جامعة أبوظبي
ABU DHABI UNIVERSITY

كلية القانون

ماجستير القانون الخاص

الحرم الجامعي بدبي

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، في موضوع:

تطبيق قواعد القانون الخاص على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: دراسة تحليلية في ضوء القانون الإماراتي والمقارن

Implementation of private law rules to public and private sectors partnership contracts: analytical study based on the Emirates and Comparative Laws

من إعداد الطالب:

محمد إبراهيم المرزوقي

تحت إشراف الدكتور:

محمد الهادي المكنوزي

أعضاء لجنة المناقشة

- **الدكتور محمد الهادي المكنوزي**، أستاذ القانون الخاص بكلية القانون، جامعة أبوظبي، رئيسا؛
- **الدكتورة لينا الفيومي**، أستاذ القانون الخاص المساعد بكلية القانون، جامعة أبوظبي، عضوا.

السنة الأكاديمية: 2019/2020

قرار إجازة الرسالة

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2019/11/26، وقد قررت اللجنة اعتبار الطالب محمد إبراهيم المرزوقي ناجحا ومنحه درجة الماجستير في القانون الخاص.

أعضاء لجنة المناقشة:

1. الدكتور محمد الهادي المكنوزي رئيسا ومشرفا التوقيع:

2. الدكتورة لينا الفيومي عضوا التوقيع:

إقـــــــرار

أقر أنا الموقع أدناه الطالب / **محمد إبراهيم المرزوقي**، المقيد ببرنامج القانون الخاص، أن هذا البحث المقدم مني للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، هو نتاج عملي وجهدي العلمي الخالص، وأنه لم يسبق لي التقدم به لأي جهة علمية أو إدارية أو غيرها داخل الدولة أو خارجها للحصول على أي درجة علمية أخرى أو لأى سبب من الأسباب، وأن مضمون هذه الرسالة يعكس آراء الباحث الخاصة، وهي ليست بالضرورة الآراء التى تتبناها الجهة المانحة للدرجة العلمية.

كما أقر بالموافقة على قيام الجامعة، في حال إجازة الرسالة من قبل لجنة المناقشة، بطباعة الرسالة ونشرها بالكيفية التي تراها محققة لأغراضها وأهدافها، دون أن يكون لي حق العدول عن هذا الإقرار بعد إجازة الرسالة.

مقدم من: محمد إبراهيم المرزوقي

الرقم الجامعي: 1074098

التوقيع:

﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۗ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾

[الزمرالآية: 9]

إهـداء

أهدي هذا الجهد المتواضع إلى والدي العزيزان رمز المحبة

والعطاء ،

وإلى رفيقة دربي أم عائشة،

وإلى كل من أسهم في إتمام هذا الجهد.

الشكر والتقدير

أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من ساهم في هذا البحث وعلى رأسهم الأستاذ المشرف الدكتور محمد الهادي المكنوزي لتفضله بالإشراف على رسالتي، والذي قدم كل ما لديه من معلومات أسهمت في إثراء الرسالة.

وإلى كل أساتذتنا منذ بدأنا رسم الألف، وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث متمنين أن يكون بادرة خير في نفع ورفع البحث العلمي.

الفهرس

المقدمة	**1**
الفصل الأول **تطبيق قواعد القانون الخاص في المرحلة التمهيدية لعقد الشراكة**	**7**
المبحث الأول: إعمال أحكام القانون المدني في المرحلة التمهيدية لعقد الشراكة	**10**
المطلب الأول: مدى تطابق الأحكام العامة للالتزامات والعقود مع عقود الشراكة	10
المطلب الثاني: خصوصية التراضي في عقود الشراكة	**20**
المبحث الثاني: إعمال القواعد الخاصة بعقود الشراكة في المرحلة التمهيدية	**28**
المطلب الأول: تجسيد طريقة الترسية التفاوضية لخصوصية التراضي في عقود الشراكة	**28**
المطلب الثاني: تجسيد مبدأ اقتسام المخاطر لخصوصية التراضي في عقود الشراكة	**36**
الفصل الثاني **تطبيق قواعد القانون الخاص في مرحلة تنفيذ عقد الشراكة**	**48**
المبحث الأول: تطبيق قانون الشركات التجارية على عقد الشراكة	**49**
المطلب الأول: تأسيس شركات المشروع لإنجاز المشروع محل عقد الشراكة	**50**
المطلب الثاني: إشكالية بنية رأسمال شركات المشروع الناتجة عن عقد الشراكة	**55**
المبحث الثاني: خضوع عقود العمل المتولدة عن عقود الشراكة لقواعد القانون الخاص	**63**
المطلب الأول: تطبيق القواعد العامة لعقد العمل	**63**
المطلب الثاني: خصوصية عقود العمل المتولدة عن عقد الشراكة	**68**
الخاتمة	**73**
قائمة المراجع	**75**

ملخص الرسالة

يمثل التطور الاقتصادي ركيزة أساسية من ركائز تسارع وتيرة الاقتصاد، وسبباً مهماً في سعي الحكومات لإيجاد الحلول لتقديم أفضل الخدمات وإنجاز المشاريع التطويرية في إطار زمني محدد. لذلك، تلجأ الحكومات إلى مفهوم الشراكة، من خلال عقد شراكات بينها وبين القطاع الخاص بقصد الاستفادة من جميع الموارد المتاحة، سواء كانت موارد بشرية، أو مالية، أو تقنية، وغيرها من الموارد.

نشير بهذا الخصوص، إلى أنه إذا كان من المستقر عليه أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تصنف تقليدياً في إطار عقود القانون العام، إلا أن الكثير من قواعد القانون الخاص تطبق على هذا النوع من العقود. بناء على هذا، يتحدد الإشكال المحوري للرسالة في التساؤل الآتي: إذا كان من المستقر عليه تقليدياً أن عقود الشراكة تصنف في إطار العقود الإدارية، فهل تطبيق قواعد القانون الخاص عليها يتلاءم مع طبيعتها القانونية ؟

ارتباطاً بالإشكال المحوري للدراسة، فقد خلصنا إلى ضرورة تجاوز النظرة التقليدية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أساس أنها نوع من العقود الإدارية، إذ يخضوع كثير من جوانبها لقواعد القانون الخاص، وهذا دليل قاطع للطبيعة المركبة لهذا النوع من العقود. كما خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تسير في اتجاه تحديث القانون الإماراتي.

Abstract

Development and advancement represents a fundamental pillar of economic acceleration, and a good reason for the governments to seek solutions that offer the best services and execution of development projects in a timely manner. For this reason, governments refuges to the partnership concept through signing partnership contracts with private sector for the purpose of benefitting from all available resources be them human resources, financial resources or technical resources, etc..

In this respect we point out that although public-private sectors partnership contracts is taken to be conventionally classified within the general law framework, but several codes of special law are applied to such type of contracts. Based on this, the axial research problem of this thesis is identified by the following question: “If it is settled that partnership contracts are classified as administration contracts, can the application of rules of the special law be conforming with the legal nature of such contracts?

Sticking to the axial research problem of this study, I concluded the importance of overcoming the traditional look to the public-private sectors partnership contracts only on the basis of being a type of administration contracts as the application of the special law to many of their aspects presents a proof of the complex nature of such contracts. This study has reached a number of results and recommendations in the direction of revising and updating emirates law.

المقدمة

يمثل التطور ركيزة أساسية من ركائز تسارع وتيرة الاقتصاد، وسبباً مهماً في سعي الحكومات لإيجاد الحلول لتقديم أفضل الخدمات وإنجاز المشاريع التطويرية في إطار زمني محدد. لذلك، تلجأ الحكومات إلى مفهوم الشراكة، من خلال عقد شراكات بينها وبين القطاع الخاص، وذلك للاستفادة من جميع الموارد المتاحة، سواءً كانت موارد بشرية، أو مالية، أو تقنية، وغيرها من الموارد.

فموضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص حظي باهتمام كبير من قبل الحكومات والمجتمعات والمراكز البحثية في مختلف أنحاء العالم، حيث اتضح بأن عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية تعتمد على تسخير وتوظيف جميع قدرات وإمكانيات المجتمع، من قطاع عام وقطاع خاص، ومؤسسات المجتمع المدني، وخاصة الطاقات والموارد والخبرات والمعارف، في كل من القطاعين العام والخاص، للمشاركة التنظيمية التي تتولى إنشاء وتشغيل المشاريع بمختلف أنواعها.

نشير أيضا إلى أن التنظيمات المؤسسية واجهت تحديات وصعوبات في تحقيق الأهداف التنموية على كافة الأصعدة والمستويات، لذلك تسعى الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، إلى سنّ تشريعات وأنظمة مؤسسية، تساهم فيها كافة قطاعات المجتمع، في توجيه وإدارة وتشغيل المشاريع والأعمال وتطويرها وتنميتها من أجل خدمة أغراضها على أساس المشاركة التعاونية، في ظل نظام حوكمة[1] يضمن الشفافية والمنفعة المتبادلة.

[1]. **تعريف الحوكمة:** هي مجموعة من القوانين والنظم والقرارات التي تهدف إلى تحقيق الجودة والتميز في الأداء عن طريق اختيار الأساليب المناسبة والفعالة لتحقيق خطط وأهداف الشركة أو المؤسسة. (صبري احمد، مبادئ الحوكمة وتطبيقاتها في دول مختارة، مكتبة المناهل، الرياض، 2014، ص: 7.

على هذا الأساس، تقوم الشراكة على مفهوم استقطاب شركات من القطاع الخاص والتعاقد معها لتقديم خدمات عامة للجمهور، ومن خلال هذا المفهوم لابد لنا أن نعرف مفهومي القطاع العام والقطاع الخاص.

أولاً: تمييز القطاع العام عن القطاع الخاص:

يكون ظهور مفهوم القطاع العام دائماً، مصاحباً لتطور الدول وتعدد حاجيات المجتمع، وإذا كان مفهوم القطاع العام ابتدأ بشكل واضح في علاقته بالدولة والمجتمع، فإنه قد انتهى إلى مفهوم غير محدد وغير دقيق، وذلك لتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في ظلها"[1]. كما يعرف القطاع العام بأنه "القطاع الذي يتولى إدارة المؤسسات الحكومية، التي لا يمكن أن تدار من قبل القطاع الخاص، حيث تقوم المؤسسات العامة بإنتاج السلع والخدمات وتقديمها إلى الجمهور[2]. وبعبارة أخرى، يمكن تعريف القطاع العام بأنه "المؤسسات والمنشآت التي تمتلكها الدولة، في القطاعات الاقتصادية المختلفة، وتستخدمها من أجل تحقيق سياساتها الاقتصادية والاجتماعية والخدمية"[3].

يتضح لنا من خلال التعاريف السابقة، أن القطاع العام هو جميع الوحدات الاقتصادية المملوكة للدولة والإطار المنظم لها، التي تعمل على تنفيذ سياسات الدولة من خلال قانون الخدمة المدنية

1. عبد الكريم عبد اللاوي، الجريدة القانونية، القانون الإداري والعلوم السياسية، المغرب، العدد 41، 4 مارس 2017، للمزيد: **www.alkanounia.com**
2. الأمين لكحل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص دارسة حالة شركة المياه **(SERO)** والتطهير، رسالة ماجستير، كلية العلوم، جامعة تلمسان، الجزائر، ص: 25.
3. منير الحمش، القطاع العام واقتصاد السوق الاجتماعي، مجلة الفكر السياسي، جمعية العلوم الاقتصادية السورية، دمشق، سورية، 2018, ص: 26.

وبعض الأنظمة القانونية الخاصة، بهدف تحقيق مبدأ المصلحة العامة وتحقيق سياسات الدولة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

على العكس من ذلك، يمكن تعريف القطاع الخاص بأنه "القطاع الذي يدار بمعرفة الأفراد ووحدات الأعمال، وتتولى آليات السوق توجيه دفة الأمور للأنشطة الاقتصادية، وهي تسعى بالتالي إلى تحقيق أقصى ربح ممكن"[1]. ويمكن تعريفه أيضا بأنه:" ذلك الجزء من قطاع الأعمال الذي تزيد نسبة حصص ملكية الأفراد فيه عن 51% بغض النظر عن الشكل القانوني للشركات، سواء كانت أفراداً أو أموالاً"[2]. بناء على هذا، فالقطاع الخاص عنصر أساسي ومنظم في النشاط الاقتصادي، يقوم بمباشرة عملية الإنتاج بناء على نظام السوق والمنافسة، يتسم النشاط فيه بالمبادرة الخاصة وتحمل مخاطر القرارات والأنشطة المتخذة، حيث يشمل القطاع الخاص جميع الفئات التي تقبل تحمل المخاطرة من خلال ممارسة نشاط ما لأجل تحقيق أرباح وعوائد في إطار تعظيم المصلحة الخاصة[3].

ومن خلال التعاريف السابقة يمكنني كباحث، وصف القطاع الخاص بأنه ذلك الجزء المكمل لدور الدولة في الاقتصاد، والمملوك لجهات غير الجهات الرسمية، والمكون من جميع الشركات المساهمة والمؤسسات الفردية (رجال الأعمال وأصحاب رؤوس الأموال)، أو الأفراد العاملين في القطاعات الاقتصادية المختلفة، والتي تقبل تحمل المخاطرة من خلال ممارسة نشاط ما لأجل تحقيق

1 . عبده محمد فضل، الخصخصة وأثرها على التنمية بالدول النامية، مكتبة مدبولي للنشر والطباعة، القاهرة، ط1، 2004، ص: 15.

2. رشيد عودة، القطاع الخاص الفلسطيني ودوره في التنمية الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر غزة، فلسطين، 2013، ص: 22.

3. مسعود بودخدخ، رؤية نظرية حول استراتيجية تطوير القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي الخصخصة، ورقة مقدمة إلى الملتقى الوطني الأول حول دور القطاع الخاص في رفع تنافسية الاقتصاد الجزائري، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة جيجل، الجزائر، نوفمبر 2011، ص: 29.

الربح، وتنظم عمله التشريعات والقوانين الصادرة عن الدولة، الساعية لتحقيق أقصى منفعة للمجتمع والمصلحة العامة.

ثانياً: أهمية موضوع الرسالة:

يمكن تلخيص أهمية الشراكة بين القطاعين العام والخاص في النقاط الآتية:

- أنها تعالج العلاقة التشاركية بين القطاعين العام والخاص، وما لها من أثر على تحقيق التنمية المستدامة في الدولة.
- تمس نتائج الشراكة حياة المواطنين، وتساهم في بناء اللبنات الأولية لاقتصاد الدولة.
- معالجة قصور التمويل الحكومي للمشاريع التنموية، والمساهمة والإسراع في معدلات النمو الاقتصادي والاجتماعي.
- رفع كفاءة تشغيل المرافق العامة ومستوى مشاريع التنمية الاجتماعية.
- تحظى الشراكة بين القطاعين العام والخاص باهتمام الحكومات كوسيلة لتقليل الضغط على الموارد المالية والبشرية التي تتوفر للدوائر الحكومية، وفي مجابهة متطلبات تنفيذ مشاريع البنى التحتية وتقديم الخدمات للجمهور ، وحيث إن تسارع التطور والرقي واستدامة رفع مستوى العيش وجودة الحياة في الدولة، يتطلب القيام بتنفيذ عدة مشاريع كبرى في مجالات متعددة في آن واحد، الأمر الذي قد لا يكون متاحا للدوائر الحكومية، مما يبرر الاهتمام باللجوء للشراكة بين القطاعين العام والخاص.

على هذا الأساس، يحظى موضوع الرسالة بأهمية مزدوجة، نظرية وتطبيقية، سيتم التعرض لها في هيكل البحث.

ثالثاً: مبررات اختيار الموضوع:

تتحدد مبررات اختيار موضوع الرسالة فيما يأتي:

- توضيح درجة شمولية الإطار القانوني لتنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- القيام بمقارنة تحليلية للإجراءات واللوائح المنظمة لممارسات الشراكة، من حيث إجراءات المناقصات وتأهيل الشركات مع قواعد تطبيق القانون الخاص.
- توضيح نوعية القواعد المطبقة على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

رابعاً: الإشكال المحوري للموضوع:

بما أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تحول المخاطر المحتملة من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وأن الدافع الأساسي للقطاع العام للدخول في هذه الشراكة هو تحقيق عائد مجزي للاستثمار، لذلك لابد أن تكون ضمانات نجاح مشاريع الشراكة مشجعة لشركات القطاع الخاص، علما بأن شمولية بنود عقود الشراكة، تشكل أحد أهم هذه الضمانات.

نشير بهذا الخصوص، إلى أنه إذا كان من المستقر عليه أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تصنف تقليدياً في إطار عقود القانون العام، إلا أن الكثير من قواعد القانون الخاص تطبق على هذا النوع من العقود.

بناء على هذا، يتحدد الإشكال المحوري للرسالة في التساؤل الآتي: إذا كان من المستقر عليه تقليدياً أن عقود الشراكة تصنف في إطار العقود الإدارية، فهل تطبيق قواعد القانون الخاص عليها يتلاءم مع طبيعتها القانونية.

خامساً: المنهج المعتمد لإعداد الرسالة:

تتطلب طبيعة البحث، الاعتماد الجزئي على المنهج الوصفي لتقديم خلفية للإطار العام، الفني والإداري والإجرائي والقانوني اللازم للشراكة بين القطاعين العام والخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ومن ثم الاعتماد على المنهج التحليلي الذي سيساعدنا على بيان مدى ملاءمة تطبيق قواعد القانون الخاص، على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

إضافة إلى ذلك، فمن شأن الاعتماد على القانون المقارن أن يسمح باستخلاص مجموعة من النتائج والتوصيات التي قد تساعد على تطوير القانون الإماراتي المتعلق بهذا النوع من العقود.

سادساً: خطة الرسالة:

لقد سار البحث وفق خطة كان هدفها محاولة الإحاطة بكل جوانب الموضوع، والحصول على توصيف شامل لمختلف جوانب تطبيق قواعد القانون الخاص في عقود الشراكة المبرمة وفق القانون الإماراتي، فقد تم تقسيم البحث إلى فصلين، وذلك كما يلي:

الفصل الأول: تطبيق قواعد القانون الخاص في مرحلة إبرام عقد الشراكة.

الفصل الثاني: تطبيق قواعد القانون الخاص في مرحلة تنفيذ عقد الشراكة.

الفصل الأول

تطبيق قواعد القانون الخاص في المرحلة التمهيدية لعقد الشراكة

تمهيد وتقسيم:

حظي مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص – الذي يقوم على أساس استقطاب القطاع الخاص لتطوير وتمويل المشاريع التي تقدم الخدمات العامة، مقابل حصول الأخير على بدل مالي يغطي استثماراته المالية، وما يتحمله من كلفة – باهتمام كبير من قبل الدول في مختلف أنحاء العالم، خصوصاً إبان الحرب العالمية الثانية، حيث كان لابد من حشد وجمع إمكانات المجتمع كافة، بما فيها خبرات وطاقات وموارد كل من القطاعين العام والخاص؛ لتشارك في إنشاء وتشغيل المشاريع بجميع أنواعها، بما يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

فالقطاع العام لم يعد قادراً وحده على مواجهة الصعوبات والتحديات التي تعترض طريق التنمية التي يطمح إلى تحقيقها، الأمر الذي دفع العديد من الدول، سواء المتقدمة أو النامية، إلى خلق الأنظمة المؤسسية والتشريعية، التي تضع الأساس القانوني لتبني الأنظمة التشاركية، التي تساهم في إنشاء وتوجيه وإدارة وتشغيل المشاريع وتطويرها وتنميتها، من أجل خدمة أغراضها على أساس تشاركي تعاوني[1].

هذا، وتعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة، خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى رأسها فرنسا. فالأصل أن تحديد القانون واجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر

(1) ليث عبد الله، الشراكة بين مشاريع القطاع الخاص والعام، مكتبة حامد، الأردن، ط 1، 2012، ص:15.

المنازعات الناشئة عن هذه العقود، يرتكز على تحديد الطبيعة القانونية لها، كونها من العقود الإدارية أو من العقود المدنية[1]، أم أنها من العقود التجارية.

إلا إذا ارتأى المشرع خلاف ذلك، كما حصل مع المشرع الإماراتي الذي مزج بين النظامين المزدوج والموحد، وفقاً لما سنبينه في مرحلة لاحقة من هذا البحث. وذلك على خلاف ما هو قائم في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأميركية وبريطانيا؛ حيث يشكل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مسألة ذات أهمية لدى هذه الدول؛ إذ إن أفكار هذا النظام لا تقيم أية تفرقة بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين ونظيرتها التي تطبق على الإدارة.

بناءَ على هذا، سنوضح مظاهر إعمال أحكام النظرية العامة للالتزامات والعقود (المبحث الأول)، وكذا تلك المتعلقة بتطبيق القواعد الخاصة بعقود الشراكة (المبحث الثاني).

1 . أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، دار ومكتبة حامد، الأردن، ط 1، ص:29.

المبحث الأول

إعمال أحكام القانون المدني في المرحلة التمهيدية لعقد الشراكة

عقد الشراكة هو عقد كسائر العقود، لابد أن تتوفر فيه كافة أركان العقد وشروطه، فقد عرف المشرع الإماراتي العقد في المادة 125 بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر". ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني." كما حدد أركان العقد في المادة 129 والتي تلزم لانعقاده:

أ- أن يتم تراضي طرفي العقد على العناصر الأساسية.

ب- أن يكون محل العقد شيئاً ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وجائزاً التعامل فيه.

ج- أن يكون للالتزامات الناشئة عن العقد سبب مشروع.

على هذا الأساس، سنسعى للتثبت بداية من مدى ملاءمة الأحكام العامة للالتزامات والعقود لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المطلب الأول)، ثم سنبين خصوصية التراضي في هذا النوع من العقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى تطابق الأحكام العامة للالتزامات والعقود مع عقود الشراكة

الأصل في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تطبيق الأحكام العامة للالتزامات والعقود، وهذا يجعلنا نستعرض بعض الخلافات بين الفقهاء، المتعلقة بالتكييف القانوني لعقد الشراكة،

حيث سنعمل بداية على تعريف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (الفرع الأول)، ثم سنوضح الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يعرف البعض عقد الشراكة بأنه: "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أفراد القطاع العام إلى أحد أفراد القطاع الخاص بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال المدة المحددة في العقد، وذلك مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه، بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية، وتتولى مؤسسات من القطاعين العام والخاص العمل لتنفيذ مشاريع أو تقديم خدمات للمواطنين، وخصوصاً في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية".[1]

ويعرفها البعض الآخر بأنها نوع من العقود، تبرمه جهة عامة مع شريك من القطاع الخاص لتصميم منشأة عامة أو بنائها أو تجهيزها أو تشغيلها أو صيانتها، ويتقاضى الشريك بموجبه أتعابه من المال العام، أي من موازنة الدولة في صورة مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه (للقطاع الخاص) بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية[2].

في نفس السياق، ركزت بعض التعاريف على الطبيعة القانونية، حيث اعتبرته عقد إداري، يعهد بمقتضاه أحد أفراد القانون العام إلى أحد أفراد القانون الخاص، للقيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل

---

1 . محمد متولي الذكروري، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، بحث منشور على شبكة المعلومات على موقع الوحدة المركزية للمشاركة عبر الرابط الإلكتروني الآتي: **https://minshawi.com.** ص: 33،

2. لبانة مشوح، بحث بعنوان الترجمة والتنمية الفكرية، القطاع الإداري نموذجا، مجلة جامعة دمشق، المجلد 27، العدد الثالث والرابع،2011، ص: 793.

الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة، في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية.[1]

فعقد الشراكة بذلك، يجمع بين القطاعين العام والخاص، من أجل تحقيق هدف معين، ويخضع لإجراءات حددها المشرع، تتمثل في قيام المتعاقد الخاص بإنشاء وصيانة أحد مشروعات البنية الأساسية مقابل الحصول على مقابل مالي، يأخذ صورة إيجار، ويرتبط أحياناً بطبيعة الاستثمار والإنشاءات التي يقيمها المتعاقد وما يبذله من عنايه لإنجازها وفقا لما تم الاتفاق عليه.[2]

وبهذا العقد يتولى المتعاقد تنفيذ مشاريع البنية التحتية مقابل مبالغ مالية يمكن أن تأخذ مسمى إيجار، ولا تلتزم الإدارة بدفع التكلفة الإجمالية لهذه العملية بصورة فورية، أو حتى بدفع جزء كبير منها، بالإضافة إلى تحمل القطاع الخاص القليل من المخاطر المرتبطة بالاستثمار. ولا شك أنه بسبب طبيعة هذا العقد وطول الفترة التعاقدية، فإنها تساعد المتعاقد على تحقيق الرواج الاقتصادي والمالي وبخاصة فيما يتعلق بالقروض التي يحصل عليها لغرض التمويل، والتي تؤدي إلى رواج استثماراته ورفع نسبة أرباحه، بالإضافة إلى إقامة مشروعات مهمة لتفعيل أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية لجهة الإدارة. إلا أنه على الرغم من هذه المميزات، فإن المتعاقد وجهة الإدارة قد يواجهان العديد من المشاكل التي قد تطرأ أثناء تنفيذه .[3]

1 . رجب محمود طاجن، عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007، ص: 1.

2 . دلال أديب العوضي، رقابة ديوان المحاسبة على عقود الشراكة، كلية القانون، جامعة الكويت، أكتوبر 2009، ص: 30.

3 . دلال أديب العوضي، مرجع سابق، ص: 32.

ويرى الباحث أن مفهوم الشراكة بهذا المعنى، يمكن الدولة من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فعالة ويعزز من أهمية المسؤولية المشتركة بين القطاعين العام والخاص، بكافة الجوانب الإدارية والتنظيمية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لعقد الشراكة

هناك قولان للفقهاء في التكييف القانوني لعقد الشراكة، فالرأي الغالب يذهب إلى أنه من عقود القانون العام، وتحديداً عقد التزام مرفق عام، بينما يذهب الرأي الآخر إلى أن عقد الشراكة من عقود القانون الخاص. وقبل أن نعرج على هذا الخلاف الفقهي حول التكييف القانوني لعقد الشراكة، سنوضح بإيجاز الفرق بين العقد الإداري والعقد المدني.

للتميز بين العقد المدني والإداري أهمية كبيرة، نظراً لخضوع كل من العقدين لقواعد قانونية خاصة يتم من خلالها تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد. فالعقد المدني يخضع للقانون الخاص، أما العقد الإداري فتطبق عليه قواعد القانون العام.

ارتباطاً بهذا، عرف المشرع الفرنسي العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص عام أو يبرم لحسابه، ويخضع في منازعاته للقانون الإداري والقضاء الإداري، سواء بنص صريح في القانون، أو لتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو إذا كان يعهد للمتعاقد الآخر بالمساهمة المباشرة في إنجاز أو تسيير مرفق عام".[1]

1 . محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية، بدون دار النشر، القاهرة، 2000، ص: 48.

على هذا الأساس، تشكل توجهين بخصوص الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، وهما كما يلي:

الرأي الأول يرى أنه من العقود الإدارية وهو الغالب:

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن عقد الشراكة عقد إداري، وذلك لاحتوائه على الشروط الثلاثة اللازم توافرها في العقود الإدارية، فالطرف الأول في إبرام العقد هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية، وهو ما يتحقق به الشرط الأول، كما أن موضوع هذا العقد هو القيام بإنشاء وتشغيل مرفق عام، ثم التخلي عنه للدولة بعد مضي مدة معينة، وهو ما يتحقق به الشرط الثاني. أما بالنسبة للشرط الثالث، وهو وجود بنود غير مألوفة أو شروط استثنائية، فهو قد تحقق ايضاً في عقد الشراكة، ذلك أن الإدارة عندما تبرم هذا العقد، فإنه تتولد عنه امتيازات لجهة الإدارة وأخرى للمتعاقد لا مثيل لها في عقود القانون الخاص.[1]

وهذه الالتزامات لا تعني أن الدولة تتخلى عن تسيير المرافق العامة، لأن ضمان تسييرها من المبادئ الدستورية التي لا يمكن التنازل عنها، وهو لا يمكن أن يكون من دون رقابة الدولة لتنفيذ العقد والإشراف على هذه المرافق، والتدخل لضرورة تحقيق المصلحة العامة للجمهور.

وتبعاً لذلك، وبما أن أطراف هذا العقد، الدولة بسيادتها، والشركات التي تنفذ هذه المشاريع، فذهب هذا الرأي إلى أنه عقد إداري.

1. محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2003، ص: 177.

ولكن أصحاب هذا الرأي لم يتفقوا بشأن تحديد طبيعة هذا العقد، فبينما ذهب بعضهم إلى القول بأن عقد (الشراكة) هو عقد أشغال عامة، فقد ذهب أغلبهم إلى القول بأن عقد الشراكة، هو عقد التزام مرفق عام.[1]

وفيما يأتي نعرض الرأيين:

1- **الرأي الأول:** عقد الشراكة يمكن اعتباره عقد أشغال عامة، فمحل القيام بأعمال إنشائية على نحو معين، وفي مدة محددة، وتحكمه جميع القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية[2]. وقد توضح مما سبق، أن أبين أن الالتزام في عقود الأشغال العامة ينشأ عنه التزامان: التزام أساسي، وهو القيام بتنفيذ الأشغال والأعمال الإنشائية المكلف بها مقاول المشروع، أما الالتزام الفرعي فهو إدارة المرفق العام لقاء مبلغ معين.

2- **الرأي الثاني:** وهو الغالب في الفقه، يذهب إلى القول بأن عقد الشراكة هو عقد التزام مرفق عام، ويعرف المشرع المصري عقد التزام المرافق العامة في المادة 668 مدني على النحو التالي:" التزام المرافق العامة عقد، الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها استغلال المرفق فترة معينة من الزمن". وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام، اعتباره أسلوباً لإدارة المرافق العامة، حيث ترى الدولة، لأسباب

1. ياسر أحمد كامل، النظام القانوني كعقد الشراكة ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط1، 2008، ص: 58.

2. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، بدون دار نشر، القاهرة، 2000، ص: 48.

كثيرة، أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم، فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم بإنشاء المرفق وتشغيله طيلة مدة العقد، ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية.

ونخلص إلى أن كلا الرأيين، قد اتفقا على أن عقد الشراكة عقد إداري، حتى وإن اختلفا بشأن تحديد طبيعة هذا العقد، من حيث كونه عقد أشغال عامة، أو عقد التزام مرفق عام.

الرأي الثاني: عقد الشراكة عقد مدني:

يذهب البعض إلى القول بأن عقد الشراكة عقد مدني[1]، وفي حين يرجع البعض ذلك إلى عدم توافر شروط العقد الإداري، فإن البعض الآخر يرى أن عقد الشراكة بحكم القانون.

1-يذهب رأي [2] أحدهم إلى أن عقد الشراكة يعد من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها للقانون الخاص، ذلك أن هذه العقود لا تقبل بحسب طبيعتها، أن تضمنها الإدارة شروطا استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل إلى التعاقد، شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين، فمثل هذه العقود لا تقبل تميز الإدارة بالسلطات التي تميزها في العقود الإدارية، ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام الشراكة وعن طريق عقد البوت إنما هي عقود تتعاقد فيها الإدارة بأسلوب القانون الخاص، ولا تستطيع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، أن تضمّن هذا العقد شروطا استثنائية.

فإذا كانت الدولة، أو الجهة الإدارية التابعة لها، تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل، أساليب القانون العام التي تقوم على تميز جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فإنه لا يمكن تطبيقه على العقود التي

1. ماهر محمد أحمد، النظام القانوني لعقد (البوت) **B.O.T**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، ص: 187 وما بعدها.
2. خالد بن محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية حقوق، جامعة القاهرة، 1999، ص: 64 وما بعدها.

يكون أحد طرفيها جهة أجنبية، باعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي، ومن ثم يجب أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً.

كما هو واضح فإن هذا الرأي يقتصر نطاقه على الحالة التي يكون فيها المستثمر أجنبياً، حيث يستند هذا الرأي على القول بأن الدولة تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل أساليب القانون العام التي تقوم على تمييز جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التي يكون طرفها أجنبياً، على أساس أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي، فإنه تبرير غير مقبول، ذلك أن مسألة تمييز الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، محلياً كان أو أجنبياً، لا يرجع لأن الدولة تمارس سيادتها، وإنما يرجع إلى أن موضوع العقد هو مرفق عام يؤدي خدمة للجمهور، ومن ثم تتعين مراعاة المصلحة العامة وترجيحها على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة سواء كان محلياً أو أجنبياً، فالمسألة إذن لا تتعلق بالسيادة والنطاق الذي تمارس فيه الدولة سيادتها كما يحاول أن يوهم الرأي محل النقد.

وفي ذات الاتجاه، يذهب رأي آخر [1] إلى أن عقد الشراكة بحسب طبيعته، لا يمكن أن يكون سوى عقد من عقود القانون الخاص، غير أنه يختلف عن الرأي السابق في المبررات التي يستند إليها، وهي مبررات، كما سنرى، لا تقتصر على عقد لشراكة عندما يكون عقداً من عقود الاستثمار الأجنبي، وإنما تشمل عقد البوت في جميع أحواله، فصاحب هذا الرأي يرى أن هناك فرضيات أساسية للقول بوجود عقد الشراكة وهي:

أ –أن يكون للمستثمر الحق في تملك جميع أصول المشروع طوال مدة الترخيص، مع الوعد بنقل الملكية إلى الدولة في نهاية المدة. فهو في حقيقة الأمر ترخيص له ببناء وتمويل وتشغيل المشروع ذي

1. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، العدد 69، 1999، ص: 242.

المنفعة العامة مع السماح له بتقديم هذه الخدمة للجمهور، ومع تعهد الدولة بشراء الخدمة المنتجة، وتكون له الملكية التامة طوال مدة الترخيص.

ب – أن تكون السلطة وحق التصرف بتسيير المشروع وإدارته كاملة للمستثمر الخاص، ولا يعني ذلك أن لا يكون للدولة دور رقابي، ولكن ما يعنيه أنه ليس لها أي دور في عملية التسيير والإشراف أو حتى التدخل في تسعير الخدمة، إلا بالقدر المنصوص عليه في الاتفاق.

ج –ألا يتضمن العقد شروطاً استثنائية بالمعنى الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان، وإنما يتضمن بنودا تعاقدية مماثلة لتلك التي درج الاتفاق عليها في دائرة علاقات القانون الخاص.

هذه الفرضيات الثلاث، يعتبرها صاحب الرأي شروطاً ملزمة لاعتبار العقد عقد الشراكة، بحيث إذا تخلّف أحدها، فإنه لا يعد كذلك، ولذلك يكون من الطبيعي أن ينتهي صاحب هذا الرأي إلى القول بأن عقد الشراكة يخرج عن دائرة عقود القانون العام، ويعتبره من عقود القانون الخاص، ومن ثم ينبغي أن تعالج حقوق والتزامات الأطراف في هذا الإطار. وبدوري كباحث، أرى أن النقاط المذكورة لا تعد فرضيات يمكن الاستناد إليها وذلك للأسباب التالية:

1- أن المستثمر في عقد الشراكة، ليس بالضرورة أن يكون مالكاً لجميع أصول المشروع طوال فترته، فالفكرة الجوهرية في عقد الشراكة هي استثمار المرفق العام لمدة محددة وليس نقل ملكية المرفق.

2- لا يمنع عقد الشراكة من إشراف الدولة على المرفق ومتابعة سير العمل فيه، بل ويمكنها التدخل في تسعير الخدمة وذلك لضمان تنفيذ الالتزام من قبل المستثمر على أكمل وجه.

3- ليس صحيحاً القول بأن عقد الشراكة لا يتضمن شروطاً استثنائية، فالمسألة تختلف من دولة إلى أخرى حسب قوانينها الداخلية.

وبعد سرد التعاريف والآراء، يرى الباحث أن التكييف القانوني لعقد الشراكة أنه عقد مركب بين القانون العام والقانون الخاص، فصياغة بنوده تتوقف على نوع المشروع وقوة الشركة التي ستنفذه، بحيث إذا كانت الدولة الطرف القوي فالعقد يغلب عليه أنه من ضمن القانون الإداري، أما إذا كانت الشركة عالمية والمشروع كبير، فيتم تكييف العقد ضمن القانون الخاص، وخير مثال على ذلك الشركة التي نفذت مشروع قناة السويس، فصاحب المشروع كان له حق امتياز بالانتفاع بريع القناة مدة العقد، ومن ثم يتم نقل الملكية والريع إلى الدولة المصرية.

المطلب الثاني

خصوصية التراضي في عقود الشراكة

عرّف المشرع الإماراتي العقد في المادة 125 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بأن "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر" وقوامه، فهو توافق إرادتين باتجاه إحداث الأثر القانوني والارتباط بعلاقة مقصودة وعن إدراك. فإرادة الشخص هي التي تحدث الأثر القانوني كما أن التعبير عنها هو الذي يظهرها للعالم الخارجي، ويمكن التعبير عنها بالصورة التي يمكن التعرف عليها وقت صدورها، فكل إيجاب يقابله قبول يتم به العقد متى وصل إلى علم من صدر منه الإيجاب أخذاً بعين الاعتبار أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً أو ضمنياً.

والتعبير الصريح إذا كان المظهر الذي اتخذه كلاماً أو كتابةً أو إشارةً أو نحو ذلك، مظهرًا موضوعًا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة، وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية. وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها، عرفية كانت أو رسمية، ويكون التعبير الصريح أيضًا بالإشارة المتداولة عرفا، ويكون التعبير الصريح أخيرًا باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعًا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه. فذلك دليل على أنه قَبِل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك.

على مستوى آخر، من المستقر عليه أن العقود الإداريّة تعد من الأقسام التنظيميّة والمُؤثرة في الدول في العصر الحديث، سواء في المجالات الاجتماعيّة أو الاقتصاديّة أو السياسيّة، بسبب سهولة تطبيقها وبساطتها، حيث اعتمدت الإدارات المتنوعة على استخدامها. كما تتميّزُ العقود الإداريّة بأنّها تخضع لأحكامٍ قانونيّة عامة، وترتبط مع دور القضاء الإداريّ الذي يُساهم في اتّخاذ القرارات الخاصة بالقضايا الناشئة عن هذه العقود. ويمكن استنتاج تعريفِ العقودِ الإداريّة بأنّها أسلوب تُطبّقه الإدارة لتنفيذ نشاطٍ إداريّ مُرتبطٍ مع مرفق مُعين؛ من أجل المُساهمة في استمراريّة المُرفق بشكلٍ مُنتظم بالاعتماد على وجود رضا واتفاقٍ بين الإدارة وأشخاص اعتباريين أو طبيعيين.

أما فيما يتعلق بأركان العقود الإدارية، فإنها لا تختلف عن أركان العقود المدنية من حيث: الرضا، والمحل، والسبب حيث عرف الرضا في العقود الإدارية بأنه توافق إرادتين على إبرام العقد الإداريّ؛ عن طريق التعبير بالقبول والإيجاب مع التقيد بكافة الأحكام القانونيّة. أما المحل: يقصد بمحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط به أن يكون موجوداً أو ممكناً، معيناً أو قابلاً للتعيين ومما يجوز التعامل به.

بناءً على هذا، يطبق القضاء الإداري القواعد المدنية بهذا الشأن إلا ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية، فمحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استنادا إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد[1]. ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية، وذلك بأن يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع فالعقد يعد باطلا لمخالفته للنظام العام. ومن الأمثلة على ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة 1966 التي أبطلت عقداً إدارياً أبرمته

1 . سلبمان محمد الطماوي، الأسس العامة لمعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة، ص:32.

الإدارة مع أحد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقا لعينة تحتوي على نسب عالية من المواد الضارة فقالت المحكمة في هذا الصدد ((ومن حيث إن الثابت من التحليل إن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام، فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها ...)).

أيضا، من المتعارف عليه أنه يجب الاعتماد على وجود سبب مشروعٍ لإبرام العقد بعد تحقيق ركنيّ الرضا والمكان، ومهما كانت طبيعة السبب مباشرة أو غير مباشرة، فمن الضروري الاعتماد على وجودها في العقد الإداريّ؛ إذ في حال عدم وجود السبب في العقد يُعدّ باطلاً. وأحكام القضاء الإداري الخاصة بركن السبب في العقد الإداري قليلة جداً وأول حكم يشير بصراحة إلى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في 29 يناير سنة 1947 في قضية (Michaux) والتي تتعلق بعقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة ولكنه جنّد في وحدة عسكرية غير مقاتلة وعندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقدان ركن السبب، فرفض المجلس الدعوى وعدّ إلحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة أمر لاحق لإبرام العقد[1].

الارتباط بهذا، لفتت الانتباه إلى أن الأصل في العقود أنها تتم بالتراضي ولا يشترط أن يفرغ العقد في شكل معين إلا إذا نص عليه القانون، والعقود الإدارية تخضع للقواعد العامة في القانون المدني.

وفي هذا الصدد فلو وهب شخص قطعة أرض إلى جهة إدارية معينة وجب اتباع الشكلية المقررة لعقود بيع العقار التي تتمثل بالتسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري، ولكن الملاحظ أن العقود

1. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص: 360.

الإدارية تمر بمراحل متعددة كإجراءات المزايدة والمناقصة وقرار الترسية وتقتضي أن يكون العقد المبرم مكتوباً [1].

ما نريد التأكيد عليه، أن عقود الإدارة تتميز بامتلاكها خصائص السلطة العامة، ولكنها لا تمتلك الحُريّة في تطبيق العقود، فالقانون يتدخل لتحديدِ طرق إبرامها والتي يعتبرها أفضل وسيلة تعاقد وفقاً للشروط والمواصفات القانونيّة، وغالباً تُستخدم مجموعة من الطُرق في عملية إبرام العقود الإداريّة، وفيما يأتي سنشير إلى أهمّ طريقتين:

طريقة المُناقصة: وتُعرَّف المُناقصة بأنّها اختيار الشخص الذي يُقدّم أفضل الشروط وأقلّ الأسعار. أمّا المُزايدة: فهي إبرام عقد مع الشخص الذي يُقدّم أعلى سعر.

وتسعى المُزايدة والمُناقصة إلى ضمانِ المُنافسة والمساواة في العقود؛ من خلال الإعلان وفقاً لأحكامِ القانون كي يعلم جميع الأشخاص بذلك؛ وخصوصاً الذين يمتلكون الخصائص التي تسمح لهم بالتقدم في العطاء الحكومي، ويؤدي ذلك إلى تحقيق المصالح الخاصة بالإدارة التي بدورها تُشكّل المصلحة العامة، وتُطبّق المُزايدة في كلٍّ من عمليات التأجير والبيع للمال الذي تملكه الإدارة العامة، أمّا المُناقصة فتُطبّق في عمليات التوريد والعقود الخاصة بتعهيد الأشغال العامة.

هذا، وتمر المناقصة بمجموعة من الخطوات، تبدأ بإعداد الإدارة العامة لنموذج شروط المُناقصة بمُشاركة اللجنتين القانونيّة والفنيّة، حيث تعلن بعد ذلك عن عقد المُناقصة؛ إذ تختلف طبيعة الإعلان وفقاً لنوعية المُناقصة، فمن الممكن أن تكونَ محليّةً ويُعلن عنها في الصحف ووسائل الإعلام

1. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص: 336.

المتنوعة، وقد تكون دوليّةً ويُعلن عنها في الصحف ووسائل الإعلام العالميّة، ومن الممكن اعتبارها مُناقصةً محدودةً؛ إذ تُرسل الإدارة العامة حينئذٍ الإعلان الخاص بها إلى مجموعةٍ مُعينة من المُنشآت أو الأفراد، ويحقّ لهم فقط المشاركة في هذه المُناقصة.[1]

في واقع الأمر، تظهر الشروحات المشار إليها أعلاه، أن هناك اختلاف قائم بين التراضي في العقود المدنية وذلك المرتبط بالعقود الإدارية التي تكون الدولة وهيئاتها العامة طرفا فيها، ويزداد نطاق هذا الاختلاف اتساعاً، عندما نلاحظ المبادئ العامة التي تسيطر على إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

حيث تشكل طريقة الترسية حجر الزاوية في عملية اختيار الشريك من القطاع الخاص، وتلعب دورا محوريا في نجاح أو فشل المشروع المشترك. وبناء على اتفاقية المشتريات الحكومية الصادرة سنة 1994 من منظمة التجارة العالمية التي تشكل إطاراً فعالاً ومتعدد الأطراف للحقوق والواجبات فيما يخص المشتريات الحكومية، تضمن الفصل السابع من دليل عقود الشراكة الصادر من وزارة المالية الاتحادية إجراءات الإعداد لطرح المشروع واختيار الشريك.

وبالنظر الى دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص الصادر من وزارة المالية نجد أن المادة 7 منه قد بيّنت طرق الترسية التي يمكن اتباعها لاختيار الشريك، وذلك كما يلي:

1. حمزة عبدلي، آثار العقد الإداري، الجزائر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، صفحة أ. بتصرّف.

1. طريقة الترسية المحدودة:**Limited or Restricted Procedure:** حيث تتم مناقشة متطلبات تقديم العروض مع المشاركين الذين تم تأهيلهم حسب المقدرة المالية والفنية المناسبة لمشروع الشراكة. يتم في هذا النقاش التعرض لتفاصيل متطلبات مشروع الشراكة ومتطلبات تقديم العروض بهدف استنباط شروط التقديم وإصدار كراسة الشروط. وحيث إن تقديم العروض يتطلب الفهم والموافقة على الشروط والمواصفات في كراسة الشروط ليكون العرض مستوفياً، وبما أن صاحب العرض الفائز يقوم بتوقيع عقد الشراكة بناء على العرض الذي تقدم به، ويشكل ذلك العرض المحتوى المتعاقد عليه، فإنّ العقد المبرم بين الجهة التابعة للقطاع العام وجهة القطاع الخاص الفائزة يأخذ طبيعة العقد الرضائي. هذه الطبيعة تدعمها حقيقة أن الحل المقدم من جهة القطاع الخاص قد تم تصميمه بما يتوافق مع كراسة الشروط وبما يحقق الربح والفائدة العائدة له من الاستثمار في المشروع بمحض إرادته وتقديراته الاستثمارية. حسب ما تم بيانه فإنه يمكننا الحكم بأن عقد الشراكة الموقّع بين الطرفين عقد رضائي.
2. طريقة الترسية التفاوضية:**Negotiated Procedure:** في هذه الطريقة يتم دعوة القطاع الخاص للتقدم بحلول في مجال الخدمات العامة، ومن ثم تتقدم بعض شركات القطاع الخاص المهتمة بالمجال كل بما يراه من حل يتناسب مع طبيعة الخدمة المطلوبة. هذه الحلول تختلف في درجات تعقيدها حسب رؤية المتقدمين بها من النواحي الإنشائية والفنية والإدارية، مما يجعل أمر البت فيها يتطلب مناقشة هذه العروض مع مقدميها وطرح الاستفسارات لبيان وفهم طبيعة الحل المقدم. في هذا التفاوض يتم توضيح متطلبات الشراكة وواجبات كل طرف فيها والوصول لفهم مشترك لها. بما أن عملية التفاوض التي تجري مع المتقدمين بالعروض قبل الترسية وإبرام

عقد الشراكة، وأنّ صياغة عقد الشراكة ستعكس نتيجة هذا التفاوض فيمكن تصنيف هذا العقد كعقد رضائي.

3. طريقة الحوار التنافسي:**Competitive Dialogue**: تتميز طريقة الترسية هذه بالحوار مع المشاركين الذين تم تأهيلهم لتقديم الخدمة. ويهدف هذا الحوار إلى مناقشة شكل ومتطلبات الشراكة ومخرجاتها الفنية والخدمية والإدارية، فيتم وضع كراسة الشروط بناء على نتائج هذا الحوار. وعلى ذلك، فإن عقد الشراكة المبرم بين الجهة الحكومية وشركة القطاع الخاص الفائزة بالممارسة سيبنى على الشروط المتفق عليها عبر الحوار، وبذلك يمكن القول بأن عقد الشراكة هذا يأخذ طبيعة العقد الرضائي.

وبالنظر إلى القانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي نجد أن المادة 14 منه حددت أسس اختيار الشريك بناء على مبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة وتحقيق مقتضيات المصلحة العامة، ويتحقق ذلك عبر الممارسات التي تتوافق مع طرق الترسية التي نص عليها في دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة الاتحادي المذكور أعلاه. وحيث إنه فيما تقدم، تم بيان أن عقود الشراكة المبرمة عبر طرق الترسية هذه تأخذ طبيعة العقود الرضائية، فيمكن تصنيف عقود الشراكة المبرمة في إمارة دبي حسب القانون رقم (22) لسنة 2015 إلى عقود رضائية.

أيضا نجد أن المادة 15 من القانون الإماراتي رقم (22) لسنة 2015 قد أجازت للجهات الحكومية القيام بالإجراءات اللازمة لتأهيل الشركات التي يمكن الدخول معها في شراكة قبل الدخول في العطاء، مما يتوافق مع طريقة الترسية المحدودة التي نص عليها في دليل أحكام وإجراءات عقود

الشراكة الاتحادي المذكور أعلاه. وهذا يؤكد على ما ذهبنا اليه من تصنيف عقود الشراكة في إمارة دبي كعقود رضائية.

أيضا نجد أن المادة رقم 16 من القانون رقم (22) لسنة 2015 أجازت للجهات الحكومية عقد اجتماعات ولقاءات تمهيدية مع الشركاء المؤهلين لمناقشة الأمور المتعلقة بمواصفات المشروع وشروطه مما يتوافق مع طريقة الترسية التفاوضية التي نص عليها في دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة الاتحادي المذكور أعلاه.

بناء على ما تقدم، نجد أن إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في إمارة دبي، يخضع لمبادئ حرية الدخول على المزايدات، والمساواة في المعاملة والموضوعية والمنافسة والشفافية واحترام قواعد الحكامة الجيدة. وعلى ما تقدم، يمكننا الجزم بأن عقود الشراكة التي يتم إبرامها بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، حسب القانون رقم (22) لسنة 2015، تعتبر عقود رضائية.

المبحث الثاني

إعمال القواعد الخاصة بعقود الشراكة في المرحلة التمهيدية

رغم أهمية تطبيق الأحكام العامة للالتزامات والعقود على عقود الشراكة، حيث يؤدي إلى توسيع نطاق سلطات الإرادة في هذه المرحلة، إلا أن الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود تفرض تطبيق بعض القواعد الخاصة على غرار طريقة الترسية التفاوضية (المطلب الأول)، إضافة إلى مبدأ اقتسام المخاطر الذي يؤدي إلى إقرار نوع من التوازن العقدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تجسيد طريقة الترسية التفاوضية لخصوصية التراضي في عقود الشراكة

على عكس ما هو عليه الأمر فيه العقود المدنية والتجارية، لاسيما على مستوى ركن التراضي، أسس المشروع بمقتضى قاعدة قانونية لمرحلة جد هامة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من خلال مايعرف بـ: الترسية التفاوضية (الفرع الأول)، حيث ميز بين عدة أنواع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني لطريقة الترسية التفاوضية

حظي مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص –الذي يقوم على أساس دعوة القطاع الخاص لتطوير وتمويل المشاريع التي تُقدِّم الخدمات العامة، مقابل حصول هذا القطاع على العائد المالي الذي يغطي أمواله المستثمرة، وما تحمله من كلفة –بالاهتمام الكبير من قِبل العديد من الدول في مختلف أنحاء العالم.

إذ نتيجة تسارع عجلة التنمية ومتطلباتها، لم يعد القطاع الخاص قادرًا وحده على مواجهة الصعوبات والتحديات التي تعترض طريق الإنجازات التي يطمح إلى تحقيقها. هذا الأمر دفع العديد من الدول، سواء المتقدمة أو النامية، إلى إنشاء التنظيمات المؤسسية والتشريعية التي تضع الأساس القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تساهم في إنشاء وتوجيه وإدارة وتشغيل المشاريع العامة وتطويرها وتنميتها، من أجل خدمة أغراضها على أساس التشارك والتعاون.

نشير أيضاً إلى أن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كان من أبرز المواضيع التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة، خصوصًا في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج مثل فرنسا. إن تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة يعتمد أساسا على تحديد الطبيعة القانونية من حيث تصنيفها من العقود الإدارية أم من العقود المدنية، إلاّ إذا ارتأى المشرع خلاف ذلك كما حصل مع المشرع الأردني[1].

وذلك على النقيض مما هو قائم في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا. حيث إنه في نظام القضاء الموحد لا يُشكِّل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مسألة ذات أهمية إذ لا يفرق هذا النظام بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين ونظيرتها التي تطبق على الإدارة [2].

1. ليث عبدالله وبلال محمود، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص الإطار النظري والتطبيق العملي، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2012، ص: 15.

2. أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية: عقود البوت **(BOT)** وعقود الشراكة، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2014، ص:29.

في نفس السياق، يجب أن تكون ممارسات إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص موضوع إشهار مسبق في مالم يستثنِ القانون. وتخضع كل ممارسة من ممارسات إبرام عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص لنظام الدعوة إلى المنافسة مالم تكن الممارسة مما استثنى القانون من ذلك.

ارتباطها بهذا، حددت المادة (7) من القانون الإماراتي رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص كما يلي: إنشاء الشريك للمشروع وتمويله، وتملكه والانتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عنه ونقل ملكيته بالكامل للجهة الحكومية عند انتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة.

- إنشاء الشريك للمشروع وتمويله للانتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عن حق الانتفاع به للجهة الحكومية عند انتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة.
- إنشاء الشريك للمشروع والتنازل عن ملكيته للجهة الحكومية مع الاحتفاظ بحق الانتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة.
- نقل منفعة المشروع من الجهة الحكومية إلى الشريك لغايات تمكينه من الانتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة المتفق عليها في عقد الشراكة.
- أي أسلوب آخر تقرّه اللجنة العليا بناء على توصية الجهة الحكومية والدائرة، بما في ذلك صيانة أو توسعة أو تأهيل أي مشروع قائم.

يتم إبرام هذا النوع من العقود وفق ممارسات الحوار التنافسي أو استدراج العروض المفتوح أو استدراج العروض بالانتقاء المسبق أو وفق الإجراء التفاوضي حسب الشروط المنصوص عليها في القانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.

وتتشابه كل هذه الممارسات في تجسيد طريقة الترسية التفاوضية، حيث تتم الترسية بناء على عروض مقدمة من الشريك الخاص تم تصميمها لتفي بمجمل الشروط والمتطلبات التي تم حصرها والتفاوض حولها عبر مختلف الوسائل والطرق بناء على طريقة ممارسات إبرام العقود. أساس هذا التجسيد هو دعوة شركات القطاع الخاص لتتقدم بحلول في مجال تقديم الخدمات العامة، ومن ثم تتقدم بعض شركات القطاع الخاص المهتمة بالمجال كلّ بما يراه من حل يتناسب مع طبيعة الخدمة المطلوبة وحسب شروط الدعوة.

الفرع الثاني

أنواع الترسية التفاوضية

يميز قانون دبي المنظم للشراكة بين القطاعين العام والخاص بين عدة أنواع من الترسية التفاوضية، نذكر منها:

- الترسية التفاوضية عبر طريقة الحوار التنافسي:

الحوار التنافسي ممارسة يمكّن الشخص العام، على أساس برنامج عمل ونظام الدعوة إلى المنافسة يعده بنفسه، وبعد إعلان إشهاري، بإجراء مناقشات مع عارضين من القطاع الخاص للتعرف على الحل أو الحلول التي من شأنها تلبية حاجياته. يلجأ الشخص العام إلى ممارسة الحوار التنافسي، في حالة ما إذا لم يستطع لوحده، بكل موضوعية وبصفة مسبقة، تحديد المواصفات التقنية لتلبية حاجيات

المشروع موضوع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أو إعداد تركيبته المالية أو القانونية. يُعمل بهذا الإجراء بصورة خاصة في المشاريع ذات الطبيعة المعقدة حيث ينظم كما يلي:

1- توجه إلى العارضين الذين تم تأهيلهم دعوة لتقديم عروض وتتضمن الدعوة مجموعة وثائق طلب العروض تركّز على المتطلبات العامة العملية ومعايير أداء الخدمة، داعيةً العارضين إلى تقديم مقترحات لتلبية متطلبات الجهة العامة المتعاقدة قبل طرح الممارسة.

2- تقوم الجهة العامة المتعاقدة بعد استلام المقترحات، بإجراء الحوار مع مقدمي المقترحات الذين تم انتخابهم حسب ملائمة الحلول المقدمة بهدف تطوير عرض مناسب بديل، واحد أو أكثر، يجمع كل الميزات التي تم اكتشافها في العروض المقدمة ويلبي كامل متطلبات الجهة العامة المتعاقدة، ثم يدعى العارضون إلى تقديم عروضهم النهائية مبنيةً بإضافة التحسينات المنتقاة في الحوار كميزات وردت في كل عرض وعلى أساس المقترح التي تم تقديمه من كل منهم، مع التزام جميع العارضين بالنقاط التي تمّ التحاور فيها معهم عبر نظام العطاءات.

3- يتبع الخطوتين السابقتين إجراء عملية الترسية التفاوضية على العروض النهائية وفي هذا تجسيد لطريقة الترسية التفاوضية التي أساسها الاتفاق والرضا بين الطرفين ومن ثم يبرم عقد الشراكة الرضائي بين الجهة الحكومية والقطاع الخاص التي تم ترسية المشروع عليها.

من أجل هذا، أجاز القانون رقم (22) في المادة (16) بند أ إجراء الحوار التنافسي قصد تأهيل شركات القطاع الخاص قبل طرح العطاء أو الممارسة. ويمكن للشخص العام أن يقلّص من عدد المشمولين بالحوار على مراحل متتالية حسب ملائمة طبيعة عملها مع مشروع الشراكة المراد تنفيذه، بالنص على ذلك في نظام الاستشارة، ومواصلة الحوار على أساس قائمة محدودة. وبعد المناقشات، يدعو الشخص العام الشركات المؤهلة إلى تقديم عروضها النهائية على أساس الحل أو

الحلول التي تم تحديدها أثناء الحوار كما بيّنا ذلك أعلاه، وينبغي أن يصاغ الحل أو الحلول بوضوح في بنود المواصفات الفنية في وثيقة العطاء.

كما يمكن للشخص العام أن يطلب توضيحات أو تصحيحات أو تحسينات تتعلق بالعروض المقدمة من طرف المترشحين وكذا التأكيد على بعض الالتزامات، ولا سيما المالية منها، وفي هذا يتم التفاوض مع المترشح ليتم القبول والرضا مما يؤسس لتجسيد الترسية التفاوضية. غير أنه، لا يمكن لهذه الطلبات أن تؤدي إلى تغيير العناصر الأساسية للعرض أو المواصفات الأساسية التي من شأنها الإخلال بالمنافسة أو أن يكون لها أثر تمييزي (المادة (16) ب). يعمم ذلك، يختار الشخص العام العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية وفق الشروط المنصوص عليها في وثيقة العطاء.

- الترسية التفاوضية عبر طريقة استدراج العروض المفتوح:

يمكن أن تكون الممارسة في شكل استدراج العروض المفتوح التي يقوم بموجبها الشخص العام بطرح العطاء ودعوة كل شركات القطاع الخاص دون تحديد للمنافسة، ومن ثم يتم اختيار العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية، وفق الشروط المنصوص عليها في وثيقة العطاء. إلاّ أن المادة (15) من القانون رقم (22) لسنة 2015 ألزمت الشخص العام بإجراء تأهيل شركات القطاع العام المسبق قبل طرح العطاء للتنافس وحصر التنافس في الشركات المؤهلة فإنه يفهم أن استدراج العروض المفتوح لا يعمل به في مشاريع الشراكة بإمارة دبي. لذلك، يقتصر الباحث على إيرادها كطريقة من طرق إبرام العقود ولا يورد تفاصيل توضح تجسيد الترسية التفاوضية فيها.

- الترسية التفاوضية عبر طريقة استدراج العروض بالانتقاء المسبق:

يكون استدراج العروض بالانتقاء المسبق كممارسة تمكّن الشخص العام من التحديد المسبق لقائمة المتناقصين المؤهلين لإيداع العروض. فرغم أن القانون رقم (22) لسنة 2015 لم ينص صراحة على استدراج العروض بالانتقاء إلاّ أن المادة رقم (15) ألزمت الشخص العام بالتأهيل المسبق لشركات من القطاع الخاص للدخول في العطاء ومن ثم طرح العطاء لمجموعة الشركات التي تم تأهيلها. يعد ذلك ضمناً استدراج للعروض بالانتقاء. أيضا، في هذه الحالة بعد تقديم العروض من طرف المتقدمين عبر نظام المناقصات، يمكن للشخص العام أن يطلب توضيحات أو تصحيحات أو تحسينات على العروض المودعة من طرف المتقدمين وكذا التأكيد على بعض الالتزامات، ولا سيما المالية منها. وفي هذا يتم التفاوض مع المترشح ليتم القبول والرضا مما يؤسس لتجسيد الترسية التفاوضية.

غير أنه، لا يمكن لهذه الطلبات أن تؤدي إلى تغيير العناصر الأساسية للعرض أو المواصفات الأساسية للعقد التي من شأن تغييرها الإخلال بالمنافسة أو أن يكون لها أثر تمييزي.

- الترسية التفاوضية عبر طريقة الممارسة التفاوضية:

يتم اللجوء إلى هذا الإجراء في حال شراكة الامتياز، وينظم على النحو التالي:

1- تتلقى الجهات الخاصة الذين تم انتخابها كجهات متخصصة دعوةً لتقديم الحلول، وتتضمن الدعوة مجموعة وثائق طلب الحلول مع التركيز على النطاق المقصود ومعايير أداء الخدمة العامة المطلوبة من الشريك الخاص بصورة مباشرة، كما تتضمن الشروط المحتملة لملائمة الخدمة مع احتياجات المستفيد الأخير منها وقدرته واستعداده للدفع مقابل الخدمة.

2- تقوم الجهة العامة المتعاقدة بعد استلامها مقترحات الحلول بانتقاء واحد أو أكثر من بين المتقدمين ليتم التفاوض معهم بهدف انتقاء الجهة الأقدر على تحسين ظروف الاستثمار في البنية التحتية

للمشروع وتقديم الخدمات ذات الصلة التي تتوفر فيها أفضل الشروط لتلبية متطلبات المستفيد الأخير طيلة فترة المشروع.

يلجأ الشريك الحكومي لإبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن طريق الممارسة التفاوضية في الحالات التالية:

- عدم إمكانية إنجاز الخدمة أو استغلالها لاعتبارات تقنية أو قانونية إلا من قبل فاعل وحيد من القطاع الخاص.
- حالة الاستعجال الناجمة عن أحداث غير متوقعة بالنسبة إلى الشخص العام.
- دواعي تتعلق بالدفاع الوطني أو الأمن العام.

نشير الانتباه إلى أنه لم يرد نص صريح في القانون رقم (22) فيما يخص الممارسة التفاوضية، ويمكن اعتبار الممارسة التفاوضية هذه نوع من العرض التلقائي. علما بأن دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص[1] قد بيّن كيفية الترسية التفاوضية.

إذ يتم دعوة القطاع الخاص للتقديم بحلول في مجال تقديم الخدمات العامة ومن ثم تتقدم بعض شركات القطاع الخاص المهتمة بالمجال كل بما يراه من حل يتناسب مع طبيعة الخدمة المطلوبة. هذه الحلول تختلف في درجات تعقيدها حسب رؤية المتقدمين بها من النواحي الإنشائية والفنية والإدارية مما يجعل أمر البت فيها يتطلب مناقشتها مع مقدميها وطرح الاستفسارات لبيان وفهم طبيعة كل حل. في هذا التفاوض يتم توضيح متطلبات الشراكة وواجبات كل طرف فيها والوصول لفهم مشترك لها. بناء على هذه التوضيحات والفهم المشترك يتم اختيار أحد الحلول والتعاقد مع مقدمه. وفي هذه الطريقة

1 . دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص.
https://www.mof.gov.ae/Ar/lawsAndPolitics/CabinetResolutions/Documents/

تتجسد الترسية التفاوضية في أوضح صورها حيث إن التعاقد يتم بناء على التفاوض حول أنسب الحلول دون التي تحصل على الرضا الكامل من طرفي الشراكة.

- الترسية التفاوضية عبر طريقة العروض التلقائية:

أجاز القانون رقم (22) لسنة 2015 المادة 14ج للشخص العام تلقي مشروع أفكار ابتكارية على المستوى التقني أو الاقتصادي أو المالي في مجال مشاريع الخدمات العامة، من قبل شركة من القطاع الخاص والتعاقد معها مباشرة من أجل إنجازه في إطار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وحيث إن اعتماد الأفكار الابتكارية يتم عبر التفاوض لمختلف الجوانب الفنية والمالية للمشروع فإن إبرام عقد الشراكة في هذه الحالة يعتبر تجسيدا للترسية التفاوضية.

المطلب الثاني

تجسيد مبدأ اقتسام المخاطر لخصوصية التراضي في عقود الشراكة

لقد ظهر مبدأ تقاسم المخاطر في الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول التي تتبع نظام القضاء الموحد بهدف تحقيق توازن عقدي، كما ظهر كوسيلة لتدوين المخاطر المحيطة بعقود الشراكة في صورة بنود عقدية للحصول على أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي.

ولما كانت فترة الشراكة ومن ثم عقود الشراكة تمتد لسنوات عديدة تتغير فيها الظروف التقنية والاقتصادية، فقد تتعرض مشاريع الشراكة لعدة مخاطر مستجدة خلال التنفيذ لم تضع الجهة الحكومية أو القطاع الخاص معدلاً عالياً لاحتمالات حدوثها وقت التعاقد. لذلك يتعين أن تتفق جهة الإدارة الحكومية مع الجهة المتعاقدة معها على كيفية اقتسام مخاطر التوقف عن التنفيذ أو تعديل التنفيذ تلبية

لحاجات جديدة لم تكن معروفة لدى الجهة الحكومية عند التعاقد، إذ إنه ليس من مصلحتها أن يتوقف المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ وذلك مراعاة لمبدأ استدامة عمل المرفق العام بشكل منتظم[1].

ارتباطا بهذا، عرّف دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص لسنة 2014 الصادر من وزارة المالية – الإمارات العربية المتحدة، المصطلحات ذات العلاقة بالمخاطر كما يلي:

1- "المخاطر: حدث يؤدي إلى جعل الظروف الحقيقية للمشروع تختلف عن تلك المفترضة والمبنية عليها توقعات تكاليف المشروع." يمكن القول بأن هذا التعريف يتطابق مع التعريف الذي أوردناه آنفاً.

2- تقييم المخاطر: تحديد احتمالية حدوث المخاطر المحددة وحجم عواقبها أو نتائجها إذا حدثت.

ج- تحليل المخاطر: عملية تحديد جميع المخاطر ذات العلاقة بالمشروع.

د- تخفيف المخاطر: محاولة تخفيض احتمالية حدوث المخاطر ودرجة عواقبها على الجهة التي تقع عليها تلك المخاطر.

هـ- توزيع المخاطر: وتعني مشاركة أطراف عقد الشراكة في تحمل وإدارة المخاطر بحيث يكون كل طرف مسؤولاً عن إدارة المخاطر التي لديه خبرة في ادارتها والتعامل معها.

1 . سمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008، ص: 145.

و- مخاطر التصميم: المخاطر المتعلقة بعيوب أو قصور التصاميم الخاصة بالمشروع. ومن الأمثلة عليها، أن يكون تصميم المشروع لا يلبي الأهداف أو الخدمات المتعاقد عليها.

ز- مخاطر التشغيل: وتمثل المخاطر المتعلقة بالفترة التشغيلية للمشروع مثل مخاطر احتياج المشروع لإنفاق مصاريف صيانة أعلى بكثير من المخطط لها لضمان كفاءة وفاعلية التشغيل أو لضمان بقاء المشروع للفترة الزمنية المتوقعة له.

على هذا الأساس، يؤدي مبدأ اقتسام المخاطر إلى خلق نوع من التوازن العقدي بين طرفي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما أن تأثيره يضفي مظهراً خاصاً على ركن الرضا. من أجل توضيح هذا المبدأ، فإننا سنحدد مدلول المخاطر (الفرع الأول)، ومن ثم سنبين كيفية تطبيقه من خلال ما يعرف بمصفوفة المخاطر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم المخاطر في عقود الشراكة

تصاحب تنفيذ المشروعات مخاطر تتشكل وتنتج من عمليات التخطيط والتصميم والإدارة والتسويق وغيرها، بهذا فإن المخاطر هي تلك الأحداث التي تؤدي إلى جعل الظروف الحقيقية للمشروع تختلف عن تلك المفترضة التي بنيت عليها توقعات تكاليف المشروع[1]، نظراً لكون عقود الشراكة ذات طبيعة إجمالية بحيث تشمل كل المراحل بدءً من تصميم المشروع وانتهاءً بالتشغيل والصيانة، إذ يستوجب ذلك نشوء عدة روابط عقدية خلال مدة العقد. وبهذا فإن نظام عقد الشراكة يبقي المتعاقد مع

1 . حمدي أبو النور السيد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، 2017، ص: 88؛ وأيضا راجع في ذلك الدليل الإرشادي لأحكام وإجراءات الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، الصفحة 9.

الإدارة متحملاً لهامش من المخاطر طوال مدة التنفيذ، مرتبطا بأسلوب حصول الشريك المتعاقد على حقوقه المالية، وما تملكه الإدارة من سلطات استثنائية، كتوقيع الجزاءات المختلفة التي تؤدي إلى حدوث مخاطر حقيقية على المتعاقد لأن تنفيذ هذه العقود يرتبط بمحتوى اقتصادي ومالي وقانوني متطور يضع على عاتق ذلك المتعاقد أعباء كبيرة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة.

بناءً على هذا، يسعى المتعاقد قبل توقيع العقد إلى تضمين شرط يتم بموجبه التزام الطرفين بتوازي المخاطر المختلفة التي قد تنتج أثناء التنفيذ أو طوال مدة العقد، كضمانة للمتعاقد في ظل الظروف الخاصة المحيطة بذلك النوع من العقود. وبذلك فإن توزيع أو تقاسم المخاطر يقصد به مشاركة أطراف عقد الشراكة في تحمل وإدارة المخاطر بحيث يكون كل طرف مسؤولا عن إدارة المخاطر التي لديه خبرة في إدارتها والتعامل معها[1]. بعد هذا يتم تقييم أولي ودراسة الجوانب المالية للمشروع محل العقد وبيان مختلف فروضه الفنية، مع الأخذ في الاعتبار لحجم المخاطر بالمقارنة بين تكلفة العمليات الإنشائية وما تتطلبه من وسائل تقنية فنية في محيط تكنولوجي معين بالإضافة إلى تحديد أسس تقييم المخاطر بالنسبة للمشروع بكامل مراحله.

بناءً على الدراسة الفنية لهذه المخاطر يتم تصنيفها وتوزيعها بين الطرفين، فقد تكون المخاطر سياسية، تتمثل في الاضطراب السياسي في الدولة وما يؤدي إليه من تغيرات محتملة في الحكومات وتعرض المشروع لمخاطر الاسترداد، وقد تكون نتيجة معارضة بعض التشكيلات الاجتماعية، تبعاً لطبيعة المشروع، كما هو الحال في مناهضة المدافعين عن البيئة لمشروع إنشاء محطات توليد كهرباء تعمل بالطاقة النووية. وقد تكون بعض المخاطر مرتبطة بأعمال الإنشاءات، مثل عدم صحة التقديرات

1 . دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص والمعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 1/1 لسنة 2017.

لتكلفة المراحل الإنشائية وما ينتج عنها من تجاوز الكلفة التقديرية للمشروع كأثر للتعديلات الواجب إدخالها في النواحي الفنية والزمنية المتفق عليها.

كما توجد العديد من المخاطر الجيولوجية، ومخاطر الحفريات الأثرية، والمخاطر المناخية، والتأخير في الدخول إلى الموقع، والحصول على التراخيص الإدارية الضرورية لبدء الأعمال، ومخاطر تأمين الموقع والتعديلات التشريعية والإدارية، والصعوبات المالية والفنية. كما توجد العديد من المخاطر الأخرى المتعلقة بالتشغيل والاستغلال، وبعمليات التأمين، وبتطور سعر الفائدة والتضخم، وبإسقاط الالتزام أو إنهاء العقد قبل مدته المتفق عليها.

صفوة القول، إن مبدأ توزيع المخاطر يختلف عن نظريات التوازن المالي للعقد، من حيث سعي المتعاقد مع الإدارة إلى إدراجه كشرط من شروط العقد قبل توقيعه، وبالتالي يصبح التزاماً مفروضاً على طرفي العقد، على عكس نظريات التوازن المالي التي هي عبارة عن نظريات قضائية النشأة، أي تم ابتداعها بعد وصول النزاع إلى المحاكم.

ارتباطاً بهذا، يمكن تقسيم المخاطر إلى عدة تقسيمات[1] إما بناء على مراحل تنفيذ عقد الشراكة أو بناءً على طبيعة الخطر ونوعه من حيث الظروف والبيئة. فيما يلي نورد هذه التقسيمات:

1- تقسيم الخطر طبقا للمراحل التي يمر بها المشروع محل عقد الشراكة:

يمكن تقسيم المخاطر طبقا لمراحل تنفيذ مشروع عقد الشراكة إلى قسمين كما يلي:

1 . عمر سلمان، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، بحث منشور ضمن إصدارات المنظمة العربية للتنمية، شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011، ص: 34.

1) مخاطر الإنشاء: وتشمل المخاطر المتعلقة بفترة بناء أو إنشاء أو تحضير البنى التحتية ومرافق المشروع. ويمكن تقسيم هذه المخاطر إلى مجموعات فرعية أكثر تحديدا مثل مخاطر تأخر توريد المعدات، أو تأخر استخراج التصاريح والتراخيص اللازمة لتسليم موقع المشروع للمستثمر، أو مخاطر الخسائر التشغيلية الناتجة عن عدم التسليم في الوقت المحدد. وتنقسم مخاطر الإنشاء إلى قسمين، حسب شدة الآثار السالبة على المشروع إلى:

–المخاطر الرئيسة مثل: خطر تجاوز تكلفة الإنشاء (قد ينجم هذا الخطر عن بعض الأحداث الطبيعية أو عدم الكفاية الفنية والتقنية للشركة المنشئة المتعاقدة أو القرارات السياسية المتخذة كذلك)، وخطر تجاوز مدة الإنشاء (وهو الخطأ في تقدير المدة الكافية للإنشاء).

– المخاطر الثانوية مثل: خطر عدم مطابقة الإنشاءات للشروط المحددة مسبقا بكراسة الشروط (مثل خطأ عدم مطابقة المواد الأولية الواردة وجودتها لكراسة المواصفات والشروط، خطر عدم إنجاز المشروع حسب متطلبات الظروف الفيزيائية والمناخية).

2) مخاطر الاستغلال، وتتمثل في:

–مخاطر رئيسة مثل: خطر تقلبات السوق، خطر تغيّر معدلات الصرف للعملة الأجنبية، خطر تغيّر معدلات الفائدة.

–مخاطر ثانوية: تتمثل في تجاوز تكلفة تشغيل المشروع محل عقد الشراكة للمقدر له، خطر إفلاس الشريك الخاص.

ب- تقسيم المخاطر طبقا لأنواعها:

في نفس السياق، جرت العادة على تقسيم الخطر طبقا لأنواعه كما يلي:

1- مخاطر تقنية وإدارية:

تشمل المخاطر التقنية والإدارية مخاطر الإنشاء ومخاطر التشغيل كما ذكر آنفا.

2- مخاطر قانونية:

يشمل مضمون الخطر القانوني [1] المناخ القانوني للعقد وقانون البلد المستقل، ويتمثل في الامتيازات التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة كسلطة ذات سيادة والتي قد تمثل خطرا وتهديدا للعقد من جهتين كالآتي:

- المخاطر التشريعية: وتتمثل في احتمالات قيام الدولة المتعاقدة بتغيير المناخ القانوني الذي ينفذ فيه العقد عبر ما تتخذه من إجراءات دستورية أو تشريعية أو لائحية، والتي تأخذ على سبيل المثال، صورة تشريعات جمركية أو مالية أو ضريبة تصدر خلال فترة سريان العقد، الأمر الذي من شأنه زيادة التزامات أو تقليص حقوق الشريك الخاص مع الدولة عما كانت عليه لحظة التعاقد.

- مخاطر استخدام السلطة العامة: ويتمثل في احتمالات قيام الدولة بموجب السلطة العامة بتغيير شروط العقد بإرادتها المنفردة. إلا أن هذه السلطة مقيدة بوجوب أن يكون تدخل الدولة مبررا باعتبارات الصالح العام ومقتضيات التعويض حيث في حالة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للدولة، للشريك الخاص الحق في التعويض الكامل لما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.

1. كاميليا صلاح الدين، مرجع سابق، ص: 143.

3- مخاطر سياسية:

ينجم الخطر السياسي عن عدة أسباب ومصادر[1]، منها على سبيل المثال المصادرة والعنف السياسي كخطر الحروب الأهلية، والثورات والانقلابات العسكرية، الاضطراب، والنزاعات العرقية والدينية، تحويل العملة.

الفرع الثاني

تطبيق مبدأ تقاسم المخاطر في عقود الشراكة من خلال مصفوفة المخاطر

يهدف مبدأ تقاسم الأخطار إلى تلافي إخفاقات تنفيذ المشروع وإعادة التوازن المالي لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص. يمكن تحديد وتقييم تقسيم الأخطار فيما بين طرفي التعاقد من خلال ما يعرف بمصفوفة المخاطر التي يمكن تعريفها بأنها: جدول يبين قائمة المخاطر المحتملة لمشروع ما والتي بمقتضاها يتم تحديد وتقييم وتقسيم تلك المخاطر طبقا لمبدأ تقاسم المخاطر على كل من شريكي المشروع محل عقد الشراكة (الحكومي والخاص)[2]، وتتوزع المخاطر طبقا لمصفوفة المخاطر على النحو التالي:

- مخاطر يتحملها الشريك العام (الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة) وحده دون غيره وهي مخاطر التربة (بأن يحدث بعد استلام موقع المشروع أن تكون طبيعة الأرض والتربة سبخية مثلا مما ينتج عنه زيادة الأعباء والتكاليف)، ومخاطر تعديل العقد بالإرادة المنفردة.

1. كاميليا صلاح الدين، مرجع سابق، ص: 143.

2 . عمر سلمان، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، المرجع السابق، ص: 35.

- مخاطر مقسمة بين الطرفين، حيث يتم الاتفاق بين طرفي عقد الشراكة على اقتسام أعباء هذه المخاطر إعمالا لمبدأ العدالة. مثال لذلك مخاطر القوة القاهرة يتم اقتسامها بين الطرفين عندما تكون خارجة عن إرادة الطرفين وتشكل عجزا كاملا في المشروع[1].
- مخاطر يتحملها الشريك الخاص وحده دون غيره وهي مخاطر التصميم (أن لا يكون التصميم مناسبا لظروف المشروع)، ومخاطر إدارة المشروع.

على هذا الأساس، يتم تحديد مصفوفة المخاطر، والتي هي عبارة عن أداة مصممة لتوحيد المعلومات الخاصة بإدارة المخاطر وتساعد جميع الجهات ذات العلاقة لرؤية الصورة الكاملة للمخاطرة، وتتكون المصفوفة من بيانات فئة المخاطر – الخطر، وصف الخطر، وعواقب أو آثار حدوث الخطر، طريقة وخطوات امتصاص أو تخفيف الخطر، وطرف الشراكة الواقعة عليه آثار الخطر[2].

وبذلك، فإن مصفوفة المخاطر هي أداة لبيان اقتسام المخاطر فيما بين طرفي عقد الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، ولكنها لا تؤمّن تحقيق التوازن المالي التام لعقد الشراكة[3]. فرغم أن تلك المصفوفة تكون مصحوبة بالتوازي بحزمة من عقود التأمين، لكن لا يمكن لهذه الحزمة أن تغطي بصفة تامة كافة أشكال المخاطر لصعوبة حصرها بصورة محددة مسبقا. لذلك، تبقى النظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري (نظريات القضاء الإداري لكل من: القوة القاهرة والظروف الطارئة والصعوبات

1 . كاميليا صلاح الدين، مرجع سابق، ص: 143.

2 . عمر سليمان، مرجع سابق، ص: 35.

3. حماة عبد الرازق حماة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2013، ص: 53.

المادية غير المتوقعة) بمثابة الضمانة الأخيرة لتفعيل وإكمال مبدأ تقاسم المخاطر، وذلك بإكمال أي نقص قد يطرأ على تحديد الأخطار الواردة بمصفوفة المخاطر.

بصورة أخرى، يمكن القول بأن النظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري تلعب دوراً هاماً فيما يتعلق بإتمام أي نقص يطرأ على تطبيق مبدأ تقاسم المخاطر، نتيجة استحالة تحديد وتقسيم كافة المخاطر المحتملة لأي عقد على سبيل الحصر مقدما لحظة التوقيع عليه. كذلك يعد مبدأ تقاسم المخاطر في دول القضاء المزدوج بمثابة محاولة لتقنين النظريات التقليدية لتوازن العقد، وتدوينها في صورة شروط عقدية ولكن هذه المحاولة لم يكتب لها الاكتمال نظرا لاتساع تلك النظريات بصورة يصعب معها تحديد كافة صور المخاطر المحتملة مقدما على سبيل الحصر. وترجع صعوبة حصر محتوى ونطاق تطبيق تلك النظريات إلى عاملين:

أولا: الدور الإنشائي للقاضي الإداري والذي تدعمه مرونة المصطلحات المستخدمة في تلك النظريات مثل مصطلح عدم التوقع.

ثانيا: عدم قدرة تلك النظريات على احتواء العديد من الأحداث والوقائع التي لم تكن محل اعتبار من قبل المتعاقدين لحظة توقيع عقد الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص. ويمكن أن نستنتج وجود حالة من التكامل بين مبدأ تقاسم المخاطر والنظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري، حيث تكون فيها هذه النظريات قادرة على احترام مبدأ تقاسم المخاطر وكذلك إكمال أي نقص أو غموض يطرأ على المخاطر كالعمل على تحديد تكييف خطر ما، لم يتم إيراده بمصفوفة المخاطر[1].

1. وقد ورد النص على شرط اقتسام المخاطر في الفقرة **b** من المادة 11 من الأمر المنظم لعقود الشراكة في فرنسا والمادة 12 من التفتيش العام للإدارات الإقليمية الفرنسي.

والمبدأ الأساسي في شأن تقاسم المخاطر أنه على كل طرف من أطراف التعاقد أن يتحمل المخاطر التي تنشأ في المهام الموكلة له بحكم الشراكة ويفترض أن يكون أكثر قدرة على إدارتها، فعلى القطاع الخاص أن يتحمل مخاطر التصميم التفصيلي للمشروع، وتكلفة الإنشاء وتجاوزات التكلفة، وزيادة تكاليف التشغيل والتمويل، وعلى الحكومة أن تتحمل المخاطر التي تخضع لسيطرتها، ومنها المخاطر السياسية والتنظيمية، أو مخاطر الطلب وسعر الصرف[1].

وثمة أنواع مختلفة من المخاطر التي تواجه أي مشروع بنية تحتية بسبب طبيعة المشروع المركبة مثلما أشرنا إليه آنفا[2]، سواء بسبب التمويل أو التفاصيل التقنية أو الاتفاقيات الفرعية، إلى آخره، ومن الممكن حصر مخاطر مشاريع البنية التحتية على النحو التالي[3]:

- مخاطر تقنية مثل فشل التصميم أو الأعمال الهندسية.
- مخاطر البناء بسبب تقنيات البناء الخاطئة وارتفاع التكلفة والتأخر في أعمال البناء.
- مخاطر التشغيل بسبب ارتفاع كلفة التشغيل والصيانة.
- مخاطر الإيرادات على سبيل المثال: نقص حركة المرور أو فشل في استخراج الموارد.
- مخاطر المالية الناجمة عن التحوط غير الكافي لتغيرات الطبيعة كالزلازل والفيضانات.

1. كاميليا صلاح الدين، المرجع السابق، ص: 144-145.

2. حمدي أبو النور السيد، مرجع سابق، ص:89.

3 . **Prakhar Duggal,Risk Management in PPP (Public Private Partnership) Projects, International Journal of Engineering Technology Science and Research IJETSR, 2016, Page.309. http://www.ijetsr.com/images/short_pdf/1464712811_Yogesh_ijetsr_(1).pdf**

- مخاطر تشريعية أو سياسية، بسبب التغييرات القانونية والسياسات الحكومية غير الداعمة أو غير المستقرة.
- مخاطر بيئية، وهي المخاطر التي تؤدي إلى اختلال اتزان الطبيعة مثل التلوث البيئي.

أهم النتائج التي توصلت إليها:

- يلاحظ أن هناك نقاش فقهي بخصوص الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ اعتبرها بعض الفقه من العقود الإدارية، في حين البعض الآخر صنفها في إطار عقود القانون الخاص.
- إن المبادئ العامة للتراضي كما تم تنظيمها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي تطبق على عقود الشراكة بين القطاعين العامة والخاصة، علاوة على قواعد خاصة تنص عليها القوانين المنظمة لهذا النوع من العقود على غرار طريقة الحوار التنافسي.
- إن استعمال المشرع لمفاهيم من قبيل:" الترسية التفاوضية، ومبدأ اقتسام المخاطر".

بهدف إقرار نوع من التوازن العقدي بين طرفي عقد الشراكة في القطاعين العام والخاص، حيث يتم ذلك من خلال تطبيق غير مباشر لإحدى المبادئ الأساسية لنظرية العقد في القانون الخاص.

الفصل الثاني

تطبيق قواعد القانون الخاص في مرحلة تنفيذ عقد الشراكة

تمهيد وتقسيم:

يحتاج تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تدخل مجموعة من الأطراف، كما أن التجربة تثبت على أن التنفيذ يمتد على فترة زمنية طويلة. ارتباطاً بهذا، يلاحظ أن هذه المرحلة من عقد الشراكة تعرف تطبيق واضح لقواعد القانون الخاص. إذ يلاحظ أن تنفيذ هذا النوع من العقود يتم في إطار شركة مشروع والتي تخضع إلزاما لقانون الشركات التجارية إضافة إلى الأحكام العامة الوارد النص عليها في قانون المعاملات المدنية (المبحث الأول). كما يحتاج المشروع المتولد عن عقد الشراكة إلى إبرام مجموعة من عقود العمل قصد الاشتغال وتحقيق أهدافه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تطبيق قانون الشركات التجارية على عقد الشراكة

تشكل شركة المشروع الناتجة عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحد مظاهر تطبيق قانون الشركات التجارية على هذا النوع من العقود. على هذا الأساس، فإننا سنركز بداية على توضيح آليات تأسيس شركات المشروع (المطلب الأول)، ثم سنناقش إشكالية مكونات رأسمالها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تأسيس شركات المشروع لإنجاز المشروع محل عقد الشراكة

تشكل الشراكة بين القطاع العام والخاص آلية تهدف إلى تمويل مشروعات البنية الأساسية، وتعهد الدولة بموجب عقد شراكة، إلى كيان قانوني خاص يطلق عليه "شركة المشروع" بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى "اتفاق الشراكة" تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بالمشاركة في توفير مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، حسب ما يرد في هذا الاتفاق من أحكام ونصوص تنظم الملكية والأموال والأرباح وغيرها مما يتصل بتسيير المشروع من تدابير وإجراءات.

تعريف توصلت إليه، بإن شركات المشروع هي الشركات التي تتأسس في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتشكل آلية لإنجاز المشروع الذي سيمول في معظمه من طرف الشريك الخاص، ويسترجعه الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام بعد مرور مدة زمنية معينة يتم النص عليها في عقد الشراكة.

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمجموعة من الخصائص التي تُبرز خصوصيتها واختلافها عن غيرها من العقود، حيث تتميز بتعدد الأطراف المشتركة في تنفيذها، إلى درجة قد تؤدي إلى تعارض في المصالح، الأمر الذي يجعل من هذه العقود وسيلة للتوفيق بين المصالح المتباينة للأطراف المتعاقدة. فإضافةً إلى الجهة الحكومية، هناك الشريك الخاص، وشركة المشروع، والجهات الممولة للمشروع سواء أكانت محلية أم أجنبية، وشركات المقاولات التي تتولى تشييد المشروع، وشركات الإدارة التي تشغل وتستغل المشروع، وموردو المواد والمعدات اللازمة لكل ذلك.

القطاع العام يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق الصالح العام، من خلال تقديم أفضل الخدمات للجمهور بأقل التكاليف وبشكل مستمر ومن دون انقطاع. كما يسعى أيضًا إلى التخفيف من الأعباء المالية المفروضة على موازنته، عن طريق إنشاء وتشغيل المرافق العامة بتمويل من القطاع الخاص. ويسعى كذلك إلى فرض أكبر قدر من الرقابة والإشراف على شركة المشروع أثناء مراحله المختلفة، واستعادة المشروع في أقرب وقت ممكن وبحالة جيدة تقبل الاستمرار في التشغيل والإنتاج[1].

أما بالنسبة إلى شركة المشروع، فهي تسعى إلى تحقيق أكبر الأرباح بأقل كلفة، مع احتفاظها بسلطة اتخاذ القرارات المفصلية المتعلقة بإدارة وتشغيل المشروع وفقًا للآلية التي تشاء. كما تسعى أيضًا إلى التخفيف من المخاطر التي تحف مراحل المشروع قدر الإمكان، من خلال توزيعها على الأطراف الأخرى، كالمقاولين أو الموردين أو المشغلين. وأخيرًا فإن الجهات الممولة تسعى دومًا إلى الحصول على أكبر قدر من الأرباح، ولضمان تحقيق هذا الهدف فإنها تسعى إلى ربط التمويل بأصول المشروع وموجوداته، وذلك لكي تضمن سداد مبلغ القرض من التدفقات النقدية التي يدرها تشغيل المرفق، الأمر الذي يستدعي، بطبيعة الحال، إبرام عقود تعمل على تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، وتوفّق بين مصالح الأطراف المتباينة.

فقد بين دليل وأحكام الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادر من وزارة المالية الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة أسس تأسيس شركة المشروع وملكية أسهمها. حيث إنه في حال اقتضت طبيعة المشروع المشترك تأسيس "شركة المشروع" (Special Purpose Vehicle "SPV") فيجب تضمين التفاصيل التطبيقية التي يتوجب على صاحب العرض الفائز اتباعها لتأسيس الشركة في كراسة الشروط ،

1. أبوبكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، عقود البوت، وعقود الشراكة، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2014، ص:23_25.

بناء على هذا، تحدد لجنة المشروع المهلة القصوى لتقديم الأنظمة الداخلية الخاصة بشركة المشروع إلى لجنة المشروع التي تتأكد من مراعاتها للقوانين السارية ومتطلبات كراسة الشروط تمهيداً للموافقة عليها. وتتضمن هذه الفقرة أيضاً أي متطلبات متعلقة بشكل شركة المشروع وإذا ما كانت الحكومة ستشارك في تأسيسها ومدى مساهمتها في رأس المال وعدد ممثلي الحكومة في مجلس إدارة الشركة والقوة التصويتية التي يتمتعون بها تجاه بعض المسائل الاستراتيجية.

كما يمكن للجنة المشروع صياغة مسودة مقترحة عن النظام الداخلي لشركة المشروع وعرضها على المشاركين ضمن كراسة الشروط لإبداء أي ملاحظات عليها بناءً على الاجتماعات والمناقشات المسبقة التي تمت عبر الحوار مع المرشحين المؤهلين، الأمر الذي يسرع عملية الترسية ويحول دون مواجهة أي مفاجآت. وتحرص لجنة المشروع عبر هذه الفقرة على التأكد من التزام شركة المشروع بحوكمة الشركات، ولها لهذه الغاية أن تطلب من المشاركين تقديم خطة تفصيلية لنظام حوكمة الشركات الذي سيتم اتباعه.

حسب دليل إجراءات وأحكام الشراكة بين القطاعين العام والخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة يتوجب على الشريك الخاص (في حال تطلبت طبيعة المشروع ذلك) تأسيس شركة المشروع وفقاً للقوانين ذات الصلة المعمول بها في الدولة. ويتم اختيار أعضاء مجلس الإدارة لهذه الشركة من قبل الجمعية العمومية على أن يمثل الجهة الحكومية المعنية طيلة مدة مساهمتها في الشركة بعضو واحد على الأقل يعيّن من قبل مجلس الوزراء. وفي هذا يكون صاحب العرض الفائز مسؤولاً عن تأسيس شركة مخصصة فقط لتنفيذ المشروع. وتكون هذه الشركة شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركة الأم، ومن إيجابيات تأسيس مثل هذه الشركة، تسهيل حصولها على التمويل من قبل الممولين المحتملين للمشرع وذلك لأنه لا

يوجد لديها مخاطر تنشأ من أعمال أخرى بحكم حصر أعمالها في تنفيذ المشروع، أو أعباء أخرى قد تهدد عملها مستقبلاً، فهي شركة جديدة ذات شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركة الأم أو مجموعة الشركاء.

ولأغراض تعزيز ضمانات الشريك الخاص تجاه الجهة الحكومية فإن إلزام الشريك الخاص وشركة المشروع بتقديم ضمانات كافية لتنفيذ المشروع بحسب ما يتم الاتفاق عليه مع الشريك الخاص يكون من الإجراءات المهمة في عقود الشراكة. أما في حال لم يتطلب مشروع الشراكة تأسيس شركة المشروع يكون الشريك الخاص كجهة اعتبارية ممثلة بشركة أو تحالف شركات هو شركة المشروع من الناحية القانونية.

في حقيقة الأمر، تمثل الاستعانة بشركات المشروع في إطار عقود الشراكة أحد أهم مظاهر تطبيق القانون الخاص، إذ إن هذا النوع من الشركات غالبا ما يتخذ شكل شركة مساهمة، وبالتالي خضوعها للأحكام القانونية المنظمة لها. تماشيا مع هذا، فإنه إذا كان الاعتقاد السائد لدى أغلب الباحثين، أن عقود الشراكة تعتبر من المواضيع الاستثنائية للقانون العام، فإن الواقع يؤكد أنها تخضع في كثير من جوانبها للقانون الخاص.

بالتالي، نلاحظ أن السلطات العمومية أصبحت تستعمل تقنيات القانون الخاص؛ لاسيما في مجال الاقتصاد المختلط الذي تعتبر شركات المساهمة مجاله الخصب؛ من أجل تحقيق أهداف مبادراتها الاقتصادية والاجتماعية[1].

1. **BAZEX (M.)–, L'utilisation par les pouvoirs publics des méthodes de restructuration du bilan utilisées dans les sociétés commerciales, in, Prospectives du droit économique, Mélange M. JEANTIN, Ed. Dalloz., Paris, 1999, Paris, p.117.**

وطريقة تشكل شركة المشروع الناتجة عن عقود شراكة. من الناحية العملية، يتكون في بداية الأمر تجمع "Groupement" يضم عدة مقاولات كل واحدة منها متخصصة في مجال معين[1]، قصد تقديم عرض موحد ومتكامل أثناء إجراء مسطرة تمرير العقد.

ما يجب إثارة الانتباه إليه، أن التجمع المذكور لا يحظى بأي وجود قانوني خاص به، حيث يأخذ شكل اتفاق بين مجموع المقاولات المتكتلة. بتعبير آخر، فالتجمع عبارة عن أداة تعاقدية، إذ تحدد الاتفاقية المنشئة له "Convention de groupement" القواعد المطبقة على أعضائه وكيفية اشتغاله[2]. هذا، ولا تحل شركة المشروع محل التجمع الذي تم انتقاؤه بخصوص كل حقوقه والتزاماته، إلا بعد توقيع عقد الشراكة[3]. إذ أنه من الناحية العملية، يتم إبرام عقد الشراكة مع شركة المشروع.[4]

ما نريد التأكيد عليه، أن وجود شركة المشروع ليس إلزاميا، خصوصا بالنسبة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بالمشاريع الصغرى. بصفة عامة، يشكل الشريك الخاص المخاطب الوحيد تجاه الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام بالنسبة لكل ما يتعلق بتنفيذ العقد[5].

في هذه الحالة، بمجرد توقيع عقد الشراكة مع شركة المشروع، فإن هذه الأخيرة ستعمل بدورها على إبرام عدة عقود مع مقاولات تتكلف بتشييد المنشآت وبالاستغلال، وخاصة مع مؤسسات الائتمان المقرضة،

1. كأن يضم التجمع مقاولة للإنشاءات، وأخرى تتكلف بالإصلاح والصيانة، علاوة على مؤسسة مالية كما سيتم بيان ذلك لاحقاً .

2. انظر في نفس المعنى :

– BERGERE (F.) et autres..., Le guide opérationnel des PPP, Coll. Guide Juridique, 2ème éd, Le Moniteur, Paris, 2007, p.126.

3. **Ibid, p.127.**

4. **EMERY (C.)–, L'exécution des conventions de délégation de service public, Chapitre 3, Folio 3223, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Paris, 2006–1, n° 409, 3223–96.**

5. **BERGERE (F.) et autres..., Le guide opérationnel des PPP, Op.cit.,p.126.**

قصد الحصول على التمويلات الضرورية[1]. بتعبير آخر، فإن الأمر قد لا يتطلب دائما إحداث شركة مشروع، حيث تستمر نفس الشركة التي وقعت عقد الشراكة مع الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام في تنفيذه، والتي تلجأ فيما بعد إلى إبرام تعاقدات مع بعض الموردين ومقدمي الخدمات لضمان نجاح الصفقة[2].

المطلب الثاني

إشكالية بنية رأسمال شركات المشروع الناتجة عن عقد الشراكة

نثير الانتباه بداية إلى أننا سنركز في هذه الدراسة على بعض الإشكالات القانونية المرتبطة برأسمال شركات المشروع الناتجة عن عقد الشراكة، الذي يتكون من مجموع الحصص التي يقدمها المساهمون المؤسسون، وكذا تلك التي تنتج عن الزيادة فيه بعد شروعها في ممارسة نشاطها[3].

ذلك أن رأسمال الشركات يعتبر مفهوماً قانونياً أكثر مما هو محاسبي، حيث يقدم عدة فوائد لصالح الأغيار، وكذا بالنسبة للشركاء، ونجد له حضور في كل أنواع الشركات، حتى تلك التي تصنف في خانة شركات الأشخاص[4]. كما أنه يشكل ضماناً بالنسبة لدائني الشركة، ويسمح بتنظيم توزيع السلطة داخلها، وإن كانت هذه الوظيفة الأخيرة أصبحت تتراجع مع تطور الأسهم ذات حق تصويت مضاعف، علاوة على أنه آلية تمويلية، تحدد نظامه عدة قواعد أمرة[5].

---

1. **EMERY (C.)–, L'exécution des conventions de délégation de service public, Chapitre 3, Op.cit., n° 409, 3223-96.**

2. **BERGERE (F.) et autres..., Le guide opérationnel des PPP, Op.cit., p.134.**

3. للمزيد من التوسع بخصوص مفهوم رأسمال الشركات التجارية، راجع:

4. **cannu (p)et dondero (B),Droit des societies, 3eme ed , montchrestien, paris, 2010, n 204,p.131.**

5. محمد الهادي المكنوزي، إشكالات بنية رأس مال شركات المشروع عن عقود الشراكة، أعمال الندوة العملية الدولية التي نظمها فريق البحث القانون والعدالة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس بالربط، فبرير 2012، ص: 58.

بداية نشير إلى أن الشريك الخاص يتحمل مسؤولية القيام بمهمة شاملة تتضمن التصميم والإنجاز أو عادة توظيف وصيانة واستغلال منشأة أو بنية تحتية ضرورية لتوفير خدمة عمومية، مع تعهده في إطار عقد الشراكة إما بتقديم تمويل كلي أو جزئي لذلك.

يظهر إشكال هاما منذ توقيع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يتحدد في الدور الذي سيلعبه الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام داخل مكونات بنية رأسمال شركة المشروع.

بتعبير أوضح، ما هو الموقف الذي يحب أن يتخذه الشخص المذكور بخصوص مساهمته او عدم مساهمته في رأسمال شركة المشروع.

إذ يجد هذا الشخص نفسه أمام خيارين؛ إما المساهمة في رأسمال شركة المشروع (الفرع الأول)، أو الاكتفاء بدور السلطة المفوضة دون تقديم أي مساهمة مباشرة أو غير مباشرة فيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اتخاذ الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام لقرار المساهمة في رأسمال شركة المشروع

من الممكن أن يتخذ الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام قرار المساهمة في بنية رأسمال شركة المشروع، إذا اعتبر أن ذلك يخدم مصالحة ويساهم في إنجاح عقد الشراكة الذي يربطه بالشريك الخاص. غير أن هذا التوجه الذي قد يتبعه الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام تتخلله بعض

الإيجابيات والسلبيات، التي تختلف درجتها تبعا لما إذا تعلق الأمر باقتناء نسبة المشاركة (أولاً)، أو بالسيطرة على سلطة مراقبة شركة المشروع (ثانياً)[1].

أولاً: الحصول على نسبة المشاركة في رأسمال شركة المشروع:

عرّف قانون الشركات الإماراتي الشراكة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة". بغض النظر عن الدور الاستراتيجي الذي يمكن أن يلعبه الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام على إثر امتلاكه لمشاركة في رأسمال شركة المشروع، فإن هذا التوجه يحقق عدة إيجابيات:

- إمكانية امتلاك سلطة مراقبة شركة المشروع: ذلك أن امتلاك نسبة بسيطة من حقوق التصويت، يمكن أن يكفي لاتخاذ القرارات في الجمعيات العامة، لاسيما عندما يكون رأسمال شركة المشروع مجزءٍ بين عدة مساهمين. بالتالي، ترتكز هذه الحالة على تشتت بقية المساهمين، إذ إنها تفترض مسبقاً امتلاك الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام لأقلية تخول له صلاحية ممارسة سلطة المراقبة داخل شركة المشروع.

فإذا امتلك الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام 35% من رأسمال شركة المشروع، في حين بقي الجزء الآخر مشتتاً بين عدة مساهمين خواص على شكل نسب صغيرة تقل عن تلك المحصل عليها من طرفه، فإنه سيتمكن من مراقبة شركة المشروع.

1. محمد الهادي المكنوزي، إشكالات بنية رأس مال شركات المشروع عن عقود الشراكة، مرجع سابق، ص:60.

– الحصول على أقليلة العرقلة: إن امتلاك شخص معنوي خاضع للقانون العام لنسبة 33%+1 من حقوق التصويت في شركة المشروع التي تتخذ شكل شركة مساهمة، من شأنه أن يخولها إمكانية عرقلة القرارات المتخذة في الجمعيات العامة غير العادية التي تنعقد للبت في تعديل الأنظمة الأساسية، والزيادة في رأس المال، علما أنها لا تخول ممارسة أي تأثير على القرارات والجمعيات العامة العادية كتلك المتعلقة بتوزيع الأرباح مثلا.

= الاستفادة من حق الإعلام: تخول صفة المساهم للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام بحكم امتلاكه لمشاركة، لعب دور هام في الحياة الاجتماعية لشركة المشروع، حيث سيحصل على كل المعلومات المالية والتجارية والقانونية وحتى التقنية منها.

بناءً على هذا، يحق لكل مساهم في شركة المشروع التي تتخذ شكل شركة مساهمته مثلاً الاطلاع على مجموعة من الوثائق المتعلقة بحياتها الاجتماعية طيلة السنة في إطار ما يعرف بالإعلام المستمر[1]. كما نعاين وجود نوع ثان من الإعلام يشار إليه عادة بالإعلام السابق، يسمح بمقتضاه لكل مساهم ابتداء من دعوة الجمعية العامة العادية السنوية الاطلاع بنفسه في المقر الاجتماعي للشركة على بعض الوثائق المتعلقة بجدول الأعمال.

في نفس السياق، يستفيد الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المالك لنسبة مشاركة في شركة المشروع، من مختلف الشروحات التي يدلي بها كل من المتصرفين ومراقبي الحسابات أمام الجمعية العامة، حيث يزداد إحاطة بمختلف التوجهات الكبرى لشركة المشروع.

1. جاء في المادة 146 من القانون المغربي رقم 17–95 المتعلق بشركات المساهمة ما يلي: ((يحق لكل مساهم، في أي وقت، الاطلاع على وثائق الشركة المشار إليها في المادة 141 الخاصة بالسنوات المالية الثلاث الأخيرة وكذلك الاطلاع على محاضرة وأوراق حضور الجمعيات العامة المنعقدة خلال تلك السنوات)).

– المشاركة في صنع القرارات داخل الهيئات الاجتماعية لشركة المشروع: يسمح امتلاك نسبة مؤثرة في رأسمال شركة المشروع للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، أن يساهم بكل فعالية في بلورة التوجه العام لمختلف القرارات التي تتخذ داخل الهيئات الاجتماعية لشركة المشروع، بالشكل الذي يخدم المصلحة العامة. يزداد هذا الدور أهمية، كلما تعلق الأمر بالسياسة الاقتصادية العامة لشركة المشروع والتي تمس بمخططها المالي ونوعية إنتاجها، إذ تنعكس إيجابا أو سلبا، وبشكل مباشر على وجودها.

– مراقبة نشاط شركة المشروع: يصبح من السهل على الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام مراقبة نشاط شركة المشروع، وبالتالي المشاركة في اتخاذ القرارات المناسبة إذا لاحظ بعض الممارسات التي تتنافى مع مضمون عقد الشراكة.

نعتقد في هذا الصدد، أن استعمال خبرة التسيير "Expertise de gestion"[1] من طرف الشخص المعنوي الخاضع للقانون يشكل مسطرة فعالة للمراقبة والإعلام.

– الحصول على جزء من الأرباح: كنتيجة مباشرة لامتلاك الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام لمشاركة، فإنه يغدو من حقه الحصول على نسبة من الأرباح تعادل ما يملكه في رأسمال شركة المشروع. من الناحية المبدئية، يمكن للجمعية العامة العادية أن تقرر توزيع كل أو جزء من الأرباح، حيث تعطي عوائد على كل سهم يملكه شخص معنوي خاضع للقانون العام في رأسمال شركة المشروع.

غير أنه لا يجب التفاؤل دائما بهذا الخصوص من طرف الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، إذ يحق للجمعية العامة أيضا أن تقرر وضع كل أو جزء من الأرباح في إطار الاحتياطات، قصد استعمالها كتمويل ذاتي لاستثمارات شركة المشروع.

---

1. للمزيد من التوسع بخصوص خبرة التسيير في القانون المغربي، راجع. :

– عبدالوهاب المريني، سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – أكدال، الرباط، 1997–1996، ص: 452 وما بعدها .

رغم الإيجابيات المعددة أعلاه، إلا أن امتلاك شخص معنوي خاضع للقانون العام لنسبة المشاركة في رأسمال شركة المشروع تتخلله عدة سلبيات، لعل من أبرزها تلك المتمثلة في العواقب المالية التي تنتج عن عدم نجاح عقد الشراكة في تحقيق أهدافه، بحكم ضعف السياسات التجارية والصناعية المتبعة من طرف شركة المشروع.

إذ نعاين في مثل هذه الفرضية انتهاء عقد الشراكة قبل حلول أجله، وبالتالي تكبد الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام لجزء من التكاليف المالية نظرا لفشل المشروع. كما أن اقتناء الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام لمشاركة في رأسمال شركة المشروع الناتجة عن عقد الشراكة، ليس بالأمر السهل والمعفى من أي مراقبة.

ثانياً: امتلاك سلطة مراقبة شركة المشروع:

رغم اختلاف المفاهيم القانونية لمفهوم المراقبة، فإنهما تجتمع حول نفس الفكرة المحورية والتي مفادها؛ أن شخص طبيعي أو معنوي، يتصرف لوحده أو في إطار اتفاق، له سلطة إدارة وتسيير شركة مستقلة قانوناً.

فقد يتعلق الأمر بسلطة المراقبة التي تمارسها شركة تجاه أخرى، على إثر تملك غير مباشر للأسهم التي توجد بحوزة شركتها التابعة. كما قد يتجسد على شكل تحكم في الصلاحيات القانونية والاقتصادية الناتجة عن امتلاك الأسهم[1].

ما يجب التأكيد عليه أن امتلاك الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام لسلطة مراقبة شركة المشروع يخول حق تعيين أعضاء الهيئات الاجتماعية لشركة المشروع، وتحديد سياستها المالية والتجارية وغيرها

1 . **LAPARDE(F.M), Concert et controle, Ed. Joly. Paris, 2007, n 886, p.613.**

من الصلاحيات. وبالتالي، سيتمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام عبر سيطرته على سلطة مراقبة شركة المشروع، من توجيه نشاط هذه الأخيرة بشكل يتماشى مع غايات المرفق العام الذي عهد له لتدبيره وتسيره.

يعتري امتلاك شخص معنوي خاضع للقانون العام لسلطة مراقبة شركة المشروع عيب ظاهر، إذ إن أغلب القرارات التي سيتخذها من المتوقع أن تطغى عليها صفة الخدمة العامة؛ وفق ما بيناه أعلاه؛ مما سيدفعه إلى ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لشركة المشروع.

فرغم الانعكاسات الإيجابية والمباشرة للقرارات التي سيساهم الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام في اتخاذها داخل شركة المشروع على مستعملي المرفق العام موضوع عقد الشراكة، إلا أن من شأن هذا أن يؤثر سلبا على أداء شركة المشروع، مما قد يدخلها في صعوبات مالية، وبالتالي إمكانية فشل المشروع.

كما أن تطبيق قانون الشركات في حالة امتلاك الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام لسلطة مراقبة شركة المشروع سيفتقد لمغزاه الحقيقي بوصفه إحدى مكونات القانون الخاص. ذلك أن هذا القانون الأخير يفترض وجود عدة مساهمين على قدم المساواة، في حين أن حضور شخص معنوي خاضع للقانون العام في بنية رأسمال شركة المشروع يضفي عليه صفة المساهم غير العادي؛ إن صح التعبير؛ بما يؤدي إلى المس بجوهر قانون الشركات.

الملاحظ أن هذا التصور أصبح منتقدا في السنوات الأخيرة، حيث يرى بعض الفقه الفرنسي[1] أن:

((تحليل استعمال الدولة لتقنيات شركات الأموال، يؤدي إلى رفض الطرح الذي مفاده أن حضورها كمساهمة

1 . **CARTIER–BRESSON, L'ETAT ACTIONNAIRE, COLL, bibliotheque de droit public, T.264, ed.l.g.d.j, paris, 2010, n 266, p,455.**

يمس بجوهر قانون الشركات)).

توصلنا هذه التحليلات إلى نتيجة أساسية مفادها؛ أن استحواذ شخص معنوي خاضع للقانون العام على سلطة مراقبة شركة المشروع، سيؤدي في غالب الأحيان إلى إفراغ عقد الشراكة المبرم بين القطاعين العام والخاص من محتواه، كما أنه يتنافى مع المبادئ العامة لإيجاد هذا النوع من العقود[1].

1، محمد الهادي المكنوزي، إشكالات بنية رأس مال شركات المشروع عن عقود الشراكة، مرجع سابق، ص: 66.

المبحث الثاني

خضوع عقود العمل المتولدة عن عقود الشراكة لقواعد القانون الخاص

قمنا فيما سبق بتسليط الضوء على قانون دبي رقم 22 لسنة 2015، الذي ينظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الإمارة، والذي يهدف إلى تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في تطوير المشاريع، وزيادة الاستثمارات في مختلف المجالات مع القطاع العام والذي يتولد عنه عقود عمل العمال الذين سيقومون بتنفيذ هذه المشاريع. ارتباطاً بهذا، نشير إلى أن تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، عادة ما يحتاج إلى إبرام عقود عمل، الشيء الذي يشكل مظهراً آخر يثبت تطبيق القانون الخاص (المطلب الأول)، أخذاً بعين الاعتبار لخصوصية هذا النوع من العقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيق القواعد العامة لعقد العمل

اختلف الفقه من حيث إيجاد تعريف شامل لعقد العمل، ولعل أغلب التشريعات لم تقدم تعريفاً له بل اكتفت بوضع القواعد التشريعية التي تنظّم علاقة العمل. وأكثر هذه التعاريف شمولية، هو التعريف الذي يرى أصحابه أن: "عقد العمل هو اتفاق يلتزم أحد الأشخاص بالعمل لحساب شخص آخر وهو صاحب العمل، وتحت إشرافه وإدارته وتوجيهه لمدة محددة أو غير محددة مقابل أجر معين ومحدد سلفا"[1].

1. للمزيد من التوسع بخصوص التعريف، راجع:

في حين عرّف المشرع الإماراتي عقد العمل الفردي بأنه: "هو كل اتفاق محدد المدة أو غير محدد المدة، يبرم بين صاحب العمل والعامل، يتعهد فيه الأخير بأن يعمل في خدمة صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به صاحب العمل".

ويتضح من هذا التعريف، أن عقد العمل يقوم على عناصر، وهي عنصر العمل الذي يقدمه العامل لحساب صاحب العمل، وعنصر الأجر الذي يقدمه صاحب العمل لحساب العامل، وعنصر التبعية حيث يتبع العامل في أدائه لعمله لسلطة صاحب العمل. ولا يقوم عقد العمل، إلا بتوافر عناصره الثلاثة: العمل، والأجر، والتبعية، ومن ثم لا يعتبر عقد العمل قائما إذا قام العامل بعمل ما دون أن يتقاضى مقابله أجراً، أو إذا قبض مبلغاً ولو سمي أجراً دون أن يؤدي في مقابله عملاً، أو إذا قام به العامل مستقلاً عن صاحب العمل. ولعل الخصائص الخاصة بعقد العمل الفردي نظّمت في قانون العمل الاتحادي رقم8 لعام 1980 وتعديلاته، حيث يعتبر عقد العمل من العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، نظمت أحكامه المواد 897 –923 منه وقد ورد تعريفه على أنه: "عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة آخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر، أما إذا لم يكن العامل محظورا عليه العمل لدى صاحب عمل آخر أو لم يكن مقيدا في عمله بوقت محدد لصالح صاحب العمل فلا ينطبق عليه عقد العمل، ويستحق أجره حسب الاتفاق". على هذا الأساس، يلاحظ أن عقد العمل يتصف بالخصائص التالية:

1-عقد العمل عقد رضائي

العقد الرضائي هو العقد الذي ينعقد بمجرد تطابق إرادة المتعاقدين بأي وسيلة كان التعبير عنها مادام التعبير قاطعا عرفا في دلالته على توجه الإرادة إلى إنشاء العقد، وذلك بخلاف العقد الشكلي الذي لا ينعقد قانوناً إلا

– محمد جمال، شرح قانون العمل، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 2012، ص: 6.

إذا وقع التعبير عن الإرادة وفق سياق رسمه القانون، وتعتبر الشكلية شرط انعقاد فيه، وبالتالي يعد العقد الشكلي باطلاً بفوات الشكلية لفوات شرط من شروط الانعقاد فرضه القانون. وقد نصت المادة 1/210 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن: "العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة". وتقدم قريبا أن المشرع الإماراتي لم يشترط الشكلية في عقد العمل، وفي ذلك مصلحة للعامل إذ في فرض الشكلية حرج وتضييق على الإرادة في التعاقد بما قد لا يتناسب مع واقع العمل وحفظ حقوق العامل تجاه صاحب العمل، وقد تأكد نفي الشكلية عن عقد العمل بموجب المادة 1/39 من قانون تنظيم علاقات العمل الاتحادي، ونصها: "يعتبر عقد العمل غير محدد المدة منذ بدء تكوينه في أي من الحالات الآتية: 1-إذا كان غير مكتوب": وهذا نص صريح في الاعتداد بالعقد ولو كان غير مكتوب. وقد راعى القانون مصلحة العامل من جانب آخر من خلال تيسير إثبات العقد، وذلك ما قضت به المادة 34 من القانون المذكور ونصها: "مع مراعاة ما نص عليه في المادة 2 يكون عقد العمل مكتوبا من نسختين تسلّم إحداهما للعامل والأخرى لصاحب العمل، وإذا لم يوجد عقد مكتوب جاز إثبات كافة شروطه بجميع طرق الإثبات القانونية".

وما يتعلق بإثبات العقد مع العامل وإثبات حقوق العامل فيه والتزاماته، ومنها ما يتعلق بمتابعة عدد العمال لدى صاحب العمل وما يتبع ذلك من التزامات قانونية يجب مراعاتها من قبله[1].

2-عقد العمل عقد ملزم للجانبين: إذ يعد عقد العمل من العقود التي يلتزم كل طرف فيها بواجبات ترتب له حقوقاً، فالعامل يلتزم بأداء العمل الذي يستفيد منه صاحب العمل، والمقابل فإن صاحب العمل يلتزم بدفع الأجر للعامل[2].

1. بتصرف https://www.ml-advocates.com/ar/ .

2 . همام زهران، قانون العمل عقد العمل الفردي، مرجع سابق، ص:91.

3-عقد العمل عقد معاوضة: لا يعد عقد العمل من قبيل عقود التبرع، ذلك أن كلا الطرفين يأخذ مقابلا لما يعطي، فالعامل يقدم العمل ويأخذ الأجر في مقابل ذلك، وصاحب العمل يدفع الأجر مقابل حصوله على العمل.

4- أنه عقد من العقود الواردة على العمل: سبب تحديد هذه الصفة في عقد العمل هو خصوصية موضوع التزام العامل، وهو عمل على وجه التحديد لا غير، بخلاف موضوع التزام صاحب العمل في أداء الأجر فقد يكون نقداً، وهو الأصل وقد يكون غير نقد.

5-عقد العمل من عقود المدة "العقود الزمنية": ذلك أن عنصر الزمن يحتل دوراً حيوياً في هذا العقد، فغالباً ما يتم تحديد الأجر على أساسه كما أنه قد يحدد بموجبه مقدار العمل إذا ما كان العقد محدد المدة[1].

5- عقد العمل عقد شخصي: فشخصية العامل تدخل في اعتبار صاحب العمل عند إبرام العقد وفي تنفيذ التزاماته مدة العقد[2]، ومرد هذا الاعتبار الشخصي أن صاحب العمل إنما يبرم عقد العمل مع من يظن به أداءه للعمل المقصود على الوجه المطلوب، وذلك يقتضي البحث في خبرته العلمية والعملية وقدرته الشخصية على أداء ما التزم به من عمل بأمانة وإخلاص. ويلاحظ في عقد العمل أن الاعتبار الشخصي مراعى في شخص العامل لا في شخص صاحب العمل، فانتقال المنشأة إلى خلف خاص أو خلف عام أو حتى في حالة اندماج منشأتين لا يبيح للعامل امتناعه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بزعم أنه تعاقد مع شخص صاحب عمل معين.

ومن أبرز مظاهر اعتبار الشخصية في العقد أن أداء الالتزامات تكون من قبل العامل نفسه دون أن يقبل العقد النيابة في أداء تلك الالتزامات، فعضو هيئة التدريس المتعاقد مع الجامعة لا يمكنه قانوناً توكيل

1 . علي العريف، شرح قانون العمل، مطبعة مخيمر، القاهرة، ج 1، ص: 187.

2 . عامر محمد علي، شرح قانون العمل الأردني، الطبعة الأولى، المركز القومي للنشر، إربد، 1999، ص :77.

شخص آخر لأداء التزاماته التعاقدية، وأبرزها إلقاء المحاضرات على الطلبة، نظرا لأن شخصيته محل اعتبار في تعاقد الجامعة معه، وإذا توفي العامل انتهى العقد نظرا لأن شخصيته محل اعتبار في العقد، فلا يحل محله في العقد خلفه العام. وقد قضت بهذا الحكم مطلع الفقرة 1 من المادة 905 من قانون المعاملات المدنية، بالقول: "يجب على العامل أن يؤدي العمل نفسه".

مما سبق ذكره نكون قد بيّنا أهم خصائص عقد العمل الفردي كما أقرها المشرع في نص القانون، بحيث تجعل هذه الخصائص لعقد العمل الفردي مضموناً جامعاً مانعاً يميزه عن غيره من العقود [1].

نشير أيضا أنه لما كان عقد العمل يتم باتفاق شخصين على عمل أحدهما مقابل أجر لدى الآخر الذي يتمتع بسلطة الإدارة أو الإشراف على الأول، أثناء مدة محددة أو غير محددة، فإن ذلك يعني ضرورة توافر مجموعة من العناصر لقيام تلك العلاقة، أو بالأحرى ذلك العقد، وهذه العناصر هي العمل والأجر والتبعية والمدة[2].

إن إيرادنا لخصائص عقد العمل، وتذكيرنا ببعض عناصر عقد العمل الفردي يهدف أساساً إلى التثبت مما إذا كانت عقود العمل المتولدة عن عقود الشراكة تنطبق عليها القواعد التقليدية لعقد العمل أم أنه يتميز عنها ببعض الأحكام الخاصة.

1 . بتصرف **https://www.ml-advocates.com/ar/** .

2 . همام زهران، مرجع سابق، ص: 92.

المطلب الثاني

خصوصية عقود العمل المتولدة عن عقد الشراكة

كما سبق التأكيد على ذلك أعلاه، تنشأ عن عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص؛ شركات للمشروع. وبسبب عدم إنجاز هذا المشروع تقوم الشركات بإبرام عقود عمل مع العمال، وهنا يطرح إشكال بخصوص الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود. وللإجابة على هذا الإشكال يظهر لنا تصوران أولاً: موظف عام بسبب أن الدولة شريكة في هذا المشروع. ثانياً: عامل خاضع لقانون العمل، بما أنه يعمل في شركة فهل يتم تطبيق عليه قانون العمل، وفي حال انتهاء شركة المشروع وعودة المشروع إلى الدولة ما مصير هؤلاء العمال ؟.

أولاً: موظف عام

لكي نعرف الموظف العام يجب علينا معرفة الوظيفة العامة. إن الدولة في حقيقتها ليست إلا مجموعة من المرافق العامة كما قال الفقيه الفرنسي (دوجي)، إذ تمثل المرافق العامة مجموعة من الأشخاص والأموال، فالمال لوحده لا يعني شيء، إلا أنه لا بد من وجود أشخاص آدميين إلى جانب المال ليتسنى للدولة متمثلة بالمرافق العامة صنع الحضارة، فهذا الشخص الآدمي والذي يمتلك صفة الموظف العام يمثل أداة الإدارة لتسيير المرفق العام وعقله المفكر. وترتيباً على ذلك، فإن تقدم المرفق العام ومن ثم تقدم الدولة كلها، إنما يرتهن في الواقع بمدى تقدم ورقي الموظفين العموميين وما يرتبط بهم من أنظمة قانونية[1].

1. عامر الكبيسي: إدارة شؤون الموظفين والعاملين بالخدمة المدنية, ط1, بلا مكان طبع, 1980, ص: 61.

كما أن الوظيفة العامة تمثل أساساً مهم لتحقيق أهداف الدولة والنهوض بمستواها في كافة الميادين الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، فبعد أن وضحنا بشكل موجز الوظيفة العامة سنقوم بتعريف الموظف العام.

إن اختلاف الدول في أنظمتها خاصة منها ما يتعلق بنظام اللوائح التي تنظم شؤون الوظيفة العامة، كان سبباً في اختلاف الفقهاء في تعريف الموظف العمومي مما أثر على الفقه والقضاء والتشريع معا.

يلاحظ أيضاً أن الظروف والعوامل تفرض علينا عدم التسليم بتعريف واحد عبر مختلف الأزمنة، زيادة على تقلب الأنظمة السياسية لمختلف الدول. والمشرع يلجأ في بعض الأحيان إلى تعريف معين لأصناف محددة من الموظفين، وقد يكون هذا التعريف خاص بفئة من الموظفين ولا يمكن أن نعممها على بقية موظفي الدولة، ورغم اختلاف الدول في أنظمتها واختلافها في تحديد مفهوم الموظف العمومي إلا أنها تشترك في ظاهرة تزايد الموظفين العموميين، هذا الظاهرة أصبحت عالمية، خاصة بتدخل الدولة في النشاطات التجارية والصناعية والمالية وحاجة الشعوب إلى إشباع حاجياتها المختلفة، وبالتالي ظهرت الحاجة الملحة إلى وجود الكثير من الموظفين العموميين في مختلف الاختصاصات، لأن المجتمع في تزايد مستمر[1].

إن عدم وضع تعريف جامع مانع للموظف العمومي، يرجع إلى اختلاف مقتضيات العمل بالمرافق العامة داخل الدولة الواحدة، واختلاف الظروف التاريخية، والسياسية، والاجتماعية، والاقتصادية للدول وطبيعة وخصائص القانون الإداري ويكون هذا القانون مطاطاً يتغير بتغير المجتمع[2].

1. أحمد بوضياف، جريمة تأديبية للموظف العمومي في الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 م، ص: 45.

2 . محمد حامد الجمل، الموظف العام فقها وقضاء، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1969 م، ص: 3.

بناءً على هذا، فتغير النظام السياسي للدولة من وقت لآخر خاصة في بلاد العالم الثالث، هذا التغير يفرض علينا عدم وضع تعريف جامع مانع للموظف العمومي يبقى دائما دون تغير[1]. وعرّف بعض الفقهاء الموظف العمومي على النحو التالي: "الموظفون العموميون هم الموظفون ذوي السلطات ومعاونوهم القائمون بإدارة الدولة وأموالها العامة" .

وفقاً لهذا التعريف، فإن صفة الموظف العمومي تقتصر على الشخص الذي يتمتع بالسلطة العامة: أي نكون أمام موظف عمومي تصرف باعتباره صاحب سلطة عامة، أما إذا تصرف باسم الدولة ولحسابها بدون استعمال فكرة السلطة العامة فإننا نكون أمام شخص عادي، كما أن الدولة تستعمل أفراداً بصفة دائمة لتسيير المرافق العامة ولا يتمتعون بسلطة الأمر والنهي مثل موظفي الحسابات هم لا يقررون صرف مبلغ معين من الميزانية ولكنهم يقومون بإعداد الاستثمارات والأوراق اللازمة ورغم ذلك هم موظفون عموميون[2] .

كما يعرّفون أيضا بأن "الموظفون العموميون هم عمال المرافق العام[3]. حسب هذا التعريف فإننا نكون أمام موظف عام إذا كان المكان الذي يشتغل فيه مرفق عام، وإذا كان المكان الذي يشتغل فيه ليس له صفة المرفق العام فإننا لا نكون أمام موظف عام. يشمل هذا التعريف عدداً من الأفراد ويعتبرهم موظفون عموميون، مع أنهم ليسوا موظفون عموميون، ومثال ذلك عمال المرافق العامة الصناعية والتجارية والتي تخضع في أحكامها لقواعد القانون الخاص ولا تتبع أساليب القانون العام. هذا التعريف يؤدي إلى إدخال بعض المستخدمين الذين توظفهم المرافق العامة بصورة مؤقتة للقيام ببعض الأعمال المؤقتة كعمال الصيانة مثلا، وقد استقر الفقه والقضاء على أن هؤلاء ليسوا بموظفين عموميين.

1. عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979 م، ص: 62.

2 . محمد حامد الجمل، الموظف العام فقها وقضاء، ص: 43.

3 . .محمد حامد الجمل، مرجع سابق، ص: 46.

وقد تعرض الفقيه عبد الرزاق السنهوري عند شرحه للقانون المدني المصري إلى تعريف الموظف العام حيث قال: "الموظف الرسمي هو شخص عيّنته الدولة للقيام بعمل من أعمال سواء أجرته على ذلك أم لم تؤجره". ويبقى الموظف رسميا حتى ولو كان يعمل في إدارة حكومية تقوم بعملها الشركات في البلاد الأخرى، كمصلحة السكك الحديدية والتلفون والبريد، وكذلك الموظفون الذين يعملون في أملاك الدولة الخاصة من مصلحة الأملاك وموظفيها، وفي وزارة الأوقاف والمجالس البلدية القروية والمحلية يعتبرون موظفون رسميون[1].

أما المشرّع في دبي فعرّف الموظف العام في المادة الثانية من قانون الموارد البشرية رقم 8 لسنة 2018 بأنه" كل من يشغل إحدى الوظائف الواردة ضمن موازنة الدائرة، ويشمل الذكر والأنثى". أما القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2018 فعرّفه بأنه " كل من يشغل إحدى الوظائف الواردة في الميزانية".

أيضا، قد ينص المشرع في بعض الأحيان على تسيير المرافق العامة بخليط من القوانين من القانون العام والقانون الخاص للضرورة الملحة ورغم هذا لا يؤثر هذا الأمر على صفة الوظيفة العامة وصفة الموظف العام[2]. ويبدو أن الوضع ينطبق على حقيقة عقود العمل المتولدة عن عقود الشراكة.

ثانياً: عامل خاضع لقانون العمل

تضمن القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1980م في شأن تنظيم علاقات العمل وتعديلاته في المادة الأولى بعض المفاهيم الأساسية، حيث عرّفها كما يلي:

1 . عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي – لبنان، طبعة . ص:657، 1964.

2 . محمد حامد الجمل، المرجع السابق، ص 384.

– صاحب العمل: هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر مهما كان نوعه.

– العامل: هو كل ذكر أو أنثى يعمل لقاء أجر مهما كان نوعه في خدمة صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه ولو كان بعيداً عن نظره ويندرج تحت هذا المدلول الموظفون والمستخدمون الذين يعملون في خدمة صاحب العمل والخاضعون لأحكام هذا القانون.

– المنشأة: هي كل وحدة اقتصادية فنية أو صناعية أو تجارية يعمل فيها عامل تهدف إلى إنتاج سلع أو تسويقها أو تقديم خدمات من أي نوع.

– عقد العمل: هو كل اتفاق محدد المدة أو غير محدد المدة، يبرم بين صاحب العمل والعامل، يتعهد فيه الأخير بأن يعمل في خدمة صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به صاحب العمل.

– العمل: هو كل ما يبذل من جهد إنساني – فكري أو فني أو جسماني – لقاء أجر سواء كان ذلك بشكل دائم أو مؤقت.

فهؤلاء يخضعون لقانون العمل أما موظفين الدولة فيخضعون إلى قانون الموارد البشرية (القانون الإداري).

نلاحظ أن هناك فراغاً تشريعياً، حيث إن المشرع لم يبين موقفه من موظفي عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص أو ما يماثلها، بحيث هؤلاء الموظفين يتم تعيينهم بادئ الأمر على قانون العمل، وعند انتهاء استغلال الشركة الخاصة للمشروع حسب العقد (طويل الأمد أو قصير الأمد) يتم تسليم المشروع للقطاع العام مع الموظفين، فهنا هل يتم تحويل عقود الموظفين من القطاع الخاص إلى القطاع العام وبالتالي يطبق عليهم القانون الإداري (الموارد البشرية)، أم يبقى الموظفون تحت عقود خاصة وهم يعملون في القطاع العام ويطبق عليهم قانون وزارة التوطين (العمل سابقاً)، وبذلك يكون مصير هؤلاء الموظفين غير معلوماً.

الخاتمة

إشارةً إلى الإشكال المحوري للدراسة، فقد خلصت إلى ضرورة تجاوز النظرة التقليدية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أساس أنها نوع من العقود الإدارية، إذ إن خضوع كثير من جوانبها لقواعد القانون الخاص، دليل قاطع على الطبيعة المركبة لهذا النوع من العقود. كما خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تسير في اتجاه تحديث القانون الإماراتي.

أولاً: النتائج

- يلاحظ أن هناك نقاشاً فقهياً بخصوص الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ اعتبرها بعض الفقهاء من العقود الإدارية، في حين اعتبرها البعض الآخر في إطار عقود القانون الخاص.
- إن المبادئ العامة للتراضي، كما تم تنظيمها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، تنطبق على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، علاوة على قواعد خاصة تنص عليها القوانين المنظمة لهذا النوع من العقود على غرار طريقة الحوار التنافسي.
- إن استعمال المشرع لمفاهيم من قبيل:" الترسية التفاوضية، ومبدأ اقتسام المخاطر". جاء بهدف إقرار نوع من التوازن العقدي بين طرفي عقد الشراكة في القطاعين العام والخاص، حيث يتم ذلك من خلال تطبيق غير مباشر لإحدى المبادئ الأساسية لنظرية العقد في القانون الخاص.
- إن اعتماد شركات المشروع لإنجاز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دليل واضح على تطبيق قواعد القانون الخاص على هذا النوع من العقود، والذي يصنف تقليديا في إطار العقود الإدارية.

- قد ينص المشرع في بعض الأحيان على تسيير المرافق العامة بخليط من القواعد تنتمي إلى القانون العام والقانون الخاص، وفقاً للضرورة الملحة، ورغم ذلك، لا يؤثر هذا الأمر على صفة الوظيفة العامة وصفة الموظف العام، ويبدو أن الوضع ينطبق على حقيقة عقود العمل المتولدة عن عقود الشراكة.

ثانياً: التوصيات

- يتطلب إقرار التوازن المالي والقانوني بين الأطراف المتعاقدة في إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حسن تطبيق طريقة الترسية التفاوضية وغيرها من المبادئ التي تساهم في حماية الفاعل الخاص من سلطة الإدارة بوصفها الطرف القوي في هذا النوع من العقود.
- بغض النظر عن الطبيعة المدنية أو الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإن تطبيق الكثير من قواعد النظرية العامة للالتزامات والعقود يجعلها ذات طبيعة خاصة.
- إن إقرار التوازن العقدي قي إطار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يتطلب خلق نوع من التوازن بين مبادئ العقود الإدارية ومبادئ القانون الخاص، بشكل يسمح بحسن بناء العلاقة التعاقدية.
- إن التطبيق المزدوج لقواعد القانون الخاص والقانون العام على شركات المشروع الناتجة عن عقد شراكة، يفرض ضرورة تطوير القواعد التقليدية لقانون الشركات التجارية، بشكل يسمح بتوضيح دور الدولة أو هيئآتها العامة ضمن مكونات رأسمالها.
- إن المشرع الاتحادي مطالب باستحداث قانون جديد، لكي يوضح موقفه بخصوص عقود العمل الناتجة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بتحديد القانون المطبق عليه.

قائمة المراجع

أ. المؤلفات العربية

- أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، دار ومكتبة حامد، الأردن، ط 1، 2014.
- أحمد بوضياف، جريمة تأديبية للموظف العمومي في الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986.
- أحمد حسن البرعي، الوجيز في القانون الاجتماعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1998.
- أحمد عبدالكريم، شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة 5، 2010.
- جلال العدوي، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 1995.
- حسن كيره، أصول قانون العمل عقد العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 3، 1983.
- حماة عبدالرازق حماة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2013.
- حمزة عبدلي، آثار العقد الإداري، الجزائر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
- دلال أديب العوضي، رقابة ديوان المحاسبة على عقود الشراكة، كلية القانون، جامعة الكويت، 2009.
- رجب محمود طاجن، عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2007.
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 4، 1984.
- السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- عامر الكبيسي، إدارة شؤون الموظفين والعاملين بالخدمة المدنية، ط1، بلا مكان طبع، 1961.
- عامر محمد علي، شرح قانون العمل الأردني، المركز القومى للنشر، اربد، ط 1، 1999.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.

- عبده محمد فضل، الخصخصة وأثرها على التنمية بالدول النامية، مكتبة مدبولي للنشر والطباعة، القاهرة، ط1، 2004.
- علي العريف، شرح قانون العمل، مطبعة مخيمر، القاهرة، ج 1، 1995.
- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979.
- فتحي المرصفاوي، النظرية العامة في عقد العمل، المكتبة الوطنية، بنغازي، ط 1، 1998.
- ليث عبد الله، الشراكة بين مشاريع القطاع الخاص والعام، دار ومكتبة حامد، الأردن، ط 1، 2012.
- محمد حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاء، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
- محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2003.
- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، بدون دار النشر، القاهرة، 2000.
- محمد عبدالله نصار، المفاوضات الجماعية ودور منظمة العمل العربية، مطبعة جامعة الدول العربية، 1996.
- محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية بدون دار النشر، القاهرة، 2000.
- همام محمد زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- ياسر أحمد كامل، النظام القانوني لعقد الشراكة ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ط1، 2008.

ب. المقالات

- حمدي أبو النور السيد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، 2017.
- منير الحمش، القطاع العام واقتصاد السوق الاجتماعي، مجلة الفكر السياسي، جمعية العلوم الاقتصادية السورية، دمشق، السنة 2008.
- هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 69، 1999.

ج. أوراق عمل المؤتمرات

- سمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008.
- كاميليا صلاح الدين، ورقة عمل بعنوان دراسة تحليلية عن الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، شرم الشيخ، مصر، 5-7 ديسمبر، 2011.
- محمد الهادي المكنوزي، إشكالات بنية رأس مال شركات المشروع عن عقود الشراكة، أعمال الندوة العملية الدولية التي نظمها فريق البحث القانون والعدالة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس بالرباط، 2012.
- مسعود بودخدخ، رؤية نظرية حول استراتيجية تطوير القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي الخصخصة، ورقة مقدمة إلى الملتقى الوطني الأول حول دور القطاع الخاص في رفع تنافسية الاقتصاد الجزائري، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة جيجل، الجزائر، نوفمبر 2011.

د. الرسائل العلمية

أولاً: الدكتوراه:

- عبدالوهاب المريني، سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – أكدال، الرباط، 1997-1996.
- ماهر محمد أحمد، النظام القانوني لعقد البوت(B.O.T)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2004.

ثانياً: الماجستير

- الأمين لكحل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص دارسة حالة شركة المياه (SERO) والتطهير، رسالة ماجستير، كلية العلوم، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014
- خالد بن محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، القاهرة، 1999.
- رشيد عودة، القطاع الخاص الفلسطيني ودوره في التنمية الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2013.

هـ. مراجع فرنسية

- **BAZEX (M.),** L'utilisation par les pouvoirs publics des méthodes de restructuration du bilan utilisées dans les sociétés commerciales, in, Prospectives du droit économique, Mélange M. JEANTIN, Ed. Dalloz., Paris, 1999.
- **BERGERE (F.) et autres**…, Le guide opérationnel des PPP, Coll. Guide Juridique, 2ème éd, Le Moniteur, Paris, 2007.
- **EMERY (C.),** L'exécution des conventions de délégation de service public, Chapitre 3, Folio 3223, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Paris, 2006.
- **APARDE (F.M),** Concert et contrôle, Ed. Joly. Paris, 2007.
- **CARTIER-BRESSON (A.),** L'Etat actionnaire, Coll. Bibliothèque de Droit Public, T.264., Ed. L.G.D.J., Paris, 2010.

و. مراجع إلكترونية

- عبد الكريم عبد اللاوي، الجريدة القانونية، القانون الإداري والعلوم السياسية، 4 مارس 2017، العدد 41، عبر الرابط الإلكتروني الآتي: www.alkanounia.com
- Prakhar Duggal, Risk Management in PPP (Public Private Partnership) Projects, International Journal of Engineering Technology Science and Research IJETSR, 2016, Page.309, http://www.ijetsr.com/images/short_pdf/1464712811_Yogesh_ijetsr_(1).pdf