بسم الله الرحمن الرحيم

∞∞∞∞

تم رفع هذه الرسالة بواسطة /صفاء محمود عبد الشافى

بقسم التوثيق الإلكتروني بمركز الشبكات وتكنولوجيا المعلومات دون أدنى مسئولية عن محتوى هذه الرسالة.

ملاحظات: لايوجد

كلية الحقوق
قسم القانون العام

التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة

دراسة مقارنة (فرنسا - مصر - البحرين)

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

جمعة عبد الله محمد الموسى

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ محمد أنس جعفر (**رئيساً**)
أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الأسبق.

الأستاذ الدكتور / سيد أحمد محمود (**مشرفاً وعضواً**)
أستاذ قانون المرافعات المتفرغ كلية الحقوق جامعة عين شمس ووكيل الكلية الأسبق.

الأستاذ الدكتور / محمد سعيد أمين (**مشرفاً وعضواً**)
أستاذ القانون العام كلية الحقوق جامعة عين شمس ورئيس القسم الأسبق

الأستاذ الدكتور / سحر عبدالستار إمام (**عضواً**)
أستاذ قانون المرافعات ووكيل كلية الحقوق جامعة السادات.

١٤٤٤هـ - ٢٠٢٢م

كلية الحقوق

قسم القانون العام

صفحة العنوان

اسم الباحث: جمعة عبد الله محمد الموسى

اسم الرسالة: التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة

دراسة مقارنة (فرنسا ـ مصر ـ البحرين).

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: القانون العام

اسم الكلية: الحقوق

الجامعة: عين شمس

سنة التخرج :

سنة المنح: ٢٠٢٢

كلية الحقوق

قسم القانون العام

التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة

دراسة مقارنة (فرنسا ـ مصر ـ البحرين)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

جمعة عبد الله محمد الموسى

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ محمد أنس جعفر (**رئيساً**)

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الأسبق.

الأستاذ الدكتور / سيد أحمد محمود (**مشرفاً وعضواً**)

أستاذ قانون المرافعات المتفرغ كلية الحقوق جامعة عين شمس ووكيل الكلية الأسبق.

الأستاذ الدكتور / محمد سعيد أمين (**مشرفاً وعضواً**)

أستاذ القانون العام كلية الحقوق جامعة عين شمس ورئيس القسم الأسبق

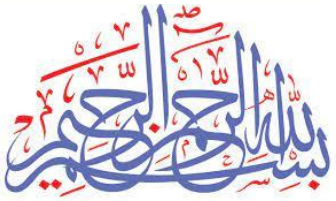
الأستاذ الدكتور / سحر عبدالستار إمام (**عضواً**)

أستاذ قانون المرافعات ووكيل كلية الحقوق جامعة السادات.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: **أُجيزت الرسالة:** **بتاريخ/ /**

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**



قَالُوا۟ سُبْحَٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَآ ۖ
إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ ﴿٣٢﴾

سورة البقرة الآية: ٣٢

الإهـــداء

- أهدي هذا البحث إلى **روح أمي الطاهرة** وإلى **روح جدي المحامي المرحوم أحمد بن جمعة**، وأعده أن أسير على خطاه من أجل إعلاء شأن العلم والقانون.
- كما أهدي هذا البحث المتواضع إلى **زملائي** من أعضاء النيابة العامة والمشتغلين في السلك القانوني، آملا أن يضيف إليهم ولو القليل.

الباحث/ جمعة عبدالله الموسى

شكر وتقدير

الشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقني لإنجاز هذا الجهد المتواضع، كما أتقدم باسمى عبارات الشكر، والامتنان إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة.

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم، والمعرفة أساتذتنا الأجلاء.

وأخص بالشكر، والتقدير **الأستاذ الدكتور الفاضل/ سيد أحمد محمود** ــ أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات، **والأستاذ الدكتور الفاضل/ محمد سعيد أمين** ــ أستاذ ورئيس قسم القانون العام الأسبق، على توجيهاتهما التي كان لها الأثر الكبير، وعلى نصائحهما المفيدة، وتحملهما لي طيلة فترة إعداد الرسالة، ومهما فعلت لن أوفيهما حقهما.

كما أتوجه بالشكر والتقدير لرئيس وعضو لجنة المناقشة والحكم على الرسالة **الأستاذ الدكتور الفاضل/ محمد أنس جعفر** ــــ أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الأسبق ، **والأستاذ الدكتور الفاضل/ سحر عبدالستار إمام** ــ أستاذ قانون المرافعات ووكيل كلية الحقوق جامعة السادات، على قبول سيادتهما رئاسة وعضوية لجنة المناقشة وإعطاء ملاحظاتهما القيمة التي ستكون لها دور كبير في إثراء هذه الرسالة، فلهما مني جزيل الشكر وأعظم التقدير وجزاهما الله عني خير الجزاء.

وجزاكم الله عني جميعًا أحسن الجزاء .

الباحث/ نمعه عبدالله الموسى

المقدمة

ثبت أن تحقيق معدل مرتفع من النمو الاقتصادي تطلب اضطلاع القطاع الخاص بدور أكبر كما يتطلب شراكة أقوى بين الاستثمار العام، والاستثمار الخاص، بالإضافة إلى أن هناك عدة أحداث كبيرة أدت إلى حدوث تحولات رئيسية في الفكر الإنمائي أثرت في الدور الذي يؤديه الاستثمار منها: الأزمة الآسيوية عام ١٩٩٧ والأزمة المالية ٢٠٠٨ وتوافق واشنطن الجديد الذي ركز على خصوصية البلد التنموية، ففي أعقاب الأزمة المالية العالمية اتخذ التفكير في مجال السياسات الإنمائية مكاناً وسطًا بمنح القطاعين العام والخاص مزيدًا من فرص التعاون الوثيق من أجل تعزيز التنمية، وبالنظر إلى أننا نشهد تطوير وتحديث للمجتمعات محل الدراسة، ومن ثم علينا أن نسعى للاستفادة من إمكانيات القطاع الخاص (المحلي، والأجنبي) من أجل الحصول على رأس المال، والتكنولوجا، والخبرة لتمويل، وتطوير، وإدارة مشاريع القطاع العام في مجال البُنى التحتية، وفي مجالات أخرى خاصة أن البلدان التي سجلت معدلات نمو مرتفعة على مدى العقدين الماضيين قد سجلت أيضًا معدلات استثمار خاص أعلى دائمًا مما سجلته البلدان التي لم تشهد مثل هذا التوسع الاقتصادي المتواصل، وبافتراض تساوي جميع العوامل الأخرى.

أنه كلما زادت مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص في بلد ما ارتفع معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي، ذلك لأنَّ هذه المشاريع عادة ما تكون كبيرة وطويلة الأجل. كما أن الاستثمار الخاص الذي يتسم بهذه الطبيعة يجتذب إلى السوق أيضاً مستثمرين آخرين من القطاع الخاص، مما ينشئ خطوة إيجابية تعزز النمو الاقتصادي؛ فتدفقات رءُوس الأموال الخاصة الأجنبية إلى البلدان النامية تُعتبر وسيلة للتعجيل بالحد من الفقر من خلال النمو الذي يقوده القطاع الخاص بتوفير تمويل خارجي إضافي مستقل،

واستثمار، وتكنولوجيا من أجل التنمية؛ فالشركات غير الوطنية يمكن أن تؤثر في التنمية عن طريق توفير استثمارات مكملة للاستثمارات المحلية، وكذلك من خلال العمليات التجارية، وعمليات نقل المعارف، والمهارات، والتكنولوجيا.

لذا اكتسبت عقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، والمرافق العامة أهميتها الخاصة نظرًا لما تكلفه هذه العقود للدولة من تقديم الخدمات العامة وفقًا لخططها التنموية دون التقيد بقدرة موازناتها لتمويل الاستثمارات العامة؛ فقد اتسمت المشروعات المقامة بنظام الشراكة بالكفاءة، وسرعة التنفيذ فضلًا عن انخفاض الأعباء المالية التي تتحملها موازنات الجهات العامة خلال مرحلة إنشاء الأصول العامة، وحتى بدء التشغيل الفعلي لهذه المشروعات، وهو الأمر الذي حد من المخاطر التي تتحملها الجهات العامة في ظل النظام التقليدي الذي تنظمه قوانين المشتروات الحكومية؛ فيتحمل القطاع الخاص وحده مخاطر التنفيذ وفقًا للإطار الزمني المتفق عليه، كما يتحمل مخاطر عدم الوصول إلى مستويات الجودة المطلوبة، ويقتصر دور القطاع العام على تحديد مواصفات الجودة للخدمات المطلوب تقديمها، ثم يقوم القطاع الخاص بتصميم، وإنشاء، وصيانة، وتشغيل المرفق العام بالمواصفات المطلوبة، والمتفق عليها فضلًا عن أنه يحمل على عاتقه، ودون الرجوع إلى الجهة الإدارية مسئولية توفير التمويل اللازم لإقامة هذه المشروعات.

وتتعدد صور مشاركة القطاع الخاص مع القطاع العام في تمويل، وتصميم، وإنشاء، وتشغيل، وصيانة مشروعات البنية الأساسية، والمرافق العامة؛ فهناك عقود البوت بصورها، وأشكالها المختلفة، وفيها يقوم الملتزم بتمويل، وإنشاء، وتشغيل مشروعات البنية الأساسية، والمرافق العامة على نفقته الخاصة طيلة مدة العقد، ويلتزم بتسليم المشروع المقام بحالة جيدة،

وصالحة للتشغيل للدولة في نهاية مدة العقد، ويحصل عن مقابل ما أنفقه إما في صورة رسوم يفرضها على المنتفعين بالمرافق تحت إشراف ورقابة الدولة، وهو ما يسمى عقود البوت B.O.T، وإما أن تقوم الدولة بشراء الخدمة منه بنفسها ثم تتولى هي بيعها للجمهور، وهو ما يسمى عقود B.O.O.T، كما توجد صورة، وأشكال أخرى متعددة، ومتنوعة من هذه العقود.

ومن صور مشاركة القطاع الخاص مع القطاع العام في تمويل وإنشاء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية، والمرافق العامة أن يعهد إلى القطاع الخاص بإنشاء بعض تلك المشروعات الخدمية؛ فيقوم بتمويل إنشاء المرفق، وتشغيله، وإمداده بالمعدات المتطورة تكنولوجيًا، ثم يسترد قيمة ما أنفقه، وهامش ربح معقول من الدولة ذاتها التي تقوم بدفعها له بطريقة مجزأة وعلى أقساط شهرية، أو نصف سنوية طيلة مدة العقد، وهذه الصورة من صور المشاركة تسمى عقود الشراكة.

أولًا- إشكالية الرسالة:

تعد عقود الشراكة أحد أنواع العقود الإدارية، لذا تخضع هذه العقود مثلها مثل باقي العقود الإدارية الأخرى للمبادئ العامة لهذه العقود، ومن بين تلك المبادئ إمتلاك الإدارة للعديد من سلطات، ومكانات، وامتيازات السلطة العامة التي تستطع أن تمارسها تجاه المتعاقد معها على اعتبار أن تلك الإدارة تمثل المصلحة العامة، أما مصلحة المتعاقد فهي مصلحة خاصة، ونظرًا لعلو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لذا فإن مصلحة الإدارة مقدمة ومميزة دائمًا وأبدًا على مصلحة الأفراد، وأهم ما يميزها هو تخويل الإدارة سلطات وامتيازات معينه مع حرمان المتعاقد الخاص معها من تلك الامتيازات.

إلا أن سلطة الإدارة في الرقابة على مشروعات عقود الشراكة باعتبارها طرف في العقد ليست سلطة مطلقة من كل قيد، إذ يتعين على الإدارة أن تمارس هذه السلطة في ظل ضوابط معينة لا تهدر حقوق، وضمانات المتعاقد معها، وتتمثل هذه الضوابط في الآتي:-

- وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود القواعد العامة للمشروعية: تطبيقا لمبدأ المشروعية، تلتزم الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها الرقابية بمراعاة النصوص القانونية، أو اللائحية السائدة، وذلك لأنَّ القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية تخضع لما تخضع له القرارات الإدارية عمومًا من ضرورة صدورها في حدود القواعد العامة للمشروعية.

- وجوب ممارسة سلطة الرقابة بهدف تحقيق الصالح العام: والصالح العام هو الباعث، أو الهدف الذي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات، أو أعمال، وإلا شاب تصرفها عيب الانحراف بالسلطة.

- وجوب ألا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير في مضمون وطبيعة العقد، فلا يجوز للجهة الإدارية تحت ستار ممارسة حقها في الرقابة على التنفيذ إصدار بعض الأوامر إلى شركة المشروع يترتب عليها تغيير طبيعة العقد، أو جوهره، أو تجاوز الحدود الطبيعية المعقولة.

ويعتبر من أهم المبادئ التي تحكم العقود سواء في العقود الخاصة، أو العقود الإدارية هو مبدأ (ثبات العقد)، ويقصد به أن العقد شريعة المتعاقدين،

فلا يجوز نقضة أو تعديله إلا في حالة اتفاق الطرفين على ذلك، أو للأسباب التي يقرها القانون ويقدرها القاضي.[1]

إلا أن هذا المبدأ يتعارض في مجال العقود الإدارية مع سلطة الجهة الإدارية المتعاقدة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، وذلك في حالة عدم النص في العقد، أو القانون على هذه السلطة؛ فالعقود الإدارية بصفة عامة تتمتع بها الجهة الإدارية المتعاقدة بسلطة التعديل بإرادتها المنفردة استنادًا إلى نص تشريعي، أو عقدي، أو إلى مبادئ، ونظريات فقهية، أو قضائية، وبضوابط معينة تمنع إساءة استغلالها، وتعطي من الضمانات ما يشجع المتعاقدين من الإدارة على التعاقد معها رغم تمتعها بتلك السلطة، ويختلف أساس سلطة الإدارة في تعديل عقود الشراكة بإرادتها المنفردة حسب مصدر تلك السلطة؛ فقد يرد النص عليها في القوانين المنظمة لتلك العقود، أو في العقود ذاتها، وقد لا يرد النص عليها.

وسلطة الإدارة في تعديل عقود الشراكة بإرادتها المنفردة سلطة تخولها حق زيادة، أو إنقاص التزامات شركة المشروع دون الحصول على موافقتها عند إجراء التعديل؛ ففي الوقت الذي ترى فيه الجهة الإدارية المتعاقدة من خلال رقابتها لمشروعات الشراكة أن بنود العقد كما تم الاتفاق عليها وقت إبرامه أصبحت تعرقل سير المرفق العام محل التعاقد، فعليها أن تتدخل بتعديل تلك البنود بما يضمن حسن سير المرفق العام بانتظام، واطراد استنادًا إلى سلطة التعديل التي غالبًا ما ينص عليها بالقانون، أو العقد، وهو ما يتفق مع مبدأ ثبات العقد.

---

[1] ومن المستقر عليه أحكام محكمة النفض على أن العفد قانون العاقدين أنظر المطعن رقم ٢/٢٦ لسنة ٥١ ق – ١٩٨٥/٤/٢٣.

ويتجه جانب من الفقه: إلى إنكار تمتع الجهة الإدارية المتعاقدة بهذه السلطة في العقود الإدارية إلا في حالة وجود نص صريح يبيح ذلك

ويرى جانب آخر: إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري هو حق ثابت لها سواء نصت عليه في العقد أو لم تنص عليه، وأنَّ النص عليه في العقد يعد كاشفاً لحق الإدارة في التعديل.

ولعل سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ليست مطلقة بل تخضع لشروط لا بد من توافرها لممارسة هذا الحق، وتتمثل تلك الشروط بالآتي:

- يجب أن يكون مناط التعديل أن تكون هناك ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد؛ فلا يجوز لجهة الإدارة تعديل العقد بإرادتها المنفردة إذا لم تتغير تلك الظروف.
- كما يجب على جهة الإدارة ألا تفرض على الملتزم تعديلات تجعله أمام عقد جديد.
- وعلى جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري أن تحرص عند التعديل ألا تقلب اقتصاديات العقد وبما يخل بتوازنه المالي.

ويعتبر من أهم الضمانات التي تتمتع بها شركة المشروع في مواجهة سلطة الإدارة في توقيع الجزاء الإداري عليها هو أن الإدارة لا تستطيع بصفتها طرف في العقد أن تلجأ من تلقاء نفسها إلى الجزاءات الجنائية، وإجراءات الضبط الإداري لإجبار شركة المشروع على الوفاء بالتزاماتها، وإنما يتعين عليها اللجوء إلى السلطات المختصة أولًا لتوقيع تلك الجزاءات، وذلك إذا ما شكل أي تقصير، أو إخلال من قبل شركة المشروع بالتزاماتها خطأ يشكل جريمة جنائية فالجهة الإدارية المتعاقدة بصفتها طرف في عقد