كلية الحقوق

دراسة لبعض المشكلات العملية لعقود المشاركة

بين القطاعين العام والخاص" عقد ال "PPP "

"Les contrats de partenarit public-privé

" دراسة تحليلية مقارنة "

الدكتورة

هانم أحمد محمود سالم

مقدمة:

كان لانتصار مفهوم الدولة التدخلية وتوسيع مجال نشاط السلطة العامة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين الفضل في انتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية وإحداث طفرة اقتصادية، وعلى اثر تلك الطفرة الاقتصادية الحديثة بدول العالم – خاصة النامي منه – تم وضع برامج للإصلاح الاقتصادي لتشجيع الاستثمار والوصول إلى نهضة اقتصادية شاملة [1]،

---

[1] – وتجدر الإشارة إلى أن الدساتير المصرية المتعاقبة حرصت على أن يكون للدولة دور في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وعدم اقتصاره على دور الدولة الحارسة، وأكدت على ذلك المحكمة الدستورية العليا حينما قضت بأن "التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يتطلبها الدستور، هدفها تغيير أشكال من الحياة من خلال منظومة تتكامل روافدها، يكون التعليم فيها أكثر عمقاً وامتداداً، والبيئة التي نعايشها خالية من ملوثاتها بصورة أشمل، والفرص التي يتكافأ المواطنون في الحصول عليها أبعد نطاقاً، وتوكيد حرياتهم كافلاً حيويتها واكتما لها ومساواتهم في مباشرتها، وحياتهم الثقافية أكثر ثراءً ووعياً، ونظم معاشهم أفضل بمزاياها وعلو مستوياتها ومن ثم تتحقق التنمية – وميادينها متعددة – من خلال الاستثمار في رأس المال – مادياً كان أو بشرياً – لتقارنها زيادة فى الدخل توجهها قدرة الجماعة في زمن معين على أن تتخطى عثراتها، وأن تكرس مواردها لإحداثها، وأن تكون مدخلاتها تقدماً علمياً معززاً باستثماراتها التي يرتبط معدل النمو بزيادتها واستدامتها وتصاعد إنتاجيتها، ضماناً لإفادة المواطنين منها، ولو بدرجات متفاوتة..... والاستثمار بمختلف صوره – العام والخاص – ليس الا أموالا تتدفق وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص فإنها تتكامل فيما بينها ويعتبر تجميعها لازما لضمان قاعدة انتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريض فيها الا ترفاً ونكولا عن قيم يدعو اليها التطور ويتطلبها وما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور الملغي من أشكال للملكية تتقدمها الملكية العامة وتقوم إلى جانبها الملكية التعاونية والملكية الخاصة ليس الا توزيعا للأدوار فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعا لرقابة الشعب . ومقتضاها أن يكون الاستثمار العام قودا للتقدم معبدا الطريق اليه فلا يقتصر على ميادين محددة بل يمتد الى مواقع رئيسية تعمل الدولة من خلالها على تنفيذ مهامها السياسية والاجتماعية ويندرج تحتها متطلباتها في مجال الدفاع والامن والعدل والصحة والتعليم وحماية بيئتها ومواردها وصون بنيتها الاساسية والحد من نمو سكانها وأداء خدماتها بوجه عام لغير القادرين ولازمها أن تعزز قيادتها هذه بدعمها لأعباء يقصر الاستثمار الخاص عن تحملها ..... الدستور حرص بالنصوص التي تضمنها على أن تكون التنمية طريقاً وهدفاً، وأن تكون وسائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مراحلها وعياً عميقاً. بل أن ديباجة الدستور تؤكد أن قيمة الفرد –التي ترتبط بها مكانة الوطن وقوته– مردها إلى العمل، وأن النضال من أجل الحرية يقتضى أن يكون دور المواطنين في تثبيتها فاعلا وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل –وكلما كان مبرءاً من الاستغلال– كان طريقا لتحرير الوطن والمواطن ولا يجوز بالتالي أن يقترن بمزايا لا يرتبط عقلاً بها..... الدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة، فلا يكون نسيجها إلا تناغماً مع روح العصر وما يكون كافلاً للتقدم فى مرحلة بذاتها، يكون حريا بالاتباع بما لا يناقض أحكاما تضمنها الدستور....." . راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوي رقم ٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١، مكتب فني ٨ –ج١ – ص.٣٤٤ وما بعدها وكذا منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا==

الأمر الذى أدي إلى ظهور عجز التمويل الحكومي في الانفاق على المرافق العامة وبصفة خاصة المتعلقة بالبنية الأساسية والمرافق الحديثة، وزيادة العبء على موازنة الدولة في ظل التزايد السكاني المتنامي وضعف مستوي أداء المرافق العامة، وحتى يتسنى التوفيق بين ضرورة الاستجابة في أقرب الآجال الممكنة للانتظارات المتزايدة فيما يخص المرافق العامة وبين محدودية الموارد المالية المتوفرة تصاعدت الدعوة نحو مشاركة القطاع الخاص من خلال آلية قانونية واقتصادية لتفعيل تلك المشروعات، باعتبار أن ذلك يشكل حلولا ناجحة للخروج من أزمة الركود الاقتصادي أو الكساد التضخمي وحل مشاكل المشروعات العامة، علاوة على أن العقود الثلاثة الماضية شهدت تغيرا تدريجيا في دور الاستثمار العام والاستثمار الخاص في تعزيز التنمية والنمو الاقتصادي علي مستوي العالم.

وعليه لم تعد أعباء تمويل عملية التنمية مقصورة على الدولة وأجهزتها الحكومية، بل صار للقطاع الخاص دوره الرئيسي في الاضطلاع بجانب من هذا العبء، وأصبحت عقود المشاركة حلقة في سلسلة التطور القانوني التي تنتهجها كثير من دول العالم في مجال التعاون مع القطاع الخاص لجذب الاستثمارات الخاصة إلى منطقة القطاع الحكومي، وفى مختلف مجالاته لاسيما البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ومنها – على سبيل المثال لا الحصر – خدمات إنتاج وتوزيع الكهرباء والاتصالات السلكية واللاسلكية والنقل بما في ذلك الطرق وخطوط السكك الحديدية والمطارات والموانئ البحرية وخدمات إمداد المياه والصرف الصحي، وذلك لتخفيف العبء عن الموازنة العامة من ناحية وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم اشباع حاجات المواطنين وإعلاء المصلحة العامة من ناحية أخري.

ولما كانت مصر دولة نامية ولديها الرغبة الاكيدة في مواكبة التطورات الاقتصادية العالمية فقد تعددت الافكار بها لكي تفسح المجال أمام القطاع الخاص ليقوم بدور فاعل في توفير بنية أساسية قوية من شبكات للطرق والصرفات الصحي ومياه للشرب وكهرباء وموانئ ومطارات ومدارس وطرق، خاصة أن البنية الأساسية في مصر لتلك المشروعات ظلت تعاني لسنوات نتيجة ضعف الموارد المتاحة لتحديثها وتنميتها اذ تحتاج في حقيقة الأمر إلى أموال طائلة لتنفيذها وهذه الأموال لا يمكن تدبيرها في ظل العجز الدائم للموازنة العامة للدولة وارتفاع الدين الداخلي والخارجي، وبالتالي لم يكن هناك مفر أمام المشرع المصري من ابتداع آلية لنقل عبء تمويل ومخاطر التشغيل التجاري الخاصة بهذه المشروعات إلى عاتق القطاع الخاص بما يسمح للإدارة من ناحية مواصلة حركة التنمية ومن ناحية أخري من مباشرة الرقابة والاشراف لضمان تقديم الخدمات العامة بانتظام واضطراد .

==http://www.sccourt.gov.eg/..

لذا لجأ إلى الشراكة بعد أن واجهت التنظيمات المؤسسية المنفصلة والمستقلة تحديات وصعوبات في تحقيق أهدافها، فتم الاعتماد على حشد وجمع كل إمكانيات المجتمع بما فيها من طاقات وموارد وخبرات كل من القطاعين الخاص والعام للمشاركة في تنظيمات مؤسسية،وتتجه معظم الدول إلى شراكة القطاعين العام والخاص كنموذج متطور لأنشطة الأعمال للوفاء بالتزامات المجتمع من السلع والخدمات، بسبب محدودية الموارد المالية والبشرية لدى القطاع العام.

ويقوم عقد المشاركة على التمويل المشترك بين القطاعين الخاص والحكومي لتنفيذ مشروعات البنية التحتية، ويصبح للقطاع الخاص حق إدارة المشروع بعد الانتهاء منه لفترة زمنية طويلة ويعود المرفق بعدها إلى الحكومة مرة أخرى بعد تحقيق مستهدفات المستثمر .

ونظرا لأهمية عقود المشاركة وإعمالاً لنصوص الدساتير السابقة واللاحقة لجمهورية مصر العربية والتي آخرها دستور ٢٠١٤ المعدل[١] ؛ فقد اهتم المشرع المصري كنظيره الفرنسي[٢] أن يفرد لها تنظيما قانونيا كاملا يجسد أطراً تشريعية لضبط وإحكام كافة مراحل إبرامه بما يضمن الحفاظ على حقوق كافة أطرافه، خاصة أنها ذات طبيعة مركبة أو معقدة حيث تنطوي في ذاتها على ضرورة إبرام العديد من العقود المتنوعة والمتداخلة ليس فقط بين طرفيها الأساسيين؛ وإنما بين هذين الطرفين وأطراف أخرى عديدة سواء في مجال الخبرات الاستشارية القانونية – المالية – التجارية – الهندسية – التقنية... الخ، أم في مجال نقل التكنولوجيا أو التمويل، وكذلك في مجال الإنشاء التشغيل – الصيانة .... وغيرها.

وعليه أصدر قانونا خاصاً بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الصادر في ٢٠١٠/٥/١٨ ولائحته التنفيذية والمعدل بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ٢٠٢١ [٣]، وتأكيدا على استقلالية هذا القانون سالف

---

[١]– تنص المادة ٣٦ من دستور ٢٠١٤ على أن " تعمل الدولة على تحفيز القطاع الخاص لأداء مسئوليته الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني والمجتمع ".كما تنص الفقرة الثالثة وما بعدها من المادة ٣٢ من الدستور ذاته المعدل على أن ....ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاما.

ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشرة عاما بناء على قانون.

ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك ". وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة تقابل المادة ١٢٣ من دستور ١٩٧١ الملغي.

[2]– Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, Version en vigueur au 30 juillet 2008.

[٣] – منشور في الجريدة الرسمية العدد ٥٠ مكرر (أ) في ٢٠٢١/١٢/١٨، ص.٣ وما بعدها .

الذكر عن التشريعات المتعلقة بتنظيم عقود التزام المرافق العامة نص في مادته الأولي على أنه لا تسري على هذه العقود أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة .

وذلك لأن الاستقرار القانوني والأمن التشريعي من أهم شروط ومقومات النشاط الاقتصادي؛ إذ حين تتحدد المراكز القانونية للأفراد والمشروعات بصورة واضحة وتحظي بالاحترام من جانب السلطة العامة والمجتمع فإن الاعمال تتم في سهولة ويسر وبقدر ما يشوب هذه الأمور من غموض أو خلط أو عدم يقين بقدر ما ترتبك الأعمال بل وقد تتوقف تماما، فالنشاط الاقتصادي يتطلب أن تكون الحقوق على الموارد المتاحة واضحة ومحددة ومعترف بها وآمنه من صدور تشريعات أو إجراءات غير متوقعة .

ولما كان الهدف من إبرام العقود الإدارية بشكل عام والتي منها عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص هو تسيير المرافق العامة حتي تؤدي الدور المنوط بها إلا أن المتعاقد مع جهة الإدارة قد تقابله معوقات وصعوبات أثناء تنفيذ العقد مما قد يدفعه إلي اللجوء إلي متعاقد أخر من أصحاب الخبرة يعهد إليه بتنفيذ ما استحال عليه تنفيذه، وعلي الرغم من أهمية التعاقد من الباطن بصفة عامة إلا أنه يعد إخلالا بقاعدة الاعتبار الشخصي التي تستند إليها الإدارة في اختيار المتعاقد معها في تنفيذ العقود الإدارية، ولما كان مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد لا يعني في مفهوم المشرع المصري التنفيذ المادي من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه فقد أجاز التعاقد من الباطن بشرط الموافقة الصريحة المسبقة للإدارة إلا أنه لم ينص علي مصير العقود حال التعاقد من الباطن دون موافقة جهة الإدارة أو حال التعاقد دون العرض عليها من الأساس ولا الجزاء الذي يوقع على المتعاقد الأصلي في هذه الحالة وهنا تثور عدة مشكلات بخصوص العقود المبرمة من الباطن من قبل شركة المشروع، نعرض لها تفصيلا في هذا البحث لإيجاد حل لها وفقا للقانون وآراء الفقه وأحكام القضاء الإداري والمدني فى فرنسا ومصر.

أسباب اختيار الموضوع:

تم اختياري لهذا الموضوع لأن عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص من العقود المستحدثة التي لها أهمية كبيرة ؛ كونها تساعد الدولة على تنفيذ مشاريع استراتيجية ذات أهمية للاقتصاد الوطني دون أن تتحمل أعباء تمويل هذا المشروع، ولذلك أخذت حيزها في التعامل ولاقت قبولا تشريعيا وعمليا، واهتم المشرع في معظم البلدان بأن يفرض لها تنظيما قانونيا كاملا يجسد أطرا تشريعية لضبط وإحكام كافة مراحل ابرامه بما يضمن الحفاظ على حقوق كافة

أطرافه، لاسيما أن عقد الشراكة ذا طبيعة مركبة حيث ينطوي في ذاته على ضرورة ابرام العديد من العقود المتنوعة والمتداخلة ليس فقط بين طرفيه الاساسين ؛ وانما بين هذين الطرفين واطراف اخري عديدة سواء في مجال الخبرات الاستشارية القانونية او المالية او التجارية او خبرات اخرى في مجال الصيانة والتشغيل والانشاء وغيرها، إذ في أغلب هذه المشاريع تعقد شركة المشروع عقد قرض مع أحد البنوك أو المؤسسات التمويلية، وعقد أو عقود مقاولة، كما أن جهة الإدارة أحيانا ما تتعاقد مع هذه المؤسسة الممولة للمشروع كضامن للطرف الخاص .

وحيث أن المشرع المصري لم يضع تنظيما شاملا لكافة العقود التي يكتمل بها مشروع المشاركة، الأمر الذي أثار عددا من المشكلات العملية حول تأثير بعض هذه العقود على العقود الأخرى. الأمر الذي دفعني لعرض بعض هذه المشكلات ومحاولة وضع حلولا لها وفقا للقانون والقواعد العامة وآراء الفقه وأحكام القضاء الإداري والمدني.

منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن حيث قمت بتحليل أحكام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ظل قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ المعدل لاسيما فيما يتعلق بالتعاقد من الباطن ومدي امتداد شرطي التحكيم والقوة القاهرة من عقود المشاركة لعقدي التحكيم والتمويل ومقارنة ذلك بالوضع في فرنسا .

خطة البحث:

مبحث تمهيدي: ماهية عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص وطبيعتها القانونية.

المبحث الأول: مصير العقود التى تبرمها شركة المشروع رغم عدم موافقة جهة الإدارة أوحال التعاقد دون إخطارها

المبحث الثاني : مصير العقود التى تبرمها شركة المشروع حال إلغاء أو فسخ عقد المشاركة

المبحث الثالث: مدي جواز امتداد شرط التحكيم في عقد المشاركة للغير أو حال وجود نزاع متعدد الأطراف

المبحث الرابع : مدي امتداد أثر البنود المتعلقة بالقوة القاهرة من عقد المشاركة إلى عقد التمويل

المبحث التمهيدي
ماهية عقود المشاركة
بين القطاعين العام والخاص وطبيعتها القانونية

تمهيد وتقسيم:

تعتبر عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص حلقة في سلسلة التطور القانوني التى تنتهجها كثير من دول العالم في مجال التعاون مع القطاع الخاص لجذب الاستثمارات الخاصة إلى منطقة القطاع الحكومي لاسيما مجالات البنية التحتية لتخفيف العبء عن الموازنة العامة وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ومن ثم اشباع حاجات المواطنين، وهي من العقود الحديثة نسبيًّا، ونظرًا لحداثتها وحداثة القواعد القانونية المنظمة لها، وندرة تناول الفقه لأحكامها، فقد تعددت التعاريف التي تناولتها ؛ إذ أن هناك من عرفها من الناحية القانونية وهناك من عرفها من الناحية الاقتصادية، لذا وجدنا صعوبة في إيجاد تعريف دقيق يحيط إحاطة كاملة ودقيقة بمفهومها الشامل الذي يضم عددًا كبيرًا من العناصر التعاقدية المختلفة .

وسوف تناول ماهية عقد الشراكة وطبيعته القانونية وذلك في مطلبين على النحو التال :-

المطلب الأول: ماهية عقود المشاركة والفرق بينها وبين الخصخصة وعقد B.O.T

المطلب الثاني: الطبيعية القانونية لعقود المشاركة .

المطلب الأول
ماهية عقود المشاركة والفرق بينها وبين الخصخصة وعقد B.O.T

الفرع الأول
ماهية عقود المشاركة
Les contrats de partenarit public-privé

الشراكة أو المشاركة مفهوم حديث بدأ الحديث عنه منذ عدة سنوات[1]، لذا فهي نمط جديد من العلاقات بين مؤسسات الدولة والإدارة العامة من جهة والقطاع الخاص من جهة أخري وهي نهج تتبعه الدول في تأمين خدمات عامة كانت الدولة هي التي تضطلع بها بهدف رفع العبء عن الموازنة العامة وإلقاءه على عاتق القطاع الخاص وتحويل جهد القطاع العام إلى أوجه إنفاق

[1] **- لمزيد من التفاصيل عن نشأة وتطور عقود الشراكة راجع الدكتور/ رجب محمود طاجن: عقود الشراكة ppp، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص.١٠ وما بعدها. وراجع أيضا الدكتور /علاء الدين أحمد حسن العناني: الصور الحديثة للعقود الإدارية ذي الطابع الدولي وأثرها على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠١٨، ص.٣٩١ وما بعدها .**

أخري يعزف عنها القطاع الخاص، ومن ثم تختلف الشراكة عن الاشتراكية فالأخيرة عبارة عن مذهب سياسي واقتصادي [١] يقوم على سيطرة الدولة على وسائل الانتاج وعدالة التوزيع والتخطيط الشامل [٢].

والشراكة في اللغة مأخوذة من الفعل شرك، يقال شاركت فلاناً أي صرت شريكه، واشترك الرجلان وتشاركا أي شارك كل واحد منهما الآخر، وأشركه في أمره أي أدخله فيه[٣]، أما المشاركة تُعرف بأنها أحد أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص يتم من خلالها وضع ترتيبات يستطيع بمقتضاها القطاع العام توفير السلع والخدمات العامة والاجتماعية من خلال السماح للقطاع الخاص بتقديمها بدلا من أن يقدمها القطاع العام بنفسه، وبشكل أكثر تحديدا فإن المفهوم العام للمشاركة يدل على أن السيناريوهات التي بمقتضاها يكون للقطاع الخاص دورا أكبر في تخطيط وتمويل وتصميم وبناء وتشغيل وصيانة الخدمات العامة وهذا الدور يتم من خلال ترتيبات تعاقدية بين الحكومة والقطاع الخاص في مشروعات معينة ينشأ بمقتضاها قيام القطاع الخاص بإمداد الحكومة بهذه الترتيبات التعاقدية قد تشمل الصورة المبسطة لتوريد المدخلات أو صور التعاقد الخارجي[٤].

ويري الكثيرون أن لفظي عقد الشراكة وعقود المشاركة يمثلان شيئا واحدا ولا يوجد فرق بينهما؛ غير أن جانب من الفقه يري أن ذلك لا يستساغ فالصواب أن لكل منهما مضمون يختلف عن الأخر، ويتضح ذلك من خلال الآتي [٥] :-

١- أن المشاركة تعني جميع أوجه التشاركية بين القطاعين العام والخاص في إنشاء مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، وعليه فإن مفهوم المشاركة ينصرف إلى العديد من أوجه هذا التشارك وتتعدد الصور لتأخذ منها صور عقود الالتزام وعقود البوت بصورها وأشكالها المتعددة، ويعتبر عقد الشراكة إحدى الصور التي يتشارك فيها القطاع الخاص مع

---

[١] - د. صلاح عبدالسلام العوضي: مقال بعنوان؛ وجهة نظر: الشراكة بين القطاعين... من منظور كويتي! https://www.aljarida.com/articles/ .

[٢] - د. حماده عبدالرازق حمادة: عقود الشراكة ppp، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١٤،ص.١٧ . وكذا راجع الدكتور / حماده عبدالرازق حماده: التنظيم القانوني لعقود المشاركة، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣، ص .١٩ وما بعدها .

[٣] - لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، مصر، بدون سنة نشر، مجلد ٤، ج ٢٤، ص ٢٢٤٨ .

[٤] - المستشار / حمدي ياسين عكاشة: عقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص ppp، طبعة ٢٠١٩ بدون دار نشر، ص.١٠ .

[٥] - د. حمادة عبدالرازق حمادة: المرجع السابق، ص.١٦، وراجع فى ذات المعني الدكتور/ نبيل محمود عبده السايس: عقد الشراكة مع القطاع الخاص، طبعة دار الفكر الجامعي ٢٠٢١، ص.١٦٠ وما بعدها .

القطاع العام في تمويل انشاء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة والخدمات ويكون المقابل المادي فيها في صورة مبالغ مالية يتقاضاها الشريك الخاص بطريقة مجزأة وعلى أقساط دورية شهرية أو نصف سنوية .

٢- أن المشرع أطلق على العقود التي يتم فيها المشاركة بين القطاعين العام والخاص في هذه المشروعات – عقود المشاركة – وذلك في المادة الأولى والثانية من قانون مشاركة القطاع الخاص رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ المعدل وينطبق على عقد الشراكة مع القطاع الخاص باعتباره إحدى صور مشاركة القطاع الخاص . وبذلك تكون عقود المشاركة بمعناها الواسع أعم وأشمل من عقد الشراكة مع القطاع الخاص والذى يعتبر إحدى صور المشاركة وأنهما لا ينصرفان إلى معني واحد .

ونستعرض فيما يلي أهم التعاريف التي قيلت بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك على النحو التالي:-

أولا: تعريف المشرع:

حرصت كل الدول التي تناولت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتنظيم على تضمين التشريعات الخاصة بهذا النوع من العقود تعريفًا محددًا له؛ **إذ عرف المشرع الفرنسي** في المادة الأولى من المرسوم رقم ٥٥٩ الصادر في ١٧ يوليو ٢٠٠٤ الملغي والمعدل بموجب القانون رقم ٧٣٥ الصادر في ٢٨ يوليو ٢٠٠٨ [(١)]؛ والمادة ١٤ من القانون رقم ١٧٩ الصادر في ٢٠٠٩/٢/١٧ والمعدل للقانون رقم ٧٣٥ الصادر في ٢٠٠٨ عقد الشراكة بين

---

[1]- **voir art. 1er de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (modifiée par la Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat "Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels l'état ou un établissement public de l'état confie à un tiers, pour une période détermine en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l' exception de toute participation au capital .**

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice , par la personne publique , de la mission de service public dont elle est chargée ..." .

القطاعين العام والخاص بأنه [١] " عقد إداري تعهد بمقتضاه الدولة أو 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 كلي أو مجزأ طوال الفترة التعاقدية ".

وعرفه المشرع المصري بموجب نص المادة (ا) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ المعدل والخاص بأحكام قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية بأنه "عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون [٢]. أي أنه عقد يعهد بمقتضاه أحد الأشخاص الاعتبارية العامة إلى أحد أشخاص القانون الخاص المصري أو الأجنبي الذي تقل نسبة مساهمة

---

[1]– **Art. 14 de la loi – Contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, modifiée par la Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et par la LAPCIPP" Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital** ".

[٢] – **تنص المادة الثانية من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والخاص بأحكام قانون المشاركة بين القطاع الخاص والعام 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 الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد. ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال 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 في المادة (١٤) من هذا القانون، الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية. ولا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقًا لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة " .**

المال العام المصري في رأسماله عن ٢٠%، تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد التى لا يجوز أن تقل عن خمسة سنوات ولا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه، ويجوز للشخص الاعتباري الخاص القيام بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة إلى تحديده الجهة الإدارية مقابل مبالغ مالية لا يحصل عليها إلا بعد أن تصدر الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوي جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة .

وعرفه المشرع الكويتي بأنه [١]؛ نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة – متى طلب المشرع ذلك – في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية، وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره وذلك من خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة ويأخذ إحدى الصورتين:

١- أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصل عليه المستثمر – عن الخدمة أو الأعمال المنفذة – من المستفيدين أو من الجهات العامة التى يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها والتى قامت بالتعاقد معه أو من كليهما .

٢- أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني، واستثمار لمدة محددة ويدفع مقابل لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي تم تخصيصها للمشروع – متى وجدت – في الحالتين .

وعرف المشرع الإماراتي عقد الشراكة بأنه[٢] عقد تبرمه الجهة الحكومية مع شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي .

---

[١] **– راجع البند الثاني من المادة الأولى من القانون الكويتي رقم ١١٦ الصادر في ٢٠١٤ بشأن الشراكة مع القطاعين العام والخاص، نشر هذا القانون في عدد الجريدة الرسمية رقم ١١٩٧ تاريخ ١٧ اغسطس (آب) ٢٠١٤م. المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ لقانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص.**

[٢] **– راجع المادة الثانية من القانون الإماراتي رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٥بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.**

وعرفه المشرع المغربي بأنه[١] "عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقد محدد المدة، يعهد بموجبه شخص عام إلى شريك خاص مسؤولية القيام بمهمة شاملة تتضمن التصميم والتمويل الكلي أو الجزئي والبناء أو إعادة التأهيل وصيانة أو استغلال منشأة أو بنية تحتية أو تقديم خدمات ضرورية لتوفير مرفق عمومي....." .

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يعرف في قوانينه عقد الشراكة لكنه قد أشار إلى أحد أساليب عقد الشراكة وهو نظام البناء التشغيل والتحويل وذلك بالرجوع إلى نص المادة ١٧ من قانون المياه التي نصت على أنه" :تحديدا لمكونات الملاك العمومية الاصطناعية للمياه، تخض كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت و الهياكل التي تعتبر ملكا يرم للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز و الاستغلال المبرم م شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للتعاون العام أو القانون أو الخاص[٢] .

ثانيا: تعريف الفقه:

لقد لعب الفقه دورًا بارزًا في وضع عدد من التعاريف بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ونذكر منها على سبيل المثال وليس الحصر ما يلي :-

عرفه الفقه الفرنسي[٣] عقد إداري تعهد بمقتضاه الدولة أو 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.

كما لعب الاتحاد الأوروبي دورًا بارزًا في إيراد تعريف لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث عرَّفت المفوضية الأوروبية الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكتاب الأخضر الصادر بتاريخ ٣٠ ابريل ٢٠٠٤ بأنها شكل من أشكال التعاون بين السلطات العامة

---

[١]- راجع الفقرة الأولي من المادة الأولى من القانون المغربي رقم 21.64 الصادر في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٤ والمتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

[٢]- راجع د. شايب باشا كريمة ود. مسكر سهام: بحث بعنوان أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار إنجاز المشاريع العمومية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية - المجلد - 04 العدد – 02 السنة ٢٠١٩، ص.١٦٢٢ وما بعدها . https://www.asjp.cerist.dz/en.

[3]- MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLIm, sénateurs: Les contrats de partenariat une forme de partenariat public-privé, p.8, *Ce rapport est disponible sur internet à l'adresse suivante* http://www.senat.fr/ " Ce contrat peut également avoir pour objet «tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée .

وعالم الشركات والتي تهدف إلى تحقيق تمويل، إنشاء، تجديد، إدارة وصيانة بنية أساسية، أو تأثيث مرفق [١] .

ويعرفه رأي من الفقه المصري بأنه عقد المشاركة بين القطاع العام والخاص بأنه أي مشروع يتم عليه الاتفاق بين جهة من القطاع العام ومستثمر من القطاع الخاص بهدف قيام المستثمر بتقديم خدمة مشاريع أو منشآت البنية التحتية وتشغيله أو على أي نحو آخر وذلك خلال مدة محددة بمقابل أجر أو ثمن لتلك الخدمة يحصله المستثمر من المستفيدين منها أو من جهة القطاع العام المتعاقد معها أو من كليهما .أو تكون تلك المشروعات تهدف إلى قيام المستثمر بتنفيذ مشروع أنمائي ذو أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني وذلك على أرض تملكها الدولة واستغلاله لمدة محددة بحيث يقوم بدفع مقابل عن انتفاعه بتلك الارض [٢] .

وعُرف رأى آخر بأنه عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القطاع العام إلى أحد أشخاص القطاع الخاص القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية، وتتولي مؤسسات من القطاعين العام والخاص العمل معا لتحقيق مشاريع أو تقديم خدمات للمواطنين وخصوصا في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية[٣].

---

[1]– **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 .**

[٢]– د. عماد محمد ثابت: بحث بعنوان مراحل إبرام عقد المشاركة ppp – منشور لدى المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠٠٨، ص.١٢٦ . وراجع فى ذات المعني د. علاء الدين أحمد حسن العناني: المرجع السابق، ص.٤٠٢. و د. نبيل محمود عبده السايس: المرجع السابق، ص.١٦٨ وما بعدها. وراجع في ذات المعني الدكتور/ حمادة عبدالرازق حمادة: المرجع السابق، ص.٢٠ .

[٣]– الأستاذ/ محمد متولي دكروري محمد: دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، ص.٥ وما بعدها. ولمزيد من التعاريف لعقد المشاركة راجع د.سيف باجس الفواعير: بحث بعنوان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة، منشور في المجلة الدولية للقانون http://dx.doi.org، وراجع فى ذات المعني راجع الدكتور/ أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة ppp، طبعة دار نصر ٢٠١٣، ص.١١ وما بعدها، المستشار/ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص.٢٦ وما بعدها، د. رجب محمود طاجن: المرجع السابق، ص.٥٤، د. عادل==

وقد عرف صندوق النقد الدولي مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها "الترتيبات التي يقوم فيها القطاع الخاص بتقديم أصول وخدمات تتعلق بالبنية التحتية جرت العادة على أن تقدمها الحكومة وقد تنشأ الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال عقود الامتياز وعقود التأجير التشغيلي، ويمكن الدخول فيها للقيام بمجموعة كبيرة من مشاريع البنية التحتية الاجتماعية والاقتصادية، وإن كانت لا تزال تستخدم بصفة أساسية في مشاريع البنية التحتية ذات الصلة بالمواصلات كالطرق السريعة والجسور والأنفاق والمستشفيات والمدارس والسجون [١] .

ونذهب من جانبنا لتعريف عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص بأنه؛ عقدا إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، وذلك دون الإخلال بدور الدولة في النهوض بالخدمات والمشروعات العامة والاشراف عليها.

ونستخلص من التعريفات السابقة؛ أن عقود الشراكة ppp تمثل أخر حلقات التطور القانوني في رحاب القانون الإداري الاقتصادي، وأن تعريف عقد المشاركة بهذا المضمون قد يبدو معروفا في القانون المصري منذ زمن طويل تحت مسميات أخري، فجوهر هذا العقد يشير إلى الإطار التقليدي الذي طبق فى مصر منذ زمن بعيد والذي من خلاله تمنح الإدارة عن طريق العقد مهمة تنفيذ المرفق العام إلى شخص أخر لتشغيله وتقديم الخدمة للجمهور مباشرة في مقابل تقاضي رسوم تحت إشراف دقيق لجهة الإدارة فكل عقود الإدارة غير المباشرة وعلى رأسها عقد التزام المرفق العام تدخل في هذا الإطار الذي يشرك القطاع الخاص فى الانشاء والتمويل والتشغيل والصيانة تحت إشراف جهة الإدارة، واذا كانت عقود الشراكة تشير إلى مضمون تقليدي فإنه لا يمكن القول بوجودها من الناحية القانونية منذ زمن طويل بل هي حديثة النشأة من ناحية المسمى في القانون المصري، كما أن هذه الطائفة من العقود التي لها أحكام قانونية متميزة

==محمود الرشيد: بحث بعنوان إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ص.٦ منشور على الموقع التالي:- http://www.merriam-webster.com .

[1]- **International Monetary Fund, Public-Private Partnerships, Prepared by the Fiscal Affairs Department, (In consultation with other departments, the World Bank, and the Inter- American Development Bank) Approved by Teresa Ter-Minassian, March 12, 2004,p:4, Bettignies, J. and Ross, Th.2004."The Economics of Public-Private Partnerships", Canadian Public Policy-Analyse de Politiques, vol.xxx,No.2.**

ومغايرة للطوائف الأخرى من العقود، وتأتي هذه العقود كحلقة في سلسلة التطور في إدارة المرافق العامة في القانون المصري والتي بدأت مع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة [١] .

ويلاحظ أن معني عقد المشاركة لا يختلف بين دولة وأخري فهو عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى القطاع الخاص بمهمة تمويل الاستثمار الخاص بالأعمال والتجهيزات الضرورية لمشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وأحيانا بيع خدماتها مقابل مبالغ مالية تلتزم جهة الإدارة بسدادها طوال مدة الفترة التعاقدية [٢] .

كما أن لمصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعاريف كثيرة ومع أن تلك التعاريف قد لا تكون متضاربة إلا أنها غير مكتملة، وتتفق جميعها على وجوب أن يتضمن عقد الشراكة سمات معينة كوجود شركاء من القطاع العام والخاص، والاتفاق على الأهداف والاستراتيجيات، ووجود المنافع المتبادلة، والالتزام الرئيسي بالموارد وتنوع الأنشطة، والمسئولية المشتركة، والمساءلة [٣].

لأجل هذا تمثل الشراكة بين الحكومة والقطاع الخاص حلا وسطا بين الإدارة الحكومية من ناحية، ونقل الملكية للقطاع الخاص من ناحية أخرى، وذلك للاستفادة القصوى من ميزات كل من القطاعين العام والخاص، وتقليص مساوئهما إلى أدنى درجة ممكنة، حيث تسعى الشراكة إلى الاستفادة من خبرات وإمكانات القطاع الخاص التكنولوجية والتمويلية والإدارية من ناحية، مع الإبقاء على ملكية المشروعات ملكية عامة للدولة. كما تهدف مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص الى بناء اقتصاد مستدام، يستند إلى المعرفة والتنافسية والخبرة والتنوع، كما يهدف الى تخفيف الضغط عن المالية العامة التي تعانيها الحكومات في تمويل مشاريع الخدمات، مع تحسين القدرة الإدارية للقطاع العام[٤] . كما تسهم الشراكة في تغيير سياسة الحكومة من إدارة

---

[١] – د. محمد إبراهيم محمود الشافعي: المشاركة بين القطاعين العام والخاص، طبعة دار النهضة العربية ٢٠١٢.

[٢] – د. رجب محمود طاجن: المرجع السابق، ص.٥٥ وما بعدها، وراجع في ذات المعني د. مني رمضان محمد بطيخ: بحث بعنوان الاطار القانوني لشرعية عقد المشاركة ppp والوسائل البديلة لتسوية منازعاته طبقا لأحكام قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية رقم ٦٧لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١، منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية العدد ٢٦ مارس ٢٠١٢، ص.٣١٥ .

[٣] – د. هشام مصطفى محمد سالم الجمل: بحث بعنوان – الشراكة بين القطاعين العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، منشور في مجلة الشريعة والقانون بطنطا – العدد الحادي والثلاثون – الجزء الرابع – ص ١٧٠٦. .

[٤] – د. حمادة عبدالرازق حمادة: المرجع السابق، ص.١٩ .

الخدمات العامة، إلى التركيز على وضع السياسات والأولويات لمشروعات البنية الأساسية، وتفتح حيّزًا اقتصاديًا لدخول الشركات الصغيرة والمتوسّطة إلى مشاريع وخدمات كانت مستبعدة منها.

ولذلك تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمجموعة من الخصائص التي تُبرز خصوصيتها واختلافها عن غيرها من العقود نسردها على النحو التالي :-

١- عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي إحدى تلك الأساليب التعاقدية الحديثة التي تتميز بتعدد الأطراف المشتركة فى تنفيذها إلى درجة تؤدي إلى تعارض فى مصالح هذه الأطراف الأمر الذي يجعل من هذه العقود وسيلة للتوفيق بين المصالح المتباينة للأطراف المتعاقدة [١].

٢- عقود الشراكة هي اتفاق ناشئ عن تلاقي إرادتين، ويُسمى هذا الاتفاق ب» اتفاق المشروع « وهي تجمع بين صنفين من المتعاقدين :الأشخاص العمومية، والأشخاص الخاصة أو ما يُسمى ب» شركة المشروع .« ويتحدد نطاق هذه العقود ومجالها من خلال الاتفاق المنشئ للالتزام، والذي يتضمن بشكل عام الاستثمار في 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 وتشييدها، 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 يمتلكه القطاع الخاص من كفاءة فنية وموارد مادية تساعد على توفر 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 [٢] .

٣- لا يختلف معني عقد المشاركة بين دولة وأخري فهو عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى القطاع الخاص بمهمة تمويل الاستثمار الخاص بالأعمال والتجهيزات الضرورية لمشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإدارتها واستغلالها وصيانتها واحيانا بيع خدماتها مقابل مبالغ مالية تلتزم جهة الإدارة بسدادها طوال مدة الفترة التعاقدية، بل ولا تختلف في الاغلب الاعم اجراءات ومراحل ابرامها . بل ولا تختلف فى الاغلب الاعم اجراءات ومراحل ابرام مثل هذه العقود بين الدول والتي تبدأ باختيار مستشار الطرح ثم عمل

---

[١] - **لمزيد من التفاصيل راجع المستشار/ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص.٣٠ وما بعدها .**

[٢] - **د.سيف باجس الفواعير: المرجع السابق، ص.٦ على الرابط التالي: http://dx.doi.org.**

دراسة جدوي للمشروع المزمع تنفيذه ثم مرحلة التأهيل المسبق ثم الحوار أو التفاوض التنافسي مع المستثمرين كل على حده ثم اجراءات المناقصة والبت ثم ابرام العقد .

٤- أن عقود المشاركة لها مفهوم حديث متعدد الأوجه ذو أهمية متزايدة وهو مرتبط بأبعاد عديدة يبرز منها البعد القانوني والبعد الإداري والتنظيمي والتعاوني والاقتصادي والاجتماعي، ولعقد المشاركة أهمية كبيرة لخطط الدولة التنموية كونه يساعدها على تنفيذ مشارع استراتيجية ذات أهمية للاقتصاد الوطني دون أن تتحمل الدولة أعباء تمويل هذا المشروع، لذا فعقد المشاركة لا يرد على أي محل كان بل يجب أن ينصب على المشروعات الخلاقة التي يكون غايتها رفع الكفاءة الاقتصادية للدولة وتخفيف اعباء الميزانية العامة، وأن المشاركة بين القطاعين العام والخاص هي القاعدة الأساسية لقيام هذين القطاعين للعمل لتقديم خدمة محددة، وأن دور الدول في عقد المشاركة يتجسد في تأكيدها بأن الخدمة المقدمة من القطاع الخاص بالمستوي الذي نصت عليه اتفاقية المشاركة ودفع تكاليف هذه الخدمة للقطاع الخاص في حالة عدم قيام الأخير بتقاضي رسوم من المستهلكين مباشرة ووضع التشريعات وتوفير الأراضي والبيئة القانونية والتسهيلات الإجرائية لتمكين القطاع الخاص من تنفيذ الاتفاقية الموقعة معه .

٥- جوهر مفهوم الشراكة يجب أن يتضمن بعض السمات منها وجود شركاء من القطاع العام والخاص والاتفاق على الأهداف والاستراتيجيات ووجود المنافع المتبادلة والالتزام الرئيسي بالموارد وتنوع الأنشطة والمسئولية المشتركة والمساءلة .

٦- على الرغم من أن عقد المشاركة يعد امتداداً لعقد امتياز أو التزام المرافق العامة ومتشابها معه حيث تقوم الدولة فى الحالتين بمنح القطاع الخاص الحق فى إنشاء مرفق عام وإدارته، إلا أن كلاهما يختلف عن الآخر إذ بينما يتكون المصدر الرئيسي للدخل الذي يحققه القطاع الخاص الحاصل على حق الامتياز مما يحصله مقابل الخدمات التى يُتيحها مباشرة للمنتفعين من الخدمة كما يكون عليه عبء سداد مقابل حق الامتياز للدولة، فإن عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص يتيح للشركات الخاصة القائمة على تنفيذ المشروعات العامة بأن تحصل على دخلها إما من الدولة فقط فى حالة شرائها للخدمة أو من جمهور المنتفعين أو المستهلكين فقط فى حالة تقديم الخدمة مباشرة لهم أو من المصدرين معا وذلك فى الحالات التى يكون فيها سعر البيع المتفق عليه لا يفي بتغطية تكاليف المشروع وبالتالي تقوم الدولة بسداد دفعات أو تقديم تسهيلات لشركة القطاع الخاص بما يضمن تغطية هذا المرفق [١] .

---

[١] – **د. مني رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٣٣٤ وما بعدها .**

٧- فى ظل نظم المشاركة بين القطاعين العام والخاص يتحمل القطاع الخاص بأعباء ومخاطر التمويل والتنفيذ والتشغيل فى مقابل تحمل الدولة بأعباء دعم مواطنيها من خلال إتاحة المنتجات أو الخدمات بأسعار تتناسب مع خططها الاقتصادية والاجتماعية وهي أعباء مالية متوسطة وطويلة الأجل تتمثل فى تيار من الإنفاق العام الذي تستطيع الحكومات تمويله من خلال التيار المتنامي من ايراداتها العامة .

٨- 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 بمرحلتي التشييد والتشغيل وانتهاء بنقل الملكية، كما أن تنفيذ عقود الشراكة يحتاج إلي إبرام العديد من العقود، ففضلا عن الاتفاق المبرم بين الجهة الحكومية والشريك الخاص يوجد العديد من الاتفاقات الأخرى ومنها الاتفاق الذي تبرمه شركة المشروع مع الجهات الممولة لتمويل تنفيذ المشروع وتشغيله والاتفاقات التى تبرمها شركة المشروع مع شركات المقاولات وغيرها [١].

٩- على الرغم من أن المشرع المصري قد عنى بتنظيم عقد المشاركة بين الجهة الإدارية والقطاع الخاص بموجب القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، إلا أنه لم يضع تنظيما شاملا لكافة العقود التي يكتمل بها مشروع المشاركة ؛ وهو ما أثار عددا من الإشكاليات حول تأثير بعض هذه العقود الأخرى، وذلك لأن الواقع العملي أثبت إن عقود المشاركة نادرا ما تعقد بمعزل عن عقود أخرى، ففي أغلب هذه المشاريع تعقد شركة المشروع (الطرف الخاص المتعاقد مع الإدارة) عقد قرض مع أحد البنوك أو المؤسسات التمويلية، وعقد أو عقود مقاولة. كما أن جهة الإدارة أحيانا ما تتعاقد مع هذه المؤسسة الممولة للمشروع كضامن للطرف الخاص (وهي الفرضية التي تعرض لها المشرع المصري في المادة (٣٨) من القانون)، لذا نناشد المشرع المصري بضرورة تنظيم تلك المسائل حتي تحقق عقود المشاركة الغرض منها .

١٠- عقود المشاركة تقدم حلا لمشكلة مشروعات البنية الأساسية دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها أو تحميل الموازنة العامة مزيدا من الأعباء.

١١- يُعد عقد المشاركة من العقود المسماة؛ حيث نُص عليه في قانون مشاركة القطاع الخاص في البنية الأساسية والخدمات والمرافق رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ كإحدى أهم صور مشاركة القطاع الخاص في هذه المشروعات.

---

[١] - **المستشار / حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص.٣٢ .**

الفرع الثاني

الفرق بين عقد المشاركة والخصخصة وعقد البوت

أولا : الفرق بين عقد المشاركة والخصخصة

شهدت الدول المتقدمة في النصف الأول من السبعينات حركة واسعة في إطار خصخصة القطاع العام، وتبعتها في ذلك العديد من الدول النامية نظرا لما يتمتع به القطاع الخاص من مميزات حيث يتفق معظم الاقتصاديون على أن القطاع الخاص أكثر قدرة وكفاءة على إدارة وتشغيل فعاليات الإنتاج في الاقتصاد الوطني وترتكز هذه الرؤية على العديد من النظريات التي يزخر بها الاقتصاد الوطني، ولا يوجد مفهوم دولي متفق عليه للخصخصة لذا يتفاوت مفهوم الخصخصة من دولة إلى أخري. **ونذكر على سبيل المثال وليس الحصر بعض تعريفات الخصخصة وذلك على النحو التالي:-**

يُقصد بالخصخصة نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، ويحدث هذا النقل حينما تفقد الأشخاص العامة " الدولة والوحدات المحلية والهيئات أو المؤسسات العامة " والأشخاص الخاصة " شركات القطاع العام " معا أو كل على حدة أغلبية رأس مال المشروع [١].

والخصخصة تعني للبعض مجرد اعادة ملكية القطاع العام الى القطاع الخاص ومنح القطاع الخاص دورا متزايدا داخل الاقتصاد، وهذا يعني العودة الى الاعتماد على آلية السوق لتحديد سقوف الانتاج وكيفية التوزيع وتحفيز العملية الإنتاجية. كما يعني تصفية القطاع العام واعادة الاعتبار الى الليبرالية وتقديمها على الفكر الماركسي ويلاحظ هنا ان القطاع الخاص كان موجودا دائما وهو ما يسمى بالقطاع المختلط ولكن دوره لم يكن رائدا [٢] .

ويتضح من التعريفات السابقة للخصخصة أن؛ الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص أسلوب مختلف تماما لتقديم الخدمات إلى أو نيابة عن القطاع العام، وعادة ما يكون الأثر الملموس لهيكل الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص هو استحداث منشأة أعمال مستقلة يتم تمويلها وتشغيلها من قبل القطاع الخاص ويكون الغرض هو إنشاء الأصل ثم تقديم الخدمة لعميل القطاع العام مقابل مدفوعات متكافئة مع مستوى الخدمة المقدمة .وعوضاً عن

---

[١]- د. محمد محمد عبداللطيف: القانون العام الاقتصادي، طبعة ٢٠١٢، جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي، ص.٦٤٨ .

[٢]- لمزيد من التفاصيل عن الخصخصة راجع الدكتور / عمر علي الدوري واحمد ضرار إسماعيل الشمري: بحث الخصخصة بدائل التحول من الملكية العامة الى الملكية الخاصة، منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة المنصورة– العدد العاشر ٢٠٠٧. ولمزيد من التفاصيل حول الخصخصة راجع المستشار/ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص.٦١وما بعدها .

أخذ ألية تقديم الخدمة الموجودة حالياً ونقلها بحذافيرها إلى بيئة تشغيل مختلفة كما هو الحال في عمليات الخصخصة . إضافة إلى ذلك تتميز عملية الخصخصة بأنها ترتيب دائم في حين أن عقد الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص يكون لفترة زمنية محددة ومتفق عليه، ثم تعود الملكية إلى القطاع الحكومي عند نهاية مدة العقد وهذه الطبيعة المؤقتة للاتفاق ودرجة السيطرة التي يتمتع بها القطاع الحكومي هما ما يميز الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص عن الخصخصة .ويمكن القول بصفة عامة بأنه إذا كانت الخصخصة تعني سيطرة القطاع الخاص وتملكه للمنشآت العامة، فإن الشراكة هي أشبه ما تكون بالاندماج بين القطاعين الحكومي والقطاع الخاص بحيث يتحملان المخاطرة ويتقاسمان الفوائد سنوياً .

ومفاد ذلك المحور الرئيسي بين الشراكة والخصخصة هي ملكية الأصول، في الخصخصة يتم نقل ملكية الأصول العامة بصورة دائمة للقطاع الخاص، بينما في الشراكة يتم نقل ملكية أصول بعض المشروعات لفترة زمنية محددة، ثم تعود الملكية إلى الدولة، وفقًا لعقد مبرم بين الطرفين.

ويمكن تلخيص الفرق بين الخصخصة والشراكة في عدة نقاط على النحو التالي [١] :-

١- حتي تتم الخصخصة فإنه ليس ضروريا أن يتم نقل كل رأس مال مشروع القطاع العام إلى القطاع الخاص بل يكفي أن يتم نقل أغلبية رأس المال، لذا الخصخصة على عكس الشراكة فهي عبارة عن البيع المباشر (الجزئي أو الكلي) للأصول الحكومية من خلال طلب عروض أو مزاد علني أو لمستثمر استراتيجي، وأن هذه العملية إذا تم أداءها بصورة صحيحة وبتقييم سليم ودقيق لحجم الأصول المعنية وفي وجود هدف واضح للتخصيص وتسعير مناسب لخلق المنافسة فيمكن أن تحقق نتائج بالغة الإيجابية للحكومة والمستهلك. أما مشروعات المشاركة مع القطاع الخاص بمثابة علاقة تعاقدية طويلة الأجل بين الجهات الإدارية بالدولة والقطاع الخاص ويعتمد الإطار التنفيذي لتطبيق برنامج المشاركة مع القطاع الخاص علي عقد إتاحة يقوم بمقتضاها القطاع الخاص بتنفيذ تلك المشروعات عن طريق عدة أدوار بما في ذلك التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والإدارة على أن تقوم الجهة الإدارية بسداد مقابل تلك الخدمات [٢].

٢- الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص أسلوب مختلف تماما لتقديم الخدمات إلى أو نيابة عن القطاع العام وعادة ما يكون الأثر الملموس لهيكل الشراكة بين القطاعين الحكومي

---

[١] - **لمزيد من التفاصيل بشأن الفرق بين الشراكة والخصخصة راجع الدكتور / هشام مصطفى محمد سالم الجمل: المرجع السابق، ص.١٧٢٨ .**

[٢] - **المستشار / حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص.٦٠ .**

والخاص هو استحداث منشأة أعمال مستقلة يتم تمويلها وتشغيلها من قبل القطاع الخاص ويكون الغرض هو إنشاء الأصل ثم تقديم الخدمة لعميل القطاع العام مقابل مدفوعات متكافئة مع مستوي الخدمة المقدمة.

٣- تتميز عملية الخصخصة بأنها ترتيب دائم في حين أن عقد الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص يكون لفترة زمنية محددة ومتفق عليها ثم تعود السيطرة التشغيلية التامة إلى القطاع الحكومي عند نهاية مدة العقد.

٤- الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص مفهوم يتضمن عمل تعاوني ومشترك بينهما لتوفير البني التحتية والخدمات ؛ وبدلا من أن يحصل القطاع الحكومي على أصل من الأصول الرأسمالية بدفع قيمته الكاملة فوراً بوسعه أن ينشئ مشروع قائم بذاته يموله ويشغله القطاع الخاص على أن توزع كل المخاطر المحتملة بين القطاعين الحكومي والخاص على أساس قدرة كل طرف على الإدارة والسيطرة على مثل هذه المخاطر ويكون الغرض الوحيد لهذه المنشأة هو توفير خدمة لعميل وحيد هو القطاع الحكومي مقابل مدفوعات معينة وتنطوي هذه الخدمات عادة على إنشاء بنية تحتية جديدة، وتكون الشركة مسئولة عن تصميم وبناء وتشغيل وتمويل الأصل وتوفير الخدمة على مدي زمني طويل مقابل مدفوعات منتظمة من القطاع الحكومي.

٥- الشراكة بجميع أنواعها علاقة تعاقدية فالعقد هو المحور الأساسي لهذه العلاقة وهو يتضمن واجبات والتزامات كل من الطرفين، ويحدد القطاع الحكومي نوع ومستوي الخدمة التي يرغبها من القطاع الخاص وإذا لم تقدمها منشأة القطاع الخاص المتعاقدة فإنها تكون بالتالي نتيجة لذلك منتهكة للشروط التعاقدية وقد يترتب على ذلك توقيع جزاءات عليها .

ثانيا: الفرق بين عقد المشاركة وعقد البوت.B.O.T

مصطلح البوت هو اختصار لثلاث كلمات هي Build وتعني بناء وOperate وتعني تشغيل وTransfer وتعني نقل ملكية، وعُرف بأنه اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة علي المنتفعين من هذا المرفق واية رسوم أخري بشرط الا تزيد عما هو مقترح في العطاء وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الاموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلي عائد مناسب على وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية

الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلي شخصية خاصة جديدة يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة [١].

وعُرفت مشروعات البوت بأنها المشروعات التي تعهد بها الحكومة الى احدى الشركات وطنيه كانت ام اجنبيه سواء أكانت من القطاع العام او القطاع الخاص وذلك لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامه على حساب الشركة وبنفقاتها، وتتولى هذه الشركة تشغيل المشروع وادارته مده معينه بشروط معينه تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة واخيرا تنقل الشركة ملكية المشروع في حاله جيده الى الدولة او الجهة المتعاقد معها [٢].

وعرف المشرع المصري عقد التزام المرافق العامة أو عقد المقولة بأنه عقد منه إدارة مرفق ذي صبغة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن[٣] .

وعرفته المحكمة الإدارية العليا[٤] إن التزام المرفق العام ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاها القيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الارباح فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة المرفق العام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم المشروع واخطاره المالية ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين .

وعرفت محكمة النقض عقد البوت .B.O.T بأنه صورة مستحدثة لعقود الأشغال العامة والتزام المرافق العامة ذات البعد الاستثماري المرتبطة بإنشاء مرفق عام وتشغيله لمدة محددة وإعادته لجهة الإدارة بعد انتهاء مدته [٥].

---

[١] – راجع د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام، طبعة ٢٠٠٣ بدون دار نشر، ص. ٣ .وراجع فى ذات المعني د. مني رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٣٢٨ . وراجع أيضا المستشار/ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق،ص.٥٤٢ وما بعدها. والدكتور/ وائل محمد السيد إسماعيل: المشكلات القانونية التي تثيرها عقود .B.O.T، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١١ .

[٢] – راجع في هذا المعنى الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام " دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام "، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٢، ص.٣٨ .

[٣] – تنص المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري على أن " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ".

[٤] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٩٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، مكتب فنى ٣٥ صفحة رقم ١١٣٣ .

[٥] – راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ١٩٦٤،١٩٦٨ لسنة ٩١ ق جلسة ٢٠٢١/٧/٨

https://www.cc.gov.eg/.

واذا كان مسمى البوت حديثاً نسبياً فان مفهومه معروف من فترة طويلة وقد كانت فرنسا رائدة في هذا المجال ، ثم تبعتها مصر من الدول العربية ولعل مشروع قناة السويس من اشهر مشروعات البوت في العالم والتي تم افتتاحها عام ١٧٨٢ وكانت مدة الامتياز فيها ٩٩ عاماً ، الا انه تم انهاء الامتياز عام ١٩٦٥ بتأميم القناة .

وتجدر الإشارة إلى أن كلا من النظامين.p.p.p و B.o.t يخضعان لمبدأ العلانية والشفافية وحرية المنافسة في اختيار المتعاقد فضلا على أن كلاهما يعد من العقود الإجمالية المركبة التي تتشابك علائقها التعاقدية في العديد من المراحل فهما يهدفان إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد مع ضمان المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق[١]، وقد حققت هذه المشاريع نجاحات كبيرة في الدول التي اعتمدتها كونها تقدم حلاً لمشكلة تمويل المشاريع الكبيرة كالمطارات ومحطات الكهرباء والمجمعات الصناعية .

وتكمن أوجه الاختلاف بينهما في أن عقود الشراكة تعد بالأساس عقود تمويل لإنشاء المرفق العام؛ حيث أن المتعاقد ومن خلال عقد إجمالي يلتزم بتمويل إنشاءات البنية الأساسية والتشغيل والصيانة في مقابل حصوله على مبالغ دورية من جهة الإدارة فالهدف الأساسي من عقود الشراكة هو التمويل وقد يمكن المستثمر من الإدارة كأثر لهذا التمويل، أما في عقود البوت يتقاضى المتعاقد الجعل المالي من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق طيلة فترة التشغيل والإدارة بينما يتقاضاه في عقود الشراكة من جهة الإدارة، فمصدر الدخل في الثاني قد يكون الدولة أو المنتفعين على عكس المصدر من الأول وهو من المنتفعين مباشرة [٢] .

وعقود البوت ليست شكلاً واحدا؛ وانما تحتوي صوراً متعددة بالإضافة الى الشكل الرئيس الذي اوضحناه أنفاً، لذا من المهم عدم الخلط بين الشكل الرئيسي لعقد البوت ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) والعقود المشابهة له والتي أفرزها الواقع العملي والتي تتفق معه في كثير من العناصر، ومنها ما يلي: عقد B.O.O.T "البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية[٣] "عقد

---

[١] – د. أحمد سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص.١٩ .

[٢] – د. أحمد سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص.١٩ وما بعدها .

[٣]– لمزيد من التفاصيل راجع د. جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص.٤٦ . وراجع ايضا د.مني رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٣٢٨، و د.مي محمد عزت علي شرباش: النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠، ص.١٤ .

B.O.L.T "البناء والتملك والتأجير ونقل الملكية [١] "، عقد M.O.O.T " التحديث والتمليك والتشغيل والتحويل [٢] "، و عقد B.T.O" البناء والتحويل والتشغيل [٣] "

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية لعقد المشاركة

بطبيعة الحال لا ينكر أحد الأهمية التي يحتلها تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وبيان عما إذا كانت من قبيل العقود الإدارية وبالتالي تخضع في تنظيمها وحسم ما قد ينشأ عن تنفيذها من منازعات لقواعد وأحكام القانون الإداري بما يخوله لجهة الإدارة من سلطات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أم أنها من قبيل عقود القانون الخاص والتي تتساوي فيها مراكز المتعاقدين وتخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بها أم لها طبيعة خاصة .

ولا يُشكل تحديد طبيعة عقد المشاركة في فرنسا أي مشكلة إذ يُعد عقدا إداريا بنص المادة الأولي من القانون الفرنسي الخاص بعقود الشراكة الصادر فى ٢٠٠٤/٦/١٧ المعدل [٤]، وظهر ذلك جليا فى الشروط اللازمة لصحة العقد والتي أوردتها المادتين١١[٥] و١٢[٦] من ذات القانون والمتمثلة فى مدة العقد والتزامات المتعاقد وحقوقه ورقابة الإدارة لتنفيذ العقد الجزاءات

---

[١] – لمزيد من التفاصيل حول عقد البناء والتأجير ونقل الملكية، راجع الدكتور/ دويب حسين صابر عبدالعظيم: الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، طبعة دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص.٥٨ وما بعدها .

[٢] – لمزيد من التفاصيل راجع د. مني رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٣٣١. ود. دويب حسين صابر عبدالعظيم: المرجع السابق، ص.٦٣ .

[٣] – د. دويب حسين صابر عبدالعظيم: المرجع السابق، ص. ٦١ . وراجع أيضا د. مني رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق،ص.٣٣١ .ود. مي محمد عزت على شرباش: المرجع السابق، ص.١٥ وما بعدها .

[4]– voir art. 1 du Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (modifiée par la Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat "Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs……..".

[5]– voir Art.11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Abrogé par ORDONNANCE n°2015-899 du 23 juillet 2015 - art. 102 , Modifié par LOI n°2008-735du 28 juillet 2008 - art. 1, Modifié par LOI n°2008-735du 28 juillet 2008 - art. 11.

[6]– Art.12 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat .

والغرامات عند الاخلال بالالتزامات وسلطة الإدارة للتعديل او الفسخ لدواعي المصلحة العامة وجواز التحكيم وغيرها من الأمور التي تؤكد الصفة الإجبارية للشروط العقدية وبطلان العقد حال غيابها، ومن ثم لا مناص من اعتبار عقود المشاركة من قبيل العقود الإدارية.

أما بالنسبة للوضع فى مصر فلم يحدد المصري صراحة في القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ عما إذا كان عقد المشاركة من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام، واكتفي بالنص فى المادة الأولي من مواد الإصدار للقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ على أن تسري أحكامه على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها والتي تبرمها الجهات الإدارية، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها. ولا تسري على هذه العقود أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة .

كما أوضحت المادة الثانية من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة وفقاً لآخر تعديل صادر في ٥ سبتمبر ٢٠٢٠ على أنه لا تُخل أحكام القانون المرافق بقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاصة فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، وغيره من قوانين التزامات المرافق العامة القطاعية .

إلا أنه بالنظر إلى هذا القانون ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ يتضح منها توافر كافة الشروط الواجبة لاعتبار العقد عقدا إداريا طبقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا [١]، ومع ذلك شهد الفقه انقساما واضحا بصدد تحديد طبيعته.

لذا نحاول في هذا المطلب بيان موقف الفقه والقضاء المصري في تحديد الطبيعة القانونية لعقود المشاركة، وذلك على النحو التالي:-

أولا: موقف الفقه:

انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات؛ الأول ذهب إلى اعتبار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل العقود الإدارية وهو الرأي الراجح [١]، وذهب الاتجاه الثاني إلى اعتبارها

---

[١]- **راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٥٥٥٩ لسنة ٤٣ القضائية جلسة٢٩ من أغسطس سنة ٢٠٠١، مجلس الدولة – المكتب الفني لرئيس مجلس الدولة – مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة السادسة والأربعون – الجزء الثالث (من يونيه سنة ٢٠٠١ إلى آخر سبتمبر ٢٠٠١) – صـ ٢٧٢١، وراجع أيضا الطعنان رقما ٣٠٩٥٣ و ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ٢٠١٠/٩/١٤ .**

من قبيل عقود القانون الخاص [٢]، وذهب الجانب الثالث إلى اعتبارها من العقود ذات الطبيعة الخاصة [٣] .

رأي الباحث

نتفق مع الجانب الذي يري أن عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص يعد من العقود الإدارية؛ لأنه باستقراء نصوص القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بمشاركة القطاع الخاص ولائحته التنفيذية وجدنا توافر المعايير الثلاثة التي تطلبها الفقه والقضاء لاعتبار العقد إداريا وهي [٤]:- **أن يكون أحد طرفي العقد شخصا من أشخاص القانون العام** [٥]، **واتصال**

---

[١] – لمزيد من التفاصيل راجع الدكتور / نبيل محمود عبده السايس: عقد الشراكة مع القطاع الخاص، طبعة دار الفكر الجامعي ٢٠٢١، ص.١٣٦ وما بعدها . وراجع أيضا الدكتور / هيثم يسن عبدالرحيم عبدالرحيم حسن: عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، رسالة دكتوراه جامعة أسيوط ٢٠١٧ . المستشار / حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص.٣٩ . و ولمزيد من التفاصيل بشأن تعريف العقد الإداري ومعيار تميزه راجع الدكتور / الصفا محمود محمد عسل: عقود الأشغال العامة وإشكالياتها العملية والحلول في ضوء الفقه والقضاء، طبعة دار الفتح ٢٠٢١، ص.٥ وما بعدها . وراجع أيضا الدكتور / محمد الشافعي أبوراس: العقود الإدارية، ص. ١٤ وما بعدها منشور على www.pdffactory.com . وراجع أيضا الدكتور / فؤاد محمد النادي – د. السيد أحمد محمد مرجان: العقود الإدارية، طبعة ٢٠١٩-٢٠٢٠، بدون دار نشر، ص.٥ وما بعدها .

[٢] – د. حمادة عبدالرازق حمادة: المراجع السابق، ص .٢٥ وما بعدها . وراجع أيضا الدكتور / أحمد سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص.٤٥ وما بعدها . والدكتور/ شهاب فاروق عبدالحي: التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية ٢٠١٤،ص.٤٦ .وراجع أيضا الدكتور/ علاء الدين أحمد حسن العناني: المرجع السابق، ص.٤١١ وما بعدها .

[٣] – د.هيثم يسن عبدالرحيم حسن: المرجع السابق، ص.٧١ . وراجع أيضا الدكتور / محمد عبدالخالق محمد الزغبي: بحث بعنوان عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، منشور في مجلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠١٢ على موقع دار المنظومة، ص.٢١٥، http://search.mandumah.com . ود. أحمد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص.١٩٦ .

[٤] – لمزيد من التفاصيل حول هذه المعايير راجع الدكتور / محمد الشافعي ابوراس: المرجع السابق، ص.٢٣ وما بعدها . وراجع ايضا الدكتور / فؤاد محمد النادي و الدكتور السيد أحمد محمد مرجان: المرجع السابق، ص.٨ وما بعدها .

[٥] – وظهر ذلك جليا في المادة الأولي من مواد الإصدار حينما نصت على أن تسري أحكام القانون المرافق على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها والتي تبرمها الجهات الإدارية، لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها، كما ظهر ايضا في نص المادة (١) من ذات القانون والمادة (١) من لائحته التنفيذية حينما نصتا على في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بكل من الكلمات والعبارات الآتية المعاني المبينة قرين كل منها: الجهات الإدارية الوزارات==

العقد بنشاط مرفق عام [1]، واخيرا وجود شروط استثنائية وغير مألوفة في العقد [2] والتي لا يوجد مثيل لها في عقود القانون الخاص [3].

==والهيئات العامة، الخدمية والاقتصادية، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدها قرار من رئيس مجلس الوزراء. السلطة المختصة: الوزير المختص، أو رئيس مجلس إدارة الهيئة أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري العام ...." . لمزيد من التفاصيل راجع د. سامي حسن نجم الحمداني: اثر العقد الإداري بالنسبة إلي الغير، طبعة دار الكتب القانونية بدون سنة نشر، ص.٢٥، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٠، مج٩ ص.٧٦٣ وما بعدها، الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٨٧/٢/٢١.

[1] – يقصد بالمرفق العام النشاط أو العمل الذي يمارسه المرفق ويكون تحت إشراف الدولة وتتولي تنظيمه ويستهدف تحقيق النفع العام فهو نشاط إما أن تقوم به الدولة مباشرة بنفسها أو يقوم به ملتزم يكون تحت إشرافها ورقابتها ...راجع الدكتور / عمر حلمي: معيار تمييز العقد الإداري، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص.١١٠، والدكتور/ محمد عبدالواحد الجميلي: ماهية العقد الإداري الفرنسي في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص.٩٣ . وراجع ايضا الدكتور / سامي حسن نجم الحمداني: المرجع السابق، ص.٢٧ . راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، وراجع ايضا الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، والطعن رقم ٣١٢٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، والطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤ منشورة لدي المستشار / حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية " العقود الإدارية في التطبيق العملي "، بدون دار نشر أو سنة نشر، ص.٢٨ وما بعدها .

[2]– R. Chapus, droit administratif général, paris 1988 , Montchrestien p. 361. Et Charles Debbasch, institutions at droit administratif, Paris 1987 p. u. f, p. 163 .et G. Vedel, remarques sur la notion de clause exorbitante–mélange Mestre paris 1956, p. 527 . et André de l'aubader et autre, traite des contrats administratifs, paris L. G. J 1988, p. 214 .

[3]– ظهرت الشروط الغير مألوفة في العديد من نصوص القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ منها المواد ٥و٧و٨و٩ ؛ إذ بموجبها تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، ومتابعة شركة المشروع عند إنشائه وتجهيزه وإتاحة المنتجات والخدمات محل عقد المشاركة، والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونًا، وتعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال طبقًا للأسس والقواعد التي يبينها العقد. وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر، كما يجوز الاتفاق على تعديل عقد المشاركة طبقًا للأسس والقواعد المنصوص==

ثانيا: موقف القضاء

لما كان القانون الإداري يوصف بأنه قانون قضائي ؛ لأن حرية القاضي الإداري فى استخلاص قواعده أوسع بكثير من حرية القاضي العادي في سائر القوانين الأخرى ؛ فقد استطاع القاضي الاداري أن يدخل في عالم القانون قواعد هي في حقيقتها من صنعه حتى أصبح دوره مكملا للتشريع لعدم وجود تقنين عام وشامل في مادة القانون الإداري، وقد أصبحت الاحكام الادارية معينا اصيلا تستقي منه مبادئ القانون الإداري .

لذلك تم الرجوع لأحكام المحكمة الإدارية العليا لمعرفة موقفها بشأن الطبيعة القانونية لعقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص، لنجد أن قضاؤها يستقر على أن [1]" مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الافراد الخاصة وان يخاذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضي القوانين واللوائح " .

وتواتر قضاء محكمة النقض[2] **والمحكمة الدستورية العليا**[1] **والمحكمة الإدارية العليا**[2]؛ على أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن

==عليها في العقد وذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد المشاركة بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام العقد . واخيرا للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك، إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهريًا بالتزاماتها في تشغيل المشروع، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونًا أو في عقد المشاركة ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل إصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك، لمزيد من التفاصيل راجع د. هيثم يسن عبدالرحيم حسن: المرجع السابق، ص.٨٨ . راجع حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، س ٨ ص ١٢٢٥، وراجع ايضا الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤، والطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، منشورة لدي المستشار/ حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، المرجع السابق ص.٤٢ و٦٨ .

[1] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة٦ جلسة٣١-٠٣-١٩٦٢ مكتب فنى٠٧ ص. رقم ٥٢٧، والطعن رقم٥٥٥٩ لسنة٤٣ القضائية جلسة٢٩ من أغسطس سنة ٢٠٠١، مجلس== ==الدولة – المكتب الفني لرئيس مجلس الدولة-مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة السادسة والأربعون-الجزء الثالث (من يونيه سنة ٢٠٠١ إلى آخر سبتمبر ٢٠٠١)-ص٢٧٢١، وراجع أيضا الطعنان رقما ٣٠٩٥٣ و ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ٢٠١٠/٩/١٤ .

[2] – راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم٩٨١ لسنة٥٥ القضائية جلسة٩ من يناير سنة١٩٩١ أحكام النقض – المكتب الفني – مدني الجزء الأول-السنة٤٢-ص١٢٣، الطعن رقم ٤٤٢٤ لسنة٦١ القضائية جلسة==

يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه متميز بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية، بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام بينما يجعل مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذ أن كفتى المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضاء هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء " .

==١٥ من نوفمبر سنة ١٩٩٧ أحكام النقض–المكتب الفني–مدني الجزء الثاني–السنة ٤٨ – صـ ١٢٤٥، والطعن رقم٥٨٢٩ لسنة٦٣ القضائية جلسة٧ من يناير سنة٢٠٠١ أحكام النقض – المكتب الفني – مدني الجزء الأول – السنة ٥٢ – صـ ١٢٣.

[١] – حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوي ٢٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣ منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا http://www.sccourt.gov.eg/ .

[٢] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ ق.ع جلسة٤ /٩ /٢٠٠٤، وراجع أيضا الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ق، إدارية عليا جلسة ١٩٩٥/١/٨م، منشور لدي المستشار / حسن الفكهانى واخرين: الموسوعة الإدارية الحديثة، طبعة الدار العربية للموسوعات ج٤٩– سنة ٢٠٠٠، ص٥٥.

المبحث الأول

مصير العقود

التى تبرمها شركة المشروع

رغم عدم موافقة جهة الإدارة أوحال التعاقد دون إخطارها

تمهيد وتقسيم:

الهدف من إبرام العقود الإدارية هو تسيير المرافق العامة حتي تؤدي الدور المنوط بها، ولما كانت عقود المشاركة تُعد من العقود الإدارية طويلة الأجل الأمر الذي يترتب عليه وجود العديد من الروابط التعاقدية التابعة أو الثانوية لاسيما مع المؤسسات المالية والمتعاقدين من الباطن لتنفيذ تلك العقود، ومن ثم تداخل مجموعة متشابكة من العقود والاتفاقات التي تتطلب منها مجموعة من الأعمال والتصرفات القانونية بين أطرافها المختلفة، وذلك لأنها لا تستطيع القيام بكل المهام لتنفيذ مشروع عام دون الاستعانة بالعديد من الخبرات والتخصصات في تلك المجالات والتي لديها الخبرة والكفاءات المهنية والفنية ويطلق عليهم مقاولي الباطن في هذه المجالات، فمثلا تنفيذ مشروع عام مثل مشروع مترو الأنفاق أو إقامة مطار أو محطات طاقة نووية يتطلب في واقع الأمر مشاركة عدد كبير من الأشخاص والشركات المتخصصة في مجالات التقنية أو التكنولوجيا المتطورة والتي لديها الخبرة والكفاءات المهنية والفنية، لذا فقد تراجع في إطار العقود الإدارية بصفة عامة وعقود المشاركة بصفة خاصة المبدأ القائل بالاعتبار الشخصي في التنفيذ [١] .

ولذلك حرصت التشريعات المنظمة لعقود المشاركة ومنها فرنسا[٢] والمغرب[١] ليس فقط على إجازة قيام المتعاقد الأصلي بالتعاقد مع متعاقدين من الباطن لتنفيذ بعض مراحل المشروع

---

[١] – د. مني رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٤٧١ وما بعدها .

[2]–**voir Art.11 d' Ordonnance n° 2004–559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat".....F– Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.**

Le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un==

محل عقد المشاركة وإنما أيضا على إلزام طرفي هذه العقود بضرورة تضمينها عناصر لحماية هؤلاء المتعاقدين من الباطن، باعتبار أن ذلك إنما يحقق في نهاية المطاف مصلحة الجهة الإدارية المتعاقدة ذاتها والتي تكون حريصة على انتظام واضطراد سير العمل مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ذات الأهمية الحيوية للمواطنين أو يتم تنفيذ هذه المشروعات فى المواعيد المحددة لها وبالكفاءة والجودة المأمول فيها .

أما المشرع المصري في القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ المعدل والخاص بالمشاركة بين القطاعين العام والخاص فلم يضع تنظيما شاملا لكافة العقود التي يكتمل بها مشروع المشاركة بين القطاعين العام والخاص كما فعل المشرع الفرنسي وإنما اكتفي بإجازة التعاقد من الباطن وفقا لنص المواد ١٢ و٣٦ و٣٧ منه شريطة موافقة جهة الإدارة على هذا التعاقد، وهو ما قد يثير عددا من المشكلات العملية .

ونتناول فى هذا المبحث بيان مبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقود المشاركة والتعاقد من الباطن وذلك فى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقود المشاركة.

المطلب الثانى: التعاقد من الباطن فى عقود المشاركة .

==cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues . Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire " .

[1]- راجع المادة ٢٠ من القانون رقم ١٢-٨٦ الصادر في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٤ المتعلق بالمشاركة بين القطاعين العام والخاص المغربي " يجوز للشريك الخاص التعاقد من الباطن على جزء من المهام المتعلقة بالمشروع التي عهد بها إليه، ضمن الشروط المتضمنة في العقد. إلا أنه، لا يمكن للتعاقد من الباطن أن يشمل كل العقد.

يجب على الشريك الخاص أن يطلع الشخص العام على عقود التعاقد من الباطن التي أبرمها طيلة مدة تنفيذ عقد الشراكة وذلك قبل الشروع في تنفيذ تلك العقود.

لا يمكن للشريك الخاص التعاقد من الباطن مع المقاولات التي لا تحترم القوانين الجاري بها العمل وخصوصا المتعلقة بالالتزامات الضريبية والاجتماعية.

تخضع عقود المناولة لمختلف مقتضيات أحكام القوانين المعمول بها. ويبقى الشريك الخاص المسؤول الوحيد عن التزاماته أمام الشخص العام سواء تلك التي نفدها بنفسه أو تلك المنجزة عن طريق متعاقدين من الباطن.".

كما نصت المادة ١٢ من ذات القانون على "وتنص المادة ١٢ منه ايضا على" يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص حقوق الأطراف المتعاقدة والتزاماتها ويتضمن لزوما وعلى وجه الخصوص البنود والبيانات التالية: .....١٣- شروط التعاقد من الباطن ....." .

المطلب الأول

الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقود المشاركة

من المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة – شأنه شأن أي متعاقد – يلتزم بمجموعة من الالتزامات أخصها احترام شروط العقد وما انطوت عليه من التزامات، إلا أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية تضفى على المتعاقد مع الإدارة التزامات متعددة يتعين عليه الانصياع لها حتى دون النص عليها، وتعتبر فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال العقود بصفة عامة[١]، لذا فإن شخصية أحد المتعاقدين أو كلتاهما في عقود المشاركة[٢] تمثل عنصرا جوهريا في التعاقد وتكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الأخر عند إبرام العقد[٣]، ومن أجل هذا يلتزم المتعاقد الأصلي عند رغبته بالتعاقد من الباطن مع متعاقد آخر في تنفيذ العقد أن يطلب موافقة الإدارة المسبقة على هذا التعاقد مراعاة لمبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية [٤]، وقد تكون هذه الموافقة متضمنة في العقد الأصلي فنكون أمام موافقة مسبقة جرى تنظيمها عقديا، وينتج عن التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة العديد من الآثار القانونية على العلاقة بين أطراف العقد الأصلي والتعاقد من الباطن.

وهذا يعنى أن القاعدة العامة سواء في فرنسا أو مصر هي أن فكرة الاعتبار الشخصي تعتبر من المبادئ الرئيسية للقانون العام؛ نظرا لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العامة، لذا تكون شركة المشروع ملزمة بالتنفيذ الشخصي للعقد، وذلك لأن اختيار الجهة الادارية المتعاقدة لشركة المشروع المنفذة لمشروع الشراكة يتم في ضوء مؤهلات لابد من توافرها في صاحب العطاء الفائز بتنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد، ومدى إمكانية الاعتماد عليه في تنفيذ المشروع محل عقد الشراكة، وكذلك التحقق من مدى قدرته المالية وكفاءته التقنية أي أن الاختيار قائم على الاعتبار الشخصي، والذي يعني قيام المتعاقد مع الجهة الادارية شخصيا

---

[١] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، مكتب فنى ٠٩ صفحة رقم ٣٢٤.

[2]– voir Art.1 d'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat "....

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser...".

[٣] – د.عبدالعليم عبد المجيد مشرف: فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٣، ص.٩ . وراجع أيضا الدكتور / سليمان محمد الطماوي: الأسُسُ العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة ١٩٩١ مطبعة جامعة عين شمس – بدون سنة نشر، ص.٤٣٨ وما بعدها .

[٤] – د. ابراهيم محمد على: أثار العقود الإدارية، طبعة دار النهضة العربية بدون سنة نشر، ص.٣٤٠ .

بتنفيذ الالتزامات الناتجة عن عقد الشراكة مع القطاع الخاص، وهذا يشير إلى أهمية الشخص المتعاقد عند اختياره من قبل الإدارة لكونها تأخذ في الحسبان إمكاناته المادية والتقنية، وتختلف شدته من عقد إلى آخر حيث يطبق وبشدة في عقد التزام المرافق العامة للخصوصية التي تتميز بها هذه العقود؛ من تقديم خدمات للمنتفعين مباشرةً، وتعقد لمدة طويلة من الزمن، وبحاجة إلى إمكانات مادية وتقنية عالية.

وأكدت على هذا المحكمة الإدارية العليا حينما قضت بأن[1] "بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام فإن من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها". وفى حكم آخر قضت بأن[2] "الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية هو عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن تنفيذ العقد إلى غيره، فيجب أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ لأن التزاماته مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير إذ روعيت في اختياره الكفاية الفنية والمالية، ومن ثم إذا حصل التنازل فإن التنازل يعد باطلا لما يترتب عليه من أن تكون العقود الإدارية مجالاً للوساطات والمضاربات " .

كما أكدت على هذا المعني ايضا محكمة القضاء الإداري حينما قضت بأن [3] " العقد المبرم بين المدعي والحكومة من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها في العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه .... فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة " .

---

[1] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، مكتب فنى ٠٩ صفحة رقم ٣٢٤. وأكدت على هذا المعني محكمة النقض في جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ حينما قضت بأن " من المقرر في فقه القانون العام أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة بها تطبق عليها جميعا حتي ولو لم ينص عليها في العقد ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية أى أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه ولذلك يعتبر المتعاقد الأصلي هو المسئول الوحيد أمام الإدارة ولها دائما حق الرجوع عليه في حالة وقوع التقصير في التزامه أي كان المقصر، ومن ثم فليس للمتعاقد أن يتحلل من المسئولية التي يرتبها العقد في ذمته متذرعا بأن الفعل الموجب للمسئولية قد وقع من مندوبه دون علمه أو رضاه " .

[2] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٧٩٩٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ٢٠١٦/١/٢٦، مج.٦١،ج.١، ص.٥٣٠ .

[3] – راجع حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٧، مج .س .١١، ص .١٧٤ .

وأخيرا أكدت عليه محكمة النقض حينما قضت بأن " من المقرر في فقه القانون العام أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة بها تطبق عليها جميعا حتى ولو لم ينص عليها في العقد ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية ؛ أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه ولذلك يعتبر المتعاقد الأصلي هو المسئول الوحيد أمام الإدارة ولها دائما حق الرجوع عليه في حالة وقوع التقصير في التزامه أيا كان المقصر ومن ثم فليس للمتعاقد أن يتحلل من المسئولية ...[١] .

وتتفاوت فكرة الاعتبار الشخصي من عقد إداري إلى عقد إداري آخر بحسب أهمية العقد ومدي صلته بالمرفق العام محل العقد، وعلي ذلك فكلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق العام كلما زاد التركيز علي فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، وتخف وطأة الالتزام كلما تقلصت صلة المتعاقد بالمرفق العام [٢] .

المطلب الثاني

التعاقد من الباطن في عقود المشاركة

لما كان مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد لا يعني في مفهوم كلا من المشرع الفرنسي والمصري التنفيذ المادي من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤوليته عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ؛ فقد أجازا استثناءً التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن بشرط الموافقة المسبقة للإدارة مع الابقاء على مسؤولية المتعاقد الأصلي عن التنفيذ تطبيقا لوحدة الضمان[٣].

ونتناول في هذا المطلب بيان ماهية التعاقد من الباطن والاساس القانوني له والمشكلات العملية المترتبة عليه وذلك في فرعين على النحو التالي:-

الفرع الأول: ماهية التعاقد من الباطن والاساس القانوني له

الفرع الثاني: إشكالية التعاقد من الباطن دون موافقة جهة الإدارة أو حال عدم عرض الأمر عليها

---

[١] - **راجع حكم محكمة النقض جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠، س ١٥ ص.٦١٩ .**

[٢] - **د. عبدالعليم عبدالمجيد مشرف: المرجع السابق، ص .١٨ وما بعدها .**

[٣] - **لمزيد من التفاصيل بشأن التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية، راجع الدكتور/ مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المركز القانوني للمتعاقد من الباطن الخفي في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر==أو سنة نشر. وراجع ايضا الدكتور/ سعيد السيد على: امتيازات الإدارة العامة، طبعة المصرية للنشر والتوزيع ٢٠١٩، منشور على https://books.google.com.eg/**

الفرع الأول

ماهية التعاقد من الباطن والاساس القانوني له

أولا: ماهية التعاقد من الباطن:

- **عرف المشرع الفرنسي** التعاقد من الباطن في نص المادة (١) من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ الصادر في ١٩٧٥/١٢/٣١ والخاص بالتعاقد من الباطن بأنه [1] " العملية التي بموجبها يعهد المتعاقد الأصلي وتحت مسؤوليته إلي شخص آخر يسمى المتعاقد من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من العقد العام المبرم مع السلطة المتعاقدة ".

- **وعرفه المشرع المصري في نص المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى بأنه** " ١-يجوز للمقاول أن بكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية ٢- ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل " .

بينما المشرع المصري لم يعرفه في القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠المعدل وانما عرفه في القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة وذلك بموجب نص المادة ٢٥ منه ؛ إذ نصت على " يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأى اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات .

ولا يجوز للمتعاقد تغيير أى منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة . وفى جميع الأحوال يظل المتعاقد دون غيره مسئولا أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد " .

---

[1]-**voir Art. 1 du Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance qui Modifié par Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 - art. 7 " Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. ".**

وعرفه الفقه الفرنسي بأنه عملية عقدية يبرمها الشخص الملتزم تعاقديا بمقتضي عقد أولي مع شخص آخر أجنبي عن العقد وذلك بهدف تنفيذ العقد الأول [١].

وعرف الفقه المصري التعاقد من الباطن[٢] بأنه ذلك العقد الذي يبرمه المتعاقد المشترك في عقد من العقود الإدارية مع شخص أجنبي عن العقد الأصلي يسمي " المتعاقد من الباطن " بغية تنفيذ العقد الأصلي أو الحصول علي منفعة ناشئة عن العقد الأصلي والذي يستند في وجوده ونطاقه ومدته للعقد الأصلي باعتباره سبب وجوده. وبمعني أخر هو العمل الذي من خلاله يفوض المتعاقد شخصاً آخر بواسطة عقد للحلول مكانه من أجل تنفيذ جزء من التزاماته في العقد. يعدّ هذا النوع من التعاقد أمراً مألوفاً عندما يجد المتعاقد الأصلي نفسه عاجزاً عن تنفيذ العقد الإداري كما يجب؛ بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويعدّ مثل هذا التعاقد جائزاً ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، علماً أن هذا الأمر تنظمه الشروط العامة للعقود الإدارية .

كما عُرف التعاقد من الباطن أن يتفق المتعاقد مع الادارة مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد، لذا يتطلب أن يكون محل العقد الأصلي قابلا للتجزئة [٣].

وعرفه مجلس الدولة الفرنسي[٤]؛ بأنه العقد المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، ومن ثم فإنه عقد من عقود القانون الخاص يُمكن المتعاقد الأصلي من أداء جزء من خدمات عقده بواسطة طرف ثالث يسمى المتعاقد من الباطن.

---

[1]–**Serge Braudo: Définition de** Sous-traitance," **Le "sous-traitant" est un entrepreneur qui, sous la direction d'un entrepreneur principal, s'engage envers ce dernier à réaliser un travail en sous-œuvre**.

https://www-dictionnaire-juridique-com.translate.goog/

et Moussa Thioye:Le contrat de sous-traitance» dans le domaine de la construction immobilière,

https://books-openedition-org.translate.goog/ .

[٢] – د.مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المرجع السابق،ص.٨ . ولمزيد من التعاريف للتعاقد من الباطن راجع الدكتور/ هشام يسري محمد: بحث بعنوان التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الاسلامي، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية لسنة ٢٠١٨، ص.٥٩٨ وما بعدها . وراجع ايضا الدكتور/ سنان خليل سلامة وأخر: بحث بعنوان عقد المقاولة من الباطن في القانونين الإماراتي والفرنسي، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة المنصورة – العدد ٧١ لسنة ٢٠٢٠، ص.٩ وما بعدها .

[٣] – د. إبراهيم محمد على: المرجع السابق، ص.٣٥٩ .

[4]– C.E.21 juillet 1970 , Lachaud et Aubineau , req.n.66475 .

وعرفته المحكمة الإدارية العليا[1] بأنه تنازل المقاول الأصلي للغير عن عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق أو التزامات ليحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل في العقد ويصبح المتنازل له هو المقاول في حقوقه والتزاماته تجاه رب العمل ويختفي المقاول المتنازل ولا يعود له شأن في المقاولة التي انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلي المقاول المتنازل له وتنتفي مسئولية المتعاقد الأصلي .

ويؤخذ على هذا التعريف للمحكمة الإدارية العليا أنه قصر أحكام التعاقد من الباطن على التنازل وهو ايضاح غير كامل؛ إذ أن التعاقد من الباطن ليس تنازلا عن تنفيذ موضوع التعاقد الأصلي بشكل كامل أو بمفهوم التنازل المتمثل فى عدم مسئولية المتعاقد الأصلي وإنما هو تعاقد مع آخر علي تنفيذ جزء من العقد تحت مسئولية وإشراف المتعاقد الأصلي الذي عجز عن تنفيذه ليكون المتعاقد الأصلي مسئولا أمام جهة الإدارة عما تم تنفيذه بواسطة المتعاقد من الباطن، التنازل المتمثل فى عدم مسئولية المتعاقد الأصلي وإنما هو تعاقد مع آخر علي تنفيذ جزء من العقد تحت مسئولية وإشراف المتعاقد الأصلي الذي عجز عن تنفيذه ليكون المتعاقد الأصلي مسئولا أمام جهة الإدارة عما تم تنفيذه بواسطة المتعاقد من الباطن، ولعل ما يبرر ذلك أن القضاء ليس من مهمته بيان مفهوم وتعريف المصطلحات الا بالقدر الذي يتجلى من خلاله غموض شاب أمرا ما فيلجأ القضاء لبيان مفهوم هذا الأمر حتى يزيل الغموض الذي شابه [2].

ثانيا: الأساس القانوني للتعاقد من الباطن

نص المشرع الفرنسي فى الأمر رقم ٥٥٩-٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ٧٣٥ لسنة ٢٠٠٨ و١٧٩ لسنة ٢٠٠٩ فى المادة (١) منه على جواز التعاقد من الباطن[3]؛ ونص المشرع المصري في المادة ١٢ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ والخاص بالمشاركة بين القطاعين العام والخاص علي "على شركة المشروع أن تعرض على الجهة الإدارية اتفاقات المساهمين في شركة المشروع، ومشروعات العقود التي تزمع إبرامها مع الغير بقصد تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد المشاركة، وذلك وفقًا للإجراءات وفي المواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون وللجهة الإدارية خلال مدة لا تجاوز ستين يومًا من تاريخ العرض حق الاعتراض على إبرام هذه

---

[1] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٤١٢٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢٠١٦/٨/٢، مج. ٦١ ج.٢ ص.١٥٢١ .

[2] – د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المرجع السابق، ص.٩ وما بعدها .

[3] – voir Art.1 d'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat"..... Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission

العقود، وذلك إذا ثبت لها أن الغير المزمع التعاقد معه سبق شهر إفلاسه أو أنه خاضع لإجراءات التصفية أو سبق الحكم عليه نهائيا أو على من يمثله قانونًا بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية في جريمة مخلة بالشرف، أو تم شطبه من سجلات الموردين أو المقاولين بالجهة الإدارية المتعاقدة، أو كانت هناك اعتبارات للأمن القومي تستلزم ذلك".

كما نصت المادة ٣٧ من ذات القانون على" ... ولا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق التي يرتبها أو الالتزامات الواردة فيه إلا لغرض التمويل وبعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك.".

كما نُص في المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن[١] "يجب على شركة المشروع أن تعرض على الجهة الإدارية اتفاقات المؤسسين للشركة وأية تعديلات تطرأ عليها ومشروعات العقود المزمع إبرامها مع الغير بقصد تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد المشاركة، وذلك خلال خمسة عشرة يوما على الأكثر من تاريخ إبرام هذه الاتفاقات أو تعديلاتها ومن تاريخ إعداد مشروعات تلك العقود، وتقوم الجهة الإدارية بعرض الاتفاقات ومشروعات العقود على الوحدة وتطبيق توصياتها في شأنها وللجهة الإدارية أن تطلب من الشركة إعادة النظر في أي من بنود مشروعات العقود المزمع إبرامها التي لا تتفق وأحكام القانون أو هذه اللائحة أو تخالف عقد المشاركة أو لا تتفق مع أهداف ابرامه وذلك خلال ستين يوما من تاريخ عرض المشروع على الجهة الإدارية التي يكون لها الاعتراض على إبرام أي من مشروعات العقود إذا ثبت لها أن آيا من المساهمين أو الغير الذى تزمع شركة المشروع الاتفاق او التعاقد معه سبق شهر افلاسه او انه خاضع لإجراءات التصفية او سبق الحكم عليه نهائيا او على من يمثله قانونا بالنسبة للأشخاص الاعتبارية في جريمة مخلة بالشرف او تم شطبه من سجلات الموردين او المقاولين بالجهة الادارية او كانت هناك اعتبارات للأمن القومي تستلزم ذلك " .

ونص في المادة ٨ من ذات اللائحة على أن "على شركة المشروع الالتزام بالاعتراضات الواردة إليها من الجهة الإدارية بشأن إبرام عقود تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد المشاركة المشار إليها بالمادة ٧ من هذه اللائحة، ويجب أن يتضمن عقد المشاركة نصا بالالتزام المنصوص عليه في الفقرة السابقة " .

ومفاد هذه النصوص سالفة الذكر أن كلا من المشرع الفرنسي والمصري قد أجاز التعاقد من الباطن في إطار عقود المشاركة تحت تحفظ قبول الإدارة المتعاقدة للتعاقد من الباطن، وذلك لأن التعاقد من الباطن يتنافى مع مبدأ أساسي من المبادئ الحاكمة للعقود الإدارية بصفة عامة .

---

[١] – **تلك اللائحة منشورة في الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (ب) في ٢٠١١/١/٢٣ .**

وهذا يعني أن الشرط الأساسي لمشروعية التعاقد من الباطن وما يترتب عليه من آثار يكمن في حصول المتعاقد الأصلي على موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة على التعاقد من الباطن مقدما؛ ذلك أن مبدأ الموافقة المسبقة وارد ضمن دفاتر الشروط العامة النافذة لدي إدارات الدولة، إذ من غير المتصور في تنفيذ العقد أن نترك المتعاقد الأصلي يتعاقد مع من يشاء دون موافقة الإدارة لأن ذلك يضر بضمان تنفيذ العقد والمصلحة العامة، وإذا كانت العوامل الاقتصادية والفنية تبرر إباحة التعاقد من الباطن فمن الأولي أخذ مقتضيات الصالح العام بعين الاعتبار، فبعض العقود تتطلب السرية والأمن كالعقود المتعلقة بمرفق الدفاع الوطني، ومن ثم لا يتصور أن يقوم مقاول من الباطن بتنفيذها دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة[١].

وعلى الرغم من اشتراط المشرع موافقة جهة الإدارة على التعاقد من الباطن إلا أن سلطتها في الرفض أو القبول ليست واسعة بحيث لا يمكنها رفض التعاقد من الباطن إلا حينما تتيقن أن المتعاقد معه من الباطن قد أشهر افلاسه اوانه خاضع لإجراءات التصفية او سبق الحكم عليه نهائيا او على من يمثله قانونا بالنسبة للأشخاص الاعتبارية في جريمة مخلة بالشرف او تم شطبه من سجلات الموردين او المقاولين بالجهة الادارية او كانت هناك اعتبارات للأمن القومي تستلزم ذلك أو لا يملك الكفاءة الفنية أو المالية لضمان تنفيذ جيد للعقد أو للحفاظ على السير المنتظم للمرفق العام أو لتحقيق المساواة بين المنتفعين بالخدمة أو أن التعاقد من الباطن غير متوافق مع العناصر الجوهرية التى تم على أساسها اختيار المتعاقد، فإذا لم تكن جهة الإدارة متيقنة مما سبق بل ورأت أن الهدف من التعاقد من الباطن مجرد وسيلة للتحايل أو لخرق الإجراءات والقواعد المتعلقة بإبرام العقد كان لها الحق في رفضه [٢] .

ولأجل ما سبق؛ يُعد التعاقد من الباطن مباح بحكم طبائع الامور والتقدم الفني والتكنولوجي وما يتبع ذلك من تخصص وتقسيم للعمل وهذا هو الأصل العام، إذ لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي تنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ، وإلا وقع أمام استحالة مطلقة [٣]، أما الحظر فهو الاستثناء في حالة ما إذا ورد نص في العقد يحظر التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة مقدما، ولذا الزم المشرع المصري شركة المشروع بعرض اتفاقات المساهمين ومشروعات العقود التي تزمع إبرامها مع الغير والمتعلقة بتنفيذ المشروع، وأجاز لجهة الإدارة الاعتراض على هذه التعاقدات في خلال ستين يوما من تاريخ العرض، وتكمن علة المشرع من الزام المتعاقد مع الإدارة بإخطارها بالشخص الذي يريد

---

[١] – د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المرجع السابق، ص.٢٦ .

[٢] – د.منى رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٤٣٢ وما بعدها .

[٣] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٦/١/١٦ لسنة ١٦ ق، ص.١٥١ .

التعاقد معه من الباطن كي تتأكد من توافر الاعتبارات الشخصية التي تراعيها في المتعاقد الأصلي عادة، وتملك الإدارة حق الاعتراض على المتعاقد من الباطن ولكن سلطتها في هذا الشأن ليست مطلقة وإنما هي مقيدة أي تخضع لرقابة القضاء .

وإمعانا من المشرع الفرنسي لأهمية التعاقد من الباطن فقد أفرد له قانون خاص به ينظمه رقم ٧٥-١٣٣٤ الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٧٥ ونص في المادة الثالثة منه على[١] " يجب على المتعاقد الأصلي الذي ينوي تنفيذ عقد عن طريق واحد أو أكثر من المتعاقدين من الباطن في وقت الإبرام أو طوال مدة العقد قبول كل مقاول من الباطن والموافقة على شروط الدفع. ويجب علي المتعاقد الأصلي مع الجهة الإدارية إبلاغها بالعقد (العقود) من الباطن عندما تطلب الأخيرة ذلك، وفي حالة عدم قبول المقاول من الباطن أو الموافقة على شروط الدفع من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة بموجب الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة، فإن المتعاقد الأصلي سيكون مسؤولاً أمام المقاول من الباطن، ولكن لا يجوز له الاحتجاج بعقد التعاقد من الباطن ضد المتعاقد من الباطن ".

كما نص فى المادة ١٤-١ من ذات القانون [٢] على أنه " بالنسبة لعقود البناء والاشغال العامة ؛على السلطة المتعاقدة اذا كانت على علم بوجود متعاقد من الباطن في موقع تنفيذ

---

[1]- **voir Art. 3 du Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance " L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.**

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le soustraitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant." .

[2]- **Ar.14-1 du Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance Modifié par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 186 () JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 "Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics:==**

الأعمال ولا يخضع للالتزامات المنصوص عليها في المادة الثالثة أو السادسة، وكذلك الالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة يجب عليها إخطار المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن للوفاء بهذه الالتزامات وتطبق هذه الاحكام على العقود الخاصة والعامة " .

وهذا مفاده أنه حرصا من المشرع الفرنسي على حماية المتعاقد من الباطن أوجب على المتعاقد الأصلي الحصول على موافقة جهة الإدارة سواء كانت الموافقة صريحة أو ضمنية قبل التعاقد من الباطن فإن لم تقبل الإدارة المتعاقد من الباطن فإن التعاقد من الباطن لا يقع باطلا وإنما يكون غير نافذ في مواجهتها، أما فيما بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن فإن للأخير الحق في التمسك بالتعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد الأصلي الذى يظل ملزما بالتعاقد من الباطن، بينما لا يستطيع هو أن يتمسك باتفاق التعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد من الباطن [1]، وتعزيزا من المشرع الفرنسي لحماية المتعاقد من الباطن أوجب على جهة الإدارة بموجب نص المادة ١٤-١ سالفة الذكر إذا كانت على علم بوجود متعاقد من الباطن في موقع تنفيذ الأعمال ولا يخضع للالتزامات المنصوص عليها في المادة الثالثة أو السادسة، وكذلك

==- **le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;**

- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution.

Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint.

Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions des troisièmes alinéas 'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle.".

[1] **- د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المرجع السابق، ص.٢٨ .**

الالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة إخطار المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن للوفاء بهذه الالتزامات، وبذلك يكون فرض المشرع على السلطة المتعاقدة التزاما بضمان امتثال كل متعاقد من الباطن لقواعد قانون التعاقد من الباطن، فإن لم توفي جهة الإدارة بهذا الالتزام أصبحت مسئولة عن تعويض المتعاقدين من الباطن الذين لم تقبلهم وأصابهم الضرر نتيجة لعدم قيام المقاول الأصلي بالامتناع عن السداد [١] .

رأي الباحث:

يحسب لكلا المشرعين الفرنسي والمصري أنهما أجاز التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من عقد المشاركة طالما اقتضت الضرورة ذلك ووافقت جهة الإدارة على هذا التعاقد، ويحسب للمشرع الفرنسي حرصه على النص على ضمانات لحماية المتعاقد من الباطن، إلا أنه يأخذ عليهما أنهما لم يحددا النسبة المئوية التي يجب على المتعاقد من الباطن أن يتعاقد بشأنها على تنفيذ جزء من العقد، لذا نناشدهما بتحديد الجزء المسموح للمتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن على تنفيذه وذلك بتحديد الحد الأقصى المسموح به بنسبة مئوية من إجمالي العقد حتى لا يتعداه وبالتالي يخل بمبدأ التنفيذ الشخصي للمتعاقد، ونري أنه لا يجب أن تزيد هذه النسبة عن ٤٠% من العقد.

لذا نناشد المشرع المصري بتعديل المادة ١٢ من قانون المشاركة وإضافة فقرة ثالثة ونقترح أن يكون النص على النحو التالي "على شركة المشروع أن تعرض على الجهة الإدارية اتفاقات المساهمين في شركة المشروع، ومشروعات العقود التي تزمع إبرامها مع الغير بقصد تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد المشاركة، وذلك وفقًا للإجراءات وفي المواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون وللجهة الإدارية خلال مدة لا تجاوز ستين يومًا من تاريخ العرض حق الاعتراض على إبرام هذه العقود، وذلك إذا ثبت لها أن الغير المزمع التعاقد معه سبق شهر إفلاسه أو أنه خاضع لإجراءات التصفية أو سبق الحكم عليه نهائيا أو على من يمثله قانونًا بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية في جريمة مخلة بالشرف، أو تم شطبه من سجلات الموردين أو المقاولين بالجهة الإدارية المتعاقدة، أو كانت هناك اعتبارات للأمن القومي تستلزم ذلك.

فإذا تعاقد المتعاقد الأصلي من الباطن دون عرض الأمر على جهة الإدارة أو رغم عدم موافقتها وكانت على علم بوجود المتعاقد من الباطن فى مكان الاعمال ولم تتخذ أي إجراء ضد المتعاقد الأصلي اعتبر ذلك بمثابة موافقة ضمنية منها على قبول التعاقد من الباطن .

لا يجوز التعاقد من الباطن إلا بنسبة لا تتجاوز ٤٠% من إجمالي العقد. ويكون العقد باطلا إذا تم بالمخالفة لما سبق ويستوجب توقيع الجزاء على المتعاقد الأصلي".

---

[1]- **C.E.2/12/2019,n.422307**

الفرع الثاني

إشكالية التعاقد من الباطن

دون موافقة جهة الإدارة أو حال عدم عرض الأمر عليها

بإمعان النظر نجد أن المتعاقد الأصلي يلجأ إلى فكرة التعاقد من الباطن لتنفيذ التزاماته التعاقدية بالشروط المتفق عليها خلال الميعاد المحدد لذلك، ولا يثير الأمر أية مشكلة إذا ما قبلته جهة الإدارة ووافقت عليه، وإنما تثور المشكلة حينما ترفض جهة الإدارة التعاقد من الباطن ومع ذلك يتم التعاقد أو يتعاقد المتعاقد الأصلي من الباطن دون أخذ رأي جهة الإدارة .

وهنا يثور التساؤل عن مصير العقود التي تبرمها شركة المشروع مع الغير في حالة عدم عرضها على الجهة الإدارية ؟ أو في حالة أنه قد تم عرضها على جهة الإدارة وتم رفضها وأصرت شركة المشروع على المضي قدما في إبرام تلك العقود؟.

سبق أن أوضحنا أن كلا من المشرع الفرنسي والمصري قد اجاز بموجب قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص التعاقد من الباطن شريطة موافقة جهة الإدارة على هذا التعاقد ولم يحددا صراحة ما هو مصير العقود التي تبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن حال عدم موافقتها أو حال عدم عرض الأمر عليها من الأساس، ومن ثم نستطيع أن نقول أنه بمفهوم المخالفة لنصوص المواد التي اجازته فإن التعاقد من الباطن دون علم الإدارة أو عند عدم موافقتها يعتبر باطل[1]، وذلك لأن العقد المبرم مع الغير في هذه الحالة يكون قد خالف

---

[1]- تجدر الإشارة الى أن القاعدة العامة أن البطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية؛ ففي الحالة الأولى يكون العقد الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل، ولما كان الشكل من صنع القانون فإن القانون هو الذي يعين له الجزاء الكافي في حالة الإخلال به، أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية كما هو الحال في انعدام أحد أركان العقد الثلاثة الرضا والمحل والسبب فإن هذا البطلان هو الذي يخضع للقواعد العامة، وقد عالج المشرع هذا النوع من البطلان بالقواعد النصوص عليها في المواد ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤ من القانون المدني وتخلص في أن العقد الباطل منعدم كأصل ولا ينتج أثراً ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به في تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة، وفي حالة البطلان يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وإلا جاز الحكم بالتعويض، ويتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح إذا توافرت فيه أركان العقد الأخير دون إضافة لأي عنصر جديد إليه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرامه، إلا أن البطلان قد لا يرجع لاعتبارات شكلية أو موضوعية فقد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يعالجه وقد يضع المشرع له حكماً خاصاً لحماية مصلحة عامة فيخرج به عن القواعد العامة سالفة البيان فقد يذهب المشرع إلى تصحيح العقد الباطل ويكون ذلك بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً وهو ما يسمى بنظرية تصحيح العقد الباطل، وهي تخرج عن نطاق نظرية تحول العقد الباطل التي تستلزم عدم إضافة أي عنصر جديد على هذا العقد فإذا ما سلك==

شرطا من الشروط الشكلية لإبرامه، والقوانين واللوائح التي يتم التعاقد عليها إنما تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفروض، فإن أقبلوا – حال قيامها – على التعاقد مع الادارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، و حينئذ تندمج في شروط عقودهم و تصير جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام [١]، والقاعدة المستقر عليها فقها هي أن العيوب الشكلية لا ترتب بطلانا إلا بالقدر الذي تطلبه المشرع صراحة [٢].

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها علي هذا المعني حينما قضت[٣]" بأن المشرع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية، فإذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد الإداري في حالات معينة، وأوجب فسخ العقد ومصادرة التأمين في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة حيث يعتبر العقد في هذه الحالة مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في هذا الشأن، كما وأن الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره إذ أنه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ".

==المشرع نهج التصحيح فلا محل للتمسك بالقواعد العامة في القانون المدني ومنها نظرية تحول العقد الباطل ورد المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد. راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٧٤٤٨ لسنة ٦٣ القضائية جلسة ١٩٩٤/٤/١٤، منشور على موقع محكمة النقض https://www.cc.gov.eg .

[١] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ جلسة٠٦-٠١-١٩٦٨مكتب فنى ١٣ صفحة رقم ٣٦٩ .

[٢] – د. مجدي عبدالحميد شعيب: بحث بعنوان مدي تأثر نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدنية " دراسة تأصيلية لأحكام البطلان لبيان طبيعة علاقة القانون الإداري بالمدني في فرنسا ومصر " – مجلة الامن والقانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي – عدد يوليو ٢٠١٥، ص.١٣ وما بعدها، منشور على دار المنظومة http://search.mandumah.com .

[٣] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥،مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة والأربعون – الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩٧ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٨) – صـ ٣٤١ .

ويستقر قضاء مجلس الدولة على أن[١]؛ تحريم التعاقد من الباطن لا ينصرف إلى حالة حصول المتعاقد على الأشياء والمواد الأولية اللازمة لتنفيذ عقده من الغير أو اتفاقه مع بعض رجال المال شأن تمويل العملية إذ أن مثل هذه التصرفات جائزة إلا إذا نص العقد صراحة على تحريمها وإنما يحرم على المتعاقد أن يحل محله غيره فى تنفيذ الالتزامات التي ارتبط بها.

ونستخلص مما سبق؛ أن علاقة المتعاقد من الباطن مع شركة المشروع هي علاقة مقاولة من الباطن، وهي علاقة خاصة قاصرة على طرفيها طبقا لما قرره القانون من انصراف آثار العقد إلي المتعاقدين دون الغير[٢]، وهذا يعني عدم وجود علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، فالإدارة لا تملك مطالبة المتعاقد من الباطن بالالتزام بإنجاز العمل، أو تسليمه، أو الالتزام بالضمان، لأن المتعاقد من الباطن ليس طرفاً في العقد الأصلي، ولكونها هي ليست طرفاً في عقد المقاولة من الباطن[٣]، وبناء عليه فإن التعاقد من الباطن إذا تم دون موافقة الإدارة لا يحتج به بمواجهتها ولا ينشئ عنه أي علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن والإدارة ويبقى المقاول الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية وكاملة أمام الإدارة عن تنفيذ العقد[٤]، وذلك لأن من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الادارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا ولا يحتج به فى مواجهة الإدارة فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة ويبقى المتعاقد الأصلي مسئولا فى مواجهة الإدارة فى كلتا الحالتين [٥] .

---

[١] – راجع حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٧، وراجع أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٧١/١/١٦، وجلسة ١٩٦٦/٥/١٤، منشورة لدي المستشار / حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، المرجع السابق، ص.٣٥٨ وما بعدها .

[٢] – لمزيد من التفاصيل حول مفهوم أطراف العقد راجع الدكتور / حسن محمود محمد حسن: بحث بعنوان مفهوم الطرف في العقد الإداري، مجلة بحوث الشرق الأوسط،العدد الثامن والأربعون، ص.٤٣٩ وما بعدها / https://mercj.journals.ekb.eg/

[٣] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧١/١/٩، وراجع ايضا الطعن رقم ٥٥٢٣٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ٢٠١٥/١٢/٨ . https://www.mohamoon-ju.com/ .

[٤] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٢٦٧٤٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠١٧/٤/١٨، والطعن رقم ٢٥٤٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٢، والطعن رقم ١٤١٢٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢٠١٦/٨/٢ . https://www.mohamoon-ju.com/ .

[٥] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، وراجع ايضا الطعن رقم ١٠٩٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥، منشوران لدي المستشار/ حمدي ياسين عكاشة:==

ويترتب على ذلك النتائج الأتية [١]:-

١- لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن الخفي مباشرة بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات قبل المتعاقد الأصلي، والتي تتعلق بتنفيذ العمل محل التعاقد من الباطن، ذلك أن المتعاقد من الباطن الخفي أو غير المرخص له الذي لم توافق عليه جهة الإدارة أو لم تعلم عن تعاقده شيئا لا تربطه بالجهة الإدارية أية علاقة عقدية وإنما يربطه بالمتعاقد الأصلي علاقة عقدية خاصة فى نطاق القانون الخاص ولا تبيح له الرجوع على الإدارة لاستيفاء حقوقها وحقوق المتعاقد الأصلي.

٢-ليس للمتعاقد من الباطن الحق في أن يطالب الإدارة بأن تنفذ التزاماتها في مواجهة المتعاقد الأصلي، لأن هذه الالتزامات مصدرها العقد الأصلي المبرم بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، ولما كان المتعاقد من الباطن ليس طرفا في هذا العقد لذا فإنه لا يحق له المطالبة بحق لم يقرر له أصلا، وبناء على ذلك ليس للمتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة مباشرة بتمكينه من إنجاز العمل أو تسلمها للعمل بعد إنجازه من قبله .

ولأجل ما سبق؛ فإن مجلس الدولة الفرنسي[٢] والمصري[٣] قد استقرا على أنه عند حدوث أي نزاع بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن تكون نصوص القانون المدني هي الواجبة التطبيق، وذلك لأن العقود المبرمة مع الغير هي بطبيعتها من عقود القانون الخاص، حيث أن كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص، كما أن هذه العقود غالبا ما تخضع لشروط متكافئة وتخلو من الشروط الاستثنائية [٤]، ومن ثم ينعقد الاختصاص للقضاء العادي في الفصل بالمنازعات الناشئة بينهما، وإن مسؤولية المتعاقد من الباطن بمواجهة المتعاقد الأصلي تخضع للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية في القانون المدني سواء في ذلك المسؤولية عن التنفيذ أو الأضرار أو العيوب الخفية.

==موسوعة العقود الإدارية والدولية منشورة لدي المستشار/ حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، المرجع السابق، ص.٣٥٧ وما بعدها و ص.٤١٧ وما بعدها.

[١]- لمزيد من التفاصيل راجع الدكتور/ مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المرجع السابق، ص.١٠٥ وما بعدها بعدها .

[2]- C.E. 22 Février1967 et C.E. 1 mai 1965, J.C.P.14459.

[٣]- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٠٩٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٨ . وراجع أيضا الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ جلسة ١٩٩٧/١/٢، منشور على https://www.elmodawanaeg.com/.

[٤]- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٢٦٧٤٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠١٧/٤/١٨ .

ويثور تساؤل آخر هل يحق للمتعاقد من الباطن طلب التعويض حال ابطال أو بطلان عقده ؟

بالنسبة لفرنسا فقد أجاز المشرع الفرنسي بموجب نص المادتين (١١) [١]و(٦) [٢] من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٥ للمتعاقد من الباطن الحق في اللجوء للدعوى المباشرة والدفع المباشر فى مواجهة جهة الإدارة كأحد ضمانات المتعاقد من الباطن حال عدم موافقة جهة الإدارة، أما في مصر فنظرا لغياب النص التشريعي في قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص بخصوص هذه المسألة فليس أمام المتعاقد من الباطن في إطار عقود المشاركة في مصر ولحين حدوث التعديل التشريعي سوي الاحتماء بنص المادتين ٦٦٢ و١٦٨ من القانون المدني للمطالبة

---

[1]-**Art.11 du Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ,Modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art. 12"Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.**

Le présent titre ne s'applique pas aux marchés publics soumis à la deuxième partie du code de la commande publique à l'exception

1° Des marchés publics relevant de ses livres Ier à III dont le montant est inférieur au seuil fixé en application du 2° de l'article L 2193-10 ;

2° Des marchés publics relevant de son livre V."

[2]- **Art.6 du Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance , Modifié par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art. 12 " Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.**

Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.

Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.".

بالتعويض حال ابطال أو بطلان العقد نتيجة عدم موافقة جهة الإدارة على التعاقد من الباطن أو عدم عرض الأمر عليها ومع ذلك تم التعاقد، ذلك لأن المتعاقد من الباطن الخفي أو غير المرخص له لا تربطه بالجهة الإدارية أية علاقة عقدية وإنما يربطه بالمتعاقد الأصلي علاقة عقدية خاصة فى نطاق القانون الخاص ولا تبيح له الرجوع على الإدارة لاستيفاء حقوقها وحقوق المتعاقد الأصلي[١]، وبموجب نص المادة ١٦٨ من القانون المدني إذا بطل العقد أو أبطل بسبب خطأ أحد المتعاقدين، كان للمتعاقد الآخر أو للغير أن يطالبه بالتعويض عما يرتبه له البطلان أو الإبطال من ضرر، ولا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر نتيجة البطلان أو الإبطال قد ساهم فيما أدى إلى وقوعه، أو كان يعلم سببه، أو ينبغي عليه أن يعلم به، وبموجب نص الفقرة الأولي والثانية من المادة ٦٦٢ من القانون المدني[٢] يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت الدعوي، ويكون لعمال المقاولين من الباطن هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل، وللمتعاقدين من الباطن في حالة توقيع الحجز امتياز على المبالغ المستحقة وقت توقيع الحجز مما يعني أن المشرع يجنبهم مزاحمة دائني المتعاقد الأصلي تلك المزاحمة التي يتعرضون لها في حالة لجوئهم طبقا للمبادئ العامة إلى الدعوي غير المباشرة لمطالبة جهة الإدارة بما يكون لهم من مبالغ مستحقة لدي المتعاقد الأصلي.

وأخيرا يثور تساؤل أخر ما هو الجزاء الذي يوقع على المتعاقد الأصلي حال التعاقد من الباطن دون موافقة جهة الإدارة أو حال عدم عرض الأمر عليها؟

نظرا لغياب النص التشريعي الصريح فى قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص في هذه المسألة فأننا نرجع لقواعد القانون المدني فى هذا الشأن ووجدنا أنه وفقا للفقرة الثانية من المادة (١٤٨) من القانون المدني[٣]، لا يقتصر العقد "على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن

---

[١] – **د.مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المرجع السابق، ص.٤٤ .**

[٢] – **تنص المادة ٦٦٢ "١– يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل. ٢–ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يدرب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة. ٣–وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من يترل له المقاول عن دينه قبل رب العمل .".**

[٣] – **تنص المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري على "١– يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢– ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه . ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ." .**

يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام." ومن ثم فإن إبرام شركة المشروع لعقود مع الغير دون الحصول على موافقة الجهة الإدارية يعتبر إخلالا بمستلزمات عقد الشراكة، ويشكل من ثم خطأ تعاقديا من جانبها تجاه الجهة الإدارية، ويتعين من ثم ترتيب الجزاء عليه على هذا الأساس.

ونظرا لعدم تحديد الجزاء المناسب لهذه المخالفة أجتهد الفقه والقضاء لتحديده وسوف نعرض لموقف الفقه والقضاء فيها وذلك على النحو التالي:-

أولا: موقف الفقه: ذهب رأي في الفقه[١] أن التعويض لا يبدو جزاءا مناسبا في ظل الاعتبارات التي توخاها المشرع من نص المادة ١٢سالف الذكر. فالمشرع أجاز لجهة الإدارة، في هذه المادة، الاعتراض على إبرام العقود مع الغير في عدد من الحالات، تمس جميعها قدرة هذا الطرف على الوفاء بالتزاماته وسمعته، بالإضافة إلى اعتبارات الأمن القومي. ومن ثم، فإن الهدف من شرط الحصول على موافقة الجهة الإدارية قبل إبرام العقود مع الغير هو ضمان إتمام مشروع المشاركة على أكمل وجه؛ وهو أمر يصعب معه تقدير التعويض، لأن تعاقد شركة المشروع مع الغير لا يرتب ضررا مؤكدا على عاتق جهة الإدارة، بل يرتب مجرد مخاطر تهدد بإفشال المشروع أو تعطيل تنفيذه، وهي مخاطر يصعب تقديرها ماديا على نحو كبير. كما أن إلزام شركة المشروع بالتعويض لن يدفع هذه المخاطر جانبا، بل ربما يزيد عليها خطر تعسر هذه الشركة ماليا، لاسيما إذا كان مبلغ التعويض ضخما.

ولذلك لا يبقى جزاءا ممكنا إلا جزاء فسخ عقد المشاركة [٢]. وهو حل يتفق مع اتجاه أحكام مجلس الدولة، والتي ذهبت إلى إجازة فسخ العقد من جانب الجهة الإدارية في الحالات الأخرى (في غير عقود المشاركة) التي يتنازل فيها المتعاقد مع الإدارة عن العقد أو يتعاقد من الباطن دون الحصول على موافقة من جهة الإدارة [٣].

---

[١] – د. سامي سراج الدين: مقال بعنوان إشكالية مجموعة العقود المرتبطة بعقد المشاركة في القطاع الخاص (PPP)، ص.٢، منشور على الموقع التالي

https://journals.qu.edu.qa/index.php/IRL/article/view/1286.

[٢] – يعد الفسخ نظاماً قانونياً يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، وهو يتمثل في الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ احد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته وبذلك يحق لكل متعاقد أَن يطلب حل الرابطة العقدية كي يتخلص من الالتزام الملقى على عاتقه فهو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزامه . لمزيد من التفاصيل حول الفسخ راجع الدكتورة / سحر جبار يعقوب: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة فى فرض الجزاءات الإدارية فى عقد التوريد، طبعة المركز العربي ٢٠٢٠ ومنشور على https://books.google.com.eg/ .

[٣] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق.ع جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة والأربعون – الجزء الأول (من أول==

بينما ذهب جانب أخر من الفقه[1]؛ إلي أن جزاء الفسخ يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة مقصرا في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو أقصي وأخطر الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها لأنه يؤدي إلى إنها الرابطة العقدية بين الطرفين، ومن ثم لا يجوز توقيعه على هذه الحالة لأن المتعاقد الأصلي حال اللجوء إلي التعاقد من الباطن لم يقصد فى أغلب الأحيان سوي تنفيذ هذا الجزء على احسن صورة، أي أن جهة الإدارة حينما تعهد إلى متعاقد معها في تنفيذ مهام معينة يكون غرضها تحقيق الصالح العام، وبالتالي فإن فكرة الصالح العام قد تكون سببا فى لجوء المتعاقد الأصلي إلى متعاقد آخر يتعاقد معه على تنفيذ أو القيام بجزء من العقد الأصلي الذي استحال تنفيذه بمعرفه المتعاقد الأصلي مع جهة الإدارة فإذا ضيقنا على المتعاقد الأصلي فى اللجوء إلى متعاقد آخر قد يضر هذا بالصالح العام بدلا من تحقيق المنفعة العامة ولكن رغم ذلك لا نطلق العنان للمتعاقد الأصلي باللجوء إلى متعاقد آخر فى كل الأحوال وإنما يكون اللجوء إليه بضوابط وتعهدات من قبل المتعاقد الأصلي تحقيقا للصالح العام.

ونحن من جانبنا نري؛ أنه إذا قام المتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن دون موافقة جهة الإدارة فإن هذا يشكل خطأ عقديا يبرر توقيع جزاء الفسخ وذلك استنادا إلي فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وذلك لأن الاعتبارات الشخصية التي روعيت في المتعاقد الأصلي عند إبرام العقد الإداري قد لا تتوافر فى المتعاقد من الباطن الذي تعاقد مع المتعاقد الأصلي دون الحصول على موافقة الإدارة وهذا يشكل إخلالا بمصلحة المرفق العام الذي من أجله تم إبرام العقد .

ثانيا: موقف القضاء.

يستقر قضاء المحكمة الإدارية العليا[2]على أن قيام المتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن دون ترخيص سابق من الإدارة يعتبر بذاته خطأ عقديا يرتب مسئوليته عن الأضرار الناجمة عنه، كما أنه يبرر توقيع أقصي الجزاءات عليه أي فسخ العقد على مسئولية المتعاقد الأصلي،

==أكتوبر سنة ١٩٩٧ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٨) – صـ ٣٤١. والطعن الطعن رقم ٥٥٥٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠١/٨/٢٩، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة السادسة والأربعون – الجزء الثالث (من يونيه سنة ٢٠٠١ إلى آخر سبتمبر ٢٠٠١) – صـ ٢٧٢١ .

[1] – د.عبدالعليم عبدالمجيد مشرف، المرجع السابق، ص.١٤٢. ود. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المرجع السابق، ص.١٠٣ .

[2] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٠٨جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ مكتب فنى ٠٩ صفحة رقم ٣٢٤، والطعن رقم ٨١٨٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ٢٠١٦/٣/٢٢، وراجع ايضا الطعن رقم ٣٦٣٤٤ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠١٦/٣/٢٢ https://www.mohamoon-ju.com/ .

وذلك سواء نص علي هذا الجزاء في العقد أو لم ينص باعتبار أن حق الإدارة في الفسخ في هذه الحالة ينتج من طبيعة العقد الإداري ذاته ولاستبعاده يجب أن ينص العقد صراحة علي ذلك.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها علي هذا المعني إذ قضت [1] "

بأن المشرع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية، فإذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد الإداري في حالات معينة، وأوجب فسخ العقد ومصادرة التأمين في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة حيث يعتبر العقد في هذه الحالة مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في هذا الشأن كما وأن الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره إذ أنه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ بما يؤكد ذلك أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على خلاف اللائحة الملغاة لم تمنح الإدارة سلطة تقديرية بالموافقة أو عدم الموافقة على تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها لفترة تعاقده مع آخر من الباطن لتنفيذ العقد الإداري ".

من المسلم به أن العقد الإداري يتميز ضمن ما يتميز به باحتوائه على شروط غير مألوفة فى العقود المدنية الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة؛ ومن ثم فإن هذا البند الذى يخول الإدارة الحق فى توقيع العقوبات على المخالف جائز قانوناً [2].

وذلك لأن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعاً، ولو لم ينص عليها في العقد؛ ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية أي المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلانا يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغاءه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شأن التعاقد

---

[1] **– راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥،مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة والأربعون – الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩٧ إلى آخر فبراير سنة ١٩٩٨) – صـ ٣٤١ .**

[2] **– راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٦٢ لسنة ٠٢ جلسة ١٣-٠٥-١٩٦١، مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ١٠١٢.**

من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر[١] .

وتنص المادة ٣٤ من قانون الشراكة المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ علي أنه يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي ".....ك –الحالات التي يحق فيها للجهة الإدارية الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المترتبة على استخدام هذا الحق ..." .

كما تنص المادة ٢٢/١٥ من دفتر عقد المقاولة الموحد لنظام الأشغال العامة الحكومية على انه يحق لصاحب العمل إنهاء العقد في عدة حالات (٢)، ومن خلال تلك المادة فانه يتبين أن الحالات التي أجاز فيها القانون فسخ العقد بمجرد قرار من الإدارة أهمها:- ١- إذا اخفق المقاول في تقديم ضمان الأداء أو لم يستحب للإشعار بتصويب أو تعديل وضع معين إمرته الإدارة به وإذا اخفق المقاول عن تنفيذ الأشغال أو تبين للإدارة انه لا ينوي الاستمرار في تنفيذ التزاماته وذلك بدون عذر مقبول. ٢-التعاقد من الباطن دون اخذ موافقة الادارة. ٣-إخلال بأي شرط من شروط العقد.

وهذا مفاده؛ إن جهة الإدارة تملك حق فسخ العقد الإداري تلقائيا دون حاجة إلى حكم قضائي إذا خولها العقد هذا الحق حيث أن هذا الحق من مظاهر "السلطة العامة"، حيث تملك الدولة حق استعماله بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء؛ وإلا فإن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي[٢]، ووفقا للمبادئ الأساسية في العقود الإدارية فإن تلك الحالات سالفة الذكر وردت على سبيل التمثيل لا الحصر،لان للإدارة حقا" أصيلا" في فسخ العقود الإدارية إذا اخل المتعاقد بالتزاماته إخلالا" يستلزم هذه العقوبة، ومع ذلك يحق للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض إذا كان الفسخ الذي أوقعته الإدارة لا يرجع إلى خطأ جسيم ارتكبه.

وأكدت علي هذا المعني المحكمة الإدارية العليا حينما قضت[٣] " إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا

---

[١] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، سالف الإشارة اليه، والطعن رقم ٣٦٣٤٤ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠١٦/٣/٢٢، والطعن رقم ٤٦٥٣٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠١٧/٣/٢٥، https://www.mohamoon-ju.com/ . وراجع أيضا حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٥٧/١/٢٧ .

[٢] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ .

[٣] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ جلسة ٢٠٠٤/٩/٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة والأربعون – (من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٣ إلى آخر سبتمبر سنة ٢٠٠٤) – صـ ٩٥٧ . وراجع أيضا الطعنين رقمي ٣٠٩٥٢ و ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ قضائية عليا بجلسة ٢٠١٠/٩/١٤ . https://www.mohamoon-ju.com/ .

يعدو أن يكون توافق إدارتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما وهو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه متميز بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه أو تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقًا لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية، بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقًا للنفع العام فيما يجعل مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذ إن كفتى المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليبًا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضاء هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء، وعلى ما تقدم فإن العقد الإداري هو العقد الذى تكون الإدارة طرفًا فيه ويتعلق بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإذا توافرت تلك العناصر الثلاثة في العقد أضحى عقدًا إداريًا تختص بنظر المنازعات الناشئة عنه محاكم مجلس الدولة دون غيرها طبقًا لنص البند الحادي عشر من المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢".

ونظرا لضخامة جزاء الفسخ فإن القضاء قد جري على عدم جواز توقيعه إلا في حالات الإخلال الجسيم بالالتزامات التعاقدية مما يعرض المرفق العام للخطر، ومن ثم فإن سلطة الجهة الإدارية في فسخ العقد في هذه الحالة مشروطة بأن يكون العقد الذي أبرمته شركة المشروع دون موافقتها يشكل تهديدا حقيقيا لإتمام المشروع على النحو المطلوب . والخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي – أي منصوص عليه في العقد أو القانون – والإدارة وحدها هي التي تملك تقدير جسامة ذلك الخطأ وإخلال المتعاقد بالتزاماته بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء، ومن أمثلة الخطأ الجسيم المؤدي إلى الفسخ هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة للمتعاقد من قبل الإدارة، وترك موقع العمل وإيقاف تنفيذه تعتبر من قبيل الأخطاء المبررة للفسخ والتي لا يمكن أن يقبل أي عذر عن القيام بها من جانب

المتعاقد، ويدخل ضمن ذلك أيضا" عدم مراعاة مواعيد تسليم الأعمال أو توريد الأصناف المتفق عليها، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي خطأ جسيما" يبرر الفسخ إهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد والتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون إذن سابق من الإدارة والتجاء المتعهد إلى الغش أو تسليمه بضائع رديئة، ويلاحظ انه ليس للقضاء تعقيب على الفسخ إذا المشرع قرر جزاء الفسخ لخطأ معين، ولذلك فان الحالات التي ذكرها القانون والتي تقرر بها الفسخ الوجوبي أو الاختياري للإدارة فإنها تكون بعيده عن رقابة القضاء من حيث الملائمة لا المشروعية[١].

وتجدر الإشارة إلي أن؛ القرار الصادر من جهة الإدارة بفسخ العقد يعتبر قرار متعلق بتنفيذ العقد، ولا يعتبر بذلك قراراً إدارياً، ومن ثم لا تدخل منازعة المتعاقد الآخر بشأنه في نطاق قضاء "الإلغاء"، وذلك لأن قرار الفسخ هو إجراء تعاقدي لا يخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً، وإنما يكون محلاً للطعن على أساس استدعاء ولاية "القضاء الكامل" [٢].

ومن جماع ما تقدم يتبين لنا بوضوح؛ أنه يجب على المتعاقد مع جهة الإدارة أن يقوم بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بشخصه وبنفسه وإلا كان مخالفته لذلك خطأً عقديا يستوجب قيام مسئوليته أمام الجهة الإدارية ويجيز لها توقيع أحد الجزاءات المنصوص عليها في العقد، ومن ثم إذا تعاقد المتعاقد الأصلي من الباطن دون موافقة جهة الإدارة أو دون عرض الأمر عليها فإن التعاقد يكون باطل بطلانا مطلقا ولا يرتب أي أثر ولا يحتج بهما في مواجهة الإدارة، ويظل المتعاقد الأصلي وحده دون غيره هو المسئول عن تنفيذ العقد كما يعد ذلك خطأ من جانب المتعاقد الأصلي فى تنفيذ العقد يبرر لجهة الإدارة فسخ العقد علي مسئولية المتعاقد الأصلي فضلا عما يترتب على ذلك التصرف من مسئولية عقدية في حق المتعاقد مع جهة الإدارة تلزمه بتعويضها عما يسببه ذلك التصرف لها من أضرار .

رأي الباحث:

لم ينص المشرع المصري على الجزاء المرتب حال قيام المتعاقد مع الإدارة بالتعاقد من الباطن رغم اعتراضها أو حال التعاقد وعدم إخطارها من الأساس. ولم ينص كما فعل نظيره الفرنسي على ضمانات للمتعاقدين من الباطن في مواجهة شركة المشروع أو المتعاقد الأصلي كما لم تضع اللائحة التنفيذية لهذا القانون والصادر بمقتضي قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ إطارا منظما أو أي نمط محدد لحماية حقوق المتعاقدين من الباطن بالرغم

---

[١] – **راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٨٦ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٨٦/١/١٨، مكتب فنى ٣١ صفحة رقم ٨٨١ .**

[٢] – **راجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٧٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢٠٠١/٨/٧ .**

من التسليم بأهمية وضرورة مثل هذا التعاقد خاصة في مشروعات البنية الأساسية في ضوء مقتضيات التخصص الفني والاعتبارات الاقتصادية .

ولذا نناشد المشرع المصري بأن ينتهج نهج نظيره الفرنسي في هذا الصدد وتنظيم عملية التعاقد من الباطن في إطار المشروعات محل عقود المشاركة وذلك بوضع الضوابط والأحكام الخاصة بها في إطار قانون المشاركة ولائحته التنفيذية. كما نناشده بتعديل القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، ودفتر الشروط العامة للإدارة في حالة التعاقد من الباطن بموافقتها بدفع الثمن مباشرة إلى المتعاقد من الباطن الذي نفذ جزءاً من العقد وذلك كي تتم حماية المتعاقد من الباطن من إفلاس المتعاقد الأصلي أسوة بما هو عليه الحال في فرنسا. كما نناشده بتضمين قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الجزاء المترتب على المتعاقد الأصلي عند التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة أو حال التعاقد دون عرض الأمر عليها.

المبحث الثاني

مصير العقود

التي تبرمها شركة المشروع حال إلغاء أو فسخ عقد المشاركة

نتناول في هذا المبحث بيان الأساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد الأصلي معها ومصير العقود المبرمة من الباطن حال توقيع جزائي فسخ أو الغاء عقد المشاركة وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

الاساس القانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاءات

تنص المادة (١١) من قانون عقود الشراكة الفرنسي [١] والمادة (٩) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ المعدل والخاص بعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص على أن " للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهريا بالتزاماتها في تشغيل المشروع، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونًا أو في عقد المشاركة، ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك، دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال".

---

[1]– **voir Art.11 d'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat". Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives:....**

g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance ,de la part du cocontractant ....

h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique , à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant.....

k) Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels ..."==

كما تنص المادة ٣٤ من ذات القانون على " يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي: .....(ي) مدة العقد، وحالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة. (ك)الحالات التي يحق فيها للجهة الإدارية الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المترتبة على استخدام هذا الحق . ...." .

ونص المشرع المغربي فى المادة ٢٦ من قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص على [١] " يمكن فسخ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قبل انتهاء مدته باتفاق الطرفين في حالة القوة القاهرة أو اختلال توازن العقد أو لسبب تقتضيه المصلحة العامة أو الفسخ بالتراضي. يمكن فسخ العقد من قبل الشخص العام في حالة خطأ جسيم يرتكبه الشريك الخاص. يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أوصاف الخطأ الجسيم .كما يجب أن يحدد العقد حالات القوة القاهرة واختلال توازن العقد وشروط فسخه. كما يحدد العقد التعويضات في حالات فسخه بسبب القوة القاهرة أو اختلال التوازن أو في حالات الفسخ بالتراضي.".

ومفاد هذه النصوص سالفة الذكر أنعقد المشاركة كعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إدارتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما وهو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية[٢]، بيد أنه متميز بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها

---

[١]- راجع المادة ٢٦ من القانون رقم ١٢-٨٦ الصادر في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٤ المتعلق بالمشاركة بين القطاعين العام والخاص المغربي، إذ نصت على " يمكن فسخ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص قبل انتهاء مدته باتفاق الطرفين في حالة القوة القاهرة أو اختلال توازن العقد أو لسبب تقتضيه المصلحة العامة أو الفسخ بالتراضي .

يمكن فسخ العقد من قبل الشخص العام في حالة خطأ جسيم يرتكبه الشريك الخاص.

يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أوصاف الخطأ الجسيم. كما يجب أن يحدد العقد حالات القوة القاهرة واختلال توازن العقد وشروط فسخه.

كما يحدد العقد التعويضات في حالات فسخه بسبب القوة القاهرة أو اختلال التوازن أوفي حالات الفسخ بالتراضي. ".

[٢]- العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانونى معين و ليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة وموضوعية إلى أشخاص بذواتهم، فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعا له جزاء بعينه، فإنه يجب أن تتقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته، كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه. راجع حكم المحكمة لإدارية العليا الطعن رقم ٥٠١ لسنة ١٤جلسة ١٣-١١-١٩٧١مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ٩. وراجع أيضا الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٢٠، مجلس الدولة - المكتب الفني – مجموعة المبادئ==

المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد فى إبرامه أو تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقًا لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية، بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقًا للنفع العام فيما يجعل مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذ إن كفتى المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليبًا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[١] .

وتأتي سلطة توقيع الجزاء كأحد امتيازات الإدارة تجاه المتعاقد معها ليس تمييزا للإدارة كأحد طرفي التعاقد لذاتها وإنما لما لسير المرفق العام وضمان استمراه من أهمية كبرى، فالمصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التى تحكم العقد الإداري بل يجب دوما أن تعلو المصلحة العامة، ومن هنا كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أحد وسائل الإدارة وامتيازاتها الضابطة لحسن تنفيذ العقد [٢] .

لذلك للإدارة دائما وفقا لمقتضيات الصالح العام حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد[٣] وإنهائه[٤] بإجراء إداري دون رضاء هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء من غير أن

==القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة والثلاثون – العدد الثاني – (من أول مارس سنة ١٩٩٠ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٠) – ص١٤٢١ .

[١] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ جلسة ٢٠٠٤/٩/٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة والأربعون – (من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٣ إلى آخر سبتمبر سنة ٢٠٠٤) – ص٩٥٧ . وراجع أيضا الطعنين رقمي ٣٠٩٥٢ و ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ قضائية عليا بجلسة ٢٠١٠/٩/١٤ .وراجع أيضا الفتوي رقم ٥٣٥ بتاريخ ٢٠١٧/٣/١٤ ملف رقم ٥٢٠/١/٥٤ جلسة ٢٠١٧/٢/٢٢، مج فني ٢٠١٧/٢٠١٦، ج.٢، ص.١٤٧٩ وما بعدها .

[٢] – المستشار / حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، المرجع السابق، ص٢٣٧ .

[٣] – الفسخ يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد وبهذا يصبح العقد واقعة مادية لا واقعة قانونية.راجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٠٥ جلسة ٢٥-٠٢-١٩٦١، مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٧٨٧ .

[٤] – يقصد بإنهاء العقد وضع نهاية للعقد لاعتبارات المصلحة العامة وليس جزاء لخطأ جسيم يرتكبه المتعاقد مع الإدارة مما يستدعى فسخ العقد، فقد تقتضي دواعي المصلحة العامة ومتطلبات تسيير المرافق العامة==

يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[١]؛ ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة[٢]، وهي تفترض مقدما حصول تغيير في ظروف وملابسات العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه[٣]، ويقوم التعاقد فيها علي أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة تملك حق تعديل هذا العقد بما يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة مع الضرورة ويحقق تلك المصلحة أو إنهاء العقد إذا ما استلزمت ذلك ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام المحققة للمصلحة العامة [٤].

والإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقا وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرفق العام والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة، ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد ولا إلى موافقة الطرف الآخر عليه، فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى حق الإدارة في إجراء هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك، دون أن يكون في ذلك أي مساس بالحق الأصيل المقرر للجهة الإدارية في التعديل، ولاتصال هذه السلطة بالنظام العام للمرافق العامة، ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة فللإدارة دائما سلطة إنهاء العقد

==أن تنهي الجهة الإدارية العقد بإرادتها المتفردة قبل انتهاء مدته مثلما تستطيع ولنفس الأسباب تعديل شروطه أثناء جريانه بإرادتها المنفردة. راجع الدكتور/ نبيل محمود عبده السايس: المرجع السابق، ص.٨٩٢ . وعُرف ايضا بأنه انقضاء عقد المشاركة قبل ان يتم مدته الأصليه وقد تكون هذه النهاية بالإدارة المنفردة لأي من طرفي العقد أو بإرادتهما معاً . راجع الدكتورة / منى رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٤١٥

[1]**–C.E., 11 mai 2016, M.B... N°383768, 383769 , https://www.conseil-etat.fr/ .**

[٢]**– راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٧٥٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣١، مجلس الدولة – المكتب الفنى لرئيس مجلس الدولة – مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة السادسة والأربعون – الجزء الأول (من أول ١٥ أكتوبر سنة ٢٠٠٠ إلى آخر فبراير سنة ٢٠٠١) – ص٣٧.**

[٣]**– لمزيد من التفاصيل حول حق الجهة الإدارية في توقيع الجزاءات راجع الدكتور / الصفا محمود محمد عسل: المرجع السابق، ص.٤٧٨ وما بعدها .**

[٤]**– راجع فتوي الجمعية العمومية للفتوي والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم ٩٨٤ بتاريخ ٩/ ١٢/ ١٩٧٣ – ملف رقم ٧/ ٩/ ٣٠جلسة ٢٨ من نوفمبر سنة ١٩٧٣مجلس الدولة – المكتب الفني – مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع السنة الثامنة والعشرون (من أول أكتوبر سنة ١٩٧٣ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٧٤) – ص ٣٥.**

إذا قدرت أن ظروفا استجدت تستدعي هذا الإنهاء كما إذا أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام أو أضحي لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل من تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد وليس للطرف الآخر في العقد إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه وتوافرت الشروط الموجبة لاستحقاق التعويض[١] لذلك لا وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأية صورة من الصور مهما يكن من أمر ما يدعيه المدعى في هذا الشأن عند نظر أصل الموضوع ذلك أن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة بل يجب أن تعلو المصلحة العامة فى مثل هذا الأمر الذى يتعلق أساساً بتسيير مرفق عام وإنما تتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إذا كان ذلك على أساس من القانون[٢].

وإذا ما لجأت الجهة الإدارية إلى إنهاء عقد المشاركة على هذا النحو وفقا لهذه الأسس فإن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن ويعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فيرد كل منهما إلى الأخر ما تسلمه فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض[٣]، ومن ثم يجب التفرقة بين حالة إلغاء العقد قبل إبرامه بسبب امتناع السلطة المختصة عن التوقيع على العقد وبين حالة إلغاء العقد أثناء تنفيذه، أي بعد إبرامه ودخوله حيز التنفيذ من حيث نطاق التعويض، ففي الحالة الأولى لم تتولد عن العقد أية مراكز ذاتية لانعدام وجود العقد الذي تحدد نصوصه حقوق والتزامات طرفيه، ومن ثم يقتصر نطاق التعويض عن الأضرار المباشرة التي أصابت مقدم العطاء بسبب التقدم إلى المناقصة وما تكبده من نفقات في هذا الشأن، وفى الحالة الأخرى فإن

---

[١]- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٠٧٦٧ لسنة ١١ جلسة ٠٥-٠٧-١٩٦٩، مكتب فنى ١٤ صفحة رقم ٩٣٢، والطعن رقم ٩٥٤ لسنة١٢ جلسة١١-٠٤-١٩٧٠، مكتب فنى ١٥ صفحة رقم ٢٦٤، والطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة س ٣٨ ص ١١٠٠.

[٢]- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٠٨ جلسة ٢٨-١٢-١٩٦٣، مكتب فنى ٠٩ صفحة رقم ٣٢٤، وراجع ايضا الطعن رقم ٩٨٨ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٠، والطعن رقم ٥٠١ لسنة ١٤جلسة ١٣-١١-١٩٧١مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ٩ .

[٣]- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢، وراجع ايضا الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥، منشوران لدي المستشار/ حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، المرجع السابق ص. ٢٥٩ وما بعدها.

التعويض يشمل كل ضرر مباشر، كما يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب [١].

لذا يُعد انهاء عقود المشاركة إنهاء مبتسرا أمرا جلاً في مشروعات بالغة التعقيد كمشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ذات التمويل الخاص خاصة أن هذه العقود التى وإن كانت عقودا إدارية إلا أنها ذات أهمية بالغة في برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبيئة وغيرها من المجالات التى تختص بها هذه العقود بالإضافة إلى أن هناك علاقات عديدة ومتداخلة تنشأ بمناسبة تلك العقود سواء مؤسسات مالية أو فنية أو إدارية مما يقتضي بطبيعة الحال معالجة أمر الإنهاء المبتسر لعقود المشاركة وما قد يترتب عليه من أثار خطيرة، ولذلك توصى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري أن الإنهاء المبتسر بما يترتب عليه من أثار خطيرة يجب أن ينظر إليه على أنه أخر تدبير يمكن اللجوء إليه عند حدوث سبب من الأسباب الموجبة له كما أن شروط وأوضاع ممارسة هذا الحق من قبل أي طرف يجب أن تدرس بعناية وبالرغم من أن طرفا أو أطراف عقد المشاركة لا يكونوا متماثلين إلا أنه يفضل عموما إقامة توازن عام في الحقوق والأوضاع فيما يخص الإنهاء لجميع الأطراف دون إخلال بالصالح العام[٢].

ولأجل هذا وضع المشرع ضوابطا أو شروطا لإسقاط الالتزام عن شركة المشروع وهي [٣]:

أ- إخلال شركة المشروع إخلالا جوهريا بالتزاماتها في تشغيل المشروع أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانونا أو عقد المشاركة:

ولم يبين أوجه أو مظاهر هذا الإخلال تاركا الأمر في ذلك لعقد المشاركة يتولاه في ضوء ظروف ومعطيات كل مشروع على حدة، وإن كان يفضل عدم وضع قائمة مفصلة لهذه الأوجه وتلك المظاهر سواء في القانون أو في العقد، بل وإذا وضعت مثل هذه القائمة فإنه يتعين أن يكون التعداد بها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر حتى يتاح لجهة الإدارة استخدام حقها في الإنهاء إذا قام سبب من الأسباب الداعية له في ضوء ظروف الحال[٤].

---

[١]- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعنان رقما١٢٧٦١ و١٢٧٨٧ لسنة٤٨ق جلسة ٢٠٠٥/٤/١٢، مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخمسون - الجزء الثاني - من أول إبريل سنة ٢٠٠٥ إلى آخر سبتمبر سنة ٢٠٠٥ - ص٩٢١ .

[٢]- د. منى رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٤١٥ وما بعدها .

[٣]- د. منى رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص.٤٢١ وما بعدها .

[٤] - تجدر الإشارة إلى أن مظاهر الإخلال الجسيم تحدث قبل بداية الإنشاء كما لو فشل المتعاقد في ترتيب مصادر التمويل المطلوبة كشرط لتوقيع عقد المشاركة أو الفشل في تأسيس شركة المشروع خلال المواعيد المحددة لهذا التأسيس أو الفشل في عمل الإنشاءات الأولية أو الأساسات اللازمة لتشييد المشروع . كما==

ب- وجوب إخطار جهة التمويل وشركة المشروع بضرورة إصلاح كافة أوجه الخلل خلال مدة معينة:

احسن المشرع صنعا حينما نص على وجوب إخطار جهة التمويل وشركة المشروع بضرورة إصلاح كافة أوجه الخلل خلال مدة معينة قبل إنهاء التعاقد ولذلك نظرا لخطورة هذا الجزاء في عقود المشاركة وما يرتبه من آثار، فإذا انقضت المهلة المحددة لذلك دون أن تقوم شركة المشروع بإصلاح الخلل ودون أن تقوم جهة التمويل سواء بالتدخل لدي شركة المشروع لإصلاح هذا الخلل أو لمباشرة حق الحلول إن كان هناك اتفاق من ذلك فإنه يصبح لجهة الإدارة المتعاقدة الحق في أن تسقط الالتزام بمعنى الحق في فسخ العقد لتتولي هي بذاتها إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله أو أن تختار مستثمرا آخر أو شركة أخري لهذا الأمر دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارة عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال .

المطلب الثاني

مصير العقود

التي ابرامها المتعاقد الأصلي

من الباطن حال فسخ أو الغاء عقد المشاركة

لما كانت شركة المشروع تبرم عددا من العقود مع الغير كعقود المقاولة أو عقود التمويل فإذا ما تم إلغاء أو فسخ عقد المشاركة تثور المشكلة ويثور التساؤل عن مصير العقود التي ابرامها المتعاقد الأصلي من الباطن حال فسخ أو الغاء عقد المشاركة؟

نظرا لغياب النص التشريعي فى نصوص قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص سواء فى فرنسا أو مصر بخصوص هذه المسألة فليس أمامنا سوي الرجوع للقواعد العامة فى نصوص القانون المدني ومبادئ القضاء الإداري، لنجد أنه وفقا لنظرية السبب فإذا ما تم إلغاء أو فسخ عقد المشاركة فإن جميع العقود التي تبرمها شركة المشروع تصبح غير ذات جدوى، ذلك أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه من قبل لا بالنسبة لطرفيه فحسب بل بالنسبة للغير، كذلك فلا تنفذ

==قد تحدث اثناء مرحلة التشييد وذلك عند عدم مراعاة لوائح البناء والمواصفات أو معايير الأداء والتصميم المتفق عليها أو عند عدم احترام الجدول الزمنى المتفق عليه أو انتهاك التشريعات الأساسية أو الالتزامات التعاقدية الرئيسية . واخيرا قد يحدث الاخلال الجسيم اثناء مرحلة التشغيل ويحدث ذلك عندم يكون هناك اخلال جسيم بتقديم الخدمة وفقا للمعايير التشريعية والتعاقدية بشأن جودة أو مستوى هذه الخدمة أو الاخلال بمبدأ سير المرفق بانتظام واضطراد دون موافقة مسبقة من جهة الإدارة المتعاقدة .أو عند الاخلال الجسيم بصيانة المرفق ومعداته واجهزته وفقا للنوعية المتفق عليها والجداول الزمنية المعتمدة .

التصرفات التي رتبها أحد المتعاقدين على محل التعاقد أثناء قيام العقد في حق الطرف الآخر إعمالاً لهذا الأثر الرجعى للفسخ [١].

ونعرض لنظرية سبب العقد في كلا من فرنسا ومصر وذلك على النحو التالي:.

على الرغم من اعتبار السبب ركن من أركان العقد إلا أن التجاذبات الفقهية والقضائية وأخيرا التشريعية أعادت وضع نظرية السبب على المحك خاصة منذ تعديل القانون المدني الفرنسي فى ٢٠١٦ وتخليه عن اعتبار السبب ركن من اركان العقد[٢]؛ إذ يلاحظ المطلع على أركان العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد غياب فكرتي المحل والسبب عن هذه الأركان والاستعاضة عنهما بفكرة محتوى العقد المشروع والمؤكد، إذ وفقا للمادة ١١٠٨من القانون المدني الفرنسي الملغاة[٣] فقد كان يلزم لانعقاد العقد صحيحا توافر أربعة شروط هي توافر رضاء المتعاقد الملتزم، وتوافر الأهلية اللازمة له للتعاقد، توافر محل محدد للالتزام، وأخيرا وجود سبب للالتزام، كما كانت تنص المادة ١١٣١ قبل التعديل[٤]على أن الالتزام بغير سبب أو لسبب كاذب أو غير مشروع لا يكون له أي تأثير[٥]، إلا أن مرسوم 10 فبراير لسنة ٢٠١٦ قد أحدث تغييرا

---

[١]– راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم٩٤٨٥ لسنة٨٦ قضائية جلسة٢٠١٨/٢/١٣.

https://www.cc.gov.eg/

وراجع أيضا نص المادة ١٦٠ من القانون المدني المصري والتى تنص على "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

[٢]– د. عباس صادقي: بحث بعنوان تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية "دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي"– مجلة أفاق للبحوث والدراسات – عدد مايو ٢٠١٨، ص.١٢٥ وما بعدها، منشور على موقع دار المنظومة http://search.mandumah.com .

[3]–Art.1108" Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation.".

[4]– Art.1131" l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet"

[٥]– وكانت تتلخص وقائع الدعوى فيما يلي" :عند وفاة عالم هندسي كبير كان يعمل خبير في تخصصه، تولى ابن أخيه إدارة أعماله وأمور تجارته– وكانت غير رائجة – وفي ظروف غامضة، وبعد عدة سنوات حررت أرملة المتوفي إقرار بالدين لصالح ابن أخيه قيمته) 800الف فرنك(مقابل قرض وافق الأخير على منحه لها، إلا أ نها رفعت عليه دعوى بعد ذلك تطالب فيها بإبطال هذا الإقرار، تحققت محكمة الاستئناف من أ ن الأرملة كانت مدينة فعلا لابن الأخ ولكن بمبلغ أقل من 200 (الف فرنك تقريبا(واستنتجت من ذلك أ ن سبب الالت ا زم غير صحيح، وقضت ببطلان الإقرار بالدين تطبيقا للمادة 1131 من القانون المدني الفرنسي)المتعلقة بالسبب) طعن ابن الأخ في الحكم السابق بالنقض فنقضت الدائرة المدنية الأولى حكم محكمة الاستئناف==

جوهريا في هذا الصدد، فقد اكتفت المادة 1128 منه – التي حلت محل المادة 1108 – بضرورة توافر ثلاثة شروط، مع التعديل في صياغتها، وهي: رضاء طرفي العقد، وتوافر الأهلية اللازمة للتعاقد بالنسبة لهما، وأخيرا أن يكون مضمون العقد مشروعا ومحددا[١]، كما نص فى المادة ١١٦٢ التى حلت محل المادة ١١٣١ الملغاة على أن العقد لا يمكن أن يمس بالنظام العام، سواء في نصوصه أو أغراضه، وسواء كانت تلك الأغراض معروفة لكلا الطرفين أم لا[٢].

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أخذ بفكرة مضمون العقد بديلا عن فكرتي محل العقد وسببه؛ وهذا من أهم ما تضمنته إصلاحات المشرِّع الفرنسي لنظرية العقد[٣]، إذ إنه أدمج فكرتي المحل والسبب تحت مفهوم واحد هو» مضمون العقد le contenu du contrat فاشترط لصحة العقد أن يكون مضمون العقد مشروعا ومحدداً، ولعل أهم ما دعا المشرِّع الفرنسي إلى

==مؤكدة في ضوء المادة 1131 أن عدم صحة السبب جزئيا لا يترتب عليها بطلان الالتزام ولكن انقاصه بمقدار محدد. وبما أ ن محكمة الاستئناف قد تحققت من وجود الدين، حتى ولو ظهر أنه أقل من المبلغ الذي تعهدت به الارملة فإن حكمها ببطلان الإقرار بالدين رغم ذلك مخالف للمادة . 1131 حكم محمة النقض الفرنسية في 11 مارس 2003.

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 mars 2003, 99-12.628, Publié au bulletin

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?.

[1]– **Art.1128 Code civil, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 - NOR: JUSC1522466R "Sont nécessaires à la validité d'un contrat:**

1° Le consentement des parties;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain '.".

[2]– **Art.1162 C*ode civil, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016* " Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties".**

[٣]– د. أشرف جابر: بحث بعنوان الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد – صنيعه قضائية وصياغة تشريعية – لمحات في بعض المستحدثات، منشور في ملحق خاص – العدد ٢ – الجزء الثانى – نوفمبر ٢٠١٧ – ص.٣٠٤ وما بعدها، https://journal.kilaw.edu.kw/ . وراجع ايضا الدكتور/ محمد عرفان الخطيب: بحث بعنوان نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير" قراءة نقدية في قانون اصلاح قانون العقود والاثبات رقم ١٣١-٢٠١٦ – القسم الثاني من البحث، مجلة كلية القانون الكويتية – العدد ٢ – السنة السادسة – العدد التسلسلي ٢٢ لسنة ٢٠١٨، ص.٣٥٦ وما بعدها https://journal.kilaw.edu.kw/ . والدكتور / شريف بوزرده: بحث بعنوان نظرية السبب في ضوء المستجدات التشريعية الجديدة، مجلة منازعات الاعمال – عدد يونيو ٢٠١٧ من ٢٢٥ وما بعدها .

هذا الدمج والاستغناء عن فكرتين كانتا على مدار ما يزيد على قرنين من الزمان حجر الزاوية في نظرية العقد، هو رغبته في تبسيط المفاهيم الأساسية لهذه النظرية،إذ تتميز فكرة مضمون العقد بأنها تحقق ثلاث وظائف رئيسة هي التحقق من مشروعية العقد ووجود محل الالتزام والتعادل بين الأداءات في العقد، ولهذا فقد ارتأى المشرِّع أن بإمكان هذه الفكرة أن تقوم بذات الدور الذي كان يقوم به كل من فكرتي المحل والسبب، مع تفادي العديد من الصعوبات التي كانت تكتنف كلا منهما :فمن الممكن أن تقوم فكرة مضمون العقد بدور المحل في التحقق من كون الأداء موجوداً ومحدداً ومشروعاً، كما يمكن أن تقوم أيضاً بدور السبب في التحقق من وجود الالتزام المقابل والتحقق من مشروعية العقد وعدم مخالفته للنظام العام والآداب، على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا أن ثمة» تحولا «جوهريا قد طرأ على جوهر نظرية العقد، فالأمر لا يعدو أن يكون» انصرافا « عن فكرتي المحل والسبب إلى فكرة أكثر بساطة ووضوحا منهما لتقوم بذات الدور الذي كان لهما معا، خاصة فيما يتعلق بالصعوبات العملية التي واجهها القضاء بشأن تحديد مفهوم السبب.

وقد أفصح التقرير المرفق بالمرسوم والمقدم إلى رئيس الجمهورية صراحة من أنه» نظرا لصعوبة وضع تعريف محدد لمفهوم السبب ... وما وجه إليه من انتقادات من جانب من الفقه بحسبانه مبعثا لعدم اليقين القانوني وعائقا دون فاعلية القانون، فقد استقر الخيار على عدم الإبقاء على هذا المفهوم، واستبداله بقواعد أكثر وضوحا، بحيث تتيح للقاضي الوصول إلى ذات النتائج مع تجنب الصعوبات التي يثيرها مفهوم السبب.

وعلى الرغم من استبعاد مصطلح السبب وزواله كركن في العقد، إلا أن المشرِّع قد أبقى على وظائفه، وذلك من خلال الاعتماد على فكرتي المشروعية والتوازن العقدي ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ١١٦٢ مدني من بطلان العقد حال مخالفة شروطه أو الغرض منه للنظام للعام وكذلك ما نصت عليه المادة ١١٧٠[١] من بطلان الشروط العقدية التي تجرد الالتزام الرئيس من ماهيته، وكذلك ما نصت عليه المادة ١١٧٨ من بطلان العقد الذي لا يستجمع شروط صحته[٢]، وتطبيقا لذلك فإن العقد يقع باطلا متي كان مضمونه غير مشروع أو غير محدد وفقا لما نصت عليه المادة ١١٢٨.

---

[1]– **Art.1170** ***Code civil*** " **Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.** ".

[2]– **Art.1178** ***Code civil*** " **Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution==**

أما المشرع المصري فقد نص فى المادتين ١٣٦ [١] و١٣٧[٢] من القانون المدني المصري على أن الالتزام بغير سبب، أو لسبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع لا يكون له أثر، والعقد لا يمكن أن يمس بالنظام العام، سواء في نصوصه أو أغراضه، وسواء كانت تلك الأغراض معروفة لكلا الطرفين أم لا، وهذا يعني أن الإدارة لا تتعاقد دون سبب أو لسبب باطل، ومن ثم يجب توافر ركن السبب في العقد الإداري[٣]. وبمفهوم أخر أن مؤدى نص المادتين ١٣٦ و١٣٧ مدنى أن المشرع وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر به، فإن ذكر اعتبر السبب الحقيقي للالتزام[٤]، ومؤدى ذلك أن عدم ذكر سبب الالتزام لا يؤدى إلى بطلانه[٥]، وهذا يدل على أنَّ السبب لا يُعَدُّ ركنًا من أركان الالتزام إلَّا إذا كان موجودًا ومشروعًا[٦]، ومن ثم فإن مناط التحلل من الالتزام ألا يكون له سبب أى أن يكون السبب معدوماً أو أن يكون سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب أى غير مشروع[٧].

==**dans les conditions prévues aux articles *1352* à *1352-9*. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle.**

[١] **– تنص المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري على" إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا ".**

[٢] **– تنص المادة ١٣٧ من القانون المدني المصري على"١-كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا. ما لا يقم الدليل على غير ذلك.٢-ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه " .**

[٣] **– د. سليمان محمد الطماوي: المرجع السابق، ص.٤٠٠ وما بعدها.**

[٤] **– راجع حكم محكمة النقض ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧، مكتب فنى سنة ١٣ – قاعدة ١٩١ – ص. ١٢١٤، https://www.cc.gov.eg/ .**

[٥] **– راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٤٥٠٢ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠١٦/٢/١٨**

https://www.cc.gov.eg .

[٦] **– راجع حكم محكمة النقض الطعن ٨٠٣١ لسنة ٧٨ ق جلسة ٢٠١٥/٦/٢٥، والطعن رقم ١٠٤٧٣ لسنة ٨١ ق جلسة ٢٠١٨/١١/٥، وراجع ايضا الطعن رقم ٦٤٦١ لسنة ٨٣ ق جلسة ٢٠١٩/١٢/١٦**

https://www.cc.gov.eg/.

[٧] **– راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٦٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/١٧، و الطعن رقم ١٠٠١٤ لسنة ٨١ ق جلسة ٢٠١٢/١١/٢٢**

https://www.cc.gov.eg/.

ويقصد بالسبب الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، **ويتنازع الفقه والقضاء في السبب نظريتان هما**[1]: النظرية التقليدية والنظرية الحديثة؛ ويقصد بالسبب فى **النظرية التقليدية** هو الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المتعاقد تحقيقه من وراء التزامه، وأن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، ويشترط فيه الوجود والصحة والمشروعية، ووفقا لهذه النظرية والتى أخذ بها القانون المدني الفرنسي فى المادة ١١٣١ فلابد من توافر شروط ثلاثة فى السبب هي:

- أن يكون موجودا، فكل التزام لا يكون له سبب هو التزام غير قائم ومن ثم يكون باطل بطلانا مطلقا.
- أن يكون صحيحا، فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يكون التزاما وترجع عدم صحة السبب اما للسبب المغلوط او السبب الموهوم واما للسبب الصوري وهو سبب ظاهري.
- أن يكون مشروعا، فيشترط أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

ويترتب على مخالفة أي شرط من هذه الشروط بطلان العقد بطلانا مطلقا ما عدا شرط الصحة فيترتب على مخالفته البطلان النسبي إذ يدخل فى منطقة الغلط .

أما النظرية الحديثة فهي من صنع القضاء وهى أكثر عمقا حيث لا تقف عند الغرض المباشر الأول ولكنها تتجاوزه بحثا عن الغرض غير المباشر؛ أي الباعث الدافع إلى التعاقد، وبواعث الإدارة كثيرة ومتنوعة، منها الدافع وغير الدافع ومنها الرئيسي وغير الرئيسي إلا أنه لا يعند قانونا الا بالباعث الدافع الرئيسي للتعاقد.

وبهذا كسر القضاء الحواجز التي اقامتها النظرية التقليدية بين السبب والباعث اذ قد خلصت النظرية التقليدية بينهما، خلطا تاما في كل العقود هذا وقد يساير الفقه الحديث القضاء في هذا في هذا الاتجاه، لأنها تشترط فى الباعث أن يكون معلوما للطرف الآخر فى العقد ولا يشترط أن يكون متفقا عليه إذ الهدف منها استقرار التعامل[2].

وعلى الرغم من أن نظرية السبب تحتل مكان هام فى القانون العام؛ وهى نظرية واضحة فى أن الأعمال القانونية التى تجريها الادارة – ومنها العقود – يجب أن تهدف إلى الصالح العام والمصلحة العامة؛ إلا أن النظرية المدنية فى السبب لا تطبق على اطلاقها بل تخضع هذه القواعد لقواعد خاصة تحكمها ويفصل فى منازعاتها على هدى المبادئ التى استقرت فى القانون

---

[1] – **لمزيد من التفاصيل حول سبب العقد راجع الدكتور / أيمن ابراهيم العشماوي: نظرية السبب والعدالة العقدية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٨،ص.١٩ وما بعدها . وراجع أيضا الدكتور/ زكى محمد محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨١، ص.١٢٤ وما بعدها .**

[2] – **د. زكى محمد محمد النجار: المرجع السابق، ص. ١٢٨.**

العام، وذلك لأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص فهى لا تطبق وجوبا على روابط القانون العام الا اذا وجد نص خاص يقضى بذلك، فإن لم يوجد فإن القضاء الإداري لا يلتزم بتطبيق القواعد المدنية حتما وكما هى وإنما تكون له حريته واستقلاله فى ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التى تنشأ فى مجال القانون العام من الإدارة فى قيامها على المرافق العامة وبين الافراد فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها وله أن يطرحها إن كانت غير متلائمة معها وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم[١] .

لأجل ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه" بالنظر إلى أن الاتفاق المبرم بين شخصين عامين يتعلق بتنظيم الخدمة العامة أو بترتيبات التنفيذ المشترك لمشروع ذي منفعة عامة يمكن أن يكون موضوع إنهاء من جانب واحد فقط إذا كان سبب ذات المصلحة العامة يبرره، لا سيما في حالة تخلف سبب الاتفاق أو اختفاؤه، بينما، من ناحية أخرى، فإن مجرد ظهور خلل في العلاقات بين الطرفين، أثناء تنفيذ الاتفاق، ليس من الطبيعي أن يبرر هذا الإنهاء، ويتعلق الحكم بالفصل في النزاع بين بلديتي Villeneuve-lès-Béziers و Bézierѕحيث أبرم بينهما اتفاق على اقتسام عوائد الضرائب التي تجبى من أنشطة المؤسسات العاملة في المنطقة الصناعية المتفق عليها بينهما، إلا أن بلدية Villeneuve-lès-Béziers أنهت العقد بإرادتها المنفردة بحجة أن السبب الذي أبرم من آجله غير متحقق فعليا وأن الابقاء على هذا العقد لا يحقق مصلحتها العامة [٢] .

---

١ – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ٠٨ جلسة ١١٩٦٥/٢ مكتب فنى ١٠ ص. ٣١٣، إذ قضت بأن " من المسلم أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص خاص يقضى بذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً، وكما هي، وإنما يكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة، وبين الأفراد، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن كانت غير ملائمة معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم . ومن هذا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه غير مقنن حتى يكون متطوراً غير جامد . ويتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني، في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب، وبهذا يرسى القواعد لنظام قانونى قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام و احتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها .

[2]– C.E.27/2/2015, 357028, Publié au recueil Lebon, "Considérant qu'une convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un==

وقضي مجلس الدولة المصري بأنه طالما كان سبب الالتزام في هذه العقود هو تحقيق المصلحة العامة، فإن الأخيرة تكون ذاتها سببا في فسخها بإرادة الإدارة المنفردة [١] " إذا ثبت أن البوية(نوع من الدهن الصناعي للجلود)المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله بسبب تغير نوع الجلد المستخدم لصناعة أحذية الجنود، فللإدارة أن تتحلل من تعاقدها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد ...." .

ومن المستقر عليه فقها وقضاءا في مصر أن العبرة بالسبب الموضوعي لتقييم وجود السبب من عدمه، بينما تكون العبرة بالسبب الذاتي لتقييم مشروعية السبب من عدمه، ومن ثم فإنه إذا ما ثبت أن التزام كل من الطرفين قائم على محل، فإنه لا يجوز إبطال العقد لعدم قيامه على سبب، إذا يظل السبب قائما متمثلا في الالتزام المقابل للمتعاقد الآخر، حتى لو انتفى الباعث الحقيقي للتعاقد، ومن ثم ففي حالتنا الماثلة – وفقا لهذا المذهب – لا يؤثر بطلان عقد المشاركة على صحة العقود التي تبرمها شركة المشروع مع الغير [٢] .

وهنا تأتي ضرورة تطوير مذهب القضاء المصري فيما يخص نظرية سبب العقد، على النحو الذي صار عليه القضاء الفرنسي منذ نحو عشرين عاما. فبعد أن كان القضاء الفرنسي يسلك نفس المنهج الذي يسلكه القضاء المصري– في التمييز بين الحالات التي يعتد فيها بالسبب الموضوعي والحالات التي يعتد فيها بالسبب الذاتي للعقد – لم يعد القضاء الفرنسي مؤخرا يأخذ إلا بالسبب الذاتي للعقد، سواء كان ذلك من أجل تقدير وجود السبب أو من أجل بحث مشروعيته، بشرط أن يكون الطرفان على علم بالباعث الحقيقي للتعاقد [٣] .

ونستخلص ما تقدم؛ أن العقد لا ينشأ على نحو صحيح إلا إذا كانت الالتزامات التى يرتبها لها سبب وأن يكون هذا السبب موافقا للقانون وصحيحا، ولا يتخذ السبب فى العقد الإداري معنى مستقل عنه فى القانون الخاص، ومن ثم يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا اذا لم يكن له

==motif d'intérêt général le justifie, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause; qu'en revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation ". https://www.legifrance.gouv.fr .

[١] – راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1957 – 4 – 20، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، السنة الثانية، مجلس الدولة المصري، 1957، ص93 .

[٢] – د. صادقي عباس: بحث بعنوان تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود، مجلة آفاق للبحوث والدراسات – عدد خاص مايو٢٠١٨،ص.١٢٥ https://www.asjp.cerist.dz/en

[٣] – د. سامي سراج الدين: المرجع السابق، ص.٤ .

سبب، لذلك إذا كان عقد المشاركة قد تم إبطاله بحكم قضائي نتيجة لعيب في إبرامه أو تم فسخه أو إنهائه، يمكن إلغاء العقود التي أبرمتها شركة المشروع مع الغير لقيامها على غير سبب، وذلك لأن عقد المشاركة يمثل السبب الحقيقي للعقود التي تبرمها شركة المشروع مع الغير، فإذا انقضى عقد المشاركة بأثر رجعي نتيجة لبطلانه زال السبب القانوني للعقود الأخرى . بمعني أخر أن العقود التي تبرمها شركة المشروع حال إنهاء أو إلغاء عقود المشاركة تصبح باطلة ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وعدم إمكان المطالبة بتنفيذ العقد، والتزام كل من المتعاقدين بأن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه، ولا يثير الأمر صعوبة إذا لم يكن قد نفذت الالتزامات الناشئة عن العقد بعد، إما إذا استحال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد نتيجة لتنفيذ جزء من العقد يتم تعويض الطرف المضرور وفقا لنص المادة ١٤٢ من القانون المدني والتي تنص على أنه " في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فاذا كان هذا الالتزام مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل "..

والمطالبة بالرد عن طريق دعوى رد غير المستحق وهى إحدى تطبيقات دعوى الإثراء بلا سبب، إذ بزوال سبب الوفاء يبطل الوفاء كعمل قانونى ولا يبقى قائماً إلا كواقعة مادية، وهى الواقعة التي يترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع، كما أنها هي ذاتها التي ينشأ عنها الالتزام برد ما دُفع بغير حق، وهذه الدعوى ذات طبيعة مدنية محضة ويختص بها القضاء العادي، ولا يغير من طبيعتها تلك أن يكون قد لابسها عنصر إداري أضفى عليها شكل المنازعة الإدارية، وأن يكون هذا العنصر هو سبب الالتزام قبل زواله، ذلك أن هذا السبب بمجرده لا يغير من الطبيعة الموضوعية لدعوى رد غير المستحق وهى الطبيعة المدنية المحضة، إذ لا عبرة بسبب الوفاء أياً كان، طالما أن دعوى رد غير المستحق لا تقوم على هذا السبب ولا على الوفاء المترتب عليه، وإنما تقوم لدى زواله وبطلان الوفاء كعمل قانونى وبقائه كواقعة مادية كما سلف القول، وباعتبار أن هذا هو أساس نشأة الالتزام في دعوى رد غير المستحق دون النظر إلى السبب الذى زال، وهو ما يترتب عليه أن موضوع المنازعة الحالية – بطلب استرداد مبالغ مالية دُفعت بغير حق استناداً إلى نص قانونى قُضى بعدم دستوريته – لا يتصل بقرار إداري ولا يتساند إليه، ويدخل بحسب طبيعته المدنية المحضة في نطاق اختصاص القضاء العادي، ويضحي الدفع المُبدي من النيابة بعدم اختصاص القضاء العادي بنظر الدعوي واختصاص القضاء الإداري بنظرها علي غير أساس[١] .

---

[١] – **راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ١٦٦٣٢ لسنة ٧٦ ق جلسة ٢٠٢١/٦/٢٨، والطعن رقم ٨٦٦٨ لسنة ٨٦ ق جلسة ٢٠٢١/٦/١٦،https://www.cc.gov.eg/** .

المبحث الثالث

مدي جواز امتداد شرط التحكيم

في عقد المشاركة للغير أو حال وجود نزاع متعدد الأطراف

المسلم به أن قواعد الاختصاص القضائي هي قواعد آمرة فالمشرع هو الذي يحددها ولذا فإنها تتعلق بالنظام العام، وبناء عليه فإن الإدارة لا تستطيع أن تعدل في قواعد الاختصاص عن طريق الاتفاق مع متعاقديها كما لا تملك ذلك بموجب قرارات ادارية تصدر منها، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون وكل تعديل بأداة أقل منه يصبح غير مشروع[١]، ونتناول في هذا المبحث تعريف التحكيم والأساس القانوني له في عقود المشاركة ومدي امتداده للعقود المبرمة مع الغير وذلك في مطلبين على النحو التالي:-

المطلب الأول

تعريف التحكيم

والأساس القانوني له عقود المشاركة

أولا: تعريف التحكيم

نجد أن معظم التشريعات المتعلقة بعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص أجازت الاتفاق على التحكيم فيما يجوز فيه الصلح إلا أنها لم تُشر إلى تعريفه، وتركت ذلك لاجتهادات الفقه والقضاء، وذلك على عكس التشريعات المتعلقة بالتحكيم إذ نصت جميعهاعلى تعريفه، فقد عرفه المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفي النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولي إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة، أو مركز دائم للتحكيم، أو لم يكن كذلك". كما عرفته المادة العاشرة من ذات القانون سالف الذكر بأنه:١. اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل، أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت، أو غير عقدية. ٢. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقًا على قيام النزاع سواء قام مستقلًا بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين..... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية " .

---

[١] – **د. جورجي شفيق ساري: بحث بعنوان اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي "دراسة تأصيلية تحليلية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – العدد ٧٦ يونيو ٢٠٢١، ص.٢٠ وما بعدها .**

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات المدنية بأنه [١]: اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم". كما عرفته المادة "١٤٤٧" من ذات القانون بأنه [٢] "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر".

وعرفه رأى فى الفقه الفرنسي بأنه طريقة ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالروابط بين شخصين أو أكثر عن طريق شخص واحد أو أكثر بناء على اتفاق خاص دون أن يخولوا تلك المهمة من قبل الدولة [٣].

وعرفه رأى فى الفقه المصري بأنه[٤] "عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر لكى يفصلوا فيه على ضوء قواعد العدالة وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذى يصدر عن المحكمين والذى يحوز حجية الأمر المقضي ويصدر أمر بتنفيذه من السلطة القضائية فى الدولة التى يراد تنفيذه بها".

---

[1]– **Art.1442 du Code de procédure civile "*La* convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromise La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui–ci à l'arbitrage ."*.**

[2]– **Art.1447 du Code de procédure civile "La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui–ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ." .**

[3]– **R. DAVID "L'arbitrage dans le commerce international», Paris, Economica, 1982, n° 2, p. 9.**

[٤] – **د. يسري محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠١، ص.١٤، وراجع في ذات المعني ايضا الدكتور / أحمد ابراهيم عبدالتواب: اتفاق التحكيم، طبعة دار النهضة العربية بدون دار نشر، ص.١٠، ومنشور أيضا على https://inter–droitetaffaires.com؛ إذ عرفه بأنه "هو نظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة أو المحكمة المختصة للفصل فيما يثار بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية وغير العقدية بحكم ملزم".، ولمزيد من التعاريف للتحكيم راجع الدكتور/ نبيل محمود عبده السايس: المرجع السابق، ص.٨٢٤ وما بعدها .**

وعرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه[1] "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".

وعرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه[2] "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، ويعين باختيارهما، أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيًا عن أي شبهة تلحق به، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة " .

ونستخلص من التعريفات السابقة إن التحكيم طبقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، والمحتكم باتفاقه على التحكيم – لا ينزل عن حماية القانون، ولا ينزل عن حقه في الالتجاء إلى القضاء وإلا فإن المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقره، إذ الحق في الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام، وإنما المحتكم باتفاقه على التحكيم يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظره، أي إن إدارة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، بحيث إذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة.

والتحكيم بذلك يختلف عن أعمال الخبرة، ذلك أن قوامها ليس قراراً ملزماً، بل مناطها آراء يجوز اطراحها أو تجزئتها والتعديل فيها. كما يخرج التحكيم كذلك عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها البعض، إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة فى شأنها قوة الأمر المقضي، بل يكون معلقاً إنفاذها على قبول أطرافها، فلا تتقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية إليها. ومن ثم يئول التحكيم إلى وسيلة فنيه لها طبيعة قضائية، غايتها الفصل فى نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها، وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة[3].

---

[1] – **راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٨،مجلس الدولة – المكتب الفني لرئيس مجلس الدولة – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة والثلاثون – الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ إلى أخر فبراير سنة ١٩٩٤) – صـ ٦٩١ .**

[2] – **راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق جلسة ٢٠٠٣/٥/١١ . ولمزيد من التفاصيل بشأن تعريف التحكيم وضوابطه في المنازعات الإدارية راجع الدكتور/على محمد: بحث بعنوان ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية – العدد الثانى ٢٠١٧،ص.١٣٠ وما بعدها https://www.asjp.cerist.dz/.**

[3] – **راجع حكم المحكمة الدستورية العليا برقم ١٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧**

ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لايجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه وفقاً لأحكامه نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافيه التى يمكن أن تَعْرِض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التى يباشرها المحكمون عند البت فيها. وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم، التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه. فإذا لم يكن القرار الصادر فى نزاع معين بين طرفين، منهيا للخصومة بينهما، أو كان عارياً عن القوة الإلزامية، أو كان إنفاذه رهن وسائل غير قضائية، فإن هذا القرار لا يكون عملاً تحكيمياً.

ويتعين تفسير شرط التحكيم بما لا يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة فى هذا الشأن – أساس ذلك – أن اختصاص المجلس ورد فى قانون موضوعي بينما منح التزام المرافق العامة من الأعمال الإدارية التى تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع وإن كانت تأخذ شكل القانون لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن إرادتها فى شكل قانون – مؤدى ذلك: أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون لأنه وإن كانت السلطة التى تصدرهما واحدة فإن القاعدة المقررة فى القانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية و إن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى[١].

لذلك كقاعدة عامة يعتبر مجلس الدولة فى كلا من فرنسا ومصر هو صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الناشئة عن عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، ولكن نظرا لأن الأسباب التى تؤدى إلى نشوب المنازعات فى عقود المشاركة تكون فى الغالب معقدة وذات طبيعة فنية تتطلب بالتالي اختيار خبراء فنيين ومتخصصين للمعاونة فى تسويتها، وللتراكم الكبير للقضايا التى تنظر أمام مجلس الدولة وكذلك البطء فى الإجراءات والمواعيد وعلنية الجلسات وزيادة الرسوم والنفقات فضلا عن الشك الذي قد يرتاب الشريك الأجنبي المتعاقد مع الجهة الإدارية بالنسبة للقضاء الوطني ؛ فكان لابد من وجود وسائل ودية بديلة واختيارية إلى جوار هذا القضاء يلجأ إليها الأفراد بإرادتهم لحسم المنازعات التي تثور بينهم وبين جهة الإدارة في خصوص عقود المشاركة، لذا تم إجازت التحكيم في عقود المشاركة[٢].

==https://www.sccourt.gov.eg/SCC.

[١] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، مكتب فنى ٣٥ صفحة رقم ١١٤٣ .

[٢] – لمزيد من التفاصيل حول التحكيم في عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص راجع الدكتور / نبيل محمود عبده السايس: المرجع السابق، ص.٨١٧ وما بعدها . والدكتورة / منى رمضان محمد بطيخ:==

ثانيا: الأساس القانوني للتحكيم في عقود المشاركة

رغبة من المشرع في جذب القطاع الخاص بما يتمتع به من خبرات تكنولوجيا وفنية ومالية لتنفيذ وتمويل مشروعات البنية التحتية موضوع عقد الشراكة فكان لابد من وضع ضمانات تعاقدية وقانونية ومالية للمستثمر ومن أهم هذه الضمانات تشريعات الدولة وقضائها، لذلك قامت معظم الدول فى سبيل ذلك ومنها فرنسا[١] والمغرب [٢]ومصر[٣] بإصدار قوانين خاصة بالشراكة بين القطاع العام والخاص نصت فيها صراحة على وسائل لحل المنازعات عن طريق وسائل بديلة كالتحكيم والصلح والتوفيق والوساطة ..." مع العمل فى الوقت نفسه على تقليل مخاطر انقطاع الخدمة وهدر الموارد وزعزعة الثقة بين الحكومة والجمهور أو بين الحكومة والقطاع الخاص، وذلك لأنه فى الغالب الأعم لا يكون رفع الدعاوي القضائية أمام المحاكم الوطنية هو

==المرجع السابق، ص.٥٠١ وما بعدها . وراجع أيضا الدكتور/ أحمد سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص.٢٥ وما بعدها .

[1]- Art.11 d'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Version en vigueur au 30 juillet 2008" Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives:.....

l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage avec application de la loi française.". et voir aussi, Section du contentieux - Séance du 27 octobre 2004 Lecture du 29 octobre 2004, N°269814-271119-271357-271362, M. S. et autres "Le Conseil d'Etat a ensuite estimé que l'économie générale des contrats de partenariat imposait que les parties puissent avoir recours à l'arbitrage pour régler leurs litiges."

https://www.conseil-etat.fr/ .

[٢]- راجع المادة ٢٧ من القانون رقم ١٢-٨٦ المتعلق بالمشاركة بين القطاعين العام والخاص " ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل حل النزاعات على اللجوء إلى مساطر الصلح والوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية. يمكن لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن ينص على مسطرة الصلح قبل اللجوء، إلى مساطر الوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية. يتعين أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الوسيط المختص أو هيئة التحكيم ذات الاختصاص في حالة اللجوء إلى مسطرة الوساطة الاتفاقية أو التحكيم. ".

[٣]- راجع نص المادة ٣٥ من قانون المشاركة إذ نصت على أن "يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك. ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة " .

الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات فى بيئة الشراكة بين القطاعين العام والخاص لأن علاقات الشراكة قد تتأثر من جراء اللجوء إلى المحاكم فتتهتك تلك العلاقات بين الإدارة والقطاع الخاص وتنفصم عراها على نحو لا يتعذر تداركه ولتفادي ذلك ولضمان إقامة علاقة شراكة مثمرة ومستمرة يمكن اللجوء إلي جملة من البدائل أو الوسائل البديلة التي يمكن أن تحل محل الاجراءات القضائية وتقوم مقام المحاكم، ويُعد التحكيم[١] إحدى تلك الوسائل البديلة لفض المنازعات [٢].

بل أصبح من المترادفات الدارجة بين الأفراد لحسم كثير من المنازعات فى مجالات عديدة كالعقود سواء كانت مدنية أم إدارية، ويجسد الطريق المفضل فى هذا الشأن لما يتسم به من بساطة وسرعة فى إجراءاته، وكذلك لما يحاط به من سرية وكتمان والتى تعج مطلبا هاما للخصوم إذا ما تعلق الأمر بأسرار مهنية أو تجارية أو اقتصادية معينة، إضافة إلى أنه يتيح الفرصة لأطراف النزاع فى اختيار من يثقون فيهم من المحكمين لفض منازعاتهم.

ويُشترط من أجل اللجوء للتحكيم في المنازعات الخاصة بعقد المشاركة مع القطاع الخاص موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة[٣]، فإذا لم تكن هناك موافقة من اللجنة العليا لشؤون لشؤون المشاركة على اتفاق التحكيم في عقد المشاركة كان هذا الاتفاق باطلا [٤] قياسا على اشتراط موافقة الوزير المختص على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، وقد يرجع ذلك إلى أهمية وخطورة موضوع عقد المشاركة وغايته، حيث إنه يرد على مشروعات البنية التحتية والخدمات والمرافق العامة، والغاية منه تشغيل واستغلال وإدارة وصيانة المرافق العامة باستخدام أعلى وأحدث مستويات الجودة والكفاءة، لذا تعتبر موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة من أهم

---

[١] – يُعرف التحكيم بأنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة .راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٨ .

[٢] – لمزيد من التفاصيل حول التحكيم كأحد وسائل البديلة لتسوية المنازعات راجع الدكتور/ أحمد سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ٢٥ وما بعدها .

[٣] – تنص المادة ١٤ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ المعدل على أن " تُشكل لجنة عليا لشئون المشاركة، برئاسة رئيس مجلس الوزراء، وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية والاستثمار، والتنمية الاقتصادية، والشئون القانونية، والإسكان 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 إلى 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 اقتراح الوزير المختص بالشئون المالية " .

[٤] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٦٢٦٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٥/٥/٣١،

https://www.mohamoon-ju.com/.

خصوصيات التحكيم في عقد المشاركة إلى جانب التزام كل من طرفي العقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عنه رغم اللجوء للتحكيم من أجل تسوية المنازعات الناشئة بينهم بالإضافة إلى خصوصية مكان التحكيم ولغته [١] .

المطلب الثاني

مدي امتداد شرط التحكيم [٢]

فى عقود المشاركة للعقود المبرمة مع الغير [٣]

نظرا لغياب النص التشريعي فى خصوص هذه المسألة فى قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص فلا يكون أمامنا إلا إعمال القواعد العامة المتعلقة بالعقود بشكل عام ومنها عقد التحكيم؛ وقد أجابت على هذا التساؤل المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي والمواد ١٤٥ و١٤٦ و١٥٢و١٥٣ و١٥٤ من القانون المدني المصري، إذ نصت المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي على[٤] "الاتفاقات ليس لها أثر إلا بين أطرافها فهي لا تضر الغير ولا تفيده إلا فى حدود المادة ١١٢١ مدني[٥]" ونصت ١٤٥ على "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام .دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام". ونصت المادة ١٤٦ على "إذا أنشأ

---

[١] – د. نبيل محمود عبده السايس: المرجع السابق، ص.٨٥٠ وما بعدها .

[٢]– يُقصد بامتداد شرط التحكيم: هو انسحاب شرط التحكيم إلى طرف أخر، لم يوقع بداية على اتفاق التحكيم. بينما يُقصد بانتقال شرط التحكيم: هو حلول طرف محل الطرف الذي وقع اتفاق التحكيم بدايةً.(مثال) :حوالة الحق)، فالدائن عندما يحيل الحق لدائن أخر، فالدائن الجديد يعتبر خلفاً خاصاً للدائن الأصلي(المحيل) فالحق محل الحوالة، ينتقل الى المحال له بالحالة والاوصاف التي كان للدائن الأصلي وبالحماية الاجرائية التي تؤكد تلك الحقوق، فشرط التحكيم الوارد في العقد المحال به ينتقل معه بوصفه من لوازم الحقوق المتولدة عن العقد.

[٣]– يقصد بالغير هنا هم شخص غير عاقدي اتفاق التحكيم الأصليين ولا خلفهم العام أو الخاص ولا دائني هؤلاء العاقدين، فالغير هنا شخص لا يلزمه اتفاق التحكيم ولا يحاج به قبله . ولمزيد من التفاصيل بشأن تفسير الغير راجع د. هبه الله حمدي حسن الحلفاوي: الغير فى مجال العقد الإداري – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ٢٠٢١ .

[4]– Art.1165 du Code civil " Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts ".

[5]– Art.1121 du Code civil "Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue ".

العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه". وتنص المادة ١٥٢ على "لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير .ولكن يجوز أن يكسبه حقا". ونصت المادة ١٥٣ على "١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذى تعهد به. ٢- اما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره، ما لم يتبين انه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد" واخيرا نصت المادة ١٥٤ على "١ -يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية عادية كانت أو أدبية.٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ولكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد. ٣- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، الا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك".

ومفاد هذه النصوص سالفه الذكر أن؛ المستقر عليه فقها وقضاءً وتشريعاً سواء فى فرنسا أو مصر أن أتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة شأن أي اتفاق لا يلزم إلا أطرافه [١]، وذلك لأن جوهر اتفاق التحكيم- شرطًا كان أم مشارطة- أنه عقد حقيقي له سائر شروط وأركان العقود عمومًا، وأنه تراض بين طرفي علاقة قانونية معينة، وتلاقى إرادتيهما على اتخاذ التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة، أيًا كان أساس تلك العلاقة القانونية، طالما أنها تدخل في المسائل التي يجوز بشأنها التحكيم[٢]، ومن ثم فعقد التحكيم كغيره من العقود تصرف إرادي يخضع لمبدأ نسبية أثر التصرفات؛ الذي يقضي بأن العقد ليس له أثر ملزم إلا بين طرفيه ومن يخلفهما ولا ينفع أو يضر غيرهم، ويترتب على ذلك أنه لا يكون طرفًا في خصومة التحكيم مَنْ لم يكن طرفًا في عقده ولا يخضع له إلا من ارتضى به،لأن اتفاق التحكيم اتفاق ذو طبيعة ذاتية أو خاصة؛ ليس كسائر الاتفاقات القانونية الإرادية التي تنصب على الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، حيث إن موضوعه المباشر هو نزع الاختصاص بالفصل في النزاع من قضاء الدولة وإعطاؤه لهيئة التحكيم، ثم يتبع ذلك اتصاله بالحقوق والمراكز القانونية للأشخاص بطريق

---

[1]- **Jean–Louis GOUTAL:L'arbitrage et les tiers, le droit des contrats, Rev. Arb. 1988, p. 440.**

[٢]- **راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٣٤٤٩ لسنة ٧٨ قضائية- الدوائر التجارية – جلسة ٢٠٢٠/٢/١١ . https://www.cc.gov.eg/.**

غير مباشر، وهذه الطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم بجانب الطبيعة التعاقدية له، لها دورها في سير إجراءات خصومة التحكيم وفي نطاق الاحتجاج به في مواجهة من ارتضاه وقبل خصومته.

وهذا يعني أنه عملاً بقواعد نسبية أثر التحكيم فيجوز أن تنصرف آثار اتفاق التحكيم إلى شخص أجنبي عن العقد، بحيث يصبح بموجب هذا الأثر طرفاً من أطراف التحكيم، حتى وإن ورد اتفاق التحكيم في صورة شرط في العقد الأصلي، وذلك لأنه عقد داخل عقد آخر يبرمه نفس أطرافه، ولا يحول استقلال شرط التحكيم دون انتقاله إلى الخلف تبعاً لانتقال العقد الأصلي المتضمن لهذا الشرط .أما الخلف الخاص، فإن اتفاق التحكيم ينتقل لهم باعتبار أن الالتزامات الناشئة عن عقود تبادلية تنتقل من السلف إلى الخلف، لأنها مقابل للحقوق التي انتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذا العقد، ومن ثم يلتزم الخلف الخاص بالسير في إجراءات التحكيم ويفرض عليه الحكم الصادر من المحكم(١).

غير أن المسألة تدق في حالة العقود المشتركة التي تستهدف غرض ومحل واحد ففي هذه العقود لا تصلح نظرية الخلافة بين أشخاص هذه العقود في القول بامتداد شرط التحكيم للمتصرف إليه أو الخلف الخاص؛ إذ قد يكون الشخص غير متصرف إليه، كما هو الحال في البنك الممول وشركة التأمين والمقاولون من الباطن بعقود مختلفة، وبالتالي يستقل كل عقد بنظامه القانوني ولا يمتد اتفاق التحكيم لغير من وقع على هذا الاتفاق إلا بموافقته على هذا الاتفاق . بمعني أخر الأصل أن لا يكون لشرط التحكيم أثر بالنسبة للغير عملا بمبدأ نسبية آثار الالتزامات والعقود إلا أن هذا الأصل ليس مطلقا وإنما له عدة استثناءات كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير .

ويقصد بالطرف في اتفاق التحكيم كل من ابرم اتفاق التحكيم بنفسه أو عن طريق من يمثله؛ أى أنه لا ينصرف إلى المتعاقدين أو الموقعين على اتفاق التحكيم فحسب بل ينصرف معنى أطراف التحكيم إلى كل من ينصرف إليه أبرم أو توقع اتفاق التحكيم، سواء أبرم أو وقع

---

[١]– نسبية أثر اتفاق التحكيم مقتضاه أن العاقدان أو الأطراف المتعاقدة هم فقط دون غيرهم الذين يتلقفوا الحقوق والالتزامات التى تنشأ عن العقد، ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع الدكتور / صالح بن ابراهيم بن عبدالله التويجري: بحث بعنوان النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم وامتداده إلى غير اطرافه، ص.٣٧٩٨ وما بعدها، منشور على الموقع التالي، https://journals.ekb.eg/article . والدكتور / محمد محيى الدين ابراهيم سليم: بحث بعنوان نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الانجليزى والمصري، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – جامعة المنوفية – كلية الحقوق – مج ٧ ع.١٤ لسنة ١٩٩٨ ص ٩٩ وما بعدها، والدكتور/ قيدار عبدالقادر صالح: بحث بعنوان قاعدة نسبية أثر العقد ومدي سريانها على العقد الإداري "دراسة مقارنة "، مجلة الرافدين للحقوق – جامعة الموصل – مجلد ٩ السنة الثانية عشر – عدد ٣٢ لسنة ٢٠٠٧، ص.١٧١ وما بعدها.، وراجع ايضا الدكتور/ أحمد ابراهيم عبدالتواب: المرجع السابق، ص.٢٧٠ وما بعدها .

الاتفاق أصالة أو بالإنابة كما ينصرف معنى الطرف لكل من يرتبط بموضوع اتفاق التحكيم أو يحتج به عليه أو كل من ارتضى أو ارتضى له المتعاقدون انصراف أثر الالتزام إليه، وقبل هذه الإرادة من الغير، ويعتبر من الغير في اتفاق التحكيم كل شخص ليس من الأطراف، ولا يقتصر تعبير الطرف في اتفاق التحكيم على الشخص الطبيعي، بل يشمل الشخص الاعتباري المعترف له بالشخصية المعنوية [١].

ومن ثم يعد متعاقدًا أو طرفًا في اتفاق التحكيم كل من عبر عن إرادته في اتخاذ التحكيم وسيلة لفض نزاع نشأ، أو سينشأ بينه وبين طرف آخر، وإقصائه عن سلطة الجهة القضائية المختصة، وينعقد الاتفاق على التحكيم متى أعقب هذا التعبير السابق عن الإرادة قبول مطابق له من الطرف الآخر، وليس كل من يرد ذكره في العقد المتضمن لشرط التحكيم طرفًا في اتفاق التحكيم طالما لم تكن له صلة بموضوع العقد، أو بإحداث الأثر القانوني المترتب عليه، لذلك لا يعتبر المقاول من الباطن الذي اكتفى بوضع الحروف الأولى من اسمه على ملحق عقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلي، ورب العمل، ودون أن يتحمل بأي التزام مباشر ناتج عن هذا العقد في مواجهة رب العمل طرفًا في عقد المقاولة .ولا يكفي أيضًا أن يوقع شخص العقد المتضمن لشرط التحكيم ليصبح طرفًا فيه بأن يضع توقيعه بصفته وكيلًا، أو شاهدًا، أو مترجمًا.

وقد اتجه قسم من الفقه نحو التوسع في مفهوم المتعاقد فلم يقصروه على من ساهم في إبرام العقد، وإنما بسطوه إلى كل من ساهم في تنفيذ العقد باعتباره مستفيداً منه، ولو لم يساهم في إبرامه، وذلك بهدف توسيع دائرة المسئولية العقدية ومدها إلى كل متضرر يرتبط لأحد أطراف العقد، من خلال ما يسمى بالأسرة العقدية أو المجموع العقدي التي تحدد مفهوم المتعاقد استناداً إلى تسلسل العلاقات العقدية على محل واحد أو اجتماعها لتحقيق مصلحة مشتركة [٢] .

---

[١] – **د. أحمد ابراهيم عبدالتواب: المرجع السابق، ص.٢٧٥ وما بعدها .**

[٢] – **د.محمد أحمد الشهير: المرجع السابق، ص.٧ .**

ويتضح لنا مما سبق أنه يوجد خمس صور يمكن أن يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير يمكن إيجازها فيما يلي [1] :-

١- **الاشتراط لمصلحة الغير:** حيث يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، ويكون للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد، كما يجوز للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك، فيمكن بالعقد هذا يتمكن من المطالبة بحقوق هذا الغير.

٢- **الكفالة** :فإذا ما أبرم الدائن والمدين اتفاق تحكيم، فلا يسري في مواجهة الكفيل، وأيضاً إذا ما أبرم الدائن والكفيل اتفاقاً على التحكيم، فلا يسري في حق المدين، لأن اتفاق الكفالة مستقل عن اتفاق المديونية، لكن إذا ما أوفى الكفيل بدين المدين، فإنه يحل محل الدائن في اتفاق التحكيم .

٣- **مجموعة الشركات** :وتظهر هذه الصورة في حالة الشركة القابضة التي تملك الأسهم المتداولة لمجموعة شركات أخرى، بحيث يكون لديها اليد العليا في إدارة هذه الشركات التابعة، فإذا قامت إحدى هذه الشركات بإبرام اتفاق تحكيم، فإنه لا يسري في مواجهة الشركة القابضة، والعكس .

٤- **المجموع العقدي** :حيث تجتمع عدة عقود حول محل واحد، تتعاقب عليه، ويكون محلاً لكل منهما أو حول هدف واحد يصوغ إحداها الالتزامات المحققة له وتسهم العقود الأخرى في تنفيذ هذه الالتزامات أو تساعد عليه أو تقدم الضمان اللازم لتمام تنفيذه، وتقوم فكرة المجموع العقدي بمعالجة هذا الوضع باعتبار أن الطرف في أحد عقود المجموعة الذي لا يتضمن شرط التحكيم بمثابة طرف في عقودها الأخرى المتضمنة لهذا الشرط، ويلاحظ أن هذه الحالة تنطبق على الشركات متعددة الجنسيات والتي تكون مجموعة اقتصادية واحدة وتنفذ عملياتها التجارية والاستثمارية في البلاد المختلفة تحت ستار الشركات الفرعية .

٥- **العقود المتتابعة على ذات المحل:** فإذا ابرم عقدان متتابعان على محل واحد، وكان أحدهما يتضمن شرط التحكيم، فيجب التمييز بين حالتين، الحالة الأولى هي رجوع أحد

---

[1] **- د.محمد أحمد الشهير: مقال بحثي بعنوان الأثر النسبي لاتفاق التحكيم موضوعا وأشخاصا وفقا للقانون البحريني ٢٠٢١، منشور على الموقع التالي https://pacaarbitration.com/، أخر زيارة للموقع ٢٠٢٢/١/٢٨. وراجع ايضا الدكتور/ صالح بن ابراهيم بن عبدالله التويجري: المرجع السابق . ولمزيد من التفاصيل حول امتداد شرط التحكيم راجع الدكتور/ ناجي عبدالمؤمن: بحث بعنوان الاتجاهات الكبري في امتداد شرط التحكيم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس – كلية الحقوق، مج.٤٨، ع.٢ يوليو ٢٠٠٦، ص.٢٩ وما بعدها .**

طرفي العقدين على الطرف في العقد الأخر بالدعوى غير المباشرة، ويجوز هنا الالتجاء إلى التحكيم، أما في الحالة الثانية التي يرجع فيها الدائن على مدينه بدعوى مباشرة في الحالات التي يخولها له القانون فيكون الدائن هنا مستعم لاً حقا خاصاً له في الدعوى مصدره نص القانون، فلا يجوز له الالتجاء إلى التحكيم .

موقف القضاء بالنسبة لمسألة امتداد شرط التحكيم

يستقر قضـاء محكمة النقض على أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وإذ كان اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض عليها يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذى أجاز استثناءً سلب ولاية جهات القضاء، إلا أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه سواء من حيث المسائل التي يشملهـا والقانـون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم أو من حيث أطـراف الخصـومة التحكيميـة، وإنه وإن كان الأصل أن النطاق الشخصي لخصومة التحكيم يتحدد بأطراف الاتفاق على التحكيم إلا أنه يجوز لأى من طرفي التحكيم أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفاً في الاتفاق إذا كان من الغير الذى يمتد إليه هذا الاتفاق [١].

وظهر هذا المعني جليا في العديد من أحكامها حينما قضت بأن [٢] "من المقرر أن التنظيم القانونى للتحكيم إنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هى التى يرتكز عليها التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التى يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم، وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يُحتج به إلا في مواجهة الطرف الذى ارتضاه وقَبِل خصومته. وكان من الأصول المقررة أن العقد يصدق على كل اتفاق يُراد به إحداث أثر قانونى، وإسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يُفصح

---

[١] – **راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم٧٥٩٥ لسنة٨١ ق جلسة ٢٠١٤/٢/١٣**

https://www.cc.gov.eg/.

[٢] – **راجع حكم محكمة النقض الطعنان رقما ٤٧٢٩ و٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢، والطعن رقم ٢٦٩٨ لسنة ٨٦ق الدوائر التجارية جلسة٢٠١٨/٣/١٣ منشور على موقع محكمة النقض**

https://www.cc.gov.eg/.

عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يُعتبر – بإطلاق – كل من يَرِد ذِكره بالعقد أنه أحد أطرافه، طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانونى الذى يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد.

وفى التحكيم يجب أن يكون التوقيع منصبًا على إرادة إبرام اتفاق التحكيم. وكان اتفاق التحكيم، شرطًا كان أم مشارطة، هو عقد حقيقى له سائر شروط وأركان العقود عمومًا، والتراضى Consentركن لا يقوم بدونه اتفاق التحكيم، وجوهره تقابل إرادتين متطابقتين للطرفين الراغبين في اتخاذ التحكيم سبيلاً لتسوية منازعاتهما، بعيدًا عن قضاء الدولة صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات أيًا كان نوعها وأيًا كان أطرافها، فإذا عبر أحد الطرفين إيجابًا offer عن رغبته في تسوية النزاع عن طريق التحكيم، فيلزم أن يكون قبول acceptance الطرف الآخر باتًا ومنتجًا في إحداث آثاره، حتى يمكن القول بوجود تطابق حقيقى بين إيجاب وقبول طرفى التحكيم consensus ad idem / meeting of the minds على نحو لا يتطرق إليه أى شك أو احتمال أو جدل.

ويتحقق التراضى على شرط التحكيم، بالمفاوضات التى تدور بين الطرفين حول بنود العقد الأصلى وشروطه ومن بينها شرط التحكيم – باعتباره عقدًا مستقلاً داخل العقد الأصلى – وإثبات التراضى على ذلك كتابة والتوقيع عليه منهما، وهو ما أوجبته المادة ١٢ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية من أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلاً، وهو كذلك ما استلزمته، من قبل، المادة ٢(٢) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها,New York Convention ١٩٥٨ – والتى انضمت إليها مصر ودخلت حيز النفاذ في ٧ يونيه ١٩٥٩ فأضحت بعد نشرها في الجريدة الرسمية جزءًا لا يتجزأ من النظام القانونى المصرى – من أنه "يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب agreement in writing" أى شرط تحكيم يرد في عقد أو أى اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين signed by the parties أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة". وعلة استلزام الكتابة، سواء لوجود اتفاق التحكيم أو لإثباته، مرجعها أن التحكيم والاتفاق عليه من التصرفات القانونية ذات الخطر، لما في ذلك من نزع الاختصاص بنظر النزاع بين طرفى الاتفاق من قضاء الدولة، الذى يتعين عليه الامتناع عن الفصل في أى دعوى يتمسك فيها الخصم بوجود اتفاق تحكيم ويعترض منكرًا أى حق لخصمه في الالتجاء إلى القضاء. ولما يتضمنه اتفاق التحكيم من مخاطرة الطرفين ببعض أو كل حقوقهم، لانعدام الفرصة في الطعن على حكم هيئة التحكيم بأى طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، ومن ثم يتعين التيقن من أن إرادة الأطراف اتجهت إلى إبرام اتفاق التحكيم عن إرادة واضحة ويقين قاطع، ولا عبرة هنا بالإرادة التى لم تتجه لإحداث أثر

قانونى. وأخيرًا، لما في اتفاق التحكيم من احتمال ترتيب أثر في حق الغير، حينما يمتد اتفاق التحكيم إلى أطراف آخرين وعقود أخرى تتصل بالعقد الأصلى، كما هى الحال بالنسبة لإمكان امتداده في حالة مجموعة الشركات group of companies أو مجموعة العقود group of contracts، أو امتداده إلى الخلف العام universal successor كالوارث والموصىَ له بجزء غير معين من التركة، أو امتداده للشركة الدامجة company merging باعتبارها خلفًا عامًا للشركة المندمجةcompany merged، وكذلك امتداده في حالة حوالة الحق assignment of a right إذ ينتقل الحق المحال حوالة صحيحة، والوارد في عقد يتضمن شرط تحكيم، من المحيل assignor إلى المحال إليه assignee مُقيدًا بشرط التحكيم ".

وفي حكم أخر لها قضت بأن[1] "آثار العقد وفقًا لنص المادة (١٤٥) من القانون المدني لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفًا فيه، ولم تربطه صلة من أي من طرفيه سواء كانت هذه الآثار حقًا، أم التزامًا، ورتبت على ذلك أن الشركة الناقلة لم تكن طرفًا في عقد البيع تتحدد حقوقها، والتزامها على أساس عقد النقل المبرم بينها، وبين البائع، وأن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة، ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة، وبين الطاعنة (المشترية)، وذلك تطبيقًا لمبدأ القوة الملزمة للعقود. . ". **كما قضت ذات المحكمة ايضا بأن**[2] "مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات

---

[1] – **راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧١/١/٢ .**

https://www.cc.gov.eg/

[2] – **راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم٤٧٢٩، ٤٧٣٠ لسنة ٧٢–جلسة٢٠٠٤/٦/٢٢.**

https://www.cc.gov.eg

وراجع ايضا راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ١٣٨٩٢ لسنة ٨١ جلسة ٢٠٢٢/٢/٢٢

https://www.cc.gov.eg/

مُفاد نصوص المواد ٥٥(١) و٥٦(٢) و٥٧(١) من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ أنه حرصًا من المشرع على حماية الغير حسن النية الذى يتعامل مع ممثلى الشركة، فقد نص صراحة على إمكان احتجاج الغير بالتصرفات التى تمت مع أى من ممثلى الشركة فى مواجهتها ولو كان التصرف صادرًا بالتجاوز لسلطة مُصدره أو لم تُتبع بشأنه الإجراءات والقواعد المقررة قانونًا، ولو كانت تلك التصرفات مشهرة، وسواء كان هذا التصرف داخلًا فى غرض الشركة أم لا، وقد طبق المشرع مبدأ حماية الغير الذين يتعاملون مع الشركة اعتمادًا على الوضع الظاهر على نحو واسع؛ إذ لم يكتف بالتقرير بمسئولية الشركة عن أى تصرف أو تعامل يجريه مجلس إدارتها أو رئيس مجلس الإدارة، وإنما قرر امتداد مسئوليتها لتشمل أى تصرف يجريه أحد موظفيها أو وكلائها إذا تم تقديمه للغير باعتبار أنه يملك سلطة التصرف نيابة عنها واعتمد الغير على ذلك فى تعامله معها. وأخيرًا فإنه لا يجوز للشركة أن تتمسك فى مواجهة الغير حسن النية من المتعاملين معها بأن نصوص عقد الشركة أو لوائحها لم تُتبع بشأن هذا التصرف. لما كان ذلك، وكانت الحُجة التى تتذرع==

تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلا على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه ارادتها مع إرادة الشركة الأخرى، وذلك كله مع وجوب التحقق من توافر شروط التدخل أو الإدخال في الخصومة التحكيمية وفقا لطبيعتها الاستثنائية ".

كما أكدت على هذا المعني المحكمة الادارية العليا أيضا حينما قضت بأنه[1] من المبادئ الأساسية في العقود – ومنها عقد التحكيم – أنه ينبغي أن تتطابق إدارة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم، ومن ثم فإن التحكيم يقتصر على ما اتفق بصدده من منازعات، وعلى ذلك فإنه إذا حصل الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذه أو تفسيره على محكمين فإن هذا يشمل كل المنازعات التي تقع بين المتعاقدين – بشأن التنفيذ أو التفسير – سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه ".

ونستخلص مما سبق أن؛ كقاعدة عامة فإن التنظيم القانوني للتحكيم يقوم كما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا على رضاء الأطراف به وقبولهم له كوسيلة لحل كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم وسواء اتخذ رضاء الأطراف بالتحكيم صوره شرط أو مشارطة فإنه عادة ما يعبر عنه باتفاق التحكيم وشأنه شأن أي اتفاق فالأصل الا يلتزم به شخص غير ذلك الذي ارتضاه ووقع عليه إعمالا لمبدأ نسبية أثر الاتفاق أو العقد، غير أن هذا المبدأ أصبح لا يتماشى مع التطورات التي شهدتها الحياة الاقتصادية والتجارية لذا اتجه الفقه والقضاء إلى إجازت امتداد شرط التحكيم للغير، وبالتالي أصبح امتداد المنازعة التحكيمية إلى غير الموقعين على شرط التحكيم جائز داخل المجموعة

==بها الشركة الطاعنة ومُفادها أن شخص الموقع على العقد لا يملك سلطة إبرام شرط التحكيم الذى تضمنه العقد، هى حُجة من صنع يديها هى فلا يجوز لها الاحتجاج بها على الغير حسن النية، وهو ما بات معروفًا باسم قاعدة estoppel أى " من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه"، أو " منع التناقض إضرارًا بالغير"؛ فقد كان فى إمكان الطاعنة، قبل أى طرف آخر، أن تتبين وقوع هذا التجاوز فى شأن من أبرم العقد باسمها بسهولة ويسر لا عناء فيهما، غير أنها لم تعترض حال إبرام العقد مع المطعون ضدها أو طوال فترة تنفيذ شروطه، ويترتب على ذلك قيام افتراض منطقى بوجود تفويض فعلى وواقعى منها لشخص الموقع على العقد، ولا يهم بعد ذلك نوع هذا التفويض ومداه، باعتبار أن علاقة الشركة بأعضاء مجلس إدارتها وسائر العاملين بها على اختلاف مسمياتهم، لا يمكن أن تؤثر بحال على صحة العقود المبرمة مع الغير حسنى النية، لا سيما إذا ما قدمت الشركة من تعاقد باسمها على أنه يملك السلطة المطلوبة لإبرام هذا التعاقد فتعامل معه الغير على هذا الأساس...".

١ – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٨، مجلس الدولة – المكتب الفني لرئيس مجلس الدولة – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة والثلاثون – الجزء الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٩٣ إلى أخر فبراير سنة ١٩٩٤) – صـ ٦٩١ .

العقدية[1]؛ إلا أن هذا الامتداد مشروط بأن يستدل ضمنيا على موافقة الغير – المطلوب إدخاله في المنازعة التحكيمية – على اللجوء إلى التحكيم، وبشرط موافقة الطرفين الأصليين في شرط التحكيم – صراحة أو ضمنا – على مد أثر شرط التحكيم موضوعيا rationae materiae ليشمل المنازعات الناجمة عن العقود الأخرى في المجموعة العقدية. ولا شك أنه من الضروري التدقيق بشكل خاص في استنباط إرادة الأطراف والغير في اللجوء إلى التحكيم الوطني، باعتبار أن اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة ينزع الحق منهم في اللجوء إلى قاضيهم الوطني الطبيعي، ومن ثم إذا وجد شرط تحكيم في عقد المشاركة، وثار نزاع حول تنفيذ العقد وكان إدخال المتعاقدين مع شركة المشروع سوف يمنع تضارب الأحكام فإنه من الممكن مع مراعاة الشرط سالف البيان .

مدى جواز توحيد النزاع أمام هيئة تحكيمية واحدة على غرار آلية ضم الدعاوى أمام القضاء الوطني وصورة هذا الافتراض أن تتعدد العقود أو العلاقات التي تتضمن صراحة الاتفاق على التحكيم، وهى صورة حديثة أفرزها الواقع العملي نتيجة تشابك وتعدد العلاقات الاقتصادية، وصورتها أن تعدد العقود بين نفس الأشخاص المرتبطة فيما بينها من الناحية الموضوعية[2]، وقد نصت المادة ١٠٤٦ من قانون المرافعات الهولندي الصادر في ١٩٨٦/١٢/١[3]، بينما خلت أنظمة التحكيم الدولية والقانون المصري ومعظم التشريعات المقارنة من النص على ضم إجراءات التحكيم في حالة تعدد إجراءات التحكيم [1].

---

[1] – الباحثة / سحر محمد أحمد دره: بحث بعنوان أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط – العدد التاسع والأربعون، ص.٢٧٩ وما بعدها .

https://mercj.journals.ekb.eg/article

وراجع أيضا د. بلباقي بومدين: بحث بعنوان المركز القانوني للغير في اتفاق التحكيم التجاري

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle

[2]– د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٥٩ وما بعدها.

[3]– تنص المادة ١٠٤٦ من القانون الهولندي على " ١–أذا رفع أمام محكمة تحكيمية منعقدة في هولندا نزاع موضوعه مرتبط بنزاع عالق أمام محكمة تحكيمية أخرى منعقدة في هولندا، يمكن للطرف الأكثر عجلة أن يطلب من رئيس محكمة الدرجة الأولى في أمستردام أن يأمر بضم هاتين القضيتين وذلك ما لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف. ٢– يمكن للرئيس أن يقبل أو أن يرفض هذا الطلب كلي أو جزئياً بعد أن يعطي للأطراف وللمحكمين الفرصة في عرض آرائهم، ويبلغ قراره خطياً إلى كافة الأطراف وإلى كل من المحاكم التحكيمية المعنية. ٣– إذا قرار الرئيس الضم الكامل، يتفاوض الأطراف لتعيين محكم أو عدد وتري من المحكمين وتحديد قواعد الإجراءات التي ستطبق على التحكيم المشترك، وإذا لم يتمكن الأطراف، في خلال المهلة المحددة من الرئيس، من التوصل الى اتفاق في هذا الصدد يعين الرئيس، بناء على طلب الطرف==

لذا تتوقف الإجالة عن هذا السؤال على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. فوفقا لقواعد مركز تحكيم CEPANI في بلجيكا على سبيل المثال، يجوز ضم المنازعات التحكيمية في منازعة واحدة (consolidation)، إذا وُجد بينها ارتباط، وكانت هذه المنازعات تخضع جميعها للقواعد الإجرائية للCEPANI، وهذا الرأي ما قاله الدكتور/ فتحى والي في حالة وجود ارتباط لا يقبل التجزئة، وذلك لتحقيق الفاعلية في حسم المنازعات بتكلفة أقل وضمان تنفيذ الأحكام، وضمان صدور أحكام غير متعارضة، وبشرط قبول جميع الأطراف ويشترط البعض ضرورة موافقة جميع الأطراف [٢]. وبصفة عامة، إذا كان كل شرط تحكيم يشير إلى قواعد إجرائية مختلفة فمن الصعب جدا أن يتم توحيد المنازعات التحكيمية.

ولتجنب مشكلة تضارب الأحكام منذ البداية، يمكن لجميع أطراف المجموعة العقدية (الجهة الإدارية، وشركة المشروع وجميع المتعاقدين معها) أن يصيغوا معا شرط تحكيم متعدد الأطراف multiparty arbitration clause. وهو شرط يتم صياغته في إحدى هذه العقود، أو في بروتوكول منفصل موقع من جميع الأطراف، على أن تحيل كل العقود إلى هذا الشرط، ومن المميزات الأساسية لهذا الشرط هو تحديد طريقة اختيار المحكمين، نظرا لصعوبة اختيارهم في حالة تعدد الأطراف. وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من شروط التحكيم نادر في الواقع العملي، حيث أنه يفترض بدءا أن يكون جميع الأطراف على قدر عال من الحيطة والتدبر [٣] .

رأى الباحث:

نناشد المشرع المصري بتعديل نص المادة ٣٥ من قانون المشاركة بإضافة فقرة تنص صراحة على امتداد شرط التحكيم من عقود المشاركة للعقود الأخرى التي تتم تنفيذا له حتى نخرج من دائرة الجدل، ونقترح أن يكون نص المادة ٣٥ على النحو التالي " يخضع عقد

==الأكثر عجلة، المحكم أو المحكمين ويحدد قواعد الإجراءات التي ستطبق على التحكيم المشترك إذا كان ضرورياً، ويحدد الرئيس أتعاب المحكم أو المحكمين، نظراً للأعمال التي قاموا بها، والتي انتهت مهمتهم بسبب الضم الكامل. ٤- إذا قرر الرئيس الضم الجزئي، يحدد النزاعات المشمولة بالضم، وإذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق في المهلة التي يحددها الرئيس، فيمكن للرئيس بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة أن يعين المحكم أو المحكمين، ويحدد قواعد الإجراءات المطبقة على التحكيم المشترك، في هذه الحالة تعلق المحاكم التحكيمية العالقة أمامها النزاعات المشمولة بالضم الجزئي الإجراءات التحكيمية، ويرسل الحكم الصادر في التحكيم المشترك إلى المحاكم التحكيمية المعنية، وبعد استلامه تستعيد هذه المحاكم التحكيمية الإجراءات العالقة أمامها وتبت بها وفقًا للحكم التحكيمي الصادر في التحكيم المشترك" .

[١] – د. أحمد ابراهيم عبدالتواب: المرجع السابق، ص٣١١ وما بعدها .

[٢] – د.فتحى اسماعيل والى: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة ٢٠٠٧،ص٣٥٣ .

[٣] – د. سامي سراج الدين: المرجع السابق، ص.٦ وما بعدها .

المشاركة لأحكام القانون المصري، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك .ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة . ويمتد شرط التحكيم من عقد المشاركة للعقود الأخرى التي تتم تنفيذا له " .

المبحث الرابع
مدي امتداد أثر البنود المتعلقة بالقوة القاهرة
من عقد المشاركة إلى عقد التمويل

تمهيد وتقسيم:

بطبيعة الحال في مجال تنفيذ العقود الإدارية ومنها عقد المشاركة قد يصادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات غير منظورة لم يتكن يتوقعها وظروف استثنائية لم تكن فى الحسبان مما قد يؤدى إلى التأثير على ظروف تنفيذ العقد إما بجعل هذا التنفيذ أكثر صعوبة وارهاقا للمتعاقد وإما أن تؤدى هذه الأفعال إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا وهنا نكون ازاء فكرة القوة القاهرة والتى يصبح بمقتضاها تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة مستحيلا وبالتلى تؤدي إعفاء المتعاقد من التنفيذ [١] .

ولما كان الأصل إذا انعقد العقد صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه صار ملزماً لطرفيه، ويعد ذلك تأكيداً على مبدأ الرضائية في العقود، وأنه مصدر القوة الملزمة للعقد، لذا أوجب كلا من المشرع الفرنسي[٢]والمغربي[٣] والمصري[١] أن يتضمن عقد المشاركة أسس توزيع المخاطر

---

[١] – د.عمر محمد السيوي: بحث بعنوان العقد والقوة القاهرة – مجلة دراسات قانونية مج ١٣ لسنة ١٩٩٤، ص.١١٧ وما بعدها، منشور على دار المنظومة http://search.mandumah.com .

[2]– Art.11 d' Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat" Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives:.....

b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant .....'.

[٣] – راجع نص المادة ١٦ من قانون الشراكة المغربي رقم ١٢-٨٦ إذ نصت على " يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الشروط التي يتم وفقها تقاسم المخاطر بين الشخص العام والشريك الخاص، بما في ذلك تلك الناجمة عن حادث فجائي أو قوة قاهرة، مع احترام توازن العقد المذكور وفقا لما هو منصوص عليه في المادة ١٧ بعده. يجب تعريف وتفصيل المخاطر المرتبطة بمختلف مراحل المشروع، ويتحمل هذه المخاطر الطرف المؤهل لذلك قصد التقليص من تكلفتها مع مراعاة المصلحة العامة وخصوصيات المشروع. " . وتنص المادة ١٧ من ذات القانون على " يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الشروط التي تخول لكل من الشخص العام والشريك الخاص الحق في الحفاظ على توازن العقد عند وقوع أحداث مفاجئة غير متوقعة أو في حالة قوة قاهرة." . وتنص المادة ١٢ منه ايضا على " يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص حقوق الأطراف المتعاقدة والتزاماتها ويتضمن لزوما وعلى وجه الخصوص البنود والبيانات التالية: .....٧- تقاسم المخاطر بين الأطراف.

المتعلقة بالقوة القاهرة، وبذلك أصبح من البنود الأساسية في عقود المشاركة البنود المتعلقة بتوزيع المخاطر ما بين الطرفين، وهو ما يتضمن المخاطر اقتصادية والمخاطر السياسية والمخاطر القانونية، ويدخل في نطاق توزيع المخاطر البنود المتعلقة بالقوة القاهرة، وغالبا ما تهدف هذه البنود إلى تعريف "القوة القاهرة" بشكل أوسع من تعريفها في القانون، أو بوضع قائمة بالحالات التي يعتبرها المتعاقدان في نطاق القوة القاهرة، وتعد القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ صورة من صور السبب الأجنبي والذي بموجبه يستطيع المدين التخلص من المسؤولية العقدية [٢].

ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد المتعلقة بالقوة القاهرة فى مجال روابط القانون الخاص الا أن القضاء الإداري قد اطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التى يجب النزول عليها فى تحديد الروابط الإدارية فى مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة [٣]، واشترطت المحكمة الإدارية العليا لتطبيق تلك النظرية كما نُص فى القانون المدني؛ أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أمرا غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، وأن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة إذ قضت بأنه" اذا كانت الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلاً، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، ويجب أن يكون الحادث غير متوقع ومستحيل الدفع ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلاً [٤] ".

ونتناول لماهية القوة القاهرة وشروط إعمالها في عقد المشاركة ومدي امتداها لعقد التمويل وذلك في مطلبين على النحو التالي: –

---

[١] – **راجع المادة ٣٤ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ المعدل إذ نصت على "يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي:..... ط – تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة أو باكتشاف الآثار والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال ...." .**

[٢] – **لمزيد من التفاصيل حول القوة القاهرة راجع الدكتور/ هوزان عبدالمحسن عبدالله: بحث بعنوان مفهوم القوة القاهرة وآثاره في تنفيذ العقد: دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم 2016 – 131 للقانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة التاسعة – العدد – 2 العدد التسلسلي – 34 – يونيو 2021، ص.٥٠١ وما بعدها، منشور على دار المنظومة http://search.mandumah.com .**

[٣] – **د. ابراهيم محمد على: المرجع السابق،ص.٢١١ .**

[٤] – **راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعنان رقما رقم ١٣٢٠، ١٣٤٠ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٥، مجلس الدولة – المكتب الفني – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الرابعة عشرة – العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٦٨ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٩) – صـ ٣٧٣ . وراجع ايضا الطعن رقم ٢٨٧٤٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠١٥/٤/٥ .**

المطلب الأول

تعريف القوة القاهرة وشروط اعمالها

أولا: تعريف القوة القاهرة:

يُقصد بالقوة القاهرة حدث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلا [١]. وعرفها الفقه الفرنسي بأنها الواقعة التى تنشأ باستقلال عن إرادة المدين ولا يكون باستطاعته توقعها أو منع حدوثها لانها واقعة خارجية ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقا الوفاء بالتزاماته [٢] .

ويلاحظ أن كلا من المشرع الفرنسي المصري لم يوضحا المقصود من القوة القاهرة و إنما اكتفي بتحديد آثارها فقط، أما المشرع المغربي فقد عرفها [٣] بأنها كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على انه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه. وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين. وهذا يعني أن المشرع المغربي يعتبر أن القوة القاهرة متحققة كلما حدث أمر لم يكن في الحسبان، أي ضرورة توفر عنصر المباغتة و الفجأة، إضافة إلى عنصر العجز عن دفع هذا الحادث زيادة على شرط استقلال هذا الأمر عن إرادة المدين، فلا تكون له يد في حدوثه[٤].

ويتضح من تعريف القوة القاهرة أنها تُصنف إلى نوعين:

١- القوة القاهرة بحسب أصل الحادث: وفى هذه الحالة تنشأ القوة القاهرة إما عن فعل الطبيعة، كالزلازل والصواعق والفيضانات والثلوج، أو عن فعل الإنسان. وفي الحالة الأخيرة لا فرق بين مصدر الفعل الذي يمكن أن يكون العنف الواقعي، كثورة شعبية أو سرقة مسلحة، أو أن يكون العنف القانوني؛ كأن تقوم الدولة بنزع ملكية عقار من مالكه

---

[١] - **د. ابراهيم محمد على: المرجع السابق، ص.٢١٠ .**

[2] -**Stephanie Porchy-Simon, Droit civil 2éme année, les obligations, 10 édition, Dalloz, Paris 2018, p. 262. J. Carbonnier, Droit civil, T.4, Les obligations, 22ème éd., PUF, Paris, 2000 et Corinne Renault - Brahinsky, Droit des obligations, Gualino, Paris, 2020, p .105.**

[٣] - **راجع المادة ٢٦٩ من القانون المغربي لسنة ١٩١٣ والصادر بتاريخ ١٩١٣/٨/١٢ بشأن قانون الالتزامات والعقود .**

[٤] - **الباحث / عبد الحكيم حجامي وأخرين: بحث بعنوان القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن، https://www.mohamah.net/law .**

عن طريق الاستملاك، أو المصادرة، أو أمر السلطة، وتسمى القوة القاهرة في مثل هذه الحالات بفعل الأمير.

٢- القوة القاهرة بحسب موضوع الالتزام: ينحصر عملياً تطبيق القوة القاهرة في مجال الالتزام بعمل، وفي مجال الالتزام بالامتناع عن عمل، والالتزام بإعطاء شيء معين بالذات. أما في الالتزام بإعطاء شيء معين بالنوع؛ فيندر تطبيق القوة القاهرة؛ وذلك لأن الأشياء المعينة بنوعها لا تهلك من حيث المبدأ.فالمدين بتسليم كمية من البضائع لا تبرأ ذمته إذا هلك كل ما لديه من لأن باستطاعته تأمين الكمية التي التزم بتسليمها من السوق الداخلي أو الخارجي.

ثانيا: شروط حالة القوة القاهرة:

وقد نظم المشرع الفرنسي [١] والمغربي[١] والمصري قواعد إعمال نظرية القوة القاهرة إذ نص الأخير في المادة ١٥٩ من القانون المدني على أن " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقض

---

[1]-**Art. 1218** ***Code civil*** **-** ***Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2*** **-Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles *1351* et *1351-1*. et voir aussi, Art. 1231-1 " Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ". et Art.1733 , *Code civil* " Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve: Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction. Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. ". et " et Art.1784 , *Code civil* " Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure. " .**

التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ". كما نص في المادة ٢١٥ على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ". ونصت المادة ٢١٧ في بندها الاول على أن " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ...." . وأخيرا نص فى المادة ١٦٥ على أن " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك ".

ويستفاد من هذه النصوص سالفة الذكر أنه يشترط في كلا من فرنسا[٢] والمغرب ومصر[٣] لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، والمقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه[٤]، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقيع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفى لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله، ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار فى هذه الحالة موضوعي لا ذاتي، ومن ثم ما يعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب

---

[١]– راجع المادة ٢٦٨ من قانون الالتزامات والعقود إذ نصت على " لا محل لأي تعويض، إذا اثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن ".

[2]– Cass.Civ.1ère ,7 Mars 1966, n° J.C.P, 1966.II.14877-14879 note Mazeaud . et voir aussi , Moury J., Force majeure: éloge de la sobriété, Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz revues, Paris, 2004, p. 471.

[٣]– راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٧٧ لسنة ٧٢ جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٨، أحكام النقض – المكتب الفنى مدنى السنة ٥٣ – الجزء ٢ – صـ ١١٢٩ .

[٤]– راجع حكم محكمة النقض القضية رقم ٤٤٦ سنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨، أحكام النقض – المكتب الفنى – مدنى العدد الثانى – السنة ٧ – صـ ٧٨٩ . وراجع ايضا الطعن رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧، أحكام النقض – المكتب الفني – مدني الجزء الأول – السنة ٣١ – صـ ٩٣٠ .

سائغة [١]، لذا فإن الفيضان العالي الغير منتظر يصح أن يعتبر قوة قاهرة يكون عن أثرها إغفال الملتزم من تنفيذ التزامه، ولا ينفي اعتباره كذلك سبق وقوع مثله في الماضي [٢].

ونعرض تلك الشروط بالتفصيل وذلك على النحو التالي[٣] :

١ – عدم إمكان التوقع أو حدث غير مترقب "Evènement imprévisible "

يشترط في الحادث حتى يعتبر قوة قاهرة وبالتالي يعفي من المسؤولية أن يكون غير متوقع[٤]؛ بمعنى ألا يكون المتعاقد قد تصور إمكانية حدوثها عند ابرام العقد فالصفة الملازمة للقوة القاهرة أنها غير مقدرة الوقوع،ولا يخطر في الحسبان حصول مثله عند وقوع الفعل الضار، أي أن يكون حادثا نادر الوقوع كالفيضانات والزلازل مثلا، ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى، فقد يقع حادث في الماضي، ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل. يتفق أغلب الفقه على أن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي، يعتمد تقديره على مقياس الرجل العادي الحريص وليس الرجل شديد الفطنة. فعدم القدرة على التنبؤ يجب أن يتحقق يوم إبرام العقد، فالمدين كان من المفترض تنفيذ التزاماته المترتبة عليه وطبقاً للتاريخ المحدد في العقد، ولكن نتيجة لظروف غير متوقعة التنبؤ لم يستطيع تنفيذ التزاماته التعاقدية،عدم القدرة على التنبؤ بالظروف قد يكون نسبياً لأنه ليس من الضروري أن يكون الحدث غير متوقع على الاطلاق لتشكيل حالة القوة القاهرة .

---

[١] – راجع حكم محكمة النقض القضية رقم ٢٦ سنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٧، أحكام النقض – المكتب الفنى – مدنى العدد الثالث – السنة ٧ – صـ ١٠٢٢ وراجع ايضا الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٥، أحكام النقض – المكتب الفني – مدني الجزء الثاني – السنة ٣٤ – صـ ١٣١١ .

[٢] – راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١٨، أحكام النقض – المكتب الفني – مدني العدد الثاني – السنة ١٤ – صـ ٥٦٠ .

[٣] – لمزيد من التفاصيل راجع الدكتورة/ أميرة جعفر شريف وأخرين: بحث بعنوان نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة فى القانون العراقي والشريعة الإسلامية، https://conferences.tiu.edu.iq/ . واجع ايضا الدكتور/ محمد شتا أبو سعد: بحث بعنوان القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة مج٧٤ العدد ٣٩٣و٣٩٤ لسنة ١٩٨٣، ص.١٧٥ وما بعدها – منشور على دار المنظومة

http://search.mandumah.com ،

والدكتور / عمر محمد السيوى: المرجع السابق،ص.١٢٣ وما بعدها .

[4]–Paul–Henri Antonmattei, Contribution à l'étude de la force majeure, L.G.D.J, Thèses, Paris 1992, p.56.

٢- أن يكون الحادث خارجا عن إرادة المتعاقدين " Le critère d'extériorité "

يقصد بالحادث الخارجي هو الظروف الخارجة عن إرادة المدين والتي ليس له أي دور في عدم تحقق النتيجة المرجوة من العلاقة التعاقدية، حيث تنتفي العلاقة السببية بين الحادث وفعل المدين، ويقع على المدين عبء اثبات أن هذا الحادث نتج بصورة خارجة عن إرادته ولم يهمل أو يخطئ في تنفيذ التزاماته العقدية، ومن ثم لا يعتد بالحادث الخارجي كقوة قاهرة إذا كان ناتجاً عن تقصير المدين .

ويستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أنه لا يكفي أن يكون هذا الحدث خارجاً عن إرادة المدين، بل يجب أن يجعل هذا الشرط تنفيذ العقد مستحيلاً، فإذا لم يكن الحادث الخارجي فجائياً، فالقضاء يعتبر أن المدين ليس حراً في التذرع بشرط الحادث الخارجي للتخلص من المسؤولية العقدية، ففي هذه الحالة يتم تعليق التزام المدين إلى أن ينتهي هذا الحدث الخارجي غير المفاجئ [١] . وفي سابقة قضائية للمحاكم الفرنسية حول جائحة كورونا، أصدرت محكمة استئناف كولمار (Colmar) في فرنسا في أول قرار قضائي يتعلق بجائحة كورونا والقوة القاهر؛ وتتلخص وقائع القضية بطلب المحكمة سماع شهادة المدعى عليه الذي-(COVID 19) والقوة القاهرة .وتتلخص وقائع القضية بطلب المحكمة سماع شهادة المدعى عليه الذيكان في الحبس الإداري أثناء المرافعة، من خلال الفيديو كونفرانس، نتيجة عدم القدرة على جلبه أمام المحكمة حضورياً بسبب إجراءات الحجر الصحي التي تم اعتمادها خشية من تفشي جائحة كورونا، حيث كيَّفت المحكمة في حكمها أن جائحة كورونا تعتبر ذات طابع خارجي، غير متوقع، ومستحيل الدفع، وبالتالي تعتبر هذه الجائحة قوة قاهرة [٢].

٣- استحالة دفع الضرر الناشئ عن القوة القاهرة Evènement irrésistible

ليكون الحادث قوة قاهرة معفيا من المسؤولية لابد أن يكون -زيادة على شرط عدم التوقع- مستحيل الدفع والمقاومة، أي لا يكون في طاقة المدين دفع وقوعه ولا تلافيه، ولا التغلب على نتائج الحادث عقب وقوعه، فلا يستطيع المدين التخلص من تلك النتائج ؛وبالتالي يجعل تنفي الالتزام مستحيلا، ويشترط في تلك الاستحالة أن تكون مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده، بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين. فإذا كان بإمكان

---

[1]- Cass., com., 12 novembre 1969 et Cass., 1ère civ., 24 février 1981. et Cass. soc. 16 mai 2012, n° 10-17.726.

[2]- CA Colmar, 12 mars 2020, n°20/01098 A noter également, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar rendu le 12 mars 2020 a déjà retenu la qualification du COVID-19 comme cas de force majeure, On peut considérer que cette jurisprudence est la première à avoir été rendue en France en la matière .

المدين تفادي تأثير الواقعة على تنفيذ الالتزام التعاقدي وذلك ببذله بعض الجهد والمشقة، فإن القوة القاهرة لا تقوم من الناحية القانونية حتى ولو كانت تلك الواقعة مما لا يستطيع المدين العادي توقعه سواء أثناء إبرام العقد أو بعده أو وقت تنفيذه . ويعود أمر تقدير الاستحالة إلى المحكمة المختصة، وهذا الشرط هو تطبيق للقاعدة القائلة: "لا التزام بمُحال"، أما إذا ترتب على وقوع الحادث أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً للمدين وليس محالاً، فلا يعدّ الحادث من قبيل القوة القاهرة، وإنما تطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة شريطة توافر بقية شروطها.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا حينما قضت بأن[١] "يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن ثمة قوة قاهرة أو حادث فجائي، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون فى موقف المدين" .

وبناءً عليه فإن المخاطر الغير متوقعة الحدوث ولا يستطاع دفعها تعد من قبيل القوة القاهرة وتعتبر سببا قانونيا للإعفاء من المسئولية[٢]، طالما أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب القوة القاهرة واثناء الوقت الذى تمت فيه هذه الحالة، أما اذا تبين أن أثر القوة القاهرة مؤقت فى هذه الحالة يكون أثر القوة القاهرة موقوت بالفترة التى توجد فيها وتمنع التنفيذ فإذا زال الحادث القاهر رجع التزام المتعاقد بالتنفيذ[٣]. أما المخاطر المتوقعة والتى يمكن دفعها تصلح سببا اتفاقيا للإعفاء من المسئولية كالصواعق والبرد ودوامات البحر[٤].

والدفع بقيام السبب الأجنبي سواء كان حادثًا فجائيًا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير لا يتعلق بالنظام العام، لذا ينبغي على من توجه إليه دعوى المسئولية التمسك به في عبارة صريحة وأن يقيم هو الدليل على توافر شرائطه القانونية، ولا تملك المحكمة تغيير طلب تقرير قيام السبب الأجنبي وتطبيق أحكامه من تلقاء نفسها [٥].

---

[١]– راجع حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٥٩/١٢/١٢، س.٥، ص.١٠٦ .

[2]– Cass. 2e civ., 13 Juillet, 2000, Bull. civ. II, n° 126; Cass. 1re civ., 6 November 2002, Bull. civ., I. n°258; Cass. 1re civ., 7 Mars 1966, Bull. civ I. n° 166. Et Cass. 1ére Civ., 4 Février 2003, Brier C/ Mutuelle complémentaire de la ville de paris juris-data n° 017447 .

[٣]– راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٢١٦٢٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠١٨/١/٢٣ .

[٤]– راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١، أحكام النقض – المكتب الفنى – مدنى العدد الثالث – السنة ١٧ – صـ ١١٢٩ راجع ايضا الطعن رقم ١١٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠، أحكام النقض – المكتب الفنى – مدنى العدد الرابع – السنة ١٧ – صـ ١٩٦٢.

[٥]– راجع حكم محكمة النقض الطعن رقم ١٤٦٩٦ لسنة ٨٣ ق جلسة ٢٠١٤/١٢/١٥

https://www.cc.gov.eg/.

المطلب الثاني
مدي امتداد بند القوة القاهرة
من عقد المشاركة لعقد التمويل

تنص المادة ١٥٢ من القانون المدني على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا."

ويفهم من هذا النص سالف الذكر؛ أن المشرع المصري لم ينف إمكانية أن يرتب العقد أي آثار قانونية تجاه الغير، لكنه يمنع فقط من ترتيب التزامات في ذمة الغير، وإذا عدنا إلى بند القوة القاهرة، فإن هذا البند لا يرتب التزاما على عاتق أي من الطرفين، بل أن الغرض منه هو إبراء المدين من دينه في ظروف محددة، ومن ثم يجوز لشركة المشروع أن تحتج بالبنود المتعلقة بالقوة القاهرة في عقد المشاركة في مواجهة جهة التمويل [١].

وذلك لأن الفقه الحديث قد تطور في فهمه لمبدأ الأثر النسبي للعقود؛ حيث أنه في ظل التطور الاقتصادي الذي يشهده العالم منذ عدة عقود وتدخل أكثر من طرف في تنفيذ المشروع الواحد – سواء كان ذلك في هيئة مجموعة شركات أو مجموعة عقود – فإن الواقع العملي لم يعد يحتمل تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود بمفهوم ضيق، حيث أصبح من المسلم به أن العقد وخاصة في المشاريع الاقتصادية الكبرى، لا بد وأن يرتب آثارا قانونية تتعدى أطرافه، ومن ثم ذهب قطاع كبير من فقهاء القانون المدني إلى أن مبدأ الأثر النسبي للعقود إنما يمنع من ترتيب التزامات على عاتق الغير، ولكنه لا يمنع من الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، لاسيما إن كان هذا الغير يعلم بوجود هذا العقد أو يعلم أن العقد الذي أبرمه ليس إلا جزءا من مجموعة عقدية .

كما أن هذا الحل الأقرب إلى الواقع العملي، حيث أنه في حالة إبراء ذمة المدين للقوة القاهرة فإن الدائن يُعفى هو أيضا – بحسب الأصل – من التزاماته طالما استمر الوضع الذي يشكل القوة القاهرة، ومن ثم فإنه يصعب على شركة المشروع أن تسدد أقساط القرض في خلال فترة القوة القاهرة، في ظل توقف صرف مستحقات شركة المشروع لدى الجهة الإدارية.

---

[١] – **د. حسان عبدالسميع هاشم أبو العلا: بحث بعنوان نظرية الظروف الطارئة، منشور على الموقع التالي** https://mjle.journals.ekb.eg/.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث عرض لماهية عقد المشاركة والفرق بينه وبين المصطلحات التي قد تختلط به وذلك في المبحث التمهيدي، وتناولت في المبحث الأول والثاني والثالث والرابع عرض اربع مشكلات عملية متعلقة بعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص ؛الأولى متعلقة بالتعاقد من الباطن والثانية متعلقة بمصير العقود المبرمة مع الغير حال فسخ او انهاء عقد المشاركة والثالثة والرابعة متعلقة بمدي امتداد شرطي التحكيم والقوة القاهرة بالنسبة للغير، واليكم اهم النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج

١- عقد المشاركة ينصب على المشروعات الخلاقة التي يكون غايتها رفع الكفاءة الاقتصادية للدولة وتخفيف أعباء الميزانية العامة، ومن ثم الحد من اقتراض الدولة وما تتبعه من مخاطر وخلق سوق محلي جديد للتمويل طويل الأجل وخلق سوق جديد للقطاع الخاص لإدارة أصول المشروعات وتنمية الاقتصاد وخلق سوق جديد للقطاع الخاص لإدارة أصول المشروعات وتنمية الاقتصاد وخلق فرص عمل وزيادة كفاءة الخدمات العامة المقدمة للمواطنين .

٢- المشاركة بين القطاعين العام والخاص تعتبر خيارا استراتيجيا وحقيقيا قادرا وفاعلا على إقامة اقتصاد وطني قوي متطور ومتوازن تشارك في إدارته ورسم ملامحه الحكومات بما تملك من سياسات وتشريعات وامكانيات والقطاع الخاص بما يملك من مرونة وطموحات وقدرات إدارية واستثمارية، مما يؤدي إلي الإنعاش للاقتصاد الوطني وخفض الدين العام .

٣- تتضمن بعض التشريعات السارية العديد من القواعد التي لا تلائم السياسات التمويلية والاقتصادية المعاصرة، والتي تتعارض مع طبيعة المشروعات والمرافق العامة الاقتصادية في تطبيقاتها الحديثة. بل وتعد هذه التشريعات في جانب منها طاردة للاستثمار الخاص في مجال المرافق العامة ومشروعات البنية الأساسية، وهو الأمر الذي أدي بالمشرع إلى إصدار قوانين خاصة لتنظم الاستثمار الخاص في بعض القطاعات الاقتصادية الخدمية كقطاع الكهرباء والاتصالات والمطارات مما نتج عنه تعددية تشريعية غير مبررة، و هذا بدوره يقود إلي مزيد من التعارض بين التشريعات المستحدثة واللوائح السارية.

٤- لا يتعرض التنظيم التشريعي و القانوني إلي كافة صور مشاركة القطاع الخاص، وهو الأمر الذي القي بكثير من الغموض حول أشكال المشاركة الخاصة التي يمكن تطبيقها في ظل القوانين السارية في العديد من الدول النامية، كما لا توجد قواعد وأحكام خاصة باختيار المستثمر وأفضل العروض، وغياب أسس التقييم التي تتفق مع طبيعة هذه المشروعات من النواحي المالية والفنية والتشغيلية، فالأسس الموضوعة لا تصلح للتطبيق على هذا النوع من

المشروعات، وهوما يستلزم إصدار قانون موحد في الدولة المعنية لتنظيم مشاركة القطاع الخاص في تمويل وإقامة وتشغيل تلك المشروعات.

٥- ضمان نجاح عقود المشاركة لا يقتصر فقط على التشريعات والأنظمة، لذا فلابد من خلق روابط بينها وبين مفهوم الحوكمة، فكلاهما له ابعاد متعددة ذات جوانب إدارية وقانونية واقتصادية واجتماعية تلتقي فى نقاط مشتركة مستندة إلى مبادئ الشفافية والإفصاح والمساءلة والحقوق المتساوية لأصحاب المصلحة وتحديد المسؤوليات من أجل رفع كفاءة استخدام الموارد وتعزيز القدرة التنافسية وجذب مصادر التمويل والتوسع فى المشاريع لخلق فرص عمل جديدة ودعم الاستقرار الاقتصادي .

٦- التعاقد من الباطن عبارة عن عقد يبرمه المتعاقد مع الإدارة، مع متعاقد آخر لتنفيذ جزء من الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقده الأصلي مع الإدارة، و يقوم التعاقد من الباطن على مبدأ الرضائية ويعتبر من عقود المعاوضة الملزمة للطرفين، ويستند إلى عقد أصلي في وجوده أو زواله. ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، كما يختلف عن اتفاقيات تسهيل تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي يبرمها المتعاقد الأصلي مع الآخرين.

٧- يبقى المتعاقد الأصلي في حالة موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذ الالتزام من النواحي الفنية، والإدارية، والجزائية، والحقوقية وتكون مسؤوليته شخصية. ولا تنشئ أية حقوق أو روابط قانونية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن باستثناء ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من إجازته للإدارة دفع تمن الأعمال التي نفذها المتعاقد من الباطن، إليه مباشرة. وتخضع العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن لروابط القانون الخاص، ويختص النظر في المنازعات الناشئة عنها القضاء العادي وليس القضاء الإداري.

٨- إن إبرام المتعاقد الأصلي لعقد من الباطن مع متعاقد آخر دون موافقة الإدارة يعتبر من المخالفات الجسيمة التي تجيز للإدارة فسخ العقد ومطالبة المتعاقد بالتعويض عن الضرر الذي لحقها. ولا تنشأ عنه أية حقوق أو روابط قانونية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن غير أن هذا لا يمنع المتعاقد من الباطن من الرجوع على الإدارة للمطالبة بحقوقه وفقاً لنظريتي الإثراء بلا سبب، وحوالة الحق، وتخضع العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن لقواعد القانون الخاص، ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء العادي، دون القضاء الإداري.

٩- وفقا لنظرية سبب العقد فإذا ما تم إلغاء أو فسخ عقد المشاركة فإن جميع العقود التي تبرمها شركة المشروع تصبح غير ذات جدوى، ذلك أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه من قبل لا بالنسبة لطرفيه

فحسب بل بالنسبة للغير، كذلك فلا تنفذ التصرفات التي رتبها أحد المتعاقدين على محل التعاقد أثناء قيام العقد في حق الطرف الآخر إعمالاً لهذا الأثر الرجعى للفسخ.

١٠- لم ينفي المشرع المصري بموجب المادة ١٥٢ من القانون المدني إمكانية أن يرتب العقد أي آثار قانونية تجاه الغير، لكنه يمنع فقط من ترتيب التزامات في ذمة الغير، وإذا عدنا إلى بند القوة القاهرة، فإن هذا البند لا يرتب التزاما على عاتق أي من الطرفين، بل أن الغرض منه هو إبراء المدين من دينه في ظروف محددة، ومن ثم يجوز لشركة المشروع أن تحتج بالبنود المتعلقة بالقوة القاهرة في عقد المشاركة في مواجهة جهة التمويل .

ثانيا: التوصيات:

١- لم ينص المشرع المصري على الجزاء المرتب حال قيام المتعاقد مع الإدارة بالتعاقد من الباطن رغم اعتراضها أو حال التعاقد وعدم إخطارها من الأساس. ولم ينص كما فعل نظيره الفرنسي على ضمانات للمتعاقدين من الباطن في مواجهة شركة المشروع أو المتعاقد الأصلي كما لم تضع اللائحة التنفيذية لهذا القانون والصادر بمقتضي قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ إطارا منظما أو أي نمط محدد لحماية حقوق المتعاقدين من الباطن بالرغم من التسليم بأهمية وضرورة مثل هذا التعاقد خاصة في مشروعات البنية الأساسية في ضوء مقتضيات التخصص الفني والاعتبارات الاقتصادية . ولذا نناشد المشرع المصري بأن ينتهج نهج نظيره الفرنسي في هذا الصدد وتنظيم عملية التعاقد من الباطن في إطار المشروعات محل عقود المشاركة وذلك بوضع الضوابط والأحكام الخاصة بها في إطار قانون المشاركة ولائحته التنفيذية، وتضمين قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الجزاء المترتب على المتعاقد الأصلي عند التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة أو حال التعاقد دون عرض الأمر عليها.

لذا ناشدنا المشرع المصري بتعديل نص المادة ١٢ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ ونقترح أن يكون النص على النحو التالي "على شركة المشروع أن تعرض على الجهة الإدارية اتفاقات المساهمين في شركة المشروع، ومشروعات العقود التي تزمع إبرامها مع الغير بقصد تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد المشاركة، وذلك وفقًا للإجراءات وفي المواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون وللجهة الإدارية خلال مدة لا تجاوز ستين يومًا من تاريخ العرض حق الاعتراض على إبرام هذه العقود، وذلك إذا ثبت لها أن الغير المزمع التعاقد معه سبق شهر إفلاسه أو أنه خاضع لإجراءات التصفية أو سبق الحكم عليه نهائيا أو على من يمثله قانونًا بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية في جريمة مخلة بالشرف، أو تم شطبه من سجلات الموردين أو المقاولين بالجهة الإدارية المتعاقدة، أو كانت هناك اعتبارات للأمن القومي تستلزم ذلك .

فإذا تعاقد المتعاقد الأصلي من الباطن دون عرض الأمر على جهة الإدارة أو رغم عدم موافقتها وكانت على علم بوجود المتعاقد من الباطن فى مكان الاعمال ولم تتخذ أي إجراء ضد المتعاقد الأصلي اعتبر ذلك بمثابة موافقة ضمنية منها على قبول التعاقد من الباطن .

لا يجوز التعاقد من الباطن إلا بنسبة لا تتجاوز ٤٠% من إجمالي العقد. ويكون العقد باطلا إذا تم بالمخالفة لما سبق ويستوجب توقيع الجزاء على المتعاقد الأصلي "تناشد المشرع بتعديل القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، ودفتر الشروط العامة للإدارة في حالة التعاقد من الباطن بموافقتها بدفع الثمن مباشرة إلى المتعاقد من الباطن الذي نفذ جزءاَ من العقد وذلك كي تتم حماية المتعاقد من الباطن من إفلاس المتعاقد الأصلي أسوة بما هو عليه الحال في فرنسا.

٢- يحسب لكلا المشرعين الفرنسي والمصري أنهما أجاز التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من عقد المشاركة طالما اقتضت الضرورة ذلك، إلا أنه يأخذ عليهما أنهما لم يحددا النسبة المئوية التي يجب على المتعاقد من الباطن أن يتعاقد بشأنها على تنفيذ جزء من العقد، لذا نناشدهما بتحديد الجزء المسموح للمتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن على تنفيذه وذلك بتحديد الحد الأقصى المسموح به بنسبة مئوية من إجمالي العقد حتى لا يتعداه وبالتالي يخل بمبدأ التنفيذ الشخصي للمتعاقد .

٣- ضرورة التدخل تشريعيا لتنظيم مسألة انتقال اتفاق التحكيم وامتداده إلى الغير وأن لا يتركها إلى القواعد العامة لما يمثله ذلك من أهمية خاصة لاستقرار نظام التحكيم الذى ينعكس بدوره على سلاسة العملية التحكيمية ومن ثم يؤدى دوره المنوط به في تحقيق عنصري الأمان والسرعة في حسم المنازعات، ولحين حدوث ذلك، ضرورة حرص الأطراف المتعاقدة على صياغة اتفاقات التحكيم بشكل أكثر تفصيلا وإبداء رغبة صراحة سواء في قبول امتداد الاتفاق إلى الغير أو عدم قبول ذلك .

٤- نقطة البدء في الإصلاح التشريعي في هذا الصدد تقوم على ضرورة خلق إطاراً تشريعيا صالحا وداعما للاستثمار الخاص في تلك المشروعات، لذا نناشد المشرع بإصدار قانون موحد في الدولة المعنية لتنظيم مشاركة القطاع الخاص في تمويل وإقامة وتشغيل تلك المشروعات.

٥- نظرا لان التشريعات و القوانين لا تكفي لوحدها في تطوير هذه القطاعات الهامة فان الأمر يقتضي التغلب على الصعوبات المتصلة بالإطار المؤسسي و ذلك مثلا بإنشاء جهاز متخصص على المستوى المركزي في الدولة يضطلع بصفة رئيسية بتنظيم مشاركة الاستثمار الخاص في تمويل وإقامة وتشغيل مثل هذه المشروعات، ويهدف إلى توحيد الرؤية الاستراتيجية للدولة في تنظيم الاستثمار الخاص في هذه المشروع، و خلق الآليات والكوادر الفينة والمالية والإدارة العالية لتنظيم الاستثمار الخاص في هذه المشروعات خلال المراحل

المختلفة لتنفيذ المشروعات وتشغيلها، ودعم وترويج الاستثمار الخاص في هذه المشروعات و العمل علي خلق ثقافة عامة في هذا المجال، ويكون تشكيل هذا الجهاز من كوادر قانونية وإدارية ومالية على أعلى مستوى من الكفاءة لضبط تلك العقود.

٦- كقاعدة عامة فإن التنظيم القانوني للتحكيم يقوم كما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا على رضاء الأطراف به وقبولهم له كوسيلة لحل كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم وسواء اتخذ رضاء الأطراف بالتحكيم صوره شرط أو مشارطة فإنه عادة ما يعبر عنه باتفاق التحكيم وشأنه شأن أي اتفاق فالأصل الا يلتزم به شخص غير ذلك الذي ارتضاه ووقع عليه إعمالا لمبدأ نسبية أثر الاتفاق أو العقد، غير أن هذا المبدأ أصبح لا يتماشى مع التطورات التي شهدتها الحياة الاقتصادية والتجارية لذا اتجه الفقه والقضاء إلى إجازت امتداد شرط التحكيم للغير . لذا نناشد المشرع المصري بتعديل نص المادة ٣٥ من قانون المشاركة بإضافة فقرة تنص صراحة على امتداد شرط التحكيم من عقود المشاركة للعقود الأخرى التي تتم تنفيذا له حتى نخرج من دائرة الجدل، ونقترح أن يكون نص المادة ٣٥ على النحو التالي " يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك .ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة .ويمتد شرط التحكيم من عقد المشاركة للعقود الأخرى التي تتم تنفيذا له " .

المراجع

أولا : الكتب والرسائل العامة والمتخصصة:

١- د. ابراهيم محمد على: أثار العقود الإدارية، طبعة دار النهضة العربية بدون سنة نشر.

٢- د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام، طبعة ٢٠٠٣ بدون دار نشر .

٣- د. أحمد سيد أحمد محمود: التحكيم في عقود الشراكة ppp، طبعة دار النهضة العربية ٢٠١٣ .

٤- ابن منظور: لسان العرب، دار المعارف، مصر، بدون سنة نشر، مجلد ٤، ج ٢٤.

٥- د. أحمد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٤ .

٦- د. أحمد ابراهيم عبدالتواب: اتفاق التحكيم، طبعة دار النهضة العربية بدون دار نشر، ومنشور أيضا على https://inter-droitetaffaires.com .

٧- د.أيمن ابراهيم العشماوي: نظرية السبب والعدالة العقدية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٨ .

٨- د. الصفا محمود محمد عسل: عقود الأشغال العامة وإشكالياتها العملية والحلول في ضوء الفقه والقضاء، طبعة دار الفتح ٢٠٢١ .

٩- د.جابر جاد نصار: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام " دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام "، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٢ .

١٠- المستشار / حسن الفكهانى واخرين :الموسوعة الإدارية الحديثة، طبعة الدار العربية للموسوعات ج٤٩- سنة ٢٠٠٠ .

١١- د. حماده عبدالرازق حمادة: عقود الشراكة ppp، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١٤ .

١٢- د. حماده عبدالرازق حماده: التنظيم القانوني لعقود المشاركة، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣.

١٣- المستشار/ حمدي ياسين عكاشة : عقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص ppp، طبعة ٢٠١٩ بدون دار نشر .

١٤- المستشار/ حمدي ياسين عكاشة : موسوعة العقود الإدارية والدولية " العقود الإدارية في التطبيق العملي "، بدون دار نشر أو سنة نشر .

١٥- د. رجب محمود طاجن: عقود الشراكة ppp، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٧ .

١٦- د.زكى محمد محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨١.

١٧- د. سامي حسن نجم الحمداني: اثر العقد الإداري بالنسبة إلي الغير، طبعة دار الكتب القانونية بدون سنة نشر .
١٨- د.سليمان محمد الطماوي: الأسُسُ العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة ١٩٩١ مطبعة جامعة عين شمس.
١٩- د. سعيد السيد على: امتيازات الإدارة العامة، طبعة المصرية للنشر والتوزيع ٢٠١٩، منشور على https://books.google.com.eg/ .
٢٠- د.شهاب فاروق عبدالحي: التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية ٢٠١٤ .
٢١- د.عبدالعليم عبد المجيد مشرف: فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٣ .
٢٢- د. علاء الدين أحمد حسن العناني: الصور الحديثة للعقود الإدارية ذي الطابع الدولي وأثرها على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠١٨.
٢٣- د.عمر حلمي: معيار تمييز العقد الإداري،طبعة دار النهضة العربية١٩٩٣.
٢٤- د.فتحى اسماعيل والى: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة ٢٠٠٧ .
٢٥- د.فؤاد محمد النادي – د. السيد أحمد محمد مرجان: العقود الإدارية، طبعة ٢٠١٩-٢٠٢٠، بدون دار نشر .
٢٦- د. دويب حسين صابر عبدالعظيم: الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، طبعة دار النهضة العربية، بدون سنة نشر .
٢٧- د.وائل محمد السيد إسماعيل: المشكلات القانونية التي تثيرها عقود .B.O.T، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١١.
٢٨- د. محمد إبراهيم محمود الشافعي: المشاركة بين القطاعين العام والخاص، طبعة دار النهضة العربية ٢٠١٢.
٢٩- د. محمد محمد عبداللطيف: القانون العام الاقتصادي، طبعة ٢٠١٢، جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي.
٣٠- د.مي محمد عزت علي شرباش: النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، طبعة دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠ .
٣١- د. محمد الشافعي أبوراس: العقود الإدارية، منشور على www.pdffactory.com .
٣٢- د.محمد عبدالواحد الجميلي: ماهية العقد الإداري الفرنسي في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٧ .

٣٣- د. محمد أنس جعفر: العقود الإدارية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٢.
٣٤- د.مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: المركز القانوني للمتعاقد من الباطن الخفي في العقود الإدارية " دراسة مقارنة "، بدون دار نشر أو سنة نشر .
٣٥- د. نبيل محمود عبده السايس: عقد الشراكة مع القطاع الخاص، طبعة دار الفكر الجامعي ٢٠٢١ .
٣٦- د.هيثم يسن عبدالرحيم حسن: عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، رسالة دكتوراه جامعة أسيوط ٢٠١٧ .
٣٧- د. هبه الله حمدي حسن الحلفاوي: الغير فى مجال العقد الإداري – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ٢٠٢١ .
٣٨- د .هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
٣٩- د. يسري محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠١ .

ثانيا: الابحاث والمقالات:

١- د. أشرف جابر: بحث بعنوان الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد – صنيعه قضائية وصياغة تشريعية – لمحات في بعض المستحدثات، منشور في ملحق خاص – العدد ٢ – الجزء الثاني – نوفمبر ٢٠١٧، https://journal.kilaw.edu.kw/ .
٢- د. أشرف عبدالحكيم عبدالفتاح عمر: بحث بعنوان الاعتبار الشخصى واثره فى تنفيذ العقود الادارية – مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – المجلد ٥٢، العدد ٣ – الرقم المسلسل للعدد ١، مايو ٢٠٢٠، كلية الحقوق جامعة المنوفية https://jslem.journals.ekb.eg/ .
٣- د. أحمد سيد أحمد محمود : بحث بعنوان التحكيم في عقود الشراكة – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – المجلد ٥٤، العدد ٢، يوليو ٢٠١٢ – كلية الحقوق جامعة عين شمس https://jelc.journals.ekb.eg/ .
٤- د. أميرة جعفر شريف وأخرين : بحث بعنوان نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة فى القانون العراقي والشريعة الإسلامية، https://conferences.tiu.edu.iq/ .
٥- د. بلباقي بومدين: بحث بعنوان المركز القانوني للغير في اتفاق التحكيم التجاري https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle.

٦- د.حسن محمود محمد حسن: بحث بعنوان مفهوم الطرف في العقد الإداري، مجلة بحوث الشرق الأوسط،العدد الثامن والأربعون – منشور على الموقع التالي/ https://mercj.journals.ekb.eg/ .

٧- د. سامي سراج الدين: مقال بعنوان إشكالية مجموعة العقود المرتبطة بعقد المشاركة في القطاع الخاص (PPP)، منشور على الموقع التالي https://journals.qu.edu.qa.

٨- د. سحر جبار يعقوب: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة فى فرض الجزاءات الإدارية فى عقد التوريد، طبعة المركز العربي ٢٠٢٠ ومنشور على https://books.google.com.eg/.

٩- الباحثة / سحر محمد أحمد دره : بحث بعنوان أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط – العدد التاسع والأربعون، https://mercj.journals.ekb.eg/article.

١٠- د. سنان خليل سلامة وأخر: بحث بعنوان عقد المقاولة من الباطن في القانونين الإماراتي والفرنسي، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة المنصورة – العدد ٧١ لسنة ٢٠٢٠ .

١١- د.سيف باجس الفواعير: بحث بعنوان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية دراسة مقارنة، منشور في المجلة الدولية للقانون http://dx.doi.org .

١٢- د . شايب باشا كريمة ود. مسكر سهام: بحث بعنوان أساليب الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في إطار إنجاز المشاريع العمومية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – المجلد – 04 العدد – 02 السنة ٢٠١٩. https://www.asjp.cerist.dz/en .

١٣- د.شريف بوزرده: بحث بعنوان نظرية السبب في ضوء المستجدات التشريعية الجديدة، مجلة منازعات الاعمال – عدد يونيو ٢٠١٧ .

١٤- د. صلاح عبدالسلام العوضي: مقال بعنوان؛ وجهة نظر: الشراكة بين القطاعين... من منظور كويتي ! https://www.aljarida.com/articles/.

١٥- د. صادقي عباس: بحث بعنوان تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود، مجلة آفاق للبحوث والدراسات – عدد خاص مايو ٢٠١٨.
https://www.asjp.cerist.dz/en.

١٦- د.صالح بن ابراهيم بن عبدالله التويجري: بحث بعنوان النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم وامتداده إلى غير اطرافه،، منشور على الموقع التالي.
https://journals.ekb.eg/article . .

١٧- د.طارق عبدالعزيز حفنى الشيخ: بحث بعنوان اشكالات اثار اتفاق التحكيم، منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الاول لسنة ٦٢ – يناير ٢٠٢٠ – الصادر عن كلية الحقوق جامعة عين شمس https://jelc.journals.ekb.eg/ .

١٨- د. حسان عبدالسميع هاشم أبو العلا: بحث بعنوان نظريه الظروف الطارئة .https://mjle.journals.ekb.eg/

١٩- د.جورجي شفيق ساري: بحث بعنوان اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي "دراسة تأصيلية تحليلية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – العدد ٧٦ يونيو ٢٠٢١.

٢٠- د.عمر علي الدوري واحمد ضرار إسماعيل الشمري: بحث الخصخصة بدائل التحول من الملكية العامة الى الملكية الخاصة، منشور في مجلة المنصور – العدد العاشر ٢٠٠٧ .

٢١- د. عماد محمد ثابت: بحث بعنوان مراحل إبرام عقد المشاركة ppp – منشور لدى المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠٠٨ .

٢٢- د. عباس صادقي: بحث بعنوان تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية " دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي " – مجلة أفاق للبحوث والدراسات – عدد مايو ٢٠١٨،منشور على موقع دار المنظومة http://search.mandumah.com .

٢٣- د. عادل محمود الرشيد: بحث بعنوان إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص منشور على الموقع التالي:- http://www.merriam-webster.com .

٢٤- الأستاذ/ محمد متولي دكروري محمد: دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية .

٢٥- د.على محمد: بحث بعنوان ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية–العدد الثاني ٢٠١٧.
https://www.asjp.cerist.dz

٢٦- د.عمر محمد السيوي: بحث بعنوان العقد والقوة القاهرة – مجلة دراسات قانونية مج ١٣ لسنة ١٩٩٤، منشور على دار المنظومة http://search.mandumah.com .

٢٧- **الباحث/ عبد الحكيم حجامي وأخرين: بحث بعنوان القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن**، https://www.mohamah.net/law .

٢٨- د. عماد ملوخية: بحث بعنوان أثر اتفاق التحكيم في المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة بالنظام السعودي)- مجلة القانون والاقتصاد المجلد ٩٣، العدد ٢، إبريل ٢٠٢٠، الصادر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة

https://mle.journals.ekb.eg/issue_18090.

٢٩- د.قيدار عبدالقادر صالح: بحث بعنوان قاعدة نسبية أثر العقد ومدي سريانها على العقد الإداري "دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق – جامعة الموصل – مجلد ٩ السنة الثانية عشر – عدد ٣٢ لسنة ٢٠٠٧ .

٣٠- د.محمد ابراهيم الشافعى: بحث بعنوان المشاركة بين القطاعين العام والخاص كوسيلة لتمويل مشروعات البنية الأساسية فى مصر – منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الثانى السنة ٥٣ – يوليو ٢٠١١ – الصادرة عن كلية الحقوق جامعة عين شمس https://jelc.journals.ekb.eg/ .

٣١- د.مني رمضان محمد بطيخ: بحث بعنوان الاطار القانوني لشرعية عقد المشاركة ppp والوسائل البديلة لتسوية منازعاته طبقا لأحكام قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية رقم ٦٧لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١، منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية العدد ٢٦ مارس ٢٠١٢.

٣٢- د. محمد عبدالخالق محمد الزغبي: بحث بعنوان عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، منشور في مجلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠١٢ على موقع دار المنظومة.

http://search.mandumah.com.

٣٣- د.محمد عرفان الخطيب: بحث بعنوان نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير" قراءة نقدية في قانون اصلاح قانون العقود والاثبات رقم ٢٠١٦-١٣١ – القسم الثاني من البحث، مجلة كلية القانون الكويتية – العدد ٢ – السنة السادسة – العدد التسلسلي ٢٢ لسنة ٢٠١٨

https://journal.kilaw.edu.kw/.

٣٤- د.محمد محيى الدين ابراهيم سليم: بحث بعنوان نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانون الإنجليزي والمصري، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – جامعة المنوفية – كلية الحقوق – مج ٧ ع.١٤ لسنة ١٩٩٨ .

٣٥- د.محمد أحمد الشهير: مقال بحثي بعنوان الأثر النسبي لاتفاق التحكيم موضوعا وأشخاصا وفقا للقانون البحريني ٢٠٢١، منشور على الموقع التالي https://pacaarbitration.com/.

٣٦- د. مجدي عبدالحميد شعيب: بحث بعنوان مدي تأثر نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدنية " دراسة تأصيلية لأحكام البطلان لبيان طبيعة علاقة القانون الإداري بالمدني في فرنسا ومصر " – مجلة الامن والقانون الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي – عدد يوليو ٢٠١٥، منشور على دار المنظومة http://search.mandumah.com .

٣٧- د.محمد شتا أبو سعد : بحث بعنوان القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة مج٧٤ العدد ٣٩٣و٣٩٤ لسنة ١٩٨٣، منشور على دار المنظومة http://search.mandumah.com .

٣٨- د. هشام مصطفى محمد سالم الجمل: بحث بعنوان – الشراكة بين القطاعين العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، منشور في مجلة الشريعة والقانون بطنطا – العدد الحادي والثلاثون – الجزء الرابع.

٣٩- د. هشام يسري محمد: بحث بعنوان التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الاسلامي، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية لسنة ٢٠١٨ .

٤٠- د. هوزان عبدالمحسن عبدالله : بحث بعنوان مفهوم القوة القاهرة وآثاره في تنفيذ العقد : دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم 2016 – 131 للقانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة التاسعة – العدد – 2 العدد التسلسلي– 34 – يونيو 2021 منشور على دار المنظومة http://search.mandumah.com .

٤١- د. ناجي عبد المؤمن: بحث بعنوان الاتجاهات الكبرى في امتداد شرط التحكيم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس – كلية الحقوق، مج.٤٨، ع.٢ يوليو ٢٠٠٦ .

ثالثا: المراجع الأجنبية

- André de l'aubader et autre: traite des contrats administratifs, paris L. G. J 1988.

- A. LAUBADÉRE, P. DELVOLVÉ et F. MODRNE :Traité des contrats (administratifs, L.G.D.J, Paris,1984).

-Corinne Renault-Brahinsky: Droit des obligations,Gualino, Paris 2020 .

-Carbonnier: Droit civil, T.4, Les obligations, 22ème éd., PUF, Paris, 2000.

-Jean-Marc Sauve :Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public… Que choisir et comment choisir?

https://www.conseil-etat.fr .

-Richer(L): Droit contrat administratif, paris, 2006 .

-De Laubadère(A), Modern(F) ,Délvové,(P): Traité des contrats administratifs L.G.D.J., Paris, T.2, 1984.

-H. WATRIN: responsabilité civile. Librairie-éditeur. Paris. 1873

-Henri LALOU: La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques. 2 édi. Dalloz. Paris. 1932 .

-MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLIm: Les contrats de partenariat une forme de partenariat public-privé, http://www.senat.fr .

-R. Chapus: droit administratif général, paris 1988.

-Charles Debbasch: institutions at droit administratif, Paris 1987.

-G. Vedel: remarques sur la notion de clause exorbitante-mélange Mestre paris 1956.

-Stephanie Porchy-Simon: Droit civil 2éme année, les obligations, 10 édition, Dalloz, Paris 2018 .

- Serge Braudo: Définition de Sous-traitance.

https://www-dictionnaire--juridique-com.translate.goog/ .

-Moury J.: Force majeure: éloge de la sobriété, Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz revues, Paris, 2004 .

- Moussa Thioye: Le contrat de « sous-traitance » dans le domaine de la construction immobilière.

https://books-openedition-org.translate.goog/ .

-Paul-Henri Anton Mattei: Contribution à l'étude de la force majeure, L.G.D.J, Thèses, Paris 1992 .

- R. DAVID "L'arbitrage dans le commerce international», Paris, Economica, 1982.

- Jean-Louis GOUTAL: L'arbitrage et les tiers, le droit des contrats, Rev. Arb. 1988.

-OPPETIT, B.: La clause arbitrale par référence, Rev. Arb., 1990.

-FOUSTOUCOS, A.C. L'arbitrage - interne et International - en Droit Privée, Thèse Paris, 1973, éd. 1976.