كلية الحقوق
قسم القانون العام

التطبيقات الحديثة لالتزام المرفق العام " دراسة مقارنة"

في

(مصر وفرنسا وإنجلترا)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

الباحث / محمد علي ماهر محمد علي

لجنة المناقشة والحكم:

الأستاذ الدكتور/ ثروت بدوي

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق- جامعة القاهرة- مشرفاً ورئيساً

الأستاذ الدكتور/ فتحي فكري

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة القاهرة - مشرفاً وعضواً

الأستاذ الدكتور/ هاني سري الدين

أستاذ القانون التجاري بكلية الحقوق – جامعة القاهرة - عضواً

السيد المستشار/ محمود فهمي نائب رئيس مجلس الدولة السابق - عضواً

القاهرة ٢٠١٢

بسم الله الرحمن الرحيم

"وقـل رب زدني علمـاً"

صـدق الله العظيـم

الأيه ١١٤ من سورة طه

إهـــداء

إلى روح أمـــى الغاليـه التى طالما حييت سأظل مديناً لهـا

إلى أبـى مرشدى العلمى و مثلى الأعلى فى الحياه

إلى زوجتـى شريكة حلمـى و رفيقة دربـي

إلى كريمتي الأمل صوب مستقبل مشرق

و

إلى كل باحث يرنو إلى التوافق المنهجي

التطبيقـات الحديثـة لالتزام المـرفق العام

"دراسة مقارنة"

مقدمة: تطور مفاهيم التزام المرافق العامة

البـاب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الإلتزام الحديثة

• الفصـل الأول: تفويض المرافق العامة

المبحث الأول: الإدارة المفوضة في عقـد التزام المـرفـق العـــــــام.

المبحث الثاني: مدى إرتباط مشاريـع B.O.T مع عقود تسـليم المفتـــاح.

المبحث الثالث: عقـود الشراكة P.P.P ضمن تجربة الخصخصـــــــة.

المبحث الرابع: مـــدى دستوريـــة العقود الحديثه في الدستـورالمصـري.

• الفصـل الثاني: توكيل المرفق العام

المبحث الأول: عقد وكالة المرفق العام من العقود الإداريه.

المبحث الثاني: معايير مشروع عقد وكالة المرفق العام.

المبحث الثالث: إكتساب عقد وكالة المرفق العام الصفه الدوليه.

البـاب الثاني: منازعات عقود الإمتياز الحديثة للمرفق العام

• الفصـل الأول: منازعات عقود الإمتياز الحديثه في القضاء

المبحث الأول: تنازع الاختصاص بين القضاء الوطني والمحاكم الأجنبية.

المبحث الثاني: إختصاص مجلس الدولة بنظر منازعـات تلك العقــود.

المبحث الثالث: أثر أحكام مجلس الدوله على منازعات العقود الحديثه.

المبحث الرابع: دور مجلس الدوله المصري في قبول التحكيم كبديل.

• الفصـل الثاني: التحكيم في منازعات العقود الحديثه

المبحث الأول: تطبيق الاتفاقيات الدولية على منازعات العقود الحديثة.

المبحث الثاني: تطور فقه تحكيم منازعات العقود الحديثه.

المبحث الثالث: تسوية منازعات العقـــود الحديثـــــة بالتحكيـم.

المبحث الرابع: أثر التحكيم على فض منازعات العقود الحديثه.

خاتمة: التنظيم المقترح للعقود الحديثة

الفصـل الأول

تفويض المرافق العامة

يذهب رأي إلى أن تفويض المرافق العامة (١) هو التطور المصاحب لفقه التزام المرافق العامة (٢)، وليس معنى التفويض(la delegation) كما هو معلوم لدينا في فقه القرار الإداري، و(هو أن تولي الإدارة جزءاً من سلطاتها لأحد عمالها ، وتعهد له بإدارة إحدى مؤسساتها ، وذلك بإسنادها أياه بعض صلاحياتها) (٣)، "ولكن يعتبر المعنى الحالي لها منطبقاً على فقه العقود الإدارية ؛ فبدلاً من امتياز (la concession) المرافق العامة أصبح المدلول هو المعنى الذي نحن بصدد تحليله ؛ وهو تفويض المرافق العامة."

---

١) تفويض المرافق العامة (la delegation du service public) للمزيد من التفاصيل د. محمد محمد عبـد اللطيف "المرجع المشار إليه القاهرة ٢٠٠٠ الناشـر دار النهضة العربية"- ص١١.

٢) امتياز المـرافق العامة (la concession du service public): التزم الشيء أوجبه على نفسه، وأصلها لزم فيقال لزم الشيء لزوماً أي ثبت ودام، وامتاز الشيء فضله على مثله وفعلها ميز، ويقال ميز الشيء عزله وفـرزه، ويقال: أن تعهد الدولة إلى فلان أن يؤدي قدراً من المال لقاء استغلاله أرضاً من أملاكها فهو ملتزم د/ إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي - عقد امتياز المرافق العامة القاهرة ٢٠٠٣ –كلية الحقوق جامعة عين شمس-ص١٣.– ولقـد ذكرت كلمة إمتياز في القرأن الكريم بقوله تعالى"وإمتازوا اليوم أيها المجرمون" الآية ٥٩ من سورة يس ، ولكنها ليست بمعنى ميزة الإحتكار أي إحتكار الخدمة كميزة أو كفائدة للمحتكر ، ذلك أنه في الجامع لأحكام القرأن للإمام القرطبي "إمتازوا أي عزلوا عن كل خير أو أخرجوا من جملة الجنة، وقال الضحاك "يمتاز المجرمون بعضهم عن بعض لكل فرقـة" أي قسموا إلى فرق متميزة عن بعضها البعض لكل فرقة ، الإمام القرطبي- الجامع لأحكام القرأن- المجلد الثامن- طبعة دار الكتب العلمية١٩٩٨- ص٤٧ ، وفي القاموس المحيط للفيروز أبادي (مازه يميزه تمييزاً : عزله وفرزه ، وميز الشيء : فضل بعضه على بعض ، وميز فلان : إنتقل من مكان إلى مكان- وتميز من الغيظ : أي تقطع – الفـيروز أبـادي- القاموس المحيط- ترتيب الأستاذ حسان عبد المنان- طبعة بيت الأفكـار الدوليـة – بـيروت٢٠٠٤- ص١٦٧٠- والمعجم الوجيز ص ٥٥٦، ويرى المستشار محمود فهمي أن معنى كلمة إمتازوا الواردة في الأية ، هي عـزل المجرمـون وفرزوا وأبعدوا من أهل الجنة ، وهي شروح تباعد عن معنى الفائدة والتميز ، أو الميزة والإحتكار ، ويذهب الباحـث إلى أن مجرد تفضيل الملتزم بتسليمه المرفق ، هو ما يعنيه الباحث ولكن هنا المعنى مغاير فالمقصود أن عزله وتفريزه يـتم من خلال سريان المنافسة عليه ، ثم بعد ذلك يمنح الفائدة والإحتكار ، فالعزل والتفريز يتم في المنفعة والضرر ، مصداقاً لقوله تعالى"ونريد أن نمن على الذين أستضعفوا في الأرض ونجعلهم أئمة ونجعلهم الوارثين" القصص:٤ أي التمييز بعينه.

٣) التفـويـض لغـة "فـوض" إليه الأمـر "تفويضاً" رده إليـه – الشيخ الإمام/ محمد بن أبي بكر عبـد القـادر الرازي- تقديم د.عبدالوهاب عبدالوهاب فايد– معجم مختار الصحاح – طبعة وزارة المعارف العمومية١٩٣٧- مكتبة كلية الآداب سنة ١٩٩٨م -ص ٥١٤- طبعة بيروت٢٠٠٧- واصطلاحاً: أن يعهد صاحب الاختصاص إلى آخـر بممارسة جزء من اختصاصاته في موضوع معين أو نوع معين من الموضوعات. للمزيد من التفاصيل راجع د.جـورجي شفيق ساري- قواعد وأحكام القضاء الإداري دراسة مقارنة لأحدث النظريات والمبادئ في قضاء مجلـس الدولـة في فرنسا طبعة ٢٠٠٥، ٢٠٠٦ـ دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٦ - ص٥١٠.

ويتضح ذلك من استنباط عناصر النظام المعاصر من الفقه الفرنسي، والذي طور من الفقه التقليدي المعروف لدينا إلى فقه حديث يصلح لأن يواكب العقود الدولية الحديثة، والتي أفرزتها العولمة (globalization) (٤) إحلالاً لتجربة الخصخصة (privatization) (٥) المعمول بها في النظام الأنجلوسكسوني (٦) إلى أن انصهر فقه دول القانون المدني (٧)، مع النظام الأخير ليكون فقهاً أحدث يعرف بفقه المشاريع الحديثة وهي مشاريع البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، والذي يعرف بنظام (B.O.O.T,B.O.T)(٨) وهو اختصار للبناء والتشغيل والإحلال أو البناء والتشغيل والتملك والإحلال (أيلولة ملكية المشروع للدولة).

---

٤) العولمة (globalization) اصطلاح اجتماعي له أبعاد سياسيه وإقتصاديه ، ويقصد به عملية تاريخية شملت التغير الفكري للعالم أجمع مثل بلورة العالم كله في مكان واحد أو نشأة حالة إنسانية عالمية جعلت العالم قريه صغيره .د٠مايك فيذرستون ـ ترجمة عبدالوهاب علوب ـ ثقافة العولمة، مكتبة الأسرة ٢٠٠٥ - ص ٢٠٨.

٥) الخصخصة (privatization) ويقتضي نجاح التخصيصية من طرح بعض وحدات القطاع العام للبيع في السوق توافر مقومات رئيسية لا مناص منها سواء من حيث أسلوب التقييم أو طريقة طرح الأسهم للبيع أو توقيت وتنظـيم عمليات البيع وما يرتبط بها من إعادة تطوير لسوق الأوراق المالية وغير ذلك من الاعتبـارات. للمزيـد د. حـازم الببلاوي ـ دور الدولة في الاقتصاد ـ مكتبة الأسرة ١٩٩٩- ص ١٢٤.

٦) النظام الأنجلوسكسوني: وهو النظم القانونية المسماة بنظام الشريعة العامة (Common Law System) مثل إنجلترا ـ الولايات المتحدة ـ إستراليا ـ جنوب إفريقيا ـ الهند.

٧) دول القانون المدني: وهو النظم القانونية المتأثرة بالقانون الروماني ونسبة القواعد القانونية (فقه العقود) مثل القانونين الفرنسي والألماني (الروماني الجرماني أو اللاتيني) د. محمد محمد بدران ـ القانون الإنجليزي: دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وإنعكاساتها على التفويض بين القانونين العام والخاص ـ دار النهضة العربية ١٩٨٩- ص ٣.

٨) نظـام(B.O.O.T,B.O.T) اختـصار (Build ,own ,operate ,transfer) للمزيـد مـن المصطلحات - د.جابر جاد نصار ـ عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقود الالتزام ـ دراسـة نقديـة للنظرية التقليدية لعقد الالتزام ـ دار النهضة العربية- طبعة٢٠٠٢ - ص ٣٨.

الفـهـــرس

الصفحه

خطة البحـــث: ٤

المقـدمـــه : تطـور مفاهيم إلتزام المـرفق العـام ٥

البـاب الأول : الطبيعه القانونيـه للعقود الحديثـه..... ١١

الفصـل الأول : تفويض المـرافق العـامه ١٤

المبحث الأول : الإداره المفـوضــه فى المــرفـق العـــــام ١٨

تطور فقة تفويض المرفق العام..... ١٨

مدى قبول الفقة الإنجليزي لنظرية تفويض المرفق العام..... ٢٣

تطبيق نظام التفويض داخل المجالس المحلية الفرنسية..... ٢٥

أثر نظرية التفويض على العقود العامة..... ٢٨

نطاق تماثل مدة التفويض مع إلتزام المرفق العام..... ٣٠

إنتقال فكرة تفويض المرفق العام إلى مصر..... ٣٤

رأيي في الإدارة المفوضة في عقد التزام المرفق العام..... ٤٢

المبحث الثانى : مدى إرتباط مشروعات BOT مع عقود تسليم المفتاح ٤٣

التوسع في مفاهيم عقود تسليم المفتاح..... ٤٣

علاقة عقود الأشغال العامة بعقود تسليم المفتاح..... ٤٨

السياق التشريعي لمشاريع البوت..... ٥٤

إتفاق مضموني عقود البوت مع تفويض المرفق العام..... ٥٦

إستغراق النصوص الحديثة لمفهومي البوت والتفويض..... ٥٨

تنفيذ مشاريع البوت بنظام التفويض..... ٦٠

تقييمي لعقود البوت B.O.T ، B.O.O.T..... ٦٢

المبحث الثالث : عقـود الشراكه PPP فى تجربة الخصخصه ٦٣

إتفاق مضمون عقد الشراكة مع العقود التقليدية..... ٦٣

قانون الشراكة الفرنسي..... ٦٨

قانون الشراكة الإنجليزي..... ٧٤

مدة عقد الشراكة في القانونين الفرنسي والإنجليزي.....٧٦
أطراف عقد الشراكة في القانونين الفرنسي والإنجليزي.....٨٠
تطبيق قانون الشراكة على الوحدات المحلية.....٩٢
إستلام الأصول داخل عقود الشراكة.....٩٨
كيفية إقتضاء المقابل المالي في الشراكة.....١٠١
عروض المرشحين لإبرام عقد الشراكة.....١١٣
تطبيق القانون المصري لعقود الشراكة PPP ١٢٤
تقديري لعقود الشراكه P.P.P.....١٣٢

المبحث الرابع : مـــدى دستوريـــة العقــود الحـديثـــه ١٣٣
معالجة الدستور المصري عقود الإلتزام التقليدية.....١٣٣
حجج عدم دستورية ق٦١ لسنة ١٩٥٨.....١٣٦
مدى دستورية العقود الحديثة في فرنسا.....١٤٥
مدى دستورية العقود الحديثة في إنجلترا.....١٤٨
دستورية قرارات الوحدات المحلية المصرية بإبرام العقود الحديثة.....١٤٩
التصور المتوقع لدستورية العقود الحديثة في ظل الدستور الجديد.....١٥١

الفصـل الثانى : توكيل المرفق العام.....١٥٣
المبحث الأول : وكالة المرفق العام عقد إداري.....١٦٢
الوكاله إمتداد لعقد الإلتزام.....١٦٢
الوكاله نيابه إتفاقيه بين الإداره والملتزم.....١٦٤
الوكاله عقد زمني محدد المده.....١٦٦
الوكاله عقد من عقود الامانه.....١٦٧
الوكيل يعمل بإسم الأصيل (الإداره) ولحسابها الخاص.....١٦٨
الوكاله من عقود المعاوضات.....١٧٠
يفترض علم الإداره الموكله بالتصرفات التي يجريها الوكيل.....١٧٢
حلول إرادة الوكيل محل إرادة الموكل.....١٧٣
إلتزام الوكيل حدود الوكاله.....١٧٥
توكيل المرفق العام عقد إداري.....١٧٦
تعريف توكيل المرفق العام.....١٧٧
الأثر المتوازن لعقد توكيل المرفق العام.....١٧٨

الإلتزام والتفويض والتوكيل.....١٧٩
المبحث الثاني معايير مشروع وكالة المرفق العام.....١٨١
المطلب الأول : تعقيد إجراءات المشـروع ١٨٦
مقومات مشروع البنية الأساسية للمرفق العام.....١٨٦
إصدار وثائق طرح عملية تقديم العروض لميناء العين السخنة بنظام البوت...٢٠٠
مثالب مشاريع المرفق العام.....٢٠١
تقدير الإجراءات المعقدة لتنفيذ المشاريع بنظام البوت.....٢١٤

المطلب الثانى : تعـدد أطراف المشــروع ٢١٨
الصفه في المشروع.....٢١٨
أهلية أطراف المشروع.....٢٢٢
نوعية الأعمال المسنده في المشروع.....٢٢٧
مرونة هيكل (تعديل مهام)المشروع.....٢٣٠

المطلب الثالث : أساليب تمـويل المشـــروع ٢٣٣
طريقة الإقراض بلا ضمان.....٢٣٣
طريقة الإقراض بضمان محدود.....٢٣٣
ضمان غير مشروط.....٢٣٤
ضمان مشروط.....٢٣٤
كيفية تقدير عملية التمويل.....٢٤٠
تنفيذ مشاريع المرفق العام مع تنوع أساليب التمويل.....٢٤٧

المطلب الرابع : إمتــداد أجـل المشــروع ٢٥٠
مدد مشاريع المرفق العام المعمرة.....٢٥٠
النتائج المترتبة على طول مدة المشروع.....٢٥٢
المسئولية التضامنية لكلاً من المقاول ورب العمل.....٢٥٨
إنتـهاء مدة مشروع المرفق العام.....٢٦٨

المبحث الثالث إكتساب عقد وكالة المرفق العام الصفه الدوليه.....٢٧٣
إتفاقية روما.....٢٧٥
إتفاقية ماستريخت.....٢٨١

إتفاقية أمستردام.....٢٨٥
إتفاقية اليونسترال.....٢٩٥
إتفاقيتي بروكسل.....٣٠١
مدى إتساق العقود الحكومية مع العقود الحديثة.....٣٠٥
تفضيل العقود الحديثة الإلتجاء للتحكيم الدولي.....٣٠٩
أثر الطبيعة الدولية للعقود الحديثة على تنفيذ مشاريع المرافق العامة.....٣١٣

الباب الثانى : منازعات عقود الإمتياز الحديثه للمرافق العامه.....٣١٩

الفصل الأول : منازعات عقود الإمتياز الحديثه في القضاء.....٣٢٧
المبحث الأول : تنازع الإختصاص بين القضاء الوطني والمحاكم الاجنبيه ٣٢٨
إختصاص محكمة العدل الأوربية.....٣٢٨
إعتراف المشرع المصري بإختصاص المحكمة الأجنبية.....٣٣٨

المبحث الثانى : إختصاص مجلس الدوله بنظر منازعات العقود الحديثه ٣٤١
قانون القضاء الإداري الفرنسي.....٣٤١

المبحث الثالث : أثر أحكام مجلس الدوله على منازعات العقود الحديثه.....٣٤٨

المبحث الرابع دور مجلس الدوله في قبول التحكيم كبديل.....٣٥٥
قانون التحكيم الإنجليزي.....٣٥٧
تناول قانون مجلس الدولة المصري للتحكيم الدولي.....٣٦١

الفصل الثاني : التحكيم في منازعات العقود الحديثة.....٣٧٠
المبحث الأول : أثر الإتفاقيات الدوليه على منازعات العقود الحديثه ٣٧١
تطبيق القانون المصري لإتفاقيات التحكيم.....٣٧٦

المبحث الثاني : تطور فقه تحكيم منازعات العقود الحديثه.....٣٨٠
شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسا.....٣٨٠
الإستثناءات التي اوردها المشرع الفرنسي.....٣٨١

شرط التحكيم في القانون الإنجليزي..... ٣٩٠
شرط التحكيم في العقود الإدارية بالقانون المصري..... ٣٩٥
المبحث الثالث: تسوية منازعات العقود الحديثه بواسطة التحكيم ٤٠٣
دور هيئة التحكيم..... ٤٠٥
الدعاوى التحكيمية للحكومة المصرية..... ٤١٤
موافقة الوزير المختص في التحكيم في العقود الإدارية..... ٤٤١
التظلم من هيئة التحكيم في القضاء الإداري الفرنسي..... ٤٤٨

المبحث الرابع : أثر التحكيم على منازعات العقود الحديثه..... ٤٥٠
التحكيم في منازعات عقود تفويض المرفق العام في فرنسا..... ٤٥٥
التحكيم في منازعات عقود الشراكة في فرنسا..... ٤٥٦
التحكيم في منازعات عقود الشراكة في إنجلترا..... ٤٥٧
التحكيم في منازعات عقود الشراكة في مصر..... ٤٥٩

خاتمـــــــه : التنظيم المقترح للعقود الحديثه ٤٦٥
نتائج البحث..... ٤٦٧
توصيات البحث..... ٤٧١
ملحق البحث : قانون الشراكه المصري ٦٧ لسنة ٢٠١٠..... ٤٧٢
قائمة الإختصارات..... ٤٩٢
قائمة المصادر والمراجع : ٤٩٥
أولاً المعاجم والكتب..... ٤٩٥
ثانياً البحوث والرسائل العلمية..... ٤٩٧
ثالثاً المجلات والدوريات..... ٥٠٠
رابعاً الكمبيوتر والإنترنت..... ٥٠٧
الفهرس: ٥١٦

٥- مستخلص الرسالة:

٥-١- باللغة العربية:

تطورت عقود إمتياز المرافق العامة خلال السنوات القليلة السابقة من عقود تفويض إلى عقود بوت ثم عقود شراكة ، حتى أصبح تعبير الإلتزام لا يفي بالتكييف القديم ، لذا رأى الباحث أن هذه العقود تخضع لتصنيف أخر هو توكيل المرفق العام ، الذي يستغرق كافة عقود الإلتزام الحديثة ، وتنفذ الشركات متعددة الجنسيات مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة ، وبما أن هذه الشركات تحمل صفة دولية ، ذلك جعل العقد هو الأخر يكتسب الصبغة الدولية ، بوضع شرط تحكيم ينص عليه العقد ، فخضعت الدولة المتعاقدة لسيطرة تلك الشركات في قبول التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الإدارية ، محل إختصاص مجلس الدولة في مصر ، ومن وجهة نظر الباحث أن القانون نص على التحكيم ، ولكنه لم يعين كيفية التظلم من قرارته أمام محكمة القضاء الإداري ، ويطالب الباحث بتشريع خاص بالتحكيم في العقود الإدارية ، حتى تتحقق الفائدة المرجوة للمستثمر الحق في ظل دولة سيادة القانون.

الكلمات الدالة (في حدود ٦ كلمات أو عبارات):

المرفق العام- عقد الإلتزام- التفويض- الوكالة - التحكيم- مشاريع البنية الاساسية