كلية الحقوق
قسم القانون العام
إدارة الدراسات العليا

النظام القانونـى
لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومى والخاص ppp
« دراسة مقارنة»

"رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق"

مقدمة من الباحث
هانى عرفات صبحى حمدان

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ محمد محمد بدران أستاذ القانون العام – كلية الحقوق – جامعة القاهرة	**مشرفاً ورئيساً**
الأستاذ الدكتور/ صبرى محمد السنوسي أستاذ ورئيس قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة القاهرة	**عضـــوًا**
الأستاذ الدكتور / محمد سعيد أمين أستاذ ورئيس قسم القانون العام – كلية الحقوق– جامعة عين شمس	**عضـــوًا**

٢٠١٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن تَنصُرُوا اللَّهَ

يَنصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ ﴾

M

سورة محمد [الآية : ٧]

مقدمة

بند (١) يحظى موضوع المشاركة بين القطاعين العام والخاص باهتمام كبير من قبل الحكومات فى مختلف أنحاء العالم بعد أن إتضح أن عملية النمو الإقتصادى والإجتماعى تعتمد على حشد وجمع كافة إمكانات المجتمع بما فيها من طاقات وموارد وخبرات متاحة لكل من القطاعين العام والخاص[١] ، وذلك لكى يشارك فى تنظيمات مؤسسية تتولى إنشاء وتشغيل المشاريع بمختلف أنواعها بعد أن واجهت التنظيمات المؤسسية المنفصلة والمستقلة قطاعياً تحديات وصعوبات فى تحقيق الأهداف التنموية بالمستويات الطموحة المستهدفة ، لذلك تسعى الحكومات إلى تبنى نظام المشاركة التى تساهم فيها كافة قطاعات المجتمع فى توجيه وةإدارة وتشغيل المشاريع والأعمال وتطويرها من أجل خدمة أغراضها على أساس مساءلة شفافة ومنفعة متبادلة.

بند (٢) ومن المعروف أن الدول لم تتخل بصورة كاملة عن إنشاء وتشغيل بعض مشروعات البنية الأساسية ، وليس معنى ذلك أن الدول تستطيع أن تقوم بكامل أعباء إنشاء وتشغيل وصيانة تلك المشروعات، لسبب منطقى وهو أن تكلفة تمويل وإنشاء تلك المشروعات تحتاج إلى ميزانيات ضخمة لا تستطيع معظم الدول تحمل أعبائها[٢]، وقد ظهر ذلك جلياً خلال العقدين الأخيرين من

---

(١) لمزيد من التفاصيل أنظر :-
- بحث عن الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص – إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية – الدائرة المالية – حكومة دبى – أبريل ٢٠١٠ – ص ١.

(٢) لمزيد من التفاصيل أنظر :-
- د / إيهاب السيد يوسف - النظام القانونى لعقود إنشاءات البنية الأساسية عن طريق التمويل الخاص – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – ٢٠١٣ – ص ٥ ومابعدها.

القــرن الماضــى فلقــد ســاد اتجــاه اقتــصادى جديــد فــى معظــم دول العــالم ألا وهـــو الخصخـــصة Privatization وذلـــك بعـــد إنهيـــار فكـــرة الـــشيوعية والاشـــتراكية وإنهيارهـــا فـــى كثيـــر مـــن الـــدول الاشـــتراكية ، ولعدم مقــدرة تلــك الــدول علــى القيــام بأعبائهــا وتــوفير المــوارد لإنــشاء مــشروعات البنيــة الأساســية ، ونظــراً لأن تلــك المــشاريع تقــوم بخدمــة عدد كبيــر مــن الأشــخاص فــى الــدول الناميــة فقــد لجــأت حكومــات تلــك الدول إلــى إســناد تلــك العقــود للقطــاع الخــاص فــى صــورة تــضمن لهــا ســـلطة الرقابـــة والتوجيـــه ، وتـــضمن بالتـــالى حـــسن الأداء وتوصـــيل الخدمــة للمــشتركين بــشكل جيــد وســعر معقــول وقــد أخــذت تلــك العقــود صوراً مختلفة مثل:

١ - عقود الالتزام Concession-contracts

٢ - عقود البووت Build – own – operate – transfer

٣ - عقــود الــشراكة بــين القطــاعين العــام والخــاص Public Private Partnership

ولاشك أن مــن أفــضل تلــك العقــود عقــد PPP ، نظــرا لأنــه يــشتمل علــى عــدة مزايــا مقارنــة بعمليــات الخصخــصة الكاملــة ، وذلــك لأن ملكيــة المــشروع لا تنتقــل بــشكل نهــائى إلــى القطــاع الخــاص [1] فمــن خلالهــا الحكومــة تــستطيع مــع شــركات القطــاع الخــاص بنــاء وتمويــل وتــشغيل البنيــة التحتيــة المملوكــة للدولــة ، وبــذلك تزيــد حــصيلة الأصــول العامــة للدولــة ، وتتــيح المــشاركة بــين القطــاع العــام والخــاص وحــدوث نــوع

- أ / زهير على حسين المهداوى – عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ودورهــا فــى المرافق العامة – رسالة ماجستير – معهد البحوث والدراسات العربية – جامعة الدول العربية – ٢٠١٣ – ص ١ ومابعدها.
- أ /إبراهيم محمدعلى – عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وآليات تسويات المنازعات الناشئة عنها – رسالة ماجستير – معهد البحوث والدراسات العربية – جامعة الدول العربية – ٢٠١٣ – ص ٢ ومابعدها.

(1) United – Nations Industrial Development Organization. (Unido) "Bot" Guide Lines, 1996. p.5.
Hoff man (S) the Law. And Business of International Project Finance, 1998, p16.

من الإستفادة المشتركة من النظم والخبرات الإدارية واساليب القطاع الخاص فى إدارة الخدمات العامة [1] .

بند (٣) وتتيح الشراكة للدولة ممارسة دور رقابى على تقديم الخدمات للجمهور والتأكد من جودتها بالمستوى والمعايير المطلوبة طوال فترة الشراكة ، وتستطيع الدولة فى الوقت ذاته من القيام بتحمل أعبائها الإجتماعية الأخرى والتى تتمثل فى الخدمات الأساسية الأخرى مثل التعليم والصحة ، ونظراً لأن الشراكة مابين القطاعين العام والخاص تتيح فتح مصادر جديدة للتمويل ، فالدولة سوف يكون لها مصادر متعددة لتنفيذ البرامج التنموية التى تخصها.

وهناك معوقات وقفت كحجر عثرة فى طريق قدرة الدول للقيام بعمليات الشراكة بين القطاعين العام والخاص مثل[٢]:-

١- زيادة السكان .

٢- عدم قدرة الدول على توفير الموارد المادية لإقامة تلك المشروعات .

٣- عدم قدرة الدول على توفير التكنولوجيا اللازمة لإقامة تلك المشروعات .

٤- الديون التى تثقل كاهل الدول النامية وعجزها عن سداد تلك الديون للدول المتقدمة وهذا بسبب العجز فى ميزان المدفوعات.

---

(1) Faye – Levin, "Introduction – to boot a Paper Presented to the International (Boot) conference Horghada, 2007p.6.

(٢) لمزيد من التفاصيل أنظر :-

- د / عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتى : خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية بحث مقدم ضمن أعمال ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلى فى تمويل المشروعات الاقتصادية المنعقدة فى جدة من ١١ / ١٣ / ١٠/١٩٩٩- مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامى – جامعة الملك عبد العزيز ص ١٧٨ : ١٧٩.

- د / رجب محمود طاجن – عقود المشاركة بين القطاعين الحكومى والخاص – دار النهضة العربية - ٢٠١٠ - ص ١٠ ومابعدها.

ولذلك فإن كثيراً من الدول النامية تسعى إلي الاستعانة بجهود القطاع الخاص فى ذلك الشأن للقيام بأعباء مشروعات (PPP)، وذلك لوجود مزايا عديدة فى تلك المشاريع منها[1] :

١ - عدم القيام بأعباء التمويل وما يتطلبه ذلك من أعباء ضخمة من توفير موارد مالية وعملات حرة ، ويؤدى ذلك بالطبع إلى الإقتراض من الدول الكبرى لتوفير تلك الموارد لإقامة تلك المشروعات ولكن يستتبع ذلك مخاطر تحكم الدول الكبرى فى مقدرات الدول النامية سواء سياسياً أو اقتصادياً .

٢ - تخفيض معدل التضخم فى البلدان النامية .

٣ - تخفيض معدل البطالة عن طريق إنشاء تلك المشروعات فى البلدان النامية مما يستتبعه من تشغيل للعمالة فى تلك المشروعات [2] .

٤ - عملية نقل التكنولوجيا التى يقوم بها القطاع الخاص لإدارة تلك المشاريع .

٥ - عملية توزيع المخاطر وأعباء تلك المشاريع المكلفة على القطاع الخاص القادر على القيام بعبء تلك المشروعات الضخمة التى تتطلب ميزانيات ضخمة لا تستطيع تحملها الدول النامية ، وليس هناك دليل أقوى على ذلك من بيان حجم الإستثمارات التى ساهم فى عام ١٩٩٧ قد بلغ مائة وثلاثين مليار دولار [3] ، وشارك بها القطاع الخاص فى مشروعات المشاركة على مستوى الدول النامية المستوى المحلى ونجد فى مصر أمثلة واضحة على ذلك .

---

(١) أنظر فى ذلك:-

- د/ جمال نصار – حسين مصطفى " مشروعات البوت " إعداد مشارع البناء والتشغيل ونقل الملكية ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات [BOT] القاهرة فى ٧ – ٩ أكتوبر ١٩٩٧ ص ٣ وما بعدها .

(2) Unido "BOT" guide Lines, op. Cit. p. 4.

(3) International Finance Corporation (IFC) project in developing countries Washington, 2008, p. 14.

ولقد قام القطاع الخاص بتنفيذ جملة إستثمارات فى خطة التنمية لعام ٢٠٠٢ وذلك منذ قيامه بالمشاركة مع القطاع التعاونى بتنفيذ استثمارات تصل إلى ٤٢ مليار دولار فى قطاعات عدة منها الزراعة – الصناعة – المقاولات – النقل – السياحة وأخيراً الكهرباء [١]، ولكن من ناحية أخرى نجد أن مصر عند إبرامها لتلك العقود مع الشركات المتعددة الجنسيات نجد أنها قد أغفلت جوانب تنظيمية هامة فى تلك العقود من ناحية الشروط والضمانات الخاصة بالمدد والجودة ، للحفاظ على مصالحها فى تلك المشروعات وذلك نتيجة لعدم توافر الكوادر التى تقوم بصياغة ودراسة تلك العقود دراسة وافية وشافية مما يحقق مصلحة البلدان فانقلبت تلك المشروعات فى بعض الأحيان إلى عبء إضافى على اقتصاديات الدولة المصرية [٢] .

<u>بند (٤) ونظام (PPP) لا تتمتع بمزاياه الحكومات فقط بل تمتد كذلك إلى القطاع الخاص :-</u>

١- فهناك الأرباح والمكاسب المادية الضخمة التى يجنيها من تلك المشروعات .

٢- بالإضافة إلى ذلك إمكانية الاقتراض من مؤسسات التمويل الدولية وذلك بضمانات أصول المشروع .

---

(١) راجع فى ذك الخطة الخمسية الخامسة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ٢٠٠٢ – ٢٠٠٧ وخطة عامها الأول صادرة عن وزارة التخطيط المصرية فى أبريل ٢٠٠٢ ص ٢٥ ، ٢٦ – ويراجع فى ذلك أيضاً أ. د/ محمد المتولى (الاتجاهات الحديثة فى خصخصة المرا فق العامة) بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثالث والعشرين للاقتصاديين المصريين المنعقد بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع فى الفترة من ٨ : ١٠ مايو ٢٠٠٣ - ص ٣٣ .

(٢) انظر فى ذلك :-

- د/ محمد الروبى - عقود التشييد والاستغلال والتسليم (BooT) دراسة فى إطار القانون الخاص – دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ١١٨ .

٣- نقل أعباء المشروع إلى الدول فى حالة المخاطر السياسية مثلاً (فى حالة حدوث إضطرابات سياسية وإنقلابات عسكرية أو تأميم إلى آخره) [١].

بند (٥) مثالب عقد الشراكة :-

١- فمن ناحية أولى فإن مشروعات الشراكة قد تقوم بإدخال الشركات الكبرى والمتعددة الجنسيات لكى تقوم باستغلال وإدارة المشروعات القومية ذات الأهمية الإستراتيجية فى الدول النامية، بما يعيدنا إلى نهايات القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين عندما توغلت الدول الاستعمارية فى مقدرات الدول العربية والإسلامية ، وليس بخاف على أحد ما حدث عند إنشاء قناة السويس فى عهد الخديوى إسماعيل من تدخلات سافرة فى المقدرات المصرية من جانب الدول الإستعمارية.

وما استتبعه من قيام مصر من الإقتراض من الدول الاستعمارية الكبرى (إنجلترا وفرنسا فى ذلك الحين) وعجز مصر عن سداد تلك الديون ، وما إستتبع ذلك من قيام إنجلترا بفرض الانتداب على مصر ، والقيام باحتلالها وانتزاع قناة السويس ووضعها تحت وصايتها فى ذلك الوقت تحت مسمى حماية المصالح الأجنبية.

ومن ناحية أخرى فإن القطاع الخاص قد يلجأ إلى الإقتراض من البنوك الوطنية ويحدث نزيف للموارد من العملات

---

(١) يراجع فى ذلك :

- Hoff Man (S) the Law. And Business of International Project Finance, 1998, p. 19.
- د/ تهانى أبو القاسم : تعظيم الاستفادة من نظام " Boot " بحث منشور بالمجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية – كلية التجارة – جامعة حلوان - السنة الخامسة عشر – العددان الثالث والرابع - ٢٠٠١- ص ١٣٦.
- د / محمد بهجت عبد الله قايد " إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT أو البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية نظام (BOOT) دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٦ وما بعدها .

الأجنبية المتاحة لدى البنوك الوطنية [١] ، وأصدق مثال على ذلك عملية بناء وتنفيذ محطتى سيدى كرير للكهرباء فقد قام المستثمر الأجنبى بالحصول على تمويل مقداره مائة واثنين وثلاثون مليون دولار من البنوك الوطنية [٢] .

منهج البحث:-

بند (٦) تبدو أهمية تلك الدراسة في قلة عدد المراجع التى تناولتها بالبحث والدراسة ، فلذلك فإنه يتميز بندرة المادة العلمية وذلك يستلزم بذل جهد مضاعف من الباحث لكي يعمل على توفير المادة العلمية سواء كانت من مراجع عربية أو أجنبية لكي يصل إلى أقصى استفادة ممكنة من تلك الدراسة ، فلذلك فإننا سوف نعمل على انتهاج منهج يجمع بين المنهج المقارن والمنهج التحليلي وذلك على النحو التالي.

بخصوص المنهج المقارن فإن تلك الدراسة لا يقتصر فقط على تناول نظام المشاركة في ظل نظام قانوني واحد، ولكن في ظل

---

(١) أنظر فى ذلك:-

- د/ أمل نجاح البشبيشى : نظام البناء – التشغيل – التحويل " BOT " هل هناك حاجة لبديل – بحث منشور بمجلة بحوث اقتصادية عربية الصادرة عن الجمعية العربية للبحوث الاقتصادية السنة ١١ العدد ٢٨ ، صيف ٢٠٠٢ ، ص ٨٧.
- د/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية " دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات البوت " ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢ ، ص ٦٤٨ .

(٢) أنظر فى ذلك:-

- د/ حمدى عبد العظيم : عقود البوت بين النظرية والتطبيق – بحث مقدم إلى الندوة العلمية الأولى عن مشروعات البوت – أكاديمية السادا ت للعلوم الإدارية من ٢٧ – ٣١ يناير ، ص ٩ .
- وأنظر كذلك توصيات مؤتمر مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية " BOT " المنعقدة بالقاهرة فى ١٨ ، ١٩ \ ١٠ \١٩٩٧ ، ص ٤ .
- المستشار / محمود محمد فهمى : مخاوف البورصة والبطالة من مشروعات البناء والنقل والتحويل " BOT " مقال منشور بمجلة الأهرام الاقتصادى العدد ١٦٣٧ فى ٢٢/٥/٢٠٠٠ ص ٣٠ .

العديد من القوانين والتشريعات الأجنبية إضافة إلى الاتفاقيات الدولية والقضاء الوطنى والاجنبى.

وبخصوص المنهج التحليلى فيعتمد الباحث على المنهج التحليلي في كل جزئية من جزئيات القوانين المقارنة وعرض للآراء الفقهية، ومواقف القضاء الوطني والقضاء التحكيمي سواء الداخلي أو الدولى.

أهمية البحث :-

بند (٧) ترجع أهمية ذلك البحث فى أن العالم قد شهد تطور فى طريقة إدارة المرافق العامة ، فلم تعد الدولة هى الجهة التى تهيمن على تقديم الخدمات العامة عن طريق المرافق والمؤسسات والهيئات العامة ، ولكن القطاع الخاص اصبح شريك فى ذلك حسب الإحصاءات فى الدول المختلفة ، والدور الذى يلعبه يالمشاركة مع القطاع العام فى مشروعات البنية الأساسية.

ومد يد المساعدة لجهة الإدارة من حيث التمويل والمساعدة الفنية (know how) بما له من خبرات فى المشروعات المراد الإستثمار فيها وتشييدها ، ولاشك أن مشاركة القطاع الخاص لها تأثير إيجابى فى إقتصاد الدول النامية ، ولذلك تبرز أهمية تلك الدراسة مع صدور قانون الشراكة المصرى رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٣٨) لسنة ٢٠١١ ، كأول نصوص تنظم عملية الشراكة بين القطاع العام والخاص فى الشرق الأوسط .

نطاق البحث :

بند (٨) يتحدد نطاق هذا البحث فى النظام القانونى للشراكة " PPP" أولاً من حيث تعريفه وكذلك بيان الطبيعة القانونية لذلك النظام وتكييفه والتفرقة بينه وبين بقية الأنظمة المشابهة له وفى باب ثانى نتناول بالبحث إبرام عقد الشراكة وضوابطه وفى باب

ثالث نعرض لمراحل تنفيذ المشروع والهيكل التنظيمى له والأطراف الرئيسية له وحقوق كل طرف والتجربة المصرية فى عقود الشراكة وفى باب رابع وأخيرنعرض إنهاء العقد وتسوية المناوعات التى تنشأ عنه.

صعوبات البحث :-

وجد الباحث عدد من الصعوبات أهمها:-

١ - التكييف القانونى لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

٢ - المخاطر التى يتعرض لها المشروع المقام بنظام الشراكة.

٣ - التعريف بنظام الشراكة والتفرقة بينه وبين الانظمة المشابهة له.

٤ - تسوية المنازعات التى تنشأعن نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص.

٥ - المراحل التى يتم بها نظام المشاركة والمخاطر التى تترتب عليه.

٦ - ندرة الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم والتى من شأنها توضيح المزايا والمثالب لتلك النوعية من العقود ، ومن ثم سد الثغرات التشريعية أن وجدت.

٧ - ندرة الإجتهادات والمراجع الفقهية فى هذا الموضوع.

مقدمة.

الباب الأول: التعريف بعقد الشراكة ppp وتمييزه عن العقود الأخرى.

الفصل الأول: ماهية عقد الشراكة ppp وتطوره التاريخى.

المبحث الأول: تعريف عقد الشراكة ppp وبيان تطوره التاريخى.

المبحث الثانى: التكييف القانونى لعقد الشراكةppp

الفصل الثانى:التمييز بين عقد الشراكة ppp والعقود الأخرى المشابهه.

المبحث الأول: عقد الشراكة ppp وعقد إلتزام المرفق العام.

المبحث الثانى: عقد الشراكةppp وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

المبحث الثالث: عقد الشراكة ppp وعقد الأشغال العامة.

الفصل الثانى:أثر مبدأ توزيع المخاطر الخاصة بتنفيذ العقد على أطرافه.

المبحث الأول:المقصود بمبدأ توزيع المخاطر.

المبحث الثانى: المخاطر التى يتعرض لها مشروع المشاركةppp

المبحث الثالث: كيفية توزيع المخاطر بين أطراف عقد المشاركةppp

المبحث الرابع: عقد المشاركة PPPونظريات التوازن المالى للعقد الإدارى.

الباب الرابع: إنتهاء عقد الشراكةppp وطرق فض المنازعات الناشئة عنه.

الفصل الأول: إنهاء عقد الشراكة ppp

المبحث الأول:النهاية الطبيعية للمشروعات التى تقام بنظام الشراكةppp

المبحث الثانى: النهاية غير الطبيعية للمشروعات المقامة بنظام الشراكةppp

الفصل الثانى: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة ppp

المبحث الأول: التفاوض و الوساطة والتوفيق.

المبحث الثانى:الخبرة الفنية والمحاكمات والصلح ومجالس حل المنازعات وفقا للقواعد الجديدة لعقود الفيديك.

المبحث الثالث:التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئةعن مشروعات الشراكةppp

الخاتمة:

قائمة بمراجع البحث:

الفهرست:

الباب الأول

التعريف بعقد الشراكة ppp وتمييزه عن العقود الأخرى

تمهيد وتقسيم:-

بند (٩) يعد عقد الشراكة خلاصة الفكر المتطور الذى تتبعه كثير من دول العالم فى التعاون مع القطاع الخاص فى مجالات الإستثمارات والعمل على جذب راس المال للإستثمار فى مجالات البنية الأساسية للتخفيف عن كاهل الحكومات وموازنتها العامة المحملة بالأعباء المالية تجاة مواطنيها ، وفى الوقت ذاته العمل على تحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية فى كافة مرافق الدولة الخدمية والإستثمارية ، ولذلك فهو إن كان يقع تحت طائفة العقود الإدارية (وهو ماسنقوم ببحثه وإثباته بالتفصيل) ولكنه ينفرد بخصوصية فى الوقت ذاته تتيح للحكومات أن تعمل على تمويل المرافق الأساسية للدولة من إنشاءات وتجهيزات وخلافه دون ان تكلف الدولة شيئاً[١].

ولذلك فقد عمل المشرع المصرى على وضع تنظيم قانونى متكامل لعقد الشراكة يعمل على وضع كافة النقاط التنظيمية التى تتناول العقد فى إطار قانونى منضبط يشمل حقوق وإلتزامات الدولة والطرف المتعاقد معها ، خاصة وأن ذلك النظام يتميز بطبيعة مركبة فهو يحتوى على العديد من العقود المتداخلة ليس بين أطرافه المتعاقدة فقط ، ولكن بينهم وبين أطراف أخرى سواء كانت قانونية أو مالية أو هندسية إلى آخره من مجالات.

---

١) أنظر فى ذلك:-

- د / منى رمضان محمد بطيخ – الإطار القانونى لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته – ط١ – ٢٠١١ – دار النهضة العربية – ص١٣.

ولاشك أن عملية تكييف عقود المشاركة قد أثارت كثير من الجدل حول كيفية تحديده فلكى نقوم بدراسة عقد من العقود لابد لنا أولاً من تحديد الوصف القانونى الصحيح له ، فلذلك فإنه كان من المنطقى أن نقوم بتحديد الطبيعة القانونية لذلك العقد ، برده إلى نظام قانونى يحكمه ويحدد إلتزامات أطرافه [١] ، ولقد ذهب جانب من الفقه أنه ليس لتحديد التكييف القانونى لعقود مشروعات البنية الأساسية بصفة عامة أية أهمية ، ولكن الشىء الهام جداً هو الاهتمام بصياغة تلك العقود صياغة جيدة ، وذلك لكى يتم الوفاء بالالتزامات الموكلة لصاحب الحق فى إدارة المشروع وإلتزامات الحكومة المصرية دون إخلال بأى إلتزام من جانب أى من الطرفين . [٢]

ومسألة تحديد التكييف القانونى لعقود المشاركة لا تقل أهمية من وجهة نظرنا عن مسألة أحكام الصياغة ، نظراً لأن مسألة التكييف يتوقف عليها بيان مدى ما تتمتع به السلطات من جهة الإدارة تجاه شركة المشروع ، وبيان كذلك مدى الحقوق المعترف بها لشركة المشروع ، وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى وجوب عدم ذكر تلك المسألة بصدد كافة العقود التى تبرمها الدولة وليست تلك الطائفة من العقود فقط حيث يقول .....(من غير المعقول أن نتحدث عن عقود الدولة فى مطلع القرن الحادى والعشرين بذات الطريقة التى تحدثنا بها عن عقود الدولة فى النصف الثانى من القرن العشرين فبينما تركزت المناقشات الحقيقية فى الماضى على الطبيعة القانونية لعقود الدولة نلاحظ أن تلك الطبيعة القانونية لعقود الدولة قد فقدت مكانتها ، ولم تعد تمثل المسألة المحورية أمام التحكيم الدولى فى الوقت الحاضر ، ولكن على العكس من ذلك فقد أصبح الاهتمام ينصب فى الوقت

---

(1) FR... TERRE "L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications "thèse paris 19 spéc p. 194. Ets.

أنظر: (2) Mohamed Saïd ait chualal "Pays Producteurs de pétroles et compagnies international "thèse Lausanne 1977, p85.

٣) د/ محمد بدران – النظام القانونى لمشروعات البوت – بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات البوت – المنعقد بواسطة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى – فندق الشيراتون من ٧ : ٩ / ١٠ / ١٩٩٧- ص ١٢.

الحالى على وجود المبادئ العامة واجبة التطبيق على تلك المنازعات التعاقدية ، ومضمون تلك المبادئ المنبثقة من قضايا التحكيم) . [١]

وأرى أنه لابد من بحث التكييف القانونى لعقود المشاركة وليس إغفالها ومجرد استخلاص المبادئ العامة المتعلقة بتلك العقود حيث أن ذلك الاقتراح ، رغم ما فيه من حداثة ومسايرة لإيقاع العصر يهدف إلى تحقيق مصالح الشركات المتعددة الجنسيات المهيمنة على تلك الأنواع من العقود ، حتى لو كان على حساب الدول النامية والصغيرة [٢] ومايدل كذلك على أهمية ذلك الأمر أن بحث تلك المسألة لم يفقد أهميته بعد وذلك فى الفقه الغربى . [٣]

بند (١٠) وكذلك قد ثار الخلاف بين الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود المشاركة ولم يكن هناك إجماع من الفقهاء على إنزال تكييف قانونى واحد على تلك العقود فهناك إتجاه يرى أنها من قبيل عقود القانون العام أى أنها عقود إدارية، على أساس دخول الدولة كطرف متعاقد فى عقود المشاركة ، وذلك على الرغم مما هو معروف من أن اتجاه الإدارة فى مباشرة نشاط معين يلبى حاجات الناس فإنها قد تلجأ إلى وسائل عدة وذلك لكى تقوم بتحقيق غايتها ، فقد تلجأ إلى إبرام عقود مع الأفراد أو الشركات لأداء أعمال أو توريد أشياء أو لكى يقوم القطاع الخاص بإدارة مرفق من المرافق العامة وبذلك فهى تتنازل عن الامتيازات التى منحها لها القانون الإدارى وتتعامل كشخص عادى وذلك فى إطار القانون الخاص ، وذهب جانب آخر أنها من قبيل عقود القانون الخاص.

---

(١) أنظر :

Dominique Berlin " Contrats d'état en Répertoire de droit international 2 éd Dalloz. 1999, n:

٢) أنظر:

Mohamed Saïd ait chualal " Pays Producteurs de pétroles et compagnies international " thèse Lausanne 1977, p. 87.

(٣) أنظر:

Charles leben. "Retour sur la notion de contrat d'état ET sur droit applicable à celui-ci "mélange. Hubert Thierry, th, Paris pendons, p. 247.