جامعة قطر

كليّة القانون

الطبيعة القانونية لعقود مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء أحكام القانون القطري

إعداد

يوسف عبدالفتاح أحمد شفيع

قُدّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلّبات

كليّة القانون

للحصول على درجة الماجستير في

القانون الخاص

يناير 1441/2020

2020 ©. يوسف عبدالفتاح شفيع. جميع الحقوق محفوظة.

لجنة المناقشة

استُعرضت الرسالة المقدّمة من الطالب/ة يوسف عبدالفتاح شفيع بتاريخ تاريخ مناقشة الرسالة، وَوُفِقَ عليها كما هو آتٍ:

نحن أعضاء اللجنة المذكورة أدناه، وافقنا على قبول رسالة الطالب المذكور اسمه أعلاه .وحسب معلومات اللجنة فإن هذه الرسالة تتوافق مع متطلبات جامعة قطر، ونحن نوافق على أن تكون جزء من امتحان الطالب.

يوسف عبدالفتاح شفيع

المشرف على الرسالة

د.محمد سالم ابو الفرج

مناقش

الاسم

مناقش

الاسم

مناقش

إضافة مناقش

ملاحظة: عند الانتهاء من كتابة أسماء المشرفين، الرجاء إزالة الحقول الفارغة الزائدة من الصفحة.

تمّت الموافقة:

الدكتور محمد بن عبد العزيز الخليفي، عميد كليّة القانون

المُلخَّص

يوسف عبدالفتاح شفيع، ماجستير في القانون الخاص:

يناير 2020.

العنوان: الطبيعة القانونية لعقود مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء أحكام القانون القطري

المشرف على الرسالة: د.محمد سالم ابو الفرج

مع ظهور أسلوب جديد في التعاقد على بناء وتشغيل مشروعات البناء والإنشاء يعرف بأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ومع تشعب مفهوم هذا الأسلوب في الأوساط التشريعية العربية والعالمية وبالتبعية تشعب التكييفات القانونية المحتملة لهذا الأسلوب، جاء هذا البحث كي يسلط الضوء على ماهية هذا العقد، وتحليل مدى كفاية المنظومة القانونية الحالية الحاكمة لعقود البناء والإنشاء في قطر لهذه العقود عن طريق وضع هذا النوع من العقود تحت اختبار التكييف القانوني للعقود عموما. وفي هذا الصدد ناقش الباحث تكييف عقود مشروعات الشراكة من حيث مدى كونها عقودا احتمالية أو محددة، عقود مسماة أو غير مسماة، من عقود القانون العام أو من عقود القانون الخاص، إذ لتحديد التكييف القانوني للعقد من هذه الأوجه تحديدا أهمية خاصة لأطرافه حتى يكون قرار الدخول في هذا النوع من العقود قرارا متبصرا وعن دراية بأبعاده ونتائجه.

شكر وتقدير

بعد حمدالله وشكره، أشكر كل المساندين لهذه الدراسة وعلى رأسهم أفراد الأسرة التي صبرت حتى اكتمال هذا العمل، والشكر موصول للدكتور محمد سالم أبو الفرج على مراجعته وملاحظاته القيمة والتي كانت مصابيح الدرب في هذه الرحلة حتى نهايتها بصدور هذا العمل.

فهرس المحتويات

شكر وتقدير ..... ث

قائمة الجداول ..... خ

قائمة الرسوم التوضيحية ..... د

مقدمة 1

الفصل الأول: ماهية مشروعات الشراكة 17

المبحث الأول: تعريف مشروع الشراكة وتقسيماته 18

المطلب الأول: تعريف مشروع الشراكة 19

المطلب الثاني: صور مشروعات الشراكة 37

المبحث الثاني: خصائص مشروعات الشراكة 45

المطلب الأول: صفة أطراف العقد 46

المطلب الثاني :محل المشروع هو عمل متصل بخدمة عامة أو بنية تحتية 50

المطلب الثالث: تنوع مهام القطاع الخاص في العقد الواحد 52

المطلب الرابع: مشروع طويل المدة 55

المطلب الخامس: مشروع متعدد الأطراف ذات العلاقة 57

المطلب السادس: مبدأ تقاسم المخاطر 64

المطلب السابع: الاعتماد على المخرجات بدل المدخلات 67

الفصل الثاني: التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة 69

المبحث الأول: عقد مشروع الشراكة بين العقود الاحتمالية والمحددة..... 73

المطلب الأول: الأثر المترتب على اعتبار العقد احتمالي أو محدد..... 73

المطلب الثاني: مدى كون عقد مشروع الشراكة عقد احتمالي أو محدد 76

المبحث الثاني: عقد مشروع الشراكة بين العقود المسماة وغير المسماة 80

المطلب الأول: مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد شركة 83

المطلب الثاني:مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد إيجار 93

المطلب الثالث: مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد مقاولة..... 104

المبحث الثالث:عقد مشروع الشراكة بين عقود القانون الخاص أو العام..... 128

المطلب الأول :مدى إدارية عقود مشروعات الشراكة في التشريع المقارن 129

المطلب الثاني: مدى إدارية عقود مشروعات الشراكة في التشريع القطري..... 136

الخاتمة 140

قائمة المصادر والمراجع..... 146

قائمة الجداول

الجدول رقم 1 احتمالات عقود الشراكة.....84

قائمة الرسوم التوضيحية

الشكل رقم 1 أطراف مشروع الشراكة.....58

الشكل رقم 2 أطراف مشروع محطة أم الحول، أحد نماذج عقود الشراكة في قطر.....59

مقدمة

إنه لمن الغني عن البيان أن نقص مرافق البنية التحتية التي تشمل الطرق وخطوط أنابيب المياه والصرف الصحي والطاقة الكهربائية، و ازدحام ونقص الموانئ والمطارات والطرق يعتبر عائقا أمام النمو وحركة التجارة عند أغلب البلدان النامية ، فاستدعت أهمية هذا القطاع من جهة وضخامة رأس المال اللازم لتمويله من جهة أخرى تدخل الدولة بحيث صارت الزبون الأول –وفي كثير من الأحيان الوحيد– لهذا القطاع.

ومن هنا تأتي أهمية البحث في مجال البناء والإنشاء، حيث لا يخفى ما لمشاريع العمران و التشييد والبناء وتطوير البنية التحتية من أهمية خاصة تجعلها محط اهتمام على المستوى الوطني بل والدولي في أحيان كثيرة، حيث تعتبر هذه المشاريع أحد أهم مؤشرات التنمية التي يقاس عليها نمو و تحضر المجتمع، فكلما زاد وارتفع مستوى التطور العمراني في بلد ما فإن لهذا دلالة قوية – وإن كانت ليست قطعية– على ارتفاع في مستوى الحضارة والإنجاز، كما يدل التقدم في مجال العمران في كثير من الأحيان على انتعاش وازدهار في مستوى الاقتصاد الوطني للمجتمع، لذلك طالما كان لهذه المشروعات نصيب الأسد من مصروفات المال العام والخاص.

يضاف إلى ما سبق ما لمشروعات البناء والعمران من طبيعةٍ خاصةٍ تتمثلُ في طول الفترة التى تمر بها، وتعدد مراحلها، بدايةً من مرحلة وضع التصميم ثم التنفيذ وأخيراً التسليم النهائي، كما أن كثرة الأطراف المتداخلين في هذه المشروعات وتعدد العقود من شأنه أن يزيد من احتمالية وقوع المخاطر والإشكاليات القانونية مما ينعكس سلباً على اقتصاديات التشييد والبناء؛ بالإضافة إلى حجم الموارد البشرية والمالية الهائلة التي يتم استثمارها في هذا القطاع عموما.

أهمية الموضوع:

لجميع ما سبق ،ظهرت الحاجة إلى تحديد المخاطر القانونية وإدارتها في عقود التشييد والبناء، لا سيما وأن هذه المشاريع تمس في كثير من الأحيان بالمصلحة العامة والاقتصاد الوطني ولو كان جميع أطرافها من القطاع الخاص.

ومن وسائل إدارة هذه المخاطر القانونية ، إيجاد بيئة قانونية مناسبة، وتنظيم تشريعي ملائم ، يكفل تحقيق التوازن العادل بين جميع الأطراف، ويستوعب أغلب إن لم يكن جميع أشكال وصور التعاقد الممكنة في هذا الميدان، إذ أن وجود مثل هذه البيئة القانونية هو مؤشر قوي ولا شك على نضج فقهي وتشريعي وفكري، لا سيما مع مثل هذا الميدان الذي تتداخل فيه المصالح بين أطراف مختلفة تتعدى أحيانا أطراف العقد، ما يؤدي إلى تنوع في صور التعاقد الممكنة ، كما أن وجود هذه البيئة القانونية التي تعترف بشتى صور التعاقد –بالإضافة إلى عوامل أخرى– من شأنه أن يعزز الثقة عند المتعاملين والمستثمرين تحت مظلة هذا القانون ، ما يدفعهم إلى الإقدام نحو التعامل وإبرام العقود دون خوف او تردد مهما كان حجم هذه العقود أو طبيعتها أو صورتها، ما سيؤدي في النهاية إلى إنعاش البيئة الاقتصادية الوطنية.

ومعلوم أيضا أنه في مقابل هذه الاحتياجات للبنية التحتية فإن لكل بلد تحدياته وأولوياته وقيوده المالية الخاصة والفريدة، التي تعوق عملية تطوير المرافق العامة والبنية التحتية[1]، الأمر الذي يشكل دافعا للبلدان النامية على وجه التحديد نحو البحث عن وسائل وأطر مبتكرة لتمويل

[1] انظر في هذا المعنى: محمد ابراهيم الشافعي، التنظيم القانوني للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص: دراسة تحليلية للقانون رقم 22 لسنة 2015 في إمارة دبي، مجلة الفكر الشرطي، الإمارات ،المجلد السادس والعشرون-العدد الرابع، العدد رقم (103) أكتوبر 2017 ،ص 101.

هذه المشاريع بما يلبي الطموحات المتصاعدة للسكان، بعيدا عن نهج القطاع العام التقليدي في إنجاز هذه المشاريع[2].

ومن هذا المنطلق تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على أحد هذه الأطر المبتكرة لتعبئة الاستثمارات من القطاع الخاص في مجال البناء والإنشاء ألا وهي الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشاريع المرافق العامة والبنية التحتية[3] ، حيث تكمن أهمية الموضوع وإثارته العلمية في أنه يعطي للدولة خيارا و أداة مهمة لتطوير مشاريع البنية التحتية مع توفير كبير في الموازنة العامة، حيث أن تكاليف التصميم والبناء والتشغيل ستنتقل تماما لتصبح على عاتق القطاع الخاص، وفِي نفس الوقت يكون للدولة سيطرة معقولة على مشروع المرفق العام بما يكفل لها التأكد من تحقق المصلحة العامة، ويكفل للمستثمر في نفس الوقت تحقيق عائد مادي معقول.

إن الانتشار الواسع لعقود الشراكة في مختلف دول العالم على اختلاف مستوياتها الاقتصادية والسياسية يثبت أننا تجاوزنا مرحلة النقاش حول مدى فائدة ونجاعة عقود الشراكة، حيث نرى وجود هذا النمط من التعاقد الحكومي في دول غنية مثل أستراليا وكندا وبريطانيا ودول

---

[2] للمزيد حول بيان درجة الاحتياج العالمي للبنية التحتية يمكن الإطلاع على عدة تقارير موجودة على الشبكة من بينها تقرير أعده مركز "مركب" الاستشاري لصالح مركز قطر للمال بعنوان: Public-Private Partnership : a vehicle of excellence for the next wave of infrastructure development in GCC، ويمكن الإطلاع عليه من خلال الرابط التالي: http://online.wsj.com/adimg/assetmanagement-related_ppp.pdf آخر زيارة: 12 أكتوبر 2019.

[3] يشكك البعض في كون الشراكة وسيلة مبتكرة لتنفيذ المشروعات، حيث يرى أن الشراكة استخدمت منذ عام 1860 في الدولة العثمانية في مشروع لجر مياه نهر الكلب إلى بيروت، كما يرجع البعض الشراكة كفلسفة لإنجاز المشروعات إلى مشروع شق قناة السويس في 1859. انظر: محي الدين القيسي، الطبيعة القانونية لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، ندوة المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، الأردن، 2012 ، ص 3. وكذلك: د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، 2002، ص6. بل اعتبر البعض أن نظام البوت يصلح أن يكون تطويرا غربيا لبعض أساليب تثمير أموال الوقف، انظر: د.علي القرداغي، دور المؤسسات المالية الإسلامية في تنمية وتطوير الوقف الإسلامي، بحث نشر ضمن بحوث مؤتمر الدوحة الرابع للمال الإسلامي-قطر، 2018، ص 96.

تصنف بأنها أقل غنى مثل غينيا وملاوي وبنغلاديش ونيجيريا، كما نلحظ أن ما يميز دول مثل بريطانيا في إدارتها لهذه العقود هو وجود نظام قانوني واضح يحدد حقوق وواجبات الأطراف في هذا النمط من التعاقد تحديدا[4].

وبالنظر إلى الوضع في قطر، نلحظ وجود أهمية خاصة لعقد الشراكة ،ففي عام 2008 تم إطلاق رؤية قطر الوطنية 2030 لتكون بمثابة خريطة طريق واضحة لمستقبل قطر[5]، وقد جاء عنصر التنوع الاقتصادي ضمن العناصر الأساسية للتنمية الاقتصادية ، حيث تهدف التنمية الاقتصادية إلى : تحقيق اقتصاد تنافسي ومتنوع قادر على تلبية الاحتياجات وتأمين مستوى معيشي مرتفع لجميع سكان دولة قطر في الحاضر والمستقبل، ونعني بالتنوع الاقتصادي: إنشاء اقتصاد متنوع يتناقص اعتماده على النشاطات الهيدروكاربونية وتتزايد فيه أهمية دور القطاع الخاص ويحافظ على تنافسيته، وبالتالي نستطيع أن نقول أن رؤية قطر 2030 –كما يرى الباحث– قد تضمنت تشجيعا للحكومة بإشراك القطاع الخاص للمشاركة في تطوير البنية التحتية بهدف المساهمة في تحقيق التنوع الاقتصادي، وقد ذكرنا أن عقود الشراكة تهدف إلى إشراك القطاع الخاص في عملية التنمية والتطوير والتخفيف من الضغط الملقى على عاتق الموازنة العامة، وعليه نرى أن من شأن استخدام هذا الأسلوب من التعاقد أن يساهم أكثر في تحقيق التنمية الاقتصادية حسب مفهومها الوارد في رؤية قطر 2030.

---

[4] تقرير مركز مركب، مرجع سابق، ص 5.

[5] وتقوم هذه الرؤية على أربعة ركائز أساسية هي التنمية البشرية والاجتماعية والاقتصادية والبيئية. انظر القرار الأميري رقم 44 لسنة 2008 باعتماد الرؤية الشاملة للتنمية (رؤية قطر الوطنية 2030)، الجريدة الرسمية، العدد 8، 2008، ص 29.

و لجذب القطاع الخاص الوطني والأجنبي بما يتمتع به من خبرات تكنولوجية وفنية ومالية لتنفيذ وتمويل مشروعات البنية التحتية والتي هي في الغالب موضوع عقد الشراكة، كان لا بد من وضع ضمانات تعاقدية وقانونية ومالية للمستثمر[6].

وعلى ضوء ما سبق، أصبح لمفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص تداول كبير في مستوى أدبيات المؤسسات المالية الدولية كصندوق النقد الدولي والبنك العالمي.[7]

و تواترت الكثير من دول المنطقة إلى استصدار تشريع خاص لتنظيم هذا العقد، من ذلك القانون رقم 22 لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي[8]، والقانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دولة الكويت[9]، والقانون المصري رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[10].

وفي قطر،نجد اهتمام الدولة بمنظومة مشروعات الشراكة قد بدأ بداية جدية منذ عام 2015 حيث أصدر مجلس الوزراء في فبراير 2015 القرار رقم 2 لسنة 2015 بتشكيل المجموعة الوزارية

---

[6] انظر في هذا المعنى: د.حسن البراوي، د.عبدالناصر هياجنة، د.ياسين الشاذلي،د.طارق راشد، المهندسة شروق عبده، تحقيق الشراكة بين القطاع الخاص لدولة قطر وشركات المقاولات الأجنبية في دولة قطر،ورقة أعدها فريق بحثي من أساتذة القانون في جامعة قطر ضمن مشروع بحثي بعنوان: النظام القانوني لمنشآت كأس العالم في قطر 2022، وتم نشر الورقة على الشبكة في الرابط : https://www.worldcup2022-constructionlaw-qa.com/%D8%AA%D8%AD%D9%82%D9%8A%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%A7%D9%83%D8%A9-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B7%D8%A7%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D8%B5-%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9-%D9%82/# آخر زيارة: 12 أكتوبر 2019

[7] السعيد دراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، آلية فعال لتمويل التنمية المحلية، جامعة منتوري قسطنطينة، 2014، ص 1.

[8] الجريدة الرسمية-دبي، العدد 390 الصادر في 20 سبتمبر 2015 السنة 49، ص 5.

[9] الجريدة الرسمية-الكويت، العدد رقم 1197 الصادر بتاريخ 17 أغسطس 2014، السنة 60، 57.

[10] الجريدة الرسمية-مصر، العدد 19 الصادر في 18 مايو 2010 السنة الثالثة والخمسون، ص 5.

لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية[11]، تلا ذلك مجموعة من القرارات الوزارية[12] ثم أخيرا القرار الأميري رقم 12 لسنة 2019 بالهيكل التنظيمي لوزارة التجارة والصناعة والذي نص في مادته الاولى على إنشاء إدارة خاصة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص[13].

وبالتالي يكون الجهاز المعني بمشروعات الشراكة في دولة قطر سابقا هو اللجنة الفنية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية[14]، وبعد صدور القرار الأميري

---

[11] الجريدة الرسمية-قطر، العدد 2 لسنة 2015 والصادر في 04 فبراير 2015، ص 39.

[12] انظر مثلا قرار مجلس الوزراء رقم 14 لسنة 2016 بشأن المجموعة الوزارية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية، تلا ذلك قرار مجلس الوزراء رقم (23) لسنة 2016 بإنشاء وتشكيل اللجنة الفنية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية، ثم صدر بعد ذلك قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (9) لسنة 2017 بشأن المجموعة الوزارية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية والذي ألغى كل حكم يخالفه، ثم قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (13) لسنة 2017 بإنشاء اللجنة الفنية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية، ثم قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (16) لسنة 2017 بتسمية رئيس وأعضاء اللجنة الفنية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية.

[13] الجريدة الرسمية ، العدد 6، الصادر في 21 مارس 2019، ص 70. ونص على اختصاصات هذه الإدارة بما يلي:

1. اقتراح السياسات والمعايير اللازمة لتحقيق الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص في مجالات الأعمال والاستثمار، بالتنسيق مع الجهات المختصة.
2. متابعة تنفيذ مشروعات الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، في ضوء متطلبات التنمية المستدامة، بالتنسيق مع كافة الجهات المعنية.
3. دراسة وتحليل تجارب الشراكة وأنماط الشراكة المتميزة على المستويين الإقليمي والدولي، واقتراح أوجه الاستفادة منها.
4. إعداد نماذج العقود والاتفاقيات ذات الصلة بأنظمة الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، وفقاً للمعايير المحلية والعالمية، بالتنسيق مع الوحدات الإدارية المعنية.
5. إعداد تقارير متابعة دورية للشراكة تتضمن دراسة المشكلات والمعوقات الخاصة بها، واقتراح الحلول المناسبة لها.
6. اقتراح وسائل دعم وتحفيز الشراكة على مستوى القطاعات والمشروعات، ومتابعة تنفيذها بعد اعتمادها.
7. تقديم الدعم الإداري والفني للقطاع الخاص، للمشاركة في إقامة وتشغيل وإدارة وتمويل مشروعات الشراكة.
8. بناء وتحديث قاعدة بيانات ومعلومات لمشروعات الشراكة، بالتعاون مع الجهات المختصة، متضمنة مشروعات الأنشطة المتاحة لمشاركة القطاع الخاص في إقامتها أو تشغيلها أو إدارتها أو تمويلها.
9. التنسيق والتعاون مع غرفة تجارة وصناعة قطر فيما يتعلق بالشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص.
10. تنفيذ التشريعات الخاصة بموضوعات الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص."

[14] حيث نصت المادة 10 من قرار مجلس الوزراء رقم (23) لسنة 2016 بإنشاء وتشكيل اللجنة الفنية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية على: "تُحال للجنة، من تاريخ العمل بأحكام هذا القرار، مشروعات اللجنة الفنية لتشجيع القطاع الخاص للمشاركة في مشروعات الأمن الغذائي، ومشروعات فريق عمل إعداد دراسة لمتطلبات الدولة في القطاع اللوجستي، ومشروعات تطوير وتشغيل القطاع الخاص لعدد من منشآت الرعاية الصحية والمدارس، لاستكمال تنفيذها، وفقاً للموافقات الصادرة بشأنها".

وتتبع اللجنة في عملها إلى المجموعة الوزارية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية، حيث تقوم اللجنة بالتنسيق مع وزارات وأجهزة الدولة المختلفة حول مدى صلاحية المشروعات لتنفيذها عن طريق الشراكة بالإضافة إلى رفع التوصيات إلى المجموعة الوزارية حول السياسة الأمثل لإدارة مشروعات الشراكة في الدولة.

رقم 12 لسنة 2019 آنف الذكر، يظهر أن الجهة المختصة بمشروعات الشراكة قد أصبحت إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في وزارة التجارة والصناعة، حيث نلحظ تطابق اختصاصات الإدارة مع اختصاصات المجموعة الوزارية لتحفيز القطاع الخاص.

وهذا يدل بطبيعة الحال على اهتمام من الحكومة القطرية بوضع مشروعات الشراكة وتنميتها قدر الإمكان، حيث أنشأت جهازا خاصا معنيا بهذه المشروعات بالذات، ويأتي ذلك استرشادا بالتوصيات العامة والممارسة العالمية لإدارة مشروعات الشراكة والتي تقضي بضرورة وجود وحدة مختصة في الحكومة لمتابعة مشروعات الشراكة وسياساتها الحاكمة من بين مشروعات التنمية التقليدية. [15]

وبالتأمل في هذه القرارات نلحظ عدم وجود فوارق موضوعية فيما بينها، بل أغلب هذه الفوارق كانت غير جوهرية ويغلب عليها الطابع الإجرائي والإداري، كالنص على من سيكون رئيس اللجنة وعدد اجتماعات اللجنة وغيرها من الفوارق التي ليس لها تأثير قانوني يذكر. [16]

---

[15] هناك أكثر من خمسين دولة في العالم أنشأت وحدات خاصة بمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، انظر: تقرير مركز "مركب" آنف الذكر، ص 16. كما تذكر أحكام الأونيسترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع النبية التحتية الممولة من القطاع الخاص في توصيتها السادسة حول أهمية وجود الإطار التشريعي والمؤسسي العام والمعني بهذه المشروعات تحديدا:" ينبغي إنشاء آليات مؤسسية للتنسيق بين أنشطة السلطات العمومية المسؤولة عن اصدار الموافقات أو الرخص أو الإجازات أو الأذون اللازمة لتنفيذ مشاريع البنية التحيتة الممولة من القطاع الخاص وفقا للأحكام القانونية أو الرقابية التنظيمية الخاصة بتشييد وتشغيل مرافق البنية التحيتة من النوع المعني".أحكام الأونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، الأمم المتحدة نيويورك، 2004.

[16] و منعا للتكرار نورد هنا أهم ما يمكن استخلاصه من جماع هذه القرارات:

1. تعرض اللجنة الفنية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية نتائج أعمالها إلى المجموعة الوزارية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية والتي بدورها تعرض نتائج أعمالها إلى رئيس مجلس الوزراء.
2. تشكل اللجنة الفنية والمجموعة الوزارية من ممثلين من مختلف الوزارات والجهات الحكومية، ويترأس الأولى ممثل عن مكتب رئيس مجلس الوزراء ويرأس الثانية معالي رئيس مجلس الوزراء.

أما بالنسبة لأهم مشروعات الشراكة في قطر فقد أعلن[17] عن طرح مشاريع لبناء 45 مدرسة ضمن برنامج بناء المدارس الحكومية بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص[18]،كما نجد في قطر أيضا مشروع مناطق التخزين اللوجستية الذي تم تنفيذه بإشراف شركة مناطق وهي المطور والمشغل الرئيسي للمناطق الصناعية واللوجستية ومناطق التخزين في دولة قطر[19]، كما

---

3. جميع هذه القرارات حددت نفس الإطار العام لعمل المجموعة الوزارية وأبرز اختصاصاتها دون تفاوت كبير فيما بينها، حيث تهدف المجموعة الوزارية إلى:
   I. تحديد مجالات ومشروعات مشاركة القطاعين الحكومي والخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية.
   II. وضع السياسيات والمعايير والضوابط والبرامج اللازمة لتحفيز القطاع الخاص ومشاركته في مشروعات التنمية الاقتصادية، ومتابعة تنفيذها، ووضع الحلول اللازمة لتذليل صعوبات ومعوقات التنفيذ.
   III. وضع سياسات تخصيص الأراضي اللازمة لمشروعات تحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية، والمخططات الرئيسية وسياسة الاستخدام والتخصيص للمستثمرين والخطة التنفيذية والزمنية لتنفيذ تلك المشروعات وتطويرها بما يحقق جذب الاستثمارات المستهدفة.
   IV. وضع سياسات المناقصات والمزايدات الخاصة بمشروعات تحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية، وتكليف اللجان الفنية وفرق العمل المنبثقة عن المجموعة الوزارية بالإشراف على طرحها على المستثمرين عن طريق لجان المناقصات المختصة بكافة الجهات المختلفة.
   V. اقتراح آلية تحصيل الرسوم والإيجارات ومقابل الانتفاع، الناتجة عن عقود إدارة وتشغيل أراضي ومرافق مشروعات تحفيز مشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية.
   VI. وضع نماذج العقود والاتفاقيات ذات الصلة بصور مشاركة القطاعين الحكومي والخاص، بمراعاة الأحكام القانونية المقررة.
   VII. وضع آلية تحصيل الرسوم والإيجارات ومقابل الانتفاع، الناتجة عن عقود إدارة وتشغيل أراضي ومرافق مشروعات تحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية.
4. تقوم اللجنة الفنية بدعم اللجنة الوزارية بما تحتاجه في سبيل تحقيق أهدافها، فكما نلاحظ فإن مهام المجموعة الوزارية هي "وضع" السياسات والعقود وتحديد المجالات الخ، بينما مهمة اللجنة الفنية تقتصر على "اقتراح" هذه السياسات والعقود إلى المجموعة الوزارية والإشراف الميداني على سير مشروعات الشراكة وتنفيذها، فاللجنة الفنية ترفع التوصيات إلى المجموعة الوزارية والتي يكون دورها اعتماد هذه التوصيات ووضعها محل التنفيذ.

[17] في ورشة عمل حضرها الباحث أقامتها اللجنة الفنية التابعة للمجموعة الوزارية لتحفيز ومشاركة القطاع الخاص في مشروعات التنمية الاقتصادية في 28 يناير 2019 نظمت بالشراكة بين وزارة المالية ووزارة التعليم والتعليم العالي، وهيئة الأشغال العامة "أشغال"، للشركات المهتمة بالمشروع.

[18] حيث سيشتمل النظام المعتمد للمشاريع على توفير التصميم والبناء والتمويل وصيانة المباني ونقل ملكية المدارس إلى وزارة التعليم والتعليم العالي بعد انتهاء مدة الامتياز وهي 25 سنة قابلة للتجديد، ومتوقع أن تكون قيمة أصول المشروع من 3-4 مليار ريال، وستطرح المشروعات على 6 حزم استثمارية يتم طرحها للقطاع الخاص على فترات متتابعة، لتتكون الحزمة الأولى من 6 إلى 8 مدارس ستطرح خلال الربع الأخير من 2019.

[19] حيث قامت مناطق بدعوة المطورين في قطاع التخزين والخدمات اللوجستية في عام 2014 للتقدم بعروض تطوير المشروع والذي يشمل بناء أربع مناطق مخصصة للتخزين والخدمات اللوجستية، و تم منح عقود المشاريع للمطورين على أساس "البناء والتشغيل ونقل الملكية. جريدة الشرق عدد الأربعاء 28-11-2018. كما أعلنت شركة مناطق عن مشروع

أعلنت المؤسسة العامة القطرية للكهرباء والماء (كهرماء) عن طرح مناقصة عامة لإنشاء أول محطة طاقة شمسية كبرى لإنتاج الكهرباء باستخدام تقنية الخلايا الكهروضوئية في دولة قطر[20] .

وفي قطاع الصحة نجد وزارة الصحة قد طرحت مناقصة لبناء وتشييد وتجهيز وتأثيث وتشغيل ثلاثة مستشفيات خاصة على الأراضي الممنوحة من الدولة للوزارة، حيث خصصت الحكومة ثلاث قطع أراضٍ للقطاع الخاص لبناء تلك المستشفيات[21].

كما أعلنت هيئة الأشغال العامة "أشغال" عن مشروع محطة تنقية مياه الصرف الصحي على نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص[22].

كما قد أعلنت وزارة الاقتصاد والتجارة في 2017 عن عزم الدولة إلى إصدار قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي من شأنه أن يسهم بتيسير تأسيس مشاريع جديدة في

شراكة آخر وهو مشروع تطوير منطقة الوكير اللوجستية على أساس نموذج البناء والتشغيل ونقل الملكية، حيث سيتم تخصيص أرض المشروع للمتعاقد الفائز لمدة 25 سنة لغرض تطوير وتشغيل وصيانة المخازن والورش وباقي أنواع منشآت الصناعات الخفيفة، ويشمل نطاق الأعمال: التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والصيانة. إعلان المناقصة في موقع شركة مناطق : https://www.manateq.qa/ar-qa/invest/logisticsparks/Pages/AlWukair.aspx آخر زيارة في 2019/7/6

[20] حيث تم تخصيص أرض لإقامة مشروع محطة الطاقة الشمسية غرب الدوحة من منطقة الخرسعة بمساحة 10 كيلومتر مربع ، على أن يتم طرح المشروع بآلية البناء والتشغيل لمدة 25 سنة، ثم نقل الأصول إلى كهرماء وفقا لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (BOOT)، ونجد مشروعا آخر لكهرماء هو مشروع محطة أم الحول والتي تعد واحدة من كبرى محطات تحلية المياه وتوليد الطاقة الكهربائية في المنطقة حيث تغطي ما يقارب 31% من احتياج الدولة من الكهرباء و40% من الماء وبتكلفة تقدر بما يقارب 11 مليار ريال قطري. المصدر: تقرير غير منشور اطلع عليه الباحث من إعداد وزارة المالية في قطر.

[21] أحدها مستشفى عام بسعة 150 سرير، والآخر مستشفى عام بسعة 40-60 سرير، والأخير بسعة 100 سرير، ويمتد التشغيل لكل مشروع إلى فترة تشغيل أولية تبلغ 25 سنة، خلال هذه الفترة يدفع المشغل إيجارا اسميا بواقع ريال واحد للمتر المربع شهريا، وفي نهاية فترة الامتياز وبناء على الأداء يجوز تمديد الامتياز لمدة 25 سنة أخرى. https://www.moph.gov.qa/ar/announcements/Pages/tendermophtachfi0032018.aspx آخر زيارة 5-3-2019

[22] والمشروع يشمل تطوير وتنفيذ محطة معالجة مياه صرف صحي جديدة في منطقتي الوكرة والوكير، تعمل بطاقة استيعابية أولية قدرها 150 ألف متر مكعب في اليوم لمعالجة مياه الصرف الصحي وفق أعلى المواصفات العالمية، ومن المقرر اكتمال المشروع خلال أربع سنوات من بدء العمل، على أن يقوم الشريك المعني بالتنفيذ من جانب القطاع الخاص بتشغيل وصيانة المحطة لمدة 25 سنة، ومن ثم تنتقل إدارة الصيانة والتشغيل لهيئة الأشغال العامة باستخدام ذات التقنيات والخبرات المتفق عليها في التشغيل والصيانة. جريدة الشرق العدد 2019/03/26

قطاع الصحة والتعليم والعديد من القطاعات الأخرى[23]، غير أن القانون لم يصدر حتى كتابة هذه السطور، وما زال في دورته التشريعية.

وبالتالي يكون أحد الأسئلة المهمة التي يحاول هذا البحث الإجابة عنها هو ما هو مصير النزاعات التي قد تحصل في عقود مشروعات الشراكة آنفة الذكر، لا سيما مع غياب تشريع قطري يحدد بدقة آلية معالجة النزاعات في هذا النوع من المشروعات بالذات ، وهل غياب التشريع يشكل عدم استقرار حقيقي على هذه المشروعات؟

إشكالية الدراسة:

إن النظرة الأولية لعقد الشراكة والتزامات أطرافه توحي بوجود جوانب مشتركة بينه وبين عقود مسماة أخرى في القانون كعقد المقاولة وعقد الشركة، غير أن هناك جوانب اختلاف ايضا بين عقد الشراكة وهذه العقود ، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو ما مدى اعتراف المنظومة القانونية الحالية في قطر بعقد الشراكة، وهل هناك حاجة لتبني منظومة قانونية جديدة خاصة بهذه المشروعات، أم أن القوالب التعاقدية الموجودة أصلا في القانون القطري تستوعب هذه العلاقة التعاقدية، بمعنى آخر هل هذه الاختلافات جوهرية بحيث تنفي عن العقد التكييفات الموجودة حاليا في القانون أم ان هذه الاختلافات ممكن احتواؤها في النظام القانوني الموجود حاليا.

و يجدر بنا هنا أن نذكر الملاحظة التي أوردها البنك الدولي في هذا الصدد من أنه : "ليس هناك تعريف واحد عالمي مجمع عليه للشراكة بين القطاعين العام والخاص إذ نلحظ وجود خلاف بين نظم القانون في العالم حول معايير اعتبار العقد "شراكة" وبالتالي تكييف هذا العقد،

[23] جريدة الوسيل عدد 18 أكتوبر 2017

ومدى دخوله في العقود المسماة من عدمه، الأمر الذي أدى إلى حصول الاختلاف حتى في التسمية الاصطلاحية لعقد الشراكة بين مختلف النظم القانونية، فما يسمى شراكة في بلد قد يختلف عن ما يسمى شراكة في بلد اخر، ما قد يشكل ارتباكا لدى الباحث عند تتبع هذا العقد وتطبيقاته العملية حول العالم"[24] .

إذ لا يكفي أن يستخدم مصطلح الشراكة على العقد كي تطبق عليه أحكام عقد الشراكة، بل يلزم أن يكون مضمون العقد متفقا مع مضمون وفلسفة عقد الشراكة، وبالتالي يفترض من الباحث أن يوضح المقصود بعقد الشراكة ومضمون هذا العقد، مع الأخذ بالاعتبار أنه لا مشاحة في الاصطلاح، فالعبرة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني.

كما تجدر الإشارة أن هناك بعض الدول التي ارتأت إدراج عقود مشروعات المشاركة ضمن التشريعات الموجودة كتعديل، فمن الممكن أن يحدد النظام المالي أو قانون الموازنة العامة أو أي من القوانين المنظمة لمرفق معين من مرافق الدولة الإطار التنظيمي والقانوني لعمليات المشاركة بين القطاعين العام والخاص، وإن لم يستخدم التشريع مصطلح الشراكة، بينما ارتأت دول أخرى إصدار قوانين خاصة تحكم العقود الناظمة لمشروعات المشاركة دون غيرها من المشروعات.

تساؤلات البحث:

عليه ركزت هذه الدراسة على الإجابة عن هذين السؤالين:

---

[24] انظر في دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، البنك الدولي، الطبعة الثالثة ،ص 8، أو PPP Reference Guide متوفر على الشبكة في الرابط التالي: https://library.pppknowledgelab.org/documents/469 آخر زيارة: 10 أكتوبر 2019

- على اختلاف النظم القانونية التي تنظم عقد الشراكة، وعلى اختلاف الأشكال التعاقدية التي قد يظهر بها العقد على أنه عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص، إلى أن هناك عنصرا جوهريا إذا اختل ينتفي وصف الشراكة عن هذا العقد، فالسؤال يكون ماهي عناصر ومقومات عقد الشراكة؟
- ما مدى اعتراف المنظومة القانونية الحالية في قطر بعقد الشراكة، وهل هناك حاجة لتبني منظومة قانونية جديدة خاصة بهذه المشروعات، أم أن القوالب التعاقدية الموجودة أصلا في القانون القطري تستوعب هذه العلاقة التعاقدية؟

مناهج البحث ونطاقه:

ونظرًا لطبيعة موضوع البحث فقد تنوعت مناهجه التى اعتمد عليها؛ بين تحليلي ومقارن على النحو الآتي :

- المنهج التحليلي: وسوف يستخدم في محاولة إيجاد التكييف القانوني لعقد الشراكة في القانون القطري، عن طريق تحليل العناصر الجوهرية في عقد الشراكة لمعرفة مدى انطباق أي من العقود المسماة عليه.
- المنهج المقارن: نهدف من استخدام المنهج المقارن في هذا البحث إلى الاسترشاد بالممارسات العملية للدول التي تتشابه في تنظيمها القانوني بالنظام القانوني القطري وتحليل هذه الممارسات لمعرفة النقائص والمزايا ثم تطبيقها على القانون الوطني.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الباحث قد اعتمد هذا المنهج في الفصل الأول بشكل أكبر بكثير من الفصل الثاني، فاستخدم التشريع المقارن للإجابة عن سؤال ماهية عقد الشراكة، أما سؤال التكييف فقد اقتصر الباحث على التشريع القطري لما فيه من الكفاية في الإجابة عن هذا السؤال، واقتصر استخدام المنهج المقارن في المبحث الأخير وذلك لنقص النصوص التشريعية في هذا المبحث تحديدا.

ويذكر أنه لتحقيق أهداف الدراسة فقد قام الباحث بالعديد من الزيارات الميدانية إلى عدد من الجهات الحكومية والخاصة بهدف استقصاء درجة الوعي بعقد الشراكة وماذا يعتبر شراكة عند المشتغلين

بهذه العقود، من هذه الجهات: هيئة الأشغال العامة، ووزارة المالية، وشركة شبكة السكك الحديد القطرية (الريل)، و مكتب ايفرشيد للمحاماة، ووزارة الصحة العامة، وشركة مناطق.

و تجدر الإشارة اخيرا إلى أن نطاق البحث لا يشمل ما يلي :

1. الجوانب الفنية المرتبطة بتنفيذ كل مشروع على حدة، مثل مسألة دراسة جدوى المشروع ومدى كفاءة تنفيذ المشروع بطريقة الشراكة، ومدى ربحية المشروع، إذ أن هذه المسائل خارجة عن نطاق تخصص القانون برمته.
2. الجوانب القانونية المرتبطة بالقانون الإداري، سواء ما تعلق بالوظيفة والدور الذي يسمح به القانون للدولة بإدخال القطاع الخاص أو بخصخصة المرفق العام، أو ما يتعلق بالمناقصة التي يتم على أساسها اختيار الشريك المستثمر وغيرها من المسائل كونها من اختصاص القانون العام.

الدراسات السابقة

إن أكثر ما يميز هذا البحث هو أصالته النسبية حيث أنه لا يوجد حسب علمنا من تطرق إلى الشراكة وموقعها في التشريع القطري، أما في الفقه العربي فقد اقتصرت الدراسات التي وقف عليها الباحث –رغم بحثه الحثيث– على دراسات تتعلق بالتشريع المصري والفرنسي ودراسة واحدة في التشريع الإماراتي هي دراسة الأستاذ محمد إبراهيم الشافعي ،التنظيم القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص: دراسة تحليلية للقانون رقم 22 لسنة 2015 في إمارة دبي، والمنشورة في مجلة الفكر الشرطي–مركز بحوث الشرطة–الإمارات، 2017 .

ورغم أن الباحث قد وجد كفاية في هذه الدراسات في أبواب التعريف بعقد مشروع الشراكة وخصائصه وظهوره تاريخيا، وقد استفاد منها بالفعل في تكوين صورة دقيقة نسبيا عن مشروع الشراكة، إلا أن هذه الدراسات قد اقتصرت على بحث تكييف الشراكة من حيث كونها من عقود القانون العام أو الخاص، من بينها مثلا:

1. دراسة الأستاذ سيف باجس الفواعير والمعنونة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة، ومنشورة في المجلة الدولية للقانون–دار حمد بن خليفة للنشر.
2. صلاح الدين كاميليا، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في قانون الأنسيترال النموذجي و التشريعات العربية : دراسة تحليلية،من أبحاث ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القاطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية–مصر، 2012
3. كتاب الأستاذ حسن عبدالله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة ،دراسة تحليلية نقدية تطبيقية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، 2016
4. كتاب د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة ، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى 2007.
5. كتاب د.جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، 2002

وغيرها الكثير من الأبحاث من ما استشهد به الباحث خلال هذه الدراسة.

وقد كان لدليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة الدور الأكبر في توضيح ماهية عقد مشروع الشراكة، حيث تمثلت جهود البنك الدولي في دعم الحكومات إلى التعاقد بطريق الشراكة في إصدار دليل واضح لماهية عقد الشراكة، وخصائصه، ومميزاته، وماذا يعتبر داخلا فيه، ومتى يجب على الحكومات أن تتعاقد عن طريقه، فكان هذا الدليل أشمل وأدق ما اطلع عليه الباحث في هذه الأبواب، لا سيما وأن الدليل قد أشار إلى العديد من التجارب العالمية في تنظيم إنشاء المرافق العامة بطريق الشراكة وتجارب الدول فيها بمختلف أنظمتها القانونية، غير أن الدليل لم يناقش بالعمق الكافي البعد القانوني لعقود الشراكة، بل اكتفى بمرور سريع على مسألة نطاق الخصخصة الذي تسمح به التشريعات عادة، ويتبين من قراءة الدليل أنه لم يرد به مناقشة المسائل القانونية للشراكة، وإنما مجرد استعراض لماهيته وخصائصه ومميزاته وأهم الآليات الإدارية الواجب اتباعها.

كما نجد بعض الدراسات التي ركزت على جانب واحد من جوانب الشراكة كالتحكيم في عقود الشراكة، من بينها دراسة الأستاذ أحمد سيد محمود، ويجدر بالذكر أنه رغم اقتصار موضوع الرسالة على التحكيم، غير أن الدكتور قد تطرق إلى مسألة التكييف بعمق أكبر حتى من غيره من الدراسات المعنية بدراسة هذه الجزئية، حيث ربط مشروعية التحكيم والقانون الواجب التطبيق فيه بالتكييف الذي تسبغه هيئة التحكيم على العقد.

ولم يقف الباحث على أي دراسة ناقشت التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة من حيث مدى كونه من العقود المسماة وغير المسماة، بينما وقف الباحث على عدد من الدراسات التي ناقشت التكييف الشرعي لعقد الشراكة (والبوت)، من بينها مثلا:

1. دراسة الأستاذ أحمد محمد العمادي، الجمع بين العقود المالية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود.
2. دراسة د.خالد الرشود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 2013، بحث منشور على الشبكة.
3. دراسة د. محمد جواد الخرس، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، دور القطاع الخاص في تنميتها وموقف الاقتصاد الإسلامي منها، منشورات الحلبي الحقوقية.
4. بحث د.عبد الستار أبو غدة في عقد البناء والتشغيل وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة.
5. بحث د.علي القرداغي، دور المؤسسات المالية الإسلامية في تنمية وتطوير الوقف الإسلامي، بحث نشر ضمن بحوث مؤتمر الدوحة الرابع للمال الإسلامي–قطر، 2018.
6. بحث د.محمد تقي العثماني، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، من بحوث في قضايا فقهية معاصرة نشرتها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في قطر.
7. بحث عبدالوهاب أبوسليمان، عقد البناء والتشغيل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،من أبحاث الدورة التاسعة عشرة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
8. بحث الأستاذة ناهد السيد في حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجمع الفقه الإسلامي–من أبحاث الدورة التاسعة عشر.

وقد استهدى الباحث بهذه الدرسات في الوصول إلى تكييف قانوني لعقد الشراكة من حيث كونه من العقود المسماة وغير المسماة ومن حيث كونه من العقود الاحتمالية أو المحددة، حيث ناقشت هذه الدراسات هذه المسألة باستفاضة معقولة، لا سيما وأن مفهوم العقود المسماة وغير المسماة موجود في الفقه الإسلامي تماما كما هو في القانون المدني.

ويجدر بالذكر في هذا الصدد ما أقامه مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة، فبعد دعوة استكتاب شاركت فيها العديد من الأبحاث التي ناقشت هذا العقد من المنظور الشرعي أصدر المجمع القرار رقم 182 (19/8) في الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، 2009 ، ونص فيه على تعريف عقد البوت، قبل أن يصفه بأنه عقد مستحدث (غير مسمى) ويجيزه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، وقد ناقش الباحث هذا الرأي في الأسطر القادمة من هذه الدراسة.

لهذا نأمل أن تكمل هذه الدراسة ما استنقص من الدراسات الأخرى وعلى رأسها مسألة التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة من حيث كونه من العقود المسماة وغير المسماة، حيث لمس الباحث فراغا فقهيا في هذا الجانب، كما تأمل هذه الدراسة أن توضح الوضع التشريعي في قطر تحديدا فيما يتعلق بعقود مشروعات الشراكة.

الفصل الأول: ماهية مشروعات الشراكة

تمهيد وتقسيم:

حيث أن الحكم على الشيء هو فرع عن تصوره، كان يلزمنا في بداية هذا البحث أن نبين المقصود بمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص حتى يتبين لنا :

1. التكييف القانوني للعقد الحاكم لهذا المشروعات في القانون القطري.
2. مدى اشتمال المنظومة القانونية القطرية في عقودها المسماة لعقد ينظم العلاقة القانونية بين أطراف مشروعات الشراكة.

وعلى هذا الأساس، و حتى يكون الحكم القانوني الذي نصدره على العقد الحاكم لهذه المشروعات دقيق و نابع عن معرفة دقيقة بتفاصيل هذه المشروعات و أبعادها المختلفة، تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أفردنا هذا المبحث للتعريف بمشروع الشراكة و صور هذا المشروع كما وردت في الفقه والواقع العملي.

المبحث الثاني:أوردنا فيه قائمة بالخصائص التي تميز مشروعات الشراكة عن غيرها من المشروعات المتشابهة والتي تشترك معها في المحل (مشاريع العمران والبنية التحيتة عموما) أو في الغاية (المشاريع الاستثمارية عموما والمشروعات التي تتضمن تعاونا بين القطاعين العام والخاص).

المبحث الأول: تعريف مشروع الشراكة وتقسيماته

تمهيد وتقسيم:

أول ما يصادف الباحث في مسألة تعريف مشروع الشراكة هو عقبة إيجاد تعريف جامع ومانع وواضح لهذا العقد في الفقه أو التشريع المقارن، لا سيما وأن مصطلح الشراكة ما هو إلا ترجمة حرفية لمصطلح PARTNERSHIP ،ولا يخفى أن هذا المصطلح يحمل في طياته الكثير من المعاني والإسقاطات في اصطلاح القانون وغيره[25]، غير أن كل هذه المعاني لها تعريفات ومصطلحات خاصة في القانون تميزها عن غيرها منعا للبس وحتى لا يختلط المعنى اللغوي والحرفي بالمعنى الاصطلاحي.

يضاف إلى ما سبق، تنوع صور وأشكال العقود التي يطلق عليها عرفا وقانونا مصطلح "الشراكة بين القطاعين العام والخاص" ، فكما سيظهر لنا في هذا المبحث أن مشروع الشراكة قد يأخذ العديد من الأشكال والصور، لدرجة تبدو معها التزامات الأطراف مختلفة تماما في كل مشروع ، ويظهر أن محال هذه العقود الحاكمة لهذه المشاريع مختلفة وشديدة التفاوت وبالتالي يلزم أن تكون التعريفات مختلفة.

ولقد وضع المشرع في عدد من الدول تعريفا للعقد الحاكم لمشروع الشراكة بينما آثر بعض المشرعين أن يترك مسألة التعريف للفقه، ونعتقد أن المسلك الأول هو الأولى بالاتباع إذ رغم كون مسألة التعريف مسألة فقهية من حيث المبدأ، إلا أن التعددية الفقهية لتعريف عقد مشروع الشراكة واختلاطها في كثير من الأحيان بالمبادئ الاقتصادية كالخصخصة وغيرها،

---

[25] فالزواج شراكة، والتعاون في العمل شراكة، والاتفاق على الاشتراك في الربح والخسارة شراكة.

جعلت من مهمة إيجاد التعريف مهمة ليست سهلة أبدا، وتستلزم وقتا وجهدا غير عاديين ، ومن الأجدى أن يستثمرهما القاضي أو المحكم في النظر والتأمل في القضية محل النزاع، بدل أن يبحث في مسألة أولية هي مدى انطباق التعريف على العقد، لا سيما في نظام الدول التي تأخذ بنظام العقود المسماة وغير المسماة كقطر.

وعلى ضوء ما سبق، قسم هذا المبحث إلى مطلبين، حتى يتبين بدقة أكثر حدود مصطلح الشراكة وما يعتبر داخلا فيه:

المطلب الأول: تعريف مشروع الشراكة.

المطلب الثاني: صور مشروعات الشراكة.

المطلب الأول: تعريف مشروع الشراكة

تمهيد وتقسيم:

للوقوف على التعريف الاصطلاحي لمشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، لجأ الباحث إلى البحث في استخدامات مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الاصطلاح العام ثم في التعريفات التشريعية المقارنة وأخيرا في التعريفات الفقهية، ثم حاول الباحث إيجاد المرتكز الذي يجمع بين جميع هذه الاستخدامات كي يصل إلى دلالة المقصود بمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وعليه سنعرض في الفرع الأول من هذا المطلب دلالة مصطلح الشراكة في الاصطلاح العام، ثم في الفرع الثاني سنستعرض دلالته كما جاءت في التعريفات التشريعية ، ثم نشير في فرع ثالث إلى تداول الكتابات الفقهية لهذا المصطلح ودلالته عندهم.

الفرع الأول : دلالة الشراكة في الاصطلاح العام

رغم الاستخدام الدارج لهذا المصطلح من دون تعريف واضح، غير أن معظم المعاني في مجملها تصب في معنى واحد هو : تلك العلاقة الاقتصادية القائمة على التعاون وتبادل المصالح بين كيانين مستقلين، فالشراكة من هذا المنظور تعني التحالف الاستراتيجي لتحقيق أهداف معينة، وسنكتفي في هذا العنوان بهذا التعريف رغم اتساعه الكبير، فما يعنينا هو اتصال هذا المصطلح بمصطلحات القطاعين العام والخاص.

وقد يجدر بالذكر هنا أن نميز بين مصطلح الشركة ومصطلح الشراكة، فرغم تقارب البنيان اللغوي لكلا المصطلحين إلا أن لكل منهما معنى مختلف تماما عن الآخر ، على الأقل من جهة الاصطلاح القانوني .[26]

فعلى سبيل المثال تتوافر نية المشاركة في الربح والخسارة في الشركة و لا تتوفر في الشراكة، أضف إلى ذلك أن الشركة تكتسب شخصية معنوية بقوة القانون، فيما لا تكتسب الشراكة أي شخصية معنوية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، كما سنوضح في المباحث القادمة.

---

[26] فالشركة كما عرفها القانون المدني في المادة 513: "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل واقتسام ما قد ينشا عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة"، كما عرفها قانون الشركات التجارية القطري رقم 11 لسنة 2015 في المادة 2 : "الشركة التجارية، عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، بأن يسهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة."
والشركة بهذا المفهوم تقسم بالنظر إلى عدة معايير، فبالنظر إلى اكتساب الصفة التجارية تقسم الشركات إلى شركات مدنية أو تجارية، وبالنظر إلى طبيعة رأس المال تقسم الشركات إلى شركات يتكون رأس مالها من حصص وشركات يقسم رأس المال فيها إلى أسهم، كما تقسم الشركات بحسب أهمية الاعتبار الشخصي للشريك في الشركة إلى شركات أشخاص وشركات أموال وشركات مختلطة. للمزيد انظر: باسم ملحم و بسام الطراونة ،شرح قانون الشركات التجارية القطري الجديد رقم 11 لسنة 2015، الطبعة الأولى، ص 16-18. وانظر أيضا: ياسين الشاذلي في الوجيز في قانون الشركات القطري الجديد رقم 11لسنة 2015، lexis nexis ، ص 16 -19، والشراكة كما سنرى مفهوم مختلف تماما.

ويجدر بنا أيضا أن نوضح أن مصطلح الشراكة كما ذكرنا ما هو إلا ترجمة حرفية لكلمة PARTNRSHIP ، ونرى أن المصطلح الانجليزي والعربي كلاهما مصطلح واهن من حيث دقة القصد نحو المعنى المراد عند التوظيف[27]، إذ نراه يحمل في طياته معان ليست حقيقية بالضرورة، حيث يحمل مصطلح الشراكة ومشتقاته معنى وحدة المصير والهدف، وهذا غير وارد في هذا النوع من العقود[28] ، وإن سميت العلاقة شراكة فيكون على سبيل التجوز اللفظي.

ونرى أن الأجدى هو استخدام مصطلح المشاركة بالعربية و PARTICIPATION بالانجليزية، حيث قد ينصرف الذهن عند ذكر مصطلح الشراكة إلى الشراكة في الربح والخسارة بين حاملي أسهم،[29] فيصبح عقد الشراكة هو ذاته عقد الشركة، وهذا قطعا خلاف المراد من الشراكة .

وبالاستقراء نلحظ استخدام مصطلح المشاركة لنفس القصد، سواء على مستوى التشريع أو الكتابات الفقهية كما نلحظ استخدام مصطلح التحول إلى القطاع الخاص أحيانا لنفس المعنى،[30] والمشاركة أولى وأصوب وأقرب إلى المعنى، لأنه معبر أكثر عن دور القطاع الخاص مقارنة بالقطاع العام[31].

---

[27] محمد جواد الخرس، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، دور القطاع الخاص في تنميتها وموقف الاقتصاد الإسلامي منها، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، 2012، ص 119

[28] فالعلاقة بين القطاعين العام والخاص ليس فيها اشتراك حقيقي من قبيل شراكات الزواج أو الشركة، كما يوحي بذلك المصطلح، حيث أنه في هذه الأخيرة يكون المستفيد من التعاون في جميع الأحوال هما طرفي العقد، أما في شراكة القطاعين العام والخاص فقد يستفيد أحد الأشخاص دون الآخر أو أكثر من الآخر، كما سنرى.

[29] أحمد سيد محمود في التحكيم في عقود الشراكة، دار نصر، القاهرة، 2013، ص 4، نقلا عن الدكتور محمد عبدالمجيد إسماعيل في القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى ، 2010، ص 176

[30] وحيد أحمد الهندي، التحويل إلى القطاع الخاص في المملكة العربية السعودية في عهد خادم الحرمين الشريفين ، جامعة الملك سعود، 2001

[31] فالقطاع الخاص دوره ثانوي ومعين للقطاع العام في تنفيذ هذه المشروعات ، غير أن عبء هذه المهمة باق على عاتق القطاع العام، أما الشراكة فقد تفيد أن القطاع الخاص يتحمل مسؤولية تنفيذ هذه المشروعات بدلا أو على قدم المساواة مع

الفرع الثاني: دلالة الشراكة بين القطاع القطاعين العام والخاص في التشريع

حيث أن الهدف من الدراسة هو الوصول إلى فهم واضح لموقع عقد مشروع الشراكة في النظام القانوني القطري، سنقوم باستعراض التعريفات التشريعية المقارنة، وتحليلها بحيث نتبين ما يعتبر في التشريع المقارن أركانا لعقد مشروع الشراكة، وعلى ضوء هذا التحليل سننظر في الفصل الثاني من هذه الدراسة حول مدى اشتمال المنظومة القانونية القطرية لعقد حاكم لمشروع كمشروع الشراكة حسب وصفه في التشريع المقارن والفقه.

الغصن الأول: دلالة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع المصري:

لو نظرنا إلى تعريف المشرع المصري في القانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة لعقد الشراكة، نجد بأنه عرفه بالآتي : "عقد المشاركة[32] عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة 2 من هذا القانون"[33].

القطاع العام، وهذا خلاف المقصود من هذا المصطلح. انظر:تعريف الشراكة عند محمد متولي دكور، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، دار بحوث التمويل، الإدارة العامة للبحوث المالية،وزارة المالية- مصر، 2009 ص 4. ويلاحظ إلى ما درج عليه من الإشارة إلى حالة نقل عبء المرفق إلى القطاع الخاص بصورة كاملة ودائمة بالخصخصة، وهو الذي لا يتحقق بموجب عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ يحتفظ القطاع العام بملكية المنشأة وبواجباته تجاه هذا المرفق ولا تتحول إلى القطاع الخاص، باستثناء خلال فترة المشروع على التفصيل الذي سنراه، لذا فهناك فارق جوهري بين الخصخصة والشراكة. انظر: رجب محمود طاجن، عقود الشراكة ، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى 2007، ص 57.

[32] يلاحظ في هذا التعريف استخدامه لمصطلح المشاركة بدل الشراكة ، وهو كما بينا أصوب وأدق من مصطلح الشراكة.

[33] المادة الأولى من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة. ويؤخذ على التعريف عدم ذكره للمقابل الذي ستحصل عليه شركة المشروع، ما يوحي بأن شركة المشروع قد تقوم بهذه الأعمال على سبيل الهبة، ولا خلاف في أن عقد الشراكة هو من عقود المعاوضات. انظر خالد الرشود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 2013، بحث منشور على الشبكة،https://books.google.com.sa/books?id=LTTlwn8JP-

وبالرجوع إلى المادة 2 من هذا القانون نجد النص الآتي[34]:

"للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد .ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه. ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون، الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية .ولا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقًا لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا

UC&lpg=PP1&hl=ar&pg=PP1&fbclid=IwAR0AcBsbqipW9DaKiCXrw86thv0XZ_iNn4zVSaAJvx1P
9a6uE49Q-gzSr4o#v=onepage&q&f=false ، آخر زيارة: 10 أكتوبر 2019، ص 93.

[34] يجدر بالإشارة أن مجلس الدولة المصري قد انتهى من صياغة مشروع قانون مقدم من الحكومة بتعديل بعض أحكام تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ، ومن المقرر مناقشة المشروع قريبا في مجلس النواب، وينص مشروع التعديل على تعديل نص المادة 2 إلى ما يلي: "يجوز للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع القيام بأى من الأعمال التالية فى مشروع من مشروعات البنية الأساسية والمرافق والخدمات العامة فى مختلف قطاعات الدولة كالنقل والكهرباء والاتصالات وتكنولوجيا المعلومات والمياه والصرف الصحى والصحة والتعليم وغيرها، تمويل وتصميم وإنشاء وتشغيل أو استغلال المشروع وصيانته. أى من الأعمال الواردة فى البنود السابقة منفردة أو مجتمعة مع غيرها شريطة أن تشتمل على تمويلها وصيانتها.
ولا يجوز أن تقل مدة عقد المشاركة عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من التاريخ المحدد فى العقد للتشغيل وفقا للإجراءات الدستورية، وألا تقل القيمة الإجمالية للعقد عن مائة مليون جنيه.
ولا تبدأ شركة المشروع فى تقاضى أى مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقا لمستوى الأداء المنصوص عليه فى العقد إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة.".
جريدة الاهرام: http://www.ahram.org.eg/NewsQ/708734.aspx آخر زيارة 10 أكتوبر 2019 ، وبالتالي يتعين قراءة النص مع الأخذ بعين الاعتبار احتمالية تغييره في المستقبل القريب.

بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة."[35]

وبالتالي يكون مشروع المشاركة في القانون المصري كما يتضح من التعريف هو ذلك المشروع الذي يكون فيه:

1. التزام المستثمر بالتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد.
2. مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع، أو نظير ما يدره المشروع من عوائد مستوفاة من جمهور المنتفعين نظير القيام بالأعمال الواردة أعلاه.

وعلى هذا يكون التزام القطاع الخاص (المستثمر) في عقود الشراكة غير متغير بحسب كل عقد، فهو لا يخرج من كونه التزاما بالقيام بأعمال تختص جميعها بإقامة أو تطوير أو صيانة أو تشغيل بنية أساسية أومرافق العامة، فطبيعة التزام القطاع الخاص ثابتة في هذه العقود.

---

[35] يعاب على نص المادة 2 من قانون المشاركة المصري سوء الصياغة المتمثلة في الإطالة الزائدة، والتي تفتح باب التفسيرات المتعارضة والثغرات القانونية. ورغم طول نص المادة 2 إلا أنه مع ذلك جاء غامضا مثيرا للالتباس، فليس من الواضح مثلا ما إذا كانت الصيانة من أركان العقد الجوهرية بحيث لو تخلفت لم يعد عقد مشاركة ام لا، كما ليس واضحا ما إذا كانت المستحقات المالية التي ستتقاضاها شركة المشروع نظير بيع المنتجات أو تقديم الخدمات هي مبالغ مالية ثابتة أم نظير ما يدره المشروع من عوائد يقدمها جمهور المنتفعين ، ثم ما المقصود هنا بقيمة العقد الإجمالية؟ هل هي ماتقدمه الإدارة المتعاقدة كأجر نظير قيام شركة المشروع بالأعمال المتفق عليها أم تشمل أيضا ما تتقاضاه شركة المشروع من ثمن أو أجر نظير بيع المنتجات أو تقديم الخدمات.
كما أن عبارة "تقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد"، عبارة عامة تشمل الكثير من الأعمال، وقد يستغنى عنها بمصطلح "التشغيل"، والذي يفيد نفس المعنى.

أما التزام جهة الإدارة فمتغير، إذ يسمح نص قانون المشاركة المصري أن يكون المقابل الذي سيحصل عليه القطاع الخاص نظير ما قام به من أعمال والذي يشكل التزام الإدارة المتعاقدة: مبالغ مالية محددة تدفع حسب ما يتفق عليه الأطراف في العقد، غير أنها لا تستحق إلا بعد إقامة المشروع وتشغيله بمستوى مرض، و إصدار الإدارة المتعاقدة شهادة بقبول الأعمال.

كما يسمح النص أن يكون المقابل في صورة السماح للقطاع الخاص بالحصول على ما يدره المشروع من عوائد يستوفيها من جمهور المنتفعين، وفي كلتا الحالين يعتبر العقد هنا عقد "مشاركة" حسب مفهوم قانون المشاركة المصري.

وبالتالي تكون للمشاركة حسب ما جاءت في قانون المشاركة المصري صورتين:

1. التزام القطاع الخاص بالقيام بأعمال محددة ومتفق عليها في العقد وحسب الضوابط العامة التي جاء بها قانون المشاركة المصري رقم 67 لسنة 2010، مقابل التزام جهة الإدارة بمنحه مبلغ معين حسب الجدولة الزمنية المتفق عليها في العقد.
2. التزام القطاع الخاص بالقيام بأعمال محددة ومتفق عليها في العقد وحسب الضوابط العامة التي جاء بها قانون المشاركة المصري رقم 67 لسنة 2010، مقابل التزام القطاع العام بالسماح للقطاع الخاص بالحصول على ما يدره المشروع من عوائد بحسب طبيعة كل مشروع.

الغصن الثاني: دلالة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الإماراتي:

يعرف التشريع الإماراتي في القانون – رقم 22 – لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي مشروع الشراكة بأنه: "عقد تبرمه الجهة الحكومية مع

شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي".

يلاحظ من التعريف أن المراد بعقد مشروع الشراكة هو ذلك العقد الذي يكون فيه:

1. التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع كما ورد في العقد.
2. التزام الجهة الحكومية بمبلغ محدد أو بالسماح لشركة المشروع بالحصول على عائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي.

وبتحليل نص التعريف نلحظ في التشريع الإماراتي ما لاحظناه في التشريع المصري من كون التزام القطاع الخاص له طبيعة ثابتة تتمثل في القيام بالأعمال المنصوص عليها في العقد، بينما التزام الجهة الحكومية متغير بحسب كل عقد.

فالتزام الجهة الحكومية إما أن يكون مبلغ محددا ثابتا يقدم على دفعات وفي أوقات محددة إذا ما تطابقت جودة الأعمال مع الجودة المتفق عليها في العقد، أو أن يكون منح شركة المشروع حق الحصول على ما يدره المشروع من عوائد بحسب طبيعته.

وعلى هذا تكون الشراكة في التشريع الإماراتي على صورتين تماما كما هي في التشريع المصري، ونحيل إلي ما ذكرناه في غصن دلالة الشراكة في التشريع المصري منعا للتكرار.

الغصن الثالث: دلالة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الكويتي:

أما المشرع الكويتي فقد عرف عقد الشراكة بين القطاعين الخاص والعام في المادة الأولى من القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنه:"

مجموعة من الاتفاقيات التي يتعين إبرامها بشأن تنفيذ أحد مشروعات الشراكة بين الجهة العامة وشركة المشروع وفقا لهذا القانون".

كما عرف القانون مشروع الشراكة بأنه: "مشروع لتنفيذ أحد الأنشطة والذي تستهدف الدولة منه تقديم خدمة عامة لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية أو تحسين خدمة عامة قائمة أو تطويرها أو خفض تكالفها أو رفع كفاءتها، يتم طرحه من قبل الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة وفقا لنظام الشراكة وبعد اعتماده من اللجنة العليا وبما لا يتعارض مع المادتين 152 و 153 من الدستور".

وأخيرا عرف القانون في ذات المادة نظام الشراكة[36] بأنه:

"نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة متى تطلب المشروع ذلك في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة، ويأخذ إحدى صورتين:

---

[36] نلحظ استخدام مصطلح "نظام" الشراكة بدل مصطلح "عقد" الشراكة على غرار التشريعات المقارنة الأخرى آنفي الذكر، ولا يرى الباحث لهذا الاختلاف في الاصطلاح أثر عمليا يذكر، غير أن الباحث يرى أن كلمة نظام في هذا السياق جاءت غير دقيقة، فالشراكة عقد يلزمه إيجاب وقبول بخلاف ما يفهم من مصطلح النظام، فالنظام في الاصطلاح العام مساو لمصطلح: "الأمر الصادر من السلطة العامة"، ومشروعات الشراكة ليست نظاما تفرضه الدولة بل التزام تعاقدي بين الدولة وشخص من أشخاص القانون الخاص يلزمه ما يلزم العقود من رضا ومحل وسبب.
وقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار عقود الشراكة والبوت تنظيما اقتصاديا وليس اتفاقا أو عقدا، انظر مثلا: هاني سرى الدين في الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مجلة القانون والاقتصاد، 1999، ص 5. غير أن هذا الرأي محل نظر، إذ أنه ينكر الطبيعة الاتفاقية لعقود البوت والشراكة، ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها، وهذا غير صحيح حيث إن هذه الاتفاقات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة وشركة المشروع، أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذا لهذا العقد فهي لا تؤثر في طبيعته. جابر جاد نصار، مرجع السابق، ص 50

1. أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصل عليه المستثمر عن الخدمة أو الأعمال المنفذة من المستفيدين أو من الجهات العامة التي يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها والتي قامت بالتعاقد معه أو من كليهما.
2. أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني واستثماره لمدة محددة.

ويدفع مقابلا لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع –متى وجدت– في الحالتين"[37].

ولو حللنا التعريف سنلحظ أن مشروع الشراكة حسب مفهومه الوارد في قانون الشراكة الكويتي هو ذلك المشروع الذي يقتضي:

1. التزام مستثمر بالاستثمار في أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية ، وضرب المشرع أمثلة على المقصود بالاستثمار من خلال سرد مجموعة من التصرفات: "تنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة"، وأن يكون هذا المشروع يهدف إلى تنفيذ أحد الأنشطة والذي تستهدف الدولة منه تقديم خدمة عامة لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية أو تحسين خدمة عامة قائمة أو تطويرها أو خفض تكالفها أو رفع كفاءتها.

---

[37] يلاحظ أن المشرع الكويتي قد سلك منهجا مختلفا عن نظيره الإماراتي والمصري ، حيث أطنب في التعريف بمشروع الشراكة حتى اشتمل التعريف نفسه على بعض الأحكام المنظمة لعقد مشروع الشراكة خارجا بذلك عن حدود الغرض الأساسي من التعريف، فالتعاريف تتميز بالإيجاز والتحديد،ثم اشتمل التعريف على بعض شروط العقد وهذا مما لا يدخل في ماهيته.

2. إذا كان المشروع مقام على أرض تملكها الدولة، فيلتزم المستثمر بمقابل مالي نظير انتفاعه بأرض الدولة.

وفي مقابل ذلك يكون التزام الدولة بما يلي:

1. التزام الدولة بتقديم أرض تملكها إلى المستثمر في حالة تطلبت طبيعة المشروع ذلك، أما إذا لم تتطلب طبيعة المشروع تقديم أرض ما، كأن يكون المشروع لا يستدعي تواجده في مكان واحد، مثل مشروع جمع النفايات وإطفاء الحرائق ونحوها، فالظاهر من النص أن الدولة لا تلتزم إلا بالسماح للمستثمر بممارسة الأعمال المتفق عليها.
2. التزام الدولة بتقديم مقابل عن الخدمات والأعمال التي تنفذها شركة المشروع، متى ما تم الاتفاق على ذلك ، بالإضافة إلى التزام الدولة بالسماح لشركة المشروع بتحصيل مقابل الأعمال والخدمات من المستفيدين من المشروع، أو أحد هذين الالتزامين.[38]

[38] وإن كان هذا المقابل الذي يحصل عليه القطاع الخاص غير واضح من النص غير أنه يستفاد من نص المادة 27 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص: "يجب أن يتضمن عقد الشراكة الأسس التي تقوم على أساسها شركة المشروع بتحصيل مقابل الخدمات التي تقدمها أو الأعمال التي تنفذها، بالطريقتين التاليتين أو بإحداهما:
1. عن طريق الجهة العامة، مقابل:
أ- توفير الخدمة متوافقة مع معايير الأداء المتفق عليها.
ب-استعمال الخدمة أو البنية التحتية التي يوفرها مشروع الشراكة.
ج- حد أدنى من الطلب المتوقع على الخدمة أو البنية التحتية التي يوفرها مشروع الشراكة.
د. استكمال مراحل محددة متفق عليها من التنفيذ أو التشغيل أو البنية التحتية، شرط أن يكون متفق عليها في الجدول الزمني المعتمد لتنفيذ المشروع.
هـ- تحقيق نسبة عائد داخلي محدد في وثائق طرح المشروع.
2. من المستفيدين من الخدمة أو البنية التحتية من غير الجهات العامة، وفي إطار ما يحدده عقد الشراكة من آلية لاحتساب المقابل."

بناء على ما سبق، نخلص إلى أن لعقود مشروعات الشراكة حسب مفهومها الوارد في قانون الشراكة الكويتي أربع صور[39]، وعلى هذا، يتوسع مفهوم الشراكة في التشريع الكويتي ليشمل حالتين لم يشملهما التشريع المصري والإماراتي.

الغصن الرابع: دلالة الشراكة بين القطاعين العام والخاص عند البنك الدولي:

وأخيرا ، تعريف البنك الدولي، حيث يعرف عقد الشراكة بأنه: عقد طويل المدى بين شخص من القطاع الخاص، وجهة حكومية لأجل إقامة أصل عام أو خدمة عامة، ويتحمل فيه القطاع الخاص مخاطر جوهرية ومسؤوليات الإدارة، ويكون المقابل مرتبطا بالأداء[40].

ويلاحظ في هذا التعريف إيراده لبعض خصائص العقد الحاكم لمشروع الشراكة، كأن يكون طويل المدى، وأن يكون بهدف إقامة مرفق عام أو تشغيله، أو أن يتحمل فيه القطاع الخاص مخاطر غير عادية، ثم ربطه بين الأجر والأداء.

والشراكة بمفهومها عند البنك الدولي تشمل المشروعات التي محلها عقارات جديدة أو موجودة، كما تشمل الحالات التي يتحصل فيها القطاع الخاص كامل أرباحه من جمهور

---

[39] 1 .التزام القطاع الخاص بالقيام بمجموعة من الأعمال المتفق عليها في العقد، وحسب الضوابط الواردة في القانون، نظير التزام القطاع العام بتقديم مبلغ محدد على دفعات وفقا للجدولة المتفق عليها وبحسب جودة الأعمال أو الخدمات.
2. التزام القطاع الخاص بالقيام بمجموعة من الأعمال المتفق عليها في العقد وحسب الضوابط الواردة في القانون، بالإضافة إلى التزامه بدفع مقابل عن انتفاعه بأرض الدولة متى ما كان يستخدمها في تنفيذ المشروع، نظير قيام القطاع العام بتقديم مبلغ محدد على دفعات وفقا للجدولة المتفق عليها وبحسب جودة الأعمال أو الخدمات.
3. التزام القطاع الخاص بالقيام بمجموعة من الأعمال المتفق عليها في العقد وحسب الضوابط الواردة في القانون، نظير السماح للقطاع الخاص بالحصول على العوائد التي يدرها تشغيل المشروع بحسب طبيعته.
4. التزام القطاع الخاص بالقيام بمجموعة من الأعمال المتفق عليها في العقد وحسب الضوابط الواردة في القانون، بالإضافة إلى التزامه بدفع مقابل عن انتفاعه بأرض الدولة متى ما كان يستخدمها في تنفيذ المشروع، نظير السماح للقطاع الخاص بالحصول على العوائد التي يدرها تشغيل المشروع بحسب طبيعته.

[40] ترجمة الباحث للتعريف التالي: A long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility and remuneration is linked to performance. انظر: دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، مرجع سابق، ص 5

المنتفعين أو الحالات التي يكون الدفع كليا أو جزئيا من قبل الحكومة، فكل هذه الحالات تدخل تحت اصطلاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص حسب تعريف البنك الدولي.[41]

وبالتالي، وعلى خلاف باقي التعريفات في التشريع المقارن و التي ركزت على الالتزامات الرئيسية للأطراف عند تعريف المشاركة، نلحظ أن تعريف البنك الدولي يركز أكثر على القيمة الإدارية ومدى ملائمة مشروع الشراكة لتحقيق الاستفادة المرجوة أساسا منه.

فينظر البنك الدولي إلى أن الهدف من الشراكة هو تحسين مستوى الخدمات والبنية التحتية عن طريق تحمل القطاع الخاص أكبر قدر ممكن من المسؤولية عن أداء المرفق أو الخدمة، فمتى ما تحقق ذلك كان العقد شراكة، حسب مفهوم البنك الدولي.[42]

وبالتالي يرى الباحث أن تعريف البنك الدولي للشراكة هو من الاتساع بحيث يغطي جميع الصور المذكورة سواء في التشريع المصري أو الإماراتي أو الكويتي، إذ أن معيار البنك الدولي لما يعتبر شراكة يدخل تحته العديد من الصور، فطالما كان أجر المتعهد بإقامة المرفق أو تشغيله أو صيانته مرتبط بمستوى أداءه زيادة أو نقصانا يكون جوهر الشراكة قد تحقق في هذه الحالة، وذلك بغض النظر عن مصدر الأجر أو محل الأعمال، وهذا المعيار بطبيعة الحال يدخل العديد من المشروعات تحت مظلة الشراكة.

الغصن الخامس: خلاصة التعريفات التشريعية للشراكة:

باستقراء التعريفات التشريعية للشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع المقارن نلاحظ:

---

[41] دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، مرجع السابق، ص 6-8

[42] البنك الدولي، المرجع السابق، ص 9

1. الشراكة تتضمن التزاما ثابتا من جهة القطاع الخاص في جميع عقود الشراكة، وهو الالتزام بالقيام بجملة من الأعمال التي تخدم مرفقا أو خدمة عامة، بينما التزام القطاع العام متغير، فقد يشمل التزاما بدفع مبلغ محدد أو التزام بالسماح للقطاع الخاص باستيفاء عوائد المشروع من جمهور المنتفعين.

وبالتالي نستنتج أن الشراكة تشتمل على عدة صور، فهي ليست صورة واحدة كما هي في عقد البيع أو الإيجار، بل قد يبرم عقدين مختلفين، تلتزم الإدارة في أحدهما بدفع مبلغ محدد وتلتزم في الآخر بالسماح للقطاع الخاص بالاستفادة من عوائد المشروع، بل قد يضاف إلى ذلك أن يلتزم القطاع الخاص بدفع مبلغ معين لقاء الاستفادة من أرض الدولة في حالة ما تطلب المشروع ذلك، كل هذا يصح تسميته بأنه "عقد شراكة"، رغم وجود تفاوت ظاهر بين التزامات الأطراف في كل صورة.

2. تباينا واسعا في الصياغة التعريفية لهذا العقد على خلاف المعتاد في تعريف العقود المسماة بين النظم القانونية اللاتينية عموما والعربية خصوصا.

أما بالنسبة للتشريع القطري، فلم يصدر حتى كتابة هذه الدراسة أي قانون ينظم مشروعات الشراكة على وجه التحديد، وبالتالي ليس هناك تعريف خاص لمشروعات الشراكة في التشريع القطري حتى هذه اللحظة[43]، وسنرجئ الحديث عن مسألة مدى الحاجة إلى إصدار تشريع خاص

[43] رغم ما نقلته جريدة الشرق القطرية في العدد الصادر يوم الأربعاء 28-03-2018 من مقتطفات من قانون الشراكة المزمع إصداره قريبا، إلى أن الباحث تحرى مصداقية هذه المقتطفات لدى الجهات المعنية بهذا القانون في الدولة وأفادوا بعدم صحتها مطلقا، وبالتالي لا يجوز التعويل عليها للوصول إلى فهم واضح لقانون الشراكة في القانون القطري.
كما نقلت جريدة العرب القطرية في عدد الأربعاء 3 أبريل 2019 خبر اعتماد مجلس الوزراء لقانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ونص الخبر على أنظمة الشراكة المزمع اعتمادها.

ينظم عقود مشروعات الشراكة في القانون القطري إلى الفصل الثاني من هذه الدراسة عند حديثنا عن تكييف عقود مشروعات الشراكة.

الفرع الثالث: دلالة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الفقه

أما التعريفات الفقهية فكانت أكثر غموضا واتساعا من التعريفات التشريعية، حيث يرى بعض الفقه أن الشراكة هي: الجمع بين تلبية حاجة عامة للجمهور وكفاءة القطاع الخاص وموارده لخلق فرصة سوقية يتم من خلالها تلبية حاجة الجمهور العامة وتحقيق الربحية معا.[44]

بينما يرى فريق آخر، أن عبارة "الشراكة بين القطاعين العام والخاص " تشمل في مدلولها: كل أشكال التعاون بين القطاعين المذكورين قصد ضمان اشتغال المرفق العام أو جزء منه فقط في إطار عقود طويلة الأمد.[45]

وعرفه آخر بأنه: عقد مركب طويل الأمد موضوعه إنجاز مهمة من مهام المرفق العام ارتكازا على مبدأ تقاسم المخاطر والمسؤوليات.[46]

إن جماع هذه التعريفات وغيرها[47] يفيد أن الشراكة مفهوم واسع له صور عديدة، والدليل على ذلك أن جل هذه التعريفات جاءت من العموم بحيث تستوعب عددا كبيرا من صور

---

[44] ترجمة للتعريف الوارد في : Haliman,J. and G Johnston, 1992. The politics of economics of privatization, University of Alabama Press, p 197. والذي نصه : PPP are defined as: the combination of a public need with private capability and resources to create a market opportunity through which the public need is met and a profit is made.

[45] المكنوزي، محمد الهادي، إشكالات بنية رأس مال شركات المشروع الناتجة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية -المغرب، 2013 ص 11

[46] كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأنسيترال النموذجي والتشريعات العربية: دراسة تحليلية، ندوة الإطار القانون لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية-القاهرة، 2012 ص140

[47] انظر مثلا: محمد عبدالخالق الزعبي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازاعاتها، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازاعاتها- الأردن ،2010 ،ص 213. وكذلك

مشروعات الشراكة وبالتالي تستوعب أكثر من عقد ، وفي كل عقد تختلف التزامات الأطراف بشكل جوهري، ما يحتم اختلاف التكييف في كل عقد.

وعودة على ما بدأنا به هذا المبحث، فبعد استعراض دلالة مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع والفقه يجد الباحث أن المرتكز الأساسي لهذا المفهوم هو مرتكز إشراك القطاع الخاص وتحميله أعباءا تزيد عن الأعباء التي يتحملها عادة في عقود الإنشاءات التقليدية.

غير أن الباحث يرى أن هذا المرتكز هو ذو طابع اقتصادي تنموي أكثر منه قانوني، فجل هذه التعريفات التشريعية والفقهية ركزت على مفاهيم اقتصادية وتنموية أكثر من كونها قانونية.

فصور الشراكة لا يجمع بينها وحدة التزامات الأطراف في جميع صور العقد كما هي مثلا في عقود البيع والتي تقتضي نقل الملكية في جميع صورها أو الإيجار والتي تقتضي نقل المنفعة في جميع صورها، فالشراكة لها صور يجمع بينها تحمل القطاع الخاص لمسؤوليات ومخاطر أكثر من ما يتحمله عادة في عقود الإنشاءات التقليدية كما سنشرح في المباحث القادمة، وهذا القاسم المشترك يتصور وجوده مع كثير من العقود التي يتفاوت فيها التزامات الأطراف.

انظر: عمر سالمان، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ،ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازاعاتها -مصر، 2011 ص 3. وأيضا: محمد متولي دكور، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، دار بحوث التمويل، الإدارة العامة للبحوث المالية،وزارة المالية-مصر، 2009 ص 4. وأيضا: محمد إسماعيل عبدالمجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010 ص176 و ص 177. وكذلك: حسن عبدالله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة ،دراسة تحليلية نقدية تطبيقية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، 2016 ص 59. وأخيرا: أحمد سيد محمود، التحكيم في عقود الشراكة ، دار نصر، 2013 ص 12

وبعد استقراء التعريفات أعلاه، يرى الباحث أن العقد الناظم لمشروع الشراكة والذي يعنى هذا البحث بدراسته هو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص معنوي خاص إلى شخص معنوي عام بالقيام بأعمال معينة على مرفق من مرافق الشخص المعنوي العام، وقد يضاف إلى هذا الالتزام، الالتزام بدفع أجر دوري للشخص المعنوي العام في حالة الانتفاع من أرض الشخص المعنوي العام ، لقاء الترخيص للشخص المعنوي الخاص باستغلال المرفق على نحو محدد في العقد، أو لقاء مبالغ مالية يقدمها الشخص المعنوي العام للشخص المعنوي الخاص ، أو كلا هذين العوضين.

فاشتمل تعريف الباحث أعلاه على جميع الصور المحتملة لما يسمى شراكة، كما وردت في التشريع المقارن آنف الذكر.

والشراكة بناء على تعريف الباحث أعلاه ليست عقدا واحدا بل عدة عقود مختلفة ومتفاوتة ، كما أن الشراكة حسب ما يرى الباحث لا تعدو إلا أن تكون نمطا أو برنامجا معينا من التعاقد الحكومي، فهو ليس عقدا محددا بل عبارة عن مجموعة نوعية من العقود، وبطبيعة الحال سيكون لكل عقد تكييفه الخاص بحسب التزامات الأطراف ومدى اشتمال النظام القانوني لكل صورة من صور الشراكة ضمن منظومة العقود المسماة.

ويهدف هذا النمط أو البرنامج إلى تحسين الكفاءة أو الانتاجية أوالقيمة الاقتصادية لمشاريع العمران والبنية التحتية، ويكون ذلك التحسين عن طريق توكيل القطاع الخاص بمهام البناء والتصميم والتشغيل والصيانة، إذ أن مجرد اجتماع هذه المهام عند القطاع الخاص من شأنه أن يوفر على الدولة قدرا معتبرا من السيولة اللازمة لإنشاء هذه المشروعات الحيوية

وتشغيلها،[48] كما من شأن تفويض القطاع الخاص بهذه المهام أن يجعل للقطاع الخاص دافعا أن يتولى مهام البناء والتشغيل على نحو أكثر كفاءة كونه المعني بصيانة المشروع وتشغيله .

فأي تقصير في التصميم أو البناء سينعكس بالضرورة على التشغيل والصيانة ما سيرتب أعباء مالية أكثر على القطاع الخاص كان من الممكن له أن يتفادها لو أنه أتقن العمل خلال مرحلتي التصميم والتشييد.

يضاف إلى ذلك أنه في بعض صور الشراكة كما رأينا في التعريف قد يكون مصدر مقابل الأعمال هو جمهور المنتفعين، وبالتالي يضحى رضا جمهور المنتفعين عن مستوى الخدمات أمرا مهما للغاية كونه سيؤثر على درجة إقبالهم على الخدمة وبالتالي احتمالية حصول القطاع الخاص على أرباحه.

غير أن كل هذه الأهداف هي غير مؤثرة من حيث التكييف القانوني للعقود، حيث أن الملاحظ عند التأمل في تعريفات العقود المسماة في القانون القطري هو تركيز المشرع على المسائل ذات الصلة المباشرة بحل أي نزاع قد ينشأ بين الأطراف، وهي بشكل عام المسائل المتعلقة بالتزامات الأطراف تجاه بعضهم البعض.[49]

---

[48] د. جابرجاد نصار، مرجع سابق، ص48

[49] أما المسائل الأخرى كشخصية الأطراف أو أهدافهم ونواياهم من الدخول في العقد أو إجراءات إبرام العقد، فهي في الغالب ليست ذات صلة مباشرة بحل النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف، فلا يهتم الأطراف في حالة حصول النزاع - غالبا- بخصوص نوعية المتعاقد معهم كأن يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص، أو لماذا دخل المتعاقد معهم في هذا العقد، فكل هذه الأمور هي أمور ثانوية في حالة حصول النزاع، فكل ما يهتم به الأطراف هو معرفة كيفية حفظ حقوقهم في حالة أخل الطرف المقابل بالتزاماته تجاههم، وهذا وارد في عقود مشروعات الشراكة تماما كما هو في غيره من العقود، لا يختلف معها في شيء.

و يترتب على استنتاجنا أن عقود الشراكة هي نمط وبرنامج من التعاقد الحكومي وأنها ليست عقدا واحدا محددا، أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون العقد ضمن العقود المسماة ويوصف بأنه "شراكة" في نفس الوقت، فليس هناك ما يمنع أن يكون العقد إيجارا وشراكة، أو مقاولة وشراكة في آن واحد، فوصف الشراكة بناء على المفهوم أعلاه لن يكون وصفا ذو تأثير على عملية التكييف.

كما نستنتج من استعراضنا لتعريفات الشراكة أن عقود مشروعات الشراكة تشمل مجموعة من العقود الذائعة الصيت في الآونة الأخيرة و درج الاصطلاح على تسميتها بعقود البوت[50]، فعقود البوت إذن صورة من صور الشراكة، لكن الشراكة أوسع منه بحيث تشمل البوت وتشمل غيره[51]، وعلى هذا ستشمل هذه الدراسة عقود البوت بوصفها صورة من صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

المطلب الثاني: صور مشروعات الشراكة

---

[50] وهي : اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها وقبض العائد منها كاملا أو حسب الاتفاق خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها.مجمع الفقه الإسلامي انظر القرار رقم 182 (19/8) في الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، 2009. وعرفت لجنة الأمم المتحد للقانون النموذجي الأنسترال عقود البوت بأنها: شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع امتيازا لتنفيذ مشروع معين، على أن تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا، وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة. كما نقله الدكتور جابر جاد نصار ، مرجع سابق، ص 38. كما تم تعريف البوت أيضا بأنه: اتفاق بين طرفين أحدهما مالك العقار والآخر يتولى إقامة المشروع عليه مقابل تملكه لمنفعته مدة معلومة. انظر: خالد الرشود، مرجع سابق، ص 95

[51] دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة، مرجع سابق، ص7. ،تقرير مركز مركب، مرجع سابق، ص 55. وانظر أيضا: السعيد دراجي، مرجع سابق، ص5

تمهيد وتقسيم:

حسب ما وصلنا إليه في المبحث السابق، نلحظ أن مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص مفهوم واسع يحتمل العديد من الصور التي تتشارك فيما بينها في الأحكام الناظمة لها، ويمكن تقسيم أنواع الشراكة بين القطاع العام والخاص حسب ما وردت في التشريع المقارن والفقه وفق اعتبارات عدة، منها تقسيم مشروعات الشراكة من حيث مصدر حصول القطاع الخاص على المقابل، ومن حيث نوع البنية التحتية محل المشروع، ومن حيث وظيفة القطاع الخاص، وأفردنا لكل تقسيم فرعا مستقلا[52].

الفرع الأول: تقسيم مشروعات الشراكة من حيث مصدر حصول القطاع الخاص على المقابل:

يمكن تقسيم مشروعات الشراكة من حيث مصدر حصول القطاع الخاص على مقابل القيام بالأعمال الموكلة إليه الى[53]:

1. مشروعات تمول بالكامل ذاتيا ، أو بمعنى آخر من جمهور المنتفعين: كرسوم الجسور والطرق التي يتم تحصيلها من السيارات العابرة عليها ، فهي تمول بالكامل من المنتفعين، ويفترض أن هذه الرسوم كافية لتمويل القطاع الخاص لتنفيذ المشروع وصيانته ثم تحصيل أرباحه.
2. مشروعات تمول جزئيا من الحكومة: ويتحقق ذلك في مجالات الخدمات التي يتم فيها تحديد رسوم الاستخدام لجمهور المنتفعين عند مستويات لا تكفي لتأمين مستوى المدفوعات

---

[52] وهناك عدة تقسيمات أخرى كتقسيم المشروعات على أساس ملكية أصول المشروع ولكن اكتفى الباحث بهذه التقسيمات للاختصار.

[53] أحمد سيد محمود، مرجع سابق، ص 17، وانظر أيضا:دليل البنك الدولي، المرجع السابق، ص 6-8

المطلوبة لتنفيذ وتشغيل المشروع على النحو المرضي[54]، وبالتالي تتولى الحكومة في مثل هذه الحالات استكمال رسوم الاستخدام من خلال تقديم دعم من جانب السلطة العامة، وقد يكون هذا الدعم مستحق فقط لفئة معينة من الأفراد كمحدودي الدخل أو المواطنين ونحو ذلك، ومثال هذه المشروعات: محطات الطاقة الكهربائية.[55]

3. مشاريع تمول كليا من الحكومة : المشاريع التي لا يمكن فرض رسوم استخدام عليها أو أن يكون فرض الرسوم على المنتفعين غير مقبول عمليا وسياسيا، وبالتالي تتولى الحكومات في الغالب تمويل هذه المشروعات بالكامل، مثل مشاريع المستشفيات والسجون والمحاكم ، والشرطة والجيش، و محطات إطفاء الحريق.

إن تقسيم المشروعات على النحو الوارد أعلاه يتضمن في الواقع تقسيما آخر،وهو تقسيم المشروعات من حيث طريقة حساب المقابل الذي سيحصل عليه القطاع الخاص [56]، ويمكن تقسيم هذه المشروعات إلى:

1. مشروعات يحصل فيها القطاع الخاص على إيرادات المشروع بحسب درجة الإقبال على الخدمة من جمهور المنتفعين، ومثال ذلك كما في رسوم الجسور والطرق، فيحصل القطاع الخاص كمشغل للمشروع على مبلغ معين عن كل مرور على الطريق أو الجسر، أو أن

---

[54] ويرجع السبب في تحديد رسوم الاستخدام عند هذه المستويات المتدنية نتيجة لأسباب سياسية أو اجتماعية مرتبطة بدخل الفرد والمستوى الاقتصادي العام للدولة.

[55] كما تظهر هذه الصورة في نوع آخر من المشروعات، وهي مشروعات يحصل فيها القطاع الخاص على إيرادات المشروع من جمهور المنتفعين، ولكن في حالة لم يتحقق الإقبال على الخدمة بالدرجة المتوقعة ما سيؤثر بطبيعة الحال على إيرادات المشروع، فيتكفل القطاع العام حينها فقط بتكملة النقص وتلبية الفارق بين إيرادات المشروع الفعلية والتي كانت متوقعة عند إبرام العقد كي يحقق القطاع الخاص أرباحه العادلة دون نقص.
كما تندرج تحت هذه الصورة حالة أخرى، وهي تلك المشروعات التي تلتزم الحكومة فيها بدفع مبلغ معين ثابت بغض النظر عن مستويات الإقبال على الخدمة، بحيث يكون لشركة المشروع أن تقتضي أرباحها من من المبلغ الذي التزمت به الحكومة، ومن ما يدره المشروع من عوائد مصدرها جمهور المنتفعين.

[56] ونجد النص على هذا التقسيم في المادة 27 من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة الكويتي آنفة الذكر، فنحيل إليها منعا للتكرارا.

يحصل القطاع الخاص على مبلغ ما عن كل طالب في حالة كان المشروع مدرسة، أو عن كل مريض في حالة كان المشروع مستشفى، وذلك بغض النظر عن مصدر المقابل فقد يكون المنتفع هو من يدفع المقابل وقد يكون مصدر التمويل هو الحكومة كليا أو جزئيا كما بينا في الفقرة السابقة.

2. مشروعات يحصل فيها القطاع الخاص على مقابل محدد بحسب مدى توافر الخدمة للمنتفعين وبغض النظر عن درجة الإقبال عليها، حيث يستحق القطاع الخاص الأجر المتفق عليه في العقد في حالة تم توفير الخدمة طوال فترة المشروع حتى ولو لم يكن هناك أي إقبال على الخدمة من جمهور المنتفعين.

وسنستخدم هنا أيضا مثال المدرسة، حيث قد يتولى القطاع الخاص مهام تشغيل المدرسة ويستحق بذلك أجره طالما كانت المدرسة متاحة بمستويات الجودة المتفق عليها، وإن لم يكن هناك إقبال من الطلبة على المدرسة.

ومثال ذلك أيضا مشروعات المستشفيات، حيث قد يتولى القطاع الخاص مهمة تجهيز المستشفى وتشغيله ويستحق أجره المتفق عليه في العقد وإن لم يكن هناك عدد كبير من المرضى.

3. مشروعات تتم المزج فيها بين الطريقتين، فيحصل القطاع الخاص على مبلغ معين بحسب مدى توافر الخدمة للمنتفعين وبغض النظر عن درجة الإقبال عليها، وفي نفس الوقت يكون للقطاع الخاص تحصيل إيرادات المشروع من جمهور المنتفعين.

ويجدر بالإشارة أن الأمثلة المطروحة في الصور الواردة أعلاه قد تختلف في كل بلد بحسب عوامل كثيرة مرتبطة بالوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي لكل دولة، ولكن بشكل أساسي حسب ما يسمح به نظام هذه الدولة من تفويض مهام الحكومة إلى عاتق القطاع الخاص[57].

الخلاصة إذن أن جميع هذه الصور داخلة في مفهوم مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع اختلاف التكييف القانوني للعقد الحاكم في كل واحدة منها كما سنبين خلال الدراسة.

الفرع الثاني: تقسيم مشروعات الشراكة من حيث نوع البنية التحتية محل المشروع[58]:

تقسم مشروعات الشراكة من حيث نوع البنية التحتية محل المشروع إلى :

1. مشروعات متعلقة ببنية تحتية قائمة: وهي المشروعات التي يوكل فيها إلى القطاع الخاص بمهام تطوير وتحسين وإدارة عقارات قائمة فعليا.
2. مشروعات متعلقة ببنية تحتية جديدة: وهي المشروعات التي يوكل فيها إلى عاتق القطاع الخاص بالقيام بمهام التمويل والبناء والإدارة لمبان جديدة تختلف بحسب المشروع.

---

[57]إذ هناك بعض الدول التي يلزم نظامها أن تقوم الحكومة بمهام أساسية ولا يجوز لها التفويض فيها، ودرجات التفويض تختلف من دولة إلى أخرى، إذ يحكم هذه المسألة عدة اعتبارات كالنظام الدستوري المتبع فهي في النظام البرلماني غيرها في النظام الرئاسي، وأيضا تختلف على اعتبار الجو والمناخ التشريعي السائد سواء الاتيني او الانجلوسكسوني، أو الإطار القانوني الذي يتم من خلاله استغلال القدرات والموارد الاقتصادية والطبيعية والبشرية، وكذلك على مدى موائمة إدارة المرفق بهذه الطريقة دون غيرها من الطرق بالنظر إلى طبيعة المرفق، انظر: رئيف خوري ،عقود البي او تي وعقود الخصخصة في القانون المقارن، دار صادر للمنشورات الحقوقية، ص 4. وذكرت أحكام الاونيسترال التشريعية النموذجية آنفة الذكر في توصيتها الرابعة: "ينبغي أن يحدد القانون قطاعات أو أنواع البنية التحتية التي يجوز منح الامتيازات بخصوصها" ثم تذكر في التوصية الخامسة:" ينبغي أن يحدد القانون المدى الذي من الجائز أن يتسع إليه الامتياز ليشمل كامل المنطقة الخاضعة لنطاق ولاية السلطة المتعاقدة المعنية أو القسم الفرعي الجغرافي منها..".

[58] دليل البنك الدولي، المرجع السابق، ص6-8

3. مشروعات غير مرتبطة ببنية تحتية وإنما بمرفق ليس له طبيعة عقارية، أو لا تتطلب طبيعة المرفق أن يجري العمل على عقار الدولة، كمرفق جمع النفايات أو إطفاء الحرائق.[59]

الفرع الثالث: تقسيم مشروعات الشراكة من حيث وظيفة القطاع الخاص:

وفيما يلي أهم صور وظائف القطاع الخاص في مشروعات الشراكة ، حيث يشير اسم العقد إلى المهام الموكلة إلى القطاع الخاص، وذلك بغض النظر عن مصدر المقابل في هذه العقود أو نوع الأصول[60]:

1. مشروعات التصميم والتنفيذ/البناء والتمويل والتشغيل والصيانة[61]: في هذا النوع يتولى القطاع الخاص مهمة تصميم المشروع وفقا للاحتياجات والمتطلبات التي يتفق مع القطاع العام عليها، وبعد صدور الموافقة على التصميم يباشر القطاع العام مهمة البناء، وفي كلا المهمتين يأخذ القطاع العام بعين الاعتبار أنه سيتولى بعد ذلك مهمة تشغيل

---

[59] ويستدل على وجود هذا التقسيم بالنظر إلى نصوص تعريفات الشراكة آنفة الذكر، حيث نص في التشريع المصري على أن "تطوير المرفق" قد يكون من أعمال الشراكة، ولا يتصور التطوير إلا على بنية تحتية قائمة فعلا، وكذلك نص المشرع الكويتي على أن "تحسين خدمة عامة قائمة أو تطويرها أو خفض تكالفها أو رفع كفاءتها" داخل في مفهوم الشراكة في التشريع الكويتي. كما جاء في أحكام الاونيسترال التشريعية النموذجية بشان مشاريع البنية التحيتية الممولة من القطاع الخاص في توصيته الثالثة: " يجوز أن تشمل مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص امتيازات لتشييد وتشغيل مرافق وشبكات تحتية جديدة أو صيانة مرافق وشبكات بنية تحتية قائمة وتحديثها وتوسيعها وتشغيلها. انظر: أحكام الأونيسترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع النبية التحتية الممولة من القطاع الخاص مرجع سابق.
وعادة ما تلجأ الحكومة إلى تفويض القطاع الخاص بمهمة تطوير المنشأة القائمة بهدف تزويدها بأساليب إدارة موجودة فقط لدى القطاع الخاص أو تدعيم المرفق بالتكنولوجيا الحديثة ، ويتم الاتفاق غالبا على التزام شركة المشروع بتدريب عدد كاف من العاملين التابعين للجهة الإدارية المتعاقدة على آخر التطورات وأساليب الإدارة الحديثة لكي يتسنى للجهة المتعاقدة الاستفادة من هذه التكنولوجيا أو هذه الأساليب بعد انتهاء فترة العقد. انظر: شامل العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2016 ص 36.

[60] انظر: سعد الذيابي، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية (البوت)، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي حول "التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية"، عمان، 2014، ص 9

[61] يعرف كذلك بعقد البوتBOT اختصارا BUILD ,OPRATE, TRANSFER

وصيانة المبنى أو صيانته على الأقل، وبالتالي يجب عليه أن يصمم ويشيد المرفق بطريقة يسهل معها تشغيله وصيانته.

2. مشروعات التصميم والتنفيذ والتمويل والتشغيل: يتطابق هذا العقد مع ما سبقه غير أن الصيانة خارجة عن محل العقد.
3. مشروعات التطوير/التجديد والتشغيل : يتطابق هذا العقد مع العقدين السابقين غير أن الحديث هنا عن تطوير وتحديث مرفق قائم فعليا بدل تشييده.
4. مشروعات الصيانة والتشغيل[62]: في هذا العقد تقتصر مهمة القطاع الخاص على مهام الصيانة والتشغيل طوال المدة المتفق عليها في العقد، دون أن يكون له دور في مرحلتي التصميم والبناء أو التطوير.[63]

وسنفصل الحديث أكثر حول هذه المهام عند مبحث خصائص مشروعات الشراكة.

خلاصة المطلب:

إن هذه التقسيمات توضح أن مشروعات الشراكة هي مشروعات قد تأخذ صورا عديدة، وأن إلتزامات الأطراف فيها تختلف في كل مشروع، الأمر الذي سينعكس بالضرورة على العقود الحاكمة لكل مشروع وبطبيعة الحال على التكييف القانوني للعقد الحاكم لكل مشروع، فليس هناك صورة واحدة لعقد مشروعات الشراكة بل هناك طائفة من العقود تخدم كل مشروع بحسب طبيعته.

---

[62] وتعرف كذلك بمشروعات الإدارة.

[63] وهذا سينعكس بطبيعة الحال على مسؤولية القطاع الخاص عن التقصير في المهام الموكلة إليه، حيث يفترض أن لا يتحمل القطاع الخاص أي تقصير ناتج عن خلل في تصميم أو بناء المرفق ولم يظهر أثره إلا عند تشغيل المرفق، وبالتالي يكون على عاتق المحكمة أن تتحرى هذا الجانب عند تقدير مسؤولية القطاع الخاص عن أعماله.

وهذا يعضد من الاستنتاج الذي ذكرناه في المبحث السابق من أن المقصود بمشروعات الشراكة هو نمط معين من التعاقد وإدارة مشروعات البناء والبنية التحتية وليس عقدا واحدا بالتزامات محددة، ما يحتم علينا البحث في التكييف القانوني لكل عقد بشكل مستقل[64].

[64] فلا يكفي أن يوصف العقد بأنه عقد حاكم "لمشروع شراكة بين القطاعين العام والخاص" حتى نستطيع أن نمنحه تكييفا واحدا يصدق على كافة عقود الشراكة ، بل ينبغي على القاضي أو الباحث القانوني أن يبحث في التزامات الأطراف في العقد المعروض عليه حتى يتمكن من إضفاء التكييف القانوني عليه، إذ قد يكون لكل صورة من صور العقد في التقسيمات آنفة الذكر تكييف قانوني مختلف وسنتولى في الفصل الثاني من هذه الدراسة بحث التكييف القانوني في القانون القطري لكل صورة من صور عقود مشروعات الشراكة .

المبحث الثاني: خصائص مشروعات الشراكة

تمهيد وتقسيم:

نستعرض في هذا المبحث أهم سمات وأوصاف مشروعات الشراكة التي تميز مشروعات الشراكة عن ما قد يشتبه بها من المشروعات الشبيهة في الواقع العملي، و يشكل هذا المبحث الحلقة الأخيرة من التعرف على ماهية مشروعات الشراكة قبل الشروع في مهمة التكييف القانوني للعقد الحاكم لمشروع الشراكة، فمتى توفرت هذه السمات أو أغلبها نستطيع أن نحكم بوجود مشروع شراكة بين القطاعين العام والخاص، وقد أفردنا لكل خاصية من هذه الخصائص مطلبا مستقلا، على النحو التالي:

المطلب الأول: صفة أطراف العقد

المطلب الثاني :محل المشروع هو عمل متصل بخدمة عامة أو بنية تحتية

المطلب الثالث: تنوع مهام القطاع الخاص في العقد الواحد

المطلب الرابع: مشروع طويل المدة

المطلب الخامس: مشروع متعدد الأطراف ذات العلاقة

المطلب السادس: مبدأ تقاسم المخاطر

المطلب السابع: الاعتماد على المخرجات بدل المدخلات

المطلب الأول: صفة أطراف العقد

إن مصطلح "الشراكة بين القطاعين العام والخاص" يوحي بضرورة كون أطراف مشروعات الشراكة هما من أشخاص القطاع العام وأشخاص القطاع الخاص، ويدعم هذا الانطباع ما جاء في أغلب التعريفات التشريعية المقارنة، بالإضافة إلى عناوين القوانين والقرارات الي استعرضناها آنفا، فاصطلاح "مشروعات الشراكة" لا يستخدم إلا في سياق الحديث عن مشروع بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص.

إلا أنه يلاحظ مع ذلك أن صور الشراكة كما وردت في المطلب الثاني لا تمنع من أن تكون بين طرفين من أشخاص القانون الخاص، فعقود الشراكة هي من العقود المستحدثة التي يتصور أن تساهم في تلبية احتياجات القطاع الخاص كالأفراد والشركات والجمعيات الخاصة،[65] ولذا جاء التعبيرعن هذا الطرف بالمالك في بعض التعريفات، ليشمل الحالتين معا.[66]

ورغم اننا ارتأينا استبقاء "مصطلح "الشراكة بين القطاعين العام والخاص" في العنوان نظرا لانتشار هذا المصطلح تحديدا عند الإشارة إلى هذا النوع من التعاقدات ولعدم وجود مصطلح شائع

---

[65] إذ ليس هناك ما يمنع نظريا في المنطق القانوني أن يقوم أحد أشخاص القطاع الخاص بتقديم أرض أو عقار إلى شخص معنوي خاص آخر، على أن يقوم هذا الأخير بمجموعة من الأعمال المتفق عليها في العقد لقاء إما أجر يدفعه لمالك الأرض أو بدون أجر، على أن يكون للمستثمر حق استغلال الأرض والانتفاع بإيرادها بطريقة معينة فترة معينة من الزمن.
وفي الآونة الأخيرة تم التوسع بالفعل في هذا النوع من العقود حتى صار للأشخاص المعنويين بل للأفراد والأوقاف نصيب منه انظر: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 43 و أيضا: خالد الرشود، مرجع سابق ، ص 93 وأيضا: انظر: علي القرداغي، مرجع سابق ص 96.
وقد اطلع الباحث على عقد من هذا النوع بين الشركة المتحدة للتنمية (المطور والمسوق لمشروع جزيرة اللؤلؤة-قطر) وشركة أخرى تبتغي بناء مطعم على أرض تقع ضمن نطاق مشروع اللؤلؤة وتشغيله لمدة 10 سنوات ثم إعادته إلى الشركة المتحدة للتنمية، فهنا نلاحظ وجود عقد يتطابق مع مفهوم الشراكة والبوت غير أنه بين طرفين كلاهما من أشخاص القانون الخاص.

[66] مثال ذلك ما جاء في تعريف مجمع الفقه الإسلامي لعقد البوت بأنه: اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها وقبض العائد منها كاملا أو حسب الاتفاق خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها. انظر القرار رقم 182 (19/8) في الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، 2009.

يصف الحالة التي يكون فيها طرفي العقد من القطاع الخاص، إلا أننا لا نرى ما يمنع من تطبيق ذات الأحكام والتكييف على عقد شراكة أطرافه من القطاع الخاص[67]، فليس لشخصية أطراف العقد أثر في تكييف العقد إلا فيما يتعلق بتكييفه من حيث كونه من عقود القانون العام أو الخاص كما سنرى في الفصل الثاني من هذه الدراسة[68].

ويبقى السؤال: من هم أشخاص القطاع العام والقطاع الخاص كأطراف في عقد الشراكة؟

يمكن الاسترشاد بمفهوم القطاع العام والقطاع الخاص في سياق مشروعات الشراكة بما ورد في تعريفات التشريعات المقارنة[69]، وعلى ضوء غياب قانون خاص بالشراكة في قطر يمكننا البحث في السياقات التي وردت فيها هذين المصطلحين أو ما يشابههما في التشريع القطري في محاولة لاستقراء فهم واضح للمقصود من هذين المصطلحين تحديدا.

---

[67] انظر في تأييد هذا الرأي: د.جابر جاد نصار مرجع سابق، ص 42، وانظر أيضا: محمود فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني-من أبحاث مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية-القاهرة ، 2001، ص 3. وانظر أيضا ناهد السيد في حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجمع الفقه الإسلامي-من أبحاث الدورة التاسعة عشرة، ص 5

[68] مع الأخذ بعين الاعتبار أن جميع القوانين التي نظمت مشروعات الشراكة قد بنيت على فرضية أن أحد أطراف المشروع من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص، وبالتالي لن تنطبق إلا في هذه الحالة فقط.

[69] عرف قانون الشراكة المصري القطاع الخاص بأنه: "الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي الذي تقل مساهمة المال العام المصري في رأس ماله عن 20% والتحالف بين اثنين أو أكثر من الأشخاص الاعتبارية المصرية أو الأجنبية الذي تقل مساهمة المال العام فيه عن 20%"، وفيما يقابل القطاع الخاص نجد القانون عرف الجهات الإدارية بأنها: "الوزارات والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديدها قرار من رئيس مجلس الوزراء".

بينما نجد قانون تنظيم الشركة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي عرف الجهة الحكومية بأنها: "الدوائر الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والمجالس والسلطات بما فيها سلطات المناطق الحرة وأية جهة أخرى تابعة للحكومة"، أما القطاع الخاص فهو "يشمل المؤسسات الخاصة والشركات."

أما قانون الكويت بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص فعرف القطاع العام بأنه:"أي وزارة أو إدارة حكومية أو جهة عامة ذات ميزانية ملحقة أو مستقلة تقوم بإبرام عقد مع مستثمر من القطـاع الخاص للقيام بمشروع بنظام الشراكة وفق أحكام هذا القانون، أو تشارك في الاستثمار بنسبة من أسهم الشركة المساهمة العامة التي تؤسس لتنفيذ مشروع الشراكة"، ولم يعرف القانون الكويتي القطاع الخاص، بل عرف بدلا منه "المستثمر" وهو: "شخص اعتباري خاص محلي أو أجنبي، أو أكثر من شخص اعتباري خاص يكونون تحالفا، تم اعتماد تأهيله من اللجنة العليا، لتقديم عطاء على أحد مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص".

في التشريع القطري كما في كافة القوانين نجد التقسيم بين الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة ونجد كذلك أن تعداد الأشخاص المعنوية العامة والخاصة جاء على سبيل المثال لا الحصر، دون أن يضع المشرع معيارا واضحا محددا للتمييز بينهما.

ورغم صمت المشرع عن تحديد المقصود بالأشخاص المعنوية العامة والخاصة فقد اتفق الفقه والقضاء على أن الأشخاص المعنوية العامة هي: الدولة والأشخاص المعنوية الإقليمية أو المحلية والهيئات والمؤسسات العامة، وبالتالي يعد ما عداها من الأشخاص المعنوية الخاصة وهي: الأوقاف والشركات المدنية والتجارية والجمعيات والمؤسسات الخاصة.[70]

ونظرا لغياب معيار للتمييز بين الأشخاص المعنوية العامة والخاصة فقد تعددت محاولات الفقه والقضاء في ذلك، فمنهم من ذهب إلى أن العبرة بطبيعة منشئ الشخص العنوي، ومنهم من ذهب إلى أن العبرة بمن له سلطة الإدارة والإلغاء، ومنهم من ذهب إلى أن العبرة بالهدف الذي أنشأ من أجله الشخص المعنوي أو مدى قدرته على استخدام أساليب السلطة العامة.

---

[70] عبدالحفيظ الشيمي ومهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، جامعة قطر 2017، ص 91، وانظر أيضا: د. جابر جاد نصار، مرجع السابق، ص41 ، و نصت المادة 53 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على : "الأشخاص المعنوية هي:
1 -الدولة، ووحداتها الإدارية التي يمنحها القانون شخصية معنوية، والبلديات.
2 -الهيئات والمؤسسات العامة.
3 -الأوقاف.
4 -الشركات المدنية والتجارية، إلا ما استثني منها بنص خاص.
5 -الجمعيات والمؤسسات الخاصة، وفقاً لما يقرره القانون.
وكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية."

والرأي الراجح أن تحديد طبيعة الشخص المعنوي من حيث كونه من أشخاص القانون العام أو الخاص هو أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، فعلى القاضي أن يبحث في كل حالة على حده عن إرادة صريحة للمشرع.[71]

وقد درج التشريع القطري على منح الهيئات والجهات الإدارية صفة الشخصية المعنوية العامة إما على شكل قانون أو قرار أميري[72]، كما يسترشد في تحديد أشخاص القانون العام بالتعريفات الواردة في القوانين ذات الصلة كالقانون رقم 2 لسنة 2015 بإصدار قانون النظام المالي للدولة، حيث عرف القانون الهيئة العامة بأنها :شخص معنوي عام يقوم على إدارة مرفق عام غير اقتصادي أو يهدف إلى تقديم خدمة عامة، وعرف المؤسسة العامة بأنها: شخص معنوي عام يقوم على إدارة مرفق عام اقتصادي أو يهدف إلى استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو المشاركة في التنمية الاقتصادية.[73]

خلاصة القول إذن أن أي قانون سيصدر لتنظيم مشروعات الشراكة يفترض أنه سينظم الحالة التي يكون فيها أحد أطراف المشروع من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص، مع الأخذ بعين الاعتبار أن صورة العقد لا تمنع من وجودها بين أطراف جميعهم من القطاع الخاص

---

[71]فمثلا نجد من أحكام القضاء القطري ما نصه: "وكانت مراجعة هذا العقد - المودع صورته بملف الدعوى - تكشف عن أنه أبرم مع قناة ..... الفضائية - وهي أحد أشخاص القانون العام وفقاً لقانون إنشائها رقم (1) لسنة 1996" الطعن الطعن رقم 118 لسنة 2008. وفي حالة عدم وجود هذه الإرادة الصريحة فللقاضي أن يقدر هذه المسألة مستعينا بأكثر من معيار من ما سبق. انظر: عبدالحفيظ الشيمي ومهند نوح، مرجع سابق، ص 92-93

[72] انظر مثلا: قرار أميري رقم (27) لسنة 2011 بإنشاء اللجنة العليا لقطر 2022 و قانون رقم (1) لسنة 1996 بإنشاء شبكة الجزيرة الفضائية.

[73] المادة 1 من القانون رقم (2) لسنة 2015 بإصدار قانون النظام المالي للدولة.

،غير أن القانون لن يخاطب هذا النوع من المشروعات وستخرج في اصطلاح القانون عن وصفها بأنها "شراكة" وستطبق عليها القواعد العامة بدلا من ذلك[74] .

المطلب الثاني :محل المشروع هو عمل متصل بخدمة عامة أو بنية تحتية

إن استعراض التعريفات التشريعية والفقهية المقارنة يوضح لنا أن محل مشروع الشراكة هو عمل متصل بخدمة عامة أو بنية تحتية، ومفهوم الخدمة العامة يختلف بطبيعة الحال من دولة إلى أخرى، ويكون المعيار هو ما تعتبره الحكومة من واجبتها تجاه المجتمع، أما البنية التحتية فيقصد بها تلك المنشآت المادية والنظم التي توفر الخدمات للجمهور عامة بشكل مباشر أو غير مباشر[75].

وتجدر الإشارة أن مشروع الشراكة لا يقتضي أن يكون محل المشروع حصرا هو إنشاء عقار أو تشغيل عقار قائم، بل قد يكون توفير خدمة معينة للجمهور، وهذه الخدمة لا تقتضي أن يحوز القطاع الخاص على عقار من الدولة خلال فترة المشروع، كخدمة إطفاء الحريق أو البريد أو جمع النفايات وغير ذلك من الخدمات التي لا تتطلب بالضرورة وجود عقار الدولة تحت يد القطاع الخاص.

فلو نظرنا إلى التشريع الكويتي مثلا، فسنجده أورد عبارة " متى تطلب المشروع ذلك" عند تعريفه لنظام الشراكة، حيث نص في التعريف على "نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع

---

[74] وعلى ضوء ما أوردناه من عدم وجود تعريف واضح للقطاع العام والقطاع الخاص، وبالتبعية الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة في التشريع القطري، يكون من المفيد أن يبين التشريع الجديد المنظم لمشروعات الشراكة التمييز بين هذين النوعين من الأشخاص حتى يتبين المعيار الأساسي للتفريق بدلا من أن يكون موضوعا لاجتهاد القضاة في كل قضية على حدة، فقد تتعارض هذه الأحكام حول تكييف المركز القانوني لنفس الشخص المعنوي ما سيؤدي بطبيعة الحال إلى عدم استقرار في معاملات هذا الشخص ومن يتعامل معه.

[75] أحكام الأونيسترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع النبية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، الحكم النموذجي 2 "التعاريف"، مرجع سابق.

الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة متى تطلب المشروع ذلك في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة..." ، ما يفيد دخول الحالات التي لا يتطلب فيها تقديم الخدمة على عقار تملكه الدولة تحت مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص حسب مفهومه الوارد في التشريع الكويتي.

وكذلك نجد التشريع المصري الذي أورد في تعريف مشروعات الشراكة أن محل عقود المشاركة هي: "تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد"، ما يقتضي ضرورة أن يكون محل العقد هو بنية أساسية أو مرفق عام حتى يصدق عليه وصف الشراكة، وتطبق عليه أحكام قانون الشراكة.

أما التشريع الإماراتي فجاء النص على هذه المسألة في تعريف "المشروع": "أي مرفق أو خدمة أو نشاط أو منتج يتم الإشراف عليه أو تقديمه أو إنتاجه من قبل الجهة الحكومية"، ما يؤكد ما ذهبنا إليه من أن محل مشروع الشراكة لا يقتصر على إنشاء عقار بل يشمل تقديم خدمات وأنشطة طالما كانت هذه الأنشطة داخلة ضمن اختصاص الحكومة.

المطلب الثالث: تنوع مهام القطاع الخاص في العقد الواحد

تتميز مشروعات الشراكة بأن المهام الموكلة عادة للقطاع الخاص هي مهام متنوعة وشاملة[76] تبدأ من تصميم وتنفيذ المشروع ثم صيانته وتشغيله وأخيرا تسليمه إلى القطاع العام، ولكل مهمة من هذه المهام تفصيلاتها الخاصة والمرتبطة بكل مشروع على حدة.

وقد تواترت التشريعات المقارنة على النص على هذا التنوع في المهام، فنجد التشريع المصري مثلا قد نص على أن محل مشروع الشراكة هو : "تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد".

وفي التشريع الإماراتي نجد النص على هذه المسألة في المادة 7 من قانون تنظيم الشراكة في إمارة دبي، حيث أورد القانون أساليب الشراكة وجاء في كل أسلوب من هذه الأساليب عدة مهام موكلة إلى القطاع الخاص ما يفيد ضرورة وجود هذا التنوع حتى يوصف المشروع بأنه مشروع شراكة.

فنص على: " تتم الشراكة من خلال اتباع أي من الأساليب التالية: 1 –إنشاء الشريك للمشروع وتمويله، وتملكه والانتفاع به تجاريا وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عنه ونقل ملكيته بالكامل للجهة الحكومية عند انتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة.

---

[76] محمد الهادي المكنوزي، إشكالات بنية رأس مال شركات المشروع الناتجة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية-المغرب ، 2013 العدد 112 ص 13

2 –إنشاء الشريك للمشروع وتمويله للالنتفاع به تجاريا وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عن حق الانتفاع به للجهة الحكومية عند انتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة. 3 –إنشاء الشريك للمشروع والتنازل عن ملكيته للجهة الحكومية مع الاحتفاظ بحق الانتفاع به تجاريا وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة. 4 –نقل منفعة المشروع من الجهة الحكومية إلى الشريك لغايات تمكينه من الانتفاع به تجاريا وتشغيله للمدة المتفق عليها في عقد الشراكة. 5 –أي أسلوب آخر تقره اللجنة العليا بناء على توصية الجهة الحكومية والدائرة، بما في ذلك صيانة و توسعة و تأهيل و مشروع قائم."

أما التشريع الكويتي فنص في تعريف الشراكة على أن مهام القطاع الخاص التي قد ترد في العقد المبرم مع الجهة الإدارية هو: "تنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة".

إن استعراض هذه النصوص يفيد أن العاملين الحاسمين عند تحديد ما يعد شراكة عن غيره هو:

1. أن يوكل للقطاع الخاص عدة مهام مشتركة متعلقة بالمشروع.
2. أن يكون أحد هذه المهام هو "تشغيل المرفق" سواء اشتمل التشغيل على الصيانة أو اقتصر على تشغيل المرفق على الوجه الذي اعد له.

ويشترط وجود هذين المعيارين معا، فإذا فقد أحدهما فسيخرج المشروع في الغالب عن وصف "مشروع شراكة"، وبالتالي إذا كانت مهمة القطاع الخاص تقتصر على مهمة واحدة، أو مهمتان قصيرتا المدة كمهام التصميم والتنفيذ أو عقود تسليم المفتاح فالغالب أن هذا خارج عن

مفهوم الشراكة[77] حتى ولو كان مصدر حصول القطاع الخاص على المقابل هو جمهور المنتفعين كليا أو جزئيا، ، وكذلك الأمر لو اقتصرت مهمة القطاع الخاص على التصميم والتشييد، دون أن يكون له دور في تشغيل وصيانة المشروع.

ويؤكد ذلك ما جاء في نص التشريع الإماراتي آنف الذكر على أساليب الشراكة، حيث جاء "التشغيل" في كل أسلوب من هذه الأساليب.

وتعتبر هذه الخاصية من أهم مزايا مشروع الشراكة حيث يشير البنك الدولي إلى أن تولي القطاع الخاص أكبر عدد ممكن من المهام من شأنه أن يعزز من كفاءة المشروع مع تقليل التكلفة، حيث يفترض أن جميع الأعمال التي قد تطرأ خلال العمر الافتراضي للمشروع بدءا من التصميم وانتهاءا بأعمال الصيانة الدورية ستوكل إلى طرف واحد ، ما يشكل دافعا لهذا الطرف أن يقوم بتصميم وتنفيذ المشروع على نحو يقلل من تكاليف الصيانة والتشغيل ويسهلها، الأمر الذي سيسهم ولا شك في تقليل التكلفة النهائية للمشروع.[78]

ومن الممكن أن تتراوح طبيعة مشروعات الشراكة من مجرد ترتيبات تعاقدية بسيطة لتقديم خدمة بسيطة محددة ، وصولا إلى ترتيبات تعاقدية معقدة لتصميم خدمات أساسية مثل بناء مطار جديد وتشغيله وصيانته[79]،ومن هذا المنظور تتفاوت الوظائف المنوطة بالقطاع الخاص في مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص بحسب الحاجة الخاصة لكل مشروع، فالشراكة

---

[77] دليل البنك الدولي، مرجع السابق، ص 11
[78] دليل البنك الدولي، المرجع السابق، ص16
[79] أحمد سيد محمود، مرجع سابق، ص 18

تقتضي تعهد القطاع الخاص بأكثر من مهمة، ويمكن حصر هذه المهام عموما بالتصميم والتنفيذ والتمويل والصيانة والتشغيل.

المطلب الرابع: مشروع طويل المدة

باستقراء الكتابات حول مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص نلحظ وجود إجماع على أن أحد الدعائم والأركان الأساسية للعقود الحاكمة لمشاريع الشراكة أنها عقود طويلة المدة[80]، حيث يذكر البنك الدولى أن معظم مشروعات الشراكة تتراوح مددها بين 20 إلى 30 سنة مع وجود بعض المشروعات التي تقل أو تزيد عن هذه المدد[81]، وعلى هذا جاءت التشريعات المقارنة.[82]

وعلة طول المدة في هذه العقود ترجع إلى عدة أسباب، منها على سبيل المثال:

1. كون محل العقد في هذه المشروعات هو مرفق عام أو بنية تحتية والتي تقتضي طبيعتها أن يكون عمرها الافتراضي طويلا.
2. كثرة المهام الموكلة إلى القطاع الخاص بحيث لا تكفي المدد المعتادة لإنجازها جميعا، حيث أن هذه المهام تكون في الوضع الطبيعي موكلة إلى عدة أطراف ويكون لكل منهم عقده المنفصل بمدة محددة خاصة بكل عقد على حدة، وليس إلى طرف واحد، وبالتالي

---

[80] انظر مثلا: دليل البنك الدولي، مرجع السابق، ص 6 ،وانظر كذلك: محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص13، وانظر أيضا: سعد الذيابي، مرجع سابق، ص 11

[81] دليل البنك الدولي، مرجع السابق، ص 8

[82] انظر مثلا التشريع المصري في المادة 2 من قانون مشاركة القطاع الخاص :" ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير.." وانظر أيضا في المادة27 من قانون الشراكة في إمارة دبي آنف الذكر، والمادة 18 من قانون الشراكة الكويتي.

فإن اجتماع هذه المهام في عقد واحد يقتضي جمع المدد اللازمة لإنجاز هذه المهام وفقا للوضع التقليدي لهذه المشروعات.

3. اقتضاء القطاع الخاص حقه من الأرباح من جمهور المنتفعين قد يأخذ عدة سنوات لا سيما مع رأس المال الضخم الذي يحتاج أن يضخه القطاع الخاص في هذه المشروعات. وبالتالي لو كانت الطريقة الوحيدة لاستيفاء التكلفة ومن ثم الأرباح هي عن طريق جمهور المنتفعين فقد يأخذ هذا الأمر الكثير من الوقت، كما قد يتفق القطاع العام على جدولة طويلة لدفع مستحقات القطاع الخاص على مدار عدة سنوات، حتى بعد انتهاء المشروع وتسليمه، ما يحتم أن يكون العقد متوافق مع جدولة المدفوعات.

وعموما هناك الكثير من العوامل الأخرى التي تؤثر في تحديد مدة العقد منها درجة الإقبال على الخدمة أو قدرة القطاع الخاص على تحمل مهام الإدارة فترة طويلة من الزمن أو التمويل المتاح للمشروع.[83]

وتبرز أهمية هذه الخاصية عند صياغة العقد، حيث يحتم طول المدة على الأطراف أن يحاولوا بقدر الإمكان حصر جميع الأخطار المحتملة التي من شأنها أن تؤثر بأي شكل من الأشكال على تنفيذ العقد المبرم بينهما، لذلك نجد في مثل هذا العقد شروطا لا نجدها عادة في غيره من العقود قصيرة المدة[84] كشرط الثبات التشريعي[85]، أو تقسيم واضح للمخاطر المحتملة،

---

[83]دليل البنك الدولي، مرجع السابق، ص 6

[84] مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013،ص 835.

[85] يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه: ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية، كما يعرف أيضا بأنه: أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد عبر تجميد دولة الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها. انظر:سراج حسين أبو زيد في التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ، 2006، ص111، وانظر أيضا حفيظة الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، 2001 ، ص 322 كما نقله غسان المعموري في شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني 2009، جامعة كربلاء، ص 172، ويميل الباحث إلى التعريف الأول أكثر، فشرط الثبات التشريعي لا يجمد

أو نجد تفصيلا لإجراءات الأوامر التغييرية وكيفية الموافقة عليها ، فبمجرد إبرام هذا العقد قد يصعب كثيرا على الأطراف تغييره في المستقبل دون عواقب مالية وخيمة[86].

المطلب الخامس: مشروع متعدد الأطراف ذات العلاقة

إن خصائص مشروع الشراكة من طول المدة وحيوية المشروع للدولة وضخامة رأس المال اللازم لإقامة المشروع تجعل من الطبيعي أن يرتبط هذا المشروع بالعديد من الأطراف[87]، فالأمر ليس مقتصرا على مقاول ورب عمل، بل يوجد في الصورة أصحاب مصلحة آخرون، قد لا يوجدون عادة في مشروعات البناء التقليدية.[88]

ويوضح الشكل التالي[89] تعقد العلاقات في مشروع الشراكة وأهم الأطراف في الغالب الأعم لمشروعات الشراكة:

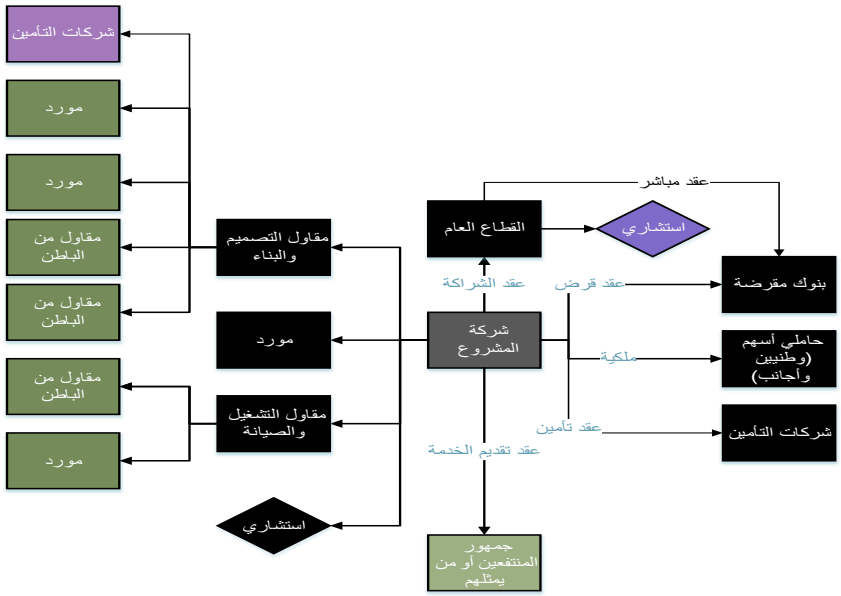
دور الدولة التشريعي على أساس وجود عقد بينها وبين مستثمر كما يوحي بذلك التعريف الثاني، بل يجمد تطبيق التشريع الجديد على هذا العقد تحديدا، غاية مافي هذا الشرط إذن أنه يعطي للمتعاقد مع الدولة صلاحية المطالبة بعدم تطبيق التشريع الجديد عليه والالتزام بتنفيذ العقد تحت مظلة التشريع الذي أبرم العقد في ظله.

[86]بناء على ما سبق، يوصى المشرع القطري بأن يحذو حذو التشريع المقارن في النص على حد أعلى لمدة العقد الحاكم لمشروع الشراكة، فما نص التشريع المقارن على هذه القضية ورتب عليها آثارا خطيرة متمثلة في البطلان المطلق إلا اعترافا منه بأهميتها وتأثيرها على اقتصاديات الأجيال القادمة، لا سيما عند الحديث عن أرض تملكها الدولة، فليس من العدل أن تتحمل الأجيال القادمة تبعات التزامات تعاقدية لم يكن لها فيها اختيار.

[87] ناهد السيد، مرجع سابق ص 6

[88] انظر: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 43

[89] تواترت الكتابات الفقهية على إيراد مثل هذا الشكل في التعبير عن تعقد العلاقات في عقود الشراكة. انظر مثلا: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص44 كما نقله عن هاني سرى الدين في الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد-العدد69، 1999، ص 174. وانظر أيضا: محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص 23. كما تم عرض شكل مقارب له في اللقاء التعريفي لمشروع المدارس في قطر آنف الذكر.

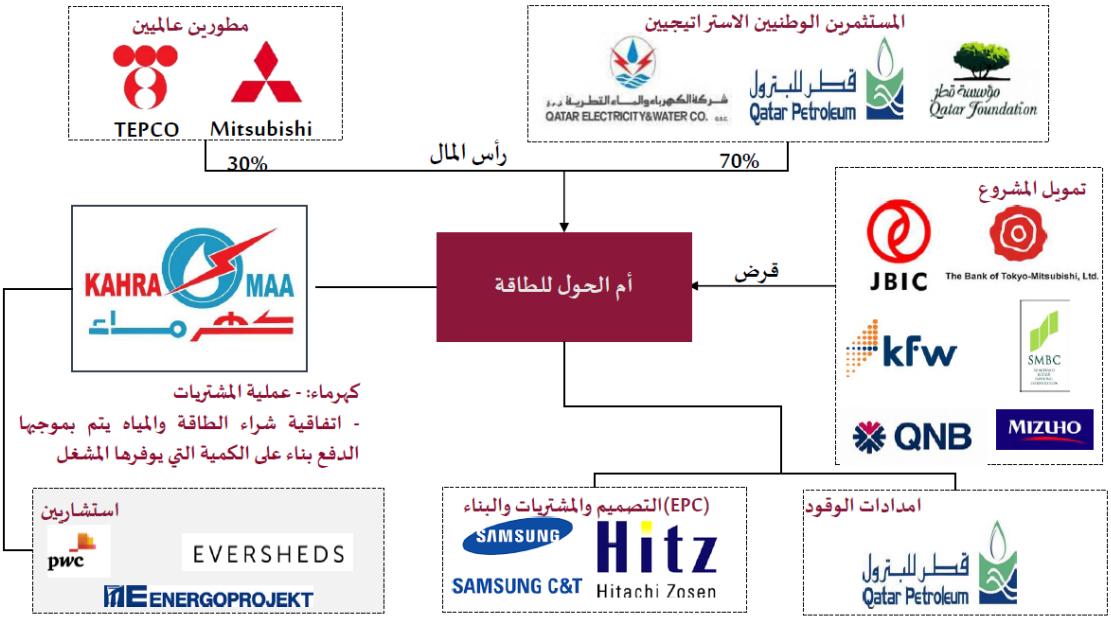


الشكل رقم 1 أطراف مشروع الشراكة.

مع الأخذ بعين الاعتبار أن المستثمرين قد يكونون هم أنفسهم مقاولي التصميم والبناء والتشغيل والصيانة، كما قد تكون الحكومة هي متلقي الخدمة بدل جمهور المنتفعين، وقد تكون الحكومة مستثمرا كذلك بالإضافة إلى كونها طرفا في عقد الشراكة، يضاف إلى ذلك أن كل مقاول سواء كان مقاول التصميم والتنفيذ الرئيسي أو المقاولين من الباطن لديه شبكة تعاقداته الخاصة وعقود التأمين الخاصة به أيضا.

أما الشكل التالي فيوضح أطراف مشروع الشراكة في أحد مشروعات الشراكة الفعلية وهي مشروع محطة أم الحول[90]:

[90] المصدر: تقرير غير منشور أعدته وزارة المالية القطرية حول الشراكة بين القطاعين العام والخاص.



الشكل رقم 2 أطراف مشروع محطة أم الحول، أحد نماذج عقود الشراكة في قطر.

ويذكر بعض الفقه[91] أن الممولين والمستثمرين والمقاولين سواء كانوا مقاولي بناء أو تشغيل أو صيانة أو شركات التأمين هم أطراف في عقد الشراكة.

غير أن الراجح هو أن هناك طرفين فقط يمثلان المتعاقدين في عقود الشراكة، وهما الحكومة أو المالك من جهة، وشركة المشروع من جهة أخرى، فالعلاقة بين المتعاقدين في عقود الشراكة منحصرة بين الدولة وشركة المشروع، وليس للجمهور أو الجهات الممولة التي تقدم قروض تمويل لشركة المشروع أو الأطراف التي تتعاقد مع شركة المشروع كالمقاول وشركة التأمين صفة تعاقدية

[91] عبدالوهاب أبوسليمان، عقد البناء والتشغيل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،من أبحاث الدورة التاسعة عشرة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص9.

في عقد الشراكة، بل العلاقة معهم لها صفتها التعاقدية المستقلة عن عقد الشراكة، إذ أن هذه العقود غير مشروطة لإبرام عقد الشراكة ولا تجتمع معه في عوض واحد.[92]

ونلاحظ من خلال الأشكال السابقة أن المحور الأساسي في مشروع الشراكة هو شركة المشروع، وبالتالي قد يكون من الملائم هنا أن نعطي نبذة مختصرة عن مفهوم شركة المشروع وفلسفتها والأثر القانوني المترتب على وجودها.

شركة المشروع عبارة عن كيان معنوي مستقل ينشؤه القطاع الخاص الفائز بعقد الشراكة، ويتحمل هذا الكيان جميع الالتزامات والحقوق في مواجهة القطاع العام حسب عقد مشروع الشراكة المبرم مع القطاع العام[93]، وتمثل شركة المشروع عدة شركات كل منها متخصص في مجال معين بحسب احتياجات المشروع، و بغرض تقديم عرض موحد ومتكامل إلى القطاع العام للفوز بفرصة تنفيذ مشروع الشراكة المطروح من القطاع العام،[94] وقد يكون القطاع العام نفسه شريكا في شركة المشروع،[95] وسنتحدث عن أثر ذلك في تكييف عقد الشراكة في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

---

[92] انظر: أحمد محمد العمادي، الجمع بين العقود المالية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود ، المملكة العربية السعودية، الجزء الثاني، ص874. وعلى ذلك دلت نصوص التعريف التشريعية التي سبق ذكرها في المبحث الأول من هذه الدراسة.
ولكن في نفس الوقت، فإن لمسألة تعدد الاطراف ذوي العلاقة آثارا عديدة منها ما يعرف بالتحكيم متعدد الأطراف، انظر للتفصيل في ذلك: سعد الذيابي، مرجع سابق، ص 19 وانظر أيضا: التحكيم متعدد الأطراف في عقود التشييد والبناء وفقا التحكيم القطري الجديد رقم 2 لسنة 2017دراسة تحليلية مقارنة، حسن البراوي، عبدالناصر هياجنه، ياسين الشاذلي، طارق راشد، من أبحاث مشروع النظام القانوني لمنشآت كأس العالم في قطر 2022، المجلة القانونية والقضائية-وزارة العدل في قطر، العدد الأول السنة الثانية عشر2018.

[93] ناهد السيد، المرجع السابق، ص 7

[94] محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص14

[95] محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص18

ويوقع أطراف هذا التجمع عقدا خاصا فيما بينهم يوضح حقوق كل طرف والتزاماته والأعمال الموكلة إلى كل طرف فيما يخص تنفيذ مشروع الشراكة.

ويظهر بوضوح أن الغرض الأساسي من إنشاء هذه الشركات هو الإدارة الرشيدة لمشروع الشراكة، و دمج الأصول والالتزامات، حيث يقوم القطاع العام بتوقيع العقد المنظم لمشروع الشراكة مع شركة المشروع ككل، بدل أن يوقعها مع كل شركة فيه على حدة، فتخلق شركة المشروع حالة من الضمان العام بين أطراف شركة المشروع، حيث تكون شركة المشروع المخاطب الوحيد تجاه القطاع العام بالنسبة لكل ما يتعلق بتنفيذ العقد[96].

كما تبدو فائدة هذه الآلية في أن تنوع المهام الموكلة إلى القطاع الخاص وكثرتها وضخامة رأس المال المطلوب لتنفيذها يجعل من الصعب غالبا على شركة واحدة أن تنفذها جميعا، لذلك يلجأ في كثير من الأحيان إلى التعاون بين شركتين أو ثلاث أو أكثر لتنفيذ مشروع الشراكة وتكون شركة المشروع التجسيد القانوني لهذ التعاون.

ولتنفيذ المشروع عن طريق شركة المشروع إيجابية أخرى تتمثل في تخويل الشركة الحق في إصدار أوراق مالية سواء كانت أسهما أو سندات، من ما يمكنها من توفير التمويل اللازم من خلال جذب المستثمرين بالبورصة للدخول في تمويل المشروع، في حالة كانت الشركة تأخذ شكل

---

[96] وقد جاء في المذكرة التفسيرية لقانون الشراكة الكويتي ما يؤكد هذا المعنى، حيث نصت على: "أكدت المادة الحادية عشرة على ضرورة قيام المستثمر الفائز في حال كان تحالفا بتأسيس شركة التحالف وفقا لقوانين دولة الكويت لإضفاء الكيان القانوني الصحيح على التجمع ومنحه الشخصية المعنوية الضرورية التي تسمح له بتنفيذ التزاماته، واشترطت انتقال الحقوق والتزامات المستثمر الفائز إلى هذه الشركة لاسيما وأن هذه المشروعات تعد من المشروعات الضخمة التي يتطلب تنفيذها تجمعا من المتخصصين."

شركة مساهمة عامة، كما انها تستطيع في أي وقت زيادة رأسمالها بسهولة عن طريق إصدار أسهم جديدة أو الاقتراض عن طريق إصدار السندات.[97]

واعترافا من المشرعين بأهمية وفائدة شركة المشروع فقد تواتر التشريع المقارن على الاعتراف بها كعنصر أساسي في منظومة مشروع الشراكة[98].

وأخيرا بقي أن نشير أن شركة المشروع وبصفتها طرفا في عقد الشراكة، لا تنشأ عادة إلا بعد إبلاغ المتعاقد الذي يرغب القطاع العام في أن يدخل معه في عقد شراكة حسب الطرق التي

---

[97] من ذلك ما نص عليه التشريع الكويتي من المادة 11 إلى المادة 17 من قانون الشراكة الكويتي، وانظر أيضا: هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة، الطبعة الأولى 2001.

و على هذا يعتبر البعض أن الاستعانة بشركات المشروع في إطار عقود الشراكة هو أحد أهم مظاهر تطبيق القانون الخاص، إذ أن هذا النوع من الشركات غالبا ما يتخذ شكل شركة مساهمة، وقد تأخذ أيضا شكل شركة الكونسورتيوم أو Joint Venture، وبالتالي خضوعها للأحكام القانونية المنظمة لها، و تماشيا مع هذا، يرى بعض الفقه بأنه 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، فبالإضافة إلى إمكانية اتخاذ شركة المشروع شكل شركة مساهمة كما سبق بيان ذلك أعلاه، فالطبيعة التجارية والصناعية لبعض عقود الشراكة تفرض تطبيق قواعد القانون التجاري على كثير من أنشطتها. انظر في تأييد هذا الرأي: محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق،ص13.

[98] فهذا التشريع المصري ينص في تعريف شركة المشروع أنها: "الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة ."أما القانون الكويتي فنص على أن شركة المشروع هي:" الشركة التي يتم تأسيسها لتنفيذ مشروع من مشروعات الشراكة التي تطرح وفقا لأحكام هذا القانون."وأخير التشريع الإماراتي والذي عرف شركة المشروع بأنها: "أية مؤسسة فردية أو شركة محلية أو أجنبية مرخص لها بالعمل في الإمارة تتولى تنفيذ عقد الشراكة وتتوافر فيها الشروط التي تحددها القرارات الصادرة تنفيذا لهذا القانون".

ورغم ما ذكرناه حول أهمية وفائدة شركة المشروع ، إلا أنه يبقى سؤال :ما هو أثر إبرام عقد شراكة من غير الاعتماد على شركة المشروع؟ فهل يمكن من الناحية العملية والقانونية أن تقوم شركة واحدة من القطاع الخاص بإبرام عقد شراكة بصفتها ذاتها دون ان تقوم بإنشاء شركة مشروع؟

يرى الباحث أنه في حالة وجود متعاقد فرد على استعداد لإنشاء المشروع كاملا، وعدم وجود رغبة من القطاع العام بالاستثمار في المشروع أو عرضه على الجمهور للاكتتاب، فالظاهر أنه لن يكون هناك داع لإنشاء شركة المشروع، ولن يؤثر هذا على تكييف العقد بأنه عقد شراكة.

وبالتالي فالراجح أن شركة المشروع ليست ركنا من أركان عقد الشراكة إذ ليس هناك ما يمنع من قبول أن تكون شركة واحدة طرفا في عقد ينظم مشروع شراكة بين القطاعين العام والخاص . محمد الهادي المكنوزي ، المرجع السابق ص 14، وانظر أيضا في أحكام الاونيسترال التشريعية النموذجية بشان مشاريع البنية التحيتية الممولة من القطاع الخاص، حيث نصت في الحكم النمذجي رقم 30 على: "قد تشترط السلطة المتعاقدة على صاحب العرض الفائز أن ينشئ كيانا قانونيا في هيئة شركة بموجب قوانين الدولة..." وتفيد لغة الحكم النموذجي أن مسألة انشاء شركة المشروع هي مسألة اختيارية وغير جوهرية، حيث استخدم عبارة "قد" والتي تفيد الاختيار وعدم الالزام.

يقررها قانون الشراكة أو قوانين المناقصة وقبل توقيع عقد الشراكة، فحتى تكون شركة المشروع طرفا في عقد الشراكة يلزم منطقيا أن يتم تكوينها قبل توقيع عقد الشراكة.

وبالتالي يكون الترتيب الغالب لمراحل إبرام عقد الشراكة بدءا بالإعلان عن رغبة القطاع العام بالدخول في عقد شراكة، ثم استقبال العروض سواء ما كان منها فرديا أو جماعيا بحسب ما يشترطه قانون الشراكة، وبعد عملية التقييم يتم إبلاغ العرض الفائز والذي يقوم بدوره بتفعيل الاتفاقات المسبقة على تقديم العروض سواء بينه وبين المقاولين أو المستثمرين أو شركاء العرض، والتي تتجسد أخيرا بإنشاء شركة المشروع، ويلي ذلك إبرام عقد الشراكة والشروع في تنفيذه[99].

وعلى هذا الترتيب نصت القوانين المقارنة[100]، الأمر الذي يقتضي منطقيا أن يكون إنشاء شركة المشروع بعد إبلاغ صاحب العطاء الفائز وقبل إبرام العقد، فليس مطلوبا من مقدمي العروض أن ينشؤوا شركات مشروع قبل تقديم العروض، وإلا لن يكون لهذه الشركات أي قيمة في حالة عدم قبول العرض، فقط يكفي أن يظهروا وجود نية لإنشاء شركة المشروع بمجرد إبلاغهم بفوز عرضهم.

---

[99] مهند نوح، مرجع سابق، ص 834.

[100] فلو نظرنا إلى التشريع الإماراتي مثلا سنجده نص في المادة 25 من قانون الشراكة في إمارة دبي على : "في حال عدم رغبة الجهة الحكومية المشاركة في شركة المشروع، فإنه يجب على صاحب العرض الفائز بعقد الشراكة تأسيس شركة تسمى "شركة المشروع".."، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريع الكويتي والذي كان أكثر صراحة في هذه المسألة فنص في المادة 11 من قانون الشراكة الكويتي على : "على أي تحالف يفوز بمشروع من المشروعات التي تطرح وفقا لأحكام هذا القانون أن يؤسس شركة للتحالف أو أكثر وفقا لقوانين دولة الكويت بحسب احتياجات المشروع، ولا يتم التوقيع على عقد الشراكة إلا بعد قيامه بتأسيس شركة التحالف"، وأخيرا التشريع المصري والذي نص في المادة 33 من قانون المشاركة على: على صاحب العطاء الفائز تأسيس شركة تسمى شركة المشروع.."

المطلب السادس: مبدأ تقاسم المخاطر

تقترن مشروعات الشراكة عموما مثلها مثل مشروعات البنية التحتية بمجموعة من المخاطر كتأخر عمليات التنفيذ وزيادة التكاليف الفعلية عن التكاليف المقدرة للمشروع على نحو غير متوقع، بالإضافة إلى عدم التيقن من مستويات الطلب المستقبلي على خدمات المرفق وغيرها من المخاطر.

ويعرف الخطر في سياق الحديث عن مشروعات الشراكة بأنه: حدث أو عامل أو تأثير من شأنه تهديد حسن سير المشروع محل عقد الشراكة سواء من حيث المواعيد أو التكلفة أو طبيعة الأداء المراد تحقيقه.[101]

والخطر من هذا المنظور قد يكون متعلقا بالإنشاء مثل خطر تجاوز تكلفة الإنشاء أو خطر تجاوز المدة المتفق عليها للإنشاء، أو خطر عدم مطابقة الإنشاءات للمواصفات المتفق عليها مسبقا أو الأخطار المناخية، أو قد تكون متعلقة بالاستغلال كخطر تقلبات السوق أو تغير معدلات صرف العملة أو تعديل معدلات الفائدة، أو أخطار قانونية كتغير المناخ القانوني الذي ينفذ فيه العقد عن حالته عند إبرامه عن طريق تغييرات دستورية أو تشريعية أو لائحية والتي قد تأخذ على سبيل المثال صورة تشريعات جمركية أو ضرائبية صادرة خلال فترة المشروع بحيث تزيد من التزامات أو تقلص من حقوق القطاع الخاص عن ما كانت عليه لحظة التعاقد، أو خطر

[101] كاميليا صلاح الدين،مرجع سابق، ص 142

تغير الدولة للعقد الحاكم بإرادتها المنفردة في حالة كان العقد إداريا، أو أخطار سياسية كخطر الحرب الأهلية والانقلابات العسكرية والاضطرابات والتأميم ونحوها.[102]

وبالتالي يعتبر توزيع المخاطر محور أساسي في وضع هيكل الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ أن طول مدة العقد وكثرة المهام الموكلة إلى المتعاقد يعرض المشروع إلى مخاطر عديدة قد لا توجد في حالة ما إذا كانت مدة العقد أقصر، أو قلت مهام المتعاقد من القطاع الخاص، وبالتالي يجب أن يتوافر في العقد المنظم لمشروع الشراكة توزيع واضح للمخاطر، في صورة بنود عقدية للحصول على أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي[103].

بل اعتبر البعض[104] أن هذا المبدأ هو حجر الزاوية والقاسم المميز لعقود الشراكة عن غيرها من العقود الشبيهة.

ويرى البعض[105] أن مبدأ تقاسم المخاطر يعتبر ترجمة برجماتيكية لنظريات التوازن العقدي للعقد الإداري، أو بمعنى آخر أن مبدأ تقاسم المخاطر والذي يعتبر استعارة من التجربة الإنجليزية في مشروعات الشراكة يقابله في القانون اللاتيني نظريات التوازن العقدي في العقد الإداري[106]، وأن هذا المبدأ ما ظهر في دول القضاء الموحد إلا لإشباع الحاجة إلى وجود آلية متكاملة للتوازن العقدي وذلك لتدارك أزمة عدم وجود مثل هذه الآلية في هذه الدول.

---

[102] كاميليا صلاح الدين،مرجع سابق، ص 143
[103] كاميليا صلاح الدين، المرجع سابق 142
[104] كاميليا صلاح الدين، المرجع سابق
[105] كاميليا صلاح الدين، المرجع سابق ،ص 135
[106] وهذه النظريات هي: القوة القاهرة وأفعال الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

ويختلف الباحث مع هذا الرأي، حيث أن مبدأ تقاسم المخاطر مبدأ أساسي في عقود مشروعات الشراكة سواء كانت إدارية أم مدنية، فمخاطر مشروع الشراكة غير مرتبطة بتكييف العقد من حيث هو إداري أو مدني.

كما أن مبدأ تقاسم المخاطر يختلف عن نظريات التوازن العقدي في أن هذه الأخيرة مصدرها القضاء أو القانون حيث تطبق بمجرد استنتاج المحكمة بوجود عقد إداري ويكون كل منها بغرض الحفاظ التوازن العقدي في حالة حصول أخطار معينة ،أما مبدأ تقاسم المخاطر فمصدره اتفاق الأطراف إذ هو النص بوضوح على مخاطر معينة يتفق الأطراف على الطرف الذي يجب أن يتحملها، وذلك بغض النظر عن وجود حالة التوازن، فتقاسم المخاطر يعتبر جزء من العقد الحاكم لمشروع الشراكة، ويبقى للأطراف الحق في اللجوء إلى نظريات التوازن العقدي في حالة كان العقد إداريا إذا ما نص القانون عليها، حتى ولو تم الاتفاق على مبدأ تقاسم المخاطر.[107]

وبالتالي يكون السؤال الأهم هو كيف تقسم هذه المخاطر في العقد الناظم لمشروع الشراكة؟

يقصد بمبدأ تقاسم المخاطر: أن تقع التكاليف المادية في حالة ما حصل الخطر على عاتق الطرف الأكثر قدرة على التحكم فيه وعلى السيطرة عليه[108]، فعلى سبيل المثال: يتحمل القطاع الخاص مخاطر البناء والتشييد والتشغيل في حين تتحمل الحكومة المخاطر التنظيمية والسياسية مع الأخذ في عين الاعتبار أن هناك بعض المخاطر التي يمكن أن تؤثر فيها الحكومة

---

[107] انظر في شروط إعمال نظريات التوازن العقدي عند جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 164
[108] كاميليا صلاح الدين، مرجع سابق، ص 1

لكنها قد تتحملها وقد لا تفعل، كالمخاطر الخاصة بسعر الصرف الأجنبي، وهذا بحسب اتفاق الطرفين.

وبالتالي يوصى دائما أن يتضمن القانون وعقد مشروع الشراكة تقسيما واضحا للمخاطر التي يجب أن يتحملها طرف معين دون الآخر، إذ أن الاتفاق على هذه المسألة من البداية من شأنه أن ييسر أي نزاع قد يطرأ بخصوص الأعباء المالية التي تترتب عند وقوع هذا المخاطر[109].

المطلب السابع: الاعتماد على المخرجات بدل المدخلات

يقصد بالاعتماد على المخرجات بدل المدخلات أن يتم الاتفاق على أن يتم تركيز عمل القطاع الخاص على إيصال أفضل خدمة ممكنة للمنتفعين، حيث يأخذ القطاع الخاص على عاتقه ليس فقط مهمة تصميم وتنفيذ المشروع وفق مواصفات محددة، بل أيضا عليه أن يتأكد أن هذه المواصفات تحقق الغرض المقصود من وراء المشروع بحيث يتمتع المنتفعين من المرفق بأفضل خدمة ممكنة ، ولن يستحق القطاع الخاص أجره إلا بعد التأكد من تحقيق مستويات جودة معينة حتى لو قام بتنفيذ المشروع على نحو كامل[110]، فالعبرة ليست بكونه نفذ المشروع وإنما بكونه حقق مستويات الجودة المطلوبة منه أم لم يحققها[111].

---

[109] وقد نص على هذا التشريع المقارن، ففي المادة 35 من قانون الشراكة الكويتي نجد أنه نص على :" يجب ان يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة: "تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث الفجائي أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة بحيث الأحوال."، وكذلك نجد ذات النص تقريبا في التشريع المصري والإماراتي.

[110] دليل البنك الدولي، مرجع سابق، ص 44

[111] فمثلا بدل أن ينص في العقد على عدد معين من المصابيح في كل غرفة بقوة معينة، ينص على أن تتمتع جميع الغرف بإضاءة كافية ومناسبة، وبدل أن ينص في العقد على مواد معينة لتنفيذ الطريق يتم الاتفاق على مستوى جودة واستواء معين، فبدل الالتزام بمواصفات محددة قد تحقق المطلوب وقد لا تحققه، يطلب من القطاع الخاص أن يتحمل مسؤولية أن هذا التصميم سيحقق الغرض الذي قام من أجله المشروع، إذ من شأن ذلك أن يجعل القطاع الخاص شريكا في اتخاذ قرار التصميم والتنفيذ، ويكون ذلك طبيعيا إذا أخذنا بعين الاعتبار أنه سيتحمل لاحقا مهمة التشغيل والصيانة والتي تعتمد كثيرا على تصميم المشروع.

كما من شان هذه الآلية أن تفتح باب الإبداع للقطاع الخاص كي يجد حلولا متناغمة مع احتياجات المشروع ،وأن يستخدم أحدث تكنولوجيا ممكنة كي يحقق الهدف الربحي الذي يطمح له، وقد تقلل هذه الحلول من تكاليف المشروع عن ما لو أبرم باستخدام عقود المقاولة التقليدية، كما تذكر تقارير البنك الدولي.[112]

[112] دليل البنك الدولي، مرجع سابق، ص 15

الفصل الثاني: التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة

تمهيد وتقسيم:

يعتبر سؤال التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة لب هذا البحث وغايته و أهم مافيه، وباستقراء المنظومة الحاكمة للعقود عموما في القانون القطري نلاحظ أن العقود يمكن تكييفها من أكثر من وجه.

إذ تقسم العقود في القانون القطري[113] من حيث اشتراط شكل معين فيها إلى عقود رضائية وعقود شكلية، وتقسم من حيث تفرد المشرع بتنظيمها إلى عقود مسماة وغير مسماة[114] ، وتقسم من حيث آثارها إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، ومن حيث المقابل فهي عقود تبرع و معاوضة ، ثم هناك تقسيمها من حيث تنفيذها إلى عقود فورية التنفيذ وعقود مستمرة التنفيذ، ومن حيث طبيعتها إلى عقود احتمالية وعقود محددة، ومن حيث حرية الأطراف في مناقشتها إلى عقود مفاوضة وعقود إذعان، ومن حيث بنائها إلى عقود مركبة وعقود بسيطة، ومن حيث تمتع العقد باستقلاليته أو تبعيته إلى عقود أصلية وعقود تبعية، ومن حيث أشخاص العقد وحدود سلطاتهم إلى عقود مدنية وتجارية وإدارية.

وغني عن الذكر أن تحديد التكييف القانوني لعقود مشروعات الشراكة من خلال الأوجه آنفة البيان خطوة أساسية لتحديد المنظومة القانونية الحاكمة لمشروع الشراكة، حيث أن المشرع

---

[113] علي نجيدة ومحمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، جامعة قطر، ص 45.

[114] وفي حالة كانت مسماة فتكيف بحسب العقود التي نظمها المشرع في تشريعه المدني بصفة خاصة.

قد وضع قواعد وأحكاما خاصة بكل عقد من هذه العقود، وحتى يتمكن المشتغل بالعقد من تحديد الأحكام الناظمة له فعليه أولا تكييف العقد من هذه الأوجه تحديدا[115].

وبالنظر إلى ماهية عقود مشروعات الشراكة كما أوردناها في الفصل الأول، يمكننا أن نسلم دونما حاجة إلى إطالة النقاش بأن عقد مشروع الشراكة هو من العقود الملزمة لجانبين[116]،و عقود المعاوضة[117]، العقود مستمرة التنفيذ[118]، ومن عقود المفاوضة[119]، ومن العقود الأصلية[120].

يبقى إذن أن نحدد التكييف القانوني للعقد من حيث كونه مسمى أو غير مسمى ومن حيث كونه من العقود المحددة أو الاحتمالية، ومن حيث كونه إداريا أو مدنيا، ومن حيث كونه بسيطا أو مركبا، فاستقراء العقد الحاكم لمشروع الشراكة يظهر غموضا وحاجة إلى استيضاح

---

[115] وتجدر الإشارة بأن على القاضي الناظر في موضوع النزاع أن لا يتقيد بالتسمية التي أطلقها المتعاقدان على اتفاقهما، حيث له سلطة تقديرية في تحديد العقد فيما إذا كان مسمى أو غير مسمى أو بسيط أو مركب وغير ذلك، وذلك باستقراء ما يراه في بنود العقد والتزامات الأطرف وحقوقهم.

[116] حيث يرتب عقد الشراكة في جميع صوره التزامات على طرفي العقد، وتتراوح هذه الالتزامات بين الالتزام بالقيام بعمل، والالتزام بنقل حق عيني أو نقدي بحسب صورة العقد كما درسنا في الفصل الأول.

[117] فلا يلجأ إلى الشراكة أبدا على سبيل التبرع، حيث لا حظنا في جميع صور الشراكة أن القطاع الخاص سيستحق مقابلا عن التزامه الرئيسي والمتمثل بالتزامه بالقيام بعمل، وليس هناك صورة للشراكة يقوم بها القطاع الخاص بالأعمال على سبيل التبرع.

[118] لاحظنا أن عقد الشراكة من العقود طويلة المدة، كما لاحظنا أن أحد الأعمال الأساسية الموكلة إلى القطاع الخاص بمقتضى عقد الشراكة هو التشغيل والصيانة، وهذه الأعمال بطبيعتها مستمرة التنفيذ طوال مدة العقد، فإذا قصر القطاع الخاص في مستوى جودة الأعمال في أي وقت على طول مدة المشروع لم يستحق الأجر المتفق عليه.

[119] وتشهد بذلك التشريعات المقارنة والتي لم تنص على حدود وقواعد تفصيلية لعقود الشراكة بل فتحت المجال بشكل واسع نسبيا للتفاوض حول أهم بنود العقد، مثال ذلك نص المادة 34 من قانون المشاركة المصري، فلم يتضمن النص تحديد ملكية أصول المشروع أو الالتزامات المالية أو سعر بيع المنتج أو وسائل ضمان الجودة بل يظهر بوضح من صياغة المادة أن جميع هذه العناصر الجوهرية إنما هي طبقا للتفاوض بين الطرفين، فقط اشترط القانون أن يتضمن العقد أحكاما لهذه الجزئيات تحديدا، وكذلك الأمر في المادة 26 من قانون رقم (22) لسنة 2015بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، والمادة 35 من القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكويت. وتجدر الإشارة إلى أن البعض اعتبر عقود البوت من عقود الإذعان، الاستنتاج الذي تدحضه بوضوح النصوص آنفة الذكر. انظر مثلا: سعد الذيابي، مرجع سابق، ص 11.

[120] فعقد الشراكة عقد مقصود بذاته له ذاتية مستقلة، فهو غير مشروط أو مرتبط بعقد آخر ،وليس تابعا إلى عقد آخر كعقد الرهن.

مصير عقد الشراكة من حيث هذه التكييفات تحديدا[121]، وبالتالي أفردنا لدراسة هذه التكييفات مبحثا مستقلا.

وقد سبق أن رأينا في الفصل الأول أن هناك تعددا في أشكال وصور تنفيذ الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ما يترتب عليه بطبيعة الحال اختلافا في الشروط التعاقدية والحقوق والالتزامات بحسب كل صورة، وبالتبعية اختلافا في التكييف القانوني لكل صورة.

إذ أن التكييف القانوني مرتبط ارتباطا وثيقا بالحقوق والالتزامات المكفولة للأطراف حسب العقد المبرم بينهم، و رأينا أننا لا نستطيع أن نضفي على عقد مشروع الشراكة تكييفا واحدا لمجرد علمنا بأنه "عقد شراكة"[122] .

هذا الأمر يحتم على الباحث في هذا العقد أن يستقرأ كل صورة على حدة لمعرفة تكييفها من حيث الأوجه آنفة الذكر، وهو ما قمنا به في هذا البحث، ففي كل مبحث بينا مدى انطباق التكييف على كل صورة من صور الشراكة التي سبق استعراضها في الفصل الأول من هذه الدراسة.

---

[121] أما من حيث الرضائية والشكلية ، وحيث أن الأصل في العقود أنها رضائية تطبيقا لنص المادة 91 من القانون المدني القطري: "لا يلزم لانعقاد العقد حصول الرضاء به في شكل معين، ما لم يقض القانون بغير ذلك"، ومع غياب نصوص صريحة توجب اللجوء إلى الصيغة المكتوبة لإبرام هذه العقود ،فيمكننا أن نقول أن الأصل في عقود مشروعات الشراكة أنها رضائية، إلا أن طبيعة هذه العقود وتعقدها تتطلب أن تكون مكتوبة، فإذا كانت الصيغة الكتابية غير واجبة بمقتضى النصوص القانونية إلا أن تفاصيل هذه العقود وأهميتها وطول مدتها بالإضافة إلى منطق سير العمل داخل الأجهزة الحكومية والتدرج الرئاسي والرقابة الإدارية والمالية، كل ذلك يجعل من غير المتصور أن يبرم عقد مشروع شراكة دون أن يكون مكتوبا. انظر في هذا المعنى: مهند نوح، مرجع سابق، ص410. وانظر أيضا: رجب محمود طاجن، القانون المدني في رحاب التقنين الإداري، من أبحاث مؤتمر التقنين المدني القطري في عقده الأول، جامعة قطر، 2014، ص 6.

[122]وقد سبقنا إلى هذا الرأي أحد الفقهاء حيث قال: "هناك تعدد في أشكال وصور تنفيذ الشراكة بين القطاع الخاص والعام، لذلك سوف تختلف الشروط التعاقدية والحقوق والالتزامات بحسب كل صورة أو شكل ومن عقد شراكة إلى آخر...لما تقدم نرى بأنه يجب البعد عن تكييف موحد ومسبق ومبدئي لعقد الشراكة، وإنما يجب فحص كل عقد على حدة وتكييفه وفقا لشروطه ومضمونه، فليس العبرة بما يطلقه الأطراف من ألفاظ وعبارات وتكييف بل العبرة بالحقيقة والواقع". أحمد سيد محمود، مرجع سابق، ص 53

ويجدر بالذكر أخيرا أن نوضح أن هذا البحث مختص فقط بدراسة العقد الحاكم لمشروع الشراكة والذي أطرافه القطاع العام بوصفه الجهة طالبة المشروع والتي سيؤول إليها المشروع بعد إنتهاء مدته، والقطاع الخاص بوصفه منفذا للمشروع[123].

بناء على ما سبق، تم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: عقد مشروع الشراكة بين العقود الاحتمالية والمحددة

المبحث الثاني: عقد مشروع الشراكة بين العقود المسماة وغير المسماة

المبحث الثالث: عقد مشروع الشراكة بين عقود القانون الخاص أو العام

[123] وبالتالي يخرج عن نطاق هذه الدراسة بحث العلاقة القانونية بين المنتفع من المشروع سواء كان جمهور المنتفعين أو جهة حكومية تتطابق احتياجاتها مع ما يوفره المشروع، وبين القطاع الخاص أو شركة المشروع، فهذه العلاقة منفصلة تماما عن العلاقة القانونية بين شركة المشروع والقطاع العام وغير مؤثرة في تكييفها القانوني، فعقود الشراكة كما رأينا في المبحث الأول يقتصر أطرافها على الجهة الإدارية أو مالك الأرض من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى.
وكذلك يخرج عن نطاق البحث لذات السبب، العلاقة القانونية فيما بين حاملي أسهم شركة المشروع سواء كانوا جمهور المكتتبين أو منفذي المشروع من القطاع الخاص أو القطاع العام.
وأيضا العلاقة القانونية فيما بين شركة المشروع ومقرضيها من البنوك المحلية والأجنبية أو العلاقة القانونية بين شركة المشروع وشركات التأمين، وأخيرا العلاقة القانونية بين شركة المشروع ومتعاقديها من مقاولين ومشغلين وموردين واستشاريين فكل هذه العلاقات غير مؤثرة على سؤال التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة.
فجميع هذه العقود على أهميتها وصلتها بالمشروع تعتبر عقودا منفصلة مستقلة تماما وذلك أنها غير مشروطة في عقد الشراكة ولا تجتمع معه في عوض واحد، فعقد الشراكة هو من العقود الأصلية التي لها ذاتيتها المستقلة، ولها إيجابها وقبولها المستقل، كما أن أطرافها مختلفين عن أطراف عقد مشروع الشراكة، وبالتالي لا تؤثر صحة هذه العقود التي تدخل فيها شركة المشروع أو المنشئة لشركة المشروع في عقد الشراكة، إذ لكل من هذه العقود إيجابها وقبولها ومحلها وسببها المستقل عن عقد الشراكة. انظر في تأييد ذلك: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 50

المبحث الأول: عقد مشروع الشراكة بين العقود الاحتمالية والمحددة

تمهيد وتقسيم:

يقسم الفقه العقود من حيث طبيعتها إلى عقود احتمالية وعقود محددة، ويقصد بالعقد المحدد: العقد الذي يعلم فيه كل من المتعاقدين وقت إبرام العقد القدر الذي سيأخذ والقدر الذي سيعطي[124]، أي أن التزامات الأطراف في هذا العقد محققة الوجود ومحددة المقدار[125]، والمثال التقليدي على هذا النوع من العقود هو عقد البيع إذا تم تحديد قيمة المبيع ومقدار الثمن وقت البيع.

أما العقد الاحتمالي فهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذي سيأخذه والقدر الذي سيعطيه، وليس من سبيل لتحديد ذلك إلا في المستقبل تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله[126]، ويضرب الفقه مثالا لهذا العقد بعقد التأمين.[127]

وسنعرض في هذا المبحث الأثر المترتب على اعتبار العقد احتماليا أو محددا (مطلب أول)، ثم سنعرض إلى تكييف عقد مشروع الشراكة من حيث كونه محددا أو احتماليا(مطلب ثان).

المطلب الأول: الأثر المترتب على اعتبار العقد احتمالي أو محدد

يترتب على اعتبار العقد احتماليا النتائج التالية:

---

[124] عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص164

[125] جابر محجوب علي، النظرية العام للالتزام، الجرء الاول: مصادر الالتزام في القانون القطري، جامعة قطر، 2016، ص58

[126] علي نجيدة ومحمد حاتم البيات، مرجع سابق، ص 61

[127] إذ ان التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين معلق على شرط واقف هو وقوع الخطر المؤمن منه، ووقوع هذا الخطر أمر غير محقق الوقوع، وطالما لم يقع الخطر فسيظل المؤمن له يدفع أقساط التأمين، فهو يجهل وقت إبرام العقد مقدار ما سيعطي، كما يجهل هو والمؤمن مقدار مبلغ التأمين وما إذا كان سيحصل عليه أصلا ومتى سيحصل عليه.

1. بطلان العقد في حالة ما تبين أن عنصر الاحتمال غير موجود في الواقع، وإن حسبه المتعاقدان موجودا[128]، كما إذا باع شخص منزلا بإيراد مرتب يعطى لشخص ثالث طوال حياته، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل إبرام العقد دون علم الطرفين، ومثاله كذلك إذا أبرم عقد تأمين على بضاعة ضد الغرق أو الحريق، وكانت البضاعة قد غرقت أو احترقت وقت إبرام العقد أو قبله، فتقع هذه العقود باطلة هنا لانعدام عنصر أساسي في ركن المحل[129].

2. عدم جواز طلب تطبيق أحكام الغبن[130] على هذا النوع من العقود بخلاف العقود المحددة، ذلك أنه في العقود المحددة يمكن بسهولة رفع اختلاف التعادل بين التزامات الأطراف كونها معروفة ومحددة وقت إبرام العقد، أما في العقود الاحتمالية فاحتمال الربح والخسارة هو عنصر أساسي في هذه العقود، فمن يلجأ إلى هذا النوع من العقود يصنف على انه "مضارب" ويجب أن يتحمل نتيجة مضاربته [131].

غير أن بعض الفقه [132] يرى أن أحكام الغبن يمكن أن تطبق في العقود الاحتمالية كما في العقود المحددة، فحين يكون معيار التقدير في العقود المحددة هو اختلال التعادل بين الأداءات المتقابلة، يكون معيار التقدير في العقود الاحتمالية هو اختلال التعادل بين احتمال الكسب والخسارة، فإذا تفاوت هذا الاحتمال تفاوتا شديدا جاز لأحد طرفي العقد

---

[128] عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص165

[129] جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص59

[130] نظم القانون المدني القطري أحكام الغبن من المادة 143 إلى المادة 147

[131] جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص60

[132] جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص61 وانظر ايضا: محمود جمال الدين زكي في الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية 1976، ص 54، وانظر أيضا: علي نجيدة ومحمد حاتم البيات، مرجع سابق، ص 62

طلب رفع الغبن عنه، ويضرب الفقه [133]على هذا مثالا بمن يتعاقد على بيع عقار كبير القيمة في مقابل إيراد مرتب مدى حياة شخص طاعن في السن لا يرتجى أن يعيش كثيرا. والواقع أن لهذه القضية أهمية خاصة في نطاق عقود الشراكة، حيث نصت المادة 144 من القانون المدني القطري على: "إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص المعنوية العامة أو لأحد عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر أو تعديل التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن".

وقد سبق القول في الفصل الأول من هذه الدراسة أن عقد مشروع الشراكة غالبا ما يقع بين طرفين أحدهما من أشخاص القانون العام، وبناء على نص المادة 144 آنف الذكر لهؤلاء حق طلب تعديل الالتزامات بما يرفع الغبن عنهم، ولذلك تأثير كبير على استقرار العقد، فقد يفاجأ القطاع الخاص في أي لحظة بطلب تعديل التزام القطاع العام بمقدار الخمس بحجة الغبن.

غير أن المشرع تدارك هذه المسألة فنص في المادة 146 من القانون المدني على: "لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون"، وذلك حماية لاستقرار هذه العقود، حيث يفترض أن "اختبار مدى غبن العقد" قد حصل في إحدى مراحل المناقصة.

---

[133] علي نجيدة ومحمد حاتم البيات، مرجع سابق، ص 62

وبالتالي يستطيع القطاع الخاص أن يدفع عن العقد شبهة الغبن إذا ما سبق إبرام عقد الشراكة مناقصة متكاملة الأركان وفقا للقانون[134]، فليس منطقيا أن يدفع القطاع العام بوجود شبهة غبن في العقد إذا ما سبق العقد إجراءات مناقصة تسمح له بفحص عرض القطاع الخاص الذي أبرم معه العقد ومقارنته مع نظرائه من العروض الأخرى.

3. يذهب بعض الفقه إلى عدم جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية بخلاف الأصل المقرر في العقود عموما، غير أن فريقا آخر في الفقه يرى بأن تفاوت احتمالي الربح والخسارة بسبب ظرف طارئ ينبغي أن يفسح المجال لتطبيق حكم نظرية الظروف الطارئة على العقد الاحتمالي[135].

المطلب الثاني: مدى كون عقد مشروع الشراكة عقد احتمالي أو محدد

بعد أن بينا المقصود بالعقد الاحتمالي والمحدد والآثار التي تترتب على اعتبار العقد احتماليا، بقي أن نبين ما إذا كان العقد محل الدراسة هو عقد احتمالي أم لا، وقد بينا في الفصل الأول من هذه الدراسة أن مشروعات الشراكة لها صور مختلفة، والتزامات الأطراف فيها متفاوتة على نحو قد يغير التكييف القانوني لكل صورة.

وبما أن تكييف العقد من جهة كونه احتماليا أو محددا يعتمد بالدرجة الأولى على استقراء محل التزام طرفي العقد، وبما أن محل أطراف العقد في مشروعات الشراكة يختلف في كل صورة من صور الشراكة، فينبغي أن نستعرض محل العقد في كل صورة من صور الشراكة لتحديد مدى كونه احتماليا أو محددا.

---

[134] وهو الغالب في هذا النوع من العقود كما نلحظ في قوانين الشراكة المقارنة.

[135] علي نجيدة ومحمد حاتم البيات، مرجع سابق، ص 62

و بالتأمل في تعريف مشروع الشراكة[136] يظهر أن التزام القطاع الخاص في هذه المشروعات في جميع صورها محله "القيام بعمل"، كما ذكرنا في الفصل الأول أن مهام القطاع الخاص قد تتفاوت في كل مشروع غير أنها دائرة بين خمسة مهام أساسية هي التصميم والتنفيذ والتشغيل والتمويل والصيانة، وجميع هذه المهام إنما هي داخلة في اصطلاح القانون تحت مظلة "القيام بعمل".

و قد يضاف إلى التعهد بالقيام بعمل أن يلتزم القطاع الخاص بدفع أجر دوري للقطاع العام كمقابل على السماح له باستغلال عقار القطاع العام إذا ما تطلب المشروع ذلك.[137]

وبالتالي فمحل التزام القطاع الخاص هو دائما "محدد" حسب المفهوم آنف الذكر، إذ يعلم طرفا العقد عند التعاقد ما سيقدمه القطاع الخاص، فمحل القطاع الخاص هو دائما محقق الوجود ومحدد المقدار دون أن يتوقف ذلك على أمر غير محقق الحصول في المستقبل.

أما بالنسبة إلى محل التزام القطاع العام، فهو حسب تعريف الباحث يتراوح بين ما يلي:

1. الترخيص للقطاع الخاص باستغلال المرفق على النحو المحدد في العقد، حتى يتمكن هذا الأخير من استيفاء أرباحه من جمهور المنتفعين بالمرفق سواء كانوا من القطاع العام أو من القطاع الخاص.

---

[136] كما عرفه الباحث: عقد يلتزم بمقتضاه شخص معنوي خاص إلى شخص معنوي عام بمباشرة أعمال يتفق عليها الأطراف في العقد المبرم بينهما على مرفق من مرافق الشخص المعنوي العام، وعلى أرض يملكها الشخص المعنوي العام إذا تطلب المشروع ذلك، وقد يضاف إلى هذا الالتزام أجر دوري يدفعه الشخص المعنوي الخاص للشخص المعنوي العام لقاء الانتفاع من أرض الشخص المعنوي العام ، لقاء إما الترخيص للشخص المعنوي الخاص باستغلال المرفق على نحو محدد في العقد، أو لقاء مبالغ مالية يقدمها الشخص المعنوي العام للشخص المعنوي الخاص.

[137] كما نص على ذلك في المادة الأولى من قانون الشراكة الكويتي رقم 116 لسنة 2014: "ويدفع مقابلا لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع -متى وجدت- في الحالتين"

2. مبالغ مالية يقدمها القطاع العام للقطاع الخاص بحسب الدفعات المتفق عليها في العقد.

وفي الحالتين يكون أداء القطاع العام لالتزامه مشروطا بالتزام القطاع الخاص بمستويات الجودة المتفق عليها في العقد.

ولا يثور النزاع حول تكييف التزام القطاع العام من حيث كونه محددا أو احتماليا في الحالة الثانية، حيث يتفق الطرفان منذ البداية على أن يقدم القطاع العام دفعات مالية محددة المقدار في المواعيد المتفق عليها طالما حقق القطاع الخاص مستويات الجودة والأداء المتفق عليها طوال فترة التعاقد، وبالتالي يكون التزام القطاع العام وبالتبعية العقد المبرم في هذه الحالة محددا.

أما لو كان محل التزام القطاع العام هو الترخيص للقطاع الخاص باستغلال المشروع وتحصيل أرباحه من خلال ما يدره المشروع من موارد مالية مفروضة على المستفيدين من المشروع (المرور على الجسر أو الشارع) أو مستهلكيه (الكهرباء والماء)، وحيث أن إيرادات المشروع إنما هي إيرادات مظنونة الحصول وغير معلومة المقدار تحديدا وقت إبرام العقد بل يحددها القطاع الخاص ظنا منه بأنه سيحصل على ما يغطي المشروع من تكاليف مع ربح زائد ولكن لا يدري على وجه اليقين هل يتحقق أمله أم لا، فقد يثور هنا سؤال كون محل التزام القطاع العام في هذه الحالة احتماليا حسب المفهوم آنف الذكر.

غير أن هذا الاستنتاج مردود، ذلك أن محل التزام القطاع العام ليس تلك الموارد المالية المظنونة وإنما هي حق الانتفاع بالمشروع[138]، وحق الانتفاع هو حق عيني مستقل له قيمة محددة ، ويصلح أن يكون محلا للملكية ويكفل للمنتفع بالشيء أن يستعمله وأن يستغله بأن يستفيد من

---

[138] محمد تقي العثماني، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، من بحوث في قضايا فقهية معاصرة نشرتها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في قطر،2013، الجزء الثاني، ص 144

ثماره بنسبة مدة انتفاعه [139]، وهي في حالتنا هذه تلك الموارد المالية التي قد يدرها المشروع، فهذه الموارد المظنونة هي ثمار الانتفاع وليست حق الانتفاع ذاته ، فملكية القطاع الخاص ليست ملكية على الموارد المالية المظنونة بل هي ملكية على حق الانتفاع الذي يكفل له الحصول على الموارد المالية بحسب ما يدره المشروع، و هناك فرق واضح بين حق الانتفاع وثمار الانتفاع.

وبناء عليه، يكون محل التزام القطاع العام في هذه الحالة أيضا "محددا" لا "احتماليا"، حيث يعلم الطرفان وقت إبرام العقد مقدار ما سيقدمه القطاع العام (حق الانتفاع لفترة زمنية محددة)، وهذا المحل وإن كان غير موجود وقت إبرام العقد إلا أنه محقق الوجود في المستقبل ومحدد المقدار.

إذن نخلص من ما تقدم أن العقود الحاكمة لمشروعات الشراكة هي في جميع صورها عقود محددة حسب المفهوم آنف الذكر، وبالتالي لا يطبق عليها أي من آثار العقود الاحتمالية.

---

[139]نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص198. كما نصت على ذلك المادة 1017 من القانون المدني القطري

المبحث الثاني: عقد مشروع الشراكة بين العقود المسماة وغير المسماة

تمهيد وتقسيم:

رغم أن القانون لم ينص صراحة على تنظيم خاص بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلا أن ذلك لا يكفي لاعتباره من العقود غير المسماة، بل الواجب التأمل في العقد الحاكم لمشروع الشراكة لمعرفة ما إذا كان يتطابق في مفهومه مع أحد العقود المسماة وإن لم يسمى بذات التسمية، فالعبرة بمعنى العقد ومحتواه وليس بعنوانه، وغياب المصطلح لا يعني غياب المفهوم[140].

والواقع أن التأمل في تعريف الباحث وفي التعريفات التشريعية المقارنة يظهر أن الالتزام الرئيسي على عاتق القطاع الخاص هو الالتزام "بالقيام بعمل"، وهذا الالتزام ثابت في جميع صور الشراكة[141].

فمصطلح "العمل" بمفهومه الوارد في القانونين القطري والمصري جاء من العموم والاستغراق بحيث يشمل أنواعا كثيرة من الأعمال، فيشمل الأعمال التي تكون متصلة بشيء معين كبناء أو نجارة ونحوها، أو غير متصلة بشيء معين بل هو مجرد بذل مجهود كنقل الأشخاص والطبع والنشر والعلاج، كما يشمل المقاولات من صغيرة كعمل الخياط والسباك إلى بناء الجسور والطرق والطائرات، بالإضافة إلى شموله لجنس العمل عموما كالأعمال المادية

---

[140] أو بصياغة أخرى: العبرة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني، انظر في شرح القاعدة :د.محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذهاب الأربعة، دار الفكر-سوريا، الطبعة الثالثة، 2009 ، ص403

[141] فلو أخذنا التشريع المصري على سبيل المثال سنجده أورد التزام القطاع الخاص بأنه :"تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحًا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد"، وجميع هذه الأعمال إنما هي داخلة في الالتزام بالقيام بعمل ، ويصدق هذا التحليل بالنسبة لجميع التعريفات التشريعية التي أوردناها في الفصل الأول من هذه الدراسة، فنحيل إليها منعا للتكرار. ويذكر الفقيه السنهوري في هذا الصدد أنه لما كان صنع الشيء هو أيضا عمل يؤديه الصانع، فالمقاول يتعهد دائما بالقيام بعمل انظر: عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق ، العقود الواقعة على عمل، ص 33

مثل أعمال البناء والإنشاء والأعمال العقلية كأعمال المهن الحرة وأعمال الإدارة، كما تشمل الأعمال العامة وهي التي تتعلق بالمرافق العامة والأعمال الخاصة وهي التي تتعلق بالأفراد والشراكات التي لا تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة، فكل هذه الأعمال تعتبر في نظر القانون "التزام بعمل" ويطبق عليها جميعا ذات الأحكام.[142]

إذن الالتزام بالقيام بأعمال معينة متصلة بتعمير وتشغيل مرفق عام عموما هو العنصر الثابت في جميع صور الشراكة، ويبدأ الاختلاف بين صور الشراكة عند تحديد المقابل الذي سيحصل عليه القطاع الخاص، أو ما إذا كان هناك التزام إضافي على عاتق القطاع الخاص بالإضافة إلى الالتزام بعمل.

وبالتالي يكون علينا حتى نصل إلى الإجابة عن سؤال مدى اشتمال منظومة العقود المسماة في القانون القطري لتنظيم عقد كعقد الشراكة أن نحلل جميع العقود التي قد يكون التزام أحد الأطراف فيها هو شخص معنوي يلتزم بالقيام بعمل مادي كإنشاء مشروعات بنية تحتية وتشغيلها وصيانتها.

---

[142] عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص33. وأما إن قيل بأن فعل "التمويل" قد يخرج عن مفهوم "التعهد بعمل" حسب ما هو وارد في تعريف المقاولة من حيث أن فعل التمويل هو في الواقع "توفير السيولة اللازمة للمشروع" ، والتعهد بعمل الوارد في تعريف المقاولة في القانون المدني لا يشمل الأعمال التي تتضمن التزاما ماليا من طرف المقاول، قلنا بأن هذا تخصيص بغير مخصص، والقاعدة تقضي بأن "الأصل في العام العمل به على عمومه حتى يوجد المخصص. "
كما أن ذلك مردود من وجه آخر وهو أنه مع طبيعة النظام الاقتصادي اليوم أصبح قيام المقاول بتمويل مشروعات البنية التحتية من مستلزمات المشروع التي لا يتم إلا بها، بل يذكر بعض الباحثين أن شركة المشروع عند قيامها بتشييد المشروع لا تساهم في رأس مال المشروع بأكثر من 30%، وتستوفي بقية رأس المال من جهات إقراضية منوعة ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 172 من القانون المدني القطري على "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام." محمد جواد الخرس، المرجع السابق، ص 188 وص 285

وبالنظر في منظومة العقود المسماة نجد أن العقود التالية تحديدا هي التي تحتمل وجود الالتزام بالقيام بعمل ضمن التزامات أحد أطراف العقد: مقاولة أو إيجار أو شركة[143]، وعليه يكون التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة متأرجحا بين هذه العقود الثلاثة،[144] حيث أن هذه العقود تحديدا هي التي تنظم تعهد شخص معنوي "بالقيام بعمل" بغض النظر عن التكييف القانوني للمقابل الذي سيحصل عليه هذا الطرف والذي سيحدد بلا شك التكييف القانوني للعقد ككل.

بناء على ما سبق، وحتى نستطيع أن نتبين ما إذا كان عقد مشروع الشراكة مشمول بأحكام العقود المسماة في القانون القطري يجب اختبار هذه الفرضية من خلال استعراض خصائص هذه العقود الثلاثة والتي تعتبر أقرب العقود إلى تنظيم عقد موضوعه متطابق مع موضوع عقد الشراكة، في مواجهة خصائص مشروع الشراكة، وعليه قسمنا هذا المبحث على النحو التالي:

مطلب أول: مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد شركة

مطلب ثان: مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد إيجار

مطلب ثالث: مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد مقاولة

---

[143] انظر: ناهد السيد، المرجع السابق، ص 27-29

[144] وقد ذكرنا في الفصل الأول أن البعض يرى أن عقود الشراكة ليست عقودا أصلا وإنما هي تنظيم اقتصادي، وقد ذكرنا أن هذا رأي مرجوح، ونحيل إلى ما ذكرناه منعا للتكرار.

المطلب الأول: مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد شركة

تمهيد وتقسيم:

عرف المشرع القطري عقد الشركة في موضعين[145]، وذكر في كلا الموضعين جواز أن تكون مساهمة الشريك في عقد الشركة متمثلة في "القيام بعمل"، وبالتالي نلحظ أن الالتزام بالقيام بعمل هو احتمال وارد في عقد الشركة، مايفيد احتمال تطابق تكييف عقد الشركة مع عقد الشراكة.

إن اختبار مدى انطباق التكييف القانوني لعقد الشركة على عقد الشراكة يقتضي بيان وجه التشابه ووجه الاختلاف بين هذا العقد وبين عقد مشروع الشراكة، فإذا لم يتبين أن أوجه التشابه بينهما أكبر وأكثر جوهرية من أوجه الاختلاف لم يجز أن نكيف عقد الشراكة بأنه عقد شركة والعكس صحيح.

وعلى ذلك أفردنا لكل من وجه التشابه ووجه الاختلاف بين هذين العقدين فرعا مستقلا، ناقشنا فيه مدى انطباق الشركة مع أي من صور الشراكة.

---

[145] أما الأول فهو المادة 2 من قانون الشركات القطري رقم 11 لسنة 2015: " عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، بأن يسهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة".
والموضع الثاني هو المادة 513 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة".

فرع أول :وجه الاتفاق بين عقد الشركة والشراكة

ذكرنا في بداية هذا المبحث أنه باستعراض مفهوم عقد الشراكة نلحظ أن محل التزام القطاع الخاص في هذه المشروعات في جميع صورها هو "القيام بعمل"، وقد يضاف إلى هذا الالتزام التزام بدفع أجر دوري للقطاع العام كمقابل على السماح له باستغلال عقار القطاع العام.

أما التزام القطاع العام فهو كما ذكرنا يتراوح بين ما يلي:

1. الترخيص للقطاع الخاص باستغلال المرفق على النحو المحدد في العقد، حتى يتمكن هذا الأخير من استيفاء أرباحه من جمهور المنتفعين بالمرفق سواء كانوا من القطاع العام أو من القطاع الخاص.
2. مبالغ مالية يقدمها القطاع العام للقطاع الخاص بحسب الدفعات المتفق عليها في العقد.
3. كلا هاذين العوضين.

وعليه يمكن حصر احتمالات عقد الشراكة في ما يلي:

الجدول رقم 1 احتمالات عقود الشراكة

	التزام القطاع الخاص	التزام القطاع العام
1	الالتزام بالقيام بالأعمال حسب العقد المبرم	مبلغ محدد مؤجل ومجزء طوال فترة العقد
2	الالتزام بالقيام بالأعمال حسب العقد المبرم+الالتزام بدفع مبلغ عن الانتفاع بعقار القطاع العام	مبلغ محدد مؤجل ومجزء طوال فترة العقد
3	الالتزام بالقيام بالأعمال حسب العقد المبرم	الترخيص بالحصول على عوائد المشروع كليا أو جزئيا
4	الالتزام بالقيام بالأعمال حسب العقد المبرم+الالتزام بدفع مبلغ عن الانتفاع بعقار القطاع العام	الترخيص بالحصول على عوائد المشروع كليا أو جزئيا

إن أقرب ما يكون عقد الشراكة إلى عقد الشركة هو في صورتان من صور مشروعات الشراكة وهي أقرب الصور إلى فكرة عقد الشركة وفلسفتها، وعلى ذلك ستكون هاتين الصورتين هما محل الدراسة في هذا المطلب.

أما الصورة الأولى فهي الصورة التي يتعهد فيها القطاع الخاص بالقيام بالأعمال المتفق عليها في العقد من تصميم وتنفيذ وتشغيل ونحوه، لقاء الترخيص له باستغلال المرفق على النحو المحدد في العقد، حتى يتمكن من استيفاء أرباحه من جمهور المنتفعين بالمرفق أو ممن تتناسب احتياجاتهم مع ما يقدمه القطاع الخاص من خدمات، دون أن يدفع القطاع الخاص مقابلا عن استخدام عقار القطاع العام (الحالة رقم 3).

ففي هذه الصورة قد يكيف التزام القطاع الخاص بأنه حصة مال وحصة عمل، بينما يكيف التزام القطاع العام بأنه حصة عينية متمثلة في حق الانتفاع بأرض المشروع، وتكون هذه الحصص رأس مال المشروع[146].

ويكون توزيع الأرباح بحيث يكون للقطاع الخاص ما يدره المشروع من عوائد ويكون نصيب القطاع العام مؤجلا في صورة الاستفراد بملكية أصول المشروع بعد انتهاء مدة العقد.

وأوجه التشابه بين هذه الصورة وعقد الشركة تتمثل في:

[146] حيث نصت المادة 9 من قانون الشركات القطري على: "تكون حصة الشريك مبلغاً محدداً من النقود أو تكون عيناً تخدم أغراض الشركة، كما يجوز أن تكون عملاً يقدمه الشريك بنفسه، ولكن لا يجوز أن تكون حصة الشريك ما له من سمعة أو نفوذ. ويتكون رأس مال الشركة من الحصص النقدية والعينية أو إحداهما.

1. توافر ركن تقديم حصص رأس مال المشروع والمتمثلة في حصة العمل والنقد الخاصة بإدارة المشروع وتشغيله وتمويله والتي يقدمها القطاع الخاص من جهة، وحق الانتفاع بأرض المشروع والذي يقدمه القطاع العام متى ما تطلب المشروع ذلك من جهة أخرى[147]. حيث تمثل هاتين الحصتين، حصة العمل و الحصة النقدية من جهة والحصة العينية والمتمثلة في حق الانتفاع بالأرض، تشكلان معا رأس مال المشروع حسب نص المادة 9 من قانون الشركات آنفة الذكر.
2. توافر نية الربح والخسارة أو نية المشاركة في هذه الحالة، ويتجسد ذلك في تمنع الدولة برغبتها عن الحصول على المستحق لها من نظير حصتها في عوائد المشروع، مقابل أخذها مرة واحدة نهاية مدة عقد الشراكة في صورة استفرادها بملكية أصول المشروع وموجوداته.

فالأصل هو توزيع أصول المشروع بين الشركاء في نهاية عقد الشركة وعند تصفيتها[148]، غير أنه في هذا العقد تتنازل الدولة عن حقها في العوائد المالية في المشروع لقاء استفرادها بملكية مبنى المشروع، والذي يظهر أن هذا جائز، حيث نصت المادة 317 على " ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك ".

ثم هناك فرضية أخرى قد تعزز من احتمالية أن يكون العقد في هذه الصورة هو عقد شركة، وهي حين يتفق الأطراف على الاشتراك في عوائد المشروع، بحيث يلتزم القطاع

---

[147] يفهم من ذلك ضمنا استبعاد الحالة التي لا يتطلب فيها المشروع أن يكون في عقار معين، كما في مرفق جمع النفايات أو مرفق إطفاء الحريق وغيرها، فلن يكيف التزام القطاع العام بأنه حصة عينية في صورة حق الانتفاع لانعدام وجود أرض المشروع أصلا.

[148] حيث نصت المادة 317 من قانون الشركات القطري على: "على المصفي بعد سداد ديون الشركة أن يرد إلى الشركاء قيمة حصصهم النقدية من رأس المال، وأن يوزع عليهم الفائض بنسبة نصيب كل منهم في الربح.
وتقسم أموال الشركة العينية بين الشركاء قسمة إفراز، وتتبع في ذلك القواعد المقررة في قسمة المال الشائع، ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك."

الخاص بتقديم نسبة من ما يدره المشروع من عوائد، بالإضافة إلى التزامه بتسليم أصول المشروع كاملة للقطاع العام عند نهاية العقد، ففي هذه الصورة نرى مفهوم نية الربح والخسارة أكثر وضوحا، حيث يتقاسم الأطراف فعليا ما قد ينتج عن المشروع من عوائد ولا يكتفي القطاع العام بالاستحواذ على أصول المشروع عند نهاية العقد.[149]

أما الصورة الثانية التي يبدو عقد الشركة متشابها مع عقد الشراكة فهي الحالة التي تكون فيها الدولة من ضمن المستثمرين في شركة المشروع، أي أن تكون للدولة أسهما في شركة المشروع وذلك عن طريق قيام القطاع العام بتقديم حصة نقدية إضافية على حق الانتفاع بالأرض، فيظهر في هذه الصورة أيضا ركني توفير الحصص ونية المشاركة اللازمين لعقد الشركة.

أما بالنسبة للحالات الأخرى (الحالات 1 و 2 و 4 الواردة في الجدول أعلاه) وبمقارنة مفهوم الشراكة مع مفهوم عقد الشركة نلحظ بسهولة تمنع أن يكون عقد الشراكة هو عقد شركة في الحالتين الثانية والرابعة و التي يقدم فيها القطاع الخاص أجرا دوريا إلى القطاع العام نظير استغلاله عقار القطاع العام في تقديم الخدمة العامة.

ففي هذه الحالة لن يكيف تمكين القطاع الخاص من الأرض على أنه حصة عينية لأن القطاع العام قدمها بمقابل الحصول على أجر محدد متفق عليه وليس بمقابل الحصول على نسبة من أرباح المشروع، ما سيؤدي إلى انتفاء ركن أساسي في عقد الشركة وهو ركن تقديم الحصص، ففي هذه الحالة يكون القطاع الخاص قد تكفل بكل عناصر رأس مال المشروع ، ولا يكون القطاع

[149] يذكر أن الباحث قد اطلع بالفعل على أحد عقود الشراكة المبرمة بهذه الطريقة، حيث اتفق الأطراف على الاشتراك في عوائد المشروع بنسب معينة، كمقابل عن التزام شركة المشروع بالأعمال المتفق عليها، والتزام القطاع العام بتمكين شركة المشروع من استخدام الأرض في إقامة المشروع.

العام قد قدم حصة مال أو حصة عمل بحيث يصح أن يسمى "شريكا" في عقد شركة مع القطاع الخاص[150]، ما ينفي عن العقد أحد أركانه الأساسية لاعتباره عقد شركة.

كما نلاحظ تمنع أن يكون عقد الشراكة هو عقد شركة في الصورة التي يلتزم فيها القطاع العام بتقديم مبالغ مالية للقطاع الخاص على دفعات معينة يتفقان عليها في العقد (الحالة 1)، وذلك لانتفاء ركن نية المشاركة عند طرفي العقد، فالقطاع الخاص هنا يقتضي مقابل عمله على هيئة ثمن لا على هيئة ربح مصدره عوائد المشروع المحتملة.

كما أن مصالح طرفي العقد مختلفة في هذه الحالة، وقد يحصل بينها تعارض، فهدف القطاع العام هو إقامة المشروع وتشغيله على النحو المرضي، بينما هدف القطاع الخاص هو الحصول على ما وعده به القطاع العام من عوائد إذا ما قام بعمله، وعليه يفتقر هذا العقد إلى نية المشاركة لغياب وحدة الغاية والمصلحة المشتركة لدى أفراد العقد،[151] ما يجعلنا نستبعد أن يكون عقد شركة.

فرع ثان: وجه الاختلاف بين الشركة والشراكة

ذكرنا في الفرع الأول أن التشابه قد يطرأ بين عقد الشركة وعقد الشراكة في صورتين فقط من صور الشراكة، غير أن أوجه الاختلاف بين عقدي الشركة والشراكة أكبر من أوجه الاتفاق حتى في هاتين الصورتين.

---

[150] صفة الشريك تثبت للشخص الذي يقدم حصة في رأس مال الشركة، انظر: ياسين الشاذلي، مرجع سابق، ص 54

[151] انظر :ياسين الشاذلي، مرجع سابق، ص77 و 78

فاستعراض لوازم وآثار عقد الشركة يظهر اختلافها جوهريا عن ما يريده وينتويه الأطراف من وراء تنفيذ مشروعات الشراكة، من ذلك مثلا:

1. وجود تعارض بين مصالح الأطراف بعكس ما يقتضيه عقد الشركة، فهدف القطاع الخاص أساسا هو الحصول على عوائد المشروع وبغض النظر عن مستوى أداء المشروع أما هدف القطاع العام فهو إقامة المشروع وتشغيله بمستوى جودة معين.

ويترتب على هذا الاختلاف في الأهداف بين القطاعين العام والخاص عدم تطابق العديد من المفاهيم التي يقتضيها عقد الشركة، إذ أن جميع قرارات عقد الشركة يجب أن تكون مستلهمة من الرغبة في الربح في المقام الأول، إذ أن هذا ما يقتضيه ركن "نية المشاركة" كأحد الأركان الخاصة لعقد الشركة، وهذا قد يتعارض مع رغبة القطاع العام والمتمثلة في تحقيق المصلحة العامة من وراء إقامة هذا النوع من المشروعات.

وهذا عنصر جوهري له العديد من التبعات التي تتعارض مع مقتضيات عقد مشروع الشراكة، من ذلك ما رأينا في الفصل الأول أنه في عقد الشراكة يستفرد القطاع العام بتحديد مخرجات المشروع على النحو الذي يراه محققا للمصلحة العامة، ولا يكون للقطاع الخاص أن يعدل من هذه المخرجات دون إذن القطاع العام بدعوى زيادة أرباح المشروع، إذ أن هذا ليس هدف القطاع العام من الدخول في هذا المشروع أساسا، وبالتالي لا يجوز الاحتجاج بهذا الهدف في مواجهته كما لو كان شريكا للقطاع الخاص.

ومن ذلك أيضا حرمان القطاع العام من الحق في تعديل أسعار المنتجات أو الخدمات، فهدف الشركة كما ذكرنا هو الحصول على الربح ، وبالتالي لن يكون للقطاع العام أن يطلب تخفيض الأسعار لأن من شأن ذلك أن يتعارض مع هدف زيادة الربح، وهذا

يتعارض مع صريح النصوص التشريعية والتي أجازت للقطاع العام أن يقوم بتعديل أسعار منتجات أو خدمات شركة المشروع إذا ما اقتضت ذلك مصلحة عامة.

و من ذلك أيضا انعدام أي وسيلة لمحاسبة القطاع الخاص عن التقصير في الأداء طالما لم يكن لهذا التقصير أثر مباشر على عوائد المشروع وأرباحه، فمثلا لن يكون للقطاع العام الامتناع عن تقديم شهادة باستيفاء المشروع للمعايير المطلوبة دون أن يبرر هذا القرار بتأثيره على ارباح المشروع المحتملة، وهذا بطبيعة الحال يخالف ما قضت به جميع التعريفات التشريعية للشراكة.[152]

2. يقتضي عقد الشركة الاشتراك الكامل في الربح والخسارة، وهذا غير متحقق بالكامل في عقود الشراكة، حيث ذكرنا في الفصل الأول أن التشريعات المنظمة للشراكة قد تواترت على ضرورة الاتفاق على توزيع المخاطر بين الأطراف، وتوزيع المخاطر على هذا النحو يتعارض ولا شك مع مفهوم نية المشاركة في الربح والخسارة وقبول المخاطر المشتركة[153]، فبأي حق سيطلب أحد الطرفين استبعاده من نوع معين من الخسائر التي تتولد عن نوع معين من مخاطر المشروع؟
3. ذكرنا أن القطاع الخاص هو دائما ملتزم بالقيام بعمل، وذكرنا أنه قد يمكن تكييف العمل كحصة في رأس مال المشروع، غير أن تقديم حصة عمل يقتضي عدم جواز قيام الشريك

---

[152] حيث ربطت نصوص الشراكة في التشريع المقارن بين تحقيق مستويات الجودة والحق في الحصول على شهادة استيفاء المعايير والأذنة للقطاع الخاص بأن يباشر تشغيل المشروع ، ولم يرد فيها ما يفيد من أي وجه الأخذ بتأثير الامتناع أو الموافقة على إصدار القرار على ربحية شركة المشروع. انظر مثلا المادة 2 من قانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة في مصر والمادة 41 من القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الكويت.

[153] ياسين الشاذلي، مرجع سابق، ص 77

الذي قدم حصة العمل للشركة بتقديم نفس العمل لحسابه الخاص لما ينطوي في ذلك من منافسة غير مشروعة للشركة.[154]

ويتعارض هذا القيد قطعا مع مفهوم عقد الشراكة، فلن يغامر القطاع الخاص (غالبا) بالامتناع عن أي نشاط بحجة أنه نشاط منافس ، ثم ليس هناك ما يمنع في عقد الشراكة من أن يقوم القطاع الخاص بالتعهد بالقيام بذات الأعمال في مشروع آخر، بل قد يكون ذلك من مصلحة المشروع إذا كان من شأن هذه الأعمال أن تكسبه خبرة مفيدة في المشروع، وبالتالي يكون اشتراط الامتناع عن القيام بذات النشاط أمرا غير متوافق مع طبيعة عقد الشراكة ما يجعلنا نستبعد كونه عقد شركة.

4. ذكرنا أن الصورة محل الدراسة تقتضي تكييف التزام القطاع العام بتقديم أرض المشروع بأنه التزام بتقديم حصة عينية في المشروع، غير أن لهذا التكييف لوازم خطيرة تتعارض قطعا مع نية الأطراف.

من تلك اللوازم إمكانية الحجز على حق الانتفاع بأرض الدولة في حالة ما أفلست الشركة[155]، حيث سيعتبر حق الانتفاع بأرض المشروع من موجودات الشركة التي يجوز الحجز عليها وبيعها لتسديد ديون الشركة، وقد تؤول أرض الدولة إلى دائن ينتفع بها بغير ما تقتضيه المصلحة العامة أو بما يتعارض مع خطط الدولة التنموية، لاسيما لو كانت الأرض على مساحة شاسعة وكان المشروع من المشروعات الحيوية للدولة، وبالتالي

---

[154] ويترتب على مخالفة الشريك بعمل لهذا القيد أن يكون ما حققه من كسب حقا خالصا للشركة، ويكون عليه تعويض الشركة عن الأضرار التي قد تلحقها من جراء هذا الامر. انظر: ياسين الشاذلي، مرجع سابق، ص 59

[155] مع الأخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة 719 من قانون التجارة القطري: :" فيما عدا شركات المحاصة، والشركات المهنية، والشركات المملوكة للدولة أو التي تمتلك الدولة أكثر من نصف رأس مالها، ويكون العمل الذي تمارسه تسيير مرفق عام، يجوز شهر إفلاس أية شركة، إذا توقفت عن دفع ديونها في مواعيد استحقاقها نتيجة لاضطراب مركزها المالي وتزعزع ائتمانها." وقد ذكرنا أنه يتصور أن تكون الدولة مالكة لنسبة ما في شركة المشروع، وقد تزيد هذه النسبة عن النصف، وفي هذه الحالة فقط ستكون الشركة مستثناة من نطاق تطبيق المادة 719.

ستكون الدولة قد خسرت المشروع والأرض معا، ما يجعلنا نستبعد تكييف الأرض بأنه حصة عينية في عقد شركة، وبالتالي سينهار ركن تقديم الحصص كأحد الأركان الخاصة في عقد الشركة، وينفي عن العقد تكييفه بأنه عقد شركة.

5. ذكرنا وجود صورة أخرى قد يكيف فيها عقد الشراكة على أنه عقد شركة، وهي الصورة التي تكون الدولة أحد المساهمين بحصة نقدية في شركة المشروع (ما يعني توافر ركن تقديم الحصص)، كما تستحق الدولة في هذه الحالة نسبة من الأرباح التي يتم الاستحواذ عليها من جمهور المنتفعين (ركن تقاسم الربح والخسائر)، وهنا يجب التفريق بين فرضين:

1) الفرض الأول: أن يقتصر عقد الشراكة على تنظيم العلاقة بين شركة المشروع بوصفها منفذة المشروع ،والدولة بوصفها طالبة المشروع، وأن تكون ملكية الدولة لأسهم شركة المشروع مستندة إلى عقد شركة آخر مستقل وغير تابع لعقد الشراكة من أي وجه.

ولا تثور مشكلة في هذه الحالة، حيث أننا سنكون في مواجهة عقدين منفصلين ما يلزم أن يكيف كل منهما على نحو مستقل بحيث يكون لكل منهما تكييفه الخاص، إذ ليس هناك ما يمنع في المنطق القانوني أن تكون للدولة صفة مالكة لأسهم شركة المشروع وتكون طالبة المشروع في نفس الوقت.

2) الفرض الثاني: أن يتضمن عقد الشراكة نفسه تنظيم العلاقة بين شركة المشروع بوصفها المنفذ للمشروع، والدولة بوصفها طالبة المشروع ومتعهدة بتقديم حصة نقدية فيه.

يرى الباحث أننا في هذه الحالة نكون أمام عقد مركب[156] من عقدي الشركة والمقاولة، وسنرجئ الحديث عن هذا الفرض إلى المطلب الثالث حيث ندرس مدى انطباق الشراكة على عقد المقاولة.

من ما سبق يتبين لنا ما استفتحنا به هذا الفرع من وجود تباين واسع بين عقد الشركة والشراكة، وبالتالي لا يصح أن يكيف عقد الشراكة على أنه عقد شركة في أي صورة من صوره.

المطلب الثاني:مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد إيجار

تمهيد وتقسيم:

عرف المشرع القطري عقد الإيجار في المادة 582 من القانون المدني القطري: "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة محدودة في مقابل عوض مالي."

وحيث يجوز أن يكون العوض المالي بوصفه أجرة في عقد الإيجار من النقود أو من غيرها، فيصح أن يكون شيئا عينيا أو عملا أو امتناعا عن عمل يقوم به المستأجر لصالح المؤجر[157]، كان عقد الإيجار أحد العقود المحتملة لعقد الشراكة[158].

---

[156] العقد المركب هو عقد يهدف إلى إنجاز عدة عمليات تصلح كل منها أن تكون محلا لعقد قائم بذاته، فهو عقد يحتوي على عدة مواضيع، والمثال التقليدي على هذا العقد هو عقد الفندقة وعقد الخزائن الحديدية للبنوك وعقد مشاهدة العرض المسرحي والسينمائي وغيرها.
ويقابله العقد البسيط وهو ذلك العقد الذي يهدف إلى إنجاز عملية واحدة، فهو يقتصر على موضوع واحد بحيث لا يأخذ إلا حكم عقد واحد ولو شمل عدة أشياء، فعقد البيع مثلا موضوعه واحد وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، وتطبق على المعاملة أحكام عقد البيع فقط وإن تعدد المبيع. انظر: جابر محجوب، مرجع سابق، 69. وانظر أيضا: علي نجيدة ومحمد حاتم البيات ،مرجع سابق،ص 67

[157] حسن البراوي، العقود المسماة في القانون المدني القطري-عقد الإيجار، دار النهضة العربية-مصر، 2014 ، ص 119 وانظر أيضا: أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني،المجلد الرابع، دار العدالة، القاهرة، 2013، ص 300

[158] ناهد السيد، مرجع سابق، ص 27-29

كما يلاحظ أن عقد الشراكة قد يكون محله إنشاء بنية تحتية أو تنفيذ خدمة عامة، وذكرنا كذلك أن طبيعة مشروع الشراكة لا تقتضي أن يقام على أرض تملكها الدولة، كما في مشروعات توصيل البريد وإطفاء الحرائق ونحوها، ولكن في المقابل فإن عقد الإيجار يقتضي أن يقوم طرف بتمكين طرف آخر من الانتفاع بعين مؤجرة، وهي في عقد الشراكة لا تخرج أن تكون عقارا يملكه القطاع العام بغية إقامة المشروع فيه، وعلى هذا فسنستبعد من هذا النقاش أي عقد شراكة لا يستلزم أن يكون على عقار مملوك للدولة، إذ لن يتصور انطباق تكييف عقد الإيجار على هذه الحالة لانعدام ركن العين المؤجرة من المعادلة، وعليه يلزم استحضار صورة مشروعات الشراكة التي تستلزم أن تكون على عقار مملوك للدولة دون غيرها من المشروعات التي لا تتطلب ذلك بالضرورة عند دراستنا لهذا المطلب.

وكما فعلنا في المطلب السابق أفردنا لكل من وجه الاتفاق ووجه الاختلاف بين هذين العقدين فرعا مستقلا، حتى نستطيع اختبار مدى انطباق التكييف القانوني لعقد الإيجار على عقد الشراكة ،فإذا لم يتبين أن أوجه التشابه بينهما أكبر وأكثر جوهرية من أوجه الاختلاف لم يجز أن نكيف عقد الشراكة بأنه عقد إيجار.

وقبل الشروع في هذه المهمة تجدر الإشارة إلى أنه باستقراء عقود الشراكة المبرمة فعليا أو مشروعات العقود التي ستبرم عن ما قريب في قطر نلاحظ عنوانها بأنها عقود إيجار Lease Agreement، حيث تم إعداد هذه العقود باستشارة بعض مكاتب المحاماة الأجنبية وكانت نتيجة الاستشارة أن عقود الشراكة هي عقود إيجار على النحو الذي سنشرحه في هذا المطلب، وعليه يكون لتحليل هذا الاستنتاج أهمية خاصة كونه التكييف المعتمد على أرض الواقع.

ولذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، ندرس في الأول أوجه الاتفاق بين عقد الشراكة والإيجار، ونحلل في الثاني أوجه الخلاف بينهما.

فرع أول: وجه الاتفاق بين الإيجار والشراكة

يطرح البعض نظرية مفادها احتمالية تكييف عقد الشراكة على أنه عقد إيجار، حيث تكون شركة المشروع مستأجرة لأرض المشروع من القطاع العام، وتكون الأجرة متمثلة في أصول المشروع بحيث تكون مؤجلة التسليم إلى نهاية مدة العقد ،وقد يضاف إلى ذلك مبلغ مالي يدفعه القطاع الخاص للقطاع العام نظير استغلال عقار المشروع كما رأينا مثلا عند استعراض مفهوم الشراكة في التشريع الكويتي، وقد ذكرنا أن هذا هو التكييف المعتمد في كثير من عقود مشروعات الشراكة المبرمة فعليا في قطر.

وبناء على هذا التحليل تتحقق في هذا الصورة جميع الأركان الرئيسية لمحل عقد الإيجار من حيث:

1. وجود العين المؤجرة بغية الانتفاع بها، والمتمثلة في العقار الذي يقدمه القطاع العام إلى القطاع الخاص، والذي يكون للقطاع الخاص أن يستغله بأن يمارس فيه النشاط الربحي المتفق عليه في العقد.
2. وجود الأجرة والمتمثلة في الأجر الدوري الذي يدفعه القطاع الخاص طوال فترة العقد(إن وجد)، بالإضافة إلى الالتزام بعمل والمتمثل في إقامة أصول المشروع وتشغيلها والتي تكون مؤجلة التسليم إلى نهاية مدة العقد.

فركن الأجرة وإن لم يأخذ صورة نقدية فإنه يأخذ صورة أخرى تتمثل في المبنى الذي سيحصل عليه القطاع العام في نهاية مدة العقد، وقد نصت المادة 585 من القانون المدني القطري على جواز أن تكون الأجرة نقودا أو أي مقابل مالي آخر، وبناء عليه يجوز أن تكون الأجرة عملا أو امتناعا عن عمل يقوم به المستأجر [159].

فيجوز أن تكون الأجرة بناء يقيمه المستأجر في العين المؤجرة ويصبح ملكا للمؤجر عند نهاية الإيجار، وكذلك يجوز أن تكون الاجرة تحسينات يدخلها المستأجر على العين المؤجرة.[160]

3. تحديد الإيجار بفترة معينة هي مدة العقد.

وقد يرد على هذا الاستنتاج أن عقد الإيجار لا يقتضي تحديد استخدام معين للعين المؤجرة، ففي عقد الشراكة يكلف القطاع الخاص بالقيام بأعمال محددة على أرض المشروع، حيث يشترط أن يستخدم أرض المشروع بغرض إنشاء أو تحسين مشروع معين وبمواصفات معينة، ثم تشغيله وصيانته على نحو محدد، ولا يجوز للقطاع الخاص ان يحيد عن هذا الاستخدام دون إذن القطاع العام، وهذا خارج عن طبيعة عقد الإيجار.

والجواب عن ذلك: أنه يجوز بمقتضى القانون والفقه والقضاء أن يشترط المؤجر على المستأجر استخداما معينا للعين المؤجرة، ويدرج الفقه هذا الشرط تحت التزام المستأجر باستخدام العين المؤجرة فيما أعدت له، ومن صور هذا الاستخدام، استعمال العين المؤجرة طبقا للاتفاق.[161]

---

[159] حسن البراوي، مرجع سابق، ص 122

[160] عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، ص 162

[161] حيث نصت الماة 610 من القانون المدني القطري: يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه. وانظر في هذه المسألة حسن البراوي، مرجع سابق، ص 313

وتطبيقا لذلك، يجوز للقطاع العام أن يشترط على القطاع الخاص أن يستخدم عقار المشروع في نشاط معين وعلى نحو معين لا يخل بمصلحة القطاع العام أو يتعارض مع خططه المستقبلية على هذا العقار، ولكن السؤال هنا: هل هناك حد أعلى لاشتراط استخدام العقار على نحو معين؟

يذكر الفقه أمثلة على اشتراط استخدام معين كاشتراط عدم تغيير طبيعة نشاط المشروع، أو إذا كان أرضا زراعية فيتفق على تأجيرها لزراعتها بمحصول معين، ولكن ماذا لو تجاوز الأمر ذلك إلى حد اشتراط الالتزام بسياسات معينة في تشغيل المشروع مثلا، أو اشتراط حد أدنى من جودة المشروع، ألن يخرج العقد بذلك عن الدائرة التقليدية لعقد الإيجار؟ سنبحث هذه المسألة في الفرع القادم.

أخيرا في هذا الفرع نذكر أنه سوف يخرج من هذا النقاش تلك الصورة التي يتعهد فيها القطاع العام بتقديم مبالغ مالية إلى القطاع الخاص نظير قيام هذا الأخير بالقيام بالأعمال المتفق عليها في العقد من تصميم وتنفيذ وتشغيل وغيرها، وذلك لإنعدام تمكين شركة المشروع من الانتفاع بالعين المؤجرة، ففي هذه الصورة لا يكون لشركة المشروع ان تقتضي أرباحها من جمهور المنتفعين كما في باقي الصور، بل يكون مصدر الأجر هو القطاع العام فقط، وبالتالي تنعدم سلطة القطاع الخاص بالانتفاع من العين المؤجرة، فإذا انعدم تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فسيستبعد تكييف أصول المشروع التي التزم القطاع الخاص ببناءها على أنها "أجرة" كما في الصور الأخرى، وعليه يمكننا بسهولة أن نستبعد تكييف هذه الصورة من صور الشراكة من كونها عقد إيجار، وسيقتصر النقاش على الصور السابقة.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين الإيجار والشراكة

بداية نذكر بضرورة امتناع تصور انطباق التكييف القانوني للإيجار في مشروعات المرافق العامة التي ليس لها طبيعة عقارية، حيث أن هذا النوع من المشروعات لايتضمن تسليم "شيء" للقطاع الخاص سواء للانتفاع به أو للعمل عليه ، وبالتالي يخرج مباشرة من تصور أن يكون محلا لعقد إيجار.

وبهذا ينحصر النقاش في الصور التي يقع عمل القطاع الخاص فيها على بنية تحتية جديدة أو بنية تحتية موجودة.

الواقع أن التأمل في مفهوم عقود الشراكة المبرمة فعليا في كثير من مشاريع الشراكة في قطر يعزز من الاعتقاد بأن عقود الشراكة ما هي إلا عقود إيجار ،حيث توافرت فيها أركان وعناصر محل عقد الإيجار، إلى درجة تواتر عنوانها بأنها عقود إيجار LEASE AGREEMENT على عقود البوت والشراكة ، ولاشك أن استخدام الأطراف لهذه التسمية مع علمهم بمقتضياتها لهو قرينة قوية وإن كانت غير قاطعة على اتجاه نية الأطراف نحو هذا النوع من العقود.

غير أن الباحث يرى أن هناك فوارق جوهرية بين عقد الشراكة وعقد الإيجار تجعلنا نمسك عن التسليم بأن عقود الشراكة هي عقود إيجار حتى في الصورتين أعلاه.

فبالنظر في إرادة المتعاقدين في هذه النوعية من العقود وسمات هذه العقود كما أوردناها في الفصل الأول نلاحظ أن الالتزام الرئيسي في هذه العقود هو التزام القطاع الخاص بإقامة المشروع وتشغيله فترة زمنية محددة، ورغم أن إقامة المشروع وتشغيله قد تتحقق من خلال عقد

الإيجار وذلك إذا كيفنا أصول المشروع على أنها الأجرة التي تلتزم شركة المشروع بإنشاءها وتسليمها في آخر مدة العقد، وعلى اعتبار وجود التزام على القطاع الخاص (المستأجر) بأن يستخدم العين المؤجرة وفقا للاتفاق المبرم بين الأطراف، فإذا اتفق الاطراف على استخدام معين للعين المؤجرة، ولنقل استخدام الأرض لبناء مدرسة وتشغيلها بطريقة معينة ووفقا لنظام محدد وبجودة محددة، فقد يكون هذا مشمولا بالتزام العين المؤجرة بحسب ما أعدت له.

نقول و إن كان هذا جائز نظريا، غير أن الواقع يشهد باستبعاد استخدام عقد الإيجار على هذا النحو، فلا يلجأ إلى عقد الإيجار (عادة) بهدف إقامة المرفق وتشغيله، و لايخفى أن هذا هو الهدف الرئيسي غالبا من لجوء الدولة إلى مثل هذه العقود، فهدف الدولة النهائي كمتعاقد في عقد شراكة هو إقامة مرفق يخدم جمهور المنتفعين ، بينما هدف المؤجر التقليدي (عادة) هو الحصول على الربح عن طريق استثمار العقار أو المنقول بتمكين الغير من الانتفاع به لقاء عوض مالي، ويظهر أن الدولة لا تبتغي هذا في عقود الشراكة وفي تنظيم المرافق العامة عموما.

يضاف إلى ذلك أن عقود الشراكة في الغالب تنص على مخرجات محددة في المبنى وفي تشغيل المرفق، وإن كانت الأولى لا تصلح لنفي صفة الإيجار عن العقد، حيث يمكن اعتبار النص على مواصفات المبنى هنا هو وصف للأجرة وبالتالي لا يرجح كفة دون أخرى، غير أن اشتراط طريقة ومخرجات محددة في التشغيل يخرج العقد كما يرى الباحث من كونه إيجارا، فالمؤجر وإن كان له أن يشترط استخداما معينا للعين المؤجرة ، غير أن التفصيل في هذا الاستخدام وإلزام الطرف الآخر به، كالتفصيل في موعد افتتاح المشروع، وإدراج حق الجهة المتعاقدة في فسخ العقد كجزاء على تخلف القطاع الخاص عن افتتاح المشروع في الموعد، ثم الحصول على اعتمادات معينة في الجودة وصداقة البيئة، أو تطلب أن يتم تصميم وبناء المشروع بحيث يستوعب طاقة

استيعابية معينة، أو تطلب تعديل الخدمة بحيث تتوافق مع درجات الطلب الفعلي، أو تطلب أن يكون المشروع وجهة استقطاب لفئة معينة من الجمهور[162] ، أو اشتراط حصول الجهة المتعاقدة على تأمينات معينة لضمان أداء وتنفيذ شركة المشروع، أو اشتراط أن تقوم شركة المشروع بتعيين مستشار ولا يجوز لها تبديل هذا المستشار إلا بإذنها.[163]

وغير ذلك من التفاصيل التي تخدم القطاع العام، كحارس للمصلحة العامة لا بصفته مؤجرا، أكثر من أن تخدم القطاع الخاص، يجعلنا ندعو إلى التساؤل: هل تقييد حرية القطاع الخاص بهذه الشكل يتناسب مع مفهوم وطبيعة عقد الإيجار؟ بمعنى آخر ألا يتجاوز هذا التحديد الدقيق الدرجة المعتادة في عقد الإيجار بحيث يجعلنا نستبعد اتجاه النية الرئيسية نحو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وبالتالي استبعاد اعتبار العقد إيجارا؟

---

[162] اطلع الباحث على أحد عقود شراكة بناء مدرسة، وتضمن العقد شرطا يلزم شركة المشروع بأن تجعل من المدرسة مركزا للتواصل المجتمعي وذلك عن طريق تجهيز المدرسة لتكون مكان لتجمع أهل المنطقة ورواد المدرسة وأن تكون مصادر التعلم في المدرسة من مكتبة وأجهزة حاسب عامة مفتوحة للاستخدام المجتمعي وأن تكون مركزا لمشاركة الفنون عموما، وهذا نص الشرط:

"The Lessee acknowledges, undertakes and agrees that it will operate the school as 'hub' for the community, offering more than just education for the required school day / week / year, via extended day operation and managed services. This includes but is not limited to:

a) using school premises for community halls and meeting spaces;

b) stronger social networks between schools and communities;

c) providing information technology centers for community use;

d) sharing libraries or resource centers;

e) sharing performing arts spaces;

f) sharing sporting facilities."

فهل يتوافق إلزام شركة المشروع بهذا الشرط مع منظومة عقد الإيجار؟!

[163] اطلع الباحث على هذه الشروط فيما وقع بين يديه من عقود شراكة حقيقية

وعليه يرى الباحث أنه قد يجوز اعتبار عقد الشراكة إيجارا في حالة ما ارتأت المحكمة وجود نية للمتعاقدين على منح القطاع الخاص الحرية المعتادة للمستأجر بأن ينتفع ويشغل العين المؤجرة، أما إذا ارتأت المحكمة وجود تفصيل زائد في مواصفات المشروع وتفاصيل التشغيل فيرى الباحث حينها أن هذا من ما يخرج العقد من كونه إيجارا.[164]

وأخيرا، قد يستدل على امتناع تصور الإيجار في هذه الحالة بطبيعة الأجرة التي سيقدمها القطاع الخاص للقطاع العام، فإذا كانت هذه الأجرة هي المبنى أو مبلغا تافها يدل على نية الأطراف في اعتبار المبنى بمقام الأجرة[165]، فهذا وإن كان جائز نظريا، غير أنه نادر الحصول، إذ يندر في الواقع العملي أن يتفق الأطراف على أن تكون الأجرة هي " مبنى"، الأمر الذي يعزز من استبعاد أن يكون المبنى هو "أجرة".

وبالتأمل في نصوص عقود مشروعات الشراكة وخصائصها بالإضافة إلى التنظيم القانوني لهذه العقود في التشريع المقارن، نلاحظ وجود العديد من القرائن التي تدل على أن نية الأطراف من وراء إبرام عقد مشروع شراكة مختلفة عن ما يريدونه من إبرام عقد إيجار، فللإيجار خصائص ولوازم لا تتوافق بشكل منطقي مع رغبة الأطراف، من ذلك مثلا:

---

[164] وقد جاء في أحكام محكمة التمييز القطرية ما يدعم هذا الاستنتاج -كما يرى الباحث-، حيث نصت على وجوب الأخذ بما نص عليه العقد من بيان ووصف للعين المؤجرة عند تحديد طبيعتها، فقررت ما يلي: "المقرر أن العبرة في التعرف على طبيعة العين المؤجرة لتعيين القانون الواجب التطبيق عليها هي بما تضمنه عقد الإيجار من بيان لها متى جاء مطابقا لحقيقة الواقع وانصرفت إليه إرادة العاقدين" ، انظر الطعن رقم 18 لسنة 2007 تمييز مدني. وقياسا على هذا يكون تضمن العقد على تفصيل زائد لمواصفات المشروع وتفاصيل التشغيل هو من ما يجوز الاسترشاد به عند تكييف العقد.

[165] مثال ذلك ما ذكرناه عندما أعلنت عنه وزارة الصحة القطرية عن مناقصة بناء وتشييد وتجهيز وتأثيث وتشغيل ثلاث مستشفيات خاصة على الأراضي الممنوحة من الدولة، حيث عرضت الدولة أن يدفع المشغل إيجارا اسميا بواقع 1 ريال للمتر المربع شهريا، الأمر الذي يدل بوضوح على رغبة الدولة في تمكين جمهور المنتفعين من الاستفادة بالمرفق العام أكثر من التربح من وراء الإيجار، كما تقتضي النية المعتادة للمؤجر.

1. ما ذكرناه من كون التفصيل الدقيق في طريقة تشغيل المرفق قد ينم عن انحراف نية الأطراف عن اعتبار العقد إيجارا، فإن كنا نسلم أن التفصيل في مواصفات معينة في المنشأة المزمع بناءها أو تطويرها لا يخرج العقد من بوتقة عقد الإيجار، حيث سيفسر هذا التفصيل على أنه تفصيل في الأجرة (أو جزء منها) بوصفها محلا للعقد كون المبنى في هذه الفرضية هو الأجرة.

غير أن اشتراط تشغيل معين ودقيق للمرفق ليس من مقتضيات عقد الإيجار، وبالتالي لو اعتبرناه عقد إيجار فلن يكون للقطاع العام أن يلزم القطاع الخاص بهذه الطريقة في تشغيل المرفق مالم يثبت القطاع العام أن في الانحراف عن الطريقة الواردة في العقد ضررا مباشر عليه بوصفه مؤجرا[166] ، وهذا الاثبات قد يكون متعذرا في كثير من الاحيان، كما لن يكون للقطاع العام أن يفسخ عقد الإيجار بحجة عدم افتتاح المشروع في الوقت المحدد، فليس في تأخر افتتاح المشروع (غالبا) ضرر على القطاع العام بوصفه مؤجرا لعقار المشروع، بل هو ضرر يلحق جمهور المنتفعين.

تجدر الإشارة أخيرا إلى أن هذه اشروط وإذا افترضنا أن هناك من يرى انها لا تخرج العقد بأفرادها عن منظومة عقد الإيجار، غير أن اجتماع هذه الشروط في عقد واحد يجعلنا نرجح استبعاد نية الأطراف عن عقد الإيجار، فتظافر هذه الشروط مع بعضها يولد غلبة ظن بأن ما يريده الأطراف هنا ليس تمكينا بالانتفاع.

---

[166] حسن البراوي، مرجع السابق، ص 313

2. ذكرنا في الفصل الأول وجود مفهوم توزيع المخاطر في عقود الشراكة، ولا نجد لهذا المفهوم أساسا في عقد الإيجار، فإذا كان صفة القطاع العام بأنه مؤجر، فعلى أي أساس سيتحمل القطاع العام مخاطر في تصميم وتنفيذ و تشغيل المشروع؟

ورغم هذه الملاحظات على تكييف عقود الشراكة بأنها عقود إيجار، غير أن الباحث يرى بوجوب التفرقة بين فرضين:

1. الفرض الذي يقتصر فيه التزام القطاع الخاص على إنشاء المشروع (أو تطويره) وتشغيله وإعادته إلى الجهة طالبة المشروع في نهاية مدة العقد، لقاء الترخيص للقطاع الخاص بالاستفادة من ما يدره المشروع من عوائد طوال مدة المشروع، وهي الصورة المعروفة بتسمية "عقد البوت": ويرى الباحث أن هذه الصورة خارجة قولا واحدا عن كونها إيجارا، للأسباب التي ذكرناها أعلاه.
2. الفرض الذي يلتزم فيه القطاع الخاص بدفع مبلغ نقدي بالإضافة إلى التزام بالقيام بعمل (إنشاء المشروع وتشغيله وإعادته إلى الجهة الطالبة)، لقاء الترخيص للقطاع الخاص بالاستفادة من مايدره المشروع من عوائد: ويرى الباحث أننا هنا في مواجهة عقد مركب من عقد إيجار ومقاولة، تماما كما رأينا في إحدى صور الشراكة عند حديثنا عن مدى انطباق عقد الشراكة مع الشركة، و سنرجئ شرح هذه المسألة إلى المطلب التالي.

وبالتالي يرى الباحث أن عقد الشراكة ليس إيجارا في أي صورة من صوره، وعليه يلزم تصحيح الاعتقاد القائم في الواقع العملي بأن عقود البوت والشراكة إنما هي عقود إيجار كما نصت على

ذلك عناوينها، فهذا الاعتقاد –كما يرى الباحث– ينطوي على مغالطة وتعارض بين مقتضيات عقد الإيجار ونية المتعاقدين في عقود الشراكة.

المطلب الثالث: مدى صحة تكييف عقد الشراكة كعقد مقاولة

تمهيد وتقسيم:

يعرف عقد المقاولة في المادة 682 القانون المدني القطري بأنه :"عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً للطرف الآخر لقاء أجر، دون أن يكون تابعاً لهذا الطرف أو نائباً عنه."

كما يعرف بعض الفقه المقاول بأنه: كل شخص طبيعي أو اعتباري يعهد إليه بتشييد المباني والمنشآت الثابتة وفقا لنماذج أو تصاميم تقدم إليه وهو لا يخضع في ذلك كله لإشراف صاحب العمل ورقابته فهو يعمل باستقلال عن صاحب العمل ومن ثم فهو ليس تابعا له.[167]

وقد لاحظنا في المطالب السابقة استبعاد صور الشراكة من أن تكون عقود شركة أو إيجار، وبالتالي يتبقى لنا اختبار انطباق تكييف عقد المقاولة على عقود مشروعات الشراكة.

الواقع أن أقرب العقود إلى جميع صور مشروعات الشراكة (كما يرى الباحث) هو عقد المقاولة، غير أن هذا قد لا يبدو مباشرا في جميع صور الشراكة، وعليه أفردنا فرعا أولا ندرس فيه الصور التي يصح فيها تكييف العقد الحاكم لمشروع الشراكة على أنه عقد مقاولة قولا واحدا ودونما

---

[167] انظر في تعريف المقاول: محمد حسين منصور في "المسؤولية المعمارية" ،دار الفكر الجامعي-مصر، 2006 ص 101 وما بعدها، كما نقله الدكتور علي نجيدة في مسؤولية المهندسين والمقاولين المعماريين الضمان العشري ونطاقه من حيث الملتزمون به، بحث نشر في المجلة القانونية القضائية الصادرة من وزارة العدل -قطر، العدد الثاني -السنة الثالثة ،2009 ، ص 105. وتجدر الملاحظة أن هذا التعريف اقتصر على ذكر صورة واحدة من صور المقاولة وهي صورة التشييد، بينما يتسع مفهوم المقاولة في القانون للعديد من الأعمال الغير متناهية.

خلاف، بينما أفردنا الفرع الثاني للحديث عن الصور المركبة التي قد لايبدو بوضوح مدى إنطباقها مع تكييف عقد المقاولة.

الفرع الأول: صور اعتبار عقد الشراكة عقد مقاولة

ذكرنا في مطلع هذا المبحث أن عقود الشراكة في جميع صورها تشتمل على التزام القطاع الخاص بالقيام بأعمال متصلة بإنشاء أو تطوير وتشغيل مرفق عام أو بنية تحتية، وبالتالي يكون منطقيا أن يكون عقد المقاولة هو أقرب العقود إلى جميع صور الشراكة، حيث يبرز عنصر الالتزام بالقيام بعمل بصورة كبيرة في عقد المقاولة.

ويؤيد فريق من القضاء و الفقه[168] بحق انطباق هذا التكييف على عقود الشراكة، وذلك لانطباق أركان المقاولة تماما مع هذه الصورة دون أن تخالف مقتضيات المقاولة أي من خصائص عقد الشراكة مثل ما رأينا في مطلبي عقد الشركة والإيجار.

فباستعراض صور عقود الشراكة (ولن نعيدها هنا منعا للتكرار) نلاحظ :

---

[168] ورغم وجود اختلاف في الاصطلاح بين شراح الفقه الإسلامي وشراح القانون فيما يتعلق بتصنيف عقد المقاولة حيث يقسم شراح الفقه الإسلامي المقاولة إلى حالتين: حالة ما إذا قدم المقاول العمل والمادة معا وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، وحالة ما إذا اقتصر ما يقدمه المقاول على القيام بعمل ويسمى عندهم الإجارة على العمل وانظر في ذلك: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 129 لدورته الرابعة عشرة. متاح في الرابط التالي: http://www.iifa-aifi.org/2118.html آخر زيارة: 18 أكتوبر 2019.
إلا أن الباحث خلص إلى أن هذا الخلاف مجرد خلاف اصطلاحي، حيث أن كلا الحالين يسمان في القانون المدني "بالمقاولة"، وعليه يجوز أن نعتبر أن من كيف عقد الشراكة والبوت على أنه من عقود الاستصناع هو في الواقع يكيفه على أنه عقد مقاولة، ومن هؤلاء: محمد تقي الدين العثماني، مرجع السابق، ص 136، وانظر أيضا: عبدالوهاب أبو سليمان، مرجع سابق ،حيث خلص إلى أن عقد البوت قد يكون عقد مقاولة أو استصناع أو كراء(إيجار) وقد بينا اعتراضنا على اعتبار العقد إيجارا، غير أننا نتفق مع الباحث في تخريج العقد بأنه مقاولة أو استصناع لذات العلة التي أوردها وهي حكم الأصالة والتبعية، والكثرة والغلبة والقلة والندرة، حيث يغلب عنصر المقاولة على هذا العقد أكثر من غيره من العقود.
وممن قالوا بأنه عقد استصناع أيضا خالد الرشود ،مرجع سابق، ص 109. وانظر أيضا: عبد الستار أبو غدة في عقد البناء والتشغيل وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي-الدورة التاسعة عشرة، ص 14، وانظر أيضا: احمد العمادي، مرجع سابق، ص884، وانظر حكم محكمة النقض الإماراتية في الطعن رقم 175 لسنة 2017 قضائية.

1. توافر ركن التزام المقاول بالقيام بعمل، حيث يلتزم القطاع الخاص في جميع عقود الشراكة ببعض أو جميع الأعمال التالية: التصميم والتنفيذ والتشغيل والصيانة والتمويل، وقد ذكرنا أن نص تعريف المقاولة جاء واسعا بحيث يشمل جميع هذه الاعمال وغيرها.

ويدعم تكييف التزام شركة المشروع بأنه التزام بعمل في عقد مقاولة ما نستشفه من نية الأطراف، وتحديدا التفصيل في شروط ومواصفات العمل، حيث أن عقود الشراكة وإن كانت لا تنص كما ذكرنا في الفصل الأول على مواصفات دقيقة للمشروع المزمع بناؤه، وإنما تكتفي بتحديد المخرجات المتوقعة من المشروع تاركة المجال للقطاع الخاص كي يبدع في تصميم وتطوير المبنى.

غير أن تحديد مخرجات المشروع والتفصيل فيها بالشكل الذي رأيناه إنما هو تحديد لمحل العقد وليس مجرد شروط في العقد، فاشتراط طريقة معينة لتشغيل المشروع ومستوى معين من الجودة و خدمات معينة يلزم وجودها في المشروع، يدل في حالة اجتماعها في العقد (كما هو الحال في كثير من عقود الشراكة) على أن شركة المشروع إنما تنفذ مشروعا لصالح رب عمل، فاجتماع هذه الشروط يخدم في المقام الأول رب العمل بصفته مالك الأرض أكثر من ما يخدم شركة المشروع.

غير أننا رأينا أن هناك صورة للشراكة تقتضي أن يلتزم القطاع الخاص بدفع مبلغ نقدي عن انتفاعه بأرض المشروع، وهذا الالتزام خارج عن النطاق الطبيعي لعقد المقاولة، وسنناقش خلال الأسطر التالية تأثير هذا الالتزام على تكييف عقد الشراكة بأنه عقد مقاولة.

2. توافر ركن الأجر، فقد مر بنا أن القطاع الخاص سيحصل في جميع عقود الشراكة على مقابل لقاء التزامه بالقيام بالأعمال المتفق عليها في العقد، غير أن لهذا المقابل عدة صور كما جاء في التشريعات المقارنة[169]:

أ. قد يكون المقابل مبلغا مجزءا ومحددا يستلمه القطاع الخاص خلال فترة تشغيل المشروع، حيث يعتبر تأجيل المبلغ إلى فترة التشغيل وتجزئته طوال فترة المشروع من اهم سمات عقد الشراكة[170]، كما أن لتجزئة المبلغ خلال فترة التشغيل غاية أخرى تتمثل في التأكد من جودة المنتج والخدمات التي يقدمها المشروع، حيث تواترت التشريعات المنظمة لعقود الشراكة على هذا الحكم، فلن يستحق القطاع الخاص أي مستحقات مالية مالم تصل الخدمة بدرجات الجودة المتفق عليها.[171]

---

[169] فمثلا نجد أن التشريع المصري لم يحدد مصدر "المستحقات المالية" التي قد يحصل عليها القطاع الخاص كمقابل للأعمال، فقط اشترط أن لا يكون تسليم هذه المستحقات الا بعد استيفاء مستويات الجودة المطلوبة واستلام شهادة من القطاع العام بما يفيد ذلك، وبالتالي يحتمل أن يكون مصدر "المستحقات المالية" هو القطاع العام أو جمهور المنتفعين نظير بيع المنتجات أو اتاحة الخدمات وفي كلا الحالتين يدخل العقد في تعريف عقد الشراكة.
وكذلك الأمر في التشريع الإماراتي حيث نص القانون رقم 22 لسنة 2015 بشان تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي على أن المقابل هو "مبلغ محدد" أو "عائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي"، وفي كلا الحالتين يسمى العقد شراكة.
وكذلك الأمر بالنسبة لمفهوم الشراكة عند البنك الدولي، حيث يفهم أن الشراكة تشمل الحالات التي يتحصل فيها القطاع الخاص كامل أرباحه من جمهور المنتفعين أو الحالات التي يكون الدفع كليا أو جزئيا من قبل الحكومة، فكل هذه الحالات تدخل تحت اصطلاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص حسب تعريف البنك الدولي.

[170] ولهذا جرى العرف المهني كما اطلع عليه الباحث بتسميتها بعقود التمويل، حيث يكون على القطاع الخاص أن يتولى تدبير السيولة النقدية خلال فترة البناء خلافا للعرف الدارج في عقود البناء والإنشاء، حيث يتولى رب العمل دفع الاجر على دفعات تبدأ حتى قبل البدء في المشروع كي يتمكن القطاع الخاص من شراء الأدوات وتعيين الموظفين ونحوها من الأعمال.
انظر: حسن عبدالله حسن، مرجع سابق، ص 54

[171] ولا يرى الباحث في هذه الخاصية ميزة كبيرة عن أي عقد خدمات إدارية أخرى، فمثلا في عقود الإشراف الهندسي على إنشاء المشاريع الكبيرة يتفق الأطراف عادة على معايير أداء معينة كساعات العمل وعدد التقارير وجودتها بحيث لا يستحق الاستشاري المشرف على المشروع اي مبلغ مالم يلتزم بهذه المعايير، وبالتالي لا يكون لهذا الشرط تأثير جوهري على التكييف القانوني للعقد عموما، أي لا ينفي عنه صفة كونه عقد مقاولة.

ب. قد يكون المقابل متمثلا في الترخيص للمقاول بالحصول على ما يدره المشروع من عوائد من جمهور المنتفعين من القطاعين العام والخاص، من ذلك ما جاء في قانون المشاركة المصري حيث أجاز إضافة ما سماه "الاستغلال" كأحد مهام شركة المشروع.[172]

والذي يظهر أن استغلال المشروع يقصد به الحالة التي يقوم فيها القطاع الخاص باستيفاء أرباحه من جمهور المنتفعين، تمييزا عن "التشغيل"[173].

وعلى هذا يقصد بالتشغيل الحالة التي يستوفي فيها القطاع الخاص أرباحه من القطاع العام وحده حسب المقابل المتفق عليه في العقد، حيث ذكر في تعريف الاستغلال عبارة: "بيع المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم عليها المشروع إلى من تحدده الجهة الإدارية" أما في تعريف التشغيل: "توريد المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم عليها المشروع للجهة الإدارية نظير المقابل المتفق عليه في عقد المشاركة".

فالاستغلال والتشغيل حسب مفهومها الوارد في القانون يعتبران صور وأشكال لمشروعات المشاركة.

ونجد هذا الترخيص لشركة المشروع بالاستحواذ على عوائد المشروع كمقابل لعمل شركة المشروع متكررا كذلك في التشريعات المقارنة الأخرى فنحيل على ما ذكرناه فيها منعا للتكرار.

---

[172] حيث نص في المادة الثالثة من القانون على : "يجوز بموافقة مجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة على ضوء التقارير المعدة من الوحدة المركزية للمشاركة، قيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية" ، وقد عرف القانون الاستغلال بأنه: "إدارة المشروع محل عقد المشاركة بمعرفة شركة المشروع وذلك من جميع النواحي المالية والإدارية والفنية وبيع المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم عليها المشروع إلى من تحدده الجهة الإدارية وبالشروط والأحكام التي تعتمدها اللجنة العليا لشؤون المشاركة وذلك وفقا للأسس والقواعد المتفق عليها في عقد المشاركة."

[173] والذي عرفه قانون المشاركة المصري في مادته الثالثة بأنه: "إدارة المشروع بمعرفة شركة المشروع، وذلك من جميع النواحي المالية والفنية والإدارية وتوريد المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم عليها المشروع للجهة الإدارية نظير المقابل المتفق عليه في عقد المشاركة أو طبقا للأسس والقواعد التي يحددها العقد".

ويرى فريق من الفقه[174] –بحق– أن المقابل في هذه الصورة يتطابق مع ما يعرف في القانون المدني بحق الانتفاع والذي جاء تنظيمه في المواد من 1015 إلى 1025 من القانون المدني القطري، و يعرفه الفقه بأنه: حق عيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع.[175]

فحق الانتفاع هو حق عيني يجيز للمنتفع بمقتضاه أن يستعمل ملك الغير وأن يستغله و يكون للمنتفع أن يرهن هذا الحق ، فإن حق الانتفاع يعتبر مالا عقاريا يجوز رهنه رهنا رسميا إذا كان محل الانتفاع عقارا كما هو في حالتنا هذه.

وقد جاءت المادة 1017 من القانون المدني القطري مؤكدة على حق المنتفع باستغلال الشيء المنتفع به فنصت على: "تكون ثمار الشيء المنتفع به للمنتفع بنسبة مدة انتفاعه، مع مراعاة أحكام البند (2) من المادة (1023)".

فحق الانتفاع إذن يقتضي تخويل المنتفع بالاستحواذ على ثمار الشيء، وتحديد ثمار الشيء يختلف بحسب ماهية الشيء، ففي حالة كان الشئ مرفقا عاما أو بنية تحتية تكون ثمار الشيء متمثلة في مايدره المشروع من عوائد والتي سيكون مصدرها الأساسي جمهور المستفدين والمستخدمين لهذا المرفق، وعلى ذلك يرى الباحث أن ترخيص الدولة بالاستحواذ

---

[174] انظر مثلا: محمد تقي الدين العثماني، مرجع السابق، ص 136.

[175] إذ من المعلوم أن حق الملكية يشتمل على عناصر ثلاثة: حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، وحق الانتفاع يشتمل على حقي الاستعمال والاستغلال، وفي حالة منح المالك حق الانتفاع بأحد الطرق القانونية فستجرد ملكية المالك من عنصري الاستعمال والاستغلال ويبقى محتفظا بحق التصرف.عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق ،أسباب كسب الملكية، ص 1201

على عوائد المشروع يكيف على أنه حق انتفاع بالمشروع وتسري على هذا الحق أحكام حق الانتفاع كما وردت في القانون.[176]

ولا يغير من كونه حق انتفاع أن تكون الجهات الحكومية هي المنتفع الوحيد (أو الزبون الوحيد)للمشروع، إذ ليس هناك ما يمنع من أن تكون الجهة طالبة المشروع هي ذاتها الجهة التي ستتعاقد مع شركة المشروع بغرض الحصول على المنتجات والخدمات، فالجهات الحكومية إذ تقوم بذلك يكون لها صفتين مستقلتين ولا تعارض بينهما، صفة المتعاقد في مقاولة (عقد الشراكة) وصفة المتعاقد في عقد بيع أو مقاولة خدمات، ولكل من هذين العقدين إيجابه وقبوله ومحله وبالتالي أحكامه المنظمة له على استقلال من العقد الآخر.

ت. قد يكون المقابل الذي يحصل عليه القطاع الخاص من تقديمه للأعمال المتفق عليها بموجب عقد الشراكة مبلغا محددا متفق عليه بالإضافة إلى حق الانتفاع بالمشروع، حيث رأينا في الفصل الأول أن مصدر حصول القطاع الخاص على المقابل قد يكون جمهور المستفيدين بشكل كلي، وقد يكون مقسم بين ما يحصل عليه القطاع الخاص من جمهور المستفيدين ومبلغ محدد تلتزم الإدارة المتعاقدة به، وكذلك قد يكون المقابل مبلغا محددا تتكفل الإدارة المتعاقدة به دون أن يكون للقطاع الخاص حق الاستفادة من ما يدره المشروع من عوائد.

ورأينا أن هذا المبلغ الذي قد تلتزم الإدارة به مع منحها حق الانتفاع قد يكون مبلغا ثابتا بغض النظر عن درجة الاقبال على الخدمة، وقد يكون دوره تكميليا لا يلجأ إليه إلا إذا لم تصل

---

[176] أما إذا كانت الاستفادة جزئية، بحيث يتقاسم القطاع العام مع شركة المشروع ما يدره المشروع من عوائد، فنرى أننا سنكون بصدد عقد مركب من عقد مقاولة وشركة في هذه الحالة، وقد سبق الحديث عن هذا في مطلب عقد الشركة، وسنوضح في الأسطر القادمة أساس التكييف لهذا العقد.

عوائد المشروع إلى القدر الذي يغطي تكاليف القطاع الخاص وأرباحه العادلة، كما قد يشترط أن يمنح هذا المبلغ لفترة معينة ثم يتوقف بعد ذلك ليصبح المقابل حق الانتفاع وحده.[177]

وإذا تأملنا نجد أن جميع صور المقابل الواردة أعلاه يصح تكييفها بأنها "أجر" بفهوم عقد المقاولة، حيث يعرف الأجر بأنه المال الذي يلتزم رب العمل بإعطائه إلى المقاول في مقابل قيام هذا الاخير بالعمل المعهود به إليه[178]، ولا يخرج كون الأجر مدفوعا على شكل أقساط أو بعد الانتهاء من مرحلة معينة من العمل من كونه أجرا لعقد مقاولة[179]، كما لا يمنع كون الأجر غير النقود كأن يكون شيئا عينيا كمنقول أو عقار أو حق عيني على منقول أو عقار من تكييف الأجر على أنه أجرا في عقد مقاولة.

فمفهوم الأجر حسب ما ورد في تعريف المقاولة في المادة 682 آنفة الذكر يشمل كل الأجر بغض النظر عن طريقة أداءه سواء كان مجزءا أو يدفع جملة واحدة وسواء كان مؤجلا أو يدفع عند بدء العمل أو قبل الانتهاء منه أو غير ذلك، وسواء كان نقودا أو غير ذلك، فلم يشترط القانون طريقة معينة في أداء الأجر في عقد المقاولة[180]، وبالتالي يكون أي تحديد لطريقة معينة لدفع الأجر هو عنصر غير جوهري ولا يغير من تكييف العقد بأنه عقد المقاولة.

---

[177] وقد اطلع الباحث على عقد أحد المستشفيات المزمع تشييدها من وزارة الصحة القطرية، وكان التفاوض بين الوزارة والمتعاقد المحتمل على أساس أن تتكفل الوزراة بدفع مبلغ محدد يكفي لتغطية عدد معين من الأسرة لفترة محددة وهي حتى موعد البدء بمشروع التأمين الصحي الوطني، فإذا بدأ التأمين فيستوقف تمويل الوزارة.
ومثال ذلك أيضا ما اطلع عليه الباحث من ما أعلنت هيئة الأشغال العامة عنه بخصوص مشروع إنشاء محطة تنقية مياه الصرف الصحي والذي سبق الحديث عنه في مقدمة الدراسة، حيث تعتزم الهيئة طرح المشروع بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وسيكون على شركة المشروع التزام بأن تنشأ المحطة وتشغلها فترة المشروع، على أن تحصل شركة المشروع على ما يدره المشروع من عوائد مصدرها ما يتسنى لها أن تنقيه من مياه الصرف الصحي لجمهور المستفيدين، فإذا لم تحصل شركة المشروع على المبلغ المتوقع من الأرباح جراء عدم الاقبال على الخدمة فتلتزم الهيئة بدفع مبلغ محدد وذلك بغض النظر عن ما يدره المشروع من عوائد، بحيث تقل مخاطرة القطاع الخاص، إذ لن يكون على هذا الأخير سوى أن يضمن أن مصاريفه التشغيلية لا تزيد عن المبلغ المحدد الذي ستعطيه إياه الهيئة، وإلا فستكون مصاريفه أكثر من إيراداته وبالتالي سيقع في الخسارة.

[178] السنهوري، مرجع سابق، العقود الواردة على عمل، ص 59.

[179] السنهوري المرجع السابق ص 60.

[180] عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 60.

وبناء عليه، يكون العمل والأجر جاءا من الاتساع بحيث يشملان طوائف كثيرة من الأعمال و الأجور، وتكون الشراكة في جميع صورها متطابقة مع مفهوم العمل ومفهوم الأجر حسب مفهومه الوارد في عقد المقاولة في القانون القطري[181].

وأما بالنسبة لخصائص عقد الشراكة الأخرى كما جاءت في التشريع والفقه المقارن كطول المدة والاعتماد على المخرجات بدل المدخلات وتقسيم المخاطر وغيرها من المفاهيم التي يتميز بها عقد الشراكة عادة عن غيره، فيرى الباحث أن كل هذه الخصائص ليست جوهرية بحيث نستطيع أن نقول أنها خارجة عن إطار منظومة عقد المقاولة ، بل هي لا تعدو أن تكون إضافة على المقاولة التزامات أخرى على عاتق المقاول أو على عاتق الدولة، غير أن جوهر المقاولة لا زال باق فيها.

وكذلك الأمر بالنسبة لما قد يتضمنه القانون من أحكام إجرائية أو شكلية تختص بإجراءات ترسية العقد أو ما يجب أن يدرج في العقد[182]، فكل هذه الأمور خارجة عن ماهية عقود الشراكة وليست ذات صلة بعملية التكييف، فعملية تكييف العقد تقتصر على تحديد الالتزامات الرئيسية للأطراف تجاه بعضهم البعض، وهذه الأحكام ليست من ذلك.

إذ أن مجرد صدور تشريع جديد ينظم بعض الجوانب لنوع معين من العقود، أو مجرد اشتراط القانون لإجراءات معينة لإبرام نوع معين من العقود ليس سببا كافيا لاعتبار هذا العقد

---

[181] وكذلك لو رجعنا إلى تعريف المقاولة في القانون المصري، فسنجده قريبا من معنى تعريف المقاولة في القانون القطري: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهّد به المتعاقد الآخر" ، وبالتالي يرد ما ذكرناه حول المقارنة بين تعريف عقد المشاركة وتعريف عقد المقاولة في القانون القطري على تعريف عقد المقاولة الوارد في القانون المصري والقوانين الاخرى من التشريع المقارن.

[182] بالنظر في تشريعات الشراكة في التشريع المقارن نلحظ أن هذه الأحكام قد أخذت نصيب الأسد، فليس هناك الكثير من الأحكام الموضوعية في هذه التشريعات.

خارجا عن منظومة العقود المسماة، بل الواجب النظر في موضوع ومضمون العقد لتحديد ما إذا كان فعلا من ضمن العقود المسماة من عدمه.

وقد ذكرنا في المطلب السابق أن معظم عقود مشروعات الشراكة في قطر تعنون بأنها عقود إيجار، وتصنف الدولة فيها كمؤجر، والقطاع الخاص كمستأجر، وأرض المشروع هي العين المؤجرة.

وبناء على التحليل السابق ، يتبين لنا كيف أن هذا التكييف قد جانب الصواب حسب مايراه الباحث، بل نرى أن المقاولة أقرب من الإيجار في وصف عقد مثل عقد مشروع الشراكة، فالتزام القطاع الخاص بالبناء والتشغيل تقليديا هو من التزامات المقاولين وليس المستأجرين، فلا يلجأ من يبتغي بناء مشروع ما وتشغيله عادة إلى الإيجار بل إلى عقد المقاولة، وهذا هو الوصف المتطابق أكثر مع دور الدولة في عقود مشروعات الشراكة وفي عقود المرافق العامة عموما، فنرى أن نية الأطراف في عقود الشراكة تتجه نحو المقاولة، كما تتفق لوازم عقد المقاولة مع إرادة الأطراف في عقد الشراكة أكثر من غيره من العقود.

ورغم اعترافنا بوجود العديد من العناصر الثانوية التي قد تشير ظاهريا إلى أن العقد هو عقد إيجار، مثل تسليم العقار إلى شركة المشروع ومنحها صلاحية الانتفاع بالمشروع فترة معينة، وغير ذلك من المظاهر التي قد يبدو معها العقد عقد إيجار، غير أنه لا ينبغي أن يكون لهذه العناصر أن تؤثر في التكييف، لأننا لو فعلنا ذلك نكون غلبنا الفرع على الأصل وما هو ثانوي على ما هو أساسي.

ولذات السبب نرد على الاستنتاج القائل بأن عقود الشراكة هي خارجة عن منظومة العقود المسماة، فمجرد فرض القانون إجراءات معينة لإبرام العقد أو إنشاء وحدة مركزية معنية بمتابعة هذا النوع من العقود، أو غير ذلك من الإجراءات أو الأحكام الشكلية لا يجب أن يغير من تكييف العقد، بل هي من المسائل الفرعية بالنسبة للإجابة عن سؤال التكييف.

وبناء على ذلك، تكون حيازة القطاع الخاص لعقار المشروع مقسمة إلى قسمين، الأول ما قبل مرحلة التشغيل وفيها تكون شركة المشروع حائزة للعقار كونه عنصر أساسي لتقديم التزامها بالقيام بعمل، والقسم الثاني مرحلة التشغيل وفيها تكون شركة المشروع حائز للعقار بوصفها مالكة لحق انتفاع لمدة زمنية معينة، وقد حاد عن الصواب من حسب أن حيازة شركة المشروع للعقار هي حيازة مستأجر، إذ ليس لهذا الاستنتاج ما يدعمه فيما نراه من دراستنا لنية الأطراف.

وبالرغم من ما سبق يرى الباحث أن عقود الشراكة لا تأخذ جميعها حكما واحدا، حيث يبدو جليا انطباق مفهوم المقاولة مع الشراكة في الصورة التي يلتزم فيها القطاع الخاص بالقيام بعمل مقابل الحصول على مبلغ محدد متفق عليه[183].

كما يبدو جليا انطباق تكييف المقاولة مع عقود الشراكة التي يلتزم فيها القطاع الخاص بالقيام بعمل في مقابل الحصول على ترخيص بالاستحواذ على عوائد المشروع كليا ، وقد كيفنا هذا الترخيص بأنه حق انتفاع ممنوح للقطاع الخاص حتى نهاية مدة العقد، وذكرنا أن حق الانتفاع يصلح أن يشكل بذاته أجرا في عقد مقاولة، ما يؤدي إلى اكتمال أركان عقد المقاولة.

---

[183] مع الأخذ بعين الاعتبار ما ذكرناه حول مدى جواز كون المبلغ مجزءا ومشروطا بتقديم المنتج أو الخدمة على درجة معينة من الجودة.

أما بالنسبة لعقد الشراكة الذي يلتزم فيه القطاع الخاص بدفع مبلغ محدد لقاء انتفاعه بعقار المشروع بالإضافة إلى التزامه بالقيام بالأعمال المتفق عليها في العقد، فيرى الباحث أن العقد يكيف في هذه الحالة بأنه عقد مركب بين المقاولة والإيجار، وسنعرض تفصيل ذلك في الفرع القادم.

الفرع الثاني: صور اعتبار عقد الشراكة عقد مقاولة مركب

تمهيد وتقسيم:

وصلنا في الفرع السابق إلى استنتاج أن عقد الشراكة إنما هو عقد مقاولة في جميع صوره، على اعتبار أن طبيعة الالتزام في جميع صور الشراكة هو التزام من طبيعة واحدة وهي التزام بالقيام بعمل، غير أن الواقع والتشريع يشهدان بوجود صور للشراكة تتضمن أكثر من التزام واحد، ما يطرح السؤال حول تأثير ذلك على تكييف العقد.

وذكرنا في مطلب عقد الشركة وفي الفرع السابق من هذه الدراسة صورتان تكون فيهما الشراكة عقدا مركبا من عقدي الإيجار والمقاولة، والمقاولة والشركة، وفي هذا الفرع سنبحث وجه هذا التكييف وأثره القانوني، وعلى ذلك أفردنا لكل صورة غصنا مستقلا.[184]

الغصن الأول: صورة اعتبار الشراكة عقدا مركبا بين المقاولة والشركة

---

[184] وقد سبقنا بعض الباحثين إلى رأي اعتبار عقد الشراكة عقد مركب، حيث عرفته كاميليا صلاح الدين بأنه: عقد مركب طويل الأمد موضوعه إنجاز مهمة من مهام المرفق العام ارتكازا على مبدأ تقاسم المخاطر والمسؤوليات. انظر: كاميليا صلاح الدين ، مرجع سابق، ص140

ذكرنا في مبحث عقد الشركة وجود صورة للشراكة يختلط فيها عقدي الشركة والمقاولة، وهي الصورة التي تتعهد الإدارة المتعاقدة فيها بتقديم حصة نقدية في شركة المشروع لقاء شراء بعض الأسهم فيها بالإضافة إلى الالتزام بتقديم حق انتفاع إلى شركة المشروع ، على أن تحصل الجهة طالبة المشروع على نسبة معينة من عوائد المشروع، بالإضافة إلى الاستفراد بملكية أصول المشروع عند نهاية مدة المشروع.

وذكرنا أنه إذا اقتصر عقد الشراكة على التزام القطاع العام بتقديم حق الانتفاع بحيث تم الاتفاق على شراء أسهم شركة المشروع بموجب عقد آخر، فلن يكون لذلك تأثير على تكييف عقد الشراكة، حيث سيكون موضوع عقد الشراكة في هذه الحالة واحدا لا أكثر، وهو الالتزام بالقيام بعمل لقاء الحصول على حق الانتفاع، و يكون عقد الشراكة في هذه الحالة عقد مقاولة عادي.

أما لو تضمن عقد الشراكة نفسه التزامين ذو طبيعتين مختلفين (التزام بتقديم حق الانتفاع، والالتزام بشراء أسهم في شركة المشروع)، فنكون في هذه الحالة أمام عقد مركب، حيث ذكرنا سابقا أن العقد المركب هو عقد يهدف إلى إنجاز عدة عمليات تصلح كل منها أن تكون محلا لعقد قائم بذاته، فهو عقد يحتوي على عدة مواضيع، تماما كما في حالتنا هذه.

فالتزام القطاع العام بتقديم حق انتفاع كمقابل عن قيام القطاع الخاص بالأعمال المتفق عليها، يكيف على أنه أجر في عقد مقاولة بينما يكيف التزامه بدفع مبلغ نقدي لقاء ملكية أسهم في شركة المشروع على أنه التزام بتقديم حصة نقدية في شركة المشروع، ويستحق مقابل على ذلك نسبة من عوائد المشروع، ما يشكل بوضوح وجود نية على الاشتراك في الربح والخسارة.

وهذان بطبيعة الحال التزامان ذو طبيعتين مختلفتين ويصلح كل منهما أن يشكل عقدا قائما بذاته، وبالتالي نكون هنا أمام عقد مركب، حيث نجد في هذا العقد مقومات عقد المقاولة ومقومات عقد الشركة.

أما بالنسبة للأثر القانوني المترتب على هذا التكييف، فمعلوم أن الفرق الأساسي بين العقود البسيطة والعقود المركبة هي أن الأولى ترد على موضوع واحد وتهدف إلى إنجاز عملية واحدة وبالتالي يطبق عليها النظام القانوني لهذه العملية، فمثلا إذا ثبت أن هذا العقد البسيط هو من العقود المسماة، طبق القاضي النظام القانوني الوارد في القانون في تنظيم هذا العقد، وإذا لم يكن العقد من العقود المسماة طبق عليه القواعد العامة في نظرية العقد عموما، فإن لم يجد ألحقه بأقرب العقود إليه[185].

أما في العقود المركبة، فتثور مشكلة تتعلق بالنظام القانوني الذي تخضع له، فيشمل العقد المركب عناصر مشتركة بين أكثر من عقد، كما رأينا في هذه الصورة من صور الشراكة، إذ لكل من عقد الشركة وعقد المقاولة أحكامه الخاصة، وبالتالي يكون السؤال أي من أحكام العقود يكون واجب التطبيق؟

قد يتولى المشرع حل هذه المشكلة بالنص على التنظيم القانوني الحاكم لهذا العقد[186]، أما إذا لم يتصدى المشرع لمشكلة العقد المركب ولم يضع له نظاما يحكمه، فهنا نفرق بين فرضين:

---

[185] جابر محجوب، مرجع سابق، ص 69

[186] فمثلا نجد المشرع قد نص في المادة 362 من قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006 على أن عقد الخزائن الحديدية في البنوك هو عقد إيجار. انظر: حسن البراوي،مرجع سابق، ص32

- إمكان تجزئة العملية العقدية إلى أجزاء بحسب كل غرض من أغراض العقد: فيخضع كل جزء من الأجزاء لأحكام العقد المنظم له، ففي عقد النزول في الفندق مثلا يطبق عقد الإيجار بالنسبة للإقامة في الغرفة وأحكام البيع بالنسبة للمأكل والمشرب وأحكام المقاولة بالنسبة للخدمة وأحكام الوديعة بالنسبة لحفظ الأمتعة وهكذا.[187]
- عدم إمكانية تجزئة العقد كون الغرض منه واحد ولكن يراد تحقيقه عن طريق مجموعة من العمليات القانونية: والفرضية هنا وجود حالة من التزاحم والتنافر بين أحكام العقود الخاصة بكل من هذه العمليات[188]، فلا مناص هنا من أن يؤخذ العقد كوحدة قائمة بذاتها بحيث نغلب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي للعقد ،ونطبق على العقد ككل أحكام هذا العقد دون غيره.[189]

وبتطبيق هذه القواعد على الصورة محل النقاش ، وبعد أن أثبتنا أن عقد الشراكة في هذه الحالة هو عقد مركب من عقدي الشركة والمقاولة يكون على المحكمة أن تدرس مدى إمكانية تجزئة العقد بحسب كل غرض من أغراضه بحيث يخضع كل جزء إلى الأحكام المنظمة له كما جاءت في القانون، حيث أن كلا هذين العقدين يصنفان بأنهما من العقود المسماة.

فإن أمكن تجزئة العقد طبق القاضي النظام القانوني الخاص بكل عقد، فيطبق على التزام المقاول بالقيام بعمل أحكام عقد المقاولة، ويطبق على التزام القطاع العام بتقديم حق الانتفاع أحكام الأجر لعقد المقاولة، بينما يطبق على المبلغ النقدي الذي يتعهد به القطاع العام أحكام عقد الشركة

---

[187] جابر محجوب، مرجع سابق، ص 70

[188] عبدالمنعم صده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1969 ص 77 كما نقله جابر محجوب ، مرجع سابق، ص 71

[189] عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، مصادر الالتزام، ص157

ويعامل كحصة نقدية، وأخيرا تعامل عوائد المشروع على أنها أرباح تقسم بحسب نسبة الأطراف في رأس مال المشروع.

فإن تعذرت تجزئة العقد فلا مناص هنا من أن يؤخذ العقد كوحدة قائمة بذاتها بحيث نغلب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي للعقد ،ونطبق على العقد ككل أحكام هذا العقد دون غيره، ومثال ذلك أن يثور نزاع متعلق بتكييف التزام المقاول بالقيام بعمل، حيث قد يتراوح في هذه الحالة بين أن يكون حصة نقدية في شركة أو التزام بعمل في عقد مقاولة، ولا يخفى أن لكلا هذين التكييفين أحكاما تختلف اختلافا جذريا قد يؤدي إلى حصول التناقض بينهما.

ويرى الباحث أن هذه الحالة تقتضي وجوب اعتبار العقد ككل عقد مقاولة لا عقد شركة، حيث أن عنصر القيام بعمل لقاء أجر هو العنصر الأساسي الذي تتجه إليه إرادة الأطراف في عقود الشراكة، أما تعهد القطاع العام بشراء بعض الأسهم في شركة المشروع فلا يعتبر من المقتضيات الأساسية لعقد الشراكة، وقد يأتي عرضا في عقود الشراكة وقد لا يأتي أبدا، فقد رأينا في الفصل الأول أن شركة المشروع قد تكون ممولة بالكامل من القطاع الخاص وقد يشترك القطاع العام معه في ذلك، دون أن يغير هذا من وصف العقد بأنه عقد شراكة، وعليه وبحكم الأصالة والغلبة والكثرة يلزم تطبيق أحكام عقد المقاولة في هذه الحالة، فإليه اتجهت إرادة الأطراف في جميع عقود الشراكة، والتزامات المقاولة تطغى على عقود الشراكة.

الغصن الثاني: صورة اعتبار الشراكة عقدا مركبا بين المقاولة والإيجار

ذكرنا في الفرع السابق صورة أخرى لعقد الشراكة المركب وهي الصورة التي يلتزم فيها القطاع الخاص بالتزام آخر ذو طبيعة مختلفة عن الالتزام بالقيام بعمل، ألا وهو الالتزام بدفع مبلغ

نقدي إضافة على التزامه بالقيام بعمل، وهذا المبلغ النقدي قد يكون مبلغا ثابتا محددا متفقا عليه عند إبرام العقد، وقد لايتفق الأطراف على مبلغ محدد ولكن يتفقون على الأسس التي من شأنها أن تساعد في تحديد هذا المبلغ[190].

ومثل ما رأينا في الغصن السابق نجد هنا في هذه الصورة التزامين ذو طبيعة مختلفة تماما، التزام بالقيام بعمل، والتزام بدفع مبلغ نقدي، ويستحق القطاع الخاص حق الانتفاع بعقار المشروع كمقابل عن تنفيذه هذين الالتزامين، ويتطابق هذا التنوع في التزامات شركة المشروع مع مفهوم العقد المركب كما شرحناه في الغصن السابق.

ووجه التطابق بين عقد الشراكة في الصورة الواردة أعلاه والعقد المركب هو في تنوع التزامات القطاع الخاص بحيث يشكل كل التزام عقدا قائما بذاته، فمن جهة يكون التزام القطاع الخاص بالقيام بعمل هو التزام في عقد مقاولة، ومن جهة أخرى يكون التزامه بدفع مبلغ نقدي هو التزام بدفع إيجار عن استخدامه لعقار القطاع العام، إذ ليس من مقتضيات المقاولة أن يدفع الطرف الملتزم بالقيام بعمل مبلغا نقديا لصالح رب العمل بحجة تمكين هذا الأخير له من الاستفادة بأرضه لإقامة المشروع، بل نرى هذا الالتزام يتفق مع عقد الإيجار سواء كان المبلغ مقدر بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر كما ذكرنا[191] ، وبالتالي يتحقق في هذا العقد عناصر كلا العقدين.

---

[190] حيث اطلع الباحث على أحد عقود الشراكة التي كان التزام القطاع الخاص مقسم إلى حالتين: الحالة الأولى وهي حالة ما إذا لم تتمكن شركة المشروع من افتتاح المشروع في الوقت المحدد، ففي هذه الحالة يلتزم القطاع الخاص بدفع مبلغ شهري حتى موعد افتتاح المشروع، ويحدد هذا المبلغ بناء على تسعير لأرض المشروع عند موعد افتتاح المشروع.
والحالة الثانية هي حالة تمكن القطاع الخاص من افتتاح المشروع في الوقت، ففي هذه الحالة نص العقد على أن يكون هذا المبلغ نسبة معينة من عوائد المشروع.

[191] لا يغير من عدم اتفاق الأطراف على قيمة الأجر بشكل مباشر من كون العقد عقد إيجار، إذ يجوز أن يتفق الأطراف على تقدير الاجرة بطريق غير مباشرة كالاتفاق على الأسس التي من شأنها ان تساعد في تقدير الأجرة. حسن البراوي، مرجع سابق، ص 121

وكما ذكرنا في الغصن السابق تقتضي القواعد العامة في العقد المركب التفريق بين فرضية إمكان تجزئة العقد وبين فرضية عدم إمكان تجزئة العقد، فإن أمكن تجزئة العقد طبق القاضي النظام القانوني الخاص بكل عقد، فيطبق على المبلغ الذي سيقدمه القطاع الخاص أحكام عقد الإيجار، ويطبق على العمل أحكام عقد المقاولة.

فإن تعذرت تجزئة العقد فلا مناص هنا من أن يؤخذ العقد كوحدة قائمة بذاتها بحيث نغلب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي للعقد ،ونطبق على العقد ككل أحكام هذا العقد دون غيره، ومثال ذلك تكييف مركز القطاع الخاص خلال فترة تشغيل المشروع من حيث كونه مستأجرا لعقار الدولة أم مالكا لحق انتفاع، ولا يخفى أن لكلا النوعين حقوقا تختلف عن الآخر اختلافا جذريا.

ويرى الباحث هنا أيضا وجوب اعتبار الالتزام بعمل كالتزام رئيسي وبالتالي تطبيق أحكام عقد المقاولة على هذا العقد، وعلى نفس الأساس الذي كيفنا عليه عقد الشراكة بأنه عقد مقاولة في الغصن السابق، فالالتزام الرئيسي هنا هو الالتزام بالقيام بعمل، وتأخذ الأحكام المنظمة لهذا الالتزام حكم الغلبة والأصالة، فإلى بناء المشروع والاستفادة من عوائده اتجهت إرادة الطرفين، وليس إلى تحصيل الربح عن طريق تمكين مستأجر من الانتفاع بأرض المشروع.

وقد نستدل على وجود هذا المعنى بوضع نية الأطراف تحت الاختبار التالي: لو فرضنا طروء ما يفسخ أو يبطل شق عقد الإيجار في هذه الصورة من صور الشراكة دون أن يفسخ عقد المقاولة، بحيث يسقط التزام شركة المشروع بدفع المبلغ النقدي إلى القطاع العام، ويبقى التزامها بالقيام بالأعمال المتفق عليها، فهل سيكون لدى الأطراف رغبة في الاستمرار في المشروع؟

الجواب: على الأغلب نعم، فنية الأطراف في عقود الشراكة كانت إنشاء مشروع مرتبط بخدمة عامة أو بنية تحتية ينتفع بها جمهور المستفيدين سواء من القطاعين العام أو الخاص كما شرحنا في الفصل الأول وكما دلت على ذلك النصوص التشريعية، ولم تتجه نية الاطراف في هذا النوع من العقود إلى ما تتجه إليه في عقود الإيجار من الربح عن طريق تمكين الغير من الانتفاع بعقار الدولة.

ولكن ماذا لو طرأ ما يفسخ عقد المقاولة دون أن يفسخ عقد الإيجار، فهل ستبقى هناك نية للأطراف بالاستمرار بالعقد؟ الجواب: على الأغلب لا، فما حيازة القطاع الخاص لأرض المشروع إلا لأجل إقامة المشروع والاستفادة من عوائده، فإن سقط التزام القطاع الخاص بالقيام بعمل فسيتعذر على القطاع الخاص إقامة المشروع وبالتالي لن يبقى أي معنى أو مراد للعقد عند أي من أطرافه، فعقد الشراكة يراد به إقامة مشروع معين بدليل وجود التزام بالقيام بعمل في جميع صوره، وبالتالي سينفسخ العقد كله .

كما قد يستدل على أن نية الأطراف لم تتجه إلى الإيجار بتفاهة المبلغ النقدي الذي يلتزم به القطاع الخاص بالإضافة إلى التزامه بالقيام بعمل، حيث اطلع الباحث على بعض عقود الشراكة التي لم يتجاوز فيها إيجار أرض المشروع ريالا واحدا لقاء كل متر مربع، وهذا المبلغ من التفاهة بحيث يجعلنا نستبعد وجود نية حقيقية نحو التربح من وراء تمكين شركة المشروع من الانتفاع بأرض المشروع، وإن سمي هذا المبلغ "أجرة".

بل قد يصل الامر إلى بطلان شق الإيجار في هذا العقد، إذ أن من شروط الاجرة أن تكون جدية، وهي تكون كذلك إذا كان هناك تناسب بين منفعة الشيء المؤجر وما يدفعه المستأجر، فإذا كانت الأجرة تافهة بحيث انعدم التناسب بين ما يحصل عليه المستأجر وما يقدمه المؤجر،

فهنا تأخذ الأجرة التافهة حكم الأجرة المعدومة ومن ثم لا ينعقد العقد لتخلف ركن من أركانه، وبطبيعة الحال يرجع تقدير مدى تفاهة الأجرة إلى قاضي الموضوع في حالتنا هذه. [192]

وكما ذكرنا في الفرع السابق، يرى الباحث أن التزام القطاع الخاص بدفع مبلغ نقدي هو من العناصر الثانوية المأخوذة عن عقد الإيجار، غير أن هذه العناصر لا ينبغي أن يكون لها أثر في التكييف لأننا لو فعلنا ذلك نكون غلبنا الفرع على الأصل وما هو ثانوي عن ما هو أساسي.

إن هذا الاستعراض السريع لصور عقود مشروعات الشراكة في مقابل ما قد يقابلها من العقود المسماة في القانون المدني القطري يظهر وجود صور عدة لمشروع الشراكة مايستدعي البحث في التكييف الخاص بكل صورة.

كما نستنتج من التحليل السابق أن العقد الحاكم لمشروع الشراكة من المنظور القانوني المحض ليس عقدا جديدا على النظام القانوني القطري أو على الفقه القانوني عموما[193]، غاية ما هنالك أن هذا المصطلح لم يرد في التنظيم القانوني القطري رغم استيعاب هذا الأخير لمفهومه كما بينا، وغياب المصطلح لا يعني غياب المفهوم، ومجرد اختلاف مسمى العقد لا يكفي لاعتباره عقدا مختلفا فالعبرة بمضمون العقد وما يقتضيه وليس بتسميته[194] .

---

[192] حسن البراوي، مرجع سابق، ص 121.

[193] أفتى مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة قرار رقم 182 بأن عقد البناء والتشغيل والإعادة -والذي يعتبر صورة من صور الشراكة كما ذكرنا- هو عقد مستحدث(غير مسمى) "فهو وإن شابه بعض صور التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقها، فإنه لا يتطابق مع أي منها". وقد بينا اختلافنا مع هذا الرأي.

[194] وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا المبدأ، فقالت: "المناط في تكييف العقود إنما هو بوضوح الإرادة وما اتجهت إليه وليس بما يطلقه العاقدان على تعاقدهم من أوصاف، أو ضمنوه من عبارات، متى تبين أن هذه الأوصاف أو العبارات تخالف حقيقة مرماهم". انظر الطعن رقم 1382 لسنة 52 قضائية.

وعلى ضوء ذلك رأينا أن جميع صور الشراكة منظمة أصلا في منظومة العقود المسماة في القانون القطري، وتحديدا عقد المقاولة ما يفيد وجوب تطبيق أحكام عقد المقاولة على عقد مشروع الشراكة، بالإضافة إلى أحكام أخرى متعلقة بإجراءات المناقصة أو بطريقة إدارة المشروع في حالة صدور قانون خاص ينظم مشروعات الشراكة في قطر.

فعقود مشروع الشراكة إذن لا تعدو أن تكون عقود مقاولة من نوع خاص على التفصيل الذي ذكرناه خلال هذا المبحث.

ويرى الباحث أن مجرد اصدار تشريع خاص ينظم مشروعات الشراكة لا يكفي بحد ذاته أن نعتبر العقد الناظم لمشروع الشراكة عقدا جديدا يختلف عن العقود المسماة الواردة في القانون المدني، حيث قد يكون لإصدار تشريع مستقل دلالة سياسية أو اقتصادية أو إجرائية أكثر من كونها قانونية.

فقد يكون التشريع بمقام إعلان ودعوة غير صريحة للمستثمرين إلى الاستثمار في مجال معين داخل البلد، أو بهدف توضيح الدعم الحكومي المقدم لمشاريع الشراكة، أو وضع حد أعلى وأدنى لمدد المشروعات، أو التهيئة لعملية طرح شفافة ومرنة ، أو وضع آلية عمل واضحة للحوكمة وآلية الموافقات ، أو إعطاء ثقة للمستثمرين والمقرضين، وهذه التفاصيل بطبيعة الحال لا علاقة لها بالتكييف القانوني للعقد وغير مؤثرة في طبيعته.

وقد يستدل على ذلك بأن في القانون القطري ما يسمح بالتعاقد بعقود تتشابه كثيرا مع عقود الشراكة والبوت وقد تحقق ذات الأغراض المبتغاة من وراء إبرام عقود عقود الشراكة والبوت وإن لم تسمى بهذه التسمية تحديدا، من ذلك نص المادة رقم 5 من قانون رقم 10 لسنة 1987م بشأن

أملاك الدولة العامة والخاصة[195]: "يجوز بمرسوم، أن يمنح لشخص طبيعي أو معنوي امتياز بالانتفاع أو باستغلال مال معين من أملاك الدولة العامة." والمادة 6 مكرر: "فيما عدا المرافق العامة وموارد الثروة الطبيعية، يجوز تأجير مال معين من أملاك الدولة العامة لشخص طبيعي أو معنوي بغرض الانتفاع به أو استغلاله."، والمادة 11 من القانون رقم 8 لسنة 2018 بشأن المناطق الصناعية [196]: "يكون استغلال أراضي المناطق الصناعية بطريق الإيجار، وفقاً لنماذج العقود التي تعدها الإدارة لهذا الغرض، وبالشروط والضوابط التي يصدر بتحديدها قرار من الوزير .ويجوز للوزير وفقاً للضوابط التي يصدر بها قرار منه، الإعفاء مؤقتاً من مقابل الإيجار، تشجيعاً للأنشطة الصناعية."، فهذه النصوص من العموم بحيث تستوعب التعاقد في عقد متطابق بشكل كبير مع عقد الشراكة، ما يرجح أن الغاية من تشريع قانون الشراكة ليس الإجابة عن سؤال التكييف أو سؤال السماح بالتعاقد على عقد الشراكة، فهذه الأسئلة قد أجابت عنها النصوص آنفة الذكر وغيرها، بل غاية التشريع إجرائية أو شكلية بل قد تكون دعائية أو سياسية.

وفي هذا يذكر دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة صراحة أن إصدار قانون خاص بعقود الشراكة له فائدة سياسية في المقام الأول، حيث من شأنه أن يزيد من رصيد الحكومة على الصعيد السياسي والاستثماري، وأن يرسل رسالة مفادها فتح الباب للاستثمار في مجال المرافق العامة والبنية التحتية.[197]

---

[195] الجريدة الرسمية، العدد 5، الصادر في تاريخ 31 مايو 1987، ص 758

[196] الجريدة الرسمية، العدد 12 الصادر بتاريخ 28 مايو 2018، ص 5

[197] دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سابق ،ص 67

وبالتالي نرى أنه لا يجوز اعتبار مجرد إصدار تشريع خاص ينظم الشراكة دليلا على رغبة المشرع في استحداث عقد جديد، فقد يكون العقد الناظم للشراكة موجودا ضمن العقود المسماة في القانون، ولكن ارتأى المشرع استحداث تشريع خاص به، أو إضافته كتعديل على تشريع قائم لغايات أخرى ليست ذات بعد قانوني في المقام الأول.

ومما يدل على ذلك كثرة الأحكام الإجرائية والشكلية في هذه التشريعات عموما، فباستعراض أغلب قوانين الشراكة العربية نلاحظ كثرة الاحكام الناظمة لإجراءات اتخاذ قرار الدخول في العقد وتنفيذه أكثر من أي أحكام موضوعية اخرى، وفي هذا يذكر البنك الدولي[198] أن توضيح إجراءات اتخاذ قرار تحديد المشروعات التي تصلح لتنفيذها عن طريق الشراكة، ثم إجراءات المناقصة، واختيار المتعاقد، وتحديد صلاحيات الإدارة في العقود هي الوظيفة الأولى لقوانين الشراكة، ولا يخفى أن هذه الأحكام على أهميتها ليست ذات بعد موضوعي بحيث تؤثر على التكييف القانوني للعقود.

ويدل على هذا المعنى أن العديد من الدول لم تتجه نحو إصدار تشريع مستقل خاص بالشراكة حيث اكتفى البعض بالتشريعات القائمة بينما ألحقه البعض بالتشريعات الناظمة للمشتريات الحكومية أو الخصخصة عموما[199].

وبناء على ما سبق نستنتج أن أي تشريع منظم للشراكة لن يكون له أثر موضوعي حقيقي فيما يخص تكييف عقد الشراكة، غاية ما هنالك أن هذا التشريع سيوضح غالبا الجوانب الإجرائية

---

[198] دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص،المرجع السابق، ص 69

[199] دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المرجع السابق ص 67

والشكلية في إبرام عقود الشراكة، ما يعني أن القانون نفسه لن يكون مفيدا كثيرا في مهمة تحديد التكييف القانوني لعقود الشراكة.

وعموما، وبعد استعراضنا لمفهوم الشراكة في التشريع المقارن، استنتجنا أن الشراكة في جميع صورها إنما هي داخلة في القوالب التعاقدية المنصوص عليها في القانون المدني القطري، وتحديدا ضمن منظومة عقد المقاولة.

المبحث الثالث:عقد مشروع الشراكة بين عقود القانون الخاص أو العام

تمهيد وتقسيم:

حيث أن محل عقد الشراكة ، كما بينا في الفصل الأول، هو مشروعات المرافق العامة والبنية التحيتة ، والتي تختص الإدارة بإنشاءها وإدارتها تلبية لحاجة من حاجات الجمهور الأساسية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، كان من الضروري توضيح الأطر القانونية والخطوط العريضة التي يتعاقد القطاع العام على ضوئها في دولة قطر، حيث تعتبر هذه الأطر جزء من التنظيم القانوني لعقد الشراكة نفسه، في حالة تم اعتباره عقدا إداريا[200].

ونكتفي هنا بذكر تعريف العقد الإداري حسب مفهومه في القانون القطري والذي تواترت عليه أحكام محكمة التمييز القطرية: "هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، ويُظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو يحيل فيه إلى اللوائح الخاصة به"[201]، ولمزيد من الشرح حول معايير اعتبار العقد إداريا يمكن الرجوع إلى المراجع المختصة في هذا الموضوع[202]، حيث سنكتفي في هذا البحث بتطبيق هذه المعايير على عقود مشروعات الشراكة.

---

[200] إذ تتميز عقود الإدارة بأنها ليست من طبيعة واحدة، فهناك عقود تبرمها الإدارة لا تختلف عن العقود التي يبرمها الأفراد، وتلك العقود تتسم بالصفة المدنية، وعقود قد تبرمها الإدارة بصفتها صاحبة السلطة العامة وتوصف بأنها عقود إدارية، وللتمييز بين نوعي العقود أهمية مزدوجة من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات. انظر: د.يحيى النمر، التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد2 السنة الخامسة، 2017، ص 132

[201] الطعن رقم 118 لسنة 2008 تمييز مدني ، وانظر أيضا الطعن رقم 49 - لسنة 2008

[202] انظر مثلا: عبدالحفيظ الشيمي ومهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، جامعة قطر 2017

وقبل الشروع في تكييف عقود مشروعات الشراكة من حيث إداريتها في القانون القطري، ارتأى الباحث استقراء هذه المسألة عند التشريع المقارن الذي أصدر تشريعا خاصا بتنظيم مشروعات الشراكة تحديدا، وعليه أفردنا مطلبا أوليا للحديث عن إدارية عقود الشراكة في أحد التشريعات المقارنة وهو التشريع المصري بصفته مرجعا أدبيا للكثير من التشريعات العربية، ثم مدى إدارية عقد الشراكة في التشريع القطري.

المطلب الأول :مدى إدارية عقود مشروعات الشراكة في التشريع المقارن

إن استقراء قانون المشاركة المصري يظهر بوضوح أن مسألة إدارية عقد مشروعات الشراكة ليست محسومة تماما، بل هناك الكثير من القرائن –كما سنرى– التي تدعم نية المشرع المصري في اعتبار عقد المشاركة عقدا مدنيا لا إداريا، أو على الأقل الميل نحو وجوب النظر في إدارية كل عقد على حدة.

وفي هذا الصدد ثار النقاش الفقهي حول تفسير نصوص قانون المشاركة المصري ما بين جاذب به نحو نظرية العقد الإداري، و ما بين ناء به عنها.

حيث يذهب فريق من الفقه[203] إلى أن استقراء قانون المشاركة المصري يوضح توافر كافة الشروط الواجبة لاعتبار العقد إداريا من أن يكون أحد أطرافه من القانون العام ويتعلق بمرفق عام، ويتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة، نص عليها القانون والذي كما قلنا يعتبر مكملا للعقد الإداري.

[203] انظر مثلا: منى رمضان، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دار النهضة، الطبعة الأولى 2011، ص 34-36. وانظر أيضا: حسن عبدالله حسن، مرجع سابق، ص309 و ص315-317. وأيضا: مهند نوح، مرجع سابق، ص 835. وأيضا: د.جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 52

من ذلك –كما يرى هذا الفقه– نص المادة 5 على حق الإدارة في تولي الرقابة والمتابعة عند إنشاء المشروع وتشغيله[204]، ونص المادة 7 من ذات القانون على حق جهة الإدارة في تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وقواعد التشغيل والاستغلال بمافيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، والتي تعتبر صلاحيات تقليدية في العقد الإداري.

ويرد فريق من الفقه –بحق–على هذا الرأي[205]: إذا كنا نتفق مع هذا الرأي في توافر شرط الشخص العام كطرف في العقد والمرفق العام كمحل للعقد، ولكن نختلف معه في وجود المعيار الثالث: الشروط غير المألوفة.

حيث أن اعتبار شرط الرقابة من الجهة الإدارية على شركة المشروع في تنفيذ المشروع شرطا غير مألوف هو أمر محل نظر، ذلك أن احتواء العقد على هذا الشرط يهدف إلى تمكين الإدارة من التأكد من حسن أداء الشركة كمتعاقد معها، أو بصفتها زبونا ومتلقي خدمة، وليس بصفتها صاحبة السلطة العامة ، فهذا ليس شرطا غير مألوف يكسب العقد صفة الإدارية لمجرد وجوده[206].

كما أن هذه الصلاحية مكفولة لرب العمل حتى في العقد المدني[207]، فمقتضى المادة688 من القانون المدني القطري والمادة 650 من القانون المدني المصري أن من حق رب العمل أن

---

[204] وهو ذلك الشرط الذي يمنح للإدارة سلطة التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد وفقا لشروطه ،وقد يسمح هذا الشرط للإدارة أيضا بأن تتدخل بدرجة تزيد عن مجرد التأكد من سلامة تنفيذ العقد إلى طلب استعمال طريقة غير التي يلجا إليها المتعاقد في التنفيذ، وهذا الشرط متكرر في عقود الإنشاءات والبنية التحيتة.

[205] بتصرف: أحمد سيد محمود، مرجع سابق، ص 47. ونقل الدكتور جابر جاد نصار هذا الرأي، انظر: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 51.

[206] أحمد سيد محمود، المرجع السابق.

[207] فنصت المادة 688 من القانون المدني القطري على: " إذا تبين أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بتنفيذه على وجه معيب أو مخالف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو الحصول على ترخيص من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المقاول إذا كانت طبيعة العمل تسمح بذلك".

يتابع سير العمل(الإشراف والرقابة)، بل أن ينبه المقاول بأن يصحح طريقة التنفيذ (التوجيه)، وعلى هذا تكون صلاحية الإشراف والرقابة والتوجيه ليست من الشروط غير المألوفة.

حيث أن نص القانون المدني عليها في نطاق تعاقد الأفراد فيما بينهم لهو دليل حاسم على أن هذه الصلاحية لا تعد خارجة وغريبة عن نطاق ما اعتاده الأفراد في تعاقدهم[208] وبالتالي فإن تضمن العقد لشرط يعطي الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه لا يترتب عليه إضفاء الإدارية على هذا العقد حسب ما يرى الباحث.[209]

أما ما يتعلق بنص المادة 7 والتي تنص على شرط التعديل في التشغيل والأسعار والمقابل، فإن المادة السابعة لم تذكر أحقية الإدارة على التعديل بإرادتها المنفردة، خروجا على القواعد العامة في عقود القانون الخاص، بل نصت صراحة على أن "ذلك كله (أي التعديل) في إطار الحدود المتفق عليها في العقد" بالإضافة إلى عبارة "طبقا للأسس والقواعد التي يبينها العقد"، فهذه العبارات تدل على أن حق تعديل العقد الوارد في المادة 7 ليس ذاته حق التعديل الاستثنائي الممنوح للإدارة إذا ما أبرمت عقدا إداريا كسلطة تسعى لتحقيق المصلحة العامة[210]، إذ أن سلطة التعديل الاستثنائي

---

[208] إذ قد يكون من وسائل استنتاج وجود الطبيعة الاستثنائية في الشرط هو المقارنة مع المسار القانوني لهذا الشرط في القانون المدني كونه القانون الحاكم لعقود الأفراد الخاصة، فإن كان الشرط متوافق مع تنظيم العقود الوارد في القانون المدني كان الشرط من الشروط المعتادة الغير استثنائية، أما إن كان يختلف معه بشكل جوهري كان الشرط "استثنائيا".

[209] إلا لو كنا نتحدث عن الرقابة المالية للعقد، والتي تتضمن الحق في إجراء تفتيش على حسابات شركة المشروع في أي وقت حيث أن النص في القانون المدني يفهم منه اقتصار حق صاحب العمل في المراقبة والتوجيه بالمعنى الفني والإداري، أما المراقبة المالية فهي بلا شك حالة استثنائية ويترتب على ذلك جواز استنتاج اعتبار العقد إداريا في حالة توافر هذا النوع من المراقبة. انظر محمد جواد الخرس، مرجع سابق ص246، وانظر أيضا: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص85

[210] حيث أن الإدارة هي القوامة على حسن تسيير المرفق العام، فقد أعطيت الإدارة كلما استوجبت متطلبات المرفق العام ذلك وخروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين صلاحية أن تعدل العقد بما يتماشى مع مصلحة المرفق العام دون الحاجة إلى إذن الطرف المقابل أوالنص على ذلك في العقد. انظر:زهير مصطفى صالح، سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري-دراسة مقارنة، مجلة القانون والأعمال العدد 20 جامعة الحسن الأول، 2018، ص 112. وانظر أيضا: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 460

وقد استقر هذا الحق للإدارة في القانون والقضاء القطري والمقارن، حيث نص في المادة 18 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على: "للرئيس بناءً على توصية اللجنة، ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، تعديل كميات أو حجم العقود المبرمة وفقاً لأحكام هذا القانون واللائحة بالزيادة أو النقصان بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع الجهة الحكومية الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، وفقاً للضوابط وفي الحدود التي تبينها اللائحة."

التي تثبت باعتبار العقد إداريا لا تتقيد بما هو وارد في العقد بل هي مكفولة للإدارة بمجرد اعتبار العقد إداريا.

أما وقد نص المشرع المصري على وجوب الأخذ بما ينص عليه العقد حيث قال"وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد"، يدل على اعتبار ما ورد في العقد و وجوب الالتزام بالقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، الأمر الذي يتعارض مع الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، ما يفيد اعتبار شرط التعديل الوارد في عقد المشاركة بناء على نص المادة 7 ليس شرطا غير مألوف يضفي على العقد الصفة الإدارية[211]، وبالتالي لا يجوز الاعتداد به كدليل على إدارية عقد المشاركة، بل قد يستدل بهذه المادة –كما يرى الباحث– على رغبة من المشرع المصري في اعتبار عقد المشاركة بمفهومه الوارد في القانون المصري عقد مدنيا لا إداريا، كونه قدم اتفاق الأطراف على رغبة أحدهما المجردة في تغيير العقد، الأمر الذي يهدم أحد الأسس التقليدية لمنظومة العقد الإداري، ويتفق أكثر مع منظومة عقود القانون الخاص.

وما يعضد هذا الرأي هو أن ذات المادة (المادة 7) نصت في عجزها على أنه: "إذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل الخدمة فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر"، وفي هذا خروج عن القواعد العامة للعقد الإداري والتي تعطي مطلق الحرية للإدارة أن تعدل سعر بيع المنتج أو

وهذه الصلاحية غير موجودة في حالة كان العقد المبرم عقدا مدنيا ، حيث نصت المادة 171 من القانون المدني القطري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون."

[211] أحمد سيد محمود، مرجع سابق، ص 47

مقابل الخدمة حتى بأثر رجعي لو رأت في ذلك مصلحة عامة، ما يعزز من نظرية أن نية المشرع المصري كانت في عدم اعتبار إدارية عقود المشاركة.[212]

يضاف إلى ذلك، ما نصت عليه المادة 37 من نفس القانون: "مع عدم الإخلال بحكم المادتين 7 و8 من هذا القانون، لا يجوز تعديل أي من بنود عقد المشاركة وغيره من الاتفاقات الملحقة به إلا بموافقة أطرافه"، وبذلك تكون هذه المادة قد حسمت –كما يرى الباحث– النقاش حول مدى إدارية العقد، حيث نص المادة 37 إنما هو صياغة أخرى لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" والتي تعتبر من أصول القانون المدني، ما يبعد عقد الشراكة أكثر عن منظومة العقد الإداري.

ويمضي هذا الفريق من الفقه في استدلاله على عدم جواز افتراض الإدارية في عقود مشروعات الشراكة، فيستند هذا الفريق من الفقه على عدة أمور، منها أن قانون المشاركة المصري في المادة الأولى نص على عدم التقييد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، والقرار بالقانون رقم 61 لسنة 1958 في شان منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 وغيرها من القوانين الخاصة بمنح امتيازات المرافق العامة.[213]

وبالتالي يعد اعتبار الإدارية ثابتة في عقد مشروع الشراكة أمرا غير مسلم به، فبالإضافة إلى ما سبق، فيستدل بعض الفقه[214] على أن عمل المشرع المصري بعدم النص على إعتبار عقد

---

[212] أحمد سيد محمود، مرجع سابق ص47

[213] أحمد سيد محمود، المرجع سابق، ص 45

[214] أحمد سيد محمود، المرجع سابق، ص 41. وانظر أيضا: إبراهيم محمد علي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وآليات تسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 2013، ص 72

الشراكة عقدا إداريا جاء عن قصد بغرض استبعاد هذه الطبيعة الإدارية والتي قد تقف موقف العداء بالنسبة للمستثمر لاسيما الأجنبي، لما تمنحه هذه الطبيعة من سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها ، والقاعدة تقضي بأنه لا يجوز افتراض الإدارية في العقود[215] ، فلو كان المشرع المصري ينتوي اعتبار عقد المشاركة إداريا لنص على ذلك اقتداءا بنظيره الفرنسي[216]، أما وقد سكت عن ذلك فلا يجوز افتراض الإدارية في عقود مشروعات المشاركة.

كما يستند هذا الفريق أيضا في عدم اعتبار العقد المنظم لعقد الشراكة عقدا إداريا إلى مفهوم تقسيم المخاطر والذي يرد في عقود مشروعات الشراكة، حيث يرى هذا الفريق أنه: إذا كانت العقود الإدارية تقوم في مجملها على أسلوب التحويل المسبق لكل المخاطر إلى المتعاقد مع جهة الإدارة بمعنى أن جهة الإدارة هذه إنما تعمل قدر المستطاع على التخلص من المخاطر المحيطة بتلك العقود بحيث يتحملها في نهاية المطاف المتعاقد معها منفردا فإن عقود الشراكة على النقيض من ذلك، حيث تنص هذه العقود على شرط اقتسام المخاطر وفقا لآلية معينة، الأمر الذي يجعل المركز القانوني لكل من المتعاقد والإدارة على قدم المساواة، فاقتسام المخاطر دليل على أن الإدارة لا تتعاقد بصفتها سلطة عامة، ولا تغلب المصلحة العامة على مصلحة المستثمر، بل تعطي

---

[215] وقد نصت على ذلك محكمة التمييز القطرية: "العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تعتبر عقوداً إدارية **إلا إذا** تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها" ، فعبارة "لا تعتبر عقودا إدارية إلا إذا..." تفيد أنه ليس الأصل في العقود الإدارية بل المدنية. الطعن رقم 100 لسنة 2016، ونجد مقابل هذا الحكم في القضاء المصري في حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 4427 لسنة 43 قضائية كما نقله الدكتور محمد عبدالمجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص41.

[216] رغم أن القوانين الفرنسية والتي تعد قوانين مرجعية للقوانين المصرية لا سيما الإدارية منها، قد نصت على إدارية عقد الشراكة.

للمستثمر أفضلية في حالة حصول بعض المخاطر، الأمر الذي يتعارض مع مفهوم "تقديم المصلحة العامة" والحاكم للعقود الإدارية.[217]

وينتهي هذا الفقه[218] في تحليله إلى نتيجة مفادها وجوب أن تدرس مسألة إدارية العقد في كل عقد على حدة لقياس مدى إدارية العقد، حيث يذكر في سياق الحديث عن الاختصاص القضائي بالنظر في عقود الشراكة: "أن المشرع ترك تحديد الجهة القضائية المختصة سواء كانت جهة القضاء الإداري أو العادي إلى قواعد توزيع الاختصاص والولاية بين هاتين الجهتين القضائيتين بحسب طبيعة عقد الشراكة، فإذا اعتبر عقد الشراكة المبرم عقدا إداريا خضع لولاية مجلس الدولة ، أما لو لم يعتبر عقد إداريا خضع لولاية القضاء العادي صاحب الولاية العامة ، ولا ينال من ذلك إضافة المشرع وسيلة بديلة للقضاء لفض المنازعات الناشئة عن عقود المشاركة (كالتحكيم)".[219]

ويذكر أيضا: "هناك تعدد في أشكال وصور لتنفيذ الشراكة بين القطاع الخاص والعام، لذلك سوف تختلف الشروط التعاقدية والحقوق والالتزامات بحسب كل صورة أو شكل ومن عقد شراكة إلى آخر، كما أن عقود الشراكة لا تعد إدارية أو خاصة على إطلاقها بل يجب تحليل كل عقد للوصول إلى توافر أو عدم توافر معايير إدارية العقد، لما تقدم نرى بأنه يجب البعد عن تكييف موحد ومسبق ومبدئي لعقد الشراكة، وإنما يجب فحص كل عقد على حدة وتكييفه وفقا لشروطه ومضمونه، فليس العبرة بما يطلقه الأطراف من ألفاظ وعبارات وتكييف بل العبرة بالحقيقة والواقع."، وبناء عليه، فإن عقد الشراكة قد يعد عقد إداريا إذا احتوى شروطا استثنائية تبتغي المصلحة العامة

---

[217] أحمد سيد محمود، مرجع سابق، ص 48

[218] أحمد سيد محمود، المرجع السابق، ص 53

[219] للمزيد حول أثر التحكيم على تكييف العقد الإداري يمكن الرجوع إلى المراجع المتخصصة في هذه الجزئية مثل: علي سليمان الطماوي، مدى تأثر نظرية العقد الإدارية بالتوسع في اللجوء للتحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2012

المغلبة على المصلحة الخاصة للمستثمر أو المتعاقد مع الإدارة، وقد يعد عقدا خاصا إذا لم يحتوي على شروط استثنائية حتى ولو كان محله مشروع بنية أساسية ومرفق عام. [220]

المطلب الثاني: مدى إدارية عقود مشروعات الشراكة في التشريع القطري

في ضوء غياب تشريع واضح يحسم النقاش حول إدارية عقد مشروعات الشراكة في القانون القطري، فلا مناص من الاستناد على التنظيم القانوني الحالي واستقراء النصوص الموجودة لمعرفة مدى إدارية عقد مشروع الشراكة.

وحيث أن المشرع القطري لم ينتهج منهج النص على إدارية عقود معينة [221]، وحيث أن القضاء في قطر قد ذهب إلى عدم جواز افتراض الإدارية في العقود [222] ، نرى بأن تحديد العقد الإداري عن طريق القضاء هو الطريق الوحيد، ما يقتضي تقييم العقد في كل حالة على حدة لمعرفة مدى انطباق معايير التكييف القضائي على العقد.

---

[220] أحمد سيد محمود، المرجع السابق.

[221] رغم اتخاذ بعض المشرعين لمنهج النص على إدارية عقود معينة في في دول عدة كفرنسا والجزائر ومصر ، إلا أن المشرع القطري لم يتخذ هذا الأسلوب، فلا يوجد في التشريع القطري قائمة بالعقود الإدارية سواء على سبيل المثال أو الحصر.

وقد بينت محكمة التمييز القطرية موقف التشريع القطري من مسألة العقود الإدارية بتحديد القانون، فنصت: "القانون وإن لم يعرف العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزها عن غيرها من العقود والتي يهتدي بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها وصيانتها من تعرض المحاكم لها بالتعطيل أو بالتأويل، إلا أن إعطاء العقود التي تبرمها جهة الإدارة وصفها القانوني الصحيح باعتبارها عقوداً إدارية أو مدنية إنما يتم على هدي ما يجري تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة في إبرامها ."

ومقتضى هذا الحكم هو أن تقييم العقود بهدف إعطاءها الوصف القانوني الصحيح باعتبارها عقودا مدنية أو إدارية يكون بحسب كل حالة على حدة، فلكل عقد غاية وحكمة من إبرامه ، وتختلف هذه الغاية بحسب محل العقد وظروف التعاقد.

فليست كل عقود التزام المرفق العام لها نفس الغاية، وليست كل عقود المقاولة/الأشغال العامة تبتغي نفس الهدف، والضابط كما يظهر يتمثل في قيام الإدارة بالأخذ بأساليب التعاقد العام في عقد ورضاها بأساليب التعاقد الخاص في عقد آخر من نفس النوع ، وهذا بطبيعة الحال يتنافى وينقض فكرة وجود عقود يكون وصف الإدارية فيها ثابت على الدوام حتى توصف بأنها "إدارية بطبيعتها. "وعلى ذلك، فقد سارت المحاكم القطرية على نهج النظر في كل عقد على حدة للبحث في مدى توافر الإدارية فيه. انظر مثلا: الطعن رقم 118 لسنة 2008، و الطعن رقم 100 لسنة 2016 آنف الذكر.

[222] الطعن رقم 100 لسنة 2016 آنف الذكر.

وبالتالي لا تكون إدارية عقد مشروع الشراكة مسألة محسومة، كما يرى الباحث، بل هي متفاوتة بحسب العقد المبرم بين الأطراف، فقد تكون مدنية إذا لم تتوافر فيها معايير التمييز القضائي وقد تعتبر إدارية إذا توافرت فيها هذه المعايير، فطالما أن المشرع لم ينص على إدارية عقود معينة، كما هو الحال في قطر، يكون الواجب على القضاء أن يقيم مدى توافر معايير العقد الإداري "في كل حالة على حدة"، ويكون القول بأن عقد الشراكة هو عقد إداري بصفة افتراضية دائمة قد جانب الصواب.

كما نشير إلى الحجج التي أوردناها في الفرع السابق على لسان الفريق المعارض لافتراض الإدارية في عقود مشروعات الشراكة، إذ ان كثيرا من خصائص عقد مشروعات الشراكة ترجح الكفة تجاه اعتباره عقدا مدنيا لا إداريا لا سيما مع امتناع القانون المقارن عن النص صراحة على اعتباره إداريا[223].

ونضيف إلى تلك الحجج حجة أخرى: إن المتأمل في نصوص قوانين الشراكة في التشريع المقارن يلاحظ بوضوح تركيزا غير عادي على إجراءات مناقصة مشروع الشراكة، حيث تأخذ هذه المواد نصيب الأسد من هذه القوانين، وهنا نسأل: ألا يدل التركيز على هذا النوع من الأحكام على وجود نية للمشرع نحو إخراج عقود مشروعات الشراكة من منظومة قانون المناقصات والمزايدات وبالتبعية من منظومة العقد الإداري[224]؟

---

[223] انظر ما ذكرناه حول مدى إدارية عقد مشروع الشراكة في التشريع المقارن، ص 131.

[224] إذ من المعلوم أن تعاقدات الدولة ينظمها قانون المناقصات والمزايدات رقم 24 لسنة 2015، ويتضمن القانون نصوصا عديدة تكفل للإدارة جملة من الحقوق والصلاحيات في حالة كان العقد قد أبرم على ضوء قانون المناقصات والمزايدات، وبالتالي قد يستفاد من كون العقد قد أبرم وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات على تضمنه شروطا استثنائية غير مألوفة بطريق غير مباشر، فهي وإن لم ينص عليها في العقد غير أن كون العقد خاضع لأحكام قانون المناقصات والمزايدات يجعل من نصوص القانون مكملة للعقد ، فتصبح أحكام القانون كما لو كانت موجودة في العقد، وعليه قد يكون تعاقد الإدارة عن طريق قانون المناقصات والمزايدات قرينة على لجوء الإدارة إلى أساليب السلطة العامة، وبالتالي تحول العقد إلى عقد

يضاف إلى ذلك أن أغلب قوانين الشراكة في التشريع المقارن لا تنص عادة على الصلاحيات الاستثنائية التي تكون مكفولة للإدارة بموجب قانون المناقصات والمزايدات، على خلاف القوانين المنظمة لعمل ومشروعات المرافق العامة.

كل هذه القرائن من شأنها –حسب ما يرى الباحث– أن تعزز من الاستنتاج بوجود رغبة لدى المشرع في الخروج من منظومة قانون المناقصات التقليدية والمشتملة على نظرية العقد الإداري، واعتبار العقد عقد مدنيا ترغيبا للمتعاقد في التقدم بعطائه.

وأخيرا بالنسبة لعقود الشراكة المبرمة قبل صدور قانون الشراكة في قطر (في حالة صدوره)، فيرجح الباحث أنها عقود إدارية إذا ما أبرمت وفقا لقانون المناقصات والمزايدات والذي يشتمل في طياته على شروط استثنائية، فيكون إبرام العقد بناء على هذا القانون بمثابة اشتراط هذه الشروط الاستثنائية دون الحاجة إلى النص عليها في العقد.

غير أن هناك استثناء لذلك يتمثل حسب مايرى الباحث في الحالة التي يصدر فيها رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص قرارا باستثناء بعض الأعمال أو الخدمات من نطاق تطبيق قانون المناقصات والمزايدات حسب ما نص عليه في المادة 2 من القانون رقم 24 لسنة 2015 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، حيث أن التعاقد خارج منظومة قانون المناقصات والمزايدات مع الإمكانية عليه يعتبر قرينة قوية على رغبة الدولة في التعاقد بأسلوب القانون الخاص لا العام، فالدولة في هذه الحالة تبتعد طواعية عن الصلاحيات التي يكفلها لها قانون المناقصات والمزايدات، ونرى أن هذا التنازل من الدولة يجوز تفسيره بأنه رغبة منها في

إداري، وفي المقابل قد يفسر عزوف الدولة عن التعاقد بناء على أحكام قانون المناقصات والمزايدات عزوفا عن استخدام وسائل السلطة العامة في التعاقد وبالتالي لا يعتبر العقد في هذه الحالة إداريا.

الظهور بمظهر شخص من اشخاص القانون الخاص بدل أن تكون صاحبة السيادة والسلطان في العلاقة التعاقدية، وإلا يكون تنازلها عن الصلاحيات والامتيازات التي كفلها لها قانون المناقصات والمزايدات هو ضرب من ضروب العبث.

بناء على ما سبق، يرى الباحث أن عقد الشراكة ليس عقدا إداريا دائما ولا مدنيا دائما، بل يجب النظر في مدى انطباق معايير العقد الإداري عليه في كل عقد على حدة، كما يرى الباحث أن كثيرا من الخصائص الذاتية لعقد مشروعات الشراكة تدعم اعتباره مدنيا أكثر من كونه إداريا.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة نلخص إجابتنا على أسئلة البحث، حيث رأينا من خلال هذا الاستعراض السريع أن مشروعات الشراكة هي مفهوم واسع و لها صور عديدة، وفي كل عقد تختلف التزامات الأطراف بشكل جوهري، ما يحتم اختلاف التكييف في كل عقد.

غير أن المرتكز الأساسي لهذا المفهوم هو مرتكز إشراك القطاع الخاص وتحميله أعباءا تزيد عن الأعباء التي يتحملها عادة في عقود الإنشاءات التقليدية، ويرى الباحث أن هذا المرتكز هو ذو طابع اقتصادي تنموي أكثر منه قانوني، فجل التعريفات التشريعية والفقهية ركزت على مفاهيم اقتصادية وتنموية أكثر من كونها قانونية.

ويرى الباحث أن العقد الناظم لمشروع الشراكة والذي يعنى هذا البحث بدراسته هو ذلك العقد يلتزم بمقتضاه شخص معنوي خاص لشخص معنوي عام بمباشرة أعمال يتفق عليها الأطراف في العقد المبرم بينهما على مرفق من مرافق الشخص المعنوي العام، وعلى أرض يملكها الشخص المعنوي العام إذا تطلب المشروع ذلك، وقد يضاف إلى هذا الالتزام أجر دوري يدفعه الشخص المعنوي الخاص للشخص المعنوي العام لقاء الانتفاع من أرض الشخص المعنوي العام ، لقاء الترخيص للشخص المعنوي الخاص باستغلال المرفق على نحو محدد في العقد، أو لقاء مبالغ مالية يقدمها الشخص المعنوي العام للشخص المعنوي الخاص .

والشراكة حسب ما يرى الباحث لا تعدو إلا أن تكون نمطا أو برنامجا معينا من التعاقد الحكومي، فهو ليس عقدا محددا بل عبارة عن مجموعة نوعية من العقود، وبطبيعة الحال سيكون لكل عقد تكييفه الخاص بحسب التزامات الأطراف ومدى اشتمال النظام القانوني لكل صورة من صور الشراكة ضمن منظومة العقود المسماة.

و يترتب على استنتاجنا أن عقود الشراكة هي نمط وبرنامج من التعاقد الحكومي وأنها ليست عقدا واحدا محددا، أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون العقد ضمن العقود المسماة ويوصف بأنه "شراكة" في نفس الوقت، فليس هناك ما يمنع أن يكون العقد إيجارا وشراكة أو مقاولة وشراكة في آن واحد.

كما نستنتج من التحليل السابق أن العقد الحاكم لمشروع الشراكة من المنظور القانوني المحض ليس عقدا جديدا على النظام القانوني القطري أو على الفقه القانوني عموما، غاية ما هنالك أن هذا المصطلح لم يرد في التنظيم القانوني القطري رغم استيعاب هذا الأخير لمفهومه كما بينا، وغياب المصطلح لا يعني غياب المفهوم، ومجرد اختلاف مسمى العقد لا يكفي لاعتباره عقدا مختلفا فالعبرة بمضمون العقد وما يقتضيه وليس بتسميته

وبالنظر إلى ماهية عقود مشروعات الشراكة ، نستنتج أن التكييف السليم ودونما حاجة إلى إطالة النقاش لعقود مشروعات الشراكة هو أنها من العقود ملزمة لجانبين، عقود المعاوضة، والعقود مستمرة التنفيذ، وعقود المفاوضة، ومن العقود الأصلية.

ولكن قد يثور النزاع في تكييف العقد من جوانب أخرى، وبعد التحليل والتأمل، خلصنا إلى أن عقود الشراكة هي من:

1. العقود المحددة: بالتأمل في تعريف مشروع الشراكة يظهر أن التزام القطاع الخاص في هذه المشروعات في جميع صورها محله "القيام بعمل"، كما ذكرنا أن مهام القطاع الخاص قد تتفاوت في كل مشروع غير أنها دائرة بين خمسة مهام أساسية هي التصميم والتنفيذ والتشغيل والتمويل والصيانة، وجميع هذه المهام إنما هي داخلة في اصطلاح القانون تحت مظلة "القيام بعمل". و قد يضاف إلى التعهد بالقيام بعمل أن يلتزم القطاع الخاص بدفع أجر دوري للقطاع العام كمقابل على السماح له باستغلال عقار القطاع العام إذا ما تطلب المشروع ذلك، وبالتالي

فمحل التزام القطاع الخاص هو دائما "محدد"، إذ يعلم طرفا العقد عند التعاقد ما سيقدمه القطاع الخاص، فمحل القطاع الخاص هو دائما محقق الوجود ومحدد المقدار دون أن يتوقف ذلك على أمر غير محقق الحصول في المستقبل.

أما محل التزام القطاع العام فأيضا محدد في جميع صور الشراكة فهي إما مبالغ مالية محددة مؤجلة يدفعها القطاع العام إذا ما تطابقت جودة الأعمال مع الجودة المتفق عليها، أو الحق بالانتفاع من المشروع بمجرد إتمام تنفيذه.

2. العقود المسماة: بالنظر في منظومة العقود المسماة نجد أن العقود التالية تحديدا هي التي تحتمل وجود الالتزام بالقيام بعمل ضمن التزامات أحد أطراف العقد: مقاولة أو إيجار أو شركة، وعليه يكون التكييف القانوني لعقد مشروع الشراكة متأرجحا بين هذه العقود الثلاثة، حيث أن هذه العقود تحديدا هي التي تنظم تعهد أحد أطراف العقد "بالقيام بعمل" بغض النظر عن التكييف القانوني للمقابل الذي سيحصل عليه هذا الطرف والذي سيحدد بلا شك التكييف القانوني للعقد ككل.

و باستقراء عقود الشراكة المبرمة فعليا أو مشروعات العقود التي ستبرم عن ما قريب في قطر نلاحظ تسميتها بأنها عقود إيجار Lease Agreement، ونرى أن المقاولة أقرب من الإيجار في وصف عقد مثل عقد مشروع الشراكة، فالتزام القطاع الخاص بالبناء والتشغيل تقليديا هو من التزامات المقاولين وليس المستأجرين، فلا يلجأ من يبتغي بناء مشروع ما وتشغيله عادة إلى الإيجار بل إلى عقد المقاولة، وهذا هو الوصف المتطابق أكثر مع دور الدولة في عقود مشروعات الشراكة وفي عقود المرافق العامة عموما، فنرى أن نية الأطراف في عقود الشراكة تتجه نحو المقاولة، كما تتفق لوازم عقد المقاولة مع إرادة الأطراف في عقد الشراكة أكثر من غيره من العقود.

ويرى الباحث أنه قد يجوز اعتبار عقد الشراكة إيجارا في حالة ما ارتأت المحكمة وجود نية للمتعاقدين على منح القطاع الخاص الحرية المعتادة للمستأجر بأن ينتفع ويشغل العين المؤجرة، أما إذا ارتأت المحكمة أو الهيئة الناظرة في النزاع وجود تفصيل زائد في مواصفات المشروع وتفاصيل التشغيل فيرى الباحث حينها أن هذا من ما يخرج العقد من كونه إيجارا.

كما أنه باستعراض صور عقود الشراكة نلحظ توافر جميع أركان المقاولة على جميع صور الشركة من توافر ركن الالتزام بالقيام بعمل وتوافر ركن الأجر.

وأما بالنسبة لخصائص عقد الشراكة الأخرى كما جاءت في التشريع المقارن والفقه كطول المدة والاعتماد على المخرجات بدل المدخلات وتقسيم المخاطر وغيرها من المفاهيم التي يتميز بها عقد الشراكة عادة عن غيره، فيرى الباحث أن كل هذه الخصائص ليست جوهرية بحيث نستطيع أن نقول أنها خارجة عن إطار منظومة عقد المقاولة ، بل هي لا تعدو أن تكون إضافة على المقاولة التزامات أخرى على عاتق المقاول أو على عاتق الدولة، غير أن جوهر المقاولة لا زال باق فيها.

3. العقود المركبة في بعض صوره: فعقد الشراكة قد يكون مركبا بين عقدي الشركة والمقاولة في الصورة التي تشارك فيها الدولة في الأرباح والخسائر بوصفها شريكا في شركة المشروع، كما قد يكون مركبا بين الإيجار والمقاولة ، في الصورة التي يلتزم فيها القطاع الخاص بدفع مبلغ محدد لقاء انتفاعه بعقار المشروع بالإضافة إلى التزامه بالقيام بالأعمال المتفق عليها في العقد، وعليه تطبق أحكام العقود المركبة على هاتين الصورتين، ومنها البحث في مدى إمكانية تجزئة العقد، فإن تعذرت تجزئة العقد، أخذ العقد حكم العقد الغالب، هو كما يرى الباحث عقد المقاولة.

4. قد يكون من عقود القانون العام أو الخاص بحسب تقييم كل حالة: حيث أن المشرع القطري لم ينص على إدارية عقد ما فيكون تقييم مدى كون العقد من عقود القانون العام أو الخاص يخضع لتقدير القضاء في كل حالة على حدة، وهذا ينطبق كذلك على عقود الشراكة، إذ لا يمكن

الحسم بأن عقد الشراكة ومشتقاته هي عقود إدارية بل هناك الكثير من القرائن التي تدعم نية المشرع في اعتبار عقد المشاركة عقدا مدنيا لا إداريا، أو على الأقل الميل نحو وجوب النظر في إدارية كل عقد على حدة.

أما بالنسبة لعقود الشراكة المبرمة قبل صدور قانون الشراكة في قطر، فيرجح الباحث أنها عقود إدارية كونها أبرمت وفقا لقانون المناقصات والمزايدات والذي كما ذكرنا يشتمل في طياته على شروط استثنائية، فيكون إبرام العقد بناء على هذا القانون بمثابة اشتراط هذه الشروط الاستثنائية دون الحاجة إلى النص عليها في العقد.

إذن يرى الباحث أن عقد الشراكة ليس عقدا إداريا دائما ولا مدنيا دائما، بل يجب النظر في مدى انطباق معايير العقد الإداري عليه في كل عقد على حدة، كما يرى الباحث أن كثيرا من الخصائص الذاتية لعقد مشروعات الشراكة تدعم اعتباره مدنيا أكثر من كونه إداريا.

وقد يكون أهم مافي هذا البحث هو ما أشرنا إليه من أن مجرد اصدار تشريع خاص ينظم مشروعات الشراكة لا يكفي بحد ذاته أن نعتبر العقد الناظم لمشروع الشراكة عقدا جديدا يختلف عن العقود المسماة الواردة في القانون المدني، حيث قد يكون لإصدار تشريع مستقل دلالة سياسية أو اقتصادية أو إجرائية أكثر من كونها قانونية حيث قد يكون التشريع بمقام إعلان ودعوة غير صريحة للمستثمرين إلى الاستثمار في مجال معين داخل البلد، أو بهدف توضيح الدعم الحكومي المقدم لمشاريع الشراكة، أو وضع حد أعلى وأدنى لمدد المشروعات، أو التهيئة لعملية طرح شفافة ومرنة ، أو وضع آلية عمل واضحة للحوكمة وآلية الموافقات ، أو إعطاء ثقة للمستثمرين والمقرضين، وهذه التفاصيل بطبيعة الحال لا علاقة لها بالتكييف القانوني للعقد وغير مؤثرة في طبيعته.

وكذلك الأمر بالنسبة لما قد يتضمنه القانون من أحكام إجرائية أو شكلية تختص بإجراءات ترسية العقد أو ما يجب أن يدرج في العقد، فكل هذه الأمور خارجة عن ماهية عقود الشراكة وليست ذات

صلة بعملية التكييف، فعملية تكييف العقد تقتصر على تحديد الالتزامات الرئيسية للأطراف تجاه بعضهم البعض، وهذه الأحكام ليست من ذلك.

إن مجرد صدور تشريع جديد ينظم بعض الجوانب لنوع معين من العقود، أو مجرد اشتراط القانون لإجراءات معينة لإبرام نوع معين من العقود ليس سببا كافيا لاعتبار هذا العقد خارجا عن منظومة العقود المسماة، بل الواجب النظر في موضوع ومضمون العقد لتحديد ما إذا كان فعلا من ضمن العقود المسماة من عدمه.

وبالتالي فإن أي تشريع منظم للشراكة لن يكون له أثر موضوعي حقيقي فيما يخص تكييف عقد الشراكة، غاية ما هنالك أن هذا التشريع سيوضح غالبا الجوانب الإجرائية والشكلية في إبرام عقود الشراكة، ما يعني أن القانون نفسه لن يكون مفيدا كثيرا في مهمة تحديد التكييف القانوني لعقود الشراكة.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية

1. مراجع عامة:

1) أحمد محمد العمادي، الجمع بين العقود المالية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود ، المملكة العربية السعودية، الجزء الثاني.

2) د. باسم ملحم و بسام الطراونة ،شرح قانون الشركات التجارية القطري الجديد رقم 11 لسنة 2015، الطبعة الأولى.

3) د. حسن البراوي، العقود المسماة في القانون المدني القطري–عقد الإيجار، دار النهضة العربية–مصر، 2014.

4) د. رجب محمود طاجن، القانون المدني في رحاب التقنين الإداري، من أبحاث مؤتمر التقنين المدني القطري في عقده الأول، جامعة قطر، 2014.

5) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.

6) د. عبدالحفيظ الشيمي ود. مهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، جامعة قطر 2017.

7) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

8) د. علي سليمان الطماوي، مدى تأثر نظرية العقد الإدارية بالتوسع في اللجوء للتحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2012.

9) د. علي نجيدة ومحمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، جامعة قطر.

10) د. محمد إسماعيل عبدالمجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

11) د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014.

12) د. محمود جمال الدين زكي في الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية 1976.

13) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.

14) د. ياسين الشاذلي في الوجيز في قانون الشركات القطري الجديد رقم 11لسنة 2015، lexis nexis .

15) د.أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني،المجلد الرابع، دار العدالة، القاهرة، 2013.

16) د.خالد الرشود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 2013، بحث منشور على الشبكة، https://books.google.com.sa/books?id=LTTlwn8JP-UC&lpg=PP1&hl=ar&pg=PP1&fbclid=IwAR0AcBsbqipW9DaKiCXrw86thv0XZ_iNn4zVSaAJvx1P9a6uE49Q-gzSr4o#v=onepage&q&f=false

17) د.محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذهاب الأربعة، دار الفكر– سوريا، الطبعة الثالثة، 2009

18) د.يحيى النمر، التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة–دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد2 السنة الخامسة، 2017.

19) زهير مصطفى صالح، سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري–دراسة مقارنة، مجلة القانون والأعمال العدد 20 جامعة الحسن الأول، 2018.

20) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، 2012.

21) هاني سرى الدين ، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مجلة القانون والاقتصاد، 1999.

22) وحيد أحمد الهندي، التحويل إلى القطاع الخاص في المملكة العربية السعودية في عهد خادم الحرمين الشريفين ، جامعة الملك سعود، 2001.

2. مراجع متخصصة:

1) إبراهيم محمد علي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وآليات تسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 2013.

2) أحكام الأونسيترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، الأمم المتحدة نيويورك، 2004.

3) تقرير غير منشور اطلع عليه الباحث من إعداد وزارة المالية في قطر بعنوان: تطبيق الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قطر.

4) حسن عبدالله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة ،دراسة تحليلية نقدية تطبيقية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، 2016 .

5) د. أحمد سيد محمود في التحكيم في عقود الشراكة، دار نصر، القاهرة، 2013.

6) د. السعيد دراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، آلية فعال لتمويل التنمية المحلية، جامعة منتوري قسطنطينة، 2014

7) د. حسن البراوي، د.عبدالناصر هياجنه، د.ياسين الشاذلي، د.طارق راشد ،التحكيم متعدد الأطراف في عقود التشييد والبناء وفقا لقانون التحكيم القطري الجديد رقم 2 لسنة 2017دراسة تحليلية مقارنة ، من أبحاث مشروع النظام القانوني لمنشآت كأس العالم في قطر 2022، المجلة القانونية والقضائية-وزارة العدل في قطر، العدد الأول السنة الثانية عشر2018.

8) د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة ، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى 2007.

9) د. محمد ابراهيم الشافعي، التنظيم القانوني للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص: دراسة تحليلية للقانون رقم 22 لسنة 2015 في إمارة دبي، مجلة الفكر الشرطي، الإمارات.

10) د. محمد جواد الخرس، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، دور القطاع الخاص في تنميتها وموقف الاقتصاد الإسلامي منها، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، 2012.

11) د. محمد متولي دكور، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، دار بحوث التمويل، الإدارة العامة للبحوث المالية،وزارة المالية- مصر، 2009.

12) د.جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، 2002

13) د.حسن البراوي، د.عبدالناصر هياجنة، د.ياسين الشاذلي،د.طارق راشد، المهندسة شروق عبده، تحقيق الشراكة بين القطاع الخاص لدولة قطر وشركات المقاولات الأجنبية في دولة قطر،ورقة أعدها فريق بحثي من أساتذة القانون في جامعة قطر ضمن مشروع بحثي بعنوان: النظام القانوني لمنشآت كأس العالم في قطر 2022، وتم نشر الورقة على الشبكة في الرابط : https://www.worldcup2022-constructionlaw-

qa.com/%D8%AA%D8%AD%D9%82%D9%8A%D9%82-
%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%A7%D9%83%D8%A9-
%D8%A8%D9%8A%D9%86-
%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B7%D8%A7%D8%B9-
%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D8%B5-
#/%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9-%D9%82

14) د.عبد الستار أبو غدة في عقد البناء والتشغيل وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي-الدورة التاسعة عشرة.

15) د.علي القرداغي، دور المؤسسات المالية الإسلامية في تنمية وتطوير الوقف الإسلامي، بحث نشر ضمن بحوث مؤتمر الدوحة الرابع للمال الإسلامي-قطر، 2018.

16) د.علي نجيدة في مسؤولية المهندسين والمقاولين المعماريين الضمان العشري ونطاقه من حيث الملتزمون به، بحث نشر في المجلة القانونية القضائية الصادرة من وزارة العدل -قطر، العدد الثاني -السنة الثالثة ،2009 .

17) د.محمد تقي العثماني، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، من بحوث في قضايا فقهية معاصرة نشرتها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في قطر،2013، الجزء الثاني.

18) د.محي الدين القيسي، الطبيعة القانونية لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، ندوة المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، الأردن، 2012.

19) رئيف خوري ،عقود البي او تي وعقود الخصخصة في القانون المقارن، دار صادر للمنشورات الحقوقية.

20) سراج حسين أبو زيد في التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ، 2006 .

21) د.سعد الذيابي، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية (البوت)، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي حول "التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية"، عمان، 2014.

22) شامل العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2016

23) عبدالوهاب أبوسليمان، عقد البناء والتشغيل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،من أبحاث الدورة التاسعة عشرة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

24) عمر سالمان، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ،ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازاعاتها -مصر، 2011.

25) غسان المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني 2009، جامعة كربلاء.

26) كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأنسيترال النموذجي والتشريعات العربية: دراسة تحليلية، ندوة الإطار القانون لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية-القاهرة، 2012

27) مجمع الفقه الإسلامي ، القرار رقم 182 (19/8) في الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، 2009.

28) محمد الهادي المكنوزي، إشكالات بنية رأس مال شركات المشروع الناتجة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية - المغرب، 2013.

29) محمد عبدالخالق الزعبي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازاعاتها، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازاعاتها- الأردن ،2010 .

30) محمود فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني-من أبحاث مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية-القاهرة ، 2001،

31) منى رمضان، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، دار النهضة، الطبعة الأولى 2011.

32) ناهد السيد في حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجمع الفقه الإسلامي- من أبحاث الدورة التاسعة عشر.

المراجع باللغات الأجنبية:

- تقرير أعده مركز "مركب" الاستشاري لصالح مركز قطر للمال بعنوان: Public-Private Partnership : a vehicle of excellence for the next wave of infrastructure development in GCC، ويمكن الإطلاع عليه من خلال الرابط التالي: http://online.wsj.com/adimg/assetmanagement–related_ppp.pdf آخر زيارة: 12 أكتوبر 2019
- دليل البنك الدولي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، البنك الدولي، الطبعة الثالثة ،ص 8، أو PPP Reference Guide متوفر على الشبكة في الرابط التالي: https://library.pppknowledgelab.org/documents/469 آخر زيارة: 10 أكتوبر 2019
- Haliman,J. and G Johnston, 1992. The politics of economics of privatization, University of Alabama Press.

مراجع شبكة الإنترنت:

- موقع شركة مناطق :https://www.manateq.qa/ar-qa/invest/logisticsparks/Pages/AlWukair.aspx
- موقع وزارة الصحة: https://www.moph.gov.qa
- http://www.almeezan.qa/