سلطات الإدارة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

Management powers in public - private partnership contracts

بوعياد مليكة: طالبة دكتورا – كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة محمد بوضياف- المسيلة –الجزائر

Malika.bouayad@univ-msila.dz

تاريخ الارسال: 2024/12/06	تاريخ القبول: 2024/12/19	تاريخ النشر: 2024/12/20

ملخص :

تعتبر عقود الشراكة من أهم العقود الإدارية التي تعكس مشاركة القطاع الخاص للقطاع العام في المشاريع التنموية و تطوير خدمات المرفق العام ، و قد خولت القوانين المنظمة لعقود الشراكة لطرف الإدارة عدة سلطات استثنائية من خلال هذه العقود تحت ظل تحقيق المصلحة العامة ، و تتمثل هذه السلطات في سلطة الرقابة و التوجيه على أعمال الشريك الخاص ، سلطة تعديل العقود و سلطة توقيع الجزاءات على الشريك الخاص في حالة إخلاله بالالتزامات التعاقدية ، إلا أن هذه السلطات غير مطلقة فهي مقيدة بمجموعة من القواعد حتى لا تتعسف الإدارة في استعمالها و تتعدى على حقوق الشريك الخاص .

الكلمات المفتاحية : الشراكة ، عام ، خاص ، سلطة .

***المؤلف المرسل :** بوعياد مليكة .

Abstract:

Partnership contracts are among the most important administrative contracts That reflect the participation of the private sector in public sector projects and the developement of public facility services. The laws regulating partnership contracts grant the administration several execeptional authorities through these contrats , under the umbrella of achieving the public interest . These authorities include the autority to supervise and direct the activities of the

private partner , the autority to amend contract and the autority to impose penalities on the private partner in case of non-compliance with contractual obligations.

However, these authorities are not absolute ; they are limited by a set of rules to prevent the administration forme abusing them and infringin on the rights of the private partner.

Keywords: : Partnership, public , private ,power.

مقدمة:

مع تزايد الاقتصاد العالمي على السوق الحرة ، بدأت تظهر فرص جديدة لتمويل و تطوير مشاريع البنية التحتية التي كانت في الماضي مسؤولية حصرية للدولة ، و من هنا لجات الحكومات إلى إشراك القطاع الخاص في تمويل تنفيذ هذه المشاريع من خلال عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ،هذه العقود تميزت بظهور الإدارة العامة كسلطة تشرف على تنفيذ هذه المشاريع معتمدة على قواعد استثنائية تختلف تماما عن تلك التي تنظم التعاملات في القانون الخاص ، حيث تمنح هذه العقود الإدارة العامة حقوقا و امتيازات خاصة لا تمنح للطرف الخاص المتعاقد ، مما يجعل عقود الشراكة وسيلة فعالة لتسيير أعمال المرافق العامة .

هذا الموضوع جذب اهتمامي لذا اخترت دراسة سلطات الإدارة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص لألقي الضوء على الامتيازات التي تملكها الإدارة أثناء تنفيذ هذه العقود ، و الهدف من ذلك هو توعية الشريك الخاص بالسلطات التي تملكها الإدارة لضمان تحقيق المصلحة العامة، و تبرز أهمية هذا البحث في توضيح الإطار القانوني الذي يحدد هذه السلطات و أيضا القيود التي تضمن عدم استغلالها بما يضر بمصالح الشريك الخاص .

اعتمدت في هذه الدراسة على التحليل و المقارنة بين النصوص القانونية المنظمة لهذه العقود في كل من مصر و فرنسا .

من خلال هذه الدراسة أسعى للإجابة على الإشكالية التالية : ما هو الإطار القانوني الذي يحكم سلطات الإدارة العامة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في كل من التشريعين الفرنسي و المصري.؟

للإجابة على هذه الإشكالية قمت بتقسيم البحث إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول :ماهية عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص .

المبحث ثاني : سلطات الإدارة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص .

المبحث الأول: ماهية عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص .

لتحديد ماهية عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يتعين علينا دراسة مفهوم عقود الشراكة ، و أهم صور هذه العقود التي تلجأ إليها السلطات الإدارية لإنشاء و تطوير المرافق العامة ، و ذلك من خلال مطلبين ، الأول بعنوان مفهوم عقود الشراكة و الثاني بعنوان أنواع عقود الشراكة .

المطلب الأول : مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

سنسلط الضوء على مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من خلال استعراض تعريف هذه العقود في التشريعين المصري و الفرنسي بالإضافة للآراء الفقهية في كلا البلدين، كما سنتناول أهمية هذه العقود في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية .

الفرع الأول : تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

أولا : التعريف اللغوي: الشراكة تعني التشارك أو المشاركة حيث يدخل شخص آخر في أمر معين و يجعله شريكه ، و بالتالي فإن عقد الشراكة هو عبارة عن اتفاق يعقد بين طرفين يلتزمان بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه مثل عقود البيع وعقود الزواج ، يعتبر العقد التزاما بين الطرفين و يعقد بالتراضي مما يعني أن القبول يكفي لتأسيسه[1].

ثانيا: التعريف القانوني

1- في فرنسا: عرفت المادة الأولى من المرسوم رقم 2004/559 [2] عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بأنه عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحدد في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية ،حيث اعتبر عقد الشراكة من العقود الإدارية لأن الدولة أو أحد الأشخاص العمومية طرفا في العقد، بالمقابل فالطرف الآخر يكون نشاطه في مجال القانون الخاص وتكون مهمته في ضمان تمويل الاستثمار وإنشاء المشروع والأشغال والتجهيزات اللازمة لقيام هذا المشروع مع تحويل ملكيتها للدولة عند انتهاء مدة العقد.

2 - في مصر: عرف المشرع المصري عقد الشراكة بموجب الفقرة السادسة من المادة الأولى من القانون رقم 10/67 حيث يتبر عقدا يبرم بين الجهة الإدارية و شركة المشروع ، يهدف هذا العقد إلى تقديم التمويل و إنشاء و تجهيز المرافق العامة مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه ، ومن المتطلبات الأساسية للعقد ألا تقل مدته عن خمس سنوات و لا تزيد عن ثلاثين عاما، و ان تكون قيمته الغجمالية لا تقل عن 100 مليون جنيه مصري .

نلاحظ أن المشرع المصري هو كذلك اعتبر عقد الشراكة بمثابة عقد ولكنه اختلف عن المشرع الفرنسي من حيث تحديد القيمة المالية و المدة الزمنية لإنجاز المشروع .

ثالثا : التعريف الفقهي

تعددت التعريفات الفقهية لعقد الشراكة في الآونة الأخيرة و نحاول إبراز أهم التعريفات كما يلي:

1- **فقهاء القانون الفرنسي:** عرف الفقه الفرنسي عقد الشراكة بأنه عقد إداري يتعهد بمقتضاه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل و إدارة المرافق العامة.

2 - فقهاء القانون المصري: عرف الدكتور حمادة عبد الرزاق عقد الشراكة على أنه عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار وطرق التمويل مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية، فهذا العقد يجمع بين القطاعين العمومي والخاص لتحقيق هذه الأهداف عن طريق إجراءات معينة يحددها المشرع[3] ، ويرى الأستاذ عمر سليمان أن الشراكة ليست مصطلحًا قانونيًا بحتا بل هو نتاج تطور السياسات الاقتصادية الرامية إلى تحسين بيئة الأعمال و تشجيع النمو.

على الرغم من وجود تعريفات متعددة لعقد الشراكة فإنها تتفق جميعها على وجود شركاء من القطاعين العام و الخاص و الاتفاق على أهداف مشتركة و تبادل المنافع و الالتزام بالموارد.

الفرع الثاني: أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين اعام و الخاص ضرورية لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، فهي تسهم في تنفيذ مشاريع البنية التحتية مثل بناء الطرق و المستشفيات و المرافق العامة ، مما يعزز من مستوى الخدمات المقدمة و يحفز الاستثمارات الخاصة ، تساعد هذه العقود أيضا في نقل التكنولوجيا الحديثة بتكاليف مقبولة و تعمل على جذب الاستثمارات الأجنبية مما ينعش الاقتصاد و يقلل من الديون العامة.

المطلب الثاني: أنواع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تتعدد أساليب الشراكة بين القطاعين العام والخاص بناء على درجة مساهمة و مسؤوليات القطاع الخاص، و من أنواع هذه العقود:

الفرع الأول: **عقود الخدمة**

يعتبر عقد الخدمة من أنواع الاتفاقات الملزمة بين الطرفين، ويتم بين هيئة حكومية لها الصلاحيات اللازمة وشركة أو أكثر من القطاع الخاص ليقوم هذا الأخير ببعض المهام المحدودة تكون عادة غير مركزية في المؤسسة نظير مقابل (أجر) يتم الاتفاق عليه، ويتم الحصول على هذه العقود عادة بشكل تنافسي وتكون لأجل محدود أو قصير يتراوح بين ستة أشهر وسنتين يعاد طرحها بعد ذلك[4].

ولا يعطي هذا النوع من العقود للقطاع الخاص الحق في اتخاذ قرارات خاصة بالإدارة حيث تبقى مسؤولية إدارة الشركة ومراقبتها وكذلك أي استثمارات مالية للجهة العامة، وينحصر دور القطاع الخاص في أداء مهام معينة طبقا لشروط ومواصفات تحدد له ، وكمثال على هذه العقود قراءة العدادات وتحصيل فواتير الماء، والقيام ببعض أشغال الصيانة الصغيرة في تعبيد الطرقات تركيب الهواتف...الخ.

الفرع الثاني: **عقود الإدارة**

تشمل عقود الإدارة تنظيم عمليات الصيانة و التشغيل التي تعهد بها إلى شركة خاصة ،يحدد هذا العقد مدفوعات و رسوم تتلقاها الشركة الخاصة ،و في العادة تستجيب الشركة الخاصة لحاجات الصيانة اليومية بالتعاقد مع شركات خاصة بالنيابة عن المؤسسة الحكومية ، تتراوح مدة هذا النوع من العقود ما بين ثلاث إلى خمس سنوات، وتكون محتملة

الفائدة إذا كان الهدف الرئيسي هو التحسين السريع للقدرة الفنية للمؤسسة العامة وكفاءتها في أداء المهام المحددة، أو التجهيز لمشاركة أكبر للقطاع الخاص[5].

الفرع الثالث: عقود التأجير

تتيح عقود التأجير لشركة خاصة حق استخدام أصول القطاع العام مقابل دفع إيجار متفق عليه ، يتحمل المستأجر المخاطر التشغيلية و يجب عليه دفع الإيجار حتى في حالات الخسارة مما يحفزه على تحسين الكفاءة ، وعادة ما تتراوح فترة الإيجار بين ثمانية إلى خمسة عشر سنة، تتكفل المؤسسة الخاصة بمقتضى عقد التأجير إدارة الشركة واستغلال التجهيزات وصيانتها، ، ولأن المستأجر يشتري حقوق الإنتاج والدخل (عوائد عمليات المؤسسة مطروحا منها القيمة الإيجارية)، فهو يتولى الكثير من المخاطر التجارية للعمليات، لذلك فإن المستأجر سوف يعمد إلى خفض النفقات وبالتالي يكون لديه الحافز نحو تحسين الكفاءة.

الفرع الرابع: عقود البوت

عقود البوت (B.O.T) هي اختصار لمصطلح, Build ,Operate , Transfer أي البناء أو الإنشاء ثم التشغيل ثم نقل الملكية إلى الدولة، والمقصود من ذلك أن تعهد جهة إدارية مختصة إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو مشتركة إنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة يحتاجها الجمهور كالطرق والمواصلات والمطارات والكهرباء والموانئ.. الخ ، ويتم وذلك على حساب الشركة وبنفقات من عندها (الإنشاء – Build) ، ثم تتولى هذه الشركة إدارته وتشغيله وتؤدي الخدمة لجمهور المنتفعين مدة معينة وبشروط محددة، وهذا يتم تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها وهذه هي الإدارة والتشغيل(Operate) ثم تنقل الشركة ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدة (transfer).

المبحث الثاني: سلطات الإدارة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تعد عقود الشراكة أحد أنواع العقود الإدارية لذا فإنها تخضع للمبادئ العامة التي تنظم العقود الإدارية و لعل أبرز تلك المبادئ امتلاك الإدارة لمجموعة من السلطات المميزة اتجاه الشريك الخاص كونها تمثل المصلحة العامة و الشريك الخاص يمثل المصلحة الخاصة ، لذا فإن الإدارة تلجأ في ممارسة نشاطها الإداري إلى تحقيق الأهداف التي تضعها في السياسة العامة المتبعة ، و لها في سبيل تحقيق هذه الأهداف مجموعة من السلطات

الممنوحة لها سواء تم النص عليها في دفتر الشروط أو لم يتم ، و من خلال هذا المبحث سنبين هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة حصرا .

المطلب الأول : حق الرقابة والتوجيه و الإشراف .

الرقابة هي حلقة من حلقات العملية الإدارية و تتضمن متابعة عمليات تنفيذ و إقامة المشاريع الاستثمارية لتبين مدى تحقيق الأهداف المراد إدراكها في وقتها المحدد و تحديد مسؤولية كل سلطة أو الكشف عن مواطن الخلل حتى يمكن تفاديها و الوصول إلى أكبر كفاءة ممكنة[6] ، لسلطة الرقابة عدة صور نبينها كما يلي:

الفرع الأول: الرقابة المالية

يعرف هذا النوع من الرقابة بأنه حق الإدارة في تفتيش حساب شركة المشروع أو الشريك الخاص والتي تتعلق بموضوع العقد والاطلاع عليها مهما كان نوعها ، و يجب على الشريك الخاص مسك دفاتر للحسابات وتنظيمها حسابيا وفق ما هو متعارف عليه ، و هذه الرقابة قد تكون سابقة (وقائية) وقد تكون لاحقة .

أولا : الرقابة المالية السابقة

تكون قبل التعاقد بحيث يتم التأكد من كفاءة المتعاقد المالية والاطلاع على ملاءته المالية والعقود التي أبرمها سابقا ، وفائدة هذه الرقابة تمكن الإدارة من معرفة المقدرة المالية للمتعاقد معها وتتخذ القرار المناسب في التعاقد معه من عدمه [7] .

ثانيا : الرقابة المالية اللاحقة

تعنى بتسوية الحسابات بقرار من الوزير المختص وهي تخول الإدارة حق الاطلاع على المجلات والمستندات والأوراق ،كذلك حق النظر في المصروفات أو التخفيضات التي ترد على الدخل وحق القبول أو الرفض[8] .

وقد تطورت الرقابة المالية حديثا فهي لا تتوقف عند الإشراف على الأعمال التي تؤديها شركة المشروع بل تتدخل حتى في الإدارة مما يظهر في عدة أمور مثل:

-وجود ممثلين عن الإدارة في مجلس إدارة شركة المشروع مع حق الاعتراض على القرارات.

- إنشاء وحدة حسابية تتابع الأعمال المالية داخل المشروع[9].

الفرع الثاني: الرقابة الفنية

ويقصد بها تلك الرقابة التي تتم ممارستها من قبل الشريك العام (الإدارة) على شركة المشروع للتأكد أن استغلال المرفق يتم وفقا للشروط الفنية التي تم الاتفاق عليها ، وغالبا ما يتم الاتفاق على هذه الشروط وتدرج في الوثيقة العقدية أو في كراسة الشروط ويجب على شركة المشروع الالتزام بها[10]، وتكمن الفائدة من وراء هذا النوع من الرقابة إلى أن شركة المشروع تسعى الى تقليل النفقات والتكاليف على حساب الجودة والنوعية لغرض الحصول على أكبر قدر من الأرباح ، لذلك فإن أغلب القوانين المتعلقة بعقود الشراكة قد بينت و أكدت على هذا النوع من الرقابة بدءا من عملية التشييد والبناء انتهاءا بآخر مرحلة يمر بها المشروع ، وتتم هذه الرقابة من خلال مندوبين لمراقبة عملية التنفيذ وحسب ما يتم الاتفاق عليه في العقد.

الفرع الثالث : الرقابة الإدارية

يقصد بالرقابة الإدارية إشراك الجهة الإدارية المتعاقدة في إدارة المرفق العام إما بتعيين مندوبين عنها و يكون لهم الحق في حضور اجتماعات اللجان أو مجالس الإدارة على أن يكون لهم الحق في التصويت و حق الاعتراض ، و إما أن يتم تعيين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة [11]، و قد تمتد هذه الرقابة إلى غاية مشاركة الإدارة العامة في إصدار القرارات الخاصة بعملية تنظيم و تسيير المرفق [12].

و قد حرص المشرع الفرنسي على تنظيم الجانب الرقابي في عقود الشراكة من خلال لجنة وزارية أنشئت بموجب القانون رقم 3191 الصادر في 1991/01/03 المتعلق بالشفافية و الإجراءات الواجب الالتزام بها حين إبرام العقود ، و قد تم تعديل نظام الرقابة بموجب القانون 93/122 الصادر في 1993/01/29 المتعلق بالشفافية و مكافحة الفساد ، تتكون اللجنة من قضاة و موظفين و تتمثل مهامها في التحقيق و الاطلاع على المستندات و الوثائق و تفتيش أماكن العمل و التثبت من كافة الإجراءات القانونية الواجب الالتزام بها عند إبرام العقود و إجراء التحقيقات الواجبة بشأنها .

تسلم اللجنة التحقيق للجهة الإدارية دون أن يكون لها الحق في توقيع الجزاء ، كما يمكن إجراء الرقابة من خلال التقارير المقدمة من المستثمر وفقا لقانون 1995[13]، و قد أقر مجلس الدولة الفرنسي أن للجهة الإدارية حق الرقابة الإدارية من خلال منح مدير الإقليم الحق في إقرار مواعيد القطارات و الأمر بالتعديلات تحقيقا لمصالح المنتفعين و ذلك في حكم الشركة الفرنسية الصادر في 31مارس 1910 ، و قد أقر القضاء الفرنسي حق الإدارة في مباشرة الرقابة المالية على نطاق واسع حيث جاء في تقرير مفوض الحكومة (جوس) في قضية شركة السكك الحديدية PLM بأن الرقابة المالية تنقسم إلى رقابة لاحقة و رقابة سابقة أو وقائية ، فالرقابة اللاحقة تتضمن تسوية الحسابات بقرار من الوزير المختص و هي تخول الإدارة حق الاطلاع عليها ، و كذا حق القبول أو الاعتراض على المصروفات التي يمكن أن تكون مفتعلة او التخفيضات الصورية الواردة على الدخل ، أما الرقابة السابقة فتكون على الميزانيات التي يقدمها الملتزم و العقود التي يبرمها مع الغير و هذه الرقابة تمكن الإدارة من تنبيه الملتزم إلى الأعمال التي قد تضر بالمصالح المالية للإدارة .

رغبة من الدولة المصرية في تعزيز دورها الرقابي في مرحلتي تنفيذ و تشغيل المشاريع المقامة بنظام الشراكة مع القطاع الخاص فقد أشار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية رقم 67 لسنة 2010 الى حق الإدارة في الرقابة على أعمال الشريك الخاص ولقد ميز هذه الرقابة على مرحلتين : هما مرحلة الإنشاء و مرحلة التشغيل .

يمارس هذا النوع من الرقابة في مصر جهاز يسمى الجهاز المركزي للمحاسبات إذ يقوم هذا الجهاز بالرقابة على مشاريع استثمار القطاع العام من الناحية المالية استنادا للقانون رقم 144 لسنة 1988 الخاص بالجهاز المركزي للمحاسبة .

المطلب الثاني :حق جهة الإدارة في تعديل عقد الشراكة.

إن حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية من أهم الخصائص غير الاستثنائية التي تتميز بها تلك الطائفة من العقود ، فتستطيع جهة الإدارة أن تقوم بإرادتها المنفردة ودون حاجة لوجود بند في العقد ودون الرجوع للطرف الآخر المتعاقد في العقد أن تقوم بتعديله ، وذلك حسب الحاجة أو المصلحة العامة الملحة التي توجب ذلك التعديل.

الفرع الأول :الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقد الشراكة.

يمثل هذا الحق في تعديل بعض شروط العقد إما بالزيادة أو النقصان وفقا لما تراه الإدارة مناسبا ، و قد اختلف الفقه حول ما إذا كان التعديل يتم بإرادة الإدارة المنفردة أو باتفاق الطرفين [14].

حيث يرى القسم الأول عدم حق الإدارة في التعديل الإنفرادي لبنود العقد و من أبرز مؤيدي هذه النظرية الفقيه الفرنسي لوبيس ، و يرى ذلك الجانب أيضاً أنه لا يجوز للشريك العام أن يقوم بتعديل العقد إلا إذا كان له أصل من قانون أو لائحة أو عقد ، وقد استند ذلك الجانب من الفقه إلى العديد من الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي[15] .

أما الرأي الثاني يرى أن حق الإدارة في تعديل العقد هو من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة و الذي تعتبر حق لها ، و يمكن للإدارة استعماله سواء تم الاتفاق عليه في شروط العقد أم لا ، ولكن ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بقصر تعديل العقد بالإرادة المنفردة على عقد امتياز المرفق العام ، وعقد الأشغال العامة فقط ، نظراً للخصوصية الموجودة في كل عقد منهما[16]، ولكن الغالب بين الفقه في فرنسا هو التأكيد على حق جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري بصفة عامة بالإرادة المنفردة دون وجود نص على ذلك .

وقد أخذ بذلك الإتجاة قانون الشراكة المصرى بين القطاع العام والخاص، فقد منح جهة الإدارة الحرية في تعديل بعض الشروط والمواصفات التي لو نفذت لكبدت الدولة مبالغ كبيرة تفوق درجة العائد منها ، أو تصبح مع مرور الوقت غير مجدية ، فلذلك الأمر لابد من توافر المرونة الكافية لتعديل تلك العقود نظراً لتغير الظروف أو وجود ظروف استثنائية ، وقد تضمن قانون الشراكة المصري آليات تعديل عقد الشراكة نجملها فيما يلي:

- حق جهة الإدارة فى تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وما يرتبط بتنفيذ الأعمال أو الخدمات.
- حق جهة الادارة فى تعديل قواعد تشغيل وإستغلال المشروع محل التجهيز ، وتعديل أسعار الخدمات والمنتجات بشرط أن يكون ذلك في حدود المتفق عليه فى عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص ، وبعد الحصول على الموافقات اللازمة لذلك.

- جواز تعديل عقد الشراكة إذا ماجدت ظروف استثنائية وقت إبرامه.

ويعود حرص المشرع المصري ونظيره الفرنسي على حق جهة الإدارة في تعديل العقد إلى طبيعة عقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص ، فهي تعد عقود طويلة الأجل موضوعها إقامة مشاريع البنية الأساسية التي تقدم الخدمات العامة للأفراد ، وترتبط بخطة الدولة الاقتصادية والمالية والتي تتميز بالآجال الطويلة ، وذلك قد يؤدى إلى ظهور ظروف استثنائية أو تغيرها .

ولذلك لابد أن تكون الإدارة على علم بكافة التعديلات التي تطرأ على العقد عند التنفيذ، وقد حدث نوع من الاختلاف بين مصر وفرنسا عند تنظيم تدخل جهة الإدارة بتعديل العقد ، ففي فرنسا نجد أن المشرع قد تطلب عند إبرام العقد فقط ضرورة تحديد الضوابط التي سيتم بناءاً عليها تدخل الجهة الإدارية لتعديل عقد الشراكة ، ولم يحدد المشرع الفرنسي صور ذلك التعديل فهو يمنحها سلطة تقديرية في تقدير تلك الحالات[17].

ولكن المشرع المصري تطلب عند إجراء تعديل في عقد المشاركة ضرورة بيان فروض التدخل من جانب جهة الإدارة ، فقرر فروض وصور معينة تستطيع الجهة الإدارية عند وجود حاجة ملحة ومصلحة عامة ضرورية أن تقوم بتعديل شروط البناء والتطوير والتجهيز والصيانة المنصوص عليها في العقد ، وأجاز كذلك لجهة الإدارة أن تقوم بتعديل العقد حسب القواعد والأسس المنصوص عليها في العقد إذا وجدت تعديلات في التشريعات السارية وقت كتابة العقد ، أو إذا وجدت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد تقتضى تلك التعديلات.

الفرع الثاني : حدود جهة الإدارة في طلب تعديل عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

لابد من الإشارة إلى أن سلطة جهة الإدارة في تعديل عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص إذا ما كانت تعديلا للعقد بناءاً على ما نص فيه، أم كانت تعديلا تطبيقاً للمبادئ العامة في العقود الإدارية فهي تخضع لعدد من الضوابط والشروط لابد أن يتم مراعاتها وهى:

1- أن يشمل التعديل الشروط اللائحية فقط دون أن يمتد إلى الشروط العقدية ، والشروط اللائحية هي التي تشمل البنود التي تخص التشييد والتطوير والصيانة للمشروع وغيرها من المسائل التي نص عليها قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومن أمثلة تلك الشروط طريقة العمل بالمشروع، طريقة تنفيذه ، ومعدلات التنفيذ الموضوعة والتقدم

المسجل فيها ، والجوانب التقنية والتكنولوجية التي يتم استخدامها في المشروع، وبخلاف ذلك فلا تستطيع جهة الإدارة أن تقوم بتعديلها من تلقاء نفسها أو دون موافقة الشريك الخاص.

2- وبخصوص الشروط اللائحية فسلطة جهة الإدارة في تعديلها بإرادتها المنفردة ترتبط بوجود ظروف قد وجدت بعد انعقاد العقد تستدعى تعديله، فجهة الإدارة تضع من الشروط والبنود ما هو كفيل بسير المرفق العام بانتظام واضطراد، فإذا حدث تغير في الظروف يؤدى إلى تعطيل سير المرفق ، فلابد أن تتدخل جهة الإدارة بتعديل ذلك الشرط بما يتوافق مع الظروف الجديدة[18]

وقد نص قانون الشراكة المصري على أن تعديل عقد الشراكة جائز في حالة إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد المشاركة بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام العقد ، فإذا لم يكن هناك تغير في الظروف والملابسات امتنع على جهة الإدارة إجراء التعديل بإرادتها المنفردة[19]

3- أن لا تكون التعديلات مخالفة للقوانين واللوائح ، فلابد أن تصدر الجهة الإدارية التعديلات متفقة مع الإجراءات والأوضاع المقررة قانوناً ، وإلا جاز للشريك الخاص أن يطلب إبطال التعديل[20].

4- لابد أن يكون تعديل العقد الصادر من جهة الإدارة حاصلاً على موافقة اللجنة العليا للمشاركة وإلا اعتبر باطلا[21].

5 - لابد أن تكون التعديلات التي تقوم بها جهة الإدارة متوافقة مع نطاق العقد.

المطلب الثالث : حق الجهة الإدارية في توقيع الجزاءات .

سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن بنود العقد المتفق عليها تنبع من مبادئ القانون العام نظرا لاتصال العقد بنشاط مرفق عام ، و يعتبر هذا الحق من الضمانات التي يمنح للإدارة العامة بهدف إجبار الشريك الخاص على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، بحيث يلتزم الشريك الخاص المتعاقد مع الإدارة كمبدأ عام بتنفيذ العقد بحسن نية ، فإذا تعرض العقد لأي خلل أثناء التنفيذ ناجم عن امتناع الشريك الخاص عن تنفيذ التزاماته التعاقدية

و إهماله أو تقصيره ، ففي هذه الحالة يحق للإدارة توقيع جزاءات عليه دون اللجوء للقضاء عن طريق استعمال سلطتها في التنفيذ [22].

الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات.

تستطيع الجهة الإدارية توقيع الجزاءات المتعددة على المتعاقد معها دون حاجة إلى صدور حكم بذلك عن طريق استعمال سلطاتها في التنفيذ المباشر ، وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول بأن الإدارة تعتمد في إبرام وتنفيذ العقد الإداري على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين فيه (أي العقد) غير متكافئتين تغليبًا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وكذلك حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة[23]، وتستطيع جهة الإدارة توقيع هذه الجزاءات حتى ولو لم يكن هناك ضرر قد أصابها، وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول أن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد وقصر في تنفيذ الالتزام المفروض عليه بموجبه إنما يستهدف أساسا تأمين سير المرفق العام، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقيق سبب استحقاقه المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيم الذي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها في اتفاق ملزم لا يحتمل الترخيص في أعمال حكمه أو التقدير في تحديد مداه[24].

ويكرس هذا الحق أحد السلطات الهامة التي تحوزها جهة الإدارة في عقودها الإدارية مراعاة لهدف المصلحة العامة،[25]، وإذا كان لجهة الإدارة أن تلجأ إلى توقيع هذه الجزاءات الوارد النص عليها في العقد دون حاجة إلى استصدار حكم من القضاء بها، فلها أيضا تطبيق غيرها من الجزاءات حتى ولو لم ينص عليها في العقد، فسلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد تنبع من مبادئ القانون العام نظراً لاتصال العقد بنشاط المرفق العام[26].

إلا أن جهة الإدارة مقيدة في توقيعها لهذه الجزاءات بضرورة إخطار المتعاقد معها بعزمها على توقيع هذه الجزاءات، وقد ذهب البعض إلى اعتبار ذلك من القواعد العامة التي ينبغي على جهة الإدارة إتباعها[27].

الفرع الثاني : أنواع الجزاءات

تختلف الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد ، فقد تكون جزاءات مالية ، كما قد تكون جزاءات ضاغطة .

أولا: الجزاءات المالية

إن الجزاءات المالية تغني الإدارة عن نظام التهديدات المالية و هي تلك المبالغ التي يحق لجهة الإدارة أن تأخذها من شركة المشروع إذا ما أخلت بأحد التزاماتها ، و تشمل الجزاءات المالية عدة صور ، فقد قد تكون غرامات تأخير توقع على المتعاقد أو عبارة عن مصادرة التأمين النهائي في حالة عدم الوفاء بالتعاقدات المكتوبة أو تعويضات تفرض جبرا للأضرار التي تسببت فيها شركة المشروع ، و سنبينها كما يلي :

1- غرامات التأخير: سميت بالغرامة التأخيرية لأن الإدارة تلجأ إليها في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته المفروضة عليه [28]، و عرفت بأنها عبارة عن مبلغ مالي يتفق عليه في العقد حيث تقوم شركة المشروع بدفعه في حالة إخلالها بأحد التزاماتها في العقد في الموعد المحدد .

وتعد الغرامات من أكثر الجزاءات المالية بالعقود الإدارية[29]، وبمراجعة نصوص القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، تبين أنه لم يهتم المشرع بإفراد نصوص خاصة بالغرامات المالية، وبالتالي فإنه يتعين أن تشمل وثائق عقد المشاركة لائحة للغرامات تحدد حالاتها ومقدارها [30].

و أخذ جهة الإدارة للغرامة المنصوص عليها في العقد لا يمنع من حصولها على التعويض المناسب للأضرار التي تصيبها من جراء التأخير في تنفيذ المشروع.

2- مصادرة التأمين

التأمين هو مبلغ من المال يؤديه الراغب في التعاقد مع الإدارة إما لضمان جديته في الاستمرار في إجراءات التعاقد أو لضمان تنفيذ العقد و هو نوعين :

أ-تأمين ابتدائي : و هو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من القيمة التقديرية للعقد يقدمه مقدم العطاء لإثبات جديته في التعاقد و يرد إليه بغير طلب إذا خسر عطاءه و يفقد قيمته إذا عدل عن عطائه قبل فتح المظاريف .

ب-**تامين نهائي** : عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من قيمة العقد ، يودع من الراسي عليه المزاد في أحد البنوك لصالح الجهة الإدارية لضمان تنفيذ العقد ، و عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر كما يلي " يقصد بالتأمين النهائي أن يكون ضمانا لجهة الإدارة يؤمنها من الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حيث يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري كما يضمن ملاءمة المتعاقد معها عن مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بالعقد الإداري" .

و يعد التامين النهائي بمثابة شرط جزائي للإدارة و هو من تقوم بمصادرته في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية و ليس التامين الابتدائي ، و يحق للإدارة الجمع بين مصادرة التأمين النهائي و التعويض مطالبة المتعاقد بالتعويض في حالة ما إذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تكفي لجبر الأضرار، طالما أن العقد الإداري لم يحظر الجمع بين الجزاءات المالية، فإنه يجوز لجهة الإدارة استعمال سلطاتها في ذلك[31].

3- التعويضات

يقترب النظام القانوني للتعويضات في العقد الإداري من نظام التعويضات المدنية وذلك فيما يتعلق بكيفية تقديره وضرورة توافر ركن الضرر، غير أنه يختلف عنه في بعض الأمور، فالتعويض في العقود الإدارية يحمل معنى إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية أكثر من معنى جبر الضرر[32]، و د استقر مجلس الدولة المصري على عدم السماح لجهة الإدارة بأن تقدر قيمة جهة التعويض إلا في حالة النص على ذلك في العقد ، و هو يمثل إخلال بنظرية الجزاءات في العقود الإدارية.

ثانيا : الجزاءات الضاغطة

و يقصد بذلك إبعاد شركة المشروع بصفة مؤقتة عن إدارة المرفق العام ، و أخذ الجهة الإدارية محلها لإدارة المشروع و تستطيع الإدارة أن تباشر المشروع و تستغله بنفسها إذا ما أخلت شركة المشروع بالتزاماتها إخلالا جسيما ، أو كان هناك خلل في تحقيق مستويات

الجودة المقررة قانونا في أي عقد مشاركة و لم تقم بإصلاح الخلل ، و قد أحاط المشرع تدخل الإدارة بمجموعة من الشروط .

الخاتمة:

في نهاية دراستنا لموضوع سلطات الإدارة في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص توصلنا لمجموعة من النتائج نبينها كما يلي :

1-عقد الشراكة هو من أهم عقود مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، و هو عقد إداري يخضع للمبادئ العامة للعقود الإدارية في حالة عدم وجود قانون خاص به ينظم جوانبه الفنية و المالية و الإدارية و التقنية ، و تساهم عقود الشراكة بشكل كبير في عملية التنمية الاقتصادية و الاجتماعية نظرا لتنوع أساليبها و صورها .

2- تتمتع الإدارة العامة بسلطات استثنائية اتجاه شركة المشروع و أهمها سلطة الرقابة و الإشراف على أعمال الشريك الخاص للتأكد من أنه يقوم بتنفيذ التزاماته وفق شروط العقد و توجيهات الإدارة ، و تكون سلطة الرقابة إما رقابة سابقة أو لاحقة ،و تنقسم الرقابة إلى رقابة مالية و رقابة فنية و رقابة إدارية ، و قد حرص المشرع الفرنسي على حق الإدارة في إجراء سلطة الرقابة السابقة و اللاحقة من خلال لجنة مكونة من قضاة و موظفين ولها الحق في ممارسة الرقابة المالية بشكل واسع ، و بدوره المشرع المصري نص في قانون الشراكة على حق الإدارة في ممارسة الرقابة في مرحلتي إنشاء و تنفيذ العقود بواسطة جهاز يسمى الجهاز المركزي للحسابات .

3-يمكن للإدارة تعديل بعض شروط و مواصفات عقد الشراكة بإرادتها المنفردة في حالة توفر بعض الحالات و الظروف ، غير أن سلطة التعديل تخضع لمجموعة من الشروط و المبادئ يجب احترامها.

4-يمكن للإدارة توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية و تتنوع هذه الجزاءات بين جزاءات مالية متمثلة في غرامات التأخير و مصادرة التأمين و التعويضات و جزاءات ضاغطة .

5- يمكن للإدارة إنهاء عقد الشراكة بإرادتها المنفرة .

6- هذه السلطات المخولة للإدارة غير مطلقة ، فهي مقيدة بقوانين و قيود تضبطها حتى لا تتعسف في استعمالها .

7-سلطات الإدارة في عقد الشراكة تعتبر من النظام العام و لا يجوز للإدارة التنازل عنها أو تجاهلها و يجب استخدامها حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد .

الهوامش:

1 المجمع الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، طبعة 2003 ص 341 .

2 Ordonnance n°2004-559 du 17 /06/2004 sur les contrats de partenariat, Jor F n° 141 du 19/06/2004 , modifié par la loi N°2009-179 du 17/02/2009.

3 القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة ،ج ر لجمهورية مصر عدد 19 مكرر أ الصادرة في 18 ماي 2010.

4عمر سليمان، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ، شرم الشيخ ، ديسمبر 2011، ص 3 .

5 حسام الدين ربيع الإمام ، البنك الدولي والأزمة المائية في الشرق الأوسط، دراسات استراتيجية ،ط1 ،العدد 103 ، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة ،أم أحمد هاشم سماحة، متطلبات تحقيق الشراكة الجيدة مع القطاع الخاص في تقديم الخدمات البلدية ،ندوة الشراكة بين الأجهزة البلدية والقطاع الخاص ، تنظيم بلدية محافظة الدرعية، مدينة الرياض ،بالمملكة العربية السعودية، 2004/04/21 ، ص68 نقلا عن د.فرحي كريمة و د. فراح رشيد ، الشراكة بين القطاعين العام و الخاص أداة للإدارة الحديثة في المرافق العمومية و إنشاء مشاريع البنية التحتية -البنية التحتية لإمدادات المياه نموذجا- ، اليازوري للنشر و التوزيع ،2019 ، عمان ، الأردن ، ص 36.

6 وليد شواقفة ، الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في الدول النامية، ، الشراكة و التنمية ،دور الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في تحقيق التنمية ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، بحوث و أوراق عمل مؤتمر الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بالتعاون مع جامعة اليرموك الأردنية إربد ،المملكة الأردنية الهاشمية ،2008 ، ص 206 .

7 محمد الجوهري ، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2009، ص 43.

8 سميرة عمر علي محمد الكاديكي، الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، سنة 2018, ص215.

9 جورجي شفيق ساري ، المبادئ العامة للقانون الاداري ، الكتاب الثاني ، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004، ص 1074.

10 عبد الكريم غرسي، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، رسالة ماجستير ،جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، 2018 ، ص 25.

11 محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الاداري، دار الايمان (1) للطباعة ، ص 186 .

12 أمل عبد الصمد الكوث ، عقود الشراكة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، الطبعة الأولى ، لبنان ،2018 ، ص 190 .

13Christophe Lajoy , droit des marches publics,6 edition, part 1,gualino,2017,p 484 .

14 أمل عبد الصمد الكوث، مرجع سابق ، ص 194 .

15 أحمد حرير، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ،دراسة تحليلية مقارنة على ضوء التشريع الجزائري و بعض التشريعات المقارنة ،المركز الاكاديمي للنشر ،الجزائر ، 2019 ،ص 151 .

16 المادة 5 من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010.

17عمار عوابدي ، القانون الإداري ، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 ، ص 218 نقلا عن احمد حرير ، مرجع سابق ،ص 153 .

18 لمزيد من التفاصيل انظر: حمادة عبد الرزاق حمادة ، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام ، دار الجامعة الجديدة ، 2012 ، ص 222.

20 Jeze (G) , Les contrat administratifs , départements et établissements public, tome 2, 1932 paris, p242.

21 منى رمضان محمد بطيخ ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة و الوسائل البديلة لتسوية منازعاته ،دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،2011 ، ص 174 وما بعدها.

22المادتين 7 و 8من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010.

23 منى رمضان محمد بطيخ ، مرجع سابق ،ص 180 وما بعدها.

24 المادة 1 و 8من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010.

25 المادتين 3 و 7 من قانون الشراكة المصري رقم 67 لسنة2010.

26 حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 845 بتاريخ 1980/11/22 .

27أحمد حرير ، مرجع سابق ،ص 155 .

28 المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1963/05/25 ، المجموعة س8، ص 1225.

29 المحكمة الإدارية العليا بمصر، جلسة 1963/11/20 ، الطعن رقم 1086 لسنة 7ق، مجموعة أبو شادي في عشر سنوات، ص 1396.

30 رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص 220.

31دويب حسين صابر ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2006 ص.310.

32سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2011 ، ص 500.

33 دويب حسين صابر ، مرجع سابق، ص 316.

34 سالي محمد جمعة سليم ، سلطات الإدارة في عقد الشراكة مع القطاع الخاص ، دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ، 2023 ،ص 120.