مَفهُوم المخاطر المرتبطة بعُقُود المشاركة

سائد على أحمد أبو نصير *

DOI:10.15849/ZUJJLS.231130.03

* نقابة المحامين الأردنيين ، الاردن
* للمراسلةSaed.abunasee@yahoo.com

تاريخ استلام البحث 2023/06/05
تاريخ قبـول البحث 2023/08/30

الملخص

اتجهت الحكومات عن طريق مؤسساتها إلى اعتماد الشراكة مع القطاع الخاص بوصفه من أساليب إنشاء وتطوير البنية التحتية. كذلك يكمن الهدف من عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في استخدام التمويل الخاص مع المشاركة في المسؤوليات والمخاطر الناشئة عن تنفيذ المشروعات. لذلك تُثور إشكالية البحث في هذا التساؤل، هل من مخاطرٍ يمكن أن تفاجأ بها الجهة الإدارية أو شركة المشروع عند التعاقد وفق عقود المشاركة؟ وما هي آلية تَوزِيع المخاطر بَيْن طَرَفَي عَقْد المشاركة؟ وتوصلنا إلى نتيجة مهمّة هي إنّ الأصل في مبدأ توزيع مخاطر عقود المشاركة هو وضع نظام دقيق لتوزيع المخاطر بين الأطراف المختلفة ويتم توزيعها عن طريق آليات تعاقدية اتفاقية، ومن أهم توصيات الدراسة وجوب أن تلتزم جهة الإدارة بتحمل المخاطر التي قد تنشأ بسببها.

الْكَلِمَاتُ الدالة: عقود المشاركة، المخاطر، شركة المشروع، الجهة الإدارية، القطاع العام والخاص

The Concept of Risks Associated with Partnership Agreements

Said ali ahmad adu nseir *

* **Jordanian Bar Association , Jordan.**
* **Crossponding author:** Saed.abunasee@yahoo.com

Received: 05/06/2023.
Accepted: 30/08/2023.

Abstract

The current study tackled the topic of liquidation of insolvent companies according to Jordanian insolvency law. Therefore, if an establishment has been dissolved for any of the reasons stipulated in the law, then it shall be considered in a state of liquidation, and then the liquidator acts to represent the role of the establishment and begins the liquidation process. The Jordanian legislator regulates the procedures of debtor insolvency, and enables the debtor to overcome financial distress by regulating the debtor businesses through restructuring procedure that are agreed upon by creditors, and in accordance with the provisions of the new insolvency law. Accordingly, the liquidated establishment stops its business from the start date of the insolvency procedures until the end of it.

Keywords: Insolvency, insolvency agent, liquidation, distressed companies

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

المقدّمة

أصبحت حالات الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص عنواناً بارزا في اقتصاديات معظم بلدان العالم، ومرجع ذلك ما تقدمه هذه الشراكة من مزايا متنوعة من ضمنها نقل التكنولوجيا وتحمل كلفة التمويل لعمليات التنمية فلم تعد الدولة وأجهزتها الحكومية تضطلع وحدها بالقيام بعمليات التنمية، فكان لزاما على الدولة مشاركة القطاع الخاص في عملية التنمية، والملاحظ أن الأمر لم يقتصر هنا على الدول النامية فحسب، التي تبرز فيها بجلاء مشكلة التمويل المطلوب لمشروعات البنية الأساسية والتكنولوجيا والمعرفة الفنية اللازمتين لهذه المشاريع، بل امتد الأمر ليشمل الدول المتقدمة على حدّ سواء.

موضوع الدراسة

تعتمد الشراكات العامة والخاصة على مجموعة من العوامل أو العناصر التي تسهم في إنجاحها، ومن بينها تحديد مبدأ توزيع المخاطر بين أطراف عقد المشاركة، فالمخاطر حالة ملازمة لكل المشاريع، ومنها مشاريع عقود المشاركة، وتظهر هذه المخاطر بسبب تضمنها نتائج مستقبلية غير مؤكدة، لها تأثير مباشر على بنود الخدمات بالمشروع أو قابلية نجاح المشروع، لذا يكون تحديد مفهوم المخاطر في نطاق عقود المشاركة من الأهمية بمكان، التي تنتج عن المشروع قبل البدء به أو أثناء التنفيذ أو مع التسليم النهائي للمشروع.

إِشْكَالِيَّةُ الدِّرَاسَةِ

تبرز المخاطر الناتجة عن عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص وتوزيعها، فمن المعلوم أنه لا يوجد ثمة مشاريع إنشائية تخلو من المخاطر، وإن كان يمكن إدارة هذه المخاطر أو توزيعها أو الحد منها، لكن لا يمكن تجاهل وجودها؛ فيتعلق الموضوع بمَفهُوم المخاطر فِي نِطَاق عُقُود المشاركة ومحاولة مجابهة الجهة الإدارية وشركة المشروع المتعاقدة مع الجهة الإدارية لهذه المخاطر.

وتتركز إشكالية البحث في هذا التساؤل: هل من مخاطر يمكن أن تفاجأ بها الجهة الإدارية أو شركة المشروع عند التعاقد وفق عقود المشاركة؟ وما هي آلية تَوزِيع المخاطر بَيْن طَرَفَي عَقْد المشاركة؟

أَهَمِّيَّةُ الدِّرَاسَةِ

تكمن أهمية البحث في الواقع العملي والنظري للمخاطر على النحو التالي:

1- تحديد مفهوم المخاطر التي تنشأ عن عقود المشاركة.

2- الآليات القانونية لتوزيع المخاطر بين الجهة الإدارية وشركة المشروع.

3- حصر أنواع المخاطر التي تنشأ عن تنفيذ عقود المشاركة.

4- مجابهة المخاطر الناتجة عن عقود المشاركة.

أهداف الدّراسة

يهدف البحث إلى تحقيق ما يأتي:

1- بلورة الإطار العملي والنظري لمفهوم المخاطر.

2- عرض أهم المخاطر الناشئة التي تواجهها أطراف عقد المشاركة.

3- الوقوع على واقع مبدأ توزيع المخاطر وتقاسمها بين أطراف عقد المشاركة.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

4- إلقاء الضوء على أهمية المخاطر أثناء تنفيذ عقد المشاركة.

منهج الدّراسة

أتبع الباحث **المنهج التحليلي** الذي يعتمد على جمع الحقائق والمعلومات ومقارنتها، والعمل على استخلاص أهم القواعد والأحكام التي ترتبط بموضوع مفهوم المخاطر في نطاق عقود المشاركة. كما تم اللجوء إلى **المنهج المقارن** لتوضيح الأحكام القانونية التي تحكم أنواع المخاطر وآلية توزيع المخاطر في القانون الفرنسي والقانون المصري.

خطة الدّراسة:

تم تقسيم خطة البحث إلى مطلبين، على النحو التالي:

المطْلب الأوَّل: التَّعْريف بِالْمخاطر وأنْواعهَا.

الفرْع الأوَّل: المقْصود بِالْمخاطر.

الفرْع الثَّاني: أَنوَاع المخاطر وَطرُق مُجابهتهَا.

المطْلب الثَّاني: تَوزِيع المخاطر فِي عُقُود المشاركة.

الفرْع الأوَّل: أَهَميَّة مَبدَأ تَوزِيع المخاطر فِي عُقُود المشاركة.

الفرْع الثَّاني: آلية تَوزِيع المخاطر بَيْن طَرفَي عَقْد المشاركة.

المطْلب الأوَّل

التَّعْريف بِالْمخاطر وأنْواعهَا

تقسيم

تتعدد التعريفات التي تناولت المقصود بالمخاطر وبيان أنواعها وإن كانت جميعها تدور حول فكرة أن المخاطر حالة ملازمة لكل المشاريع، ومنها مشروعات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

حيث تظهر هذه المخاطر بسبب تضمنها نتائج مستقبلية غير مؤكدة لها تأثير مباشر على بند الخدمات بالمشروع أو قابلية النجاح التجاري للمشروع، لذا فتخصص الخطر للشركاء في عقد المشاركة وإدارة الخطر هو في صميم الشراكات العامة والخاصة[1].

إذا المخاطر هي الظروف التي تنشأ عن عقد المشاركة والتي لها تأثير سلبي على مصالحهم التي يتوقعون تحقيقها من المشروع؛ بحيث تحدث ظروف من شأنها أن تعرض مصالح الأطراف إلى الخطر[2].

نبحث في هذا المطلب مسألة المقصود بالمخاطر، ثم نبحث مسألة أنواع المخاطر وطرق مواجهتها، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرْع الأوَّل: المقْصود بِالْمخاطر.

الفرْع الثَّاني: أَنوَاع المخاطر وَطرُق مُجابهتهَا.

---

[1] المعاضيدي، د.معن وعد الله، الطائي، أيمن جاسم محمد: المخاطر الناشئة عن عقود الشراكة بين منظمات القطاع العام والقطاع الخاص، دراسة استطلاعية في مديرية الطرق والجسور في محافظة نينوى، مجلة كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، المجلد(34)، العدد(109)، 2012، ص101.

[2] عزت، شهاب فاروق عبد الحي: التنظيم القانوني لنظم مشاركة القطاع العام والخاص في تمويل وتشغيل مشروعات البنية الأساسية، رسالة ماجستير، حقوق القاهرة، 2010، ص59.

الفرْع الأوَّل

المقْصود بِالْمخاطر

يجدر بنا الإشارة إلى أن الخطر يدعى أحيانا المخاطرة رغم الاختلاف الموجود بينهما في اللغة الفرنسية risqué, danger. كما إن كلمة خطر مستوحاة من المصطلح اللاتيني Risque أي « Rescass» الذي يدل على الارتفاع في التوازن وحدوث تغيير ما مقارنة مع ما كان منتظرا والانحراف المتوقع[1].

كما تعرف المخاطر لغوياً، جمع مفردها الخطر بمعنى الإشراف على الهلاك أو ما يهدد الأمن والسلامة ومنه عدم صحة بيع ما فيه خطر التسليم[2].

ووفقًا لدليل الأونستيرال التشريعي فإن خطر المشروع هو الحدث الذى يرى أطراف المشروع بأنها قد تنطوي على تأثير سلبي يضر بالمنفعة التي يتوقعون تحقيقها من المشروع[3].

لذا، يجب علينا توضيح الاتجاهات الفقهية في مفهوم المخاطر على النحو التالي:

أولاً- الاتِّجاه التَّقْليديُّ لِتعْرِيف المخاطر فِي عُقُود المشاركة:

لم يتوصل الباحث إلى وجود اتجاه تقليدي لتعريف المخاطر في نطاق عقود المشاركة، نظراً لحداثة المفهوم لكن فكرة المخاطر تجد لها أثراً كبيراً في عقود التزام المرفق العام بشكل عام، حيث يتحمل الملتزم بالجزء الأكبر من المخاطر المرتبطة بكل مراحل العقد، حيث تبدأ من عملية الإنشاءات الأولية مروراً بالاستغلال، على أن يسترد ما سبق أن تحمله عن طريق الاستغلال المالي للمرفق العام وفقاً لشروط العقد. إلا أن ذلك لا يعني أن الإدارة المانحة لا تتحمل بعض المخاطر المرتبطة بالمشروع.

كذلك يطلق على فكرة المخاطر في إطار عقود المرفق العام مصطلح (الإدارة مع تحمل المخاطر)، حيث ترتبط حقوق المتعاقد المالية جوهرياً بالنتائج المالية للاستغلال، وتكرس هذه الفكرة مبدأ الاستقلال المالي في العلاقة بين المتعاقدين، فيتحمل المتعاقد مسئولية إدارته للمرفق إيجابية كانت أم سلبية دون تدخل من جهة الإدارة المتعاقدة[4].

---

[1] La difference entre danger et risque (infographie) Dernière mise à jour : 01/03/2017: la différence entre danger et risque, deux termes souvent employés, à tort, comme synonymes. Le danger est quelque chose qui peut éventuellement causer un dommage, tandis que le risque est la probabilité qu'il y ait un dommage en fonction de l'exposition à ce danger.https://www.eufic.org/fr/comprendre-la-science/article/la-difference-entre-danger-et-risque-infographie.

[2] حيث جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة:" مَخاطِرُ[جمع]: أخطار، مهلكات، مكاره "جابه المخَاطر- تجنَّب مخَاطر الطريق"، مخاطر التَّضخُّم: (قص) الأخطار المرتبطة باحتمال أن يؤدّي التضخُّم أو الارتفاع في كُلْفة المعيشة إلى تآكل جزء من القيمة الحقيقيَّة للاستثمار".

[3] انظر في ذلك: دليل الأونستيرال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، التوصية الواردة في الفقرة(8) من الفصل الثاني، 2001، ص47.

[4] الطروانة، مصلح: الإطار القانوني والمؤسسي للشراكة بين القطاعين العام والخاص في الأردن: دراسة نقدية، المؤتمر العلمي السنوي الدولي التاسع، بكلية القانون العالمية، الكويت، 3-4مايو 2023، ص149.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالمخاطر الملازمة لاستغلال المرفق العام لا يعني سوى المخاطر العادية المرتبطة بتسلم المتعاقد للمرفق العام تحت مسئوليته. أما المخاطر غير العادية فإنها المتمثلة في القوة القاهرة، ففي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين بشأنها؛ يتحرر من الالتزام بالتنفيذ، أما في حالة عدم وصول تلك المخاطر غير العادية حالة القوة القاهرة، ولا تقلب اقتصاديات العقد أو قواعده المالية المتفق عليها عند إبرامه في ضوء معطيات محددة ومعلومة للطرفين، فإن المتعاقد يستفيد من معاونة الإدارة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بشرط مواصلة التنفيذ، لأن التعويض أو معاونة الإدارة المتعاقدة إنما شرع أساساً للمحافظة على السير المنتظم والمعتاد للمرفق العام[1].

هذا بالنسبة لتعريف المخاطر من وجهة نظر الاتجاه التقليدي الذي يفرق بين المخاطر العادية والمخاطر ذات القوة القاهرة العالية، التي تؤثر في تنفيذ عقد المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

ثانياً– الاتِّجاه اَلحدِيث لِتعرِيف المخاطر فِي عُقُود المشاركة:

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المخاطر بأنها: " إمكانية وقوع حدث أو عدم وقوعه خلال فترة زمنية معينة مع عدم توقع نتائجه بدقة من أطراف العقد"[2].

كذلك ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المخاطر المرتبطة بالمشروع في هذا الصدد بأنه:" وقائع مادية أو قانونية قد تطرأ بعد البدء في المشروع ويكون من شأنها إحداث ضرر أو خسارة لطرف من الأطراف المعنية في المشروع . وهذه الأضرار أو الخسائر قد تتمثل في زيادة تكلفة المشروع، أو التأخر في تنفيذ أي من الالتزامات الناشئة عن اتفاقات المشروع أو وجود خلل أو عيب في التنفيذ والأداء أو المساس بالكفاءة الفنية والإنتاجية للمشروع ككل"[3].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تحديد محل المخاطر في عقد المشاركة بالقول: "يقصد بالمخاطر في هذا الصدد تلك المرتبطة بالمشروع محل عقد المشاركة، وهي أية وقائع مادية أو قانونية تطرأ بعد البدء في المشروع ويكون من شأنها التأثير السلبي في التنفيذ المرجو لهذا المشروع وذلك بإحداث أضرار أو خسائر لطرف من الأطراف المعنية في هذا المشروع، وهذه الأضرار أو تلك الخسائر قد تتمثل في زيادة تكلفة المشروع بسبب زيادة في أسعار الخدمات أو المواد نتيجة المتغيرات الخاصة بالسوق وقواعد العرض والطلب، أو نتيجة هبوط القيمة الشرائية للعقود وغيرها من أسباب تجارية كعوامل التضخم وزيادة أسعار النقل وما شابه ذلك"[4].

كما ذهب جانب فقهي إلى أن المخاطر تتمثل في زيادة مدة تنفيذ أي من الالتزامات الناشئة عن اتفاقات المشروع، أو في وجود خلل أو عيب في مستوى التنفيذ التي يلتزم بها المتعاقد بمقتضى عقد المشاركة، كما لو تم

---

(1) John k. sykes : construction claims ,sweet and Maxwell 1999 , p. 33.

(2) الزعبي، محمد عبد الخالق محمد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة، مصر، 2011، ص213.

(3) بطيخ، د.منى رمضان محمد بطيخ: الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة(ppp) والوسائل البديلة لتسوية منازعاته طبقًا لأحكام قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم(67) لسنة2010ولائحته التنفيذية رقم(238) لسنة 2011، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص127.

(4) Mauel. J. "Common Contractual Risk Allocation in International Power Projects" Columbia Business Law Review (1996)P. 38, https://www.dentons.com/-/media/pdfs/guides-reports-and-whitepapers/dentons-global-project

بناء المرفق بكفاءة أقل من تلك المتفق عليها، أو كان يشوبه خلل فني ما، وتتمثل الأضرار أو الخسائر كذلك في التشغيل والصيانة كارتفاع تكلفتهما أو عدم تحقيق الأغراض المتفق عليها في اتفاق التشغيل والصيانة، أو المساس بصفة عامة بالكفاءة الفنية والإنتاجية للمشروع ككل[1].

وفي تعريف آخر ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المخاطر على أنها إمكانية وقوع حدث أو عدم وقوعه خلال فترة زمنية معينة مع عدم توقع نتائجه بدقة من أطراف العقد"[2].

وإذا كانت العقود الإدارية في مجملها تقوم على أسلوب التحويل السابق لكل المخاطر إلى المتعاقد مع جهة الإدارة، بمعنى أن جهة الإدارة هذه إنما تعمل قدر استطاعتها على التخلص من المخاطر المحيطة بتلك العقود، بحيث يتحملها في نهاية المطاف المتعاقد معها منفردا، فإن عقود المشاركة ليست كذلك باعتبارها عقودا ذات صبغة تمويلية، أساسها – كما ذكرنا– قيام القطاع الخاص بتمويل الإنشاءات والتجهيزات في مجال البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة دون تحميل ميزانية الدولة الكثير من الأعباء المالية، ولذا فهي تتطلب ضرورة التعامل معها بفكر يختلف عن بقية العقود الإدارية الأخرى، خاصة أنها تعتمد على نظام الـ Project Finance الذي يعتمد على السداد من المشروع والوفورات المحققة منه وكذلك على التدفقات النقدية cash flow الذي يعد أهم مصدر لسداد التمويل المقدم للمشروع[3].

من هنا يصعب– لا بل يستحيل– أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة في عقود المشاركة المخاطر كافة منفردا، وإلا أحجم المستثمرون عن المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ولذا فقد وجد نظام اقتسام أو توزيع المخاطر، الذي جعل منه المشرع سواء في فرنسا أم في مصر شرطا جوهريا أو ضابطا أساسيا للحكم بصحة العقد والإقرار بوجوده من الناحية القانونية[4].

وقد نص المشرع المصري في الفقرة (ط) من المادة (34) من قانون المشاركة رقم 67 لسنة ٢٠١٠ على أن عقد المشاركة يجب أن يتضمن: "تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة أو باكتشاف الآثار والتعويضات المقررة بحسب الأحوال"[5].

---

(1) سري الدين، د.هانى صلاح: التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، (دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية الأساسية)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، 2001، ص170.

(2) ياسر شاكر محمود، التحكيم في منازعات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص: دراسة مقارنة، مجلة دراسات إقليمية، مجلد17، ع56، العراق، 2023، ص217.

(3) Lloyd. H., Prevalent Philosphies of Risk Allocation: An Overview" International Construction Law Review (1996), P. 502.

(4) أشارت إليه الفقرة (b) من المادة 11 من الأمر المنظم لعقود المشاركة والمعدل بالقانون رقم 735 لسنة ٢٠٠٨ والمادة ١٢-١٤١٤ .L من تقنين الإدارة المحلية الفرنسي كما يلي:

"Un contrat de partenarait comporte nécéssairement des clauses relatives aux conditions dans les quelles est établi le partage des risques entre la personne publque et son cocontractant".

(5) انظر قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم 67 لسنة 2010، المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم(19) مكرر(أ)، في 18مايو سنة2010، والمعدل بالقانون رقم(153) لسنة 2021، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم(50مكرر"أ")، في 18ديسمبر2021م.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

وتفريعًا على ما تقدم، إن كل مشــروع معرض لمخاطر أيا كان شــكلها وطبيعتها تختلف باختلاف حجم وطبيعة المشروع، ولكن ما يميز المشروعات التي يشارك فيها كلا القطاعين العام والخاص، أن مفهوم المخاطر يختلف عند كل من الطرفين؛ فالمخاطر عند جهة الإدارة لها مفهوم خاص يتعلق بالمشروع وبالمنتفعين باعتبارهم محور اهتمامها، أما المخاطر عند القطاع الخاص فلها مفهوم آخر متعلق برأس المال الخاص بالمشـــروع الحكومي.

كذلك فإن جهة الإدارة تسعى إلى نقل قدر من المخاطر إلى عاتق القطاع الخاص بحيث يكون وحده هو المسئول عنها، بالإضافة إلى رغبتها في الحصول على المشروع دون أية عقبات تحول دون الاستفادة منه على النحو الذى تبغيه، أما القطاع الخاص فإنه يسعى إلى الحصول على الأرباح من بناء المشروع وبشكل يكفل له تغطية المصروفات والتكاليف التي تكبدها من وراء تشييد المشروع[1].

وبناءً على العرض السابق لمفهوم المخاطر في ضوء نطاق عقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص، يمكننا أن نســتخلص تعريفاً للمخاطر بأنه:" تلك المتغيرات التي تحدث نتيجة لظروف خارجة عن إرادة أطراف العلاقة ويكون من شأنها أن تزيد من أعباء أحدهم دون الآخر أو الطرفين معًا".

الفرْع الثَّاني

أَنوَاع المخاطر وَطرُق مُجابهتهَا

قد يحيط المشروعات المنفذة بمقتضى عقد المشاركة، العديد من المخاطر في مرحلتي التحديث والتشغيل بشـــكل قد يؤثر على نجاحها وعدم تحقيق العائد المتوقع، حيث تتمثل هذه المخاطر في مجموعة من الوقائع المادية أو القانونية أو الفنية أو السياسية أو البيئية أو التجارية التي تطرأ عقب البدء بتنفيذ المشروع فيترتب على وجودها إحداث خسارة وضرر للمشاركين في تنفيذ المشروع[2]، مما تؤدي إلى التأخير في تنفيذ المشروع ومن ثم تشغيله أو زيادة في تكلفة المشروع أو عدم جودة الخدمة المقدمة[3].

كذلك، تتعدد تقسيمات الفقهاء للمخاطر المرتبطة بعقود الشراكة بالنظر إلى المراحل المختلفة التي يمر بها المشروع نظراً لاستحالة حصر وتحديد كافة المخاطر التي تكتنف المشروعات الناتجة عن عقود المشاركة، فمهما بلغت دقة دراسات الجدوى الخاصة بهذه المشروعات فلن تتمكن من الإحاطة بجميع المخاطر المرتبطة بهذه المشروعات، لكن مجملها يشير إلى وجود مخاطر متعلقة بتنفيذ المشروع وإنشائه، وأخرى خاصة بتشغيل المشروع وصيانته.

ويمكن أن نجمل هذه المخاطر بنوعين هما: المخاطر العامة، والمخاطر الخاصة، وسوف يتم توضيحهما في الغصنين التاليين:-

الغصن الأول: المخاطر العامة.

---

[1] عــزت، شــهاب فــاروق عبــد الحــي: التنظــيم القــانوني لــنظم مشــاركة القطــاع العــام والخــاص فــي تمويــل وتشــغيل مشروعات البنية الأساسية، المرجع السابق، ص88.

[2] الشــاطر، د.عبــد الكــريم: التطــورات القانونيــة والتشــريعية لعقــود الشــراكة، ط1، مركــز الدراســات العربيــة للنشــر والتوزيــع، مصر، 2019، ص37.

[3] ســلام، د.أحمــد رشــاد محمــود: عقــد الإنشــاء والإدارة وتحويــل الملكيــة (B.O.T.) فــي مجــال العلاقــات الدوليــة، رســالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٣، ص165.

الغصن الثاني: المخاطر الخاصة.

الغصن الأول

المخاطر العامة

تعرف المخاطر العامة بأنها:" المخاطر التي تتعلق بالنمو الاقتصادي للدولة، والوضع السياسي والنظام الضريبي، والنظام القانوني بصفة عامة، وتمويل العملة بالشكل الذي يكون له تأثير على المنتج النهائي للخدمة"[1].

يمكن تقسيم المخاطر العامة إلى أربع مجموعات رئيسة هي:

أولاً- المخاطر التعاقدية والقانونية:

هي المخاطر التي تهدد الترتيبات التعاقدية والإطار القانوني الذي يدعم تمويل المشروع[2]؛ وتتمثل في المخاطر التي تواجه القطاع الخاص فيما قد يرد من تعديل تشريعي كتعديل قوانين بعد إبرام العقد وفي فترة نفاذه، أو المخاطر التي تنتج عن تعديل القوانين الخاصة بالبيئة، أو المخاطر الناشئة عن أحداث استثنائية محددة من شأنها عدم تنفيذ التعاقدات، ومن ثم انهيار المشروع، فهذه المخاطر تختلف من دولة لأخرى ومن مشروع لآخر[3].

ثانيًا- المخاطر التجارية والمالية:

يقصد بالمخاطر التجارية والمالية تلك المخاطر المتعلقة باحتمال عدم تحقيق المشروع للعائد المتوقع منه بسبب تغير أسعار السوق، أو بسبب قلة الطلب على السلع أو الخدمات التي ينتجها المشروع أو قصور الطلب على الخدمة أو المنتج الذي يدره المشروع. كما تشمل المخاطر التجارية تلك المخاطر الناتجة عن التغير في أسعار النقد الأجنبي أو التضخم[4].

ويمكن تقسيمها كالتالي:-

1- المخاطر الناجمة عن ضعف الطلب على شراء الخدمة:

يقصد بالمخاطر الناجمة عن القصور في الطلب على الخدمة، الحالات التي تكون فيها دراسات الجدوى الخاصة بالطلب غير دقيقة بحيث يكون الطلب من مستخدمي الخدمة أقل بكثير من توقعات دراسات الجدوى ومن ثم تكون التدفقات النقدية الناجمة عن تقديم الخدمة إلى الجمهور أقل بكثير مما كان متوقعا، وهو ما قد يؤدي إلى الإضرار الجسيم بمصالح شركة المشروع وقدرتها على سداد ديونها وتحقيق فائض ربح[5].

---

(1) العطية، خالد بن محمد عبد الله : النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999م، ص24.

(2) طوبار، مي: دراسة الجدوى ونظام(B.O.T)، دار الفاروق للنشر، القاهرة، 2006، ص52.

(3) الفيل، د.ندى زهير سعيد؛ اللهيبي، ياسر سبهان حمد جاد الله: عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل المليكة، دراسة مقارنة، د.ن، 2014، ص83.

(4) سري الدين، د. هاني صلاح: المرجع السابق، ص 176.

(5) إبراهيم، ياسر عوض إسماعيل إبراهيم: الجوانب القانونية المنظمة لعقود المشاركة(PPP)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2020، ص311.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

والأصل أن تتحمل شركة المشروع هذه المخاطر، إذ إنها هي الطرف الأساسي الذي يملك السيطرة على هذا النوع من أنواع المخاطر. ومع ذلك تلجأ شركة المشروع أحيانا إلى ترتيبات تعاقدية معينة بهدف الحد من آثار هذه المخاطر، ومن تلك الترتيبات على سبيل المثال، الاتفاق مع جهة الإدارة على قيام هذه الأخيرة بشراء الخدمة المنتجة بحد أدنى ولو لم تستخدم جهة الإدارة هذه الكمية المنتجة، فاتفاقات الشراء على هذا النحو تضمن حدا أدنى من التدفقات النقدية لشركة المشروع، وعادة ما يكون هذا الحد الأدنى المتفق عليه كافيا لسداد أصل القروض وفوائدها ومصاريف التشغيل وكذلك تحقيق هامش ربح معقول[1].

2- سوء تقدير تسعيرة الخدمة:

من ناحية أخرى، تتحمل شركة المشروع سوء تقديرها لتسعيرة الخدمة. وبعبارة أخرى، تتحمل شركة المشروع تبعة مخاطر تغيرات السوق التي يكون من شأنها عدم كفاية أسعار تقديم الخدمة لتغطية تكلفة التشغيل وسداد القروض[2].

3- المخاطر الخاصة بتقلبات أسعار شراء العملة الأجنبية:

كذلك تقع المخاطر الخاصة بالتقلبات في سعر العملة الأجنبية على عاتق شركة المشروع باعتبارها من المخاطر التجارية. ومع ذلك تلجأ شركة المشروع إلى ترتيبات تعاقدية مختلفة تهدف منها إلى الحد من هذه المخاطر ونقل جزء من أعباء هذه المخاطر إلى أطراف آخرين وبخاصة الجهة الإدارية المتعاقدة معها. ويكون تمويل جزء من عملية بناء المرفق بعملات وطنية أي من السوق المحلية له أثره البالغ في الحد من تقلبات الأسعار، إذ لا تترتب أية آثار سلبية ناجمة عن ارتفاع سعر العملة بالنسبة للشق الذي يتم تمويله بالعملة المحلية[3].

وتزيد مخاطر تقلبات العملة بشكل كبير إذا كان مقابل تقديم الخدمة سواء عن طريق تقديمها للجمهور أو من خلال شرائها بمقتضى الجهات الحكومية يتم سداده – أي المقابل – بالعملة المحلية. فهنا تلتزم شركة المشروع بشراء العملة الأجنبية من السوق المحلية وتحويل العملة المحلية إلى عملة أجنبية حتى تستطيع الوفاء بالتزاماتها قبل البنوك أو بغرض تحويل جزء من أرباحها إلى الخارج. ففي هذه الأحوال تتحمل شركة المشروع مخاطر كبيرة خاصة بتقلبات الأسعار في الأحوال التي يزيد فيها سعر العملة الأجنبية بالنسبة للعملة المحلية.

وقد تلجأ شركة المشروع، للتخفيف والحد من هذه المخاطر، إلى النص في اتفاق الشراء في الأحوال التي تلتزم فيها الجهات الحكومية بشراء الخدمة، على أن تقوم هذه الجهة الحكومية بشراء الخدمة أو المنتج بالعملة الأجنبية[4]. ففي هذه الحالة تنقل شركة المشروع عبء المخاطر الخاصة بالتقلبات في أسعار العملة إلى الجهة الحكومية المتعاقدة معها[5].

---

(1) Mauel :The primary mechanisme for allocating the risk of an inadequate market demand for power is the fixed obligation of the power purchaser to make capacity,op,cit,p.52.

(2) العطية، خالد بن محمد عبد الله: مرجع سابق، ص25.

(3) سلام، د.أحمد رشاد محمود: مرجع سابق، ص86.

(4) حرير، أحمد: النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي، مصر، 2019، ص89.

(5) الفيل، د.ندى زهير سعيد؛ اللهيبي، ياسر سبهان حمد جاد الله: مرجع سابق، ص85.

4- المخاطر الناتجة عن التضخم:

يرى الفقه أن تتحمل شركة المشروع المخاطر الخاصة بالتضخم في أسعار العملة الوطنية. ويكون الحد من هذه المخاطر عن طريق الربط بين زيادة سعر تقديم الخدمة ومعدل التضخم في الدولة المضيفة. فيمكن الاتفاق على ربط الثمن أو التعريفة مقابل الخدمة بمعدل تضخم العملة الوطنية، مع وضع حد أقصى لمثل هذه الزيادة. وبطبيعة الحال يجب الاتفاق على الأساس الذي يتخذ معيارا لقياس حجم التضخم[1].

ثالثاً- المخاطر السياسية:

فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريفها بأنها:" عبارة عن تصرفات تصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة أو أية جهة حكومية أخرى من المشرع في الدولة القائم بها المشروع محل عقد المشاركة، وتكون ذات طابع سياسي أو سيادي، ومثال ذلك أن يصدر قانون يفرض ضرائب جديدة من شأنها التأثير سلباً أو التهديد بخطر نقص الأرباح المتوقعة من تنفيذ المشروع، مما ينذر باحتمال عدم القدرة على تسديد الديون واسترداد الاستثمارات من قبل المتعاقد مع الإدارة. ومثالها أيضا عدم الاستقرار السياسي في الدولة وما قد يصاحب ذلك من تغيير في الحكومات وبالتالي في الاستراتيجيات وأولويات السلطة المتعاقدة، مما قد يتعارض ويؤثر بالتالي بالسلب في معطيات المشروع محل عقد المشاركة. بل هناك من المخاطر السياسية التي قد ترجع إلى تصرفات حكومية أو دولة أجنبية ومثال ذلك الحصار الاقتصادي أو المقاطعة أو الحظر..... إلخ"[2].

وبذلك يشير اصطلاح المخاطر السياسية في العمل الدولي إلى طوائف أربع رئيسة من المخاطر، نوضحها على النحو التالي:

تشمل الطائفة الأولى من المخاطر السياسية، التغيير في القوانين السارية وقت الاتفاق، فيدخل في مفهوم تغيير القوانين أي تعديل أو إلغاء للقوانين واللوائح السارية يكون من شأنه أن يؤدي إلى تغيير تكاليف المشروع أو المساس بعائداته النقدية، أو جعل مستندات أو اتفاقات التمويل غير قانونية أو غير واجبة النفاذ، أو يؤدي إلى فرض قيود على إنشاء أو تشغيل أو صيانة أو تمويل أو تأمين أو ملكية المرفق، أو الأسعار واجبة الدفع بموجب اتفاقات الشراء[3].

وأما الطائفة الثانية من المخاطر السياسية فهي المخاطر المرتبطة بحظر تحويل العملة الأجنبية إلى الخارج أو تحويل العملة الوطنية إلى عملة أجنبية، وهو الأمر الذي قد يضر بالمصلحة الاقتصادية للمساهمين وشركة المشروع ويحول دون تحويل الأرباح إلى الخارج[4].

أما الطائفة الثالثة من المخاطر السياسية فهي المتعلقة بتأميم ومصادرة ملكية أصول شركة المشروع.

وأما الطائفة الرابعة من المخاطر فتشمل – بصفة عامة – العنف السياسي والإضراب وحالات الحروب.

---

(1) الشمري، صكبان خليل رشيد: التمويل المصرفي لمشروعات البنية الأساسية بنظام مشاركة القطاع العام والخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1436هـ/2015م، ص225.

(2) صلاح الدين، د.كاميليا: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسترال النموذجي والتشريعات العربية، دراسة تحليلية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2012، ص142.

(3) الشمري، صكبان خليل رشيد: مرجع سابق، ص223.

(4) سري الدين، د. هاني صلاح: مرجع سابق ، ص 179.

ووفقًا لما جرى عليه العمل الدولي، تتحمل جهة الإدارة – بمقتضى اتفاق الترخيص أو الالتزام – الجزء الأكبر من المخاطر السياسية. وتلتزم جهة الإدارة في هذه الأحوال بتعويض شركة المشروع بالكامل عن الأضرار الناتجة عن هذه المخاطر.

الغصن الثاني

المخاطر الخاصة

المخاطر الخاصة هي المخاطر التي تتعلق بالمشروع والتي يواجهها أطراف عقد المشاركة في القطاع العام والخاص[1].

ويمكن تقسيمها بحسب المراحل التي يمر بها المشروع إلى ما يأتي:

أولاً- المخاطر المرتبطة بتشييد المشروع وبنائه:

تعتبر من المخاطر الرئيسية فهي تلك المخاطر المرتبطة بتشييد المشروع وبنائه، وهذه المخاطر يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع رئيسية: مخاطر مرتبطة بزيادة تكلفة المشروع، ومخاطر مرتبطة بالتأخير في تشييد وتنفيذ وإتمام الأعمال، ومخاطر مرتبطة بالجودة والكفاءة الفنية للمشروع[2].

والاتفاقان الرئيسيان لتوزيع المخاطر المرتبطة بالتشييد والبناء هما: اتفاق الترخيص أو الالتزام المبرم مع جهة الإدارة؛ وعقد المقاولة ذاته؛ وفيما يلي نعرض لهذه المخاطر:-

1) مخاطر زيادة تكلفة المشروع نظراً لتغيير سعر صرف العملة:

ويرجع ذلك إلى زيادة سعر تغيير العملة المحلية التي يتم تحصيل مقابل الخدمة بها، فعملية انخفاض سعر صرف تلك العملة يؤثر بالسلب على عملية التدفقات والوفورات النقدية التي تدخل المشروع، مع التذكير بأن القروض والتسهيلات الائتمانية وثمن الآلات والمعدات التي تستوردها شركة المشروع أو مقاولوها لصالح المشروع قد تكون واجبة السداد بالعملات الأجنبية[3].

وللتغلب على المخاطر الخاصة بزيادة التكلفة تلجأ شركة المشروع، إلى استخدام عقد تسليم المفتاح بنظام السعر الجزافي، أو بعبارة أدق التقدير الإجمالي الثابت، وفيه يعين الثمن في العقد بمبلغ إجمالي يظل ثابتا لا يتأثر بما قد يطرأ خلال تنفيذ العقد من تقلبات في أسعار الخدمات أو المواد، وعلى ذلك يتحمل المقاول زيادة التكلفة ومن ثم الخسائر الناشئة عن أية زيادة في أسعار الخدمات أو المواد نتيجة لمتغيرات خاصة بالسوق وقواعد العرض والطلب. كما يتحمل المقاول الخسائر الناجمة عن هبوط القيمة الشرائية للنقود وغيرها من أسباب تجارية كعوامل التضخم وزيادة أسعار النقل وما شابه ذلك، كما يتحمل المقاول في عقد تسليم المفتاح التكاليف الزائدة الناجمة عن خطأ أو عيب في التصميم حيث يلتزم المقاول بإعداد التصميم في ظل هذه العقود[4].

---

[1] الفيل، د.ندى زهير سعيد، اللهيب، ياسر سبهان حمد جاد الله: مرجع سابق، ص89.

[2] Abdul Karim Zallam: Les contrats internationaux de construction-exploitation-transfert, Thèse de doctorat en Droit privé, à Paris 2, en 1999,p.89-91.

[3] الشمري، صكبان خليل رشيد: مرجع سابق، ص220.

[4] Scriven, J, "A Banking Perspective on Construction Risks in BOT Schemes" International Construction Law Review (1994) P. 313.

ومع ذلك، يجرى العمل على أن يتحمل رب العمل (شركة المشروع) الزيادة في التكاليف إذا كانت هذه الزيادة ناجمة عن حوادث طارئة وتغير في القوانين السارية، وتقوم شركة المشروع بدورها بتحميل الجهة الإدارية المتعاقدة بهذه الزيادة وفقا لاتفاق الترخيص أو الالتزام. وبعبارة أخرى، فإن الطرف الذي يتحمل مخاطر زيادة تكلفة المشروع الناجمة عن ظروف طارئة أو تغير في القوانين هو الجهة الإدارية المتعاقدة.

2) المخاطر الخاصة بالتأخير في إتمام الأعمال:

هذه المخاطر الخاصة تكون متعلقة بالتأخير في إتمام الأعمال فيتم توزيعها على الأطراف المعنية على النحو التالي:-

أ. يتحمل المقاول كافة الأضرار الناشئة عن التأخير في تنفيذ الأعمال التي لا تكون راجعة إلى خطأ من رب العمل (أي شركة المشروع) أو إلى ظرف طارئ أو قوة قاهرة. والآلية التعاقدية الأساسية لنقل عبء هذه المخاطر على عاتق المقاول تتمثل في التعويضات الاتفاقية التي يلتزم المقاول بسدادها إلى شركة المشروع في حالة التأخير في تنفيذ الأعمال، وتكون هذه الشروط الجزائية عادة معادلة أو أكثر بقليل من الشروط الجزائية التي تفرضها الجهة الإدارية في اتفاق الترخيص أو الالتزام على عاتق شركة المشروع في حالة التأخير في بدء التشغيل التجاري للمرفق عن الموعد المتفق عليه، أي أن الطرف الذي يتحمل مخاطر التأخير وأضراره بشكل نهائي في هذه الحالة هو المقاول[1].

ب. تتحمل شركة المشروع تبعة التأخير، إذا كان هذا التأخير ناتجا عن خطأ منها، كما لو تأخرت في تسليم الموقع إلى المقاول أو في إصدار الموافقات اللازمة وفقا لأحكام العقد. فالطرف الذي يتحمل المخاطر النهائية في هذه الحالة هو شركة المشروع.

ج. يتحمل رب العمل، أي شركة المشروع – في ظل عقد المقاولة – المخاطر المرتبطة بالتأخير الناشئة عن الظروف الطارئة والقوة القاهرة. وتنقل شركة المشروع – من خلال اتفاق الترخيص أو الالتزام – عبء هذه المخاطر عادة إلى عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة، أي أن الطرف الذي يتحمل مخاطر التأخير وأضراره بشكل نهائي في هذه الحالة هو الجهة الإدارية المتعاقدة مع شركة المشروع[2].

3) مخاطر عيوب التنفيذ:

يتحمل المقاول كذلك أعباء الخلل في التنفيذ كما لو تم بناء المرفق بكفاءة أقل من تلك المتفق عليها، أو كان يشوبه خلل فني ما، وتكون آلية نقل هذه المسئولية بتبني نظام عقد تسليم المفتاح الذي لا تنقضي فيه التزامات المقاول، ومن ثم مسئوليته، إلا بإتمام عمليات إقامة الأبنية، وتوريد الآلات والأجهزة وتركيبها وتجربتها وتجهيز المرفق أو المصنع للتشغيل التجاري، ومن ثم فإن أي عيب أو خلل فني في مقومات المرفق قبل تشغيله التجاري تقع مسئوليته النهائية على عاتق المقاول[3].

---

(1) Nicklisch, F: "The BOT Model – The Contractor's Role as Builder – Contract Structure. Risk International Construction Law Review (1992) p. 429.

(2) حمادة، د.رأفت محمد أحمد: المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني, د.ن, القاهرة , 1995, ص26.

(3) Megens. P: "Construction Risk and Project Finance: Risk Allocation as Viewed by Contractors and Financiers" Journal of Banking and Finance Lay and Practice (March 1997) P .24.

ثانيًا– مخاطر التشغيل والصيانة: يقصد بمخاطر التشغيل تلك المخاطر الناشئة عن مرحلة تشغيل وصيانة المشروع بعد بدء التشغيل التجاري للمرفق. ومخاطر التشغيل تتمثل في نوعين أساسيين من المخاطر: الأول هو ارتفاع تكلفة التشغيل والصيانة، والثاني هو الإخلال بعملية التنفيذ وعدم تحقيق الأغراض المتفق عليها في اتفاق التشغيل.

والآليتان التعاقديتان الأساسيتان لتوزيع مخاطر التشغيل تتمثلان في اتفاق التشغيل والصيانة، واتفاق الترخيص أو الالتزام. وطبقا لما جرى عليه العمل الدولي في هذا الشأن يتحمل المشغل المخاطر الناتجة عن تقصيره، وذلك عن طريق النص في اتفاق التشغيل على حق شركة المشروع في الحصول على تعويض اتفاقي في حالة إخلال المشغل بالتزاماته. وحتى في حالة سكوت النص عن ذلك – وهو فرض يندر حدوثه عمليا – فإن المشغل يلتزم بتعويض شركة المشروع عن أية أضرار تصيبها نتيجة تقصيره في التشغيل، كالإهمال في صيانة المعدات والآلات على نحو ينجم عنه عدم تنفيذ المشروع أو المرفق واستمراريته، أو التقصير في إجراء عملية الإحلال والتجديد طبقا لجدول الصيانة أو طبقا للقوانين السارية[1].

وعادة ما ينص اتفاق التشغيل والصيانة على وضع حد أقصى لمسئولية المشغل. ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة الخاصة بالإعفاء أو الحد من المسئولية الواردة بالمادة (217)من التقنين المدني المصري[2]. فشرط الإعفاء أو وضع حد أقصى على المسئولية يعتبر شرطا باطلا وغير نافذ إذا كان ناجما عن خطأ جسيم أو غش. ومع ذلك فإنه يجوز الاتفاق على إعفاء المشغل من الخطأ الجسيم والغش إذا كان الشخص الذي ارتكبه هو أحد تابعيه.

وتتحمل شركة المشروع تبعة المخاطر الخاصة بالتشغيل إذا كانت الأخيرة راجعة إلى طبيعة تشغيل المرفق ذاته أو إلى خطأ من شركة المشروع.

كذلك، تتحمل جهة الإدارة تبعة المخاطر الناشئة عن قوة قاهرة، كاندلاع حرب أو عمل عدواني، وذلك بالنص على حق شركة المشروع في إنهاء الاتفاق إذا استمرت حالة القوة القاهرة Force Major لفترة طويلة (ستة أشهر مثلا). وفي هذه الحالة تلتزم الجهة الإدارية بتقديم التعويض الكامل لشركة المشروع. أما إذا اتسمت حالة القوة القاهرة بالتأقيت، ولم تستمر إلا لفترة محدودة، التزمت جهة الإدارة بتعويض الشركة خلال هذه الفترة عن الفوائد المتراكمة بمقتضى اتفاقات التمويل، وعن الأضرار الناجمة عن التأخير. وعادة ما تنص الجهة الإدارية في هذه الأحوال على تقييد مسئوليتها المالية بوضع حد أقصى للمبلغ الإجمالي الذي تلتزم بسداده إلى شركة المشروع.

---

(1) تنص اتفاقيات التشغيل عادة على مسئولية المشغل عن سداد أية غرامات قد تفرضها القوانين السارية على شركة المشروع تكون ناتجة عن أخطاء المشغل. انظر في ذلك على سبيل المثال ما تنص عليه إحدى اتفاقيات التشغيل والصيانة: " The Operator shall bear any fines and penalties imopsed on it or on the Project Company for breaching Aplicable Requirements in the Performance of the Services.

Abdul Karim Zallam: Les contrats internationaux de construction-exploitation-transfert,op,cit,p.95.

(2) فقد نصت المادة(217) من القانون المدني المصري على أنه:"

1- يجوز الاتفاق على أن يتحمّل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

2- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

3- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع".

ومن نافلة القول، يثُار في هذا الخصوص تساؤل على قدر كبير من الأهمية ألا وهو، هل تعتبر جائحة فيروس كورونا من قبيل المخاطر العامة، أم من المخاطر الخاصة؟

لاشك أن هذه الأعمال تقع في نطاق المخاطر العامة، لأن الأحكام المتعلقة بانتقال المخاطر تتعامل مع الضرر الذي يصيب الخدمة أو المنفعة المقدمة للأشخاص نفسها مثل الهلاك أو التلف. في حين أن جائحة فيروس كورونا لا تهدف الخدمة ذاتها، وإنما تهدف إلى التأثير على صاحب المشروع والملتزم أيضا بتنفيذ عقد المشاركة.

وغني عن البيان أن المخاطر الاقتصادية لا تندرج تحت أحكام تبعة الهلاك، وذلك لأن المخاطر الاقتصادية تعني التغير في قيمة البضائع في السوق ارتفاعًا أو انخفاضًا، ولا تعني هلاك أو تلف البضائع.

لقد حاول الباحث بقدر المستطاع حصر أهم أنواع المخاطر المرتبطة بعقود الشراكة بالنظر إلى المراحل المختلفة التي يمر بها المشروع نظراً لاستحالة حصر وتحديد كافة المخاطر التي تكتنف المشروعات الناتجة عن عقود المشاركة فمهما بلغت دقة دراسات الجدوى الخاصة بهذه المشروعات فلن تتمكن من الإحاطة بجميع المخاطر المرتبطة بهذه المشروعات، لكن مجملها يشير إلى وجود مخاطر متعلقة بتنفيذ المشروع وإنشائه، وأخرى خاصة بتشغيل المشروع وصيانته.

المطْلب الثَّاني

تَوزِيع المخاطر فِي عُقُود المشاركة

تقسيم:

إن توزيع مخاطر مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بين أطرافه بالشكل الصحيح، يعد العامل الرئيسي لنجاح هذه المشروعات، والقاعدة في إطار مشروعات عقود الشراكة ومن ضمنها مشروعات البنية الأساسية، هي وضع نظام دقيق لتوزيع المخاطر بين الأطراف المختلفة. ويتم توزيع هذه المخاطر عن طريق آليات تعاقدية. ومن ثم فإن الأساس الاتفاقي هو الأصل في توزيع المخاطر وتحديد الطرف الذي يقع عليه عبء أحد المخاطر المرتبطة بمشروعات البنية الأساسية.

والوضع الأمثل هو أن الطرف الذي يتحمل أحد هذه المخاطر عن طريق الاتفاق التعاقدي يجب أن يكون هو الطرف الأكثر قدرة على السيطرة على المخاطر المعنية وبأقل تكلفة، كذلك فإن الطرف الذي يتحمل المخاطر يجب أن يكون أكثر الأطراف استفادة حال السيطرة على المخاطر المعنية[1].

في ضوء ما سبق، نقسم المطلب على النحو التالي:

الفرْع الأوَّل: أَهَميَّة مَبدَأ تَوزِيع المخاطر فِي عُقُود المشاركة.

الفرْع الثَّاني: آلية تَوزِيع المخاطر بَيْن طَرفَي عَقْد المشاركة.

[1] سري الدين، د.هاني صلاح: المرجع السابق، ص 168.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

الفرْع الأوَّل

أَهَميَّة مَبدَأ تَوزِيع المخاطر فِي عُقُود المشاركة

تشير عبارة" توزيع المخاطر"، إلى تعيين مَن سيتحمل مِن الأطراف تبعات وقوع الأحداث التي تعتبر من مخاطر المشروع، ويكون هذا عادة موضوع تفاوض بين الأطراف، وإن كانت اللوائح التنظيمية أو السياسات أو التوجيهات الإدارية المعمول بها في الدولة كثيراً ما تحدد معايير لتوزيع بعض المخاطر. ثم بعد ذلك يكون لهذا الاتفاق تأثير فعال في حقوق وواجبات الأطراف لعقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص[1].

تتجلى أهمية مبدأ توزيع المخاطر في كونه أداة وقائية للحفاظ على حسن سير المرفق العام وديمومة المشروع موضوع عقد المشاركة، وذلك لأن اقتسام المخاطر وتوزيعها بشكل رضائي واتفاقي بين طرفي العقد يعمل على إحداث توازن عقدي[2]، كما أن التنبؤ بالمخاطر المحتملة وتوزيعها وتحديد مضمونها وسُبل مجابهتها يعمل على استقرار المشروع وثبات العقد، حيث سيحول ويدرأ أية إشكاليات أو نزاعات قد تنشأ بين طرفي التعاقد وتؤدي في الغالب إلى توقف المشروع والإضرار بالمصلحة العامة للدولة[3].

كما أن مبدأ توزيع المخاطر يتناسب مع طبيعة عقود المشاركة ذات الطابع التمويلي الضخم، فالمتعاقد في عقد المشاركة يقوم بضخ رؤوس الأموال واستثمارات ضخمة وهو أمر لا يستقيم معه أن يتحمل المتعاقد بشكل فردي كافة المخاطر المرتبطة بالمشروع، فمبدأ " الإدارة مع تحمل كافة المخاطر"[4]، وهو المبدأ المقرر في كافة العقود الإدارية، لا يتصور إعماله في عقود المشاركة ذات الطابع التمويلي، وذلك لأن كل العقود الإدارية وعقود المرفق العام على وجه الخصوص تفترض مخاطر حقيقية للمتعاقد[5]، إلا أن تلك العقود التقليدية تقوم على أسلوب التحويل السابق لكافة المخاطر إلى المتعاقد، كما هو الحال في عقود التزام المرفق العام بحيث يتحمل وبمقتضى العقد كل المخاطر المرتبطة بالإنشاء الأولي والاستغلال[6].

---

(1) انظر دليل الأونسيترال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص (2019)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، الأمم المتحدة، 2020، ص54، متاح على الموقع الإلكتروني التالي، https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/19-10870_uncitral_ppp_a_ebook.pdf

(2) إبراهيم، ياسر عوض إسماعيل: مرجع سابق، ص301.

(3) صلاح الدين، د.كاميليا: مرجع سابق، ص142.

(4) يقصد بمبدأ الإدارة مع تحمل المخاطر أن يقوم الملتزم باستخدام أمواله وعماله في إدارة المشروع العام ومن ثم يتحمل وحده كافة المخاطر التي قد تنبثق من تلك الإدارة، على أن يستأثر وحده بالأرباح الناتجة عن الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين. انظر بو عشيق، أحمد: المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، ط8، 2004، ص200.

(5) جبر، د.غريب جبر: إدارة المخاطر المالية والفنية المصاحبة لتشغيل المشروعات العامة بمعرفة القطاع الخاص، ورقة عمل مقدمة لندوة التعاقد مع القطاع الخاص لإدارة وتشغيل المشروعات العامة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، من 19-23مارس2006م، ص4.

(6) وبالنسبة لمخاطر التشييد والتشغيل Construction and operation risks فإن منها ما يتعلق بمرحلة التشييد كخطر عدم إتمام التشييد بحسب البرنامج الزمنى المتعاقد عليه ويسمى ذلك خطر الإتمام Completion risk، وخطر تجاوز التكاليف المقدرة للتشييد Construction Cost overrun risk، وخطر الأداء Performance risk الذى يتمثل في عدم أداء المرفق المشيد للمهام المقصودة. انظر رجب، د.ياسر محمد

وفي المرحلة اللاحقة، فإن تحمل الإدارة لجزء من مخاطر الاستغلال لا يأتي استناداً إلى قاعدة توزيع أو اقتسام المخاطر، بل تطبيقًا للنظام القضائي لتنفيذ العقود الإدارية بقصد المحافظة بقدر الإمكان على التوازن العقدي كما أراده الطرفان عند التوقيع على العقد[1].

علاوة على ما سبق أسس جانب من الفقه[2] إلى أهمية توزيع المخاطر على كون عقود الشراكة تقوم على عنصري الزمن والثقة، ولكون التوازن التعاقدي لا يعد توازناً حسابياً بل نسبياً يتوقف نجاح تلك العقود على تحقق أمرين:

أولهما: قدرة المتعاقدين على توقّع ومواجهة الأزمات واعتمادهم على شروط الضمان.

ثانيهما: تولد نظرية للمخاطر تنشأ من خلال الممارسة الدولية لتحافظ على التوازن المالي في عقد المشاركة.

كما تظهر أهمية مبدأ توزيع المخاطر أفضل الحلول في تلك النوعية من العقود طويلة الأجل، ولذلك يرى الفقه المقارن أن تحويل المخاطر يُعد مسالة تجارية أكثر منها تعاقدية، وتثور المنازعات دوماً بشأن المخاطر لعدم التحديد الكامل لفقرة الظروف المتغيرة، وبذلك تؤدى لعدم التوقع، ومن ثم تثور المنازعات[3].

مؤدى ما سبق تُعد عقود المشاركة عقود محفوفة بالمخاطر، ويمكن تلافي تلك المخاطر بالتخطيط الجيد لها وإدارتها، وقد تؤدي الظروف التي تخرج عن سيطرة الإدارة والتعاقد معها إلى العديد من المخاطر، ومن أمثلة ذلك الأحوال الجوية، والتخريب، والاضطرابات السياسية، وآثار الارهاب.

إن مبدأ توزيع المخاطر أفضل الحلول في تلك النوعية من العقود طويلة الأجل، ولذلك يُعد تحويل المخاطر مسألة تجارية أكثر منها تعاقدية، وتثور المنازعات دوماً بشأن المخاطر لعدم التحديد الكامل لفقرة الظروف المتغيرة، وبذلك تؤدي لعدم التوقع، ومن ثم تُنشئ المنازعات في عقد المشاركة للقطاعين العام والخاص.

وبالتالي يثور التساؤل: هل يتم توزيع المخاطر في عقود المشاركة للقطاعين العام والخاص في ضوء المدخلات، أم تكون في صورة المخرجات للمشروع؟ للإجابة على هذا السؤال نفرق بين نظريتين ، على النحو التالي:

أولاً– النَّظريَّة التَّقْليديَّة على أَسَاس مُواصفات المدْخلات:

في ظل التنفيذ بالطريقة التقليدية، تقوم الجهات الحكومية بإعداد مواصفات تفصيلية تصف الأعمال اللازمة لتقديم الخدمة المطلوبة، بعد ذلك يتم عمل مناقصة للحصول على أفضل العروض– من ناحية السعر– لتنفيذ هذه الأعمال[4].

عبد السلام: دور جهة الإدارة في تحقيق الأمن التعاقدي في عقود الإنشاءات الدولية، بحث منشور بمجلة الفكر القانوني والاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة طنطا، السنة الثامنة، العدد الأول، 2018، ص1316.

[1] محمود، د.رجب: ملامح عامة لعقود المشاركة، دار النهضة العربية، 2017، ص177.

[2] شيحة، د. مصطفي رشدي: تحديد الثمن وتغيره في عقد المقاولة الدولي " نظرة في القانون الاقتصادي الدولي للأعمال "، بحث منشور في مقالات الأعمال المدنية، دراسة لأهم الجوانب الاقتصادية والقانونية، طبعة مكتب الشلقاني للمحاماة، القاهرة سنة 1995م، ص 106: 109.

[3] John salway : Georgia smith: Insuring against risks in construction– construction law Journal 2008 , p , 3.

[4] انظر الدليل إلى عمل شراكة ناجحة بين القطاعين العام والخاص في مصر، وزارة المالية المصرية، نوفمبر2006، ص5، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: http://pppcentralunit.mof.gov.eg/

وعند منح العقد لجهة ما يقوم القطاع العام بالإشراف الدقيق على الأعمال المنفذة بواسطة المتعاقد الفائز بالمناقصة للتأكد من مطابقة هذه الأعمال للمواصفات المطلوبة والمحددة في عقد المشاركة.

لذا، فالجهة الإدارية تتحمل مسئولية إعداد التصميمات وتخطيط المشروع، والحصول على كافة الموافقات القانونية اللازمة" مثل الموافقات البيئية والعمرانية، والتخطيط المدني... وغير ذلك"، كما يتحمل مسئولية أية مصروفات إضافية يمكن تكبدها نتيجة لأية ظروف أو عناصر غير متوقعة لم يتم إدراجها في المناقصة.

من الناحية الأخرى، يتحمل المقاول مسئولية تشييد الأعمال المطلوبة وفقًا للمواصفات الواردة في المناقصة، وبذلك تنحصر مسئوليته في البنود المنصوص عليها في المزايدة، إضافة إلى الأعمال التي يمكن توقعها بشكل عملي من خلال مستندات المناقصة.

نتسخلص مما تقدم أن التنفيذ بالطريقة التقليدية على أساس مواصفات المدخلات، إذ تقرر الجهات الحكومية بنفسها ما هو مطلوب لتقديم الخدمة، ويتحمل مسئولية كاملة عن كل الأعمال المرتبطة بتقديم الخدمة.

ثانيًا– النَّظريَّة الحديثة على أَسَاس مُواصفات المخْرجات:

تكون هذه النظرية عبارة عن التنفيذ بطريقة شراكة القطاع العام والقطاع الخاص مبنية على مواصفات المخرجات، فعند تقييم أحد المشروعات في هذه الحالة، فإن العنصر الرئيسي في التقييم هو تحديد عناصر تنفيذ الخدمة المطلوبة من خلال مواصفات المخرجات[1].

فتقوم الحكومة بتحديد الخدمة المطلوبة، ثم يتم حساب تكلفة تنفيذ المواصفات المطلوبة للمخرجات في شكل نموذج مالي، وذلك حتى يمكن عقد مقارنات بين نموذجين مختلفين للتنفيذ.

وعندما يصبح التنفيذ من خلال عقد المشاركة للقطاعين العام والخاص هو الخيار المفضل، تترك الجهات الحكومية مهمة تصميم الأعمال اللازمة لتقديم الخدمة للشريك الخاص، الذي يتم اختياره عن طريق مناقصة مفتوحة.

كذلك في بعض الأحيان بسبب الظروف السياسية أو أهداف الدولة القومية، يمكن ألا تترك متطلبات التصميم بشكل كامل لتصرف الشريك الخاص، وفي مثل هذه الحالات قد يقوم القطاع العام بتحديد بعض المدخلات، إلا أن الأسلوب المفضل هو التأكد من أن المشروع محكوم جوهرياً بمواصفات المخرجات، إذ تسمح هذه المواصفات بنقل المخاطر إلى الشريك الخاص، وبذلك يتم التأكد من أن الدولة تحصل على قدر أكبر من القيمة مقابل العائد المالي.

مما تقدم يرى الباحث أن أهمية مواصفات المدخلات والمخرجات في عقد المشاركة تنبع من مبدأ توزيع المخاطر وهو المحور الأساسي في وضع هيكل الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ تسمح الشراكة بتوزيع أفضل للمخاطر إذ يتم تنفيذ هذه الشراكات كخدمات وليس كأصول. وعلى النقيض من طرق التنفيذ التقليدية، فإن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تركز على المخرجات وليس المدخلات.

---

[1] الدليل إلى عمل شراكة ناجحة بين القطاعين العام والخاص في مصر، المرجع السابق، ص5.

الفرْع الثَّاني

آلية تَوزِيع المخاطر بَيْن طَرفَي عَقْد المشاركة

إن الطبيعة المركبة لعقود المشاركة وسمتها المميزة وتعدد مراحلها التعاقدية أدى إلى ظهور العديد من المخاطر المرحلية التي تنبثق نتاج تنفيذ تلك العقود التي قد تؤثر سلباً على تنفيذ المشروع، وبناءً على الصبغة المركبة فإن توزيع المخاطر بين طرفي عقد المشاركة يجب أن يستند على دراسات وأبحاث متعمقة تتسم بالدقة والشمولية لكل أبعاد ومراحل المشروع.

فالمخاطر التي قد يتعرض لها أي من المشروعات تتباين باختلاف وتنوع مضمون عقد المشاركة، لذا يجب على أطراف عقد المشاركة للقطاع العام والقطاع الخاص دراسة جميع الظروف المحيطة بالمشروع حتى يتسنى لهم توزيع المخاطر وتقليلها بشكل كفء، فإمكانية التنبؤ بالمخاطر المحتملة لا يكون إلا بدراسة خاصة ومستفيضة للمشروع[1].

وتعرف هذه الدراسات بمعايير وحسابات المخاطر وتتميز بإحاطتها بالعديد من الجوانب والأبعاد التي تبلور مشروع عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص مع الأخذ في الاعتبار المخاطر المرحلية التي تتعلق وتنبثق من كافة مراحل المشروع[2]، مثل مدى قدرة المتعاقد على توفير التمويل للمشروع وكذلك مدة التعاقد ومدى ضمان تنفيذ ملائم لمختلف مراحل العقد، ومدى إمكانية التعامل مع المتغيرات المرتبطة بالتكلفة والجوانب القانونية والإدارية؛ لذلك من أهم الملامح والأسس التي يجب الاعتداد بها وأخذها في الاعتبار عند إعداد دراسات المخاطر، هي المخاطر التي قد تؤثر مستقبلاً أثناء تنفيذ عقد المشاركة للقطاعين العام والخاص[3].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن البعد المستقبلي يُعد من أهم الجوانب التي يجب أخذها بالاعتبار عند إعداد دراسات المخاطر، وعند التطبيق والتنفيذ العملي لتوزيع المخاطر[4]، وذلك لسببين:

السبب الأول: أن مدة عقد المشاركة قد تصل في حدها الأقصى إلى(30) سنة من تاريخ إتمام الإنشاءات والتجهيزات والأعمال، وهذه المدة تجعل المشروع عرضة لمخاطر مستقبلية يجب وضعها في الحسبان عند صياغة عقد المشاركة، درءًا لأي عقبات تؤثر سلبًا على حسن سير المشروع.

---

(1) الهنداوي، حسن محمود محمد: النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص88.

(2) Marwa Sayed Ahmed: Risk management in public private partnership(ppp) Contract-A Thesis submitted to the Faculty of Engineering at Cairo Universuty in partial Fulfillment of the Requiement for the degree of Master of Science in architecture, Faculty of Engineerung, Cairo Universuty Giza,EGYPT,2012,P.35.

(3) ويتم الإشارة إلى إدارة الخطر على أساس ارتباطها بالجوانب الإيجابية والسلبية للخطر، ولذلك يأخذ المعيار بعين الاعتبار الخطر من حيث الجانبين السلبي والإيجابي. انظر معيار إدارة الخطر ترجمة الجمعية المصرية لإدارة الأخطار Egyptian Risk Management Association (ERMA)، متاح على الموقع الإلكتروني التالي، https://iefpedia.com/arab/?p=20659

(4) إبراهيم، ياسر عوض إسماعيل: الجوانب القانونية المنظمة لعقود المشاركة(PPP)، مرجع سابق، ص320.

السبب الثاني: أن طبيعة عقود المشاركة تتسم بالتطور والحداثة المطردة وهي غالبًا عقود لمشروعات تكنولوجية وتقنية، وإن كانت هذه الطبيعة المستحدثة هي إحدى مزايا عقود المشاركة، إلا أن هذه المزايا قد يتمخض عنها مخاطر وعقبات تتسم أيضا بالحداثة والتطور المستقبلي، ولذلك يجب مراعاة هذا البعد[5].

كذلك يرى جانب فقهي أن دراسات المخاطر يجب أن تشمل حسابات دقيقة للنفقات والتكاليف المحتملة لتنفيذ المشروع، كما يتم تقدير حساب وتقييم كل العائدات الخاصة بالمشروع على امتداد مدته الزمنية، وفي ضوء تلك الحسابات يتم تحديد الأعباء والمخاطر بالإضافة إلى دراسات مدى الحاجة العامة للمشروع والسوابق العقدية[1].

والجدير بالذكر أن إعداد دراسات المخاطر بتم بشكل اتفاقي بين الإدارة والمتعاقد أثناء مرحلة المفاوضات التنافسية وما يسبقها من مرحلة إعداد التقييم الأولي، ولذلك فإن مبدأ توزيع المخاطر واقتسامها بصورة اتفاقية رضائية يبين في المقابل مدى أهمية مرحلة الحوار التنافسي باعتبارها مرحلة جوهرية في إعداد عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، فمن خلال هذا الحوار تتبلور وتتحدد الملامح الأساسية للعقد، وفي هذه المرحلة تضفى الصبغة الاتفاقية الرضائية على عقد المشاركة[2].

وبالإشارة إلى ما سبق، يمكننا القول بأن من الصعوبة تحديد كافة المخاطر التي تكتنف عقود المشاركة للقطاعين العام والخاص، لأنه مهما كانت درجة دقة الدراسات الأولية الخاصة بالمشروع" دراسات المخاطر"، فإنه لا يمكن الإحاطة بجميع المخاطر المحتملة، ومن ثم لن يتمكن أطراف التعاقد من التنبؤ الكلي بجميع مخاطر المشروع، فدائمًا ستظل هناك مخاطر لا يمكن حصرها. كذلك نؤكد على أن المستحدث من المخاطر التي تظهر أثناء تنفيذ المشروع والتي لم تكن من ضمن دراسات المشروع من البداية، فهذه المخاطر يجب معالجتها وتداركها وفقًا لإبرام اتفاقات عقدية مستجدة من أطراف العقد(مُلحق العقد)، وذلك لاحتواء هذه المخاطر المستجدة ودرءًا لتوقف المشروع وحرصًا على المصلحة العامة للدولة.

وعليه، فإنه يستحيل إعداد دراسات جامعة مانعة لكل المخاطر المحتمل تحققها، فدراسات المخاطر ومصفوفة المخاطر هي في حقيقتها وسيلة وقائية وأمر احترازي يعدها أطراف عقد المشاركة للحيلولة دون تحقيق المخاطر وحماية للمشروع من التوقف.

والجدير بالذكر أن الجهة الإدارية قد تُلزم المتعاقد معها بتحمل المسئولية في العديد من مراحل التنفيذ بدءًا من التصميم مروراً بالحسابات والمعدات وحتى تطوير التصاميم، ومن ثم يتحمل المقاول المتعاقد مسئولية التكلفة والوقت[3].

---

(5) Marwa Sayed Ahmed: Risk management in public private partnership(ppp) ,OP,Cite,p,34.

(1) الهنداوي، حسن محمود محمد: النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، مرجع سابق، ص77 وما بعدها.

(2) بركات، شريف إبراهيم محمد أحمد: التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط،1436هـ- 2015، ص159.

(3) كمثال من مشروع مصفاة بترولية في الإمارات العربية المتحدة حيث اعتمد إجراء العقد على ما يلى "يقر المقاول بأنه قد تلقى وأحيط علماً بنفسه بالترخيص بشكل كامل (سواء تم تعيين ذلك أو تجديده للمقاول أم لا)، وتقع عليه بشكل كامل مسئولية ومخاطر الفحص والتحقق والموافقة على العملية وما يرتبط بها من تصاميم تفصيلية. انظر في ذلك رجب، د.ياسر محمد عبد السلام: دور جهة الإدارة في تحقيق الأمن التعاقدي في عقود الإنشاءات الدولية، مرجع سابق، ص1329.

ويثُار تساؤل هام عن الآلية القانونية لتوزيع المخاطر بين طرفي عقد المشاركة للقطاعين العام والخاص؟

إن الآلية القانونية لتوزيع المخاطر بين طرفي عقد العقد، تعرف بـ" بمصفوفة المخاطر"، وهى عبارة عن جدول يبين قائمة المخاطر المحتملة للمشروع التي بمقتضاها يتم تحديد وتقييم تلك المخاطر طبقًا لمبدأ توزيع المخاطر على كل من شريكي المشروع محل عقد المشاركة[4].

فمصفوفة المخاطر أداة اتفاقية وقائية يتم فيها سرد المخاطر على سبيل الحصر مع الأخذ في الاعتبار طبيعة المشروع الفنية وما يتضمنه المشروع من إنشاءات وتجهيزات وصيانة أو استغلال[1].

حيث تتعدد سبل ومبادئ إعداد مصفوفة المخاطر، منها أن يتم إسناد الخطر إلى الطرف الأقدر على تقييمه والسيطرة عليه وإدارته، أو تسند المخاطر إلى الطرف ذي القدرة الاستباقية على الوقاية من المخاطر، وذلك في المقابل أن يتوافر له الإمكانات على اتخاذ تلك الإجراءات والتدابير الاحترازية التي تحول دون وقوع المخاطر، وقد يتم إسناد الخطر إلى الطرف الذي يستطيع تحمله بأقل تكلفة ممكنة.

كذلك من أهم المبادئ التي تنظم إعداد مصفوفة المخاطر مبدأ" على مُصَدّر الخطر تحمل عبئه"، أي أن كل طرف يتحمل عبء المخاطر المرتبطة والمتعلقة بأعماله والتزاماته العقدية[2]؛ ووفق المبدأ السابق فغالبًا ما يتحمل المتعاقد وهي شركة المشروع المخاطر التي تتعلق بعمليتي تشييد وتشغيل المرفق، مثل المخاطر المرتبطة بعدم استكمال المشروع في الوقت المتفق عليه أو مخاطر تجاوز التكاليف[3].

وفي المقابل تلتزم جهة الإدارة بتحمل المخاطر التي قد تنشأ بسببها، مثل مخاطر التحديد غير الملائم للمواصفات الفنية للمشروع المزمع إنشاؤه ويحدث ذلك في مرحلة اختيار الملتزم، كما أن إخفاق جهة الإدارة في توفير الإمدادات التي تعهدت بتوفيرها لشركة المشروع في الوقت المتفق عليه يعتبر من المخاطر التي يقع على جهة الإدارة عبء تحملها، كما تتحمل جهة الإدارة عبء المخاطر السياسية، فالملتزم يبتغي غالبًا الحصول من الحكومات على ضمانات ضد نزع الملكية والاستيلاء أو التأميم ويسعى جاهدًا إلى انتزاع تأمينات من جهة الإدارة بأنها ستقوم بدفع تعويض عادل إذا ما تحقق أي من هذه المخاطر[4].

أما المخاطر التي تنشأ لأسباب لا ترجع لأي من أطراف العقد، فعادة ما يتم توزيعها بآلية تختلف عن مثيلتها من المخاطر التي ترتبط بأي من تصرفات أطراف العقد كخطر التضخم، وعادة ما يتحملها المستهلك أو المنتفع عن طريق زيادة سعر المنتج أو مقابل الخدمة، إلا أن جهة الإدارة دائمًا تجعل اتفاقاتها العقدية التي أبرمتها

---

(4) ياسر شاكر محمود، مرجع سابق، ص235.

(1) Thierry Gouin: Partage des risques, partage des rôles : les enjeux du partenariat … Now France has a long experience of using public-private partnership (broadly defined),2019, http://www.codatu.org

(2) الهنداوي، حسن محمود محمد: النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، مرجع سابق، ص94.

(3) يتطابق هذا النمط من توزيع المخاطر مع التوصية التي نصت عليها الفقرة(23) الواردة في الفصل الثاني من دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، والصادر في عام 2019، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، الأمم المتحدة، 2020، ص58، متاح على الموقع الإلكتروني التالي، https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/19-10870_uncitral_ppp_a_ebook.pdf

(4) بركات، مرجع سابق، ص168.

مع المتعاقد والمرتبطة بالحدود التي يسمح فيها بزيادة أسعار المنتج أو مقابل الخدمة وذلك لعدم تأثر المستهلك أو المنتفع بهذه المخاطر[5].

وبالنسبة للمخاطر ذات الظروف القهرية مثل الحروب والفيضانات والعصيان المدني وجائحة فيروس كورونا، فإن توزيعها واقتسامها وتحديد الطرف المحتمل لها يستدعى دراسة طبيعة المشروع ومدى احتمالية تحققه ومدته، وعادة ما يرغب كل طرف في تحميل الطرف الآخر مغبة وعبء هذه المخاطر ذات الطابع القهري، إلا أن الواقع التطبيقي أثبت أنه عادة ما يتفق أطراف العقد على إعفاء الطرف المضرور من عواقب الإخلال بالأداء، وعادة ما يتم الاتفاق على بدائل مضادة للخطر، كالاتفاق على امتداد المشروع أو أن يتم دفع مبلغ مالي إلى الطرف المضرور من الخطر.

بالرغم مما تقدم، نرى أن على الملتزم محاولة تحقيق نتيجة معينة تتمثل في إعداد دراسات جدوى مطابقة للواقع العملي، كذلك يجب عليه أن يأخذ بمبدأ "بذل أفضل ما لديها من مجهودات لتنفيذ هذا المشروع محل عقد المشاركة"، فإذا بذلت كل مجهوداتها ولم تنجح فلا يمكن مساءلتها؛ وينتج عن ذلك نتيجة مهمة مفادها أن التزام المتعاقد هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة[1].

أما بالنسبة للمخاطر التجارية فتوزيعها واقتسامها بين طرفي العقد فيتم بناءً على مضمون وموضوع المشروع ومدى استرداد التكلفة، فالمخاطر التجارية في المشروعات الخاصة بتكنولوجيات الاتصالات والمعلومات عادة عالية التكلفة واسترداد هذه التكلفة يكون أمرًا عسيراً، لذا فإن شركة المشروع تقبل على هذه المشروعات دون أن تشارك جهة الإدارة في تحمل المخاطر، بل لا تلجأ إلى جهة الإدارة للحصول على دعم[2].

وعلى العكس من ذلك نجد أن في مشروعات تولية الطاقة الكهربائية فإن المتعاقد يلجأ إلى ترتيبات تعاقدية مع جهة الإدارة لكي تحد من المخاطر التجارية، وكذلك في مشروعات البنية الأساسية ذات الاحتمال الضئيل لاسترداد التكاليف مثل مشروعات الطرق ذات رسوم الاستخدام، وعادة ما يشترط المتعاقد في تلك المشروعات ضمان جهة الإدارة لمخاطر عدم الاستخدام أو عدم الاستغلال وذلك بإبرام تعاقدات مع جهة الإدارة تضمن للمتعاقد عائدا محددا أو أن تدفع للمتعاقد مبالغ محددة حتى لو لم تستخدم من قبل المستهلك أو المنتفع[3].

وإجمالًا، فإن فكرة المخاطر في عقود المشاركة يتم مواجهتها في حالتين:-

1) أن تكون المخاطر محددة مسبقًا:

---

[5] إبراهيم، ياسر عوض إسماعيل: مرجع سابق، ص326.

[1] والالتزام ببذل عناية: هو ما يكون محله قيام المدين بعمل يبذل فيه العناية المتفق عليها، أو التي يحددها القانون، والمثال النموذجي للالتزام ببذل عناية هو التزام الطبيب؛ إذ إنه لا يلتزم بشفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل العناية المطابقة للأسس العلمية في المجال الطبي. أما الالتزام بتحقيق نتيجة: هو ما يكون محله قيام المدين بعمل يؤدي إلى تحقيق نتيجة محددة، كالتزام المقاول بإقامة بناء محدد، والتزام المستأجر بإعادة المأجور بعد انتهاء الإجارة، وفي هذا النوع من الالتزام تكون النتيجة مقصودة لذاتها، ولا يكون النشاط الذي يبذله المدين لتحقيقها إلا مجرد وسيلة ليست هي محل الالتزام، فإذا لم تتحقق النتيجة انعقدت مسؤولية المدين. انظر في ذلك: قزمان، د.نادية محمد مصطفي: حدود المسئولية العقدية في إطار الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الثامن والأربعون، جامعة عين شمس، 2019، ص378؛
G. Viney et P. Jourdain: les condition de la responsabilité, 3° édition, LGDJ, 2006,p.45.

[2] الهنداوي، حسن محمود محمد: النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، مرجع سابق، ص94 وما بعدها.

[3] سيف باجس الفواعير: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المجلة الدولية للقانون، العدد3، دار نشر جامعة قطر، 2017، ص189.

حيث تكون محددة وفقًا لمبدأ توزيع المخاطر بين الشريكين، وفي هذه الحالة تطبق بنود العقد حيث يتحمل المخاطر أحد الشريكين أو توزع وفقًا لما هو متفق عليه في عقد المشاركة للقطاعين العام والخاص[4].

2) **إذا حدث ما هو غير متوقع وغير منظم:**

وفي هذه الحالة يتم الرجوع للمبادئ العامة والنظريات الواردة في القانون الإداري، إذا توافرت شروط تطبيقها حيث إنها أشمل وأعم في التطبيق من فكرة المخاطر الواردة في العقد، ونقصد بالنظريات" نظريات التوازن المالي للعقد الإداري"، وهذا يعكس لنا عدم كفاية مبدأ تحديد المخاطر حيث إنه لا يمكن أن يكون جامعًا لكل حالات المخاطر خصوصًا إذا كانت المخاطر غير متوقعة[1].

الـخـاتـمـة

عند تنفيذ عقود المشاركة عن طريق القطاع العام والقطاع الخاص فإنها تحيط بها مجموعة من المخاطر وتتزامن مع مرحلتي البناء والتشغيل، وهذه المخاطر يمكن أن تنعكس على أداء تلك المشروعات.

في ضوء ذلك يمكننا تحديد بعض النتائج والتوصيات على النحو التالي:-

نتائج الدراسة:

1- اتضح لنا أن المخاطر هي عبارة عن وقائع قانونية أو مادية تحدث أضرار أو خسارة لطرف من أطراف عقد المشاركة.

2- تتعدد أنواع المخاطر المرتبطة بعقود المشاركة إلى مخاطر عامة، ومخاطر خاصة.

3- إن الأصل في مبدأ توزيع مخاطر عقود المشاركة هو وضع نظام دقيق لتوزيع المخاطر بين الأطراف المختلفة ويتم توزيعها عن طريق آليات تعاقدية اتفاقية.

4- الهدف من توزيع المخاطر هو تشخيص الطرف الذي يقع على عاتقه تحمل نتيجة المخاطر التي يخلقها المشروع.

توصيات الدراسة:

1- ضرورة توزيع المخاطر في عقود المشاركة بحيث تكون شاملة لجميع الظروف المحيطة بالمشروع.

2- نهيب بالمشرع المصري تحديد أسس تقييم المخاطر بالنسبة للمشروع بكامل مراحله.

3- تتطلب المخاطر الناجمة جراء الحروب والعصيان المدني والزلازل تشخيص الطرف الذي يتحمل نتيجة ذلك، وخصوصًا عندما توجد مشروعات مشتركة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

4- يجب أن تلتزم جهة الإدارة بتحمل المخاطر التي قد تنشأ بسببها، مثل مخاطر التحديد غير الملائم للمواصفات الفنية للمشروع المزمع إنشاؤه ويحدث ذلك في مرحلة اختيار الملتزم.

---

[4] عبد المعطي، د.أمل محمد حمزة: مبدأ توزيع المخاطر في إطار بنود عقود الشراكة(ppp)، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، المجلد(36)، العدد(1)، مارس2021، ص1759.

[1] الأنصاري، خالد محمد على محمد إبراهيم: نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1442هـ/2021م، ص13.

المصادر والمراجع

أولاً- المؤلفات العربية

- سلام، د.أحمد رشاد محمود: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T.) في مجال العلاقات الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٣.
- بوعشيق، أحمد: المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، ط8، 2004.
- عبد المعطي، د.أمل محمد حمزة: مبدأ توزيع المخاطر في إطار بنود عقود الشراكة(ppp)، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، المجلد(36)، العدد(1)، مارس2021.
- الشمري، صكبان خليل رشيد: التمويل المصرفي لمشروعات البنية الأساسية بنظام مشاركة القطاع العام والخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1436هـ/2015م.
- عزت، شهاب فاروق عبد الحي: التنظيم القانوني لنظم مشاركة القطاع العام والخاص في تمويل وتشغيل مشروعات البنية الأساسية، رسالة ماجستير، حقوق القاهرة، 2010.
- بركات، شريف إبراهيم محمد أحمد: التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط،1436هـ- 2015.
- الأنصاري، خالد محمد علي محمد إبراهيم: نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1442هـ/2021م.
- العطية، خالد بن محمد عبد الله: النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999م.
- الحبشي، د.مصطفي عبد المحسن: التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية " دراسة مقارنة " دراسة تحليلية تأصيلية لكيفية تحقيق التوازن المالي في هذه العقود- القانون المصري، القانون المقارن، الأعراف الدولية- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002.
- الطروانة، مصلح: الإطار القانوني والمؤسسي للشراكة بين القطاعين العام والخاص في الأردن: دراسة نقدية، المؤتمر العلمي السنوي الدولي التاسع، بكلية القانون العالمية، الكويت، 3-4 مايو 2023.
- الشاطر، د.عبد الكريم: التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
- الزعبي، محمد عبد الخالق محمد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة، مصر، 2011.
- شيحة، د. مصطفى رشدي: تحديد الثمن وتغيره في عقد المقاولة الدولي " نظرة في القانون الاقتصادي الدولي للأعمال "، بحث منشور في مقالات الأعمال المدنية، دراسة لأهم الجوانب الاقتصادية والقانونية، طبعة مكتب الشلقاني للمحاماة، القاهرة سنة 1995م.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

- بطيخ، د.منى رمضان محمد: الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة(ppp) والوسائل البديلة لتسوية منازعاته طبقًا لأحكام قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم(67) لسنة 2010ولائحته التنفيذية رقم(238) لسنة 2011، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- حرير، أحمد: النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي، مصر، 2019.
- ياسر شاكر محمود، التحكيم في منازعات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص: دراسة مقارنة، مجلة دراسات إقليمية، مجلد17، ع56، العراق، 2023.
- طوبار، مي: دراسة الجدوى ونظام(B.O.T)، دار الفاروق للنشر، القاهرة، 2006.
- المعاضيدي، د.معن وعد الله، الطائي، أيمن جاسم محمد الطائي: المخاطر الناشئة عن عقود الشراكة بين منظمات القطاع العام والقطاع الخاص، دراسة استطلاعية في مديرية الطرق والجسور في محافظة نينوى، مجلة كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، المجلد(34)، العدد(109).
- سري الدين، د.هاني صلاح، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، (دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية الأساسية)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، 2001.
- جبر، د.غريب جبر: إدارة المخاطر المالية والفنية المصاحبة لتشغيل المشروعات العامة بمعرفة القطاع الخاص، ورقة عمل مقدمة لندوة التعاقد مع القطاع الخاص لإدارة وتشغيل المشروعات العامة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، من 19-23مارس2006م.
- صلاح الدين، د.كاميليا: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسترال النموذجي والتشريعات العربية، دراسة تحليلية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2012.
- حمادة، د.رأفت محمد أحمد: المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني, د.ن, القاهرة , 1995.
- قزمار، د.نادية محمد مصطفى: حدود المسئولية العقدية في إطار الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد الثامن والأربعون، جامعة عين شمس، 2019.
- الفيل، د.ندى زهير سعيد، اللهيبي، ياسر سبهان حمد جاد الله : عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل المليكة، دراسة مقارنة، د.ن، 2014.
- إبراهيم، ياسر عوض إسماعيل: الجوانب القانونية المنظمة لعقود المشاركة(PPP)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2020
- رجب، د.ياسر محمد عبد السلام: دور جهة الإدارة في تحقيق الأمن التعاقدي في عقود الإنشاءات الدولية، بحث منشور بمجلة الفكر القانوني والاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة طنطا، السنة الثامنة، العدد الأول، 2018.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

ثانيًا– القوانين والتشريعات الدولية:

- قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم 67 لسنة 2010، المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم(19) مكرر(أ)، في 18مايو سنة2010، والمعدل بالقانون رقم(153) لسنة 2021، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم(50مكرر"أ")، في 18ديسمبر2021م.
- دليل الأونستيرال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، التوصية الواردة في الفقرة(8) من الفصل الثاني، 2001.
- دليل الأونسيترال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص (2019)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، الأمم المتحدة، 2020، ص54، متاح على الموقع الإلكتروني التالي، https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/19-10870_uncitral_ppp_a_ebook.pdf
- الدليل إلى عمل شـــراكة ناجحة بين القطاعين العام والخاص في مصـــر، وزارة المالية المصـــرية، نوفمبر2006، ص5، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: http://pppcentralunit.mof.gov.eg/
- دليل الأونستيرال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، والصادر في عام 2019، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، الأمم المتحدة، 2020، ص58، متاح على الموقع الإلكتروني التالي، https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/19-10870_uncitral_ppp_a_ebook.pdf

ثالثًا- المراجع الفرنسية

- Abdul Karim Zallam: Les contrats internationaux de construction-exploitation-transfert, Thèse de doctorat en Droit privé, à Paris 2, en 1999.
- G. Viney et P. Jourdain: les condition de la responsabilité, 3° édition, LGDJ, 2006.
- Lloyd. H: Prevalent Philosphies of Risk Allocation: An Overview" International Construction Law Review,1996.
- Thierry Gouin: Partage des risques, partage des rôles : les enjeux du partenariat ... Now France has a long experience of using public-private partnership (broadly defined),2019, http://www.codatu.org

رابعًا- المراجع الإنجليزية

- Scriven, J, "A Banking Perspective on Construction Risks in BOT Schemes" International Construction Law Review,1994.
- Megens. P: "Construction Risk and Project Finance: Risk Allocation as Viewed by Contractors and Financiers" Journal of Banking and Finance Lay and Practice ,March 1997.
- Marwa Sayed Ahmed: Risk management in public private partnership(ppp) Contract- A Thesis submitted to the Faculty of Engineering at Cairo Universuty in partial Fulfillment of the Requiement for the degree of Master of Science in architecture, Faculty of Engineerung, Cairo Universuty Giza,EGYPT,2012.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023

- Mauel. J: "Common Contractual Risk Allocation in International Power Projects" Columbia Business Law Review (1996)P. 38, https://www.dentons.com/-/media/pdfs/guides-reports-and-whitepapers/dentons-global-project
- John k. sykes : construction claims ,sweet and Maxwell 1999.
- John salway : Georgia smith: Insuring against risks in construction- construction law Journal 2008.
- Nicklisch, OF: "The BOT Model - The Contractor's Role as Builder - Contract Structure. Risk International Construction Law Review,1992
- La difference entre danger et risque (infographie) Dernière mise à jour : 01/03/2017: la différence entre danger et risque, deux termes souvent employés, à tort, comme synonymes. Le danger est quelque chose qui peut éventuellement causer un dommage, tandis que le risque est la probabilité qu'il y ait un dommage en fonction de l'exposition à ce danger.https://www.eufic.org/fr/comprendre-la-science/article/la-difference-entre-danger-et-risque-infographie.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي والابتكار/ جامعة الزيتونة الأردنية 2023