكيدًا على ذلك، فقد منح المشرع الأردني الجهة المتعاقدة سلطة تقديرية في إلغاء عطاء مشروع الشراكة إذا توفرت أي من الحالات الثلاث التالية: تتمحور الحالة الأولى حول اعتبارات المصلحة العامة، فإذا تطلبت المصلحة العامة إلغاء العطاء فإن الجهة المتعاقدة تملك إصدار قرارها بذلك. أما الحالة الثانية فتكمن في عدم تحقق متطلبات القيمة المضافة مقابل المال. وتتجلى الحالة الثالثة في الأحوال التي لا يتجاوز فيها مرحلة التأهيل الأولى إلا مقدم طلب واحد، ويتم الإلغاء بموجب قرار يصدر عن الجهة المتعاقدة بناءً على تنسيب الوحدة المستند إلى توصية اللجنة التوجيهية وموافقة المجلس، وذلك في أي وقت، ومن دون أن يكون للمتقدمين إلى العطاء الملغي الحق في المطالبة بأي تعويضات عن الأضرار الناتجة عن قرار الإلغاء، ما لم تنص دعوة طلب العروض على جواز التعويض<sup>٤٠</sup>. وبمفهوم المخالفة لنص المادة السابق، فإننا نجد أن الإدارة ملزمة بتعويض المتقدم للعطاء في الأحوال التي يتم فيها إلغاء العطاء من دون تحقق إحدى الحالات الثلاث التي أوردتها المشرع الأردني، أو في حال تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها التقديرية بالإلغاء، وذلك سواء نصت دعوة طلب العروض على جواز التعويض أم لا. وفي جميع الأحوال فإن قرار الجهة المتعاقدة بإلغاء العطاء يعتبر من القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء الإداري سنذًا لنص الفقرة (أ) من المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014.

إن كنا لا نتفق مع توجه المشرع الأردني في حرمان المتقدمين إلى العطاء الملغي من حقهم في التعويض عما لحق بهم من أضرار نتيجة هذا الإلغاء، وإن كنا نرى كذلك أن لتعويض مقتضى في هذه الحالة، لما يتكبده المتقدمون من عناء الخوض في إجراءات التأهيل الطويلة وما يتبع ذلك من تكاليف، إلا أننا نرى وجهة الحالات التي منح المشرع الأردني للجهة الإدارية الحق بإلغاء العطاء في حال تحقق إحداها؛ فالمتعمن في هذه الحالات يجد أن جلها يهدف إلى تحقيق الصالح العام، فقد تطرأ ظروف بعد طرح العطاء تغير في سلم أولويات الجهة الإدارية، وتحول توجهاتها نحو مشروع شراكة آخر تجد أنه على قدر أكبر من الأهمية ويحقق احتياجات المجتمع، أو تجعل الإدارة مترددة في خوض هذا المشروع في ظل ما طرأ من ظروف قد ترهق الاقتصاد وتجعل الدولة في موقف سياسي حرج، أو يتضح للجهة الإدارية أنه لا حاجة إلى هذا المشروع وإن من مصلحة المجتمع إلغاء العطاء الخاص به وعدم خوض ذلك المشروع الذي أصبح يتنافى والمصلحة العامة، أو قد تجد الجهة الإدارية أن الشريك الخاص غير قادر على تحقيق أية قيمة مضافة، بمعنى أنه غير قادر على تحقيق عائد اقتصادي إضافي للجهة المتعاقدة طوال فترة دورة مراحل المشروع المعيارية، من حيث الكلفة والسعر، والجودة، ونقل المخاطر، أو الجمع بين أي منها بموجب العقد، أو في الحالات التي يتجاوز مرحلة التأهيل الأولى مقدم طلب واحد فقط. وعلى ذلك، فما الفائدة من خوض العطاء ومقتضيات المصلحة العامة تقتضي أن يتم إلغاؤه.

هذا، وقد سار المشرع المصري على نهج نظيره الأردني من حيث إضفاء الصفة الإدارية على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فالمستعرض لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص يجد أنه قد منح الإدارة المتعاقدة العديد من السلطات والصلاحيات، فنجد أن نص المادة (5) منه قد منح الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية صلاحيات تنظيم ورقابة المرفق ومتابعة شركة المشروع. كما أن

<sup>٤٠</sup> المادة (31) من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015.

المادة (7) من القانون ذاته قد منحت الجهة الإدارية صلاحيات تعديل شروط العقد متى اقتضت المصلحة العامة ذلك. وقد نصت المادة (34) من القانون ذاته على وجوب تضمين عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بنودًا تمنح الإدارة صلاحيات الإنهاء المبكر للعقد.

### المطلب الثاني: آثار تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

سبق أن بيّنا في المطلب السابق أبرز الاتجاهات التي قيلت في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتوصلنا إلى نتيجة مفادها أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتوفر فيها جميع شروط وأحكام العقود الإدارية. كما سبق لنا أن توصلنا إلى أن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، كونها من العقود الإدارية أم من العقود المدنية، تكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود. وعليه، فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في أولهما القضاء المختص بنظر منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وفي ثانيهما القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات.

### الفرع الأول: القضاء المختص

تظهر آثار تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزوج والتي تقيم قضاءً عاديًا ينظر في المنازعات العادية، منها ما يتعلق بعقود القانون الخاص، وقضاءً إداريًا يتعلق بالمنازعات الإدارية، ومن ضمنها المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وعلى رأس هذه الدول فرنسا. وعلى النقيض من ذلك، لا يُشكّل التكييف القانوني لهذه العقود مسألة ذات أهمية في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، وبريطانيا؛ إذ لا تقيم أفكار هذا النظام أية تفرقة بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين ونظيرتها التي تطبق على الإدارة. وعليه فإننا سنتناول فيما يلي الجهة القضائية المختصة بنظر النزاعات المتعلقة بعقود الشراكة في أبرز دول القضاء المزوج.

يستطيع المتبع لمجلس الدولة الفرنسي ودوره الفعال في تطور نظريات القانون الإداري، القول بأن نظرية العقود الإدارية لم تنشأ في فرنسا إلا في وقت متأخر، حيث كان المعيار المتبع في فرنسا سابقًا لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري يقوم على فكرة السيادة أو السلطة، بحيث يختص القضاء الإداري فقط بالفصل في المنازعات التي تتعلق بالأعمال التي تقوم بها الإدارة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، وما عدا ذلك، بما فيه منازعات العقود الإدارية، فقد كان من اختصاص القضاء العادي، إلا أنه وفي مطلع القرن العشرين، وتحديدًا منذ حكم تيريه (Terrie) الصادر عام 1903، كان الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية، وقد جاء فيه: «إن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أم محلية... فالعقود التي تُبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها، ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات»<sup>٤١</sup>.

وفي مصر، كان القضاء العادي، ولفترة طويلة، هو المختص بنظر منازعات العقود الإدارية، وذلك قبل نشأة مجلس الدولة المصري، حيث لم تكن المحاكم الأهلية والمختلطة تعرف آنذاك قواعد قانونية إدارية، بل كانت تطبق قواعد القانون الخاص. وبقيت الحال على ما هي عليه على الرغم من نشأة مجلس الدولة المصري وصدور قانونه لسنة 1946، الذي خلا تمامًا من أي اختصاص له في مجال العقود الإدارية. واستمرت الحال إلى أن صدر القانون رقم (9) لسنة 1949، الذي منح القضاء الإداري، بموجب المادة الخامسة منه، سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر<sup>٤٢</sup>. وقد توالى القوانين الناظمة لاختصاصات مجلس الدولة إلى أن وصلت إلى القانون الحالي رقم (47) لسنة 1972، الذي منح القضاء الإداري صلاحيات واسعة في نطاق نزاعات العقود الإدارية، حيث نصت الفقرة الحادية عشرة من المادة العاشرة من هذا القانون على أنه: «تختص محاكم

<sup>٤١</sup> السويلميين، صفاء محمود. (2015). الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية. دراسات/علوم الشريعة والقانون، 42 (1)، ص 181.

<sup>٤٢</sup> السويلميين، صفاء محمود. (2015). المرجع السابق، ص 181.

مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر». الأمر الذي جعل القضاء الإداري المصري يبسط رقابته على كل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ومن ضمنها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باعتبارها جزءاً من هذه الأخيرة.

أما في الأردن، وخلافاً للوضع في مصر وفرنسا، فإن تحديد طبيعة العقد، فيما إذا كان إدارياً أم مدنياً، ليس مُهمّاً في ظل نظام قانوني عَدَدَ الاختصاص المتعلق بمنازعات العقود الإدارية بيد القضاء المدني؛ حيث حددت المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014، اختصاصات المحكمة الإدارية على سبيل الحصر، وليس من بينها المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري. وعلى الرغم من حداثة هذا القانون، فإنه سار على نهج سابقه؛ قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992، الذي لم يكن أيضاً يمنح محكمة العدل العليا صلاحيات نظر النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، والغريب في الأمر هو اعتراف القضاء الأردني بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة، فعلى الرغم من ذلك، فإن الاختصاص بنظر النزاعات التي تنشأ عن هذه العقود يقوم للقضاء العادي.

### الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق

تقوم الدولة بإبرام العديد من العقود وذلك في سبيل تنفيذ أنشطتها وتقديم خدماتها، وعلى الرغم من أن هذه العقود في الماضي كانت تندرج ضمن المفهوم العام للعقود التي يُبرمها أفراد القانون الخاص؛ أي أن هذه العقود كانت تخضع فيما سلف لأحكام القانون المدني، فإنه وبعد نشأة القضاء الإداري كقضاء مواز للقضاء العادي، أصبحت هناك حاجة ملحة لوضع معيار يفرق بين العقود الإدارية التي تُبرمها الدولة أو أجهزتها المختلفة والتي تخضع لأحكام القانون الإداري، وبين العقود التي يُبرمها الأفراد العاديون فيما بينهم أو التي تُبرمها الدولة وهي في منزلة الفرد العادي بحيث تتخلى فيها عن أساليب وامتيازات السلطة العامة، والتي تخضع لأحكام القانون المدني.

يجد المستعرض للآراء الفقهية في هذا المجال، أنها تتجه إلى القول بلزوم تطبيق أحكام ومبادئ القانون الإداري على العقود التي تقوم الإدارة بإبرامها بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، متبعةً أسلوب القانون العام بتضمين العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص<sup>٤٣</sup>. وذلك على نقيض العقود الإدارية التي تنزل فيها الإدارة عند إبرامها منزلة الأفراد العاديين، بحيث تتخلى فيها عن أساليب وامتيازات السلطة العامة، والتي تخضع بدورها لأحكام القانون الخاص. ولا يعنيننا هنا إلا النوع الأول من العقود الإدارية، وذلك يعود لكون عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تندرج تحت مظلة هذا النوع.

وعليه، فإن الأصل العام يقتضي أن يتم تطبيق قواعد ومبادئ القانون الإداري على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؛ تلك القواعد «التي تحكم السلطات الإدارية في الدولة من حيث تكوينها ونشاطها بوصفها سلطات عامة»<sup>٤٤</sup>، وتلك المبادئ التي نشأت في كنف القضاء الإداري. فقد كشف مجلس الدولة الفرنسي عن العديد من النظريات والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري، وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه، حتى أصبح دور المشرع في كثير من الأحيان مقصوراً على تسجيل ما توصل إليه القضاء الإداري من أحكام، ومع ذلك يتقيد القضاء في أداء مهامه وابتداعه لمبادئ وقواعد القانون الإداري بعدم مخالفة النصوص التشريعية القائمة، على أساس أن القضاء إنما يعبر عن إرادة مفترضة للمشرع، أما إذا أفصح عن إرادته تلك بنصوص تشريعية فإنه يلتزم بتطبيق تلك النصوص في أحكامه.

وتجدر الإشارة إلى أنه، وبتاريخ 28 أيلول 2014، أصدر المشرع الأردني قانون الشراكة بين القطاعين

<sup>٤٣</sup> شرف، عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم، (2002)، العقود الإدارية، (ط 1)، مصر: الناشر المؤلف، ص 294، الطماوي، سليمان، (2007).

مبادئ القانون الإداري، دراسة عامة، (ط 6)، مصر: دار الفكر العربي، ص 939.

<sup>٤٤</sup> راضي، مازن نبيلو، (2005)، القانون الإداري طبيعة القانون الإداري – التنظيم الإداري – نشاط الإدارة العامة – الضبط الإداري – الوظيفة العامة – الأموال العامة – القرار الإداري – العقود الإدارية، (ط 3)، مصر: دار المطبوعات الجامعية، ص 12.

العام والخاص رقم (31) لسنة 2014. وتبعًا لذلك صدر بموجب المادتين (18) و(22) من قانون الشراكة نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015، والذي وضع إطارًا تفصيليًا متكاملًا لتنفيذ أحكام قانون الشراكة، وألية عمل الأجهزة التي تم إنشاؤها بموجبه، والإجراءات القانونية التي تحيط بإبرام عقود الشراكة في الأردن، وذلك على غرار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم (67) لسنة 2010، الذي عالج الأمور ذاتها.

وفي النهاية لا بد من الإشارة إلى أنه، وعلى الرغم من انطباق قواعد ومبادئ القانون الإداري على المنازعات التي تثار بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن ذلك لا يعني انفصال هذه العقود بصورة تامة عن القانون المدني؛ إذ إن هذا الأخير يبقى الشريعة العامة الناطمة لجميع التصرفات والعقود، وهو محل اعتبار حتى في نطاق العقود الإدارية. وفي ذلك فإن للقاضي الإداري أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم مع الروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة والأفراد، وله أن يطرحها جانبًا إن كانت غير متلائمة معها، كما له أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم، ولا تثريب عليه في ذلك؛ إذ إن خصوصية العقود الإدارية أمر ليس من شأنه سلبها تمامًا عن النظام القانوني للعقود، فتبقى الأركان العامة للعقود متطلبية في ظل هذه العقود.

### خاتمة

يُعد اصطلاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحد أبرز مخرجات التطور الحاصل على صعيد السياسات الرامية لتحسين بيئة الاقتصاد، وتحقيق التطور المنشود داخل الدولة، وتوفير النمو الاقتصادي الذي يسهم بشكل مباشر في تحقيق أفضل الخدمات للمواطنين، حيث تُشكّل مشاركة القطاع الخاص للحكومة في تقديم هذه الخدمات نمطًا جديدًا ومنهجيًا مستحدثًا في أدبيات الاستثمار والمالية العامة، التي تهدف بالدرجة الأولى إلى تخفيف العبء عن الموازنات من خلال توفير التمويل اللازم لتنفيذ وإدارة وتحسين وتطوير المشاريع المتصلة بالبنية الأساسية.

يحتل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مركزًا مرموقًا في أدبيات هذا النوع من العقود، ويعود ذلك لما يسهم فيه هذا الأخير من تحديد للأثار القانونية لهذه العقود بالنسبة إلى أطرافها من جهة، وتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات التي تثار بصدها من جهة أخرى.

### نتائج

من خلال دراستنا هذه، توصلنا إلى مجموعة من النتائج يمكن إجمالها على النحو التالي:

١. تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها عقود ذات صفة إدارية متعددة الأطراف والمراحل، وذات طبيعة مركبة تركز على مبدأ تقاسم المخاطر.
٢. شهد الفقه انقسامًا واضحًا بصدد تحديد التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فتعددت الآراء الفقهية في هذا الصدد، حيث اتجه جانب من الفقهاء إلى تكييف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها عقود إدارية، بينما اتجه جانب ثانٍ من الفقهاء إلى اعتبارها من عقود القانون الخاص، واتخذ جانب ثالث من الفقهاء موقفًا وسطًا بين الاتجاهين، حيث اعتبر هذه العقود ذات طبيعة خاصة مما يحتم النظر إلى كل منها على حدة.
٣. أكد المشرع الأردني على الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك من خلال النص صراحةً على أغلب الملامح المميزة للطبيعة الإدارية لهذه العقود في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
٤. على الرغم من الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن القضاء المدني في الأردن هو المختص بنظر النزاعات التي تثيرها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، باعتبار أن اختصاص المحكمة الإدارية جاء على سبيل الحصر ولم يشمل المنازعات المرتبطة بالعقود الإدارية.
٥. يتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني في كونه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدّمًا، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي. وبهذا أرسى القواعد لنظام قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات سيرها، وإيجاد مركز التوازن

- والمواءمة بين ذلك وبين المصالح الفردية، لذلك نجد هذا القضاء قد ابتدع النظريات القانونية التي استقل بها في هذا الشأن وسبق بها القانون الخاص.
٦. يقتضي الأصل العام أن يتم تطبيق قواعد ومبادئ القانون الإداري على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، باعتبارها أحد العقود الإدارية التي تُبرمها الإدارة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، متبعًا في ذلك أساليب القانون العام.
٧. نجح المشرع الأردني، ونظيره المصري، في وضع إطار تنظيمي خاص يعالج أبرز المسائل التي تحيط بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من خلال إصدار قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (98) لسنة 2015، وقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم (67) لسنة 2010.

### توصيات

عطفًا على ما سبق من نتائج، فإننا نوصي بما يلي:

١. نتمنى على المشرع الأردني تعديل تعريف عقد الشراكة الوارد في المادة (2) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (31) لسنة 2014، وذلك بإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود من خلال النص صراحةً على ذلك، متلافياً الجدول القائم حول الطبيعة القانونية لهذه العقود.
٢. نتمنى على المشرع الأردني تعديل نص المادة (5) من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014، وذلك بإضافة منازعات العقود الإدارية، بما فيها عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لكي تدخل ضمن اختصاصات المحاكم الإدارية، والحكمة من ذلك تعود إلى تكوين القاضي الإداري الذي يختلف عن نظيره العادي، فدور القضاء العادي ينحصر في تطبيق القانون على المنازعة من دون أن يتعداه لخلق الحلول المناسبة التي تتفق مع طبيعة منازعات القانون الإداري، بما يضيف على قواعد القانون الإداري الطابع العملي الذي يتماشى مع ظروف واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها الحسن وتطورها المستمر.