العمالة المهاجرة
في القانون الدولي الخاص

إعداد

د. علي باشا خليفة

قسم القانون الخاص

مدير مركز التحكيم

كلية الحقوق ـ جامعة جنوب الوادي

١٤٤٤هـ- ٢٠٢٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

وَالَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوا وَّنَصَرُوا أُولَئِكَ هُمُ الْمُؤْمِنُونَ حَقًّا ۚ لَّهُم مَّغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ

صدق الله العظيم

مقدمه

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على أشرف مخلوقاتك سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم الذى خصه الله بجوامع الكلم، طب القلوب ودوائها وعافية الأبدان وشفائها ونور الأبصار وضيائها وعلى أله وصحبه أجمعين ،تكون لنا نورا من كل ظلمة وسلم تسليما كثيرا .

وبعد ....

يعد موضوع العمالة المهاجرة في القانون الدولي الخاص من أهم الموضوعات في الوقت المعاصر ، وضرورة عصرية الآن الذي يشهد تطورا في العلاقات بين الأفراد على المستوي الدولي ، وكذلك يشهد العالم تطورا في انتقال الأفراد عبر الحدود لحاجة العمل والظروف الاقتصادية المتدنية لبعض الدول والأفراد ، كذلك أصبح المجتمع المصري في النصف الثاني من القرن العشرين ميال للهجرة من أجل الحصول على فرصة عمل خارج الدولة ، كذلك تشير كافة الإحصاءات الرسمية إلي ازدياد أعداد العمالة المهاجرة في كثير من الدول وبخاصة الدول العربية .

فقوانين العمل وغيرها من القوانين الدولية والداخلية نظمت العمالة المهاجرة أو الوافدة ، والاعتناء بهم من النواحي التشريعية بالشكل اللائق والمناسب في ظل صيحات دولية ومنظمات حقوقية محلية واقليمية ومطالبات قضائية :

كذلك صدر في عام ٢٠٢٠ قانون هجرة العمالة المتخصصة في ألمانيا ودخل حيز التنفيذ في مارس ٢٠٢٠ ، ويهدف هذا القانون إلي جذب ذوي الكفاءات المهنية من خارج الاتحاد الأوربي في سوق العمل الألماني فما مضمون هذا القانون ؟ وما هي شروطه ؟ هذا ما ستوضحه هذه الدراسة فيما بعد عندما نتعرض للحماية القانونية للعمال المهاجرة والغطاء التشريعي والقانونل الحامي لها .

نشير الي منظمة العمل الدولية التي انشات عام ١٩١٩م والدور البارز التي تلعبه في حماية الايدي العاملة ، وقد تاكد ذللك في مؤتمر في فيلادفينا عام ١٩٤٤م

واعلن فيه ان"الفقراينما وجد يمثل خطرا علي رفاهية الجميع" ،ويظهر دور المنظمة في دستورها وذلك في الديباجة "لما كان لا سبيله إلا

إشكالية البحث :

هناك اختلاف حول الاصطلاح بين العامل والعامل المهاجر والأجنبي ، ومن ثم تعمل علي ضبط الاصطلاح ، كما أن هناك العديد من الدراسات العربية والأجنبية تدور حول حقوق العمال المهاجرين , أي تعالج المشكلة من زاوية المركز القانوني للأجانب دون تطرق للقانون الواجب التطبيق علي روابط العامل المهاجر .

ومن هنا تأتي الإشكالية بمحاولة بحث دقيق لحقوق العمال المهاجرين وهي بالدرجة الأولي مبحث من مباحث القانون الدولي وتحديد القانون الواجب التطبيق علي روابطهم التعاقدية في القوانين الوطنية , وكذالك الاتفاقيات الدولية وتوصيات منظمة العمل الدولية .

منهج البحث :

يعتبر موضوع العمالة المهاجرة من الموضوعات المتقاطعة التي تقع بين عدة أنظمة قانونية يهتم بها القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الخاص والقانون الدستوري لكل دولة ، من هنا نكون بحاجة لاستعمال المنهج المقارن للمقارنة بين هذه النظم المختلفة واختيار أفضل الحلول ، لهذا الطرف الضعيف المحتاج للحماية .

المنهج الاستقرائي :

ويكون ذلك من خلال بحث القواعد الكلية والوصل إلي مدي تطبيق هذه القواعد إلي الجزئيات المشتركة معها ، واستخلاص الحكم لها .

المنهج التحليلي :

لا يخلو قانون العمال المهاجرين من قواعد موضوعية وقواعد إسناد ونحتاج من ثم إلي تحليل النصوص الموضوعية ومقارنة ضوابط الإسناد والوصول إلي القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة .

إذ يو اجـه الباحـث الحمايـة التشـريعية الدوليـة للعمالـة المهـاجرة والقـانون الـدولي العرفـي الـذي أوجـب حـدوداً دنيـا لمعاملـة العمالـة المهـاجرة يجـب ألا يـتم النزول عنها ، بالإضافة إلي قواعد وقوانين البوليس التـي تحمـي العمـال باعتبارهم كذلك أياً كانت جنسيتهم .

بنـاء علـي ذلـك ، يكـو ن اسـتخدام المـنهج التحليلـي أمـر حتمـي ويقـوم ذلـك بإتباع قواعد تفسير النصوص الغامضة وتطبيق قواعد العام والخاص والمفاضلة والموازنة في تحديد حقوق العمال المهاجرين والقانون الواجب التطبيق .

ونعرض بعد ذلك لخطة البحث وأقسامه .

خطة الدراسة :

وعلي هذا الاساس نقسم هذا البحث الي مبحثين مسبوقة بمحث تمهيدي :

مبحث تمهيدي : نخصصه لماهية العامل المهاجر وحقة في الهجرة :

المطلب الأول : تعريف العامل المهاجر .

المطلب الثاني : العامل المهاجر له حق الهجرة .

المبحث الأول : نعرض فية حماية حقوق العمال المهاجرين .

المطلب الأول :الحقوق الشخصية للعامل المهاجر .

المطلب الثاني :الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للعامل المهاجر

المبحث الثاني :نخصصه لقانون الروابط التعاقدية للعمالة المهاجرة .

المطلب الأول : قانون عقود المهاجر .

المطلب الثاني : قانون أسرة المهاجر .

نأمـل أن نكـون قـد غطينـا واوضـحنا موقـف التشـريعات الوطنيـة والأتفاقيـات الدولية من حماية الآثار فى القانون الدولى الخاص بإيجاز معقول بعيداً عن التطويل الممل او الأقتضاب المخل ،وأن ينفع به الدارسين ،ويلهمنا الصواب ويهدينا مصداقاً

لقوله تعالى فى القرأن الكريم **الذي** خَلَقَنِي **فَهو يهْدين** الشعراء: ٧٨ ، كما اسأل الله عز وجل الحنان المنان أن يوفقنا ويجعلَنا من المقبولَين انه نعم المولى ونعم المصير .

المبحث التمهيدي

ماهية العامل المهاجر وحقه في الهجرة

نجد أنفسنا ونحن نتميز من الغيظ ، إذ أن الغرب يوصد أبوابه أمام أفواج المهاجرين من أفريقيا ومن الدول العربية ومن آسيا ، ويضطر هؤلاء إلي ركوب البحر للوصول إلي أوربا أو المحيط للوصول إلي استراليا بوسائل نقل بدائية تؤدي بهم إلي الغرق .

وبالرغم من حق هؤلاء الحفاة الجياع في الطعام والكسوة والأمن والاستقرار يطلقون عليهم الهجرة غير الشرعية .

ولا ريب أن الغرب هو من خرب ويخرب دول الجنوب ويستولي علي خيراتها ويدخل دون إذن أقاليم هذه البلاد وكأنها تركة لهم أو كما يقولون هذه الأرض لنا ، ومن ثم ألا يحق لأهل هذه البلاد أن يدخلوا بلادكم وهم من رصفوا شوارعها وشيدوا مساكنها وحفروا أنفاقها بعرقهم ودمائهم وأموالهم أم تمنعونهم ولو بإطلاق الرصاص .

لدينا إيمان كامل ، في الحق المشروع لكل العمال الأفارقة بالهجرة إلي أوربا والتزام هذه البلاد بفتح أبوابها للأفارقة ، إلي أن تعمر بلادهم ويأتي من يشعر بهم من جلدتهم وليس عميل تدعمونه ليفر ويفتح البلاد أمامكم دون حساب .

كما أن العمالة العربية صاحبة الأرض والعرض من حقها الكامل والمطلق في أن تدخل أي أرض عربية من المحيط إلي الخليج دون قيد أو شرط .

إما أنكم عرب أو إنكم وكلاء المستعمر تقيمون الحدود وتمنعون أبناء جلدتكم من العمل والإقامة والمساواة الكاملة مع المقيم الدائم ببلادكم .

ونعود إلي العمالة المهاجرة وهو لفظ غير منضبط يطلق علي كل من يعمل في دولة أجنبية ولذلك نقسم هذا المبحث إلي :

المطلب الأول : تعريف العمالة المهاجرة .

المطلب الثاني : حق العمالة المهاجرة .

المطلب الأول

مفهوم العمالة المهاجرة

لعلنا نتذكر إلي أن الغرب هو من اخترع الحدود وأقام الحواجز والأسلاك ، إذ أنه حتي قبل قيام الحرب العالمية الأولي كان الرجل يأخذ راحلته ويستطيع أن ينتقل من بلد إلي آخر دون قيود توقفه .

ومن ثم فإن حرية الحركة والانتقال هي من لوازم الإنسان ، ويجب حماية هذا الحق الأصيل ، وقد أضحي مقيداً ([1]).

ومع الاستعمار البغيض وما خلفه من ظاهرة الحدود والحكام المستبدين الذين يحكمون بالحديد والنار ويدعمهم الغرب لم تعد هناك مشروعات أو شغل يمكن أن يؤديه طالب العمل . وقد اضطرتهم هذه الظروف إلي الزحف نحو أوربا أو نحو مناطق الكلأ أو الغاز والنفط في إمارات الخليج .

ويتعرض هؤلاء العمال لأبشع أنواع الاستغلال من العمل القسري ، ونظام الكفيل الذي يحمي العامل مقابل نصف أجره ، وانخفاض مستويات السلامة والصحة المهنية كما حدث في ما اخترعه الغرب وأطلقوا عليه اسم وباء كورونا ، حيث تخلت كثير من الإمارات عن تطعيم العمال وعملت علي عزلهم خاصة في إمارة الكويت .

والهجرة بهذا تكون الانتقال من بلد إلي بلد بغرض كسب القوت بصفة مؤقتة أو دائمة .

١- لندا مصطفي حسن الكاس ، الحريات والحقوق الأساسية الدولية والوطنية للعمال المهاجرين ، جامعة الشرق الأوسط ، رسالة ماستر ٢٠١٨ ، ص ١٥ وما بعدها .

- International labour conference, Report Vi , towards a fair deal for migrant workers in the global economy, concept- Report Vi, 2004, p. 41 .

ولا شك أن الهجرة التي نقصدها هي الهجرة من دولة لدولة وليست داخل الدولة الواحدة مثل الهجرة من الريف إلي الحضر .

ويمكن القول أن هناك أكثر من ثلاثمائة مليون عامل مهاجر عبر دول العالم خاصة بعد الحرب الروسية التي خطط لها قادة أمريكا .

ويميل الإنسان إلي الانتقال حيث يجد في الأرض مستقراً ومقاماً ، ومن ثم خاصة دول الجنوب حيث يسود شغف العيش وسيطرة الإدارة علي أملاك الدولة وعدم إقامة المصانع كثيفة التشغيل مما يستتبع اتجاه الشباب إلي الهجرة .

ويعتبر العمال المهاجرون أضعف حلقة في الدائرة ، في إطار المجتمع وهم الأقل حماية ويقومون بأعمال لا يرغب الوطنيون في القيام بها ويطلق علي هذه الأعمال ٣ د أي الأعمال غير الملائمة ، الأشغال الصعبة والأعمال الخطرة ويكونون في الغالب ضحايا للمعاملة التعسفية ، التمييزية ويخضعون لكل أشكال التمييز .

ومع العولمة يزداد موقفهم سوء إذ أن المشروعات الصغيرة والمتوسطة ليس لديها الخيار تضطر إلي تدويل نشاطها وتضطر إلي الضغط في النفقات والاستغناء عن أعداد كبيرة من اليد العاملة .

وبالرغم من أن العمالة المهاجرة معظمهم من العمال المهرة في بلادهم إلا أنهم يضطرون إلي قبول أعمال لا تحتاج لتأهيل .

يضاف إلي الاستغلال في مواقع العمل والشروط التعسفية التمييز العنصري ولم يدعي ٣٠% منهم إلي اجتماع أو لقاء لأن أسمائهم تدل علي انتماء عرقي مختلف .

والواقع أن بعض الدول تلجأ إلي السعودة أو الكوتنة أو البحرنة أو الفرنسة للمهن لمقاومة العمالة المهاجرة ، وتدل الإجراءات المضادة للعمالة المهاجرة إلي

أنهـا سـبب زيـادة مـا يطلقـون عليـه الهجـرة غيـر الشـرعية l, irregulière immigration .

إن عـدد المهـاجرين يتزايـد فـي العـالم كلـه ، ولـن تفلـح جهـودكم فـي منـع الهجرة ، إذ أن ما تطلقون عليه هجرة غير شرعية هو حق للبشر ، حق لهم في الوجود والبقاء وليكن في أي أرض ، وعليكم أن تواجهوا الحقيقة وتفتحوا أبوابكم للعمالة الوافدة ، ونسقوا مع الدول القادرة لإقامة مصانع فيها أو مزارع تستوعب أجزاء من أبنائها ، لتتخلوا عن دعم الطغاة لكن التاريخ سيذكركم بكل سوء .

وتقرر اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ٩٧ حول العمالة المهاجرة المساواة في المعاملة بين العمال المهاجرين وبين العمالة المحلية طالما تساوت مراكزهم القانونية .

العمال المهاجرون :

نفرق في التعريف بين العمالة المهاجرة الدائمة وهي العمالة التي قدمت من دولة إلي دولة أخري بقصد الاستقرار ، لمدة غير محددة . ويغلب علي هذا النوع من العمالة أنها تكون ذات تأهيل عالي . وتتولي وظائف دائمة ، كما قد تلقي ترحيباً من الدولة المضيفة .

ويختلف الأمر بالنسبة للعمالة المهاجرة المؤقتة إذ أن هؤلاء العمالة يكونون موسميين أي يقدمون للعمل في موسم معين مثال ذلك السائقين في موسم الحج للعمل هذه الفترة فقط . وهم يقومون بأعمال مؤقتة ويكونون محل معاملة متدنية وشروط تعسفية (١).

1- Dalia Gesualdi Fecteau, les droits au travail des travailleurs ètrangeurs temporaries peu specialisès: petit voyage a l, interface du droit du travail et du droit de l, immigration, xx conference des jurists de l, Etat Montreal 2020, p. 222 ets .

وتسمح بعض الدول في دمج العمالة المؤقتة في قطاعات من العمل لا تتطلب خبرة أو تأهيل كبير ([1]).

الهجرة داخل الجماعة الواحدة :

أدي ظهور التكتلات الاقتصادية وعلي رأسها النموذج الأكثر نجاحاً وهو الاتحاد الأوربي إلي فتح الحدود أمام العمال القادمين من دول الإعفاء ، بحيث يكون لرعايا أي دولة عضو في الا تحاد ذات الحقوق الاجتماعية المقررة للعمالة الوطنية .

ولا شك أن النموذج العربي هو الأسوأ بين جميع التكتلات الإقليمية إذ أن منظمة العمل العربية تعد مثل ربيبتها جامعة الدول العربية رائدة في الإخفاق بحيث لا تفتح الحدود أمام عمال الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية . ويخضع عمال مصر أو غيرها من الدول المصدرة للعمالة في مركز أقل من العمال الهنود أو الفلبينيين ، بدلاً من أن يكون لهم حق العمل والتنقل في ربوع الوطن العربي .

إذن ، فإن العمالة بين دول السوق الأوربية أو الاتحاد الأوربي لا تثير مشكلة وتلقي الترحاب ([2]).

ولكن أليس ذلك نوع من التمييز والتفرقة ألسنا أبناء عالم واحد . ما ذنب العربي الذي خلقه الله لا يتحد ، وابتلاه بحكام لا يرحمون ، حولوه إلي عبد مارق ، مما جعله يتجه إلي أوربا وأمريكا وأستراليا .

الهجرة المتبادلة بين الفقراء :

هناك دول في الجنوب تتقاسم الفقر مع الآخرين ويمتاز شعبها بالطيبة ، كما أنها تكون ذات بيئة قانونية ترحب بفتح أبوابها لكل شعوب العالم والنموذج

1- Ibid, p. 230 .
2- Camille Papinot, la protection international du travailleur migrant, thèse, paris x, 2014 p. 13 et s .

الصارخ علي ذلك مصر . إذ تسمح للأجنبي بأن تكون له حقوق تفوق حقوق الوطني أم قل أن الأجنبي أولاً ثم يأتي بعد ذلك المصري .

ومن هنا تتوالي الهجرات الجنوب – جنوب وتفد علي هذا البلد الطيب الملايين من الدول العربية مثل سوريا ، العراق ، ليبيا ، السودان ، اليمن وبعض البلدان الأفريقية كالصومال ، بحيث أن أعداد هؤلاء لا تقل عن ٢٠% من أعداد الدولة المضيفة لا تفرق بينهم في المعاملة وتمنح لهم كافة الحقوق التي تعادل حقوق الوطني ([1]).

علي عكس ذلك ، فإن دول في الجنوب تتوافر لها كل عناصر الثروة وتقفل حدودها في وجه الهجرة من الجنوب لأسباب عرقية ونفسية مثل السودان ، حيث حيث يمنع أي محاولة للعمالة الأجنبية للعمل أو التملك أو الزراعة ، بالرغم من أنها عضو في جامعة الدول العربية وهي في ذلك مثل دول الخليج التي تستقبل العمالة المؤقتة ولكن تقتسم أجورهم من خلال نظام الكفيل .

ويثور التساؤل عن الفارق بين العمالة المهاجرة واللاجئ ؟ وهل يمكن أن يعتبر اللاجئ عاملاً ؟

العامل المهاجر واللاجئ :

اللاجئ هو شخص يضطر إلي مغادرة دولة الجنسية فاراً إلي دولة أخري أكثر أمناً بالنسبة له ولأفراد أسرته بسبب الاضطهاد الديني ، السياسي ، العرقي أو حتي المهني ، ولا يريد العودة إلي هذا البلد خوفاً من الاضطهاد .

اللاجئ هو إذن كل شخص يجبر علي ترك إقامته المعتادة ليبحث عن ملجأ في مكان آخر خارج بلد منشأه أو جنسيته ، بسبب اعتداء خارجي أو أحداث تعكر النظام العام بشكل خطير في كل أو جزء من دولة جنسيته ([2]).

١- المهاجرون في مصر ، خطة دمج في الاقتصاد وبرامج تأهيل وتدريب ، تقرير سكاي نيوز ٢ يونيو ٢٠٢١.
٢- حنطاوي بو جمعة ، الحماية الدولية للاجئين ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي ، رسالة ، جامعة وهران ، الجزائر ، ٢٠١٨ ، ص ٨٩ وما بعدها .

وهناك فارق بين المهاجر والذي يحتفظ بجنسية بلده الأصلي ويرتبط بها ويريد الرجوع إليها يوماً ما ، أما اللاجئ فإنه وإن لا يرفض دولة جنسيته فقد خرج مرغماً منها ، ولا يريد الرجوع إليها ، ولا يستطيع اللاجئ أن يعود إلي وطنه نظراً لخوفه علي نفسه وأمواله وخوفه من حكومة بلده .

ومع ذلك ، قد يتحول المهاجر إلي لاجئ إذا تغيرت الظروف وخشي العودة إلي وطنه من الحكم القائم المخالف له في التوجه والذي قد يلق القبض عليه فور وصوله .

من ناحية أخري ، قد تدق التفرقة إذا كان اللاجئ قد نفذت موارده ولم تكن إعانة اللجوء كافية لتغطية نفقاته واضطر للعمل الدائم أو المؤقت في هذه الحالة يعتبر عاملاً لاجئاً وليس عاملاً مهاجراً ، وفي جميع الأحوال يتمتع بالحماية المقررة للعمال المهاجرين إذا كانت أفضل من الحماية المقررة للاجئين في القانون الدولي .

وفيما يلي بيان بالعناصر المكونة لتعريف العامل المهاجر :

١- العامل :

هو من يؤدي عملاً مادياً أو آلياً ويأخذ أجر مقابل عمله في المنشأة أو المشروع الاقتصادي .

أي هو كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدي صاحب عمل وتحت إدارته وإشرافه ونلاحظ أن العامل يمارس عمل ذهني أو مادي مفيد في أي مكان كان ويحصل عليه علي أي أجر كان . ويعمل بمهنة أو بيديه وهو شخص يعتمد علي الأجر الذي يحصل عليه .

ولكل فرد الحق في العمل وهو حق طبيعي وحق أساسي يطابق الحق في الوجود وحق التملك وقد اعترفت به المواثيق الدولية طالما أنه لا يمنعه القانون أي يرد علي عمل مشروع ([1]).

1- Gèrard Dion, le droit au travail, the right to work, Rev. relations internationales,industrial relations, 1960, no 4, p. 403 et s .

٢- المهاجر :

وهو الشخص الذي ترك بلده طواعية من أجل غاية في نفسه ليدخل في الحيز الإقليمي لدولة أخري بأي وسيلة كانت سواء كان بإذن منها أو دون إذن ، ولم يكن مجبراً علي الخروج من بلده وإلا اعتبر لاجئاً .

٣- المهاجر العامل :

وهو الشخص الطبيعي الذي ترك دولته طواعية واجتاز الحدود ليصل إلي دولة أخري طواعية ، دون إكراه ، وقام بعمل في هذه الدولة مادياً كان أو معنوياً ، مقابل أجر أياً كانت طريقة أداء هذا الأجر .

وهذا النوع من المهاجرين هو مكون العمالة المهاجرة الجديرة بالحماية والتي خرجت بدافع مشروع بحثاً عن القوت أو بحثاً عن الثراء بعد أن أحدقت به ظروف بيئته ، وتخلت عنه دولته ، ولم يجد مفراً سوي أن يلق بنفسه إلي غياهب البحار ليصل إلي الحدود الأخري من المتوسط أو المحيط طلباً للعيش .

وهو الذي قرر المجتمع الدولي حمايته في اتفاقية الأمم المتحدة لحماية كل العمال المهاجرين الموقعة في ١٠ ديسمبر ١٩٩٠ .

وقد اعتبرت الاتفاقية ضعف العمال المهاجرين وبعدهم عن الدولة الأم وتواجدهم في دولة الشغل .

وقد نصت الاتفاقية علي أن العامل المهاجر هو كل شخص عمل أو كلف بعمل أو نشاط بأجر في دولة ليس رعية من رعاياها :

" ...migrant workers refers to a person who is to be engaged or has been engaged in a remunereated activity in a state of which he or she is not national ".

وهذا التعريف يركز علي حماية عمل المهاجر وحقه في الأجر العادل ولا يميز بين سند الهجرة سواء كان شرعياً أو غير شرعي ، بل إن ديباجة الاتفاقية دعت إلي المساواة بين العمالة المهاجرة سواء كان المهاجر شرعياً أم كان قد دخل إلي دولة العمل بطريقة غير مشروعة .

بناء علي ذلك نعرض لفلسفة حماية حقوق العمالة المهاجرة في المطلب الثاني من هذا البحث .

المطلب الثاني

فلسفة حقوق العامل المهاجر

لا شك أن العمالة المهاجرة يد أمينة تقدم الجهد الإنساني المشكور والحميد إلي الدولة المضيفة ، ومن ثم فإن ضرورة تقديم الحماية للعنصر البشري وهو أحد العوامل الهامة في قوة الإنتاج هو أمر ضروري والتزام قانوني ([1]).

وهذه الموارد البشرية يحتاج إليها اقتصاد الدولة المضيفة وهو في الواقع يحصل منها علي أكثر مما يعطيها ، وبالتالي فإن حساب المنفعة يوجب الحفاظ علي هذه الموارد البشرية وتنميتها وإعطاء كافة الحقوق والحريات ، كما أن اليد العاملة التي تشعر بالعدالة ستخلص في العمل ، وتقدم أقصي ما عندها من جهود وعطاء سواء كان العمل مادي أو ذهني .

ولهذا نص الإعلان الصادر عن منظمة الصحة العالمية حول العدالة الاجتماعية والعولمة العادلة ([2]) علي أنه لا يكفي النمو الاقتصادي فهو لا يكفل المساواة ، والتقدم الاجتماعي ، إذ أن هذا النمو الاقتصادي يحتاج إلي تقرير إزالة الفقر . ولن يتحقق ذلك إلا بالاعتراف بالمبادئ الأساسية والحقوق الجوهرية في العمل .

1- Erin Murphy Fries, The international labour and human rights of migrant workers under Canada temporary, foreign worker program, master thesis, 2012, lund university, p. 27 & seq.

2- Decalaration on fundamental principles on work ILC, 88, Geneva, 1998 .

ومن الضروري الاعتراف للعمال بالحق في التجمع وعدم التمييز والحق في الكرامة والتفاوض بحرية مع أرباب العمل ومن خلال منظماتهم للوصول إلي اتفاقية جماعية مع أرباب العمل ([1]).

بناء علي ذلك ، فإن المنظور الاقتصادي النفعي وهو المنظور المعتبر في الثقافة الأوربية تكون حماية العمالة المهاجرة أولوية لتحقيق أكبر إنتاجية والتقليل من التكلفة ، ويحقق ذلك دوران عملية الإنتاج للوصول إلي التشغيل الكامل .

من ناحية أخري ، إن المنظور الأمني وهو شغل شاغل للدولة الأوربية ، كما أنه شغل شاغل للأسر الحاكمة في إمارات ومقاطعات الخليج حيث يسود نظام الأسر الحاكمة التي تقوم علي اغتصاب قبيلة للسلطة وتسمية الإمارة باسمها أو استمرارها في الحكم استناداً لسيطرتها علي القوة .

وإذ تشكل العمالة المهاجرة نسبة لا تقل عن ١٠% من سكان القارة الأوربية ونسبة قد تعادل سكان إمارات الخليج وقد تزيد عليها ، ومن هنا فإن الشعور بالظلم والتمييز والاضطهاد قد يجبر قطاعات عريضة من هذه العمالة إلي التمرد وتهديد أمن دولة القارة العجوز ،وزعزعة استقرار الأسر الحاكمة في الخليج خاصة أن الشعب المكبوت في هذه الدول أو الإمارات قد ينضم إلي العمالة الأجنبية الوافدة وتنطلق ثورة عارمة تقوض هذه الأنظمة .

نخلص إذن ، إلي أن العدالة والمساواة والأجر العادل والكرامة ليست منة من أحد ، بل هي موجبات ولوازم للإنتاج والاستقرار الاجتماعي والسياسي أيضاً.

الأساس القانوني للحماية :

1- Mariane Aan Den Bosch and willem van Genugten, international legal protection of migrant workers, nationals minorities and indigenous peoples, comparing underlying concepts, International Journal on minorities group rights,2002, no 3, p. 195 seq.
Migrant workers and their families in international human rights law, thesis, Ottawa Ontario, 1992, p. 90 & seq.

تمكن الاتفاقيات والمواثيق الدولية حماية حقوق العمال وذلك بالاستناد إلي القانون الدولي الاتفاقي مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، العهد الدولي للحقوق السياسية والاقتصادية واتفاقية الأمم المتحدة للحقوق الاجتماعية واتفاقية الأمم المتحدة لحماية العمالة المهاجرة ، وإعلان الحقوق والمبادئ الأساسية للعمالة المهاجرة .

من ناحية أخري ، يبرر حقوق العمالة المهاجرة القانون الدولي العرفي الذي يقرر المساواة بين كل الناس أمام القانون ، والحق في التمتع بكل الحقوق دون تفرقة والحق في المساواة الكاملة أمام القانون والحماية الفعالة ضد التمييز([1]).

وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة حول إلغاء كل أشكال التمييز الموقعة في ٢١ ديسمبر ١٩٦٥ ، وقد دخلت حيز التنفيذ في ٤ يناير ١٩٦٩ ([2]).

ويضاف إلي ذلك القانون الإقليمي كالقانون الأوربي والأفريقي والأمريكي ومن أهم هذه القوانين :

- الاتفاقية الأوربية حول حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٦١ .
- الاتفاقية الأفريقية لحماية حقوق الإنسان ١٩٨١ (ميثاق حقوق الإنسان الأفريقي) .
- الاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان سنة ١٩٦٩ .

1- S. Jagerskiold Freedom of movement, in the international bill of rights: the convenant on civil and political rights, New york, Columbia university press, 1981, p. 263 & ff.

2- D, Mahalic, J. G. Mahalic, the limitations of the international convention on the elimination of all form of racial discrimination, Human rights Quarterly, 1989, no9 , p. 74-75 .

- ميثاق حقوق الإنسان العربي والذي اعتمد من القمة العربية السادسة عشر في تونس ٢٣ مايو / آيار ٢٠٠٤ .

رأي الباحث :

نري من خلال البحث التحليلي لفلسفة حماية العمالة المهاجرة أن هذه الدول المستقبلة لهذه العمالة تحتاج إلي الحفظ الذاتي **self- preservation** ، وهذا الحفظ يعني أن الإمارات التي تأخذ شكل الدول المستقلة للعمالة المهاجرة – وقد كانت حجرة عثرة أمام تطوير الوحدة العربية لخوفها علي ثرائها – وكذلك الدول الغربية بحاجة إلي حفظ الأمن والاستقرار في إقليمها . وهذا الأمن والاستقرار لن يتحقق إلا للاعتراف لهذه العمالة بـ الحقوق المشروعة المقررة قانوناً . نعم قد لا تصل هذه الحقوق إلي حد المعاملة الوطنية أي تطبيق مبادئ المعاملة الوطنية المتساوية عليها ، ولكن علي كل حال ، لا تقل عن الحد الأدني للمركز القانوني للأجانب المقرر بالقانون الدولي العرفي .

من ناحية اخري ، تنهض فلسفة المذهب الفردي والذي يقوم علي إعلاء الفرد والاحتفاظ بحقوقه وتدعيمها وتشجيع المبادرة الفردية والذي استند لفلسفة هوبز ولوك إلي الاعتراف للعمال المهاجرين بحقوقهم باعتبارهم أفراد في المجتمع ، حتي لو كان يحملون جنسيات أجنبية .

نخلص إلي أن حقوق العمال المهاجرين جزء من القانون الدولي ، مقررة بالعديد من المواثيق الدولية والإقليمية والقانون الدولي العرفي كما أن مبررات وجود الدولة الرأسمالية تستوجب الاعتراف بحقوق هؤلاء العمال .

أضف إلي ذلك حق دولة الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية لرعاياها العاملين في الخارج (١)، ونشير هنا إلي أن دولتنا المصرية تحتاج لحوادث الدهس بالسيارات والضرب بالسلاح الأبيض خاصة في إمارات الخليج ،

1- Ajare Deji, Rights of migrant workers under international law, www. Academia. Ed . 136 2020 .

لقد آن الأوان لحمايتهم بالآليات القانونية وضرورة مد اختصاص القضاء المصري بكل اعتداء يقع علي المصري أياً كان مكان وقوعه .

ولنعرض في المبحث الأول لحقوق العمالة المهاجرة تأصيلاً وبياناً .

المبحث الأول

حقوق العمال المهاجرين

يتمتع العامل المهاجر الذي هاجر وترك دولته طواعية بحثاً عن القوت مقابل الجهد والعمل بحقوق أساسية ، غير قابلة للتفاوض ولا التنازل عنها ومن ثم يكون أي اتفاق مقيد لهذه الحقوق أو منقص منها اتفاق باطل غير ذي أثر .

إذ أن العامل المهاجر خرج سعياً وراء العيش لتحسين وضعه ووضع أفراد أسرته المادي والاجتماعي .

وقد سبق أن أوضحنا أن العامل المهاجر يعتبر كذلك سواء كان قد دخل بطريقة قانونية إلي دولة العمل أو أنه قد اضطرته الظروف لعدم قدرته علي الحصول علي الإذن بالدخول إلي مخالفة قوانين دخول الأجانب وإقامتهم ويشمل هذا الإطار أيضاً الأشخاص الذين دخلوا إقليم دولة معينة بتأشيرة عبور ولكنهم استمروا في إقليم هذه الدولة وحصل علي عمل بشكل غير معلن أو بدون أوراق.

ولا شك أن المنطق أن حقوق العمال وهي مرتبطة بالشخص الإنساني ومرتبط بالعمل الذي أداه لا يؤثر فيها سبب الهجرة أو طريقة الهجرة .

وهذه الحقوق تكون محل اعتراف من كل دول العالم خاصة دولة الاستقبال receiving country أو الدولة المضيفة أو دولة الأصل state origin أو دولة محل العبور transit state وهذه الحقوق تحتاج إلي الدفاع عنها للمركز القانوني الضعيف للعمالة المهاجرة فهي تعيش في دولة أجنبية وقد لا يعرفون لغتها ، ولا يعلمون حدود الحقوق الممنوحة لهم ويكون أحياناً غير قادرين علي المطالبة بها خاصة في حالة الهجرة المسماة " غير القانونية " ، والذين يقيمون في الغالب تحت معاملة ظالمة غير متساوية مع العمالة الوطنية أو العمالة المعلنة .

وهم عرضة للتمييز العرقي وعرضة للريبة وقت الحرب أو وقت التوتر وسوء العلاقات بين دولة الاستقبال والدولة الأم .

ويزداد الأمر سوءاً بالنسبة للنساء المهاجرات خاصة إذا كانت بطريقة مخالفة لقواعد الدخول في الدولة المضيفة ، مما يعرضهن للاغتصاب والاستغلال الجنسي .

ولا شك أن أولي الحقوق التي ينبغي ضمانها للعمال هي عدم التفرقة العنصرية علي أساس العرق ، الجنس ، الدين ، أو اللون أو أي أساس آخر .

وكذلك عدم التفرقة في كل جوانب العمل بما في ذلك الأجر ، ظروف العمل ، الترقية ، السكن ، الصحة والخدمات الأساسية .

وتشمل الحماية ضد الطرد التعسفي من إقليم دولة العمل والحماية من العنف ، والعنف الجسدي التهديد والتخويف والترهيب بواسطة الشرطة أو بواسطة الأفراد العاديين .

ويجب المساواة بين العمالة المهاجرة والعمالة الوطنية حتي لو كانت مؤقتة ، وحصولها علي ذات الدعم الأسري ، وحماية حقهم في العمل واستمرارهم فيه ([1]).

بناء علي ذلك نقسم هذا المبحث إلي مطلبين :

المطلب الأول : الحقوق الشخصية للعامل المهاجر .

المطلب الثاني : الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للعامل المهاجر .

1- Dalia Gesualdi- Fecteau, les droit au travail des travailleurs ètrangers temporaries peu specialèsèe , op. cit . p. 240 ets >

المطلب الأول

الحقوق الشخصية للعامل المهاجر

يتمتع العامل المهاجر الأجنبي بالحقوق والحريات الشخصية المقررة للأجنبي وأهمها الحريات الآتية :

١-حرية الذهاب والإياب .

٢-الحق في التقاضي .

٣-الحق في الزواج .

٤-الحق في الكرامة .

٥-الحق في المشاركة السياسية والتعبير عن أرائه .

أولاً : حرية الذهاب والإياب :

يتمتع العاملبحرية التنقل والذهاب والإياب ، ويجب أن يعامل في ذلك معاملة الوطنيين ولا يحظر عليه إلا ما يحظر عليهم .

ولا يجوز التفرقة بين الوطني والأجنبي وإلا وقع أي إجراء باطلاً لمخالفته للقانون الدولي الداخلي ([1]).

ويقرر ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي إن الناس يولدون أحراراً ويبقون أحراراً ويكونون متساويين في الحقوق ، وهذه الحقوق غير قابلة للتنازل عنها وهي حقوق مقدسة وقد منحت لهم باعتبارهم بشر ودون أدني اعتبار للأصل الوطني .

ثانياً : الحق في التقاضي :

تقرر المواثيق الدولية وإعلانات حقوق الإنسان والاتفاقيات الإقليمية علي المستوي الأوربي والأفريقي حق الفرد في اللجوء إلي قاضيه الطبيعي . وهذا الحق هو من الحقوق اللصيقة بالشخص أياً كانت جنسيته فهو من الحقوق الطبيعية التي تكون للإنسان الوطني والأجنبي .

وقد كافحت البشرية طويلاً من أجل الاعتراف للأجنبي بالحق في التقاضي.

1- Rèpublique francaise, le dèfenseur des droit, le droit en action, les droits fondamentaux des ètrangers en France, mai 2016, p. 6 et s.

وقد كان الأجنبي محروماً من حق التقاضي في القانون الفرنسي القديم وبعد فترة سمح له باللجوء إلي المحاكم بشرط تقديم كفالة كبيرة ومع بداية القرن العشرين ألغي شرط الكفالة .

وقد لاحظت منظمة العمل الدولية وهي تعلم بحالات العمل القسري وحالات استغلال العمال سنة ٢٠١٣ أن حق اللجوء إلي القضاء يجب تيسيره ويكون ذلك بوضع كل الإجراءات الإدارية والقضائية الملائمة . ويعاقب أصحاب الأعمال الذين يفرضونها قسراً ، وتوقع عليهم جزاءات مناسبة ([1]) ويجب تسهيل الطريق القضائي لذلك . ولا شك أن الاعتراف للعامل المهاجر بحق اللجوء إلي القضاء يسهل له الحصول علي التعويض عن الضرر الذي يلحق به.

والواقع ، أن الاعتراف النظري للعمال المهاجرين بحق اللجوء إلي القضاء أي الاعتراف لهم بأهلية التقاضي ، ([2]) لا معني له إذ لم يتم تدعيم هذا الحق بالمساعدة القضائية ، حيث أن مصاريف التقاضي وأتعاب المحاماة الباهظة في الدول الغربية تحول دون التفكير في رفع الدعوى .

لذلك ، يجب النص علي أن تكون دعاوي العمال أمام محاكم الصلح أو المحاكم العمالية بدون رسوم قضائية ، كما يلزم أن تتعاون نقابة المحامين وذلك بتوفير محام يدافع عن العامل بدون أجر أو علي الأقل يحصل علي أجره في نهاية القضية وألا يكون فعالاً فيه .

ويعتبر الحق في التقاضي من الحقوق الأساسية ، إذ يكون من حق العامل المضرور إعادة حقوقه وإدانة المعتدين عليه وتعويض الأضرار اللاحقة به .

وتقرر المادة ٨ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذا الحق ، إذ لكل شخص الحق في دعوي فعالة أمام القضاء الوطني المختص ضد الأفعال المنتهكة للحقوق الأساسية المعترف بها بواسطة الدستور أو القانون ، كما يكون له الحق

1- Alix Nasri Wissam Tannous , Accès a la justice des travailleurs domestiques migrants au liban èd swiss Agency for development and cooperation, OIT, 2014, p. 4 et s .

2- A. Daher, l, accès au juge , libertès et entraves in cours judiciaire suprèmes francophnes www. Ahjucaf. Org, 2020 .

في سماع قضيته علي قدم المساواة وبشكل عادل وعلني بواسطة محكمة مستقلة ومحايدة .

يجب أن تكون العدالة متاحة دون تمييز أو معوقات ، كما يجب أن يكون القاضي حراً أي يكون مستقلا بشكل كامل ونزيهاً ,

وتقرر هذا الحق مواثيق دولية أخري وإقليمية مثل العهد الدولي للحقوق المدنية والحقوق السياسية واتفاقية حماية حقوق العمال المهاجرين وأسرهم واتفاقية إزالة كل أشكال التفرقة العنصرية والميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة ٢٠٠٤ .

إنه لبهجة أن نشير إلي الميثاق العربي لحقوق الإنسان ، في الوقت الذي لا يعترف بأي حقوق لهذا الإنسان ، سوي حقه في أن يملأ بطنه بالكاد أو يستعمل فرجه إذا استطاع . إنه مجرد أوراق بالية ، ولا يتورع أصحاب الياقات الزرقاء أو الملوك والرؤساء مغتصبي السلطة من التوقيع عليهم وهم لها منكرون وجاحدون .

وهذا الميثاق يكفل حق التقاضي للكل وحماية القضاء ضد أي اعتداء وضغط أو تهديد والحق في القضية العادلة .

كما تنص المادة ٢٥ من الاتفاقية رقم ٢٩ من اتفاقيات منظمة العمل الدولية علي التزام الدول بعقاب الأشخاص الذين يفرضون العمل القسري . وهذا النص يشجع المجني عليهم علي تقديم الشكاوي ، كما أن هذا النص يكون له اثر ردعي .

ويتعين علي سلطات الدولة أن تباشر إجراءات الدعوى ضد أولئك الجناة الذين يمارسون السخرة ويجبرون العمال علي القيام بهذه الأعمال .

كما تكفل الدولة حق المضرورين في التقاضي إلي أن يحصلوا علي تعويض كامل للأضرار التي لحقت بهم ، وهذا يتطلب مباشرة الدعوى المدنية بجانب الدعوى الجنائية .

كما أن بروتوكول باليرم يلزم الدولة بتعويض الأشخاص الذين تعرضوا لتجارة الأشخاص وأضيروا من ذلك .

من ناحية أخري ، يقرر القانون الدولي الاتفاقي حق العمال المهاجرين في المعاملة الوطنية أمام القضاء ولا شك أن هذه مسألة بديهية إذ لا معني للحماية القضائية إذا لم تكن مصحوبة بالمساواة أمام القانون وأمام القضاء .

وتكفل الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين هذه الحماية حتي لو كان الاعتداء وقع من موظفين عموميين أثناء تأدية وظائفهم .

كما يكون من حق العامل أن يتم تلقي شكواه وأن يتم فحصها فحصاً عادلاً بواسطة السلطة الإدارية والسلطة القضائية أو التشريعية المختصة أو بواسطة أي سلطة مختصة يقررها قانون الدولة كما تلتزم الدولة ببيان نتيجة أي شكوي أو طعن أو دعوي يرفعها العامل وتكون مستندة علي أسباب تبررها .

رأي الباحث :

نلاحظ أن اتفاقية منظمة العمل الدولية لسنة ٢٠٠٤ رقم ٢٩ قيدت مبدأ المعاملة الوطنية أي حق العامل المهاجر في الحصول علي ذات المعاملة التي يحصل عليها الوطني دون تفرقة بسبب اللون ، الدين ، الجنس ، العرق ، الإنتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب آخر ، وقصرت ذلك علي المهاجرين هجرة مشروعة ,

وهذا الأمر يمثل خطورة بالغة إذ يطلق يد الدولة التي يصل إليها المهاجر هجرة غير مشروعة في أن تعامله معاملة أدني من تلك المقررة لرعاياه .

وقد سبق أن رأينا أن اتفاقية حماية العمال المهاجرين هي ذات الأولوية في التطبيق وقد أسبغت الحماية علي كل العمال المهاجرين أياً كانت طريقة دخوله إلي إقليم الدولة المضيفة أي كانت قانونية أم غير قانونية .

ونعرض في الفقرة التالية لحقوق العامل المهاجر السياسية :

ثالثاً : الحقوق السياسية :

يعتبر الكلام عن الحقوق السياسية للأجنبي المهاجر نوع من الترف . ذلك أن المهاجرين اليوم قد خرجوا من بلادهم وهم لا يجدون القوت هرباً من الفاقة ، وسعياً وراء العشب والكلأ ، ومن ثم فإن غاية ما يتطلعون إليه هو الحصول علي

حق العمل والأجر العادل ، والحصول علي السكن ، وعدم مطاردتهم من دولة الاستقبال أو من مواطنيها .

من ناحية أخري ، فإن المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لا تقر هذا الحق للأجنبي وتعطي الحق في المشاركة في الحكومة لكل فرد في دولته ([1]).

وتشمل الوظائف السياسية حق الانتخاب ، حق الترشح لرئاسة الدولة وللمجالس النيابية وحق تولي الوظائف العامة وحق المشاركة في الاستفتاء .

ولا تسمح الدول للأجنبي بالمشاركة في الانتخابات التشريعية ويستثني من ذلك بريطانيا حيث تسمح للايرلنديين المقيمين في بريطانيا بهذا الحق كما تسمح إيرلندا لكل مواطن يتبع دول عضو في الاتحاد الأوربي بهذا الحق بشرط المعاملة بالمثل .

كما تسمح الدول الأوربية للمهاجر المقيم بالمشاركة في الانتخابات المحلية ، مما يعد خطوة نحو إقرار حق الأجانب في ممارسة بعض الحقوق السياسية .

علي الصعيد العربي ، يصادر حق الوطني في الانتخاب فكيف لنا أن نتكلم عن حق الأجنبي ، إن أقصي طموح للأجنبي هو حق العمل وتجنب الاعتداء عليه من قبل رعايا الدولة المضيفة أو قبل سلطاتها .

إن الاعتراف بأفضلية هذه الدول التي أقرت حق الأجانب في المشاركة في الانتخابات المحلية أمر واجب وهي الدانمارك ، اسبانيا ، اليونان ، إيرلندا ، إيطاليا ، هولندا ، البرتغال ، المملكة المتحدة ، فرنسا .

وقد عارضت المحكمة الفيدرالية الألمانية منح هذا الحق للأجانب استناداً إلي أن السيادة للشعب .

ويستند منع الأجانب من تولي الوظائف العامة إلي أن الدولة لا ترغب أن تكون وظائفها السيادية بأيدي أجنبية .

1- Francais Delpèrèe, Annabelle pena- Gaia, les droit politiques des ètrangers, Annuaire internationale de justice, 1995, no 10 p. 296- 308 .

وقد بررت محكمة العدل الأوربية ذلك بأن هذه الوظائف تفترض رابطة تضامن خاصة بين الوطني ودولته .

أي الوظائف التي تشمل ممارسة السلطة العامة أو التي يكون محلها حماية المصالح العامة .

الحقوق السياسية المشتقة :

ويقصد بذلك الحق الذي يكون للفرد في أن يشارك في أخذ الرأي الشعبي حول المسائل التي تهم الأمة بالاستفتاء .

وهذه الحقوق ينظر إليها علي أنها أدوات للسيادة ومن ثم لا يعترف بها للأجانب .

وعلي المستوي الأوربي أصبح للرعية الأوربي وهو الفرد الذي يحمل جنسية أياً من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي حق المشاركة في الاستفتاء في أي مكان من دول الاتحاد وكذلك في الانتخابات الأوربية .

ونعرض في الفقرة التالية لحق العامل المهاجر في الكرامة .

رابعاً : الحق في الكرامة :

يتواجد العمال المهاجرين في مساكن متواضعة يطلق عليها ملاجئ العمال في أوربا ، وقد لا يحصلون علي الرعاية الصحية وقد لا يحصلون علي أجور عادلة .

وقد نصت المادة ١٢ من اتفاقية حماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم علي أن :

" ١- للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم الحق في حرية الفكر والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية أن يكون لهم دين أو معتقد يختارونه أو يعتنقوا هذا الدين أو المعتقد وحرية إظهار دينهم أو معتقدهم إما منفردين أو مع جماعة أو خلوة عبادة وإقامة للشعائر وممارسى وتعليماً .

٢- لا يتعرض العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لإكراه ينتقص من حريتهم في أن يكون لهم دين أو معتقد يختارونه أو يعتنقوا هذا الدين وهذا المعتقد .

٣- لا تخضع حرية إظهار الفرد لدينه أو معتقده إلا للقيود التي يقرها القانون أو تقتضيها حماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الغير وحرياتهم الأساسية .

٤- تتعهد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باحترام حرية الأبوين اللذين يكون واحد منهما علي الأقل من العمال المهاجرين والأولياء القانونيين إن وجدوا في تأمين التعليم الديني والأخلاقي لأولادهم ، وفقاً لمعتقداتهم الدينية " .

المادة ١٣ :

" ١- للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم حق اعتناق الأراء دون أي تدخل .

٢- للعمال المهاجرين وأفراد أ سرهم حق حرية التعبير ويشمل هذا الحق حرية جميع المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها بصرف النظر عن الحدود ، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة أو في شكل فني أو بأية وسيلة أخري يختارونها .

٣- تستتبع ممارسة الحق المنصوص عليه في الفقرة ٣ من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة ، ولذلك يجوز أن تخضع لبعض القيود ، شريطة أن ينص عليها القانون وأن تكون لازمة :

أ- لاحترام حقوق الغير وسمعتهم .

ب- لحماية الأمن القومي للدول المعنية أو النظام العام أو الصحة أو الآداب العامة .

ج- لغرض منع أية دعاية للحرب .

د- لغرض منع أية دعوة إلي الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية تشكل تحريضاً علي التمييز أو العداء أو العنف " .

المادة ١٤ :

" لا يعرض العامل المهاجر أو أي من أفراد أسرته للتدخل التعسفي أو غير المشروع في حياته الخاصة أو في شئون أسرته أو في بيته أو مراسلاته أو اتصالاته الأخري ، أو الاعتداءات غير القانونية علي شرفه وسمعته ، ويحق لكل عامل مهاجر ولكل فرد من أفراد أسرته التمتع بحماية القانون ضد هذا التدخل أو هذه الاعتداءات".

يجب كفالة الكرامة للعامل الأجنبي المهاجر وذلك بإقرار حقه في حرية العقيدة وحرية ممارسة شعائره الدينية وحرية التنقل والتعبير عن أفكاره بحرية وضمان سلامته البدنية وعدم تعرضه للإيذاء البدني أو التعذيب وعدم المساس بشرفه ([1]).

يكون للأجانب العاملين المهاجرين الحق في احترام الكرامة ([2]). ذلك أن هؤلاء الأشخاص قد تركوا بلادهم هرباً من الخوف والجوع فلا نجمع عليهم خوف بعد خوف ولا ننزل بكرامتهم فهم بشر وكل بشر بنيان الله واجب الاحترام.

وهناك من العمال المهاجرين من يتعرض للاضطهاد ، إذ يري العمال الكنديون أن المهاجرين يسرقون وظائفهم ، ولكن المشكلة ليست فيمن يحصل علي العمل ولكن في النظام الاقتصادي والذي يجب أن يوفر الوظائف للكافة .

كما أن أرباب العمل يستغلون العمالة المهاجرة ، خاصة غير الشرعية ويدفعون لهم أجور غير عادلة ويطلق علي ذلك سرقة الأجر vol salarial كما أنهم يقومون بالأعمال التي يرفض الوطنيون القيام بها كأعمال حفر الأنفاق ، رصف الطرق ، جمع القمامة ، كما أنهم يسكنون في مساكن غير مريحة وقد تكون غير صحية ، لعدم قدرتهم علي الحصول علي السكن الفاخر .

ولا توفر لهم دولة الإقامة الرعاية الصحية الكاملة . ولا تسمع الحكومة أو أحزاب المعارضة إلا لأصوات العمال الوطنيين ، وقد دعا ذلك إلي تكتل العمال المهاجرين في كندا في تجمع عرف باسم :

Coallation pour les droits des travailleurs et travailleurs migrant, 2015 للدفاع عن حقوقهم وشرح معاناتهم وآلامهم .

وقد عقد سنة ٢٠٢١ منتدي في كندا تحت شعار المساواة في الكرامة والمساواة في الحقوق **forum equal in dignity equal in rights** وقد استجابت الحكومة ووضعت برنامج لمنح الإقامة الدائمة لكل العاملين وكذا انطلقت

1- Michèle lamont, la dignite des travailleurs exclusion, race, classe et immigration en France et aux Etats unis, èd. Press de science po 2002, p. 17 ets.
2- Jenny Kwan, Daniel Blaikie, les travailleurs et travailleurs migrants ont droit au respect et a la justice, www. Npd. Ca, 2022.

دعوة المساواة من منتدي آسيا للمهاجرين Migrant forum in Asia وفروعه مثل منظمات التجمع المدني ، النقابات ولجنة حماية حقوق كل العمال المهاجرين وأفراد أسرهم ومنظمة العمل الدولية ([1]).

والواقع أن العمالة المهاجرة تساهم في القطاعات الاقتصادية في دول أوربا والخليج خاصة في الإنشاء والزراعة والصناعة ، وتحصل علي القليل من حقوقها . ومن ثم أصبح الاعتراف بها أمر إلزامياً وليس منة ولا تصدق .

يجب حماية العمال المهاجرين غير الشرعيين من استغلال مكاتب التوظيف التي تحصل علي مصاريف عالية وكذلك من أرباب العمل الذين يستغلون عدم وجود أوراق أو تأشيرة دخول معهم ([2]).

وعلينا ألا ننسي أن الغرب وأمريكا قد استفادوا من ظاهرة هجرة العقول la fuite de cervaux ، علي حساب دول الأصل في الجنوب .

وبناء علي ذلك ، يجب الاحترام الكامل لكرامة العامل المهاجر في شخصه ومسكنه وشرفه وسمعته واعتباره وحقه في السلامة الجسدية والمعنوية وحقه في العقيدة وحرية التعبير والإنتماء السياسي ، وعدم تعرضه للاستغلال البدني أو الأجري .

ويصعب القول أن قانون العمل قدم حلاً لمشكلات العمالة المهاجرة إذ بجانب الاتفاقيات الدولية الحمائية ما زال الطريق طويلاً للوصول إلي الحماية الكاملة .

نخلص إلي أن هناك إجماع عالمي علي ضرورة توفير الحماية للعمالة المهاجرة وذلك بالنظر إلي ضعف هؤلاء في مواجهة أرباب العمل والسلطات العامة في الدولة المستقبلة . وتعمل الدول مصدر العمالة علي الحصول علي قدر كبير من الضمانات من الدول المستقبلة ([3]).

1- step it up: Dignitè, droits et le developpement www. Crms 25. org.
2- caritas, Dignitè et droits pour tous les travailleurs migrants en Europe , www. Caritas international. Be 2022 .
3- Organisation internationale de l,immigration, OIM Etat de l,immigration dans le monde, bien communiquer sur la migration, Geneve, 2011, p. 161.

ومن ثم وضعت الاتفاقيات الدولية والإعلان العالمي للهجرة ، كما وضعت اتفاقيات ثنائية لتنظيم أوضاع العمالة المهاجرة .

ولا شك أن هناك نوع من العبودية في القرن الواحد والعشرين راجعة لاستغلال العمالة المهاجرة والتمييز ضدها والإقصاء الاجتماعي عدم المساواة بين الجنسين والفقر .

وقد يضطر العمال المهاجرون إلي القبول بشروط سيئة للعمل تكون أدني من المعاملة المقررة للعاملين الوطنيين وذلك حتي يستطيعون البقاء في دولة الاستقبال ولا يتم طردهم مثال ذلك الأطباء القادمين من دول العالم الثالث الذين يعملون في لندن أو باريس أو الولايات المتحدة الأمريكية .

رأي الباحث :

نحتاج إلي ضرورة إنشاء محكمة دولية للفصل في منازعات العمال ، إذ تظل هذه الاتفاقيات دون جدوي ، إذ لم يكن هناك قاض يطبقها ، كما يظل العامل المهاجر دون حماية وهو خاضع لاختصاص الدولة المضيفة تشريعياً وقضائياً بجانب الاختصاص الشخصي لدولة الجنسية .

ويتعين إنشاء مقار إقليمية لمحاكم العمال الدولية ، علي أن تلتزم الدول بتنفيذ أحكامها .

وعلي العرب فتح حدودهم وإعطاء العربي حق الإقامة والتنقل والعمل في أي جهة يختارها ، وإلا فإن عليهم التخلي عن هذا الوصف منقول مقاطعة البحرين أو دولة مصر وهكذا . ونبحث في المطلب التالي الحقوق الإقليمية والاقتصادية للعامل المهاجر .

المطلب الثاني

الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للعامل المهاجر

تعد هذه الحقوق أهم الحقوق التي يجب أن تكون للعامل ، إذ أنه يجب ضمان حقه في العمل والأجر والسكن والزواج وحقه في الضمان الاجتماعي وحقه في العلاج والتعويض عن العجز والإصابة ([1]).

أولاً : حماية العمال ضد التمييز العنصري :

تنص الاتفاقية العالمية للقضاء علي كل أشكال التمييز العنصري الموقعة سنة ١٩٦٥ علي أن التمييز هو تمييز أو استثناء أو تفضيل يقوم علي أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الأثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو بممارستها علي قدم المساواة في الميدان السياسي أو المجال الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو أي ميدان آخر من مجالات الحياة العامة .

وتلتزم الدول الأطراف في اتفاقية حماية العمال المهاجرين بأن لا يكون هناك عدم تمييز في القوانين المتعلقة بالإبعاد أو بخلافه من أشكال ترحيل غير المواطنين من حيث الغرض أو الأثر ضد هؤلاء الأشخاص علي أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو العرقي وضمان تمتع الأجانب بحق المساواة الفعالة بما في ذلك وقف قرار الإبعاد الصادر بحقهم وحقهم في الطعن والقضية العادلة وضمان عدم إبعاد الأجانب بصورة جماعية وضرورة مراعاة الظروف الشخصية لكل واحد من الأشخاص المعنيين بعين الاعتبار .

وتكفل الدولة تمتع الأجانب بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية في التعليم والسكن والعمل والصحة واتخاذ التدابير الفعالة لمواجهة مشكلات العمال الأجانب .

وقد نصت الاتفاقية رقم ١٩ لسنة ١٩٢٥ علي مساواة العمال الأجانب بالوطنيين في التعويض عن إصابات العمل . وتؤكد التزام الدولة العضو بأن

١- عبد الوهاب محنش ، حماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم في القانون الدولي لحقوق الإنسان ، رسالة ماستر ، جامعة بانتة ، الجزائر ، ٢٠١٥- ٢٠١٦، ص ٦٢ وما بعدها .

تعوض العامل الأجنبي الذي يصاب علي إقليمها في الحوادث التي تقع في إطار العمل وتكفل المساواة للعمال الأجانب ولمن يعولونهم دون التقيد بشرط الإقامة([1]).

كما يقرر القانون الدولي المساواة بين الوطنيين والأجانب في مجال الضمان الاجتماعي ، بموجب الاتفاقية رقم ١١٨ لسنة ١٩٦٥ وتكون المساواة في التغطية والإعانات وإعانات الورثة أياً كانت جنسيتهم وتشمل إعانات العجز والشيخوخة وإعانات الورثة ومنح الوفاة ومعاشات إصابات العمل ، والتدابير التي تتخذ لهذه الغاية عند الضرورة .

ثانياً : منع السخرة :

منع القانون الدولي منذ فترة مبكرة العمل الإجباري القسر forced work ، إذ أن أرباب العمل يستغلون العمالة المهاجرة غير المنتظمة وخاصة لعدم قانونية إقامتهم وعدم قدرتهم علي الشكوي وحاجتهم الماسة للاسترزاق .

وتتعهد الدولة بحظر العمل الإجباري أو الإلزامي بكل اشكاله حظراً تاماً في أي وقت ممكن ولا يشمل ذلك الأعمال العسكرية والواجبات المدنية للمواطن أو العمل الذي يتم تنفيذاً لحكم قضائي . والأعمال في حالات الطوارئ والحرب أو الكوارث أو وجود ما يهدد بوقوع كارثة كالزلازل أو الفيضان .

ويجب ألا تزيد ساعات العمل الإلزامي الاستثنائي عن ساعات العمل العادية ويلتزم رب العمل بضمان إعالة العامل إذا أصيب أثناء العمل الجبري ولا يجوز العمل الإلزامي الجماعي وكذلك لا يجوز الإجبار علي العمل تحت الأرض أو في المناجم .

ثالثاً : الحق في الأجر العادل :

يكون للعمال المهاجرين سواء كانت إقامتهم مشروعة أو غير مشروعة الحق في الحصول علي الأجر العادل وعدم استغلاله وألا يكون أقل من أجر العامل الوطني.

١- د. أحمد أبو الوفا ، الحماية الدولية لحقوق الإنسان ، دراسة الآليات ومضمون الحماية عالمياً وإقليمياً ووطنياً ، دار النهضة العربية ، القاهرة ط ٤ ، ٢٠١٥ ، ص ٣١٣ .

والواقع ، أن الكثير من العاملين المهاجرين يعانون من الأعمال السيئة وظروف العيش ، بما في ذلك الأجور المنخفضة والعمل غير الآمن ، الخطر وغياب الحق في الضمان الاجتماعي ، غياب الحق في حرية الاجتماع وحقوق العاملين ، ويتعرض أطفال رب العمل للمضايقات وذلك بسبب عدم إدراك مساهمة العمال المهاجرين في اقتصاد الدولة المضيفة ([1]).

ويتعين ملاحظة أن العمالة المهاجرة هي في جميع الأحوال استثمار بشري human investment .

ونلاحظ عدم العدالة ، ‘ذ استطاعت دول الاتحاد الأوربي أن تصل إلي حرية انتقال العمالة الأوربية بحرية بين الدول ، وحقها في المساواة في الأجر وفي الفرص .

في المقابل ، هل المنظمة العربية عاجزة عن أن توفر أي حق للعامل العربي فلا حرية في التنقل ولا حرية أو مساواة في الأجر مع العمالة الوطنية ولا حق في الضمان الاجتماعي . بل إن العمالة الوافدة تتعرض لمشكلات جمة من التفرقة والتمييز وعدم الإنصاف أمام القضاء والرضاء بالأجر الذي يحدده رب العمل .

والحال لا يسر عدو أو صديق علي المستوي الأفريقي فليس هناك حماية للعمالة المهاجرة بين دول القارة .

وحتي الدول الأسيوية في جنوب آسيا وقعت إعلان حماية العمالة المهاجرة ٢٠٠٤ وأصدرت سنة ٢٠١٤ إعلان كاتمندو لتقرير التعاون والإدارة الجادة والمسئولة لتكفل رفاه العمالة المهاجرة الأسيوية .

كما أن دول الكاريبي أصدرت إعلان هافانا سنة ٢٠١٦ حيث أعلنت تعهدها العميق وذلك بالنسبة لاحترام حقوق الإنسان في مواجهة المهاجرين أياً كانت جنسيتهم .

1- sonia Bastigkeit Ericstam, The right to have labour rights, Master of laws program, 2017, p. 1 & ff.

وقد أعلن الاتحاد الأفريقي برنامج عمل مشابه حول الهجرة الأفريقية بين الدول الأعضاء سنة ٢٠٠٧ .

وينقسم العمال المهاجرون الذين يبحثون عن عمل في دولة أخري إلي قسمين:

القسم الأول مهاجرون مأذون لهم بالإقامة الدائمة .

ومهاجرون مأذون لهم بالإقامة المؤقتة .

وتكون شروط وظروف العمل أفضل بالنسبة للعمالة المدربة المؤهلة وكذلك أجورهم وكذلك لهم تسهيلات من حيث رخصة العمل وكذلك بالنسبة لشروط القبول في العمل .

العمالة المهاجرة غير المنتظمة :

هي العمالة التي تكون بدون إذن دخول أو إقامة ، بدون أوراق أو غير مشروعة ، ولا يوجد تعريف قانوني واضح لهذه الطائفة .

وقد عرف التوجيه الأوربي رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٩ العمل غير المصرح به والعامل غير المصرح له بأنه استخدام رعية دولة أجنبية ومقيم إقامة غير مشروعة ، مثل رعية الدولة الغير متواجد علي إقليم دولة عضو لا تتوافر فيه أو لم تعدتتوافر فيه شروط الإقامة المشروعة .

ويمكن أن يعتبر عمله غير قانوني إذا كان لديه تصريح بالإقامة ولكنه اختار أن يعمل بدون تصريح ([1]).

وفي جميع الأحوال يجب احترام حق العامل في الأجر العادل وكفالة حقه في الشكوي ، حتي لو كانت إقامته غير مشروعة ,

ونبحث في المبحث التالي القانون الواجب التطبيق علي العامل المهاجر في أحواله الشخصية والتعاقدية .

1- kubra Dogan yenisey, protèger les droits des travailleurs migrants: un dèfi pour le droit du travail, www. Dol . org 10. 4000 rdctss 2019, p. 12 & seq.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق علي العامل المهاجر

يظهر ضعف العامل المهاجر منذ اللحظة التي يبدا فيها رحلته نحو المجهول أيتعدي حدود دولته ليلحق بدولة أخري ، وتبدأ مرحلة الإقامة في هذه الدولة أو مطاردة الشرطة له .

ويواجه العامل صعوبات جمة خاصة من ناحية النظرة الأمنية إليه إذا كان مسلماً فهو إرهابي بالضرورة هكذا يفكر الغرب وأمريكا ، ويعاني من الإجراءات الأمنية ، كما أن الأزمة الاقتصادية قد تؤدي بالدولة المضيفة إلي إغلاق حدودها ، حتي لو كان العامل الغير منتظم أو المخالف يمكن أن يوفق أوضاعه من خلال رابطة العمل([1]).

بناء علي ذلك ، يحتاج العامل المهاجر إلي الحماية من كل الوجوه حتي مجال الأسرة وفي مجال عقوده وأخصها عقده العمل ([2]).

وبناء علي ذلك ، نقسم هذا المبحث إلي مطلبين :

المطلب الأول : قانون أسرة العامل المهاجر .

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق علي رابطة العمل .

المطلب الأول

قانون الأحوال الشخصية للعامل المهاجر

إذا كان العامل المهاجر قد ترك دولته إلا أنه يحمل معها تقاليدها وعادتها وما زال يرتبط بها بأسرته وأولاده ، إذا غالباً ما تكون زوجته من بني قومه وعشيرته . ومن ثم يظل منتمياً إلي هذه الدولة وهيب في الغالب من دولة الشرق العربي أو شمال أفريقيا أو حتي من دول جنوب الصحراء ، وبالتالي تأخذ قانون

1- Camille Papinot, la protection internationale du travailleur migrant, these , universite paris oust Nanterre la defense, 2014, p. 33 ets.

2- Kubra Dogan yenisey, pro tèger les droits des travailleurs migrants: un dèfi pour le droit du travail? Revdu droit compare du travcil et de la securitè sociale 2019, no 3 par 31-33.

التطبيق الشخصي علي روابط الأسرة بدأ من الخطبة وشروط الزواج وآثاره وانحلاله .

أولاً : تطبيق القانون الشخصي :

يعتبر الحق في تكوين الأسرة من الحقوق الأساسية للعامل المهاجر ، وهذا العامل قد يدخل الدولة المضيفة وهو في أحد ثلاثة فروض :

الفرض الأول : متزوج بزوجية قائمة .

الفرض الثاني : متزوج ويريد الزواج ثانية .

الفرض الثالث : متزوج ويرغب في طلاق أو تطليق زوجته .

الفرض الأول : فرض الزوجية القائمة :

قد يغادر المهاجر دولته وسبق له تكوين عش الزوجية ، ومن ثم فإن هذا الأمر يعني أنه قد أبرم عقد زواجه في دولة الجنسية .

بناء علي ذلك ، لا يثير هذا الفرض مشكلة تذكر ، لأن معظم المهاجرين يمر ببناء الزوجية أو تنشيط الروابط الأسرية ([1]).

وتثور مشكلة الاعتراف بالحقوق المكتسبة التي تمت في الخارج من قبل قانون دولة الاستقبال .

الاعتراف بالرابطة القانونية وآثارها :

إذا اكتملت الرابطة القانونية في إطار قانون أجنبي ونشأت صحيحة ورتبت آثارها ، فإنها يمكن أن ترتب آثارها في إطار القانون الأجنبي الذي يشترك مع قانون دولة العلاقة في التراث القانوني ، ويسمي هذا بالأثر الممتد للنظام .

أما إذا كان القانون الأجنبي لا يعترف بهذه العلاقة وقد نشأت صحيحة في ظل قانون أجنبي ، فإنه يمكن الاعتراف بآثار هذه العلاقة في إطار القانون الأجنبي ، إذ أن هذه الآثار تكون أقل تعارضاً مع النظام العام في الدولة الأجنبية المراد التمسك فيها بآثار هذه العلاقة وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام .

1- Michèle Tribalat, Mariages mixtes et immigration en France, Rev. espace population, societe, 2009, no 2. para. 1.

ولا شك أن تسجيل زواج الأجانب المهاجرين يدخل في اختصاص ساطات دولة الاستقبال خاصة قواعد القانون الدولي الخاص حول الاعتراف بالقرارات والمحررات الرسمية (شهادات الزواج وشهادات الميلاد أو إنحلال الزواج) .

ونجد هناك تفاعل بين القانون الدولي الخاص وقانون الهجرة ، إذ أنه يلزم الاعتراف بالزواج الذي تم في الخارج كشرط مسبق لاكتساب المهاجر مركزاً قانونياً مختلفاً مثل الحصول علي الدعم العائلي أو طلب لم الشمل .

والصعوبة التي تواجه العامل هي أن بعض الدول لا توثق الزواج ولا الميلاد ، ومن ثم يواجه العامل مشكلة إثبات الزواج .

ويزيد من الصعوبة السلطة التقديرية المقررة لدولة الاستقبال بشأن منح الغذن بالدخول أو بالإقامة ، مما يوجد هوة بين قواعد القانون الدولي الخاص والقانون الخاص بالهجرة .

وتجدر الإشارة إلي أن زوجة العامل ليست بالضرورة أجنبية ، بل قد تكون وطنية ولكن نظراً لأن الزواج تم في دولة الجنسية أو دولة الأصل ، تثور مشكلة الاعتراف بهذا الزواج في الدولة الأجنبية (دولة الإقامة) ([1]).

ويلزم في هذه الحالة تكييف الرابطة القانونية ، تحديد القانون الذي يطبق علي هذه الرابطة في دولة القاضي ، تحديد ضابط الإسناد الملائم وحيث أن المراد بالاعتراف بالزواج المبرم في الخارج ، فإن القانون الواجب التطبيق علي عملية الاعتراف هو قانون دولة القاضي ، ومن ثم يكون هذا الزواج شرعياً حتي لو كان قانون هذه الدولة يمنع هذه العلاقة من النشوء وذلك وفقاً للأثر المخفف للنظام العام.

إذ أن هذه الرابطة تخضع في الأصل للقانون الشخصي (قانون جنسية كل من الزوج والزوجة) ولا يتدخل قانون دولة الإقامة إلا باعتباره قانون يمكن أن يكون له اختصاص بدافع النظام العام .

1- Andrè Rodriguez Benot, le statut personnel des marocains a l, ègerd de l, ordre juridique espagnol: observations gènèrales et propositions de lege ferenda, paixet sècuritè internationale, Rev Maroco- espagnale se droit international et relations internationales , 2016, p. 117 ets.

ويقوم الاعتراف بالزواج الأجنبي علي مفهوم تعدد الثقافات والاعتراف بالحق في الذاتية للعامل المهاجر وليس الإندماج الكامل في دولة الهجرة . وكذلك يبرر بمفهوم استقلال المهاجر وهذا يعني أن دولة الاستقبال يجب أن تقبل المهاجر بحالته الشخصية علي قدم المساواة مع الوطني ، وهذا الاتجاه يتعارض مع مفهوم الوحدة الثقافية في دولة الاستقبال .

ويثير ذلك الاتجاه تخوف الدول المضيفة من تكوين جزر من المهاجرين داخل الدولة لهم قوانينهم المختلفة عن قوانين الدولة ([1]).

بناء علي ذلك ، تجد دولة الاستقبال لزاماً عليها الاعتراف بآثار الرابطة القانونية التي تم إبرامها في الخارج ([2]).

ويبرر هذا الاعتراف بضرورة التسليم والحفاظ علي استقرار الرابطة القانونية التي نشأت في الخارج والاعتراف بما رتبته من أثار .

ونلاحظ أن العلاقة القانونية قد نشأت في الخارج ومن ثم فإن احتمال إصطدامها بالنظام العام الدولي قد خف أو لم يعد موجوداً ، وبقيت الآثار التي رتبتها هذه العلاقة مثل آثار الزوج من طاعة الزوجة والمعاشرة والسكن المشترك ، وثبوت النسب .

الفرض الثاني : أن الأجنبي متزوج ويريد الزواج من ثانية :

هذا الفرض يثير مسألة تعدد الزوجات وهو المركز القانوني المحظور في القوانين الغربية . ونجد هنا صراع بين النموذج العربي للأسرة وهو نموذج علماني ذو أصل مسيحي وهو يقوم علي الزوجة الواحدة ، ولا يسمع بتعدد الزوجات ، والنموذج الإسلامي وهو يقوم علي تعدد الزوجات وحرية الرجل في الزواج بأكثر من زوجة واحدة .

1- S. Poulter, The claim to a seperate Islamic system of personal law for british muslims, enu Connors, ch. Mallat, ilamic family law, ed . Graham & Trotman, londecs, 1990, p. 147 ets .

2- coline le cam Mayou, l, exception de l, ordre public international dans l, application de la loi ètrangère et la reception des jugements ètrangers, mèmoire, paris I, 2020, p. 64 ets.

وفي هذه الحالة يتدخل النظام العام ليمنع العامل المهاجر من الزواج ثانية ، إذ أن الدين يؤثر علي الأهلية ، إشهار الزواج الآثار الشخصية والمالية للزواج ، الانفصال الجسدي والطليق ، إثبات النسب ، حماية الأطفال والميراث بسبب الموت([1]).

ويطبق في هذه الحالة الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق قانون كل من الزوجين والذي يسمح بقيام الرابطة القانونية بالرغم من حظر الزواج الثاني في القوانين الأوربية ([2]).

ويتم منع العلاقة من النشوء ، ولا يكون أمام العامل المهاجر من حل سوي فرضين :

- الفرض الأول : أن يعود إلي دولته ويتزوج فيها ، ثم يتمسك بهذا الزواج في دولة الإقامة .
- الفرض الثاني : هو أن يقوم بطلاق الزوجة الأولي ليتزوج بالثانية

ويعتبر النظام العام في هذه الحالة وسيلة دفاع وليس له علاقة بقاعدة التنازع إذ أنه يثير الآلية القسرية ([3]).

وقد حظرت المادة ١٤٧ من القانون المدني الفرنسي الزواج الثاني la polygamie أو تعدد الزوجات ([4]).

وتخضع صحة الزواج الثاني للقانون الوطني لكل من الزوجين ، إذ أن هذا القانون هو الذي يكشف عن هذا الزواج الثاني ويتم تطبيق قانون كل من

1- Y. Carier, M. Verwilghen, le statut personnel des musulmans, droit compare, droit international privè, Bruylant- Bruxuelles, 1992, p. 290 ets.
2- F. Cadet , l, ordre public en droit international se la famille, etude compare France , Espagne, l. Harmattant, 2005, p. 311-312.
3- C. Symeon syneonide & wendy Col lins perdue conflict of laws, American comparative, international cases andmaterialsk American casebook series, west, 3 rded. 2012, p. 104.
4- J. M. Bischoff, le mariage polygamie en droit international privè, Travaux du comitè p. de DI PRIVè, 1981, 3-2, P. 91-116.

الزوجين تطبيقاً موزعاً ، فإذا أقر الزواج يتدخل النظام العام في دولة القاضي وهو نظام عام وقائي .

وقد ذهب بعض الفقه الغربي إلي منع الزواج من الأجنبي الذي يحتمل أن يقوم بزواج ثان وهذا ما أطلقوا عليه زواج محتمل أن يكون متعدد marriage polygamia potentiellement ، وقد طبقت ذلك بعض المحاكم الإنجليزية([1]).

رأي الباحث :

هذا الاتجاه عنصري ، ويخرج علي كل مقتضيات القانون الدولي لحقوق الإنسان ، إذ أنه يبني منع الزواج الأول علي احتمال أن يقع زواج ثاني ، لكن ماذا لو لم يقع الزواج الثاني ، ألا يكون هناك ظلم حاق بالزوج أو المقبل علي الزواج وتم منعه من الزواج من رعية دولة تحظر تعدد الزوجات .

إذن ، المنطق ، هو أن لحظة إبرام الزواج هي الوقت الذي يتم شروط صحة الزواج استقلالاً عن أي اعتبار آخر .

كما أن الدفع بالنظام دفع لاحق لنشأة العلاقة وليس له أي دور في تطبيق قاعدة الإسناد ، هذا الدفع يطبق عند النظر في الأثار المترتبة علي العلاقة أمام قاضي دولة الإقامة أو يتم إثارته عند تكوين الزواج الثاني إذا أريد تكوينه في دولة إقامة العامل ، ويتم تطبيق الأثر الإيجابي للنظام العام ومنع رابطة الزواج الثاني من النشوء .

الفرض الثالث : العامل الذي تزوج زواجاً ثانياً في دولة الجنسية :

لا يصطدم مركز العامل المتزوج بهذه الطريقة بالنظام العام في دولة الإقامة .

1- J. M. Bischoff, le marage polygamie, op. cit , p. 94 ets.

ويستفيد من الأثر المخفف للنظام العام بالاعتراف بآثار الزواج الثاني بما يرتبه من نسب ، وإن كانت دولة الإقامة قد تقصر الإعانة والرعاية علي الزوجة ، باعتبار أن وحدة الزوجة من قوانين البوليس أي القواعد واجبة التطبيق دون مراعاة لأي قانون واجب التطبيق .

إذن الأثر المخفف effet atfenuè يسمح بالاعتراف بالزواج الثاني المبرم في الخارج . مع ملاحظة أن القاضي قد يعرقا الاعتراف بهذا الزواج ، إذا كانت الزوجة الثانية تحمل جنسية دولة من دول الاتحاد الأوربي من ناحية أخري ، ترفض دول الاتحاد الأوربي لم الشمل بالنسبة للزوجة الثانية وبالتالي ليس من الوارد أن يقوم العامل المهاجر باستقدام زوجة ثانية إلي دولة الإقمة مثل فرنسا ، بلجيكا ، إيطاليا ([1]).

القانون الواجب التطبيق علي تكوين الزواج :

يلزم أن نفرق بين الشروط الشكلية للزواج والشروط الموضوعية :

أ- الشروط الشكلية :

يطبق علي الشروط الشكلية للزواج نص المادة ٢٠ من القانون المدني الخاصة بشكل التصرفات القانونية والتي جاء نصها كالآتي :

" العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك " .

وبناء علي ذلك ، هناك إسناد متعدد أي هناك تعدد في ضوابط الإسناد وهذا الإسناد ليس ترتيباً أي إسناد اختياري يكون لطرفي العقد الاختيار بين أكثر من ضابط إسناد وقانون لحكم الشكل :

1- European parliament, private international law in a context of increasing international mobility: challenges and potential, legal affairs, 2017, p. 21 & seq.

١-قانون محل الإبرام .

٢- قانون الأحكام الموضوعية أي قانون دولة جنسية كل من الزوج أو الزوجة .

٣-قانون الجنسية المشتركة .

القاعدة في القوانين الغربية :

تأخذ هذه القوانين وعلي رأسها القانون الفرنسي بتطبيق قاعدة الشكل السائد في مكان المحل : locus regit actum وهذه القاعدة ليست متعلقة بالنظام العام يجوز للأطراف اختيار قانون آخر يطبق علي شكل الزواج .

ويبرر اختصاص القانون المحلي بأنه الأيسر ، كما أن موضوع الزواج نفسه قد يخضع لهذا القانون .

وبالرغم من أن هذه القاعدة لم ينص عليها المشرع الفرنسي ، فهي وليدة العمل يري بعض الكتاب أنها ذات طبيعة آمرة ، وقد أخذت بها دول أخري([1]).

القانون الواجب التطبيق علي موضوع الزواج :

تنص المادة ١٢ من القانون المدني علي أن :

" يرجع في الشروط الموضوعية للزواج لقانون كل من الزوجين ".

أي يطبق قانون كل من الزوج والزوجة وقت انعقاد الزواج والرأي مستقر علي التطبيق الموزع لحكم الرضاء والمحل والسبب أي كل العناصر المكونة للزواج بما في ذلك شرط الولاية في الزواج وشرط الكفاءة ، عدا موانع الزواج فيطبق عليها قانون كل من الزوجين .

1- J. Mestre, le mariage en droit international prive, Juris, class droit international, 1993, litec, no 9 et s., fasx. 546-20.

مع ملاحظة أن النظام العام قد يطبق علي الموانع الثنائية التي تتوافر في الزوج والزوجة ، ولكن لا مانع من تطبيق الموانع الفردية مثل شرط موافقة الأب وإذنه ([1]).

القانون الواجب التطبيق علي آثار الزواج :

تنص المادة ١٣ أ يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج علي الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلي المال .

وهكذا انحاز القانون المصري وقوانين الدول العربية لقانون دولة جنسية الزوج وقت الزواج وخرج علي تطبيق القانون الوطني لكل من الجنسين .

ويطبق القانون الفرنسي علي آثار الزواج إذا كان الزوجان يقيمان في الإقليم الفرنسي ، أما إذا كان الزوجان يشتركان في الجنسية يطبق قانونهما الوطني المشترك .

أما إذا لم يكن لهما الجنسية المشتركة ولا موطن مشترك في فرنسا يطبق قانون أخر موطن مشترك بينهما .

ويطبق قانون الجنسية المشتركة الجديدة التي تم اكتسابها بعد الزواج علي آثار هذا الزواج وكذلك بالنسبة للموطن المشترك الذي يتم اتخاذه بعد الزواج ([2]).

القانون الذي يحكم إنحلال الزواج :

تنص المادة ٢/١٣ أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق .

1- Y. Loussouarn, P. Bourel, Droit international privè, Dalloz , 5 ème èd. 1996, no 302 et s.

2- Mariage internationale quelle est la loi applicable, www. Cours. De droit , net 2019.

ويسري علي التطليق والإنفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى .

ومن هنا فإن المشرع العربي قد فصل تطبيق قانون دولة جنسية الزوج علي إنحلال الزواج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الإنفصال الجسدي ، ويطبق كذلك وقت الجنسية الزوج علي إنحلال الزواج بالخلع باعتباره احدي طرق انحلال الزواج سواء تم الإجراء من قبل الزوج كما هو الحال في حالة الطلاق بالنسبة للمسلم أو اليهودي أو رفعت الدعوى من الزوجة لطلب التطليق أو الخلع أو الانفصال الجسدي .

ويخالف القانون الفرنسي هذا النهج إذ يطبق قانون آثار الزواج علي مشكلة انحلال الزواج لأي سبب كان .

مع ملاحظة أن القانون الفرنسي والقوانين الغربية تعرف شكل المشاركة الأسرية وهي قد تجمع بين الجنسين الذكر والأنثي أو المتماثلين ، ويجوز أن يتفق الطرفان علي القانون الواجب التطبيق لحكم هذه المشاركة الأسرية .

من ناحية أخري أجازت اللائحة الأوربية رقم III ٢٠١٢ حول الطلاق للزوجين الاتفاق علي القانون الواجب التطبيق علي تطليقهما .

فإذا لم يكن هناك اختيار للقانون الواجب التطبيق يطبق قانون محل الإقامة المعتادة الأخير للزوجين ، بشرط ألا تكون هذه الإقامة المعتادة قد انتهت منذ سنة قبل رفع دعوى التطليق ، وأن يكون الزوجين ما زال يقيم فيها وقت رفع الدعوى أمام القضاء (١).

قانون البوليس العربي :

نصت المادة ١٤ علي أنه :

1- a. Devers, M. Farge, le nouveau droit international de divorce, a propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce, Rev. dr . famille, 2012, ètude 13 no 12 .

" فـي الأحـوال المنصـوص عليهـا فـي المـادتين السـابقتين إذا كـان أحـد الـزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون المصري وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج " .

قانون البوليس هو قواعد محددة مكانياً ، ويجب أن تطبق بواسطة محاكم الدولة ، باعتبارها من النظام .

وقد كيفت هذه القوانين في فرنسا علي أنها قوانين ذات تطبيق فوري . ويبرر تطبيقها أنها ضرورية لحفظ التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة .

ويختلف قانون البوليس عن النظام العام من حيث أن النظام العام يتدخل عندما تتصادم نتيجة تطبيق قانون أجنبي معين مع القيم والمصالح الجوهرية للدولة في الاقتصادية والسياسة والاجتماع ([1]).

إذن ، ارتباط العلاقة القانونية بالدولة يبرر تطبيق قانون البوليس ([2])، وهذا ينطبق علي تطبيق القانون المصري أو العربي علي آثار الزواج وانحلال الزواج إذا كانت الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج ، تطبيق استثناري حماية لمصلحة الزوجة الوطنية .

ونبحث في المطلب الثاني القانون الذي يحكم عقود العامل المهاجر وأخصها عقده الذي هاجر من أجله ألا وهو عقد العمل .

1- P. Mayer, les lois de police ètrangères, Journal de droit international , 1981, p. 277 et s.

2- P. Lagarde, le principe de proximitè dans le droit international privè contemporain . Recueil des cours de l, academie de droit international la Haye 1986, t . 196, p. 9 et s.

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم عقد عمل العامل المهاجر

القانون الواجب التطبيق علي عقد العمل لا يخرج عن القانون الذي يحكم الروابط التعاقدية وهو قانون الاختيار الصريح أو الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق فإذا لم يوجد اختيار للقانون الواجب التطبيق يطبق قانون الموطن المشترك فإذا لم يوجد موطن مشترك يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد ([1]).

أولاً : قانون الاختيار الصريح أو الضمني :

عقد العمل هو توافق إرادتين أو أكثر علي إنشاء أثر قانوني مشروع ويتمثل في اتفاق بين عامل مهاجر ورب عمل علي أداء عمل محدد لمدة معينة وبأجر محدد لمدة مجددة أو غير مجددة ([2]).

ويجوز أن يتفق الطرفان علي اختيار القانون الواجب صراحة سواء كان هذا القانون له صلة بالعقد أو ليس له صلة ، والغالب أن رب العمل هو الذي يقوم باختيار القانون الواجب التطبيق .

ويكون الاختيار الصريح في الغالب بالتعبير الكتابي من خلال قيام أطراف الـ عقد بتعيين القانون الواجب التطبيق علي العقد أو يكون ذلك من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة ([3]).

ويشترط في القانون الواجب ألا يصطدم بالقواعد الآمرة في النظم القانونية ذات الشأن وتعيين هذا القانون يمكن أن يرد في شرط التحكيم . وقد يسكت الأطراف عن تعيين الـ قانون الذي سيحكم موضوع النزاع وهذه حالة يندر حصولها

1- M. Albornoz. La loi applicable aux contrats internationaux dans les du Mercosur, these, paris II, 2006, p. 163 et s.

٢- م م . أزهار محمود لهود ، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية ، مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية ٢٠٢٠ ، مجلد ٩ ع ٣٤ ، ص ١٩٠ وما بعدها .

٣- د. محمد حسين منصور ، المسئولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٥٢ .

، وفي هذه الحالة يتم الاستدلال من هذه الإرادة من خلال الدلائل والعلامات التي تربط العقد بدولة معينة ([1]).

ولكن ما هي الدلائل أو العلامات التي تدل علي اختيار القانون الواجب التطبيق ؟

من هذه العلامات لغة العقد ، مكان إبرام العقد ، مكان تنفيذ العمل محل إقامة العامل ، مركز إدارة المؤسسة التي يؤدي العمل لصالحها .

وبناء علي ذلك ، يمكن القول أن الأطراف اتجهت إرادتهم إلي تطبيق قانون مكان تنفيذ العمل علي سبيل المثال .

ولكن هل يجوز اختيار القانون الواجب التطبيق علي عقد العمل بالرغم من وجود قواعد آمرة حمائية للعامل في مكان تنفيذ العمل ، هل يجوز الخروج عليها ؟

قوانين البوليس في دولة مكان أداء العمل :

من القواعد الآمرة هي أهلية العامل للعمل مثل بلوغه سن لا تقل عن خمسة عشر عاماً ، الحد الأدني لساعات العمل ، الحد الأدني للأجور ، الأمن الصناعي ، خطر بعض الأعمال علي الأطفال وعلي النساء ، التعويض الكامل في حالة إصابة العامل أو علي الأقل في حدود إصابة العمل ، عدم الفصل التعسفي ، التعويض عن الفصل التعسفي .

وكذلك النصوص المحددة لساعات الراحة ، قواعد السلامة العامة والشروط الـ صحية ، التفتيش العمالي ، المزايا والحوافز التي يقررها القانون ، القواعد المتعلقة بعدم التمييز ، منع التحرش ، التسلط الوظيفي ، مدة الإشعار أو الإخطار قبل إنهاء عقد العمل ، القواعد المنظمة لاتحادات ونقابات العمال والتمثيل العمالي ، قواعد حماية الخصوصية وحماية البيانات الشخصية ، سرية المعلومات ،

١- د. طلال ياسين ، العقود وتطبيقها في القانون العراقي ، رسالة ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٦ ، ص ٩٠,

المنافسة ، والملكية الفكرية والقواعد المتعلقة بالتقاعد الإلزامي ، والضمان الاجتماعي ، ، ومكافأة نهاية الخدمة وغيرها .

وتجدر الإشارة إلي أن هذه القواعد آمرة أي واجبة التطبيق علي الكل أي كل المقيمين في إقليم الدولة .

وهذه القواعد الحمائية واجبة التطبيق حتي لو كان العامل مهاجر هجرة غير شرعية .

وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأن قانون العمل قانون إقليمي في إنجلترا من أجل حماية العمال الذين يعملون علي الإقليم الإنجليزي ([1]).

وبناء علي ذلك ، فإن إقليمية القواعد العمالية الحمائية للعمال هي الواجبة النفاذ أياً كانت الاتفاقيات أو الاعتبارات المخالفة ، ومن ثم تطبق قواعد العمل في أماكن العمل هي الواجبة النفاذ .

أي أن قانون العمل هي من قواعد التطبيق المباشر علي علاقات العمل باعتبارها قواعد آمرة تمثل الحد الأدني من الحماية ، وهذه القواعد لا تمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يعطي العامل حماية أفضل .

وقد حكمت محكمة العدل الأوربية بجواز تطبيق قوانين البوليس الأجنبية أي يمنح فاعلية لقواعد التطبيق المباشر لدولة أخري يرتبط بها العقد ارتباطاً وثيقاً ، وتكون الأولوية للقواعد الآمرة في دولة القاضي وفي دولة مكان تنفيذ العقد ([2]).

وقد لاحظت المحكمة أن تطبيق قواعد البوليس الأجنبية يجب أن يكون متناسباً وضرورياً لحماية العامل الأجنبي ، ومن ثم تقوم المحكمة بالمقارنة بين قواعد البوليس في مكان العقد أي في مكان تنفيذ عقد العمل وقواعد البوليس في

1- u. s. Army v. English Nolah shipyard cited by Doland c. Dowing, How to know which jurisdiction s employment laws reach- crossing staff. A comparative guide to international choice of employment law and forums, litec, 2017, www. Org . sites/ default/ fire/ News leter 2017.

2- ECJ, 2016, Recueil, p. 774, 18-10-2016.

دولة أ خري مثل دولة الجنسية أي دولة أصل العامل وتختار القواعد الأكثر حماية للعامل ([1]).

بناء علي ذلك ،يستبعد تطبيق النصوص المخالفة لمبادئ القانون الطبيعي ، إذ أن حماية العامل من الاستغلال ، السخرة ، والتمييز العنصري أمور يحظرها القانون الطبيعي وهو يشمل مبادئ العقل والمنطق والعدالة ومبادئ القانون العام والخاص المشتركة بين الأمم ([2]).

إذن ، تعد المبادئ الأساسية من القواعد ذات التطبيق الفوري مثل حظر العبودية ، حق العامل في الأجر العادل الفوري ، المساواة أمام القانون .

وهذه القوانين هي القوانين التي تحمي مصالح الضعفاء باعتبارها مصالح خاصة مكونة لمصلحة عامة تهم الجماعة الوطنية والدولية في مجموعها .

وهذه القوانين لا يمكن الجزم أنها من القانون الخاص أو من القانون العام بل هي تتواجد في المنطقة الرمادية أي حيث يلتقي القانون الخاص مع القانون العام بحيث يصعب التفرقة بينهما .

ومن هنا تكون المصلحة العامة ماثلة ، ويتعين عدم إخضاعها في منافسة مع القوانين الأجنبية وإعطائها أولوية في التطبيق .

وقد أشارت لائحة روما ٢ حول القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقد علي أولوية قوانين البوليس في دولة القاضي وله أن يضع في اعتباره قوانين البوليس الأجنبية ذات الصلة الوثيقة بموضوع النزاع .

1- L. Idot, Noto sous CJCE gnovembre 2000 Rev. critiq droit international privè 2001, p. 107.

2- lerebours- Pigeonnière, Droit international privè, Paris, Dalloz , 8 ème èd. 1962 p. 461.

إذن تعكس قوانين البوليس قواعد القانون العام فهي ذات أهداف متطابقة خاصة ، الاهتمام بحماية الطرف الضعيف ، وتوفير الحماية له والإلزام بتطبيق هذه الحماية بالأسبقية علي غيرها من أي قانون آخر ([1]).

وتتنوع قواعد البوليس ذات التطبيق الفوري والمباشر ، ولا يوجد معيار مادي لها سوي المعيار المشترك بينما أنها قواعد ذات تطبيق فوري مبررة لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة .

طبيعة قوانين البوليس :

هذه القوانين هي نصوص داخلية ونصوص موضوعية تطبق مباشرة علي موضوع النزاع ، وهي محل اتفاق من دولة القاضي ومن دولة مكان تنفيذ العقد ، وليس بالضرورة أن يكون هناك اتفاق مباشر أو صريح ولكن ينصرف معني الاتفاق في هذه الحالة إلي الإقرار بالمبادئ الأساسية التي تحمي العامل وهو الطرف الضعيف في العلاقة .

إن قانون العمل قانون اجتماعي آمر وهو قانون اشتراكي يحمي العمال وهم وقود العمل والتقدم والنهضة في كل مجتمع . خاصة العمالة المهاجرة والتي تستخدم في الأعمال الشاقة في الحفر والردم والزراعة والاستخراج والمناجم وأعمال النظافة .

فإذا علمنا أن هناك أكثر من نصف مليار عامل مهاجر حول العالم وأن عدد كبير منهم من العمالة التي دخلت بحراً أو براً دون إذن ، وهي تزداد كل يوم ، إيماناً منها بأنها ذات حق مشروع في الحصول علي العمل .

من هنا تكون أهمية قواعد حماية العمال والحفاظ عليهم ، باعتبار القواعد ذات الأولوية في التطبيق .

1- F. leclerc, la protection de la partie faible dans les contrats internationaux, etude de conflit de lois, Bruxelles, Bruylant, 1995, no 336.

وهذه القواعد يطبقها القاضي من تلقاء نفسه ولا يحتاج في تطبيقها إلي أي تمسك من جانب العامل أو ورثته .

ويعتبر الخطأ فيها خطأ في تطبيق القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض .

ومن هذه القواعد ضرورة كتابة عقد العمل وضرورة كتابته بلغة يفهمها العامل .

إذ أن تنظيم الروابط بين العاملين وأرباب العمل يعرض إنتاج الأموال وتقديم الخدمات هو أساس الحياة الاقتصادية والاجتماعية في الدولة ([1]).

وقد يكون مكان العمل علي حوض عائم في البحر العالي ، حيث لا توجد سيادة لأحد وقد نصت لائحة روما علي تطبيق قانون مركز إدارة المؤسسة التي ينفذ العمل لحسابها ، باعتبار أن هذا القانون هو القانون الأنسب للعقد .

إذن ، قوانين البوليس هي قوانين الضبط أي هي النصوص التشريعية أو اللائحية التي تهدف إلي الحفاظ علي التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدولة .ومن باب أولي التنظيم السياسي فهو يقوم علي هذين التنظيمين ([2]).

و الواقع أن جزء كبير من قانون العمل هو قواعد ضبطية أي قانون بوليس خاصة تلك القواعد التي تنظم شروط العمل والتزامات رب العمل والتزامات العامل .

إذن ، شروط العمل لا تخضع لقانون الإرادة منفردة ، بل تخضع لرقابة قوانين البوليس ، إن قواعد قانون العمل الآمرة هي الحد الأدني من الحماية ، ولا يجوز أن يقلل القانون الواجب التطبيق الاختياري من هذه الحماية .

1- E. Moureau, lois de police et contrat international du travail,these, paris x, 1993, p. 46 ets.

2- Basma Tsouli, les règles du conflit applicable au contrat international de travail en droit international privè quèbècois, these, Montrèal 2002, p. 64 et s.

يجوز فقط للأطراف أن يتفقوا علي شروط أفضل للعامل مثل زيادة الحد الأدني للأجر ، وإنقاص ساعات العمل وزيادة الاجازات والأجر المضاعف لساعات العمل الزيادة .

ولا يحدد المشرع طائفة من القواعد علي أنها قواعد بوليس ولكن هذه المسألة تخضع لتقدير قاضي الموضوع ، إذن يكيف القاضي النصوص في مرحلة أولي ثم يقوم بتطبيقها في مرحلة ثانية .

وتعد هذه القواعد مفردة الجانب ويشير المشرع في معظم الأحوال إلي تطبيق هذه القواعد نظراً لغايتها علي كل من يقطنون إقليم الدولة .

وقد نصت لائحة روما I حول القانون الواجب التطبيق علي الروابط التعاقدية المبرمة في ٢٠٠٩ .

وقد نصت هذه اللائحة علي أن القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً لا يجوز أن يخالف الحماية المقررة للعامل في المكان الذي ينفذ فيه العقد عادة (م ١/٨) .

ومن أمثلة قواعد البوليس قواعد الأمن الصحي وأمن العمل ، الراحة الأسبوعية أيام العطلات ، قواعد تحديد الأجر (الحد الأدني) ، التعويض في حالة الفصل أو التسريح .

وهذه القواعد لا يجوز لإرادة الأطراف مخالفتها ، ومن ثم لا يجوز لأي عقد عمل أن يتضمن قواعد أقل من تلك المقررة في تشريع والتشريعات الحمائية.

ويدخل في قوانين البوليس القواعد الموضوعية لحماية الأطفال ، الشباب وذوي الاحتياجات الخاصة والعمالة المهاجرة .

والسماح لأي مشروع أو رب عمل بتطبيق شروط مخالفة يعني تهديد العمل وتهديد المجتمع والحصول علي مزايا تنافسية غير عادلة .

ويطبق قوانين البوليس الأجنبية علي عقد العمل ذات الصلة بالعقد بشرط أن تكون أفضل لحماية العامل ، وفي هذه الحالة نري تطبيقها بجانب قوانين البوليس في دولة القاضي ,

ولنبحث الآن آثار قانون البوليس علي العقد المخالف .

آثار قوانين البوليس :

قوانين البوليس هي قوانين ذات التطبيق الفوري والضروري ولا تعبئأ بقواعد الإسناد أي لا تلتفت إلي القانون الواجب التطبيق الذي دلت عليه قواعد الإسناد .

مفاد ذلك ، أن القانون الأجنبي المخالف لقواعد قوانين البوليس يتم استبعادها أي أن قانون البوليس يترتب عليه منع تطبيق أي نص يخالفه في المستقبل ، ولكن تطبيقه لا يستند إلي قاعدة الإسناد أي أن تطبيق قوانين الضبط ذات التطبيق الضروري ذاتي ، يسبق الوصول إلي قانون أجنبي مختص .

مفاد ذلك ، أن العقد لا يتم إبطاله ولكن يستبعد أي شرط مخالف لقوانين البوليس ، ويتم تطبيق التنظيم الوارد في النص الآمر .

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية أن القانون الواجب التطبيق علي العقد المختار بواسطة الأطراف لا يحرم العامل من الحماية المقررة له والتي تكون أفضل في القانون الذي يجب تطبيقه إذا لم يكن هناك اختيار للقانون الواجب التطبيق ([1]).

مجمل القول أن العامل تكون له الحماية بالدرجة الأولي الأفضل له أياً كان القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد .

ويكون العقد المبرم بين رب العمل والعامل صحيحاً مع إبطال الشروط المخالفة للقواعد الآمرة ، ويحل محل هذا الجزء من العقد ، وتتم حماية العامل .

ملاحظات الباحث :

1- Cass. Soc. 9-7-2015, pourvoi: 14-13497, publiè au Bulletin.

١- هناك حماية للعامل المهاجر من خلال القانون الواجب التطبيق علي أسرته ، إذ تخضع الشروط الموضوعية لزواجه لقانون كل من الزوجين .

كما أن الشكل في الزواج يخضع لقانون محل الإبرام ، غير أن الأجنبي العامل المهاجر من الشرق العربي ومن شمال أفريقيا وجنوب الصحراء يواجه مشكلة حظر تعدد الزوجات ، وهو الأمر الذي يجيزه قانون دولة جنسيته .

وفي هذه الحالة ، يستطيع العامل المهاجر أن يتزوج زواج ثاني في دولة أخري تجيز هذا الزواج ، هذا الزواج يكون معترفاً بآثاره في دولة الإقامة حيث يؤدي العامل العمل المنوط به.

ونلاحظ أن هناك آلية أخري ، هي إمكان أن يطلب العامل زوجته الثانية باعتبارها صديقة أو عشيقة له ، ويعترف القانون الأوربي بهذه العلاقة ، بجانب الزواج الشرعي .

٢- لاحظنا اختلاف قانون آثار الزواج في القانون العربي ، والقانون الذي يطبق علي إنحلال الزواج إذ يطبق قانون جنسية الزوج وقت الزواج علي الآثار ، كما يطبق قانون جنسية الزوج وقت اتخاذ الإجراء المؤدي لحل الزواج طلاقاً أن تطليقاً أم خلعاً أم انفصال جسدي .

أما القانون الغربي فهو يطبق قانون الموطن المشترك للزوجين أو قانون آخر موطن مشترك بينهما . ويطبق القانون الوطني للزوجين علي الشروط الموضوعية للزواج .

من ناحية أخري ، أجاز المشرع الغربي الاتفاق علي اختيار القانون الواجب التطبيق علي تكوين الزواج أو آثار أو إنحلال .

والواقع ، نري ضرورة تعديل قاعدة الإسناد في الدول العربية المتعلقة بآثار الزواج وانحلاله لاخضاعها للقانون الوطني لكل من الزوجين ، مع رفض حرية اختيار القانون الواجب التطبيق في مواد لصيقة بشخص العامل المهاجر وأسرته .

٣- علي صعيد القانون الواجب التطبيق علي عقد عمل العامل المهاجر ، يكون المبدأ هو حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق ولكن مع ملاحظة أن :

أي قانون يطبق علي عقد العمل يجب أن يراعي الحقوق الشخصية والاقتصادية والاجتماعية للعامل التي سبق بحثها في المبحث الأول من هذا البحث ، وهذه قواعد ذات مصدر دولي اتفاقي وعرفي وهذه الحقوق غير قابلة للتفاوض . كما أن هذه الحقوق لا يجوز التنازل عنها ولا يجوز المساس بها وهي الحد الأدني من الحقوق التي تحمي شخص العامل وأجره ومحيطه الاجتماعي وموارده الاقتصادية .

مفاد ذلك ، أن القانون الواجب التطبيق مقيد بأن يكون القانون الذي اختاره الأطراف ينص علي هذه الحقوق أو يعطي حقوق أعلي منها .

إذن ، حقوق العامل تمثل قوانين بوليس ذات تطبيق فوري ومباشر ، تطبق أياً كان القانون الواجب التطبيق المختار بواسطة الأطراف ، أو قانون مكان التنفيذ إذا لم يكن هناك اختيار للقانون الواجب التطبيق .

٤- إذن ، يمكن القول أن هناك شبكة من القواعد الآمرة المكونة لقواعد ذات تطبيق ضروري وفوري لحماية العامل ذات مصادر دولية وأخري ذات مصادر داخلية ، تحمي العامل بصفة عامل والعامل المهاجر بصفة خاصة .

ونضيف أن هذه القواعد تطبق بواسطة قاض الدعوى وهو القاضي الذي ينظر النزاع وهو قاض الدولة التي أبرم فيها العقد أو نفذ فيها أو كان يجب تنفيذه فيها .

خاتمـــــة

بعد هذا البحث للعمالة المهاجرة يمكن أن نورد النتائج الآتية :

١- العمالة المهاجرة هي العمال الذين خرجوا طوعاً من بلادهم إلي بلاد أخري ابتغاء الرزق والعيش الكريم .

٢- يستوي في ذلك أن يكون خروجهم بطريقة مشروعة أو غير مشروعة غير أننا نعترض علي إصطلاح الهجرة غير الشرعية إذ أن القانون الدولي ذو مسحة أوربية لا يقر بحق الدخول إلي إقليم الدول الأخري ، وهو يتعارض مع الحق في العمل وهو حق مقدس ، كما أن هذه الدول أثرت علي حساب الدول الأفريقية ودول الجنوب . ومن ثم فإن حق التنمية المستدامة لا ينفذ علي أرض الواقع مما يدفع بالملايين إلي الهجرة . وهي حق مشروع في ظل أنظمة القهر والاستبداد ، وبناء عليه حتي تعم التنمية كل بلدان العالم الثالث والحكم الديمقراطي تكون دول الشمال ملزمة باستقبال المهاجرين إليها ويضحي اصطلاح الهجرة غير المشروعة اصطلاح مبتذل .

٣-يتمتع العمال المهاجرون بحقوق طبيعية وهي تساوي حقوق العمال الوطنيين ، غير أن الواقع يخالف ذلك إذ يتعرض العمال للاستغلال والسخرة والسكن في مساكن غير صحية والتوظيف في الأعمال التي لا يؤديها أبناء الدولة المستقبلة .

٤- ولذلك تعددت مصادر حماية حقوق العمال المهاجرين رغم أنها لا تحتاج إلـي النص عليها فهي حقوق طبيعية وهي الناموس الأعلي ونجدها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وفي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقية الحقوق الاحتماعية والاقتصادية واتفاقية إزالة كل أشكال التمييز واتفاقية الأمم المتحدة الشاملة لحماية

حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم والاتفاقيات المتنوعة لمنظمة العمل الدولية ، والقانون الإقليمي حيث نجح الاتحاد الأوربي في إنشاء المركز القانوني للعامل الأوربي حين فشل نظيره الأفريقي ونظيره العربي رغم وجود النصوص العقيمة .

٥- هذه النصوص تقر الحقوق الأساسية للعمال وهي حقوق ذات طابع شخصي مثل الحق في التنقل والإقامة والسكن والكرامة وعدم التمييز والحق في اللجوء للقضاء .

وبعض هذه الحقوق اجتماعية إقتصادية أهمها الحق في العمل والحق في الأجر العادل ومنع السخرة وعدم الفصل أو الطرد والإبعاد الجماعي.

وهذه الحقوق حقوق طبيعية توصف بأنها حقوق غير قابلة للتفاوض ، وهي ليست هبة أو منة إذ أن العمالة المهاجرة تسهم في بناء اقتصاديات الدول المستقبلة وتحصل علي أقل مما تقدم .

إذن ، تسأل الدولة التي تنتقص من هذه الحقوق ويكون لدولة الجنسية ممارسة الحماية الدبلوماسية لرعاياها ، وحق معاملة الدولة المستقبلة بالمثل .

٦- وفي جانب الحماية التشريعية عرضنا لقانون أسرة العامل المهاجر وهو قانون جنسية كل من الزوجين في معظم الدول بالمسبة للشروط الموضوعية للزواج.

أما الشروط الشكلية فقد طبق قانون دولة محل إبرام الزواج علي حين اعتبر المشرع في الدول العربية هذه المسألة من الموضوعات ذات الإسناد التخييري وأجاز للأطراف إبرام زواجهم في الشكل الملائم سواء كان قانون محل الإبرام أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو الشكل في قانون جنسية كل من الزوج والزوجة .

ورأينا اختلاف المشرع في مصر من القوانين الغربية بالنسبة لآثار الزواج وانحلاله ، إذ طبق المشرع قانون جنسية الزوج وقت الزواج بالنسبة لآثار الزواج ، وقانون جنسية الزوج وقت اتخاذ الإجراء الذي يؤدي إلي انحلال الزواج .

وإذ يخالف الأصوات الصاخبة المنادية بالمساواة بين الرجل والمرأة ندعو إلي إخضاع آثار الزوا ج وانحلاله لقانون جنسية كل من الزوجين .

ولا مانع من الإبقاء علي قانون البوليس الخاص بحماية الزوجة الوطنية وتطبيق قانونها فقط علي الآثار وانحلال الزواج .

ولكن حتي لا نقع في تناقض ، يكون حري بالمشرع أن يطبق قانون كل من الزوجين علي الآثار وعلي أسباب وطرق انحلال الزواج ، وفي هذه الحالة لن تكون بحاجة لحماية الزوجة الوطنية ، إذ يطبق قانونها الوطني جنباً إلي جنب بجانب قانون جنسية زوجها .

٧- وعلي مستوي القانون الذي يحكم عقد عمل العامل المهاجر ، هذا العقد ليس كغيره من العقود ، إذ أنه عقد يتم بواسطة طرف ضعيف في مواجهة شركات ضخمة أو مشروعات كبيرة ، ومن ثم عن المشرع في كل دول العالم إلي حماية العمال وذلك بوضع قواعد آمرة ذات تطبيق فوري توصف بأنها قوانين بوليس أو قواعد ذات تطبيق ضروري وهم تشمل تنظيم الأجرة ، ظروف العمل ، مكانه ، سن العامل ، ساعات العمل ، جنس العامل ، الراحة الأسبوعية ، التعويض عن إصابة العمل ، التأمين علي العامل ، عدم جواز الفصل التعسفي ، التعويض في حالة الفصل أو التسريح ، الأمن الصناعي وعلاج العامل .

ومن ثم لا مانع من تطبيق الشكل المتوافر في مكان إبرام العقد أو شكل آخر ، غير أن اختيار القانون الواجب التطبيق محفوف بضرورة احترام قوانين البوليس في دولة القاضي ودولة مكان تنفيذ العقد . كما أن قاضي الدعوى يتقيد بالقانون الدولي الاتفاقي ، باعتباره قانون أعلي .

التوصيات

١- إن القانون العربي للعمالة المهاجرة لا يعد أن يكون حبراً علي ورق ، ومن ثم وجب تفعيل حق العمال العرب الموقعة سنة ١٩٧٥ بطرابلس الغرب . ليبيا حيث نصت المادة الثانية علي أن :

" الأولوية في التشغيل للعمال الوافدين وبوجه خاص العمال الفلسطينيون وذلك بما يتفق وحاجات كل دولة .

تمتع العمال الوافدين وأفراد أسرهم المصرح لهم باصطحابهم بالحقوق والمزايا التي يتمتع بها عمال الدولة المستقبلة لهم علي أن يتشمل ذلك بوجه خاص :

- فرص العمل .
- ساعات العمل والأجور خاضعة للضرائب والرسوم التي تفرض علي كسب العمل .
- الراحة الأسبوعية .
- الأجازات بأجر .
- التأمينات الاجتماعية .
- التأمينات الاجتماعية والضمان الاجتماعي .
- الخدمات التعليمية والتدريبية والتثقيفية والترفيهية .
- الخدمات الإسكانية والصحية وخدمات السلامة المهنية .
- تمتع العمال الوافدين بالحقوق النقابية في إطار تشريعات الدولة المستقبلة لهم .
- حق العمال الوافدين في أن يحولوا أجورهم إلي أي بلد يختارونه أو إلي الدولة التي ينتمون إليها ولكل دولة أن تحدد المبلغ المسموح بتحويله علي ألا يقل عن ثلث الأجر.
- شروط تجميع وترحيل وتشغيل العمال الراغبين في الانتقال إلي العمل.
- تبسيط إجراءات تنقل الأيدي العاملة فيما بين الدول العربية للحد من تنقل الأيدي العاملة بطريقة غير قانونية .

ولكن الغريب أن ما يحدث علي أرض الواقع هو تفضيل للعمالة الأجنبية وضرب عرض الحائط بالقانون العربي الإقليمي . لم يأن لكم أيها الحكام أن تنفذوا عهد الله وترعوا عماله في الأرض .

٢- نوصي بضرورة التزام القاضي الوطني بتطبيق أحكام القانونٍ الدولي الاتفاقي والإقليمي التي تحمي حقوق العمالة المهاجرة ، وهذا ليس خيالاً ، إذ أن مبدأ سمو القانون الدولي ، يوجب هذا التطبيق ، ويعقد مسئولية الدولة التي يرفض قضائها تطبيق هذه الأحكام الحمائية .

٣- نري ضرورة الإسراع بإنشاء نظام تسوية لحل منازعات العمل الدولية وذلك بالتوفيق والوساطة والصلح في القانون الداخلي مع ضرورة إنشاء مجالس قضاء إقليمية للفصل في منازعات العمل الكبري بعد استنفاذ طرق التقاضي الداخلي .

ونختم بالقول أن الله فضل العمل وكرمه وأن الدين الحنيف يدعو للعمل القويم واستمرار العمل وكافأ عليه بالمغفرة ، فليس لنا أن نحبط شرع الله بل علينا أن نعلي من العمالة الوطنية ونحفظ حقوق العمالة المهاجرة .

قائمة المراجع

أولاً : مراجع باللغة العربية :

١- د. أحمد أبو الوفا ، الحماية الدولية لحقوق الإنسان ، دراسة الآليات ومضمون الحماية عالمياً وإقليمياً ووطنياً ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ٤ ، ٢٠١٥.

٢- المهاجرون في مصر ، خطة دمج في الاقتصاد وبرامج تأهيل وتدريب ، تقرير سكاي نيوز ، ٢ يونية ٢٠١٢.

٣- مم. أزهار محمود لهمود ، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية ، مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية ، ٢٠٢٠ ، مجلد ٩ ، ع ٣٤.

٤- طلال ياسين ، العقود وتطبيقها في القانون العراقي ، رسالة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦.

٥- طنطاوي بجمعة ، الحماية الدولية للاجئين، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي ، رسالة ، جامعة وهران ، الجزائر ، ٢٠١٨,

٦- عبد الوهاب محنش ، حماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم في القانون الدولي لحقوق الإنسان ، رسالة ماستر ، جامعة بائنة ، الجزائر ٢٠١٥-٢٠١٦.

٧- د. عبد الله الضمور ، القانون الواجب التطبيق علي عقد العمل ، بعض الدروس المستفادة من قواعد روما I بشأن الالتزامات التعاقدية ، مجلة القانون الكويتية العالمية س ٨ ، ع ٢ ، شوال ١٤٤١ هـ ، ٢٠٠٠.

٨- د. محمد يوسف علوان ، د. محمد خليل موسي ، القانون الدولي لحقوق الإنسان ، المصادر ووسائل الرقابة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٥.

٩- محمد حسين منصور ، المسئولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، رسالة كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦.

١٠- لندا مصطفي حسن الكاس ، الحريات والحقوق الأساسية الدولية والوطنية للعمال المهاجرين ، جامعة الشرق الأوسط ، رسالة ماستر ، ٢٠١٨.

ثانياً : مراجع باللغة الفرنسية :

1- **Alix Uasri, wissam Tannous, Accès a la justice des travailleurs domestiques migrants au liban, èd swiss Agency for development and cooperation, OIT, 2014.**
2- **ANDRè Rodriguez Benot , le statut personnel des marocains a l,ègard de l,ordre juridique espagnol: observations gènèrales et propositions de lege ferenda, paix et sècuritè internationale, Rev .Maroco-espagnole de droit international et relations internationales,2016.**
3- **M.Albornoz, la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur these, paris II, 2006.**
4- **Busma Tsouli, les règles de conflit applicable au contrat international de travail en droit international privè Quèbècois, these, Montrèal 2002.**
5- **J.M.Bischoff, le mariage polygamie en droit international privè,Travaux du comitè francais de droit international privè,1981,3-2.**
6- **Y.Carier,M.Verwilghen,le statut personnel des musulmans ,droit compare,droit international privè,BRUYLANT-Bruxelles,1992.**
7- **J.Caritas,Dignite et droit pour tous les travilleurs migrants en Europe,www.caritas international be 2020.**
8- **Camille papinot,la protection international du travailleur migrant,these,paris x,2014.**

9- Camille papinot,la protection international du travailleur migrant,these,parix,oust Nanterre la defense,2014.
10- Coline le cam-Mayou,l,exception de l,ordre public international dans l,application de la loi ètrangère et reception des jugements ètrangers,memoire,Paris l,2020.
11- M.LO Diata,l,evolution des accords bilateraux sur les travailleurs migrants,Journal de droit international, 2008,no 1.
12- Dalia Gesualdi Fecteau,les droits au travail des travailleurs ètrangers temporaries peu specializes: petit voyage a l,interface du droit du travail et du droit de l,imigration,xx conference des jurists de l,Etat,Montreal 2020.
13- J.Qeprez,droit international privè et conflit de civilization,aspects methadologiques,Recuril des cours de l,acadèmie de droit international,la Haye,1988, IV.
14- J.Carbonnier , Droit civil de la famille, Montchrestien,5 ème èd.1996.
15- Francois Delpèrè,Annabelle Pena-Gaia,les droit politiques des ètrangers,Annuavre internationale de justice,1995, no 10.
16- Elisse Rolser,la celebration du marriage en droit international privè,these, parisII 1998.

17- A.Devis,M.Farge,le nouveau droit international du divorce a propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce Rev. droit de la famille,2012, etude 13.
18- Gèrard Dion,le droit au travail,the right to work,Rev relations internationales,industrial relations,1960,no 4.
19- G.Goldstien,De l,exception de l,ordre public aux regles d,application nècessaire,etude imperative en droit international privè,èd thèmis,Montreal 1996.
20- Jenny Kwan,Daniel Blaikie,les travailleuses et les travailleurs migrant ont droit au respect et la justice,www. Npd. Ca,2022.
21- L.Idoit,Note sous CJCE 9 novembre 2000 Rev.critiq. Droit international privè 2001.
22- Kubra Dogam Yenisey,Protèger les droits des travailleurs migrant: un dèfi pour le droit du travail,www.dol.org/10.4000rdctss 2019.
23- F.Leclerc,la protection de la partie faible dans les contrats internationaux,etude de conflit de lois,Bruxelles-Bruylant,1995.
24- Y.Loussarn,P,Bourel,Driot international privè, Dalloz, 5 ème èd 1996.
25- P. Lagarde.le principe de proximitè dans le droit international privè contemporain,Recueil des cours de l,academie de droit international,la Haye, 1986 , t. 196.

26- Manolo I.Abella,Travailleurs et travailleuse migrant,èduction ouvrier Rev.2000 ,4 numero.
27- P.Mayer,les lois de police ètrangères, Journal de droit international, 1981.
28- Nicolas Nord,ordre public et loi de police,en droit international privè,these,strasbourge lll, 2003.
29- E.Moureau,lois de police et contrat international de travail,these,Paris x,1993.
30- Organisation international de l,immigration,OIM,Etat de l,immigration dans le monde, bion communiquer sur la migration,Geneva 2011.
31- Rèpablique Franvaise,le dèfenseur des droit, le droit en action,les droits fondamentaux des ètrangers enFrance mai 2016.
32- Micbèle lamont,la dignitè des travailleurs, exclusion,race,classe et immigration en France ey aux Etatis unis,èd.press de science po 2002.
33- J. Mastre,le marriage en droit international privè,these,paris ll, 1998.
34- Sylvain Guillaud-Bataille,Droit international privè,marriage et divorce, les enjeux internationaux, JCP, 2004, MAI, NO 18.

ثالثاً : مراجع باللغة الإنجليزية :

1- Ajare Deji,Rights of migrant workers under international law www. Academica,ed .136. 2020.

2- Declaration on fundamental prineiples on work, ilc,88, Geneva,1998.

3- European parliament,private international law in a context of increasing international mobility: challenge and potential,legal affairs,2017.

4- Dunja kaza,the effect of labor migrant on native wages,master thedid,university of oslo, 2013.

5- Erin Murphy Fries,The international labour and human rights of migrant workers under Canada temporary,foreign worker program,master thesis,2012, lund university.

6- International labour conference,Report Vi,towards a fair deal for migrant workers in the global economy,concept–Report Vi, 2004.

7- S. jagerskiold,Freedom of movement in the international bill of rights: the convenant on civil and political rights: New york, Columbia university press,1981.

8- D.Mohalic,J.G.Mahalic,the limitation of the international convention on the eliminary of all form of racial discrimination, Human rights Quarterly, 1989, no 9.

9- Marian van Den Bosch ,William van Genugten International minorities and indigenous peoples

comparing underlying concepts, international Journal on mi minorites group rights,2002, no 3.

10- S.Poulter,Theclaim toa separate Islamic system of personal law for British muslim en Connors, ch Mallat, Islamic family ,ed Graham& Trotman,londers,1990.

11- Ryszard I.Cholewinski,The protection of migrant workers and their families in international human rights law,thesis, Ottawa. Ontario,1992.

12- C. symeon,symeondie& wendy Collins perdue conflict of laws, American comparativw, international cases and materals, American casebook series, west, 3 rd ed. 2012.

13- Sonia Bastigkeit Ericstam,The right to have labour rights,Master of laws program,2017.

عقود الشراكة بيـن القطاع العام والخاص
في القانون الدولي الخاص
دراسة مقارنـة

إعداد

د. على باشا خليفة

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق ـ جامعة جنوب الوادي

مدير مركز التحكيـم

١٤٤٢هـ-٢٠٢٠م

بسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الـرَّحْمَنُ (١) عَلَّمَ الْـقُـرْآنَ (٢)
خَلَقَ الْإِنْـسَـانَ (٣) عَلَّمَهُ الْـبَـيَـانَ
(٤) الـشَّمْسُ وَالْـقَـمَـرُ بِـحُسْبَـانٍ (٥)
وَالـنَّجْمُ وَالـشَّجَرُ يَـسْجُدَانِ (٦)
وَالـسَّمَـاءَ رَفَـعَـهَـا وَوَضَعَ الْـمِـيـزَانَ
(٧) أَلَّا تَـطْغَـوْا فِـي الْـمِـيـزَانِ (٨)
وَأَقِـيـمُـوا الْـوَزْنَ بِـالْـقِـسْطِ وَلَا
تُـخْسِرُوا الْـمِـيـزَانَ (٩)

صدق الله العظيم " سورة الرحمن " من الآية ١ : ٩

عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في القانون الدولي الخاص

دكتور / علي باشا خليفة
كلية الحقوق ـ جماعة جنوب الوادي
مصر
Ali.Basha@Law.svu.edu.eg

المستخلص :
لما كانت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تستهدف ذلك. - في المقام الأول- تنفيذ خطة الدولة ، وتحقيق التنمية المستدامة في تنفيذ مشاريع البنية التحتية، وغيرها من المشاريع الكبيرة التي تتطلب رأس مال كبيرا ، والتعاون رفيع المستوى في مجال التنفيذ والمتابعة ، أو من ثم خدمة للمصلحة العامة ، والأمن الوطني ونهضة اقتصاد الدولة ، وتدخل الدولة بصفتها السيادية وطبيعتها الخاصة ، وهو ما ينعكس في القانون المنطبق على هذا العقد، فيحكم العقد ويحدد نظامه القانوني.
ولما كان الطرف الخاص الأجنبي لا يرتضي هذا القانون ليحكم العقد، ويرى في قانون آخر ما يحقق مصالحه، فتتفاوض الدولة الطرف في عقد الشراكة في سبيل إيجاد حل يضمن إبرام العقد وتنفيذه، وجذب الطرف الخاص للاستثمار، من خلال منحه بعض الضمانات والحوافز، والأخذ بقاعدة حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق علي عقد الشراكة، وبالنظر إلي الطبيعة المركبة لعقد الشراكة والذي يتضمن مجموعة من العقود المتفرعة عن العقد الأصلي، مما يثير الكثير من التساؤلات عن طرق تسوية المنازعات بالوسائل البديلة عن القضاء؟ والقواعد والاجراءات التي تحكم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة؟ التوفيق والوساطة والتحكيم وهذا ما تم توضيحه في هذه الدراسة التي انتهت إلي العديد من النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية :
عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ـ تحقيق أهداف الدولة ـ تحقيق التنمية المستدامة ـ الطرق البديلة للقضاء ـ تسوية المنازعات ـ التفاوض ـ التوفيق ـ الوساطة ـ التحكيم ـ القانون الواجب التطبيق علي موضوع العقد وشكله ـ التسوية القضائية أمام القضاء الوطني .

Public-private partnership contracts in private international law

Dr Ali Basha Khalifa
Faculty of Law - South Valley University

Abstract
Public-private partnership contracts would not have been targeted. - First of all, implementation of the State plan, sustainable development in the implementation of infrastructure projects and other large-scale projects requiring substantial capital, high-level cooperation in implementation and follow-up, or thus in the public interest, national security and the renaissance of the State economy, and State intervention in its sovereign capacity and its own nature, which is reflected in the law applicable to this contract.
Since the foreign private party is not satisfied with this law to govern the contract and considers another law to be in its interests, the State party to the partnership contract negotiates a solution to ensure the conclusion and execution of the contract, attracts the private party to invest, by granting it certain guarantees and incentives, takes the rules of the parties' freedom to choose the law applicable to the partnership contract, and considers the complex nature of the partnership contract, which includes a series of contracts that are subsumped from the original contract, Rules and procedures governing alternative means of justice for the settlement of disputes arising out of partnership contracts? What has been explained in this study, which has produced numerous findings and recommendations.

Keys words
judicial resolution - Achieving the objectives of the State -public-private -partnership contracts law applicable- dispute resolution - sustainable-development -Alternative means of justice

مقدمه

الحمد لله الذي دل كل شيء على قدرته ، والصلاة والسلام على أشرف مخلوقاتك سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم صاحب الوجه الأنور والجبين الأزهر وعلى آله وصحبه أجمعين ، سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العزيز الحكيم ، نتوجه إلى الله عز وجل بالشكر أن وفقني إلى إتمام هذا البحث ، كما نشكر كل من ساعدنا وأرشدنا من قريب أو بعيد .

وبعد ،،،

يـ عد موضوع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الدولي الخاص من أهم الموضوعات في الوقت المعاصر ، وضرورة اقتصادية وعصرية في وقتنا الحاضر الذي يشهد تطورا في العلاقات التجارية بين الدول على المستوى العالمي ، وتقوم هذه العقود على الشراكة بين الدولة ، والتي يمثلها القطاع العام والقطاع الخاص والتي تكون محورها مشروعات قومية وبنية تحتية ، وتكلفة مالية بمليارات الدولارات أو الجنيهات المصرية ، وعملية تمويل متكاملة من خلال الدخول في العديد من العلاقات التعاقدية ، ومن ثم تكتسب هذه العقود أهمية قصوى لما لها من أثر على استمرارها وجديتها ودورها في إنعاش اقتصاد الدولة ، وتنفيذ هذه العقود وفقاً للعقود المبرمة .

ظهرت عقود الشراكة حديثاً لتجمع شتات العقود بين جهة الإدارة وأشخاص القانون الخاص ، ومن ثم فإن هذه العقود بمثابة جماع عقود الإدارة العامة مع أشخاص القانون الخاص .

وقد كان الهدف من ذلك وضع إطار قانوني جامع لكل أنشطة الإدارة والتعاون بينها وبين القطاع الخاص ، حيث إن الإدارة تحتاج إلى التمويل السريع لمشروعات البنية الأساسية وإنشاء المجتمعات الصناعية ، نحو محطات الصرف الصحي ، شبكات المياه ، محطات تحلية المياه ، محطات توليد الكهرباء .

وقد استفاد الفقهاء من عقود المشروعات المشتركة في تحديد نظم وأنواع الشراكة المتنوعة من الإنشاء والتشييد والتشغيل ، والإنشاء والتمويل والإنشاء والإنتاج والصيانة وغير ذلك من عقود الأشغال وعقود تفويض المرافق العامة وعقود الخدمات .

والواقع أن هذه العقود تبرم مع المستثمر الأجنبي ، وهو مغامر بطبعه إلا أن ضرورات التعامل الدولي توجب الاختيار بين هؤلاء من خلال طلب العطاء والإعلان عن المزايدات وتتم المفاضلة للحصول على أفضل المستثمرين .

ووجود عنصر الطرف الأجنبي يعطى صفة الدولية للعقد كما أن العقد أيضا يستمد الدولية من محل العقد والذي يشهد حركة وتدفق دولي للأموال والخدمات القادمة من الخارج ، ومن هنا كانت أهمية الموضوع .

أهمية الموضوع :

وتظهر أهمية موضوع الشراكة في تنفيذ العقود المبرمة مع القطاع الخاص ومرتبطة بمشروعات ضخمة وبالبنية التحتية والتنمية المستدامة وقد رأينا دراسة الشراكة بين القطاع العام والخاص في القانون الدولي الخاص لتعريف هذا العقد وتحديد عناصره وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه من حيث الموضوع ومن حيث الشكل ، ومدى حاجة الدول للتعاون والتعلقد مع القطاع الخاص لكي تحافظ علي وجودها وسيادتها وخدمة مواطنيها .

كما أن البحث يكون أكثر نفعا بعلاج الاختصاص القضائي بمنازعات هذه العقود والتسوية غير القضائية لها سواء عن طريق المفاوضات أو التوفيق أو الوساطة أو التحكيم التقليدي .

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى :

١ – بيان القانون الواجب التطبيق بشكل دقيق على موضوع النزاع وعلى شكل العقود ، وذلك لعدم دقة الدراسات السابقة وعموميتها .

٢ – لفت نظر المشرع إلى العوار الواقع في تشريع عقد الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة والبحث عن التشريع الذى يجب أن يطبق في حالة أن تكون العلاقة المبرمة مع القطاع الخاص تنطوي على عنصر أجنبي .

٣ – بيان أن الأولوية للقضاء الوطني وأن الخضوع للتحكيم يجب أن يكون الاستثناء .

٤– وضع خطة مبدئية ورؤية محددة وواضحة لمستقبل الشراكة في مصر في ظل الظروف الاستثنائية التي يعيشها العالم (جائحة كورونا) ومحاولة للاستفادة من النماذج الحسنة للتجارب الدولية في مجال الشراكة عند تنفيذ برامج ومشروعات الشراكة في مصر مستقبلا وبما يتوافق مع الواقع العملي المصري .

منهج البحث :

تستخدم الأسلوب والمنهج التحليلي لتحليل النصوص والتطبيقات السائدة في الشراكة للوصول إلى اختيار الحل الأمثل ، واستخلاص الأحكام الملائمة في القانون الدولي بالبحث في تشريعات العديد من الدول لاستكشاف الحل الأنسب ، وعلاج ما قد يكون هناك من نقص في التشريع .

ومنهج البحث هو الطريقة المتبعة في الدراسة بهدف الوصول لأهداف الدراسة المتمثلة في الوصول لأفضل الحلول القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، والآثار الدولية ، ولاشك أننا نهدف إلى حماية الاقتصاد المصري ، وبيان وتوضيح القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة في العقود المنطوية على عنصر أجنبي أو ذات الطابع الدولي ، ومدى ملاءمتها في التطبيق عليها ، كما تبين دور القضاء العادي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة ، والوسائل البديلة لفض المنازعات بخصوص عقود الشراكة كالتفاوض والوساطة والتوفيق ودور الخبرة والتحكيم وإجراءاته بخصوص تلك العقود ، الاتفاقي العام

والقانون الاتفاقي الإقليمي ، بمناقشتها وتبيان مدي فاعليتها وكفايتها في توفير الضمان القانوني لأطراف العقد مع تطويع هذه القواعد الموضوعية لإمكانية تطبيقها على المنازعات الناشئة عن هذه العقود ، وتسليط الضوء على أهم الآليات القانونية .

ونأخذ أيضًا بالمنهج المقارن لمعرفة هذه الحلول بين القانون المصري والقانون الفرنسي والنظام القانوني الأنجلوسكسونى سواء في انجلترا أو الولايات المتحدة الأمريكية ، فضلاً عن التشريعات العربية مع مقارنة هذه التشريعات بالفقه الإسلامي في الجزئيات محل الدراسة بالبحث وعلى ضوء القوانين التالية :

القانون الفرنسي : الأمر رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ١٧ يونيه ٢٠٠٤ والمعدل بالقانون رقم ١٧٩٢٠٠٩ الصادر في ١٧ فبراير ٢٠٠٩ بشأن عقد الشراكة Contrat de Partenariat .

القانون المصري : القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري ، وكذلك سوف نلقي الضوء على القانون العراقي بشأن المشاركة بين القطاع الخاص والعام ، والنظام السعودي بشأن المنافسات والمشتريات الحكومية لعام ١٤٤٠هـ وتعديلاته لعام ١٤٤١هـ .

القانون المغربي : رقم ٨٦٠١٢ الصادر تاريخ ١٤ ديسمبر ٢٠١٤ بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص [١] .

خطة الدراسة :

وعلى هذا الأساس نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث فيما يلي :

المبحث الأول : نخصصه لماهية عقود الشراكة من خلال التعريف بها والمقصود بالشراكة والطبيعة القانونية والعناصر المكونة لها.

المبحث الثاني : نخصصه للقانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة .

المبحث الثالث : نخصصه لطرق تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص .

نأ مل أن نكون قد غطينا وأوضحنا موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الدولى الخاص بإيجاز معقول بعيدا عن التطويل الممل أو الاقتضاب المخل ، وأن ينفع به الدارسين ويلهمنا الصواب ويهدينا سواء السبيل ، كما أسأل الله عز وجل الحنان المنان أن يوفقنا ويجعلنا من المقبولين إنه نعم المولي ونعم المصير .

[١] المنشور في الجريدة الرسمية المغربية عدد ٦٣٢٨ بتاريخ ٢٢ يناير ٢٠١٥، ص٤٥٦ .

المبحث الأول

ماهية عقد الشراكة وطبيعته القانونية

تعتبر الشراكة عقد طويل المدة وهي في الغالب تكون بين شخص من أشخاص القانون الخاص وشخص من أشخاص القانون العام ، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون هذا العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص أو العام فقط .

وهذا العقد طويل المدة يكون بين طرف أو هيئة حكومية وبين شخص من أشخاص القانون الخاص ، ويكون هذا التعاقد على أساس القدرات المالية والموارد المتاحة بهدف الإنشاء والتشييد والتمويل وإجراء التسهيل بغرض الاستعمال من قبل الجمهور [٢] .

وتعد الشراكة وسيلة تستطيع بها الحكومة أن تيسر الأعباء المالية ، وذلك بالحصول على التمويل من القطاع الخاص ، وإدارة المنفعة والربح من الخبرة التكنولوجية والمعرفة .

كما أن هذه الشراكة تعطي دورا كبيرا للقطاع الخاص في عقود الإنشاء والتشييد والمشروعات العامة ، خاصة مشروعات البنية الأساسية ويتحمل القطاع الخاص المخاطر وفي المقابل يسعي لتحقيق أكبر قدر من الأرباح والذي يعتمد على تنفيذ المشروع .

وقد اتجه الفكر القانوني نحو فكرة المشاركة باعتبارها أسلوب سهل لتمويل مشروعات البنية الأساسية المختلفة ، وتسمح البنود التعاقدية في المشاركة العامة الخاصة للحكومة أن تطور

---

[2] Ahmed Rizak What the extent of Public and Private Sector Partnershio to atitrating domestic and foreign investment ? www . research gate 2021 , read in 9 Oclook 15-10-2021 .

أوعية القطاع العام مع عدم تحمل التمويل ، وذلك بوسيلة عدم تحمل عبء وحساب التمويل .

وقد اتجهت الدول إلى تطوير تشريع المشاركة وتعديله ، حيث يستطيع الاستثمار المباشر أن يعمل ويجد ضماناته الكافية .

وتَعد هذه الآلية وسيلة لجذب الاستثمارات الكبيرة والمتوسطة وصغيرة الحجم بما توفره من استقرار قانوني وأرباح مضمونة خلال مدة طويلة هي المدة المحددة لتنفيذ المشروع من ناحية أخري ، إن التعاقد مع جهة حكومية يوفر ضمان تيسير الإجراءات للمشروع الخاص ويضمن له المرونة في العمل خاصة في المشروعات ذات التركيبات المحددة بدقة.

وعلى المستوي الاجتماعي يؤدي مثل هذه المشروعات إلى خلق المزيد من فرص العمل كما يكفل النمو الاقتصادي المستدام ، ويساعد شركات الاستثمار المباشر على وضع أقدامها داخل اقتصاد الدولة ويضمن هذا الأمر لها المزيد من العقود ومن ثم المزيد من التوسع .

بناء على ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الشراكة وطبيعتها القانونية .

المطلب الثاني : مجال تطبيق الشراكة العامة ـ الخاصة .

وفيما يلي نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المطلب الأول

تعريف الشراكة وطبيعتها القانونية

نقسم هذا المطلب إلى فرعين:-

الفرع الأول : تعريف الشراكة .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة

الفرع الأول

تعريف الشراكة

أولًا: تعريف الشراكة في اللغة :

مأخوذة من الفعل الماضي شَرك [٣] ، يقال : شاركت فلانا أي صرت شريكه ، واشترك الشخصان وتشاركا : أي شارك كل واحد منهما الآخر ، وأشركه في أمره : أي أدخله فيه ، ومنه قول الحق سبحانه وتعالى في القرآن الكريم ، على لسان موسي نبي الله – عليه السلام – طالباً من الله إشراك أخيه هارون في النبوة وتبليغ الرسالة ، " **وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي كَيْ نُسَبِّحَكَ كَثِيراً** " [٤].

ثانيا : تعريف الشراكة في الاصطلاح [٥] :

---

[٣] لسان العرب لابن منظور : جمال الدين بن منظور المتوفي سنة ٧١١ه ، دار المعارف ، مصر ، مجلد ٤ ، ج ٢١ ، ص٢٢٤٨ ، مختار الصحاح للرازي ، والمعجم الوسيط مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق العربية ، مصر ، الطبقة الرابعة ، ٢٠٠٤ م ، ص٤٨٠ .

[٤] سورة طه الآية ٣٢،٣٣ .

[٥] توجيه للمصطلح الانجليزي Partnership public – Private اختصاراً (PPP)

يعد مفهوم المشاركة بين القطاعين العام والخاص من المفاهيم ذات المدلولات المركبة والمتعددة .

لقد عرفها قاموس New Webster بأنها " رابطة بين الأشخاص الذين يشتركون في المخاطر والأرباح في عمل ما ، أو أية مشاريع مشتركة أخرى بموجب عقد قانوني ملزم"[٦].

كذلك عرفتها الأ مم المتحدة بأنها " التعاون والأنشطة المشتركة بين القطاعين العام والخاص بفرض تنفيذ المشروعات الكبرى ، وبحيث تكون الموارد والإمكانيات لكلا القطاعين مستخدمة معاً ، وذلك بالطريقة التي تؤدي إلى اقتسام المسئوليات والمخاطر بين القطاعين بطريقة رشيدة لتحقيق التوازن الأمثل لكل من القطاعين [٧].

كما عرفها المجلس القومي للشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنها " اتفاق تعاقدي بين جهة حكومية (اتحادية – ولائية – محلية) وكيانا تابعا للقطاع الخاص ، يتم من خلال هذا الاتفاق المشاركة بالأصول والخبرات لكل قطاع في الخدمة أو تسهيلها لاستخدام الجمهور العام ، بالإضافة إلى المشاركة في الموارد وتقاسم المخاطر والعوائد المأتيه عند تقديم الخدمة أو المرفق [٨] .

---

[٦] د.عادل محمود الرشيد : ادارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٧م ، ص٣ ، معجم مريام ، ويبستر علي شبكة المعلومات الدولية .

[7] United Nation K 1998 , Ecommmisson for – Europe , Newyork . p.3

[8] Nation council for . ppp , (NCPPP) www.NCPPP.ORG .

كما عرفها القانون المغربي رقم ٨٦٠١٢ لعام ٢٠١٤ المتعلق بالشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة الأولي منه " عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقد محدد المدة ، يعهد بموجبه شخص عام إلى شريك خاص القيام بمهمة شاملة تتضمن التصميم والتمويل الكلي أو الجزئي والبناء أو إعادة التأهيل وصيانة أو استغلال منشأة أو بنية تحتية أو تقديم خدمات ضرورية لتوفير مرفق عمومي " [٩].

كما عرف الشراكة بعض الفقه بأنها " أوجه التفاعل والتعاون العديدة بين القطاعين العام والخاص ، المتعلقة بتوظيف إمكانياتها البشرية ، والمالية ، والإدارية ، والتنظيمية ، والتكنولوجية ، والمعرفية على أساس المشاركة أو الالتزام بالأهداف ، حرية الاختبار ، المسئولية المشتركة ، والمسائلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تخص العدد الأكبر من أفراد المجتمع ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتها حتي يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة وتحقيق وضع تنافسي أفضل " [١٠].

كما جاء تعريف صندوق النقد الدولي لمصطلح الشراكة مشيرا الى أن " الترتيبات التي يقوم فيها القطاع الخاص بتقديم أصول وخدمات تتعلق بالبنية التحتية جرت العادة على أن تقدمها الحكومة ، وقد تنشأ الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال عقود الامتياز وعقود التشغيل ، ويمكن الدخول فيها للقيام بمجموعة كبيرة من مشاريع البنية التحتية

---

[٩] المنشور في الجريدة الرسمية المغربية عدد ٦٣٢٨ بتاريخ ٢٢ يناير ٢٠١٥ ، ص ٤٥٩ .

[١٠] د.عادل محمود الرشيد : ادارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٧م ، ص٣ ، معجم مريام ، ويبستر علي شبكة المعلومات الدولية .

الاجتماعية والاقتصادية ، وإن كانت لاتزال تستخدم بصفة أساسية في مشاريع البنية التحتية ذات الصلة بالمواصلات – كالطرق السريعة والجسور والإنفاق – وأماكن الإقامة كالمستشفيات والمدارس والسجون "[١١].

كذلك عرفت المادة (١) من الأمر الصادر في ٢٠٠٧ /٧/١٧ في فرنسا عقود المشاركة بأنها عقود إدارية تمنح الدولة أو إحدي شركات القطاع العام ، بموجبها إلي الغير إنشاء مشروع لمدة محدودة خلال مدة استهلاك الاستثمار ، أو وفقاً لشروط التمويل المتفق عليها – تمويل الاستثمارات غير العادية ، والمشروعات ، أو توريد المعدات اللازمة للمرفق العام ، وإنشاء تمويل المشروعات أو المعدات أو صيانتها ، ويكون القطاع الخاص المتعاقد مع جهة الادارة ضمان السلطة علي المشروعات العامة المتوقع إنشائها ، ويكون للقطاع الخاص مقابل المادي خلال فترة الاستغلال وتعد عقود المشاركة في فرنسا كما ذكرنا عقوداً إدارية من طائفة الامتياز والاشغال العامة وهذا بخلاف الحال في قانون المشاركة البريطاني والتي تعد فيه عقود المشاركة عقوداً مدنية وبالتالي تخضع للشرعية العامة [١٢] .

كما ذكرنا المشاركة هي نوع من تنفيذ الاستثمار والاتفاقيات الخاصة المبرمة ، غير أن وجود عنصر عام يعقد الأمر إلى حد ما ، أو هي شكل من أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص ، وذلك لتنفيذ عقود البنية الأساسية أو عقود الخدمات .

---

[١١] برناردين أكتبوبي الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص ، صندوق النقد الدولي ، سلسلة قضايا اقتصاديه ، العدد ٤٠ ، ٢٠٠٧م ، ص٣.

[١٢] للمزيد راجع د / رجب طاجن : عقود الشراكة ،ppp ط١ ، ٢٠٠٧ ، ص١ وما يليها .

وعند وجود طرف أجنبي في هذه المشاركة أي إذا كان الطرف الخاص أجنبي الجنسية فإن هذه العلاقة تخرج عن إطار القانون الداخلي لتخضع للقانون الدولى الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق ، ويعد ذلك أمر مفضل للملاءمة المالية للمستثمر الأجنبي ، واستعمال الموارد وتحقيق نسبة كبيرة من الأرباح ، وهي وسيلة لسد النقص في التمويل وتزيد من جودة البنية الأساسية وفاعلية تقديم الخدمات [١٣].

والواقع أن المشاركة تشير إلى حد ما المشروع المشترك Joint – Venture والذي قد يقوم على أساس تعاقدي مبرم وقد يكون بفعل الواقع باشتراك مشروعين في تنفيذ مشروع معين وتقاسم الالتزامات والأداءات الواجب القيام بها .

ويغلب أن يكون المشروع المشترك في إطار القطاع الخاص ، لكن أيضا لا مانع من وجوده في إطار العلاقات المختلفة بين مشروع عام أو جهة حكومية ومشروع من أشخاص القانون الخاص .

وتجدر الإشارة على أنه لقد أوضح لنا القانون المغربي بأنها (عقود الشراكة) شكل من التعاون تستطيع الدولة بواسطتها أو أجهزتها العامة أو المشروعات العامة أن تعهد إلى أشخاص من القانون الخاص " شركاء عاديين بواسطة عقد محدد المدة يسمى عقد المشاركة العامة . الخاصة " Conrract de Partenariat Publis – Price بالعمل على تنفيذ الخطة أو المشروع ، بتمويله كليا أو جزئيا ، الإنشاء أو بإعادة الترميم والصيانة أو تشغيل

(13) Alexander Kondratyuk , the legal natiere of Public Private Partmershio , thes is hse university , 2016 , P 7 & sea .

مشروع أو بنية أساسية [١٤] أو تقديم خدمات أساسية ضرورية لتوريد وتقديم مرفق عام إذن ينظر إلى المشاركة على أنها نوع من التعاون لتنفيذ مشروعات ذات مصلحة عامة بين القطاع العام والقطاع الخاص بناء على مقدرة وكلمة طرف على توفير الموارد ، المخاطر والأرباح .

وتعد هذه الوسيلة من الوسائل الشائعة في القرن الواحد والعشرين لإيجاد نوع من التنظيم وتنظيم وتقديم الخدمات لإشباع الحاجات العامة ، وتقديم الخدمة وذلك بالصراع مع الزمن[١٥].

موقف المشرع المصري :

عرف المشرع المصري الشراكة بين أشخاص القانون العام والقانون الخاص في " القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ " على أنها " عقد تبرمه الجهة الادارية مع شركة المشروع ، وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة ٣ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ " .

إذ تقوم المشاركة على الفرض التعاقدي وهو يشمل اعتبار المصلحة العامة وهي تدخل في القطاع العام ، وهناك الاعتبار التجاري نظرا لوجود المشروع الخاص أي شخص القانون الخاص [١٦] ، أي الجانب الربحي للمشروع وهو الأمر الذي يهتم به القطاع الخاص [١٧] .

---

(14) Rodaume de Maro , Direction des entreprises Publisques et de la Privatisation , gide de Partenai at , avril , 2018 , P . 6 .
(15) Joan Alexander , theoretical Consideration of Public Private Partenrshio , Publix law J Bucharst , 2004 , P . 29 .
(16) Tan jinghui , legal natute and arnotrability of ppp cintracts , china business law journal , many , 2018 , P 6 ff .

إذن نحن أمام عقد مختلط ذات طبيعة مركبة فهو عقد عام إداري بالنسبة لشخص القانون العام ، وطبيعة مدنية تجارية بالنسبة لشخص القانون الخاص ، وأنه يتضمن مجموعة من العقود والعلاقات مما يثير كثير من التساؤلات وهذا ما سنوضحه في هذه الدراسة .

يقوم عقد المشاركة على أربعة عناصر هي :

١ – الإجراءات الإدارية وتشمل الترخيص الإداري والإشراف الإداري .

٢ – دراسة جدوى المشروع The Feasability of the Project

وتعتبر دراسة الجدوى هي العنصر الأساسي الذي ينفذ في كل العملية ويشمل سلسلة من الإجراءات والأنشطة مثل تقرير دراسة الجدوى ، تجارب واختبارات المشروع ، ملاحظة الاستثمار ، وتكوين الخطة .

٣ – تنفيذ عقد المشاركة يلازمه سياسات الدولة ويشمل ذلك ملاحظات المكتب العام للمشاركة في الحكومة التابع لوزارة الاقتصاد والمالية ورعاية أصول الدولة ، وإدارة المخاطر .

٤ – عنصر الربح وهو يعتمد على المدة الطويلة للتعاقد وبيئة السوق ، ويمكن أن تستغرق دورة حياة مشروع المشاركة حوالى ثلاثين سنة فأكثر ، وأيا ما كان الأمر ، فإن عقد المشاركة له صلة كبيرة بالسلطة الإدارية .

---

(17) Umicitrae legislative Partinership , United Nations Commission trade law , 2020 p . 8 & Seq .

لقد اتجه العالم في القرن العشرين إلى تطوير البنية الأساسية في مجال الغاز ، الطاقة ، التلغراف والهاتف والسكك الحديدية والكهرباء ، الطرق ، القنوات والمشروعات السريعة التي تحتاج تمويلاً ضخما وإلى مشاركة القطاع الخاص .

وتعد المشاركة وسيلة هامة لمواجهة التمويل المطلوب لمشروعات البنية الأساسية ، كما تعد عنصرا أساسيا في سياسات الدولة وتشمل مستوي المنافسة المطلوب لكل قطاع من قطاعات البنية التحتية والطريق المكون بها القطاع والآلية المستخدمة لتوفير العمل والتشغيل الملائم للبنية الأساسية أو المرافق العامة .

وتكون السياسة الوطنية لتشجيع الاستثمار الخاص في البنية الأساسية في الغالب مصحوبة بوسائل الغرض منها ، إدخال المنافسة بين مقدمي الخدمات العامة المقدمة وتفادي ومنع احتكار هذا المرفق حيث تكون المنافسة مسألة هامة .

عقود الاستشارات الخاصة هي عقود تبرمها الوحدة أو وحدة المشاركة في الجهات الإدارية المنشأة بموجب المادة ١٦ من القانون بعد موافقة الوحدة مع مستشاري الطرح القائمين على إعداد الدراسات والمستندات الخاصة بالمشروع .

التشغيل : هو إدارة المشروع محل عقد المشاركة بمعرفة شركة المشروع وذلك من جميع النواحي المالية والفنية والإدارية وتوريد المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم بها المشروع إلى من تحدده الجهة الإدارية وبالشروط والأحكام التي تحددها اللجنة العليا ، وذلك وفقاً للأسس والقواعد المتفق عليها في عقد المشاركة .

الاستغلال : وهو 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 تحددها اللجنة العليا وذلك وفقاً للأسس والقواعد المتفق عليها في عقد المشاركة .

إذن ، عقد المشاركة هو عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع المتعهد وتعهد إليه بمقتضاه بالأعمال التي تهم المصلحة العامة .

وتحدد الجهة الإدارية مواصفات المشروع ومواصفات وشروط مستوي الخدمة ومؤسسات الأداء والطلبات الرئيسية للجهة الإدارية ولجهات التنظيم والرقابة للمرافق والخدمات ومحال التعاقد فيما يتعلق بمعايير السلامة والأمن وحماية البيئة .

وتشمل أركان عقد المشاركة ما يأتي :

أ . طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداؤها وشروط تنفيذها .

ب . ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع .

ج . مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات .

د . الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها العريقة والتمويل .

هـ . سعر بيع المنتج أو مقابل الأداء الخدمة التي ينتجها المشروع وأسس وقواعد تجد تحديدها , وتعديلها بالزيادة ، أو النقص وكيفية معالجة معدلات التضخم وتغيير أسعار الفائدة .

و . وسائل ضمان الجودة وأدوات المتابعة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته .

ز . تنظيم حق الجهة الإدارية في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة ، والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع وأسس وآليات التعديل عن هذا التعويض .

ح . أنواع ومبالغ التأمين على المشروع ومخاطر تشغيله واستغلاله وضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة الإدارية وأحكام وإجراءات استردادها .

ط . تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القانون أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو اكتشاف الآثار والتعويضات المقررة .

ي . مدة العقد ، حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة .

ك . تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفردة أو الإنهاء المبكر أو الإنهاء الجزئي .

وقد نصت المادة ٢٥ على حكم يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة ، وذلك بالنص على أن :

" يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ، ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم او غيره من وسائل تسوية المنازعة غير القضائية طبقًا لما يتفق عليه في عقد الشركة " .

رأي الباحث :

لقد ناقض المشرع المصري نفسه ، حين حرم تحريما مطلقًا خضوع عقد المشاركة لغير القانون المصري ، سواء في الأحكام الموضوعية أم الأحكام الإجرائية ، مخالفًا بذلك مبدأ أساسي عن المبادئ المهيمنة على نظرية العقد ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة أي حرية الأطراف مع تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم (المادة ١٩ مدني مصري) .

وعاد المشرع ليقبل هذا المبدأ أي مبدأ حرية الإرادة في تحديد المحكمة المختصة حين أعطي للأطراف الانفراد بشكل كامل في تحديد وسيلة تسوية منازعات عقد المشاركة بأي طريقة كانت سواء كانت التحكيم أو الطرق البديلة والتحكيم العادي أو التحكيم الافتراضي .

وسنعود لبحث ذلك بالتفصيل من خلال مكونات هذا البحث ، ولنعرض الآن لموقف المشرع الفرنسي .

موقف المشرع الفرنسي [١٨] :

---

(18) Jean – Pierre Sueur – Hurgles Portelli , Rapport d,Information Fait au nom de les Commission des Lois constitutionnelles , de legislatin de sufferage le universal , de reglement et d administration generale sur leo Partenariats Publics – Prives , www vie Publique fr / rapport 2020 Lu en 12 aproe midi , 15 – 10 – 2021 .

يشار إلى هذا العقد في القانون الفرنسي بالحروف اختصارا PPP [١٩] ، لقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٣٧٥ لسنة ٢٠٠٨ في ٢٨ يوليو ٢٠٠٨ وأصبح هذا المسار أداة تعاقدية بجانب آليات أخرى تتعلق بالعقود والأشغال العامة التقليدية أو تفويض المرافق العامة .

إذن هذه الوسيلة هي أداة بواسطتها يقترح المشروع الخاص على القطاع العام تمويل إجمالي مثل عقد التشييد والتشغيل والتسليم Bot مثل مشروع تحلية المياه ، مشروع نقل الركاب أو في شكل تجهيز مثل تجهيز المستشفيات مقابل عمولة .

ومن ثم فإن عقد المشاركة هو عقد طويل المدة تتراوح من ٢٠ سنة إلي٣٠ سنة وأكثر من ذلك حيث يعهد مشروع عام إلى مشروع خاص ، مهمة شاملة في التخطيط والتنفيذ والتمويل والحفظ والصيانة وتشغيل المشروع .

وهذا العقد هو وسيلة خارجة على الطلب العام La commande Public ، ويتم اللجوء إلى هذا العقد من خلال تقرير مسبق يوضح الاستعجال أو تعقيد الملف وتقييم مزايا اللجوء إلى هذا العقد ، مقارنة بالمزايا المقررة للجوء إلي هذا العقد ، مقارنة بالنماذج الاخرى المعروضة على الشخص العام وفقاً للمدة ، التكلفة ، توزيع المخاطر [٢٠] .

كما أن هناك تعريفات كثيرة أخري لمصطلح الشراكة بين القطاع العام والخاص ومع أن كل هذه التعريفات ومفهومها قد لا تكون متناقضة وإنما قد تكون غير مكتملة وعلى أية حال

---

(19) Partnership public – Private .

(20) Julien Bonnat , La reforme des contracts Partenariat Public , Prive , www . Julienbonnat fr / la reforme 2020 , la a 3 h . aproe midi , 15 – 10 – 2021 .

– فإن مضمون الشراكة وجوهرها يجب أن يتضمن على الأقل العناصر التالية : وجود شركاء من القطاع الخاص والعام ، بالموارد وتنوع الانشطة . ووجود المنافع المتقابلة ، والمساءلة والمسئولية التضامنية المشتركة بين القطاعين العام والخاص ، وبناء على ما تقدم بإلقاء الضوء على مزايا الشراكة ومبرراتها وعيوبها في البنود التالية :

البند الأول : مزايا عقد المشاركة :

تري إدارة البنك الدولي أن في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص تحقيقاً لأهداف التنمية المستدامة الاقتصادية والاجتماعية ، وبالأخص في الدول الأقل نموا ، وذات كثافة سكانية ، حيث يبرر دور الدولة في اتخاذ مجموعة من الإجراءات والقرارات ورسم السياسات ، أما القطاع الخاص فيظهر دوره بشكل واضح وملموس في تنفيذ المشاريع ، كما أنه أثبت كفاءة عالية وكبيرة في ضمان تنفيذ المشاريع الضخمة وإدارتها بعكس القطاع الحكومي .

كما يحقق هذا النوع من التعاقد عدة مزايا أنه :

١ – نوع من التعاقد الإجمالي ومن ثم يعطي لجهة الإدارة الحرية في اختيار المجال العام الذي تعاقد فيه ، وآليات هذا التعاقد ويتسع العقد ليشمل أنواع عقود البناء والتشغيل والتسليم، وعقود التوريد ، وعقود المشاركة طويلة المدة وتلك قصيرة المدة ، مع ملاحظة أن المشرع في معظم الأحوال قد يحدد سقفاً ماليا للعقد ؛ أي يستبعد العقود ضئيلة التمويل أو العقود الفنية

مثل عقود الإدارة ، وذلك حتى يقصر المشاركة على العقود التي تحتاج تمويلاً كبيرا ، مما ينتج الإكثار من الاستثمارات الأجنبية المباشرة ذات القدرات المالية الهائلة [٢١].

٢ – هذا العقد هو عقد ييسر عمل المرافق العامة ، من حيث إنشاء مشروعات البنية الأساسية أو تشغيل المرافق العامة من خلال سهولة تيسير الحصول على التمويل اللازم لهذه المشروعات بإشراك المشروعات الخاصة بشكل كامل أو جزئي في الإنشاء والتشييد والتشغيل والإنتاج .

٣ – يغلب استخدام هذه الآلية من التعاقد في المجال العقاري فيكلف المشروع الخاص بوضع التصميم ، التشييد ، التمويل ، الاستغلال والتشييد ، صيانة المشروعات العقارية العامة وبالتالي ، يسمح هذا النوع من التعاقد والذي يمتاز بطول مدته بالإحاطة والشمول لدورة الحياة العقارية ، إذن هذا النوع من التعاقد هو وسيلة لإدارة المشروع وإنشاء البنية الأساسية له مع الرقابة الجيدة على التكاليف ، كما أن هذا العقد يمكن أن يطبق في مجال البحث العلمي حول دور حياة العقار وطرق المحافظة عليه .

٤ – يسمح هذا النوع من التعاقد إقامة التوازن بين المصالح العامة وتحقيق النفع العام من ناحية وتحقيق المصلحة الخاصة المتمثلة في حد معين من الأرباح ، وبذلك يكون هناك شفافية حول مشروعات البنية التحتية الكبيرة .

---

[21] Colombe Braun Deshaies , les avantage et lesenjeux du mode partenariat lintegration des stratedies er des incitatirs elies au cycle de vie des inneuble : analyse de la literature et etude du cas de la maisen symphonique Montreal , these ,, Umiversite de Quebec 2012 , P . 17 et s .

كما يسمح أسلوب المشاركة من تحسين جودة الخدمات المقدمة للمواطنين ، إذ أن المستثمر الأجنبي يستخدم أفضل تكنولوجيا وطرق تشغيل مدعومة بخبرات القطاع الخاص .

من ناحية أخري ، يتم الاقتصاد في زمن التنفيذ وذلك لتخفيض التكاليف الإجمالية للمشروع ، كما أن القطاع الخاص يكون له حرية اختيار أساليب التنفيذ ، ويختار الأساليب التي تقتصد في النفقات ، وبالمثل يتم تقليل المخاطر والتي تقع على من يستطيع إدارتها .

ويزيد هذا الأسلوب من الإنتاجية ، إذ يتم التشغيل وفقاً لأفضل الطرق التكنولوجية مع التجديد في البنية التحتية ويحقق ذلك إجابة الطلبات الاجتماعية مع التقليل من نفقاتها وتكلفتها المالية [٢٢] .

٥ – كما أن الشراكة هي التي بإمكانها تشجيع المنافسة والابتكار ، والتوصل إلى منهج سليم ومتوازن وقوي ومتكامل من أجل إيجاد حلول لمشكلة البطالة وتطوير البنية التحتية وحاجات الاستهلاك المحلي ، لكي تتلاءم مع الواقع والاقتصادي والاجتماعي

البند الثاني : مبررات الشراكة [٢٣] :

تعد شراكة القطاع العام مع الخاص نموذجا فريدا ومتطورا لأنشطة الأعمال التي عليها جذب الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية في كافة النواحي الاجتماعية والاقتصادية من أجل الوفاء بالاحتياجات الأساسية والضرورية للمجتمع من السلع والخدمات بأسلوب راقي

---

[٢٢] محمد متولي دكروري محمد ، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز علي التجربة المصرية ، وزارة المالية ، الإدارة العامة للبحوث المالية ، ٢٠٢٠ ، ص١٠ ، ص١١ .

[٢٣] راجع د. هشام مصطفي محمد : الشراكة بين القطاعين العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة ، البحث سابق الإشارة إليه ، العدد الحادي والثلاثون ، الجزء الرابع ، ص١٧١١.

ومستحدث ، ويخدم الإنسان الذي كرمه الله عز وجل ، ومن أهم المبررات التي أدت إلى اللجوء إلى الشراكة وبخاصة الدول النامية ما يلي :

١-ضغوط المنافسة المتزايدة وانخفاض معدلات النمو .

٢-التوسع في اتخاذ القرارات ووضع السياسات الاقتصادية التي تخدم الصالح العام .

٣-زيادة الفاعلية والكفاءة من خلال الاعتماد على القطاع الخاص ، وعلى تقسيم العمل ، ومن ثم تحقيق فائدة أعلى للأموال المستثمرة .

٤-مطالبة المواطنين بتحسين الخدمات المقدمة من الحكومات والقطاع العام .

٥-تعمل الشراكة على تخفيف العبء على القطاع العام بسبب تعدد المجالات والمشاريع التي يتطلب تنفيذها تكلفة عالية ، وبالتالي تعمل الشراكة على حدة المنافسة من خلال تبادل الالتزامات بين أطراف عقد الشراكة .

٦-إن التنمية المستدامة تحتاج إلى رأس مال ، وبالتالي تعجز الدولة بمفردها وبإمكانيتها المحدودة على تحقيق وتنفيذ تلك المشاريع الضخمة .

٧-كذلك التطور التكنولوجي والتقني والاقتصادي المتسارع أتاح الفرصة لتقليل تكلفة المشاريع القومية .

البند الثالث :عيوب الشراكة :

١ – هذا النوع من التعاقد ليس عقدا واحدا هو نوع من الإطارية تتنوع فيه العقود حسب الشروط التي يتم الا تفاق عليها ، ومن ثم تعتبر التسمية غير دالة على محتوي العقد ، وتحتاج تكييف إلى سير أغوار الالتزامات الواقعة على كل طرف للقول الفصل حول طبيعته القانونية [٢٤] .

إذن ، تكون المبادرة للطرف العام والذي يدعو الطرف الخاص إلى مشاركته في وضع تصميم أو خطة ، تنفيذ ، تشغيل ، مشروعات إدارية عام ويتم تقاسم المسئولية عن المخاطر والأرباح .

ويطبق ذلك على عقود إنشاء البنية التحتية وعقود تجهيز وعقود لأداء الخدمات ، إذن هو مجموع من اتفاقات التعاون وتبدأ من العقود المرنة غير الشكلية لتصل إلى العقود الجامدة ، المتمثل في عائلة عقود Bot أو DBFO التصميم ، البناء ، التمويل ، التشغيل أو العقود المشتركة [٢٥] .

٢ – تقدم المشاركة على العقد بين القطاع العام والقطاع الخاص وهذا القطاع العام مملوك للدولة أو الوحدات المحلية وهو يقدم المنتج أو الخدمة للفرد المواطن دون استهداف الربح ، مثال ذلك خدمة العناية بالصحة ، التعليم ، إنشاء النوادي الرياضية ، الكهرباء والشرطة والمطافئ .

---

[٢٤] راجع د. عادل محمود الرشيد : المرجع السابق ، ص١٤ وما يليها .

[25] Berteby research Disavantage of Public Sector , www . bartleby . com 2020 , read at 5 Oclock . eft , 15 – 10 – 2021 .

من هنا فإن الدولة تتحمل خسائر في حالة المشاركة خسائر لرد الأموال التي دفعت لتمويل البنية الأساسية ويقود ذلك إلى زيادة العبء الضريبي ويؤدي إلى زيادة الرشوة وغير ذلك مثال ذلك قطاع الخدمة المدنية ، الإسكان الاجتماعي ، الجمارك ، قطاع التحقيق والتحدي بواسطة الشرطة .

في المقابل تكون إدارة القطاع الخاص حرة من تدخل الحكومة والملكية في الملكية الفردية ، الشراكة أو المشاركة ، الشركات المحدودة ، التراخيص والتعاونيات ، وهو يقوم على عدم المركزية التي لا تناسب القطاع العام وعدم المركزية تجعل التنسيق بين وحدات الدولة أمر قليل الفاعلية .

٣ – يحتاج توفير التمويل إلى تقرير تكلفة مرتبطة بالدين وهذه النفقة تتطلب التمويل السريع أن يتحملها العميل أو تتحملها الحكومة من خلال تطبيق سياسة الدعم [٢٦] .

٤ – إن بعض المشروعات تكون خدمية بدرجة كبيرة ويكون العائد منها بالعملة المحلية ضئيل ، وبالتالي يكون هناك عجز في سداد مبلغ التمويل المنفق عليها ، كما أن بعض المشروعات قد تؤدي إلى تخفيض اليد العاملة ، ومن ثم تكون قليلة الجدوى من ناحية السياسة الاجتماعية المتبعة .

٥ – يجب تحديد الحوافز الاقتصادية التي تجذب القطاع الخاص ، ولذلك يلتزم تحديد هذه المشروعات ، حيث تكون رقابة تنفيذها سهلة .

---

(26) Worlbbank , Aventages et risques des PPP . , 2020 , www.worldbank , para . II .

٦ – هذه الآلية للتعاقد قد تحتاج إلى وجود خبراء حكوميين لمتابعة التنفيذ ، ومن ثم فإن هذه الآلية تفشل في الدول غير الديمقراطية ، حيث يكون التعيين لأهل السلطة أصحاب البعض وليس أهل الكفاءة ، ومن ثم يصعب عليهم متابعة أداء الحكومة وتنفيذها لالتزاماتها.

٧ – هذه الألية التعاقدية طويلة المدة ، ومن ثم يلزم وجود تشريع جيد لحكم كل نماذج العقود والالتزامات المترتبة عليها وليس لا يضع في اعتبار الأحداث المفاجئة التي تقع ولا تنظمها وثيقة العقد ، مما قد يضطر الأطراف لإعادة التفاوض حول بنود العقد وتعديل الالتزامات الواقعة على الأطراف [٢٧] .

إذن ، يكون لجهة الإدارة أن تختار بين الأساليب التقليدية للتعاقد وبين أساليب الشراكة مع القطاع الخاص حسب حجم المشروع والتكلفة المالية المطلوبة والعائد المنتظر من المشروع.

وأيا كان الأمر ، فإن الأساليب التعاقدية شأنها شأن كل تنظيم قانوني له مزاياه وله عيوبه وتتم الموازنة على ضوء [٢٨] المتطلبات والظروف الواقعية والتطبيقات العملية [٢٩].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الشراكة

حول الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ، يتميز هذا العقد بعدة خصائص تعكس ذاتيته الخاصة ويمكن ذكر الخصائص القانونية لهذا العقد على النحو التالي :

---

(27) Akinniyi Julius Ojebode , Public Private Partnershio (PPP) as a mechanism for the Provision of pordable housing delivery in Nigeria thes is Phd , University of Brighton , Jume 2016 ,P . 99 & seq .

(28) Sereyrithy chhun , key complex issues implacting public private partnerships for transportation renewal projects in the united States , thesis , coborado State university , Summer 2014 , p 51 et s .

(29) Fiche thematique , que sont les Partemariats Public Prive , www.vie publique 2020 , lu en 7 du soir 16-10-2021.

أولًا : عقد عام :

تعتبر الشراكة أو المشاركة من عقود الطلب العام أي عقد عام له الطبيعة الإدارية وهو من عقود الدولة إذ تعهد الإدارة العامة بموجب هذا العقد إلى مستثمر أو مجموعة من المستثمرين الاقتصاديين بمهمة عامة تشمل الإنشاء ، التحويل أو الإزالة ؛ أي إزالة مشروع قائم ، التجهيز أو توريد الأموال غير المادية الضرورية لمرفق عام أو القيام بمهمة وعمل المرفق العام ذات نفع عام مع التمويل الكامل أو التمويل الجزئي .

ثانيا : عقد المشاركة العام ـ الخاص عقد شامل :

يعهد هذا العقد إلى المستثمر بمهمة شاملة متعلقة بالاستثمار غير المادي للمشروع ، أو التجهيزات الضرورية للمرفق العام للبناء ، وتمويل المشروع أو صيانته ، وحفظه وتشغيله أو إدارته ، وإذا لزم الأمر يقوم المستثمر بأعمال أخرى وأداءات أخري للمرفق والمشاركة في العمل مع الشخص العام لأداء مهمة المرفق العام المنوط به .

ثالثًا : عقد عام للوفاء بالأجرة :

يسعي المشروع الخاص إلى الربح غير أن دخوله في عقد المشاركة يعنى قبوله الوفاء بأجره والمستحقات الناتجة من التمويل والأحوال التي أنفقها من عائد المشروع .

رابعا : عقد دولي :

يقاس معيار الدولية بالقياس التقليدي (المعيار القانوني) المتمثل في تحليل الرابطة إلى أطراف . محل وسبب ، فإذا كان أحد هذه العناصر أجنبيا كان العقد دوليا ، أي إذا تطرق العنصر الأجنبي إلى العلاقة القانونية يعد هذا العقد عقداً دولياً.

وبالنظر إلى عقد المشاركة العامة والخاصة نجد أن المستثمر الأجنبي ينتمى إلى دولة أجنبية ، ومن ثم فهو عقد دولي من ناحية دخول أحد الأطراف في العنصر الخارجي في العقد .

كما أن محل العقد وهو الأداء الرئيسي المتمثل في الإنشاء أو التجهيز أو التمويل هو رأس المال الأجنبي الوارد من الخارج أي فئة تمويلات نقدية أجنبية أو توريد تجهيزات مصنعة في دولة أجنبية [٣٠] .

إ ذن يقوم المستثمر الأجنبي بتنفيذ مشروع خارج حدود دولته من ناحية أخري ، فإن عقود الشراكة تتعلق بالقانون الدولي أو الدولية الاقتصادية حيث إن هناك تدفقات مالية تؤثر على النظام العام الدولي وتؤثر بالضرورة على التجارة الدولية ، وبالتالي يكون هذه العقود عقودا دولية .

إذن عقود المشاركة أو الشراكة مع القطاع الخاص الأجنبي [٣١] تتعلق بمصالح التجارة الدولية ، وتكون أجنبية من هذه الزاوية ، كما قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير إذا كان العقد يترتب عليه خروج ودخول الأموال عبر حدود الدولة تكون عقداً دوليا [٣٢] .

ويمكن أن نقرر أن عقد الشراكة العامة والخاصة مع المستثمر الأجنبي هو عقد دولي من جميع الزوايا سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الاقتصادية .

نخلص إذن إلى أن عقد الشراكة العامة الخاصة هو عقد من عقود الدولة له الطبيعة العامة كما أنه عقد دولي إذا كان الطرف الخاص ينتمي إلى دولة أخري غير الدولة المتعاقدة ، أو الدولة المضيفة للأستثمار أو العقد المطلوب تنفيذه .

ونبحث في المطلب الثاني مجالات عقود الشراكة العامة الخاصة .

---

(30) Ali Bencheneb , le contrat international de construction , Rev . I . dr . Economique , 2018 , t 33, p 5-15 .
(31) Trimothe Heinz , cotrats internationaux www. Cdpf . Unistar , of 2020 .
(32) Cass. Liv . 17 mai 1997 , qalloz 1928 , not , p 25 , noto Capitant , Ahmed sadek EL Kocheri , la notion de contrat International , these 1962 , Universite de Rennes , 1962 , t . III ,ni 79 .
Jean , Micheal Jacquet , le contrat Internation , Paris , Dalloz , 1999 , P5 .

المطلب الثاني

مجالات عقد الشراكة العامة . الخاصة

يشمل عقد الشراكة مجالات عديدة مثل منشأة الهندسة المدنية ، منشأة البنية الأساسية ، النقل في منشآت البنية الأساسية ، النقل في منشآت السكك الحديدية ، خطوط الأنابيب ، الموانئ البحرية والمنشآت النهرية ، السفن البحرية والنهرية ، سفن الصيد ، تجهيزات الإنتاج وتحويل الطاقة ، نظم الاتصالات ، المنشآت الطبية والسياحية [٣٣] .

ويعتبر قطاع النقل هو في الغالب القطاع الرئيسي الذي يتم فيه إبرام عقود الشراكة مع الطرف الأجنبي ، وفي الغالب يكون نموذج العقد هو عقد البوت ، البناء ، التشغيل والتسليم ، ونقا الملكية يغلب أن يكون الاستثمار الأجنبي في شكل الاستثمار المباشر وليس الاستثمار غير المباشر .

وهناك أيضا نموذج : ابني ، تملك ، شغل ، انقل , BOOT , Build , Own Operat , Trnsfer ، من ناحية أخرى ، تعد المستشفيات من المجالات الهامة لعقود الشراكة وكذلك مراكز الاعتقال والسجن والمراكز الطارئة ومعالجة المياه ، وتحليتها [٣٤] .

كما أن الشراكة في الدول الأفريقية ذات طابع آخر إذ أن القدرات المالية لهذه الدول ضعيفة ، وقد وصلت هذه النسبة أي نسبة مساهمة رأس المال الأجنبي في دول أمريكا اللاتينية إلى ٨٠% في الفترة من ١٩٩٠ – ٢٠٠١م .

الوضع في مصر :

تعمل الدولة المصرية منذ سنة ٢٠٠٤م علي تنفيذ عدة إصلاحات لنمو الاقتصاد وبالتالي تحتاج إلي استثمار أكبر في البنية التحتية ، وفعلا بدأت الحكومة المصرية في إجراء صيانة وتجديد في البنية التحتية ولا سبيل من تغطية هذه الفجوة إلا عن طريق تحريك القطاع الخاص لضخ استثمارات رأسمالية محلية ودولية ، وذلك لعمل نظم حيوية ومؤثرة لاحتياجات

---

(33) Dmitru Ivanov , Diffare ntes Formes Onplantation en Russsie , these , university Rabert Schuman , 2007 , p 6 ets .

(34) M . Lafitte , le Partenarait Public Paive une cle Pour Investisssement Public France , Rev . Banque Rdition , 2020, P 78 .s

البنية التحتية ، وتغطية هذه المشروعات عن طريق مشروعات شراكة مع القطاع الخاص ، وانشأت الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص ، وكان الهدف منها ترويج مبادرة الشراكة القومية إلي المستثمرين والمستفيدين داخل الحكومة والقطاع الخاص ، ووضع الإعلانات حول هذه المشروعات بالمشاركة مع القطاع الخاص سواء محلي أو الأجنبي ، ومساعدة الوزارات المختلفة المعنية لتحديد المشروعات لإدراجها في الخطة الاستراتيجية الخمسية .

كما تشير التجربة الدولية إلي اهتمام المجتمع الدولي موجود تشريعات مستقلة تتضمن تنظيم الأحكام المنظمة لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، وفعلا بدأت الدولة المصرية ووضعت برنامج تنفيذي ودليل إرشادي تطبيقي لمشروعات الشراكة وتم توزيعه وتم تخصيص الموقع الإلكتروني التالي للوحدة باللغتين العربية والإنجليزية.

www.ppcentRalunit.of.gov.eg

وتطلعنا لنهضة الاقتصاد المصري والاستفادة من تجارب الدول الاخرى التي قامت بتطبيق نظام الشراكة ، فضلاً عن مراجعة أحدث التشريعات في القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٠م لتنظيم عقود الشراكة طويلة المدة بين القطاعين العام والخاص بخصوص مشروعات البنية التحتية والخدمات العامة ، كذلك قد تضمن هذا القانون إنشاء اللجنة العليا للمشاركة برئاسة مجلس الوزراء وعضوية وزير المالية والوزراء المعنيين بالبنية التحتية ، وتطوير مشروعات الشراكة وضرورتها الاقتصادية ، وقد اعتمدت الدولة المصرية استراتيجية جديدة للمشاركة بعد ٢٠٠٨م وامتدت لتشمل كذلك الصحة والتعليم ، والاعتماد علي العروض المتنافسة التي تعتمد على دعم محدود ، ووضع حد أقصي لنسب التكاليف ، لاستخدام نماذج العقود التي تتم صياغتها من قبل الوحدة المركزية للشراكة من القطاع الخاص .

وتجدر الإشارة أنه تم وضع خطوط عريضة وأهداف راقية وحضرية من أجل القضاء علي العشوائيات وتمت بالفعل وتم تأسيس العاصمة الإدارية الجديدة ، وتم وضع قاعدة بيانات عن المشروعات المدرجة وتم تنفيذها فعلا ، والاستفادة من تجارب الدول الاخرى في مجال

الشراكة ، وتجنبه السلبيات والاستفادة من النواحي الايجابية الناتجة عن الشراكة بين العام والخاص .

الواقع أن مصر في حاجة ملحة إلى الاستثمار الأجنبي ، ويمكن أن توفر الشراكة العامة . الخاصة التمويل المطلوب لمصر حيث إن ٩٤% من الإقليم المصري أرض بكر تزخر بثرواتها المعدنية فضلاً عن آلاف الكيلومترات من المياه الإقليمية تحتاج إلى استخراج معادنها وصيد أسماكها [٣٥].

ويقدم المستثمر الأجنبي المشروعات والخدمات ويتحمل عبء التمويل ويشارك في المخاطر ، ويكون التمويل من مستثمر فرد ، شخص طبيعي أو شخص معنوي وقد يكون بواسطة كوسفرتيوم أي مجموعة مستثمرين وهو يمول التصميم والرسومات ، البناء ، التشغيل ، الصيانة للمشروع العام ويستمر ذلك لمدة محددة يكون فيه المشروع تحت سيطرة المستثمر الأجنبي .

وقد وضع قانون الشراكة المصري سقفًا ماليا للشراكة وهو لا يقل عن مائة مليون جنيه مصري وهو سقف معقول لا يساوي مبلغًا كبيرا من العملة الصعبة أي العملة الأجنبية .

إذن ، تستخدم الدول شراكة القطاع الخاص لتنفيذ المشروعات في مجالات الصحة ، الإسكان ، التعليم والبنية الأساسية والخدمات الاجتماعية .

وتهدف الشراكة إلى الحد من الاحتكار والفساد وإعادة توزيع الشراكة مع القطاع الخاص بزيادة الدور الرقابي للدولة من خلال مجموعة من الإجراءات بين الدولة والقطاع الخاص لإعادة الانضباط إلى الأسواق وفقًا لمعايير الشفافية والمسئولية الاجتماعية [٣٦] .

---

[35] Ali Motaser , Public Private Partnershop in Egypt , www . Research gate , 2020 read 16-10-20221 , at O'clock .

[٣٦] د/ هشام مصطفي محمد سالم الجمل ، الشراكة بين القطاعين العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة ، مجلة كلية الشريعة والقانون ، ع٣١ ، ج٤ ، ٢٠١٦ ، ص ١٧٠٢ ومابعدها .

د/ ليث عبدالله القهيوي ، بلال محمد الوادي ، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص ، الإطار النظري والتطبيق العملي ، مكتبة حامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، عمان ، ٢٠١٢، ص ١٥ .

بناء على ذلك ، تستخدم عقود الشراكات في تمويل وإقامة مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة تشييداً ، تمويلاً ، تجديداً ، صيانة خلال مدة طويلة نسبيا ، ويكون تحديد الالتزامات والحقوق وفقاً لما يتفق عليه الطرفان [٣٧] .

إذن ، جميع القطاعات الاقتصادية هي مجال للشراكة وأهمها مشاريع البنية التحتية كالمطارات ، الطرق ، المصانع ، الاستصلاح الأراضي ، المجمعات الصناعية والمراكز التجارية والخدمية ، مواقف السيارات ، الجسور ، محطات توليد الكهرباء .

وهذه العقود لاشك في طبيعتها الإدارية أو العامة حتى لو كان الجانب الخاص يمثل القانون التجاري إذ أن هناك الطرف الأول في العقد وهو يمثل القطاع العام أن المصلحة العامة التي من أجلها أبرم العقد دونه .

كما أن هذا العقد يتصل بالمرفق العام لإنشاء هذا المرفق أو إدارته أو تشغيله [٣٨] ، كما أن هذا العقد يجوز أن يشمل الشروط الباهظة أو الشروط الاستثنائية مثل شرط تعديل العقد أو الفائدة بواسطة جهة الإدارة المنفردة [٣٩] .

ولسوف نبحث بالتفصيل القانون الواجب التطبيق في المبحث الثاني من هذه الدراسة التي تنقسم إلى مبحثين :

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة

المبحث الثالث : تسوية المنازعات في عقود الشراكة .

---

[٣٧] د/ عادل محمود الرشيد ، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، المفاهيم ، النماذج ، والتطبيقات ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٣ وما بعدها .

د/ سلمان عمر ، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP ، ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها ، شرم الشيخ ، اكتوبر ٢٠١١ ، ص ٣ وما بعدها .

[38] Bruno de Cazelel , the Evolution of public Privates Parteneship legal Concepts Over the Last 20 Years Under Common law influence , I Buss law J 2014 , p 271 & ff .

[٣٩] د/ مصطفي عبدالمنعم الحبشي ، الوجيز في عقود البوت ، القاهرة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٩ ومابعدها .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة

يقصد بالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يحكم موضوع العقد هو الذي يحكم الشروط الموضوعية بالرضا ، المحل ، السبب والقانون الذي يحكم أهلية الأطراف سواء الطرف العام أو الطرف الخاص والشروط الشكلية أي شكل العقد سواء كان عقد رضائيا أو شكليا مكتوبا كتابة رسمية أو عرفية .

يعد خضوع العقد الدولي لقاعدة قانون الإدارة من أهم المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص أو لها جذورها التاريخية [٤٠] ، ولقد دونت مختلف الأنظمة القانونية الأجنبية والعربية المقارنة قاعدة خضوع العقد المنطوي على عنصر أجنبي لقانون الإرادة الصريحة والضمنية ، ويري على موضوع العقد الدولي هذه القاعدة أي قاعدة مبدأ سلطات الإرادة والذي يعني أن حرية أطراف العقد في اختبار القانون الذي يحكم العقد ، وقد نص المشرع المصري على هذه القاعدة في المادة ١٩ من القانون المدني المصري الحالي المادة المذكورة ، يتضح أن المشرع المصري قد أخضع العقد الدولي المنطوي على عنصر أجنبي أو أكثر لقانون الإرادة أي القانون الذي يحدده أطراف العقد صراحةً أو ضمناً [٤١].

والواقع أننا نواجه مشكلة في أن بعض القوانين قد حرمت الأطراف من حرية اختيار القانون وفرضت تطبيق قانونها الوطني كما سبق أن رأينا بالنسبة للقانون المصري المتعلق بالشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م أو القانون الفيتنامي وقد جعل المشرع الخروج على هذه القاعدة جزاؤه بطلان العقد .

رأينا في هذه المسألة :

---

[٤٠] في القرن السادس عشر جاء الاستاذ ديمولان بقاعدة اسناد تقضي بخضوع العقد لقانون محل ابرامه للمزيد راجع دكتور / أحمد عبدالكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، ١٩٩٦ ، ص١٠٩٦ .

[٤١] نصت علي قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة اتفاقية لاهاي ، ١٤ مارس ١٩٨٧ بشأن القانون الواجب التطبيق علي عقود الواسطة والتمثيل التجاري ، المادة ٥ ، كما نصت علي ذلك فى اتفاقية فيينا ١ أبريل ١٩٨٠م ، المادة ٦ منها .

الواقع أن حرمان الأطراف من حرية اختيار القانون الواجب التطبيق هو أمر يتعارض مع دولية العقد باعتبار أن عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص عقد دولي دولية قانونية بحته ، ومفاد ذلك أن العقد يخضع للقانون الواجب التطبيق الذي يتفق عليه أطراف العقد المنطوي على عنصر أجنبي وفقًا للمادة مدني مصري ١٩ التي نصت على أن :

١ – يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيه الوطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا ، فإذا اتحد موطنًا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد على هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه .

٢ – على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار " .

كذلك تنص المادة ٢٠ مدني مصري بخصوص شكل العقد على أنه العقود بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطني المشترك .

إذن ، كان يجب على الأقل إخضاع العقد لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود وإتاحة الحرية للأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق مع ملاحظة أن حق الدولة يظل محفوظًا بقواعد النظام وقوانين البوليس والأمن المدني .

والواقع أن مركز الثقل الجاذب للقانون الواجب التطبيق قد يتراوح في الجانب العام وقد يكون في الجانب الخاص من النشاط الاقتصادي المنفذ للمشروع العام المتمثل في التنفيذ الإداري ورقابة الأنشطة [٤٢] .

يستوجب ذلك توزيع القانون الواجب التطبيق بين القانون العام والقانون الخاص ، أي إن الجانب العام يخضع لقانون الشخص في تحديد أهلية ويخضع موضوع العقد أو الشروط

---

[42] Luiza Manolea , Public Private Partnershio : a possible solution in the development services and thePublic Investment , Published in Journal " Constructive , 2011 , n 95 , P . 16 – 20 .

الموضوعية للتعاقد للقانون العام والقانون الخاص ، وكذلك تخضع عملية التنفيذ للقانون الخاص ، أما المسئولية المترتبة على العقد فإنها تقاس بالنسبة للشخص العام بقانونه العام ، وبالنسبة للمستثمر الأجنبي بالقانون المرتبط أو وثيق الصلة بالأداء المقدم وفقاً للاتجاه السائد في القانون المقارن .

إذن لا نستطيع القول بتطبيق قانون دولة واحدة على مثل هذا العقد ، نعم نحن ندافع عن السيادة الوطنية وعن ضرورة إعلان تشريع الدولة النامية باعتبارها في حاجه للتنمية والاستثمار ، ولكن ذلك لا يمكن أن يترجم بالتضحية بالمساواة بين الأطراف ، النسبية [٤٣] ولهذا يكون تطبيق القانون تطبيقاً توزيعيا .

ونخلص من ثم إلى أن تعميم تطبيق القانون الوطني على كل عقد المشاركة أو الشراكة سياسة خاطئة ، **بناء على ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :**

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد .

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل العقد ، وفيما يلي نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على موضوع عقد الشراكة العامة ـ الخاصة .

(43) Sergiu Cornes, Valentina , Public Private Prtnership : between legal requirements and the real needs , www.researdgate . ner july 2012 p 183 % seq .

سبق أن رأينا أن المشرع المصري قد خرج على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الشراكة قطاع عام . خاص ، ولذلك ندعو المشرع المصري إلى تعديل هذا النص والأخذ بحرية الأطراف في تحديد أو اختيار القانون الواجب التطبيق مع احترام النظام العام وقوانين البوليس .

وقد دعم من موقف المشرع المصري والكثير من القوانين المماثلة الطبيعة الإدارية لعقد الشراكة مع الحكومة ، ونبحث هذه المسألة فيما يلي :

الطبيعة الإدارية لعقد الشراكة :

تنظم دول القانون القضائي عقد المشاركة من خلال القرارات الإدارية والقواعد اللائحية ولا تضع نصوصا تشريعية لحكم هذا النوع من العقود مثال ذلك استراليا والمملكة المتحدة والدول النامية التي تحذو حذوها كجاميكا [٤٤] .

ويأخذ هذا الاتجاه بوضع القواعد والارشادات الشراكة العامة الخاصة وهذه القواعد الإرشادية تكون تفصيلية ، وتكفل الوزارة المختصة تنفيذ هذه القواعد والتوجيهات والالتزام بها .

وهذه القواعد تشكل هيكل أو مجموع القواعد الحاكمة للعقد وبالرغم من أن عقد المشاركة في القانون الأنجلوسكسوني هو عقد يدخل في القانون الخاص العادي وتكون له القوة الإلزامية من خلال قانون العقود ، كما أن ضبط العقد وتنفيذه مسألة من مسائل القانون الخاص ، وتخضع المنازعات بين الأطراف لاختصاص المحاكم العادية أو للتحكيم ، إذا كان الأطراف قد اختاروا التحكيم في العقد .

ومع ذلك ، فإن هناك دول أخري في القانون الأنجلوسكسوني تنظم عقود الشراكة بموجب تشريعات مما يزيد من الإلزامية ، الاستقرار ، الشفافية ، المسئولية .

---

(44) APMG international , legal administrative approaches to establishing ppp framework , www.ppp.certifcation.com 2021, read 19-10-2021 at 10 o.clock .

مثال ذلك ولاية فرجينا حيث نظمت الشراكة بعدة قوانين مثل قانون التعليم الخاص وتسهيلاته لسنة ٢٠٠٢ وهذا القانون يسمح لأجهزة الولاية بالدخول في شراكة مع القطاع الخاص لتحسين المرافق العامة ، صيانتها ، إنشائها والنقل والتعليم .

وكذلك يميز قانون كاليفورنيا الصادر عن مجلس الشيوخ سنة ٢٠٠٩ التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص .

والواقع أن هذه القوانين تعطى للأجهزة سلطة إبرام عقود PPP في الوقت الذي تحظر قوانين ولايات أخري مثل هذه العقود [٤٥] .

كما أن هذه القوانين تمثل رقابة على السلطة التنفيذية من خلال القوانين ، ولنعرض الموقف في دول القانون المدني (النظام اللاتيني) الطبيعة الإدارية لعقد PPP في دول القانون المدني :

القاعدة أن دول القانون المدني ومنها مصر تقيد من سلطة الإدارة ولا تفعل إلا ما يجيزه القانون لها أي تقيد من السلطة التقديرية لها ، ولهذا يكون خضوع هذا العقد للقانون ويكون تنظيمه بموجب القانون .

وتخضع بعض الدول هذه العقود للقانون العام مثل إسبانيا أي من خلال عقود الامتياز .

وقد أنشأت الفلبين قانونا لعقود الـ Bot ثم تطور هذا القانون ليصبح قانونا لـ : PPP وهو يحدد الأجهزة العامة التي يجوز لها إبرام عقود : PPP وينظم إجراءات الموافقة على عقود الشراكة العامة . الخاصة وكيفية إبرام المفاوضات وكيفية إعادة رد التمويل .

وقد نظمت فرنسا رائدة دول القانون المدني عقود الامتياز والأجهزة الحكومية والمحلية التي يجوز لها إبرام عقود الشراكة ، ويخضع تنفيذ هذه العقود والمنازعات الناشئة عنها لاختصاص القضاء الإداري أي لمحاكم مجلس الدولة [٤٦] .

العقد الإداري :

---

(45) T . Koopmans , courts and political institution combridge universite press , 2003 , P. 130 seq .

(46) Jeffery Delmon , Programme de partenariat public – prive , creer len cadre pour les investissements du secteur prive dano les intrastuctures , ed {{IAF , 2020 , p.20 et s .

يتكون العقد الإداري من تعبير عن إرادة شخص عام الدولة أو أجهزتها المركزية أو المحلية وهذا العقد يشمل شروطًا استثنائية خارجة على القانون المدني ويكون غرضه إنشاء مرفق عام أو القيام بمهمته أو صيانته وتخضع منازعات العقد الإداري للقضاء الإداري ويحدد القانون وصف العقد الإداري أو يكون كذلك وفقًا لمعايير هذا العقد .

أولًا : العنصر العضوي :

يجب أن يكون الشخص الذي يوقع العقد مع الشخص الخاص شخصا من أشخاص القانون العام مثل ممثل الدولة أو الوزارة أو المؤسسة العامة أو إقليم من الأقاليم .

وقد تعطي الدولة أو أحد الأجهزة العامة التفويض لشخص خاص له صلاحية توقيع العقد نيابة عنها مما يجعل العقد في هذه الحالة من العقود الإدارية .

ويكون العقد إداريا تحت لو كان الذي أبرم العقد هو مقاول من القطاع الخاص لإنشاء طريق سريع صاحب الامتياز مع المديرية ، ثم بعد ذلك عقد مقاولة من الباطن مع شخص خاص آخر وقضت المحكمة بأن العقد المبرم بواسطة شخصين من القطاع الخاص هو عقد إداري .

والمبرر والمسوغ هو أن العقد المبرم هو وظيفة اختصاص للدولة لأن الدولة هي المختصة بإنشاء الطريق السريع ، بناء على ذلك فإن كل العقود المتعلقة بالإنشاء لطريق سريع تكون عقودا إدارية وقد تم تطبيق هذا القضاء على انشاء الكباري ، الأنفاق والطرق .

ثانيا : العنصر الموضوعي :

وهذا العنصر يتصل بموضوع العقد ، إذ يجب أن يكون له صلة بالمرفق العام وأن يكون هناك شروط استثنائية خارجة على قواعد القانون المدني أي قواعد المساواة بين المتعاقدين.

أ . الرابطة بين العقد وبين المرفق العام :

يستند القاضي في تكييفه للعقد إلى فكرة المرفق العام ، وهو حجر الزاوية أو حجر الأساس في القانون الإداري وفي هذا الشأن إذا كان العقد يعهد إلى شخص تنفيذ مرفق عام ، يكون هناك عقد إداري .

وبناء على ذلك تكون كل العقد التي تعهد بأعمال تنفيذ المرفق العام إلى شخص خاص أي تفويض المرفق العام إلى شخص خاص عقود إدارية مثال ذلك أن تعهد الدولة لشخص خاص بإدارة مستشفى عام أو تعهد إليه بإنشاء طريق عام .

ب . الشروط الاستثنائية :

القاعدة أن عقود القانون المدني لا تتضمن شروطًا استثنائية وقد لا يكون العقد المبرم بواسطة جهة الإدارة لا يشمل رابطة بين المرفق العام والعقد ولكنه يشمل شروطًا استثنائية في هذه الحالة يكون العقد عقداً إدارياً لتضمنه شروطًا باهظة أي شروطًا تخل بالمساواة الواجبة بين طرفي العقد .

هـ . الشرو ط توجد في العقد الخاص وهي شروط ليست مألوفة في القانون الخاص ، وبناء على ذلك يسمي الشرط باهظًا أو استثنائيا لأنه لا يوجد عادة في عقود القانون الخارجي ، مثال ذلك إعطاء الإدارة شرط مراجعة الأجر أو النسبة المقررة للمتعاقد الخاص في عقد الشراكة .

ومن ذلك إعطا ء الإدارة حق عزل عمال الشريك الخاص ، وقد يكون الشرط قد يوجد فقط في العقد الإداري ، ولكن محظور في القانون الخاص مثال ذلك الشرط الذي يفرض التزامات على الغير الذين لم يوقعوا العقد .

وهذه الشروط الا ستثنائية تستمد من القانون أو اللائحة مثال ذلك نص القانون الفرنسي على أن المنازعات مع شركة الكهرباء الفرنسية الناشئة عن العقود مع القطا ع الخاص لا ترفع الدعوي عنها أمام القضاء قبل عرض الأمر على الوزير المختص [٤٧] .

---

[47] F. Lioremce , contrat d'entseprise et marcheo de travaux publics , contribution a la comparaisin entre contrat de driot prive et contrat administrative , Rev . D.comp 1983, noI , p.252-254.

ونلاحظ أن عقد الشركة يكون في الغالب في المواد العقارية طرق ، كباري ، مطارات ، مدن سكنية ، إنشاء مصانع ، ولذلك يغلب عليه وصف المقاولة أي من عقود الإنشاء والتشييد أو حتي الصيانة والتجديد لمشروع قائم بالفعل ، وهذا العقد هو من عقود القانون المدني ويخضع لأحكامه غير أن وجود الطرف العام يؤثر على تكييف العقد ويحوله إلى عقد من العقود الإدارية .

وقد ذهب بعض الكتاب إلى إخراج هذه العقود من طائفة العقود لدرجة وصف العقود الإدارية بأنها عقود خارج القانون من ذلك على سبيل المثال عقود الأشغال إذ قال عنها بأنها لائحيه وليست بعقد .

والواقع أن المشرع المصري نظم هذه التعاملات على أنها عقود إدارية بموجب قانون ١١ ديسمبر ٢٠٠١ وهي العقود التي تبرم تطبيقاً لقانون عقود الأشغال العامة ، كما أن عقود الشراكة توضع في هذا السياق وهي المنظمة بقانون ٢٠٠٤ المعدل في ٢٠٠٨ والواقع أن الإدارة تستهدف المصلحة العامة بشكل دائم ، ومن ثم يتم تغليب هذه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وإعطاء العقد وصف الإداري [٤٨] .

والواقع أن نصوص القانون المصري جاءت متشددة إلى حد كبير من حيث :

إنها اعتبرت أن العقد عقدا إداريا ومن ثم استبعدت الخضوع لأي قانون أجنبي آخر ، مخالفة بذلك المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص ، والتي تخضع الأهلية لقانون الجنسية وتخضع الشكل لقواعد القانون العادية في الشكل أي خضوع الشكل لقانون محل الإبرام أو الشكل الذي يختاره الأطراف .

من ناحية أخري ، ناقض المشرع نفسه بالنسق القانوني الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم ، ومن ثم أخضع الاختصاص القضائي للمحاكم المختصة الدولية وإمكان اتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم التجاري الدولي أي أقر بصفة ضمنية القابلية للتحكيم أي إن

(48) Y. Gaudemet , le contrat administrative un contrat hors le loi , www.conseifconstitutionnel.fr2021. , lu 20-10-2021 en g du soir .

هذه المنازعات قابلة للتحكيم سواء القابلية للشخصية للتحكيم والقابلية الموضوعية للتحكيم ومن ثم يفتح ذلك الباب لتطبيق القانون الملائم أو المناسب للفصل في النزاع بواسطة المحكمين .

ولذلك نعرض لقواعد الإسناد أو القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي فيما يلي :

ذلك أن القانون الإداري لا يمنع الأطراف من اختيار القانون الواجب التطبيق [٤٩] ، إذا كان هذا الاختيار يحمي المصلحة العامة ، وإذا كان معيار القانون الواجب التطبيق هو الصلة الوثيقة بموضوع النزاع فإن قانون الدولة يطبق باعتباره قانون العقد أي قانون الإدارة أو قانون محل الإبرا م أو قانون مكان التنفيذ أو قانون الموطن المشترك .

أولًا : قانون الإرادة :

هو القانون الموضوعي الذي يختاره الأطراف لحكم النزاع [٥٠] ، ولقد حل هذا المبدأ محل قانون محل الإبرام Locus reqit actum وكان تطبيق قانون محل الإبرام يقوم على افتراض أن الأفراد قد اتفقوا ضمنيا على تطبيق هذا القانون على روابطهم [٥١] .

وفي القرن التاسع عشر ظلت معظم العقود التجارية تخضع لعادات التجار Lex mercatoria وكذلك العقود الدولية الكبرى خضعت لقانون محل الإبرام باعتباره قانون الإرادة .

بناء على ذلك أصبح من المقرر أن الأطراف يستطيعون اختيار القانون الواجب التطبيق[٥٢] ،وقد أدى ذلك إلى ترك الحرية للأفراد أن يختاروا مباشرة القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية ومن ثم الاعتراف لهم بامتياز ليس مقررا في القوانين الوطنية للعقود ، ونلاحظ أن القانون المختار لا يمس قواعد النظام ولا قوانين البوليس والضبط .

---

(49) Georges Langrod , Administrative contracts , sarr universite press , 2020 , p.3 & F.
(50) B.Audit , D.Avout , Droit international prive , teme ed . Economiea , Paris , 2013 , P.210 .
(51) B.Ancel , Y.Laquette, les grands arrest de la jurisprudence franceaise de droit international prive , 5 eme ed Dalloz , 2006 , p.97.
(52) Marie Grace seif , The administrative contracts , tamimi .com 2011 , le en 20-10-2021 en ll h . du soir .

والواقع أن هذا المبدأ يتأسس على حرية الأفراد وحقوقهم الأساسية في التعبير الكامل عن شخصيتهم وفي الجانب الاقتصادي حرية استعمال أموالهم لتحقيق الرفاهية وأكبر قدر من الأرباح في حدود النظام العام [٥٣].

إذن ، يبرر هذا المبدأ بإلزام إرادة الأطراف ، والمنفعة الاقتصادية الناشئة عن الاستقرار القانوني الذي يتحقق من الاختيار المسبق للقانون الواجب التطبيق ، ودعم توسع التجارة الدولية .

وقد انتشر المبدأ بالمثل في دول أمريكا اللاتينية ودول آسيا ، مع بعض المقاومة خشية من تغلب إرادة المستثمرين الغربيين [٥٤] ، وإن كان العقد الدولي هو العقد الذي يرتبط بنظام قانوني أكثر من غيره بالنظر إلى مكان الانعقاد ، فمكان التنفيذ ، موطن الأطراف ، جنسيتهم أو عنصر آخر له وصفه الخارجي .

كما أن الجماعة الأوربية قطعت شوطًا كبيرا في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص من ذلك اتفاقية روما ١٩٨٠ حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وقد جعلت حق الأطراف في اختيار هذا القانون حجرة الأساس في هذا الشأن .

إذن ، يكون للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق بشرط احترام النظام العام وقوانين البوليس في دولة القاضي ، ويختار الأطراف في الغالب القانون الذي يكون له رابطة موضوعية مع العقد مثل قانون الالتزام الرئيسي ، ويجوز أن يختار الأطراف قانونا محايدا أي قانون لا يرتبط بالعقد بأي رابطة .

كما أن الأطراف يجوز لهم اختيار أكثر من قانون لحكم روابطهم ويقود ذلك إلى تجزئة العقد[٥٥] ، إذن ، يكون الأطراف في الرابطة التعاقدية أحرار في تنظيم التزاماتهم وفقاً لإرادتهم مع مراعاة النظام العام وقوانين البوليس [٥٦] .

---

(53) B.Ancel, C. Deumier , M . Laazouzi , Droits les contrats internationaux , Sirey 2017 , P.152 .
(54) M.Albornoz , la loi qpplicable aux contrats internationaux dans leo pays du mercourse , these , Paris iI, 2006 , P.16.
(55) D.Bureau , H.Miur watti , Droit international prive , ed . PUF , 2017,no 897.
(56) Shyhrete Kastrati , The principle of will autonomy in the obligatory law iIiria international , june 2015 , P227 & seq .

إذن ، تكون ممارسة هذه الحرية في إطار القانون أن تكون هذه الإرادة مقيدة بالقانون وبالتالي تسقط نظرية العقد بلا قانون ، إذ أن الإطار العام لهذه الإرادة هو القانون ، ويحدد الأطراف محتوي العقد بحرية ، بشرط أن يكون السقف هو القانون .

من ناحية أخري ، يجب أن تكون الإرادة حرة ، مبرأة من كل ضغط أو غلط أو تهديد ، وقد أكدت ذلك اتفاقية لاهاي حول اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية [٥٧] .

وقد وقعت اتفاقية لاهاي في ٢٠ يونيه ٢٠٠٥ حول اختيار المحكمة المختصة ، وبدأ بعد ذلك البحث حول اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية [٥٨] ولذلك شكلت مجموعة عمل قامت بوضع مبادئ لاهاي حول اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية تم إقرارها في ٢٠١٥/١١/١٩ [٥٩] .

وتقوم كل الاعتبارات على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد دون الوضع في الاعتبار لإرادة الأطراف يقود إلى وضع غير مساعد وإلى حالة من عدم الاستقرار القانوني وذلك بسبب الاختلاف ، الحل من دولة إلى أخري .

ويطلق على حرية الأطراف Partien autonomy autmoniie de Partie أي قدرة لأطراف على اختيار مجموعة المبادئ التي تحكم اتفاقهم وقد أدرك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص أهمية هذه المسألة وعمل على نشرها في الدول التي لم تأخذ بها أو الدول التي أخذت بها مع وضع قيود صارمة عليها .

ويكون اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق بشرط اختيار القانون الذي يحكم الموضوع ، والذي يتم ادراجه في صلب العقد أو باتفاق مستقل عن العقد الأصلي .

---

(57) Jan L.Neels , The nature , objectives on choile of the Hague Principle on choile of law in international contracts , yearbook of international law 2014 , n'14,P.48 & seq .

(58) Bereau permanent de la conterence de la Haye , choix de la loi applicable aux contrats de commerce international : despricipes de la haye , Rev. CDIP , 2010 , no 1 , P.83-102.

(59) Hcch , Full text , Principles on choice of law in international commercial contracts approved on 19 march 2015 , www.Hcch .

من ناحية أخري ، يجب التمييز بين شرط اختيار القانون الواجب وبين شرط اختيار المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع بين الأطراف إذ أن اختيار محكمة معينة لا يعني اختيار قانون هذه المحكمة لحكم الموضوع .

قيود القانون المختار :

يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق دون البحث المسبق لمحتوي هذا القانون ويكون القانون المختار قفزه في الظلام أو قفزة في المجهول .

أو يكون هناك أمل أن تقود هذه النصوص إلى حل مرضي للنزاع ولكن قاضي الموضوع قد يكتشف تصادم هذه القواعد مع أن يكون هناك مخالفة وتصادم مع النظام العام الدولي ، وذلك بسبب الاضطرابات الناشئة عن تطبيق قانون الموضوع ، ولذلك يتم تفعيل دور النظام العام الدفاعي الحمائي أي يتم استبعاد تطبيق هذا النص واستبداله بقانون القاضي ، وقد أكد القضاء الفرنسي أن نصوص القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام لا يكون لها أثر في فرنسا [٦٠].

وقد أقرت القوانين الوطنية في كل الدول الدفع بالنظام العام حماية للنظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في الدولة وكذلك الاتفاقيات الدولية الخاصة بالقانون الدولي الخاص مثل لائحة روما I ولائحة روما II ، وا تفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على نظام الزوجية ومبادئ لاهاي لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ويعد الدفع بالنظام العام خروج ضروري على مبدأ حياد قاعدة الإسناد استجوبه حماية المجتمع ومكوناته .

ويكفل النظام العام احترام قانون المجتمع وذلك بفرض النظام في الحياة الاجتماعية والقانونية ، وهو يقيد انشاء التصرفات القانونية سواء كانت بالإرادة المنفردة أو بالعقود [٦١] .

---

(60) Marie caroline Vincent – legoux , L'ordre public et le contrat , etude de droit compare , archives de philosophie de droit , 2015 , t.58, P.215-221.

(61) Marie Caroline – legoux , L'ordre public , etude de droit compare interne ed . PUF , 2001 , p .15 ets .

ويكون العقد بالتراضي عليه من جميع الأطراف في جميع جوانبه [٦٢] ويكون اختيار القانون الواجب التطبيق بموجب الإرادة الحرة للأطراف وبالتراضي الكامل بينهم .

هذا الاختيار محدود بقواعد النظام العام سواء كانت القواعد الآمرة أو قواعد الأخلاق والآداب .

وقد عبر الفقهاء عن ضرورة احترام النظام العام بفكرة التضامن التعاقدي أي أن الأطراف لهم ممارسة حرية التعاقد بطريقة مسئولة وذلك بمراعاة الاستقرار ، النفع العام والاجتماعي واحترام حسن النية واحترام أخلاق الأعمال والتجارة ، ويجب احترام تنظيم قيم المجتمع ، واستقرار التنظيم في الدولة والسلام الاجتماعي والنظام القانوني في دولة القاضي [٦٣] .

وتظهر سلطة الدولة في قواعد النظام العام في لوائح الضبط والسلطة اللائحية بقرار وأعمال السيادة والقرارات بالإرادة المنفردة وبامتيازات السلطة العامة .

إذ أن العقد الدولي قد يكون غير مشروع مثال ذلك تكون محله غير مشروع وذلك لبيع المال العام ؛ وهو المال الذي لا يجوز أن يتم التنازل عنه .

إذن ، يؤكد النظام العام وجود أشياء مقدسة في المجتمع ، ويكون النظام العام المطبق في هذه الحالة هو نظام عام التوجيه :

Ordre Public de direction :

وقد نص القانون المدني على أن العقد يكون غير مشروع وإذا كان محظورا بموجب القانون يحظر هذا السبب وعندما يكون مخالفاً للنظام العام وقواعد الأخلاق [٦٤] .

ويطبق أيضا النظام العام الحمائي أو نظام الحماية العام Ordre Public de Protection وهو لا يقيد الإدارة إنما يحميها مثال قواعد حماية العمال في الحد الأدنى للأجر وقواعد تحديد ساعات العمل وقواعد تحديد الأمن الصناعي .

---

(62) Alishanis . Alajdin , Basic principle of law on obligations relationships , Kosovo , 2000 , p.25-26.

(63) A.Le Pommepec , la signilication de l'ordre public en droit des obligations , in c .a.Dubreuil , l'ordre public , cujas , 2013 p.73.

(64) Cass . liv . 7-10-1998 , Bull . eiv . no 285.

ورغم أن هذا النظام العام يحمي في الغالب المصالح الخاصة للطرف الضعيف ، فإن هذه الحماية تعتبر إحدى مكونات المصلحة العامة ، ويتعلق النظام العام للحماية بحماية الشروط العامة للعقد مثل الأهلية والرضاء أو عديم الأهلية .

أما الشروط الأساسية للعقد ، فإن مخالفتها توجب بطلان العقد لمخالفته للنظام العام للتوجيه وهذا البطلان يحكم به القاضي من تلقاء نفسه .

وفي عقود القانون العام مثل عقد الشراكة يجوز إبطال العقد إذا كان هناك وجه لعدم المشروعية ، كذلك دعوي بطلان القرار الإداري المنفصل عن البطلان لمخالفة النظام العام وهذا الدفع قد يتمثل بالعيب في التنفيذ أو دفع بعدم تنفيذ العقد ويكون الجزاء في هذه الحالة فسخ العقد أو تصحيح العيب .

وتعتبر قاعدة النظام العام قاعدة أمن للمجتمع حتي في ظل العولمة وتعدد ثقافات المجتمعات[٦٥] ، وقد اعتبر الدفع بالنظام العام من المبادئ العامة للقانون [٦٦] .

ومع ذلك يجب عدم التسرع في تطبيق النظام العام ويجب أن يكون هناك مسألة وطنية مرتبطة بالموضوع ، وهذه المسألة بعيدة عن المعنى الجيد والتطبيق السليم .

ولذلك يجب تفسير قواعد النظام تفسيرا ضيقاً وعدم التوسع في هذا التفسير لأن ذلك يضر بمصالح التجارة الدولية ويوجد بجانب النظام العام قوانين البوليس كمعوق لتطبيق القانون المختار .

ثانيا : قوانين البوليس : Lois de Police

قانون البوليس هو قانون آخر يعتبر تطبيقه حيويا وجوهريا لحماية التنظيم السياسي ، الاجتماعي والاقتصادي ويطبق على أي مركز قانوني يدخل في نطاق أيا كان القانون الواجب التطبيق .

---

(65) Alex Mills , the dimension of public policy in private international law , www.core.ac.uk.2021 , read 21-10-2021 , P3.

(66) K. lipstein , the Hague convention on private international law and public policy it comparative law , Quarterly , 2006 , no 1 , P . 13 x. seq .

ويلزم قانون البوليس القاضي بتطبيق القانون الوطني أو الأجنبي الضروري لحماية التنظيم السياسي ، الاجتماعي أو الاقتصادي للدولة .

ويحمي قانون البوليس مصلحة خاصة وهي مصلحة يمكن أن تجد مجال تطبيقها المكاني ، وهو يعلوا على اختصاص (النظام العام) الذي ينتسب إليه أى نظام عام توجيه أو نظام عام حماية ، ويطبق قانون البوليس بالأولوية على تطبيق قاعدة الإسناد ، ويقود تطبيق هذا القانون على عرض القانون وهدفه والإرادة الخاضعة لواضعه .

ويطلق على قوانين البوليس اسم القوانين ذات التطبيق الضروري أي تطبيق هذه القواعد دون المرور بإجراءات تحديد القانون الواجب التطبيق وفقًا لقاعدة الإسناد .

ويري البعض أن هذه القوانين ذات تطبيق ضروري لأنها يجب أن تطبق لتحقيق الهدف الذي تبغيه .

إذن قانون البوليس هو القانون الذي يطبق إلزامياً على العلاقة الدولية ، حتي لو لم يكن معينا بواسطة قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب .

وقد عرفت لائحة روما I لسنة ٢٠٠٨ قانون البوليس بأنه القانون الواجب التطبيق وهو النص الآمر والذي يكون تطبيقه جوهريا لدولة إصداره لصون المصالح العامة الناتجة من التنظيم السياسي ، الاجتماعي والاقتصادي للدولة ، ويكون تطبيقه واجبا على كله يدخل في مجال تطبيقه ، أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد .

ويطبق قانون البوليس فورا ومباشرة أيا كان القانون المحدد بواسطة قاعدة الإسناد ، ويكون قانون البوليس مجرد نص يحمي مصلحة معينة أي أن الأمر لا يستوجب خضوع النزاع لكل قانون البوليس .

ويرجع في تحديد مجال القانون البوليسي إلى القانون الذي قرره ، فإذا وضع مجال مكاني له يطبق هذا التحديد بشكل كامل ، مثال ذلك قانون ١ فبراير ١٩٩٥ حول الشروط التعسفية الفرنسي ، والنص المصري الذي يحدد هذه الشروط وجزائها في قانون حماية المستهلك المصري .

وإذا لم ينص المشرع على صفة القانون أي لم يحدد هل هو قانون بوليس أم قانون عادي ، يرجع إلى القاضي في هذا الشأن ليكشف صفة هذا القانون ، ويحدد القضاء المجال المكاني على ضوء الهدف المراد مثال ذلك قواعد القانون التي تحمي حرية المنافسة في إقليم الدولة تعتبر من قانون البوليس .

وتحدد المحكمة الأوروبية . محكمة العدل . مجال قانون البوليس إذا كان هذا القانون تدور في توجيه أوربي .

ويرجع ذلك إلى أن المحاكم الأوربية تخضع في تطبيقها للقانون لرقابة المحكمة الأوربية [٦٧] ، أي أن المحكمة الأوربية تراقب أن قانون البوليس لا يترتب عليه تقييد الحريات المقررة باتفاقية الاتحاد الأوربي وتطبيق نوعية من الرقابة رقابة شرعية هذا القانون ورقابة تناسب أي تناسب الوسائل المتخذة مع المصالح المحمية [٦٨] .

ويطبق القاضي الوطني قانون البوليس الأجنبي إذا كان الهدف الذي يستهدفه قانون البوليس الأجنبي هدف مشروع .

أن يكون أساس ادعاء الدولة الأجنبية بالاختصاص أساس معقول في ضوء الهدف المبتغى حسب تقدير القاضي الوطني ، أن تكون الإجراءات المقررة بهذا القانون الأجنبي إجراءات متناسبة مع الهدف المحدد في نظر القضاء الفرنسي .

وتشترط لائحة روما I لسنة ٢٠٠٨ أن تكون هناك رابطة وثيقة بين قانون البوليس في الدولة التي كان يجب أن يتم تنفيذ العقد فيها أو تم التنفيذ فيها بالفعل ويوازن القاضي إذا كان هناك قانونان للبوليس لدولتين مختلفتين وتقرر اتفاقية روما ولائحة روما الأخذ بقانون البوليس في مكان تنفيذ العقد فقط .

---

(67) CJCE 23-11-1999 / Recueif CJCE , 199, P. E ets .

(68) Benjamin Seneqel , leo lois de police en matiere contractuelle , there master , universite genoble Alpes , 2020 , P.71 ets .

ونلاحظ أن الدفع بالنظام يمثل جزء من المبادئ الأساسية لقانون الدولة مهمة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف لهذه المبادئ [٦٩] .

ويمكن القول إن النظام العام يميل إلى النصوص الآمرة التي لا يجوز مخالفتها بالاتفاق وهي مجموع المبادئ الأساسية في النظام القانوني الوطني ، ولذلك قرر المشرع الدفع بالنظام العام كمصحح يتم بموجبه استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام ، إذا كان تطبيق هذا القانون الأجنبي يعتبر غير مقبول من قبل قاضي الدعوي .

وبناء على ذلك فإن النظام العام لا يتدخل في عملية اختيار القانون الواجب إذ أن اختياره يتم لاحقاً ، وعلى خلاف ذلك تتدخل قوانين البوليس في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق وتطبيقه بالأولوية على القانون المختار أو المعين بواسطة قاعدة تنازع القوانين .

ويعتبر بعض الكتاب هذه الطائفة من القوانين قوانين ذات تطبيق فوري أو قوانين يقوم تطبيقها على إسناد إقليمي ويمكن أن تكون هذه القوانين صادرة عن دولة القاضي ومن ثم تكون قوانين وطنية ، ويجوز أن تكون صادرة عن دولة القانون المختص أي الذي له الاختصاص التشريعي أي تكون هذه القوانين قوانين بوليس أجنبية [٧٠] .

وتعتبر قوانين البوليس قيد على الحرية التعاقدية ، وهذه القوانين تمنع عمل قاعدة الإسناد ، كما أن هذه القوانين تفرض على الأطراف منذ بدء تكوين العقد ، وهي تعتبر قانون وطني في العلاقات التعاقدية المجال الحيوي لقانون الإرادة .

وإذا كان العقد هو مجال التوقع والاستقرار ، فإن الأطراف يجب أن يعلموا بالقوانين المشهورة وذلك لتتفادوا أثرها على جوهر العقد ، ويجوز للأطراف الاتجاه نحو هدف آخر لتفادي تطبيق قوانين البوليس ، وتبدو الصعوبة في تحديد قوانين البوليس إذا كان المشرع لم ينص على تطبيق هذه القوانين[٧١] .

---

(69) P. Bourel et al , Droit international prive , ed . Dalloz , 16 eme ed . 202 , no 252 .

(70) PH. Franceskakis , Quelques precisions sur les lois d'application immediate et leurs rapport avec leo regleo de conlit de lois , Rev . CDIP , 1966, P.3 ets .

(71) Chaille de Nere , les difficulteo du contrat des droit international prive , institute de droit des affaires , centre de recherché juridique , Berthold Goldman , 2003 , p.21 ets .

فإذا كان القاضي كيف النص بأنه نص ضروري للتطبيق ونص مخصص لحماية المصلحة العامة يكون هذا النص من قوانين البوليس [٧٢] .

والمصلحة العامة هي مصلحة المجموع أو مصلحة الكافة يمكن أن تتحقق من خلال المفهوم التعاقدي بين أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام ، كما هو الأمر في عقد الشراكة ، وتعد المصلحة العامة توازن معين بين المصالح المختلفة ، وهذه المصلحة العامة ليست حكرا على الدولة فهي قد تتواجد بين أفراد المجتمع المدني مثل منظمات المجتمع المدني [٧٣] .

وقد اعتبر البعض المصلحة العامة تدرج بين المصلحة العامة والخاصة وهي ليست فكرة مفهوم ، ولا فكرة وظيفية ومن ثم فإن محتواها لا يكون محتوي محدد .

وبناء على ذلك ، فإن مفهوم قوانين البوليس يحمي التدرج بين المصالح العامة والمصالح الخاصة ، ويتطلب ذلك وجود هدف اجتماعي مستهدف في هذه النصوص إلى حمايته .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنه ليست كل النصوص الآمرة قوانين بوليس ، ومع ذلك فإن الطابع الآمر يمكن أن يكون دلالة على الهدف الاجتماعي المراد حمايته ، ويكون التطبيق المباشر للقاعدة على النزاع وتطبيق القانون الأجنبي بعد ذلك ، بما لا يتعارض مع القانون الأجنبي .

ونعرض فيما يلي لقانون محل إبرام العقد والقانون الذي له أقوى صلة بالنزاع .

ثالثا : قانون مكان إبرام العقد :

لقد كان هذا القانون يفترض أنه قانون الإرادة قبل بزوغ فجر قانون الإرادة ، ومع ذلك مازال هذا القانون هو القانون المهم ، إذا لم يوجد اختيار للقانون الواجب التطبيق سواء كان هذا الاختيار صريح أو ضمني ، ولقد منحه القانون المصري الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الموطن المادة ١٩ مدني .

---

(72) H.Batiffol, tspects philosophique du droit international prive , ed . Dalloz , 1956 , P.229 ets .

(73) M.Mekki , L'interet general , contribution a une etude de la hireachie des interest en droit prive , there , bibliotheque de droit prive , 2011 , p .7 ets .

ما هو مكان إبرام العقد :

هو المكان المادي أو الافتراضي الذي تم فيه تبادل القبول والعلم بالإيجاب ، إذن هو المكان الذي يتم فيه التوقيع المتبادل لوثيقة العقد التي تنشئ حقوق الأطراف والتزاماتهم .

وهذه القوانين قيد يكون موطن أحد المتعاقدين أو قانون مركز إدارته الرئيسي أو قانون مكان التجهيزات لتنفيذ العقد ، أي إن هذا القانون قد تكون له صلة وثيقة بموضوع العقد فيحكم ، تفسير العقد . تنفيذ العقد . الأثر المترتب على المخالفة الكلية أو الجزئية للعقد ، التنفيذ المتأخر ، المعيب أو عدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئي ، والجزاء المترتب على ذلك سواء كان التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بواسطة الغير ، والتعويض النقدي ومقداره ، طرق انقضاء الالتزامات والتقادم وقيود الدعاوي ، نتائج بطلان العقد [٧٤] .

وقد نصت اتفاقية روما ١٩٨٠ ومن بعدها لائحة روما ٢٠٠٨ على تطبيق قانون دولة الأداء الرئيسي أو الاداء المميز أو الالتزام الرئيسي أي قانون الدولة التي يقوم التابع لها بالالتزام الجوهري في العقد ، فإذا كان عقد بيع يطبق قانون جنسية البائع ، وإذا كان عقد خدمات يطبق قانون جنسية مؤدي الخدمة ، إذا كان عقد توزيع يطبق قانون جنسية دولة الموزع بالإضافة إلى ذلك نصت المادة ٩ من اتفاقية مكسيكو المبرمة في ١٧ مارس ١٩٩٤م بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والتي أبرمت بين الدول الامريكية على أنه في حالة اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، أو يتبين أن اختيارهم غير فعال ، يطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها العقد اتصالاً وثيقاً ، ويجب على المحكمة أن تفحص كل العناصر الموضوعية والشخصية المتصلة بالعقد والتي ترتبط بها العقد برابطة وثيقة [٧٥] ولنعرض الآن لقانون الموطن :

رابعاً : قانون الموطن [٧٦] :

---

(74) Icc award 5417 , Bull,ICC , no2 , 1990, P.70 et seq .

[٧٥] نصوص هذه الاتفاقية منشورة في : Rev Crit ١٩٩٥م ، ص١٧٣ وما بعدها .

(76) Bolez Zanders , law applicable to an international contract , www.boleszanders.1/en/law,2021, read in 21-10-2021 at 9O'clock P.m.

يشترط نص المادة ١/١٩ لتطبيق قانون الموطن إذا لم يكن هناك اختبار صريح أو ضمني أن يكون هناك موطن مشترك بين المتعاقدين ، وهذا أمر نادر في العلاقات التعاقدية الدولية ، ولا يوجد مطلقاً في حالة عقد الشراكة بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص .

ومع ذلك فإن المشرع قد نص عليه باعتباره القانون المسند إليه التالي لقانون الإرادة ، ونظرا لعدم عمليته عالجنا قانون محل الإبرام بالأولوية عليه في الترتيب والواقع أن العقود الدولية تخضع دائما للقانون المختار بواسطة الأطراف [٧٧] .

أما قانون الموطن فهو في الغالب يكون قانون مركز إدارة الشركة أو قانون مكان الاستغلال الرئيسي إذا كان الشخص المعنوي قد اتخذ له مركز إدارة رئيسي في الخارج بينما مكان النشاط الرئيسي في الدولة صاحبة المشروع المطلوب تنفيذه ،وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالة يمكن أن تطبق في عقود الإنشاء والتشييد والشراكة التي تتم في مصر أو في الدول العربية .

وترجع العلة في ذلك إلى تطابق القانون الوطني في دولة القاضي مع قانون الموطن المشترك حيث أوجب المشرع وألزم الشركة الأجنبية التي يكون مركز إدارتها الرئيسي في الخارج أن تطبق قانون مكان النشاط الرئيسي في الدولة ، إذ يعتبر قانون مكان النشاط الرئيسي أو مركز الا ستغلال الرئيسي منشأة مستقلة عن مركز الإدارة الرئيسي ويطبق قانون هذا المركز على حالة الشخص المعنوي ومنها عقوده أي عقد الشراكة أي يخضع للقانون الوطني المصري .

وقد افترضت لائحة روما أن هذا المكان أي مكان الأداء الرئيسي أو الالتزام الرئيسي أو النشاط الرئيسي هو مكان محل الإقامة المعتادة للمستثمر [٧٨] .

---

[77] Squire Patton Boggs , le nouveax reglement , Rome I , la loi applicable aux obligations contractuelles , www.squire.pattonboggs.com. 2021 , lu le g du soir , 21-10-2021.

ويحقق هذا الضابط الاستقرار القانوني ويستجيب لتوقع الأطراف ، ولقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط [٧٩] على أساس أنه تحقق مصالح الأطراف المتعاقدة ، وعلى اعتبار أن مكان تنفيذ العقد هدفهم والغاية التي يسعيان إلى تحقيقها ، فضلا على أن محل التنفيذ لا يكون بالصدفة أو عرضياً ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد [٨٠].

وتجدر الاشارة إلى أن هذا الضابط يمكن تطبيقه على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تأسيساً على مكان تنفيذ العقد .

إذن معيار الأداء الرئيسي هو معيار يمثل الارتباط الواعي والعلاقة الوثيقة بين الرابطة القانونية والقانون الواجب التطبيق وللنظر الآن في تطبيق العادات التجارية والمبادئ العامة للقانون .

رابعا : تطبيق La Lex Mercatioria :

عادات التجار والأعراف التجارية هي مجموعة القواعد التي تكونت بواسطة جماعة التجار لتلبية متطلبات التجارة الدولية ، وتكون من العادات والمبادئ العامة للقانون ومن البنود والعقود النموذجية مثل شروط الظروف الطارئة وأحكام التحكيم التي يستخلص منها المبادئ العامة للقانون ، وتعطي الحلول ذات الملائمة والمساواة [٨١] .

وتعد عادات التجار مصدرا هاما للقانون التجاري الدولي وهي مصدر غير رسمي ، وتعتمد هذه العادات على المحكم أو القاضي الذي يطبقها وقد لا تلائم العلاقات الاقتصادية الدولية ، لأنها تكونت لتنظيم العلاقات الاقتصادية الداخلية .

---

(78) Richard stem , Choice of law , provisions in contracts , www.legal.encyclop 2021, read in 22-10-2021 at 8 O'clock .

٧٩ من التشريعات الوطنية التي تأخذ بضابط محل التنفيذ م ١٨٨ / ٢ من التقنين الامريكي الثاني ، م ٢/٢٤ من القانون الدولي الخاص التركي وللمزيد راجع دكتور : هشام صادق : عقود التجارة الدولية ، ص ٢٤١ .

٨٠ دكتور . أحمد عبدالكريم سلامة : علم قاعدة التنازع ، المرجع السابق ، ص٦ – ١١ ، كذلك د. هشام صادق : المرجع السابق ، ص٤٢١ وما يليها .

(81) C. Anno , la loi applicable au contrat en l'absense de choix de loi dano la convention de Rome et reglement de Rome I , www.lepettjuisle.fr.2021 , lu en 12 h . du soir , 22-10-2021.

وتمتاز هذه القواعد أنها لا تتطلب تطبيق قواعد تنازع القوانين إذ أنها قواعد موضوعية تطبق مباشرة على موضوع النزاع [٨٢] .

وتطبق هذه القواعد بالاستناد إلى الإشارة إليها في العقود الدولية ، كما أنها تطبق بواسطة المحكمين الدوليين للهروب من تطبيق القوانين الوطنية المحددة بواسطة قاعدة التنازع .

وقد تنص بعض العقود على تطبيق المبادئ العامة للقانون واستبعاد أي قانون وطني ، وقد تجمع العقود بين تطبيق القوانين الوطنية وعادات التجار كما يقوم المحكمون باللجوء إلى عادات التجار من خلال شرط التحكيم الودي [٨٣] ، وكذلك إذا استند الأطراف إلى تطبيق القانون والعدالة .

رأي الباحث :

بعد أن عرضنا لطبيعة عقد الشراكة باعتباره من العقود العامة أو عقود الدولة أو عقد إداري ، فإن المشرع المصري قد أثر إخضاعه لقانون دولته ، وهذا يخالف القواعد العامة من حيث: إن عقد الشراكة عقد دولي إذا تضمن عنصرا أجنبيا وليس من العقود الوطنية البحتة التي تخضع للقانون الداخلي بشكل كامل .

عقد الشراكة إذا كان يكيف على أنه من عقود الدولة ، إلا أن طبيعته تجارية من حيث هدف الطرف الثاني شخص القانون الخاص هو تحقيق الربح ، كما أن العقد يقوم على دوره الرئيسي من حيث التمويل أو الإنشاء والتشييد فهو داعم قوي للدولة ، ومجمل الأنشطة التي يقوم بها شخص القانون الخاص يخضع للشريعة العامة أي قانون العقود [٨٤].

---

(82) Berthold Goldman , la lex mercatoria dans le contrat et l'arbitrage international realite et perspective Travaux du comite Francais du droit I.prive , 1980 , no2 , P223 ets .

(83)Fridrich K.Juenger , the lex mercatoria and the international private law . Louisiana law Rev . 2000 , no 4 , P.1141 &seq

(84)Unicetral , Legislative guide on public private partnership , www.unictral.un.org.2021 , p.20 & seq .

لذلك نرى تجزئة العقد وإخضاع أهلية الأطراف للقانون الوطني لكل منهما أما موضوع العقد من حيث التراضي والمحل والسبب فيخضع للقانون المدني الوثيق الصلة بالعلاقة أي قانون الأداء الرئيسي وهو قانون الطرف الخاص ، وتخضع آثارالعقد أي تنفيذ العقد لقانون الدولة الطرف في العقد حيث تمارس الرقابة على عملية التنفيذ وكيفية التنفيذ ، مدته تنفيذ كامل أو جزئي والمسئولية الناشئة عن هذا التنفيذ .

بناء على ذلك ، يجوز لأطراف العقد الاتفاق على إخضاع شروطه الموضوعية لقانون معين مع التسليم باستقلال قانون الأهلية ، وخضوع عملية تنفيذ العقد للقانون الوطني للدولة[٨٥] .

ونبحث فيما يلى القانون الواجب التطبيق على شكل العقد .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

لاشك أن الشكل هو صانع الموضوع ولذلك صدق القول بأن الموضوع ابن الشكل ومن هنا نري معالجة القانون الذي يحكم شكل العقد ؛ عقد الشراكة العامة والخاصة ، ويثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على شكل عقد الشراكة الدولي أي إذا تضمن عنصراً أجنبياً من حيث الشكل اللازم لصحة إبرام العقد أو إثباته .

والقاعدة المستقرة في نظرية التنازع هي خضوع العقد لمحل إبرامه ، ولها مبرراتها [٨٦] من حيث التيسير على المتعامدين في ميدان العلاقات الخاصة الدولية ، وتحقيق أمن المعلومات والدولة الأكثر اهتماماً بذلك هي دولة محل إبرام العقد ، وتتجه النصوص الواردة

---

[85] I.lembo Fundamental principles in ppp laws , a review of latin America and Caribbean , ed American development ban , 2021 , p.11 & seq .

[٨٦] للمزيد حول هذه المبررات راجع دكتور أبو العلا النمر : المختصر في تنازع القوانين ، ٢٠١٦ ، ص١٥٩ وما يليها .

في القانون المدني الفرنسي المادة ٩ من القانون المدني إلى إخضاع الشكل لقانون الموضوع أي القانون الذي يختاره الأطراف أو قانون الأداء الرئيسي أو قانون محل الإبرام.

وقد نصت المادة ٢٠ من القانون المدني المصري على أن العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطني المشترك ".

يعتبر الشكل هو الإطار الخارجي الذي يتم فيه إفراغ التعبير عن الإرادة ، وهو شرط جوهري وأساسي لوجود العقد [٨٧] .

والمبدأ السائد في القانون الدولي الخاص هو حرية الأطراف ، وإذا كان الأصل في العقود هو الرضائية ، باعتبار أن هذا الأصل ملازم لحرية الأطراف في التعاقد .

مع ذلك ، فإن العقود ذات الخطر مثل عقد الشراكة تحتاج لأشكال وإجراءات معينة لإبرامها لتفادي مثل هذا الخطر ويبرر الشكل في هذه الحالة بضرورة الحماية وتنبيه الأطراف إلى خطورة الالتزامات التي يقدمون عليها ، ومن هنا يكون الشكل حماية لإرادة الأطراف .

من نا حية أخري ، قد يكون الشكل ضروريا لإثبات العقد ومن هنا تكون الشكلية شكلية للإثبات . من هنا يكون كتابة العقد بشكل معين والتوقيع عليه وسيلة لإثبات العقد والاحتجاج به [٨٨].

والقاعدة العامة أن التصرفات القانونية يتم إثباتها بالكتابة ومن هنا يكون مبدأ الإثبات بالكتابة معادل للشكلية المثبتة وهذه الشكلية لا تعارض الرضائية إذ أنها وجدت بصفة رئيسية لإثبات الرضائية .

مثال ذلك شرط الإعلان عن العقد في صحف معينة وهذه العلانية الهدف منها جعل التعاقد حجة في مواجهة للآخرين ، كما قد يستلزم القانون الكتابة الرسمية وليست العرفية .

---

[87] Frederique cohet , la forme du contrat in le contrat , Dalloz , 2020 , 110-115.

[88] M.Vincent Heuze , la notion de contrat en droit international prive , Travaux du comite Francais de droit international , 2000, no 13 , P.319-330.

وقد يكتفي المشرع بالكتابة العرفية ويكون الجزاء على هذا الشرط هو بطلان العقد ، ولاشك أن القانون الواجب التطبيق على الشكل هو الذي يحدد جزاء عدم توافر الشكل المطلوب .

ويتم تحديد القانون المختص لحكم العقد أو التصرف القانوني بواسطة قواعد الإسناد في دولة القاضي أي قاضي الدعوي أو قاضي موضوع النزاع أو بواسطة الحكم الذي يختار الأطراف للفصل في النزاع الناشئ عن العلاقة التعاقدية [٨٩] .

إذ أن القانون الدولي الخاص يطبق إذا كان هناك العديد من النظم القانونية ذات صلة بموضوع النزاع ، ويختار ويحدد القانون الذي له أكبر صلة أو رابطة مع العقد ليتم تطبيقه وبناء على ذلك ، يتم تحديد القاعدة القانونية التي تحدد صحة العقد من الناحية الشكلية .

وقد أقر معهد روما لتوحيد القانون الخاص المادة الأساسية وهي الرضائية في العقد أي إن العقد في الأصل لا يخضع لأي شروط شكلية .

وكذلك أثر مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وعلى شكله [٩٠] .

الشكل القانوني :

هو الشكل الذي يفرضه القانون وتؤدي مخالفته إلى جزاء بطلان العقد سواء كان هذا البطلان نسبيا أم مطلقاً .

وبجانب الشكل القانوني هناك الشكل الاتفاقي الذي يتفق عليه الأطراف بموجب الحرية التعاقدية ، إذن يكون الشكل في هذه الحالة نتيجة الاتفاق المشترك بين الأطراف ، وقد يتفق الأطراف على الشكل الاتفاقي بالنسبة لإبرام العقد ، تنفيذه أو فسخه ، ويحكم القانون شكل العقد وفقاً للقواعد الآتية :

أولاً : تطبيق Locus reqit actim :

---

(89) Michel Attal , le droit international prive implique – t- il une metamorphose de org , F 2020 , lu en 22-10-2021 , ii du matim .

(90) Malconlm Evans , Pricipeorelatifs aux contrats du commerce international ed . uni droit , Rome 1999 , P.9 ets .

يقصد بهذا القانون أن قانون المكان يحكم التصرف ، وقد كانت هذه القاعدة متبعة سواء بالنسبة للشكل أو بالنسبة للموضوع طوال القرن السادس عشر والسابع عشر ، وقد اقتصرت على الشكل بعد أن ظهر مبدأ سلطان الإرادة في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

نطاق القاعدة :

تشمل القاعدة كل العقود التي تبرم في مكان جغرافي محدد أو في مكان تلاقي القبول والإيجاب إذا كان العقد يتم عبر شبكة المعلومات [٩١] .

وتجدر الإشارة إلى أننا نبدأ بالفصل بين الموضوع والشكل وذلك من خلال تكييف الشروط المطلوبة وفقاً لقانون القاضي ، وهل هذه الشروط تدخل في الشكل أم تدخل في الشروط الموضوعية .

وتشمل فكرة التصرف القانوني التصرف بالإرادة المنفردة والعقود ويدخل عقد المشاركة أو الشراكة في طائفة العقود الملزمة للجانبين ويدخل تحديد الشرط فيه إذن لقانون مكان إبرام هذا العقد .

ويجب على الأطراف عند إبرام عقدهم مراعاة الشكل الواجب الاتباع هو الكتابة العرفية أو الكتابة الرسمية أو تصديق جهة رسمية معينة على العقد الموقع من الطرفين لكي يدخل مرحلة النفاذ .

وتهدف الشكل إلى تأكيد التصرف القانوني عند نشأته ، كما يهدف إلى إثباته في مرحلة النزاع .

---

(91) J.G. castel , De la forme des actes juridique instrumentaires en droit international prive faculte de droit de montereal . Mc Gill , the Canadian Bar review , 1957 , vol .35 , p 655 ets .

إذن يطبق القانون الواجب التطبيق على إثبات وجود التصرف القانوني وصحة هذا التصرف ، بمعني أن العقد يجب أن يكون شكليا مكتوبا كتابة عرفية أو رسمية لكي يكون صحيحا ، إذن يشمل الشكل شروط الصحة الشكلية ، كما يشمل الإثبات بهذا الشكل .

وبناء على ذلك ، يتميز الشكل بأنه الإطار الخارجي أما الموضوع فهو العناصر الداخلة في التصرف .

ويبرر تطبيق قانون مكان الابرام أنه يفترض أن هذا المكان هو الذي يوجد فيه موطن الطرفين أو أحدهما وأنه موقع الأموال محل العقد وهو المكان الذي يجري فيه التنفيذ [٩٢].

ونعرض الآن لتطبيق قانون الموضوع على شكل العقد :-

ثانيا : تطبيق قانون الموضوع :

يجوز أن يحكم القانون الذي يحكم موضوع النزاع شكل التصرف ، ويقصد بذلك أنه يجب توافر الشكل الخارجي اللازم لإبرام العقد أو إثباته في عقد الشراكة . وقد سبق أن رأينا أن المشرع قصر تطبيق قانون دولته على عقد الشراكة ، غير أن قواعد تنازع القوانين تحدد القانون الواجب على أنه قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية أو قانون محل إبرام العقد أو قانون الموطن المشترك [٩٣] إذا اتحدا موطنا ، كل هذه القوانين يمكن إبرام الشراكة في الشكل المقرر فيها .

---

(92) Nicolau Nazo , A Regera Locus regit actum , Direito international prive , 2000 , p 130 , ct s.

(93) Ph . Francescakis , Les avatars du concept de domicile dans le droit international prive actuel , Travaux du comite Francais de driot international prive , Dalloz , L a 65, P.300 et s .

ويحقق تطبيق قانون الموضوع وحدة القانون الواجب التطبيق على الشكل وعلى الموضوع ، مما يحقق الاستقرار القانوني ويتطابق والتوقعات المشروعة للأطراف .

ثالثا : تطبيق قانون الموطن :

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بين التوطن والاستقرار ، ويطلق الانجليز عليه المسكن أو المسكن الدائم ، ويكون الموطن بالنسبة للدولة هو إقليمها وكذلك بالنسبة للشخص المعنوي الإقليمي الذي يوجد فيه .

وبالنسبة للشخص المعنوي الخاص هو مركز الإدارة الرئيسي الحقيقي الجدي وليس الصوري ، ويطبق قانون دولة القاضي إذا كان هذا الشخص المعنوي قد باشر نشاطه الرئيسي في هذه الدولة .

ويقصد بذلك مكان الاستغلال الرئيسي والذي يعتبر مقراً قائما بذاته أي معادلاً المركز الإداري الرئيسي ، وذلك لمنع الاستغلال ويطبق القاضي قانون دولته وذلك لتحديد مركز الاستغلال أو تحديد مركز الإدارة الرئيسي .

إذن يراعي تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي إذا كان هذا المركز موجود في الخارج ، وكان لنشاط المكون لمحل العقد عقد الشراكة ليس رئيسيا ، أما إذا كان النشاط الرئيسي لهذا الشخص المعنوي يتواجد في الإقليم المصري يطبق القانون المصري.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اشترط أن يكون الموطن مشتركا بين الشخص المعنوي والشخص المعنوي الخاص ، وتتحقق هذه الواقعة بقيام الشخص المعنوي الخاص بالنشاط

الرئيسي في الإقليم المصري ، وبالتالي يطبق الشكل الرسمي أي تحرير العقد بواسطة موظف عام مصري بمشاركة الشريك الأجنبي الخاص [٩٤].

رابعا : قانون الجنسية :

يتحقق ذلك بالاتحاد في الجنسية بين طرفي العقد ، ومن ثم يجوز للقاضي أن يطبق الشكل الوارد في قانون الجنسية المشتركة .

وهذا الفرض نادر الوقوع في حالة عقد الشراكة العامة الخاصة ، إذ أن الشخص المعنوي يحمل جنسية الدولة الأجنبية ، وبالتالي تتحقق الدولية القانونية للعقد من حيث الأشخاص ، بجانب كون محل العقد ، متضمنا لعنصر أجنبي .

نخلص مما سبق أن عقد الشراكة العامة الخاصة هو عقد دولي إذا أبرم مع شخص معنوي أجنبي . وهذا العقد يخضع للقانون الواجب التطبيق على الموضوع وفقا لما تشير إليه قاعدة الإسناد بالرغم من الحظر الوارد في قانون الشراكة المصري .

قلنا أن شكل العقد الدولي يخضع لقانون الموضوع أو قانون محل الإبرام ، أو قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشترك .

ونبحث في المبحث الثالث من هذا البحث تسوية منازعات عقد الشراكة الدولية بين القطاع العام والخاص وذلك فيما يلي :

المبحث الثالث

---

(94) Anne Richez – pons , Residena en driot international prive , conffito de juridictions et conffits de lois , these , universite de jean – Moulin , Lyon II , 2004 p .10 et s .

طرق تسوية منازعات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يقوم عقد الشراكة بين أي عقد على مجموعة من العلاقات والالتزامات المتبادلة ، والتي تمتد أيضا لفترات طويلة زمنية ما بين عشرين أو ثلاثين سنة بالإضافة إلى ذلك التكلفة الضخمة كما أشرنا سابقاً ، وهذه الفترة الطويلة كفيلة بنشوء نزاع حول تنفيذ عقد الشراكة ، وفي نطاق القانون الإداري تكتسب عملية فض النزاع بين الدولة وشركة القطاع الخاص والتي تسمي المشروع سواء أكانت وطنية أو أجنبية أهمية خاصة وبعث الضمان والطمأنينة في نفوس المستثمرين ، وقد يكون من المناسب اللجوء إلى وسائل بديلة للقضاء لحسم المنازعات كالتفاوض والتوفيق والوساطة والخبرة الفنية والشكاوي والتظلمات لتسوية المنازعات الخاصة بعقود الشراكة .

إن اختلاف المصالح يؤدي إلي نشأة النزاع ، وحرص كل طرف في العقد على مركزه ومطالبته بما يري أنه حق له ، خاصة أن العقد عقد دولة يشتمل على امتيازات السلطة العامة أي حق الأطراف العامة في إنهاء العقد أو تعديله أو استبدال الطرف الخاص بآخر ، من ناحية أخري قد يتعرض الأطراف لجائحة – مثل جائحة كورونا – مما يجعل العقد مستحيل التنفيذ أو يتم وقف التنفيذ حتي زوال الجائحة ، كما قد تتغير الظروف الاقتصادية المحيطة بتنفيذ الالتزام العقدي ، في وضع يؤثر على التوازن العقدي الذي يجب أن يلازم العقد منذ إبرامه وحتي تمام التنفيذ[٩٥] .

[٩٥] راجع طعن رقم ١٤٢ بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٠ ، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ، ٣٧ ق ، الجزء ٢٤ ، ص١٣٢٠ .

وإذا كان الأصل في العقود الدولية أن تكون ناجزة بمجرد الإبرام ، ولكنها عقود ممتدة طويلة الأجل كما ذكرنا سابقاً ، وبالأخص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والمنطوية على أكثر من عنصر أجنبي ، وأن طبيعة هذه العقود وامتيازات السلطة العامة ، وتجاوز تنفيذها عبر الحدود ، نظرا لتنفيذها خارج الدولة الواحدة ، وذلك يجعلها أكثر عرضة للتغيير الاقتصادي والطبيعي والسياسي والتي تحول دون تنفيذ الالتزامات المتبادلة ، أو قد لا تصل إلى استحالة التنفيذ ، إلا أن تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها قد يصبح مرهقاً للمدين بأدائها [٩٦].

إذن من الوارد أن يقع النزاع بين الأطراف للخلاف حول مصلحة جوهرية ، والواقع أن المشرع المصري بعد أن حظر خضوع العقد لغير قانون الدولة وكذلك القانون الإماراتي والقانون الفيتنامي والقانون القطري [٩٧] ، وقد نصت المادة ٢٨ من القانون القطري على أن :

"يخضع عقد الشراكة لأحكام القانون القطري ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ، وتختص المحاكم القطرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ بسبب العقد بين أطرافه ، ويجوز أن يتضمن العقد آلية أخري لتسوية تلك المنازعات بموافقة رئيس مجلس الوزراء ، بناء اقتراح الوزير المختص" .

والواقع أن هذا النص القانوني نص متسرع ، ذلك أننا يمكن أن نصل إلى تطبيق قانون الدولة من خلال الإجمالي والتطبيق الطبيعي لقواعد الإسناد ، دون هذا الحظر الكامل.

---

[٩٦] د/ عبدالمنعم حسون غنوز : شرط القوة القاهرة في العقود الدولية ، ص ٢ ، بحث منشور علي الموقع الإلكتروني : www.malak-rouhj.com/vb/t3589html , 13-12-2007 .

[٩٧] القانون القطري رقم ١٢ لسنة ٢٠٢٠م بتنظيم الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص ، المنشور في الجريدة الرسيمة القطرية بتاريخ ٢٠٢٠/٦/١١م.

في المقابل ، تساهل المشرع المصري في قبول التحكيم ، وذلك من خلال جعل عقود الشراكة عقود قابلة للتحكيم أي إن الدولة أقرت بأن هذه العقود تملك أهلية الاتفاق مع التحكيم بشأنها ، كما أن موضوع هذه العقود حقوق مالية يجوز التصرف فيها ، وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وذلك فيما يلي :

المطلب الأول : نعالج فيه الطرق البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة .

المطلب الثاني : نخصصه للاختصاص القضائي الوطني وإجراءاته في إطار عقود الشراكة.

المطلب الثالث : نخصصه للتحكيم القضائي الوطني وإجراءاته في إطار عقود الشراكة .

وفيما يلي نقوم بتفصيل ذلك في الصفحات التالية :

المطلب الأول

الطرق البديلة لتسوية منازعات عقود الشراكة

إن الطرق البديلة لتسوية المنازعات بشأن عقود الشراكة متعددة ومتنوعة ، وتعد هذه الطرق من الوسائل السلمية لفض المنازعات ويتم تطبيقها وفقاً لقواعد خاصة تتناسب مع طبيعة هذه العقود ، وتظهر هذه الطرق بطريقة واضحة في الشراكة التي تكون بين الدولة والشركة الخاصة الأجنبية أو المستثمر الأجنبي ، نظرا لتكلفة المشروع الضخمة والسمعة الاستثمارية للعام والخاص ، وترسيخ الشراكات والتعاون بين الشراكات الكبيرة والصغيرة والمتوسطة والقطاع الحكومي فقد يكون من الملائم اللجوء إلى الطرق الودية لطول فترة عقود الشراكة ، فقد تصل مدتها إلى خمسين سنة ، ولضمان تنفيذ المشروع (أو العقد) والمحافظة على

استمرار العلاقات بين الطرفين حتي بعد انتهاء العقد ، وبناء على هذا الأساس سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التفاوض والتوفيق والوساطة .

الفرع الثاني : لجان فض المنازعات والخبرة الفنية ودورها في تسوية المنازعات .

الفرع الثالث : التظلمات والشكاوي وإجراءاتها في تسوية منازعات عقود الشراكة بين العام والخاص .

الفرع الأول

التفاوض والتوفيق والوساطة

إذا نشأ أي خلاف بين طرفي عقد الشراكة حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد قبل اللجوء إلى القضاء لتسوية هذا الخلاف وجب عليهما أولًا اللجوء إلى التفاوض بينهما لمحاولة فضه وما يتبعه من إجراءات أخري ، فإذا لم يصلا إلى حل لتسوية النزاع حول المشكلة المعروضة ، عن طريق التفاوض يلجئوا إلى التوفيق والوساطة لحسم الخلاف .

أولًا : التفاوض :

تَعد المفاوضات من الوسائل الأولية لتسوية منازعات التي نشأت بين طرفي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، ونصت عليها غالبية القوانين سواء في المراحل التي تسبق إتمام وإبرام العقد أو بعده وإثناء تنفيذه ، ونلقي الضوء على المفاوضات بعد إبرام العقد والتي تعد من أول الوسائل السلمية قبل اللجوء إلى القضاء ، وعلى أية حال تهدف المفاوضات إلى

الوصول إلى حلول تحقيق المصالح المتعارضة لطرفي عقد المشاركة [٩٨]، وتبادل وجهات النظر والآراء والاقتراحات المختلفة بهدف الوصول إلى أفضل الحلول وأنسبها [٩٩] .

وتقوم المفاوضات على مجموعة من المبادئ ومن أهمها مبدأ حسن النية بين المتفاوضين والرغبة في الوصول إلى اتفاق ، واتجاه الإرادة المشتركة للمفاوضين إلى الوصول إلى تحقيق المصالحة والهدف منها بالنظر إلى عدة أمور أهمها :

١ – تَعد وسيلة التفاوض من الوسائل الودية لتسوية أي نزاع ، ويبث الثقة ويحافظ على السرية بين الأطراف ، وهذا الأمر لا يتوافر في رفع النزاع إلى المحاكم ، وبالتإلى هذا الطريق في التسوية له آثار إيجابية على تنفيذ العقد .

٢ – من البنود الأساسية في أي عقد النص في عقود الشراكة على ضرورة اللجوء إلى المفاوضات لحل أي نزاع وفى مدة محددة قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم [١٠٠] .

٣ – وفي الغالب تتركز المفاوضات في الأمور الآتية :

- تفسير في بنود العقد وما قد يتعلق به من عقود مرتبطة به .
- تغير الظروف التي قد تؤدي إلى خلل في التوازن المالي للعقد ودور المفاوضات في جبر أو إعادة هذا التوازن .
- ظروف غير متوقعة تؤدي إلى صعوبات في التنفيذ .

---

[٩٨] د/ منى رمضان محمد بطيخ : الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته ، ط١، ٢٠١١ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص٢٦٣ .

[٩٩] د/ إبراهيم قادم : شروط وقيود عقود نقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٥١ .

[١٠٠] القانون المغربي رقم ١٢ – ١٦ السابق الإشارة إليه المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة (٢٧) تحت عنوان كيفيات تسوية المنازعات ، المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية قرار مجلس وزراء مصر تحت عنوان تسوية المنازعات من عقد التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العالمين بنظام (Bot) لشركة كاتر للاستثمار بقرار مجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ١٩٤٨ المنشور في جريدة الوقائع المصرية بجلسة ١١ جمادي الأولي سنة ١٤١٩هـ الموافق ١٩٩٨ .

- تغيير في المواصفات التقنية .

وفي جميع الحالات السابقة يتم التفاوض ومحاولة إعادة التوازن وتعديل العقد بما يحقق مصلحة الطرفين ويؤدي إلى تنفيذ العقد ، وتعد المفاوضات بديلاً جيداً عن اللجوء إلى القضاء ، ولاسيما إذا تحدثنا عن مبدأ توزيع المخاطر حيث إن هذا المبدأ يحكم عقد الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص ويتم الاتفاق عليه وتوزيع المخاطر (المادة ١٠) [١٠١] .

وإذا لم تنجح المفاوضات أو لم تصل إلى حلول ترضي أطراف النزاع يتم اللجوء بعد ذلك إلى الوسائل السلمية والودية الأخرى وهو التوفيق والوساطة ، ويعتبر المعنى متقارب بين الوسائل الثلاثة إلا أنه يمكن القول بخصوص الوساطة وسيلة أكبر فاعلية وعملية في حل النزاع على أرض الواقع إذا تمت من قبل شخص محايد ومتخصص .

ثانيا : التوفيق :

يدل الواقع العملي على أن التوفيق Laconciliation مرحلة من المراحل الودية تسبق القضاء والتحكيم ، وفي المدن الإغريقية قديما كانت وظيفة المحكم تمر بمرحلتين متتاليتين : الأولي التوفيق والثانية التحكيم إذا لم ينجح التوفيق أو فشل في التوصيل إلى تسوية النزاع القائم بين الأطراف المتنازعة ، وفي نفس السياق تعمل مراكز التحكيم الدائمة المعاصرة إلى توجيه الأطراف المتنازعة إلى تسوية منازعاتهم بنظام التوفيق [١٠٢] قبل اللجوء إلى القضاء

---

[١٠١] قرار مجلس الوزراء رقم (٢) لسنة ١٩٩٨ بشأن تشغيل واستغلال وإعارة مطار العلمين بنظام (Bot) سابق الإشارة إليه .

[١٠٢] من ذلك نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤ (المادة ٥٦) ، ولائحة التوفيق لغرفة مركز أبوظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام ١٩٩٣ ويقع في ٣٨ مادة ، كما نذكر كذلك اتفاقية واشنطن بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول

كمرحلة سابقة ، والتوفيق يقوم به شخص محايد يسمي الموفق . يقدم الحلول المناسبة لمحل النزاع ، ويساعد ويوجه الأطراف إلى التسوية المرضية لإنهاء النزاع [١٠٣] ويعد التوفيق من الوسائل الهامة والمناسبة لفض المنازعات بين طرفي العقد ، القطاع الحكومي والقطاع الخاص .

وعلى أية حال يمكن تعريف التوفيق بأنه نظام يتمثل في اتفاق طرفي عقد الشراكة على تفويض شخص أو هيئة ، ويقدم الموافقة خلال مرحلة التوفيق بالتشاور المستمر مع أطراف العقد والتصرف على مختلف وجهات النظر ، والعمل على الحد منها وتقريبها واقتراح الحلول المناسبة لتسوية النزاع [١٠٤] .

ومن هذا المنطلق يـعد التوفيق من الوسائل الودية ، ومضمون تقريب وجهات النظر ورغبة الأطراف في الوصول إلى حل وعدم اللجوء إلى القضاء ، ويشترط لضمان فاعلية التوفيق أن يكون القائم به من المتخصصين سواء أكانت هيئة أو شخص مفوض في المسألة محل الخلاف حتي يمكن أن يتوصل إلى حل منطقي بعد دراستها ، والمشكلات التي قد تحدث بالذات في العقود طويلة المدة كثيرة ، ولا يمكن حصرها نظرا للظروف الاقتصادية المتقلبة وتغيير الأسعار ، وقد تكون فنية أو قد تكون قانونية .

الأخري لعام ١٩٦٥ (المادة ٢٨ ، ٢٩) ، كما نذكر في نفس السياق المادة ١/١٣من القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي بشأن التوفيق التى وضعتها الأمم المتحدة في عام ١٩٨٠م ، حيث تنص علي أنه عندما يبدو للموفق أن ثمة عناصر للتسوية يمكن قبولها من الطرفين يقوم بصياغة شروط التسوية ممكنة ويقدمها إلي الطرفين لإبداء ملاحظاتها عليها ، وللموفق بعد استلامه ملاحظات الطرفين أن يعيد صياغة شروط تسوية ممكنة على ضوء تلك الملاحظات .

[١٠٣] د/ مصطفي عبدالمحسن الحبشي : التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ٤٧٨ وما يليها .

[١٠٤] وقد عرفت المادة (١٨) من لائحة إجراءات التوفيق بمركز دبي لعام ١٩٩٣ التوفيق بأنه وسيلة من وسائل حل المنازعات التجارية وديًا ..... وبما يحقق للأطراف استمرار مصالحهم القائمة أو المستقبلية .

وتجدر الإشارة أن الموفق عندما يتعامل مع الخلاف يتعامل مع واقع النزاع ، "ولا يبحث في مسائل قانونية ، ويزن أو يقيم المواقف من خلال تلك الوقائع ، وصولاً إلى حل توفيقي " [١٠٥] فإذا لم ينتهي دون نتيجة عندما تنتهي مهمته ويكون للأطراف حق اللجوء إلى القضاء أو التحكيم ، أما إذا توصل الموفق إلى حلول يقبلها الأطراف فإنها تكون ملزمة للأطراف ، وبالتالي يلزم أن تكون إجراءات التوفيق مثبته بشكل رسمي ، ويجبر طرفي العقد على تنفيذها لأنها تكون قاطعة للخصومة بينهما .

والتوفيق كوسيلة وديه لتسوية المنازعات كثير من القوانين الوطنية نصت عليها ، القانون المصري والمغربي والعراقي ، وورد النص عليها أيضا في المادة ١٢٧ من قانون عقود الشراء العام الفرنسي على إمكانية اللجوء إلي لجان حل منازعات عقود الشراء وديا ، والأطراف غير ملزمين باللجوء إلى هذه اللجان قبل رفع الدعوي أمام القضاء ، ويمكن كذلك أن تقوم به المحكمة ، حيث تقوم بتقريب وجهات النظر بين الطرفين ويكون للمحكمة أن تقوم بمهمة التوفيق أو تمهد لشخص آخر تحت رقابتها بهذا الأمر [١٠٦] .

ثالثًا : الوساطة :

---

[١٠٥] د/ أحمد عبدالكريم سلامة : التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص ٥١ وما يليها .

[١٠٦] للمزيد في هذا الشأن راجع د/ أحمد عبدالكريم سلامة : المرجع السابق ، ص ٥٣ وما يليها ، كذلك دكتور / مهند مختار نوح : الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية ، بحثه ا لمنشور في المجلة الدولية للقانون بتاريخ ٢٠١٦/٦/٢٤ ، الناشر دار جامعة حمد بن خليفة ، ص ٢٠ وما يليها .

يعد نظام التوفيق والوساطة متقاربين ومتشابهين ، حيث يتفقوا الأطراف المتنازعين على أن يتولى الموفق أو هيئة التوفيق أ و الوسيط عملية تسوية النزاع بالطرق الودية ، بتقريب وجهات النظر واقتراح الحلول لتسوية المنازعات التي نشأت بالفعل بين طرفي العقد .

والوسيط من خلال عملية التسوية يتولى المسألة المعروضة ويبدي رأيه بحضور الطرفين ورأيه غير ملزم قانوناً إن لم يتفقوا على الأخذ به [١٠٧] .

والوسيط يقوم بعمله بحيادية وسرية وكفاءة لكي يتوصل إلى تسوية ودية مقبولة فإذا توصل إلى حل مناسب تم اعتماده ، أما إذا فشل تعرض المسألة المعروضة الخلافية على القضاء وعلى القاضي أن يحيلها إلى الوساطة دون أن يتوقف ذلك قبول الأطراف المتنازعة .

والواقع في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد ينص في بنوده على ضرورة اللجوء إلى التوفيق والوساطة قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء ، وتجدر الإشارة بخصوص النصوص اللائحية المتعلقة بمظاهر الجهة الإدارية وتستند إلى المرفق العام والمصلحة العامة تخرج من نطاق التوقيع والوساطة حيث نصت المادة (١١) من قانون فض المنازعات المصري [١٠٨] بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الا عتبارية العامة طرفاً فيها يستفاد منها عدم قبول طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بوقف تخرج من نطاق التوفيق والوساطة ، وتنص المادة (٦)

---

[١٠٧] د/ عبيد شحاته عبيد العنزي : تسوية المنازعات في عقود البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٧ ، ص ٦٢ .

[١٠٨] القانون المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتباريين طرفًا فيها ـ الجريدة الرسمية ـ العدد ١٣ مكرر في ٢٠٠٠/٤/٤م .

من نفس القانون على أنه يقدم ذو شأن طلب التوفيق إلى الأمانة الفنية للجنة المختصة ويتضمن الطلب فضلا عن البيانات المتعلقة باسم الطالب والطرف الأخر في النزاع وصفة كل منهما وموطنه , موضوع الطلب وأسانيده , ويرفق به مذكرة شارحة وحافظة بمستنداته .وتقرر اللجنة عدم قبوله الطلب إذا كان متعلقاً بأي من القرارات الإدارية النهائية المشار إليها في الفقرة (ب) .

من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة١٩٧٢ , إلا إذا قدم من خلال المواعيد المقررة للطعن فيه بالإلغاء , وبعد تقديم التظلم منه وانتظار المواعيد المقررة للبت فيه وفق أحكام الفقرة المذكورة .

وتجدر الاشارة بخصوص نفس القانون الخاص بفض المنازعات المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ في (المادة ١١) وفي نفس السياق بإنشاء لجان توفيق لا تقبل الدعوي التي ترفع ابتداء ... إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفق المدد المقررة قانونا , مما يعني أن المشرع المصري في قانون فض المنازعات قرر عدم قبول الدعوي التي ترفع ابتداء إلا بعد تقديم طلب التوفيق إذا قبل الطرف الآخر أمرت المحكمة بذلك خلال مدة معينة , وإذا قدم إلى المحكمة ما يثبت ، حصول التوفيق وحكمت المحكمة بانتهاء الخصومة فيها (المادة ١٢) أما إذا لم يقبل احد طرفي النزاع توصية اللجنة يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة [١٠٩].

[١٠٩] حيث نصت (المادة ١٠) علي أنه " إذا لم يقبل أحد طرفي النزاع توصية اللجنة خلال المدة المشار إليها في المادة ٩ من هذه القانون أو انقضت هذه المدة دون أن يبدي الطرفان أو أحدهما رأيه بالقبول أو الرفض أو لم تصدر اللجنة توصيتها خلال ميعاد الستين يوماً يكون من طرفي النزاع

وتجدر الاشارة أخيرا بخصوص التوفيق والوساطة أن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٠٠٠/٧ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية طرفا فيها قد نصت ثامنا على أنه فتح باب اللجوء الجوازى إلى لجان التوفيق بالنسبة لأطراف الخصومات القائمة عند العمل بهذا القانون بشأن المنازعات الخاضعة لأحكامه , ويكون ذلك بموافقة طرفي الخصومة في كل دعوي ونظم المشروع وإجراءات وفق الدعوي على ذمة التوفيق ..... والحكم بانتهاء الخصومة في الدعوي إذا قدم إلى المحكمة ما يثبت حسمها عن طريق التوفيق .

الفرع الثاني

لجان فض المنازعات والخبرة الفنية

هناك إلى جانب التوفيق والمفاوضات والوساطة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص توجد وسائل أخري ومنها :

-الخبرة الفنية .

-الصلح .

-مجالس تسوية المنازعات .

اللجوء إلي المحكمة المختصة ، ويترتب علي تقديم طلب التوفيق إلي اللجنة المختصة وفق المدد المقدرة قانونا لسقوط وتقادم الحقوق أو لرفع الدعوي بها , وذلك حتي انقضاء المواعيد المبينة بالفقرة السابقة ويتولى قلم الكتاب المحكمة التي ترفع إليها الدعوي عن ذات النزاع ضم ملف التوفيق إلي أوراق الدعوي " .

أولًا : الخبرة الفنية .

يكتسب دور الخبير عموما دورا هاما في حسم المنازعات ويظهر بصورة واضحة وأصلية دور المهندس الاستشاري ، لاسيما في العقود الشراكة ذات العنصر الأجنبي أو أكثر , لأن هذه العقود كما ذكرنا سابقا طويلة المدة وتكلفة عالية ومتعددة الأطراف ، وبالتالي يتم اللجوء إلى الخبرة الفنية لحسم النزاع وخاصة بالنسبة للأمور الفنية وللوقوف على طبيعة المسألة المثارة , وكذلك يستعين القاضي بالخبرة الفنية أمام المحاكم للفصل في المسألة المعروضة موضوع الدعوي ، وتجدر الملاحظة أن رأي الخبير غير ملزم , ويمكن اللجوء إليه كحل ودي قبل عرض النزاع على المحكمة المختصة أو بعد ذلك , ويعد رأي الخبير أو المهندس الاستشاري " ملزما إذا تم الاتفاق إلى ما انتهي إليه من قبل الأطراف" [١١٠].

ثانيا : الصلح :

يعد من الوسائل الودية الملائمة والمناسبة في فض المنازعة في إطار عقد الشراكة أو إنهائها بطريقة قاطعة لطابعها المعقد وبالذات بالنسبة للطرف العام ، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من أن ينفق طرفي عقد الشراكة على الصلح في موضوع النزاع ، ويكون ذلك عادة بعد وساطة ومفاوضات وتوفيق للأوضاع المعقدة في التنفيذ ، والصلح بهذا المعنى ينقطع به النزاع وبالتالي تنتهي الخصومة بين الطرفين ، وتكييف الصلح يرتبط بالطبيعة القانونية للعقد المنعقد ، فإذا كان إ داري فالقضاء المختص هو القضاء الإداري والقانون الواجب التطبيق على العقد القانون الإداري.

[١١٠] دكتور / أمل محمد حمزة عبدالمعطي : البحث السابق ، ص٤٨٠٥ .

والصلح قد يكون صريحا يتم الاتفاق عليه ، وقد يكون ضمنيا يفهم من اتفاق الأطراف على بعض النقاط موضوع النزاع ، وقد نص القانون المغربي على الصلح كطريق ودي لتسوية النزاع في المادة (٢٧) من القانون رقم ٨٦٠١٢ لسنة ٢٠١٤ ، بشأن عقود الشراكة ، كما أنه في فرنسا لا يجوز إثارة المسألة التي تم الاتفاق عليها صلحا أمام محكمة الاستئناف [١١١].

وفى مصر نص القانون المدني في المادة (٥٤٩) على الصلح كوسيلة لحسم أو تسوية النزاع بين الأطراف [١١٢] وقد اتجهت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلا أنه " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ومن ذلك الاتفاقات الخاصة على كيفية المحاسبة بشأن تنفيذ العقود الإدارية ، ذلك أن هذا القول لا يصدق على حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع فعندئذ لا يجوز التنازل عنها " [١١٣] .

ووفقًا للنظام السعودي في المرسوم الملكي رقم ٣ / ٥٣ بتاريخ ١٤٣٣/٨/١٣هـ أنه يعتبر من السندات التنفيذية محاضر الصلح المصدق عليها من المحاكم ويشترط تصديقه وإثباته من السلطة القضائية [١١٤] .

---

[١١١] راجع في هذا الشأن د/ مهند مختار نوح : المرجع السابق ، ص ٧ وما بعدها .

[١١٢] كما تنص المادة ٥٥٢ مدنى مصري على أن لا يثبت الصلح إلا بالكتابة بمحضر رسمي فهذه الكتابة لازمة للإثبات لا للإنعقاد وتبعًا لذلك لايجوز الإثبات بالبينة والقرائن إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة ، مجموعة الأحكام والمبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة ١٣ ، العدد الأول (من أول أكتوبر ١٩٦٧ إلي منتصف فبراير ١٩٦٨ ، ص ٤٦٤ .

[١١٣] ومع ذلك أقر القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن " قواعد التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة ، أما إذا كان الحق ذاته محلًا للنزاع وخشيت الجهة الإدارية أن تخسر الدعوى فلا تثريب عليها إذا ما لجأت لفض هذا النزاع عن طريق الصلح " ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٣ ، العدد الأول الصادر في أول أكتوبر ١٩٦٧ إلي منتصف شهر ٢ / ١٩٦٨ ، ٤٦٤ .

[١١٤] راجع في هذا الشأن د/ فيصل بن سعد العجمي القاضي : الصلح في مجلس القضاء ، مجلة العدل ، وزارة العدل ، العدد ٦٧ محرم ١٤٤٦ ، ص ٥٧ وما يليها .

وأخيرا نشير إلى موقف القانون الفرنسي والقضاء حيث يجوز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى الصلح ، وفي القانون المدني المصري الحالي يجوز الصلح شريطة أن يكون الطرف أهلاً للتصرف في الحقوق التي يتضمنها عقد الصلح ، ولا يجوز الصلح في المسائل المالية إذا نشأت عن ارتكاب أحد الجرائم [١١٥] .

ثالثًا : مجالس تسوية المنازعات :

تشكل مجالس تسوية المنازعات من أشخاص محايدين بناء على اتفاق بين طرفي العقد ، وتعد هذه المجالس مجالس ودية لتسوية المنازعات التي نشأت بين طرفي عقد الشراكة ، وتعد قراراتها غير ملزمة للأطراف وهى مجرد توصيات ، ومع ذلك هناك بعض العقود يختلف فيها الأمر كعقد الفديك ، حيث تعد قرارات مجلس فض المنازعات ملزمة للأطراف[١١٦] .

وفي النظام السعودي للمناقشات والمشتريات الحكومية ، نص في المادة (٩٢) على أن تحدد اللائحة وسائل أخرى لحل النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود .

كما نصت اللائحة التنفيذية [١١٧] للنظام السعودي المتعلق بالمنافسات والمشتريات الحكومية على حل أي نزاع فني بالطرق الودية بخصوص عقد الشراكة بين الجهة الحكومية والمتعاقد معها ، ويقتصر دور مجلس فض المنازعات فقط على النقاط الخلافية (المادة ١٥٥/ ٧) من اللائحة التنفيذية المتعلقة بالمنافسات .

---

[١١٥] د/ هاني عرفات صبحي : النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص PPP ، المرجع السابق ، ص٣١٦ ومابعدها.

[١١٦] د/ إيهاب السيد يوسف : النظام القانوني لعقود إنشاءات البنية الأساسية عن طريق التمويل الخاص ، ط٢ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٤١١ .

[١١٧] المنشورة في جريدة أم القري ، العدد ٤٨٠٩ ، الصادر بتاريخ ١٤٤١/٤/١٤هـ ، ص ١٧ .

بناء على ما تقدم ذكره بخصوص وسائل تسوية المنازعات الودية في عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص هي الهدف منها إبعاد فكرة الخصومة القضائية التي تعوق تنفيذ العقد ، كما أن جميع قرارات الطرق الودية غير ملزمة إلا إذا ارتضاها الطرفان ، وبناء على هذا الرضاء تكون ملزمة ، وتجدر الملاحظة أنه على الرغم من أن الوسائل الودية قراراتها غير ملزمة إلا أنه بموجب بنود العقد والاتفاق عليها تكون ملزمة ، وبتطبيق ذلك على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، ينص دائما العقد على الطرق الودية والبديلة لتسوية المنازعات .

الفرع الثالث

إجراءات النظر في الشكاوي والمخالفات والتظلمات

تَعد الشكاوي والمخالفات والتظلمات في نطاق عقود الشراكة عن الطرق الودية في تسوية المنازعات الناشئة عنها أو في بعض الحالات ، وقد نصت القوانين الوطنية على مجموعة من الإجراءات في شأن النظر في الشكاوي والتظلمات .

وفي مصر نصت المادة (٣٩) من القانون المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م على تشكيل لجنة التظلمات [١١٨] تختص بنظر التظلمات المقدمة من المستثمرين وما يتعلق بها ، كما نصت

[١١٨] قرار مجلس الوزراة رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠١١ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٣ مكرر (ب) ٢٣ يناير ٢٠١١ ..

اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة بين القطاعين على إجراءات نظر التظلمات المقدمة للجنة التظلمات والبت فيها .

وفي فرنسا ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار التظلم من الطرق التى تنقضي بها المنازعات الإدارية ، بدون أن يورد القانون الفرنسي رقم ١٧٩٢٠٠٩ الصادر في ١٧ فبراير ٢٠٠٩ بشأن عقد الشراكة من إجراءات خاصة بشأن التظلم ، وذهب بعض الفقه إلى القول بمنح التظلم تنظيما قانونيا يستند إلى نص قانون تشريعي عام حيث إنه لا يوجد له نظام محدد [١١٩] .

المطلب الثاني

تسوية المنازعات أمام القضاء الوطني

إن اختلاف المصالح يؤدي إلى نشأة النزاع ، وحرص كل طرف في العقد على مركزه ومطالبته بما يري أنه حق له ، خاص أن العقد عقد دولة يشتمل على امتيازات السلطة العامة أي حق الأطراف العامة في إنهاء العقد أو تعديله أو استبدال الطرف الخاص بالحاضر .

من ناحية أخري ، قد يتعرض الأطراف أو يتم وقف التنفيذ حتى زوال الجائحة ، إذن من الوارد أن يقع النزاع بين ا لأطراف للخلاف حول مصلحة جوهرية ، والواقع أن المشرع المصري بعد أن حظر خضوع العقد لغير قانون الدولة وكذلك القانون الإماراتي والقانون الفيتنامي والقانون القطري ، وقد نصت المادة ٢٨ ، من القانون القطري على أن " يخضع عقد الشراكة لأحكام القانون القطري ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، وتختص المحاكم القطرية

[١١٩] للمزيد في هذا الشأن راجع د/ مهند مختار نوح : الصلح كوسيلة ، المرجع السابق ، ص ١٧ .

بالفصل في المنازعات التي تنشأ بسبب العقد وأطرافه ، ويجوز أن يتضمن العقد آلية أخري لتسوية تلك المنازعات بموافقة رئيس مجلس الوزراء ، بناء على اقتراح الوزير المختص .

يحدد المشرع في المادة ، ٢ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠م خضوع عقد الشراكة لأحكام القانون المصري ، والواقع أن هذا النص القانوني نص متسرع ، ذلك أننا يمكن أن نصل إلى تطبيق قانون الدولة من خلال الإهمال والتطبيق الطبيعي لقواعد الإسناد ، دون هذا الحظر الكامل .

في المقابل تساهل المشرع في قبول التحكيم وذلك من خلال عقود الشراكة عقود قابلة للتحكيم أي أن الدولة اقرت بأن هذه العقود تملك أهلية الاتفاق على التحكيم بشأنها ، كما أن موضوع هذه العقود حقوق مالية يجوز التصرف فيها ، وكذلك نصت المادة ٢١ من القانون القطري [١٢٠] " يجوز الاتفاق على تعديل عقد الشراكة ، إذا طرأت ظروف غير متوقعة ..... والذي يترتب عليها بالإخلال بالتوازن المالك العقد ، وذلك بما يضمن إعادة التوزان المالي " .

بناء على ذلك ، نبحث الاختصاص القضائي والتسوية بواسطة التحكيم .

وقد نص القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ في المادة ٢ على أن " يخضع عقد الشراكة لأحكام القانون المصري ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة

[١٢٠] القانون القطري رقم ١٢ لسنة ٢٠٢٠ المنشور في الجريدة الرسمية القطرية ، العدد ١٠ ، المنشور بتاريخ ٢٠٢٠/٦/١١م الموافق ١٤٤١/١٠/١٩هـ ، ص٤ .

بطرق التحكيم او غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية طبقا لما يتفق عليه في عقد الشراكة [١٢١].

وتشكل اللجنة العليا للمشاركة برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية الوزراء المختصة بالشئون المالية والاستثمار والتنمية الاقتصادية والشئون القانونية والإسكان والمرافق والنقل، رئيس الوحدة المركزية للمشاركة ويتولى الوزير المختص بالشئون المالية رئاسة اللجنة في حالة غياب رئيس مجلس الوزراء .

إذن تتم تسوية المنازعات بالطريق القضائي ، سواء أمام المحاكم الوطنية أو المحاكم الاجنبية وكذلك تتم التسوية بطريق التحكيم .

أولًا : التسوية القضائية أمام المحاكم الوطنية

نصت المادة ٨ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي تُرفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوي العقارية المتعلقة بقضاء واقع في الخارج ".

[١٢١] منشور بالجريدة الرسمية ، العدد ١٩ مكرر _ا) في ١٨ مايو ٢٠١٠ .

مادة ٢٩ تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ، وذلك فيما عدا الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج .

مادة ٣٠ تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة وذلك في الأحوال الأتية :-

١- إذا كان له في الجمهورية موطن مختار .

٢-إذا كان الدعوي متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها ..... .

إذا كان لأحد المدعي عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية مادة ٣٢ " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوي ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا " .

مادة ٣٣ " إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوي داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضه على الدعوي الأصلية ، كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوي ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها " .

مادة ٣٤ " تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوي الأصلية " ، وبناء على ذلك أي بالاستناد

إلى هذه النصوص القانونية نعرض لحالات الاختصاص بناء على موطن المدعي عليه أو محل إقامته : هناك تعدد في أسس أو ضوابط الاختصاص القضائي الدولي [١٢٢].

والواقع أن الهدف من ذلك هو أن المشرع المصري أراد أن يسهل الحصول على العدالة وذلك من خلال أن هناك أسس عديدة لاختصاص القضاء المصري .

من ناحية أخري ، وقد قصد المشرع بذلك تقريب القاضي من النزاع وذلك لكي يسهل على المحكمة أن تقوم بإجراءات التحقيق ، تفسير العقود وجعل الإثبات ميسرا وسهلا وفعالا .

ويساعد ذلك القاضي على أن يحكم بشكل عادل في النزاع إذ أنه يستطيع أن يقيم عناصر النزاع .

كما أن القاضي يستطيع أن يحدد الالتزام الرئيسي مثل الالتزام بالتقسيم في عقد ، والالتزام بالعمل في عقد العمل ، إذ يكون الاختصاص لمحكمة مكان التنفيذ ، محكمة مكان التسليم ، محكمة مكان أداء الخدمة في عقود الخدمات .

وقد جاء على رأس هذه الضوابط الضابط العام الخاص بموطن المدعي عليه أو محل إقامته ، وقد سبق أن أوضحنا الموطن بالنسبة للشخص المعنوي الخاص والموطن بالنسبة للشخص المعنوي العام .

وتجدر الإشارة إلى أن الموطن في هذه الحالة هو الموطن الحقيقي وهو موطن الاعمال[١٢٣] ، ويتيح هذا الاختصاص أن المدعي عليه يستطيع أن يدافع عن نفسه بشكل ملائم .

---

(122) M.A. Huet , la competence judiciaire international en matiere contractuelle , Travaux de comite francais de driot international , 1985 , P .19-22.

وبناء على ذلك يمكن الاستناد إلى موطن الشخص العام لرفع الدعوي عليه أمام المحاكم المصرية ، كما أن العكس صحيح تماما إذ يمكن رفع الدعوي أمام المحكمة المصرية باعتبار أن الشركة الأجنبية قد فرض عليها المشرع المصري بموجب المادة ٢/١١ من القانون المدني أن تتخذ موطنا لها أي موطن أعمال أو المركز الرئيسي للنشاط في الإقليم المصري إذا باشرت الشركة نشاطها الرئيسي في مصر .

إذن الموطن أو محل اقامة المدعي عليه أساس قوي يعطي للمحاكم المصرية المبرر لنظر الدعاوي الناشئة عن عقد الشراكة [١٢٤].

ثانيا : دعاوي الناشئة عن الأبرام أو التنفيذ :

إذا كان مصر هي مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ الالتزام أو المكان الذي كان يجب فيه تنفيذ الالتزام ، تختص المحاكم بنظر الدعاوي الناشئة عن هذه الأسباب ، مثال ذلك دعوي التعويض عن عدم إسناد العقد إلى الشريك الأجنبي أو دعوي إلزام بعدم تعديل العقد أو زيادة الالتزام المقابل في حالة تعديل العقد أو دعوي زيادة السعر إذا كان التنفيذ معيبا أو كان التنفيذ متأخراً [١٢٥].

---

(123) Hein Avocates , Driot international prive , www.heinavocates.ch./domain , 2019 , lu en 8 du soir , le 23-10-2021 , Marie – Laure Niboyet , Geraud Gouffne de la pardeele driot international prive ed . LGDJ , 2020 , P. 201 et s .

(124) Marie – Laure Niboyet , Geraud Gouffre de la Pradelle Droit international prive . LGDJ , 2020 , P201 ets .

(125) Etienne Pataut , Remarques sur la competence international, pqris J , 2020 , P.6 ets .

- L.usmier la regulation de la competence judiciaire en driot international prive , ed Economica , 2008 , P . 17 et s .

وهذا الأساس قوي يعبر عن ارتباط النزاع بالقاضي المختص ، كما أنه يسهل تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم المصرية مما يخفق ما عليه الحكم الأجنبي الصادر من المحاكم الأجنبية.

وهذا الضابط المنصوص عليه في المادة ٢/٣٠ من قانون المرافعات المصري بخصوص الالتزام التي نشأت أو يجب تنفيذها في مصر هي قاعدة ثابتة لدي كل التشريعات المقارنة التي تذكر منها القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٠ (م ٥٥/ب) ، القانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢ (م ٧/١٤٩) ، القانون الفرنسي (م ٤٤ مرافعات) [١٢٦] .

وتجدر الإشارة أن ضوابط الاختصاص التي تبناها المشرع المصري بشأن العقود الدولية لها نظير كذلك في القانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام ١٩٨٣م في المادة ٥٥ منه ، القانون السويسري الذي عدل ضوابط الاختصاص في شأن بعض العقود الدولية وذلك بخصوص العقود الدولية للاستهلاك وعقود العمل التي تنفذها فيها أو كان للعامل موطن أو محل إقامة فيها وكذلك ينص علي القاعدة القانون الدولي الخاص الروماني المادة (٤/١٤٩).

ونصت المادة (١/٥) من اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨م المبرمة بين دول السوق الاوروبية إلي أن الاختصاص بخصوص منازعات العقود الدولية يثبت لمحاكم الدولة التي نفذت فيها هذه الالتزامات أو التي كان يجب تنفيذها فيها .

[١٢٦] راجع Cadiet المرجع سابق ، بند ٥٠٤ ، ص٢٥٩ .

ثالثا : الدعاوي العقارية :

تختص محكمة موقع العقار بالدعوي العقارية والدعاوي المختلطة المرتبطة بالعقار ، وإذا كان المنازعات بين الشريك الخاص والشخص العام تدور حول عقار وكان هذا العقار يقع في جمهورية مصر العربية ، فإن كل الدعوي المتعلقة مثلا باستلام هذا المبني بعد تشييده ، إذا كان الطرف العام قد امتنع عن استلام تدخل في الاختصاص الأمر الإجباري للمحاكم المصري أو الاختصاص الاستئثاري لها الذي لا ينازعه فيها أحد ، وهذا الاختصاص من النظام ومثال الدعاوي المختلطة دعوي يطالب فيها الشريك الأجنبي برد نفقات الانشاء أو الصيانة لعقار قائم في الدولة .

رابعا :الخضوع الاختياري :

يجوز في المنازعات التعاقدية أن يختار الأطراف محكمة أخري غير مصرية لعرض النزاع عليها ، ويطلق على هذا الشرط شرط امتداد الاختصاص أو شرط الخضوع الاختياري .

وقد يكون الشرط السالب لاختصاص المحاكم المصرية وهو شرط جائز إذا أبرمه الأطراف سواء قبل نشأة النزاع أو بعد نشأته شريطة ألا يكون الاختصاص استئثاريا للقضاء المصري ، كما هو الأمر في المواد العقارية .

ونلاحظ أن ثبوت الاختصاص الاختياري لمحاكم الدولة يكون في كل حالة لا يتوافر فيها ضابط اختصاص آخر[١٢٧].

خامسا : الاختصاص بالإجراءات التحفظية أو الوقتية [١٢٨] :

تنص المادة ٣٤ مرافعات على أن " تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوي الأصلية "

يقوم الاختصاص في هذه الحالة على أساس السلام الاجتماعي والأمن الوطني ولذلك تخضع هذه ا لاجراءات لقانون القاضي كما يتم إصدارها بواسطة القاضي الوطني .

وهذا الاختصاص من النظام العام مثل دعوي فرض الحراسة أو دعوي الإذن ببيع منتجات المصنع حتي لا يفسد إذ أن مرفق القضاء هو الذي يصدر هذه الإجراءات وهي إجراءات وقتية لا تمس موضوع الحق ، ومرفق القضاء الوطني لا يخضع لأى قانون أجنبي .

وتجدر الإشارة أن هذا الضابط المقرر في المادة ٣٤ مرافعات مصري له نظير في كثير من القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية نذكر منها اتفاقية التعاون القضائي المصري الفرنسي حيث إنه نصت في المادة ٣١ على أنه " عند ثبوت حالة الضرورة يجور بمحاكم كل من الدولتين أيا كانت المحكمة المختصة بأصل النزاع أن تأمر بتدابير ذات طابع وقتي أو

---

(127) A. Bulow , Effets de la prorogation de la competence en matiere Cambridge universite press , 2009 , p.9 ets .

١٢٨ للمزيد راجع الدكتور . أحمد عبدالكريم سلامة : فقه المرافعات المدنية والتجارية والدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧م ، ص٢٢٩ وما بعدها .

تحفظي علي إقليم دولتها " ، وكذلك ما أقرته جمعية القانون الدولي في دورة الانعقاد في هلسنكي ١٩٩٦ [١٢٩] .

سادسا :اختصاص القضاء الإداري بعقود الدولة :

لا يختلف القضاء الإداري عن القضاء العادي في شيء سوي أن الأول هو قاضي الدولة أي ينظر ما يرفع منها من دعاوي وما يرفع ضدها ، أما الثاني فانه قاضي طبيعي ترفع إليه كل الدعاوي ، عدا ما يختص به القاضي الإداري بنص صريح .

وإذا كان عقد الشراكة عقد دولي وهو من العقود الإدارية فإن الاختصاص بنظر منازعات دعاوي الشراكة ينعقد للمحاكم الإدارية ، غير أن هذا القاضي لا يطبق كل ضوابط الاختصاص في القضائي المدني إذ أن الاختصاص يكون له صفة إلزامية ، وتتقيد بنظام الدعاوي أمامه فهي دعاوي إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود الشراكة ,أو دعاوي الاختصاص الشامل في منازعات العقود .

راي الباحث :

يوجب القانون القائم بعقد الاختصاص لمحاكم مجلس الدولة , باعتبار أن المنازعات ناشئة عن عقد إداري ، ولكن هذا العقد هو عقد تجاري بحت يقوم الشريك الخاص بالدور الرئيسي فيه , ودور الشخص العام دور رقابي ؛ ولذلك نرى خضوع المنازعات الناشئة عنه للقضاء العادي أو التحكيم التقليدي .

[١٢٩] النص منشور في Clunet ١٩٩٧م ، ص١٠٣ وما يليها .

ودلالة ذلك أن المشرع لا يقبل بسهولة خضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم , غير أن في عقد الشراكة قد أقر كليا بقابلية المنازعات الناشئة عنه التحكيم , بل أنه تمادي في ذلك وأجاز خضوع هذه المنازعات لأي وسيلة تسوية أخري بديلة مثل التوفيق , الصلح , الوساطة فهل وصل المشرع إلى مرحلة الإقرار بوحدة القضاء أو وحدة العقود في كل القوانين .

ونعرض في المطلب التالي تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة بالتحكيم .

المطلب الثالث

تسوية منازعات عقد الشراكة العامة والخاصة بالتحكيم

اهتم المشرع المصري بالتحكيم فأصدر قانوناً مستقلاً لتنظيم التحكيم الداخلي الدولي في المنازعات المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م [١٣٠] ، وتم تعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ م [١٣١] والذي أضاف فقرة ثانية لنص المادة الأولي من القانون الصادر سنة ١٩٩٤ م تنص علي أنه " بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق علي التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك " ، مما يعني أن التحكيم أصبح جائزاً في منازعات العقود الإدارية لصدور هذا النص ، وبالتالي أصبح النظام البديل عن القضاء لحسم المنازعات خاصةً منازعات العقود الإدارية .

[١٣٠] منشور في الجريدة الرسمية العدد السادس عشر (تابع) بتاريخ ١٢ أبريل ١٩٩٤ .
[١٣١] المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٠ (تابع) في ١٥ مايو عام ١٩٩٧ .

توجد تعريفات عديدة للتحكيم هو نظام قضائي خاص ، والتحكيم هو أصل القضاء ويمكن تعريف التحكيم بأنه اتفاق بين أطراف العقد على عرض النزاع على شخص معين يسمي المحكم أو أشخاص معينين للفصل فيه دون اللجوء إلى القضاء العادي المختص وذلك بحكم ملزم للخصوم.

وقد عرف المشرع المصري التحكيم للمادة ١٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه " اتفاق الطرفين علي الالتجاء إلي التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نات أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة معينة عقدية أو غير عقدية " ، وقد عرفت كذلك المحكمة الدستورية العليا التحكيم بأنه " عرض نزاع معين بين طرفين علي محكم يعين باختيارهما ليفصل في هذا النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة المحالة إليه " [١٣٢]

ويقصد بالقابلية الموضوعية للتحكيم أن موضوع النزاع أو أن موضوع العقد قابل للتحكيم أي يمكن أن يفصل فيه بواسطة محكمين معينين بواسطة الأطراف .

أما القابلية الشخصية للتحكيم فتعني صلاحية أطراف العقد للاتفاق على التحكيم , ذلك أن بعض أشخاص القانون كالدولة أو أجهزتها قد يكونون غير أهل لإبرام اتفاق التحكيم إذ يمنع القانون عليهم إبرام اتفاق التحكيم لاعتبارات سياسية ويجوز لهذا الشخص المعنوي أن بيرم اتفاق التحكيم بإذن خاص ، مثال عدم القابلية الموضوعية للتحكيم مسائل القانون الجنائي , الأسرة منازعات براءات الاختراع , الرسم والعلاقات التجارية مسائل الترست (التكتل الاقتصادي) , المنافسة الرشوة , النصب , الغش .

[١٣٢] حكم المحكمة الدستورية العليا ، الدعوي رقم ٦٥ لسنة ١٩ ق ، منشور في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء التاسع ، ص٨١٤ .

وهذه المسائل رغم الحظر للتحكيم فيها إلا انها بدأت تشهد مرونة معينة لقبول التحكيم فيها ، وتخضع القابلية للتحكيم لقانون موقع التحكيم , قانون الموضوع , قانون أحد الأطراف التحكيم أو قانون مكان التنفيذ .[١٣٣]

رأي الباحث :

ويعتبر تحديد قابلية النزاع للتحكيم على تكييف موضوع العقد , فإن كان هذا الموضوع حقوق مالية قابلية للتصرف فيها , فإن المنطق القانوني هو القول بقابلية النزاع للتحكيم , إذ أن هذه المسألة من صميم الموضوع .

وإذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم لا يكون هناك اختصاص لمحكمة التحكيم ويكون الاتفاق على التحكيم باطلا ولا يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر لاتصافه بالبطلان.

وقد أشار القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ إلى إمكانية خضوع النزاع للتحكيم وبذلك يكون قد أقر بأن الموضوعات التي تدخل في عقود الشراكة هي مواد منشئة لحقوق والتزامات ذات طابع مالي , من ثم تتوافر بشأنها القابلية للتحكيم الموضوعية [١٣٤] .

إذن القابلية للتحكيم هي شرط تشريعي موضوع بواسطة دولة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالنسبة المشاركين في اجراءات التحكيم , أما اتفاق التحكيم فهو تعبير عن مبدأ سلطان الارادة بالنسبة لأطراف التحكيم [١٣٥].

---

(133) Stewark law , arbitralion process , stewark law .com . 2020 .

(134) Natal JA Freimane , Inese Drviete , Arbitrability problematie issues of legal term , thesis , riga school of law , 2012 , P .21 & seq .

J.F. Poudret , S.Besson , comparative law of international arbitration , London , Sweet & Maxweel , 2007 , P.282 .

(135) I Bantekas , the foundations of arbitration in international commercial arbitrations , Austratlion Yearbook of international law 2008 K no 27 ,, P.194 ets .

وتكون القاعدة الرئيسية بالنسبة القابلية الموضوعية للتحكيم هي حرية الأطراف تكون لهم هذه الحرية في المواد ذات الطابع الشخصي [١٣٦].

أما بالنسبة لأهلية الدولة أو الأشخاص العامة لإبرام اتفاق التحكيم , لقد أصبح مستقرا أن النظام العام الدولي يقر بأهلية الدولة وأشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم وإبرام اتفاق التحكيم دون قيود ، كما أن القابلية للتحكيم شرط ملازم لطبيعة العقود وموضوع العقد باعتباره من العقود التجارية [١٣٧].

كما أن شرط التحكيم يعطي للمحكمين حرية الفصل في النزاع أيا كانت طبيعة الأطراف سواء من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص [١٣٨].

ويستمد المحكم الدولي سلطته من الجماعة الدولية وليس من دولة محدده إذ أن المحكم يتدخل باعتباره ضمان التطبيق النظام العام الدولي [١٣٩].

ويقر القانون المصري أهلية الشخص العام للتحكيم , بشرط أن يكون قبول هذا الشخص العام للتحكيم قد جاء من خلال الوزير .

وقد نصت المادة الأولي من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه : " وبالنسبة للمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى

---

(136) L.A. Mistelis , arbitrability , international and comparative prespecttive in L.A . Mistelis , S.I Brekoulakis , Arbitrability , international and comparateue perspective , Hague , Klueer laul international , 2009 , P.21.

(137) Mohammed Zerriffi , L'arbirabilite des litegeo , these , universite d' dran , 2018, p .14 ets . P.level , l'arbitrabilite , rev . d'arb , 1992 , P.219 .

(138) Jamet Pierre , l'arbitrage impliquant les personnes publicques tendances these , universite de montreal , 2015 , P43 – ets .

(١٣٩) حكمت عبدالحميد الفصالة ، قابلية محل النزاع لتحكيم في قانون التحكيم الاردني ، دراسة مقارنة ، جامعة مؤتة ، ٢٠١٣ ، ص١٧ وما بعدها .

اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة , ولا يجوز التفويض في ذلك وقد أضيف هذا النص بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ " [١٤٠] .

إذن يلزم إذن الوزير المختص للجوء إلى التحكيم في عقود المشاركة وموافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة .

رأي الباحث

نرى أن المشرع المصري لا يمانع في خضوع عقود المشاركة أو الشراكة للتحكيم التجاري أيا كان شكلة سواء كان تحكيم الحالة الخاصة أو التحكيم المؤسسي , كما أن المشرع المصري أجاز تسوية المنازعات باي طريقة أخرى غير التحكيم ، مما يؤكد أن عقد الشراكة عقد دولي .

عقد الشراكة عقد تجاري , يخرج عن الأوضاع العادية لوجود جهة الإدارة والتي تمارس امتيازات السلطة العامة ، إن الدولة وقد قبلت التنازل عن حصانتها القضائية , فإن ذلك يفيد من ممارسة سلطاتها العامة في أضيق الحدود ويؤثر ذلك على القانون الواجب التطبيق وعلى أداة تسوية المنازعات سواء كان القضاء الوطني مختص أو لا .

إذن التحكيم الذي يجري بخصوص عقود الشراكة الخاصة والعامة تحكيما إداريا سواء كان تحكيم حر أو مؤسسي يتم بمقتضاه سلب ولاية القضاء الإداري وطرحها علي محكم أو محكمين " ليفصلوا فيها بحكم تحكيمي منهي للخصومة بينها " [١٤١] .

---

[١٤٠] المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ ، تابع في ١٩٩٧/٥/١٥ .

[١٤١] د / شعبان أحمد رمضان : نطاق الرقابة القضائية علي التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٠م ، ص١٤ .

وفي فرنسا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية وأن التحكيم يجوز استثناء كما ذكرنا سابا بنص تشريعي خاص يجيز ذلك ، وبمقتضي المرسوم رقم ٢٠٠٤ – ٥٥١ وتم المصادقة عليه بمقتضي المادة ٧٨ من القانون رقم ٢٠٠٤ – ١٣٤٣ بتاريخ ٩ ديسمبر ٢٠٠٤ الذي أجاز التحكيم في المنازعات الخاصة بعقود الشراكة – عند الضرورة مع تطبيق أحكام القانون الفرنسي .

كما أصدر المشرع الفرنسي قانونا في ١٣ يناير ٢٠١١ خاص بالتحكيم وجواز الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم بصفة عامة ومنها أحكام التحكيم في مجال العقود الإدارية ، حيث نص هذا القانون الصادر في ٢٠١١ في المادة ١٤٨٩ على أن " حكم التحكيم لا يقبل الاستئناف ما لم يتفق الأطراف علي ذلك مما يعني أن التعديل الأخير لقانون التحكيم الفرنسي لم يجز الطعن بالاستئناف علي أحكام التحكيم بصفة عامة ، وأن طريق الطعن بالبطلان هو طريق الطعن الأصلي إلا إذا اتفق الأطراف علي ذلك وقد تأكد هذا الاتجاه في فرنسا بنص المادة ١٤٩١ فرنسي والتي تنص علي أنه " يجوز الطعن دائما في حكم التحكيم بالبطلان ما لم يتفق الأطراف علي الطعن فيها بطريق الاستئناف ، ويبطل كل شرط يخالف ذلك " ، وبناء علي ذلك يكون المشرع الفرنسي اقترب من المشرع المصري بخصوص الطعن علي حكم التحكيم [١٤٢].

وتجدر الإشارة أن المشرع المصري في قانون التحكيم الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ رفض الطعن علي أحكام التحكيم وأقام نوعا من الحصانة المتميزة لأحكام التحكيم في المادة ١/٥٢

[١٤٢] للمزيد من التفاصيل بخصوص هذا الموضوع ، راجع الدكتور : دويب حسين صابر : حدود اختصاص القضاء الإداري ، لدعوي بطلان أحكام التحكيم ، ٢٠٢٠ ، ص٧٧ وما يليها .

التي تنص علي أنه " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقًا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريـ ق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ".

مما يعني أن المشرع وفقًا لنص المادة ١/٥٢ أقر القاعدة العامة في أن احكام التحكيم لا يجوز الطعن بأي من طرق الطعن العادية أو غير العادية ، سوار كانت أحكام تحكيم وطنية أم دولية أو أحكام تحكيم تجري في الخارج وفقًا لأحكام القانون المصري [١٤٣] ، ثم عاد وأجاز الطعن في حكم التحكيم بطريق دعوي البطلان الأصلية في المادة ٥٢/ ٢ التي نصت علي أنه " يجوز رفع دعوي بطلان حكم التحكيم وفقًا للأحكام المبينة في المادتين التاليتين ، وهذه الأحكام وردت في المادتين ٥٣ ، ٥٤ تحكيم في القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في ثماني حالات وردت علي سبيل الحصر [١٤٤] ، وتنص المادة ١/٥٤ علي أنه " ترفع دعوى البطلان خلال التسعين يوما التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم المحكوم عليه ، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان في حقه قبل صدور حكم التحكيم " مما يعني أن ميعاد دعوى البطلان من النظام العام ، فلا يجوز الاطراف الاتفاق علي مخالفته ، وتنص فيها الخصوص المادة ٢/٥٤ من قانون التحكيم المصري علي أنه " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي ويكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع " .

---

[١٤٣] للمزيد راجع دكتور / حسن محمد هند : التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنه ، بدون ناشر ، سنة ٢٠٠١ ، ص١٤٣ .

[١٤٤] حيث ذهبت محكمة استئناف القاهره في حكمها الصادر في جلسة ٢٠١١/٤/١٨ أنه لا يجوز الطعن بالبطلان لسبب آخر خلاف ما أورده نص المادة ٥٣ تحكيم فلا يجوز الطعن عليه للخطأ في فهم الواقع أو القانون .... إذا أن دعوي بطلان حكم التحكيم ليست طعنًا بالاستئناف في القضية رقم ٤٦ لسنة ١٢٧ ق – العدد ١٦ يونيو ٢٠١١ ، ص١٩٧ ، مشار إليه في مجلة التحكيم العربي .

وأن الحالات التي وردت في هذه المادة ٥٣ البطلان لعدم وجود اتفاق تحكيم صحيح ، والبطلان لعدم احترام المحكم إرادة الأطراف ، وبطلان أحكام التحكيم لأسباب إجرائية [١٤٥].

الخاتمة

استعرضنا في البحث المعنون . بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الدولي الخاص . أهم المواضيع التي تدخلت في نطاقها لعلاقتها بسيادة الدولة ، وطوفنا حول معنى الشراكة في اللغة وفي الاصطلاح والخلفية التاريخية للشراكة بين القطاعين العام والخاص ، والحماية التشريعية الوطنية ودورها في جذب الاستثمارات الأجنبية ، كما حاولت في هذا البحث أن أبين دور الشراكة في تحقيق أهداف الدولة وكذلك تحقيق التنمية المستدامة ،

[١٤٥] المزيد راجع د / دويب حسين صابر : المرجع السابق ص ٧٨ وما بعدها .

كنموذج تحاول الدول من خلاله تنفيذ مشاريع البنية التحتية وغيرها من المشاريع الضخمة التي تحتاج رأس مال كبير وتعاون على مستوى عالي في التنفيذ والمتابعة ، كما بينت القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة وموقف القانون المصري ، ثم بعد وضحت طرق تسوية المنازعات بشأن عقود الشراكة وإجراءات إنهائها ، وذلك نظرا للطبيعة المركبة لعقود الشراكة ، ومن هذا المنطلق حاولت أن أوضح موقف القوانين المقارنة من عقود الشراكة ، وأخيرا بينت الدور الذي يمكن أن تقوم به الشراكة كأداة لتحقيق التنمية المستدامة ، وقد خلصت من خلال تناولي لهذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نذكر أهمها فيما يلي :

أولًا : النتائج :

١- عقد الشراكة هو عقد إطاري شامل يشمل كل الأنشطة التجارية بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بهدف توفير التمويل السريع للدولة أو أحد الأجهزة العامة ، لتمويل إنشاء ، تشييد ، تحويل أو صيانة مرفق عام .

فهو يشمل عقود البنود أو عقود الإنشاء التمويل ، التشغيل ثم التسليم ، عقود البناء والتمويل، عقود الصيانة وغير ذلك من أنواع المشاركة .

٣- هذا العقد عقد دولي وفقاً لمعايير الدولية القانونية وذلك لوجود عنصر دولي في أطراف العلاقة القانونية من أطراف ، محل ، سبب .

٣ – هذا العقد من عقود الدولة لوجود شخص عام من أشخاصه وارتباطه بمرفق عام ، يستوجب ذلك القول بأن هذا العقد من العقود الإدارية ويؤثر ذلك على القانون الواجب التطبيق ، تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع ، ويختص القضاء الإداري بمنازعاته ، يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري وإجازة الاتفاق في عقد المشاركة على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة بالوسائل غير القضائية الوساطة والتوفيق والمفاوضات والتظلم وكذلك يمكن تسوية المنازعات بالتحكيم وفقا لقانون الشراكة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ ، وقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته لعام ١٩٩٧ .

٤ – هذا العقد من عقود الإدارة ذات الطبيعة التجارية والصناعية والتي تخضع للتحكيم، لذلك أعطي المشرع الحرية لأطراف العقد في إخضاع النزاع للتحكيم أو أي طريق آخر غير قضائي لتسوية المنازعات بين الأطراف .

والواقع أن هناك نوع من التناقض بين عدة أمور :

عقد دولي ، عقد إداري صناعي تجاري ، حظر حرية اختيار القانون ، إباحة الخروج على الاختصاص القضائي الاستثاري للقضاء الإداري .

٥ – لقد رأينا أن الحل الأفضل هو الأخذ بتجزئة القانون الواجب التطبيق ، وذلك بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على أهلية الدولة لإبرام مثل هذه العقود والأخذ بقانون الإرادة على الشروط الموضوعية لتطبيق العقد والشروط الشكلية ، وقصر تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع على مرحلة تنفيذ العقد والنتائج المترتبة على ذلك .

وهذا الحل يتسق مع القول بقابلية النزاع للتحكيم التي أقرها المشرع وتسوية النزاع بالتحكيم أو الطرق البديلة الأخرى لتسوية المنازعات بغير طريق القضاء .

ثانيا : التوصيات :

١ – ضرورة تعديل القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ وذلك لتوضيح المقصود بعقد المشاركة وليس مجرد كونه مشاركة بين شخص عام وشخص خاص للتمويل أو الإنشاء أو الصيانة في مجال المرافق العامة .

يلزم إذن ، توضيح التعريف وبيان كل عقد من العقود التي يقود إليها هذا التعريف وتفصيل حقوق الأطراف والتزاماتهم .

٢ – حظر المشرع خضوع العقد لأي قانون آخر غير القانون المصري ولذلك ندعو المشرع إلى تعديل النص والأخذ بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بشرط أن يكون هذا القانون هو قانون الأداء الرئيسي والمميز في العقد ، وضرورة احترام النظام العام وقوانين البوليس المصرية أو الأجنبية ذات الصلة الأوثق .

٣ – نوصي بتطوير المحاكم الاقتصادية بشكل يجعل المستثمر الأجنبي يثق فيها وحظر التحكيم في المنازعات التي تقل عن مليار دولار وتقصره على المحاكم المصرية وإجازة التحكيم فيما زاد على ذلك .

٤ – مراجعة بنود العقود النموذجية للشراكة بين القطاعين العام والخاص في شأن نصوص القانون الواجب التطبيق ، ونصوص تسوية المنازعات بالطرق الودية والتظلم والوساطة ، والتأكد من عدم مخالفتها للأنظمة الموجودة داخل الدولة لخصوصية عقود الشراكة وتعلقها بسلطات الإدارة والدولة .

٥ – ضرورة التأكيد ولفت الأنظار عند إبرام عقد المشاركة مراعاة ومتطلبات المحافظة على البيئة .

٦ – نود أن نشير على التأكيد على تحديد الشكل الذي سيتم تطبيقه عند إبرام عقد الشراكة ، من حيث تحديد نسبة المستثمر الأجنبي والإدارة الأجنبية في مجموع العقد ، وعدم اللجوء إلى أية استثناءات ومع ذلك إذا كانت مصلحة الدولة تقتضي ذلك فيمكن اللجوء في أضيق الحدود .

وأخيرا وإذا كان ذلك كذلك فإننا نؤكد على أن موضوع عقود الشراكة المنطوية على عنصر أجنبي بين القطاع العام والخاص موضوع دائم التطور والتجدد ويحتاج إلى مزيد من البحث والتعمق ، ومازال الأمل يحدونا في دراسة أكثر عمقًا الهدف منها زيادة الوعي القانوني

بجزئيات وبنود العقد ، وأهمية حماية المال العام وخلق ثقافة عامة بأهمية المال العام ودوره في خدمة مرافق وأمن المجتمع سياسيا واقتصاديا ، نتمنى أن نكون قد وفقنا في تحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث ، وما دراستنا تلك إلا بداية جانبها الصواب أحيانا .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

قائمة المراجع

أولًا : المراجع باللغة العربية :

١ – المراجع اللغوية :

- لسان العرب لابن منظور ، دار المعارف ، ج٢٤ ، مجلد ٤ .
- المعجم الوجيز في اللغة العربية ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، طبعة ٢٠٠٤، ٢٠٠٥م .

- ثانياً : المراجع العربية القانونية :

- د/ أحمد عبدالكريم سلامة : التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، ٣٢ ش عبدالخالق ثروت ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
- د/ أحمد عبدالكريم سلامة : فقه المرافعات المدنية والتجارية ، دراسة مقارنه ، ط١ ، ٢٠٠٠م .
- د/ أحمد عبدالكريم سلامة : علم قاعدة التنازع والاختبار بين الشرائع ، دراسة مقارنه ، ط١ ، ١٩٩٦.
- د. أبو العلا النمر ، المختصر في تنازغ القوانين ، ٢٠١٦ .
- د/ أشرف محمد خليل حماد ، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثارها القانونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ .

- حكمت عبدالحميد الفصايلي ، قابلية النزاع للتحكيم في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ، جامعة مؤتة ، ٢٠١٣ م .
- د/ ليث عبدالله القهيوي ، بلال محمد الوادي ، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص ، الإطار النظري والتطبيق العملي ، مكتبة حامد للنشر والتوزيع ، الأردن عام ٢٠١٢ .
- د/ مصطفي عبدالمنعم الحبشي ، الوجيز في عقود البوت ، القاهرة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٨ .
- د/ عادل محمود الرشيد : إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص المفاهيم ، النماذج ، التطبيقات) القاهرة ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧م .
- د/ عبيد شحاذه عبيد العنزي ، تسوية المنازعات في عقود البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٧ .
- د/ هاني عرفات صبحي حمدان ، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص PPP دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦/ ٢٠١٧م .
- د/ إيهاب السيد يوسف ، النظام القانونى لعقود إنشاءات البنية الأساسية عن طريق التمويل الخاص ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٣م .

- د/ حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية والدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٨ .
- برناردين أكتيوبي : الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص ، صندوق النقد الدولي ، سلسلة قضايا اقتصادية ، العدد ٤٠ ، ٢٠٠٧ .
- د. مني رمضان محمد بطيخ : الإطار القانون لشرعية عقد الشراكة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته ، ط١ ، الناشر بدار النهضة العربية ٢٠١١.
- د. مهند مختار نوح : الصلح كوسيلة لحل المنازعات الادارية ، المجلة الدولية للقانون بتاريخ ٢٠١٦/٦/٢٤ ، الناشر دار جامعة حمد ابن خليفة

ثالثًا : الابحاث القانونية :

- د/ أمل محمد حمزه عبدالمعطي ، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الشراكة PPP ، دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور بالمجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات ، والبحوث القانونية) ، مجلة علمية محكمة .
- د/ هشام مصطفي محمد سالم الجمل ، الشراكة بين القطاعين العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة مجلة كلية الشريعة والقانون ، طنطا ، العدد الحادي والثلاثون الجزء الرابع ، ٢٠١٦م .
- د/ رشا على الدين : دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩م

- د/ سلمان عمر ، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP ، ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها بشرم الشيخ ، أكتوبر ٢٠١١ .
- د/ عادل محمود الرشيد ، إدارة الشركة بين القطاعين العام والخاص ، المفاهيم ، النماذج والتطبيقات ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، ٢٠١١.
- د/ محمد متولى دكروري ، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية ، وزارة المالية ، الإدارة العامة للبحوث المالية ، ٢٠٢٠ .
- د/ مهند مختار نور ، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية ، المجلة الدولية للقانون بتاريخ ٢٠١٦/٦/٢٤ ، الناشر دار جامعة حمد بن خليفة .
- برنادرين أكتبوبي : الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص ، صندوق النقد الدولي ، سلسلة قضايا اقتصادية ، العدد ٤٠ ، ٢٠٠٧ .
- د/ هشام مصطفي محمد سالم الجمل : الشراكة بين القطاعين العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بطنطا ، جامعة الأزهر ، العدد الحادي والثلاثون ، الجزء الرابع ، ١٤٣٧هـ . ٢٠١٦م .

رابعا : الرسائل :

- د. إبراهيم قادم ، شروط وقيود عقود نقل التكنولوجيا ، رسالة جامعة عين شمس ، ٢٠٠٢م.

- أ / هاني أحمد خليل : الشراكة بين القطاع العام والخاص في مصر ، رسالة ماجستير لعام ٢٠١٧ .

- **خامسا : التشريعات والقوانين :**

- الجريدة الرسمية ، القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار تنظيم قانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة ، العدد ١٩ مكرر (أ) السنة الثالثة والخمسون – ١٨ مايو ٢٠١٠
- القانون المغربي رقم ٨٦٠١٢ الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر ٢٠١٤ المنشور في الجريدة الرسمية ، عدد ٦٣٢٨ بتاريخ ٢٢ يناير ٢٠١٥م .
- القانون القطري رقم ١٢ لسنة ٢٠٢٠م بتنظيم الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص ، المنشور في الجريدة الرسمية القطرية ، بتاريخ ٢٠٢٠/٦/١١م.
- القانون المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات – الجريدة الرسمية – العدد ١٣ مكرر في ٢٠٠٠/٤/٤م .
- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٦ (تابع) بتاريخ ١٢ إبريل ١٩٩٤م.
- القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ – الجريدة الرسمية – العدد ٢٠ (تابع) بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٩٧ .

ثانيا : المراجع باللغة الاجنبية :

1- United Nation K 1998 , Ecommmisson for – Europe , Newyork . p.3

2- Alexander Kondratyuk , the legal natiere of Public Private Partmershio , thes is hse university , 2016 , P 7 & sea .

3- Rodaume de Maro , Direction des entreprises Publisques et de la Privatisation , gide de Partenai at , avril , 2018 , P . 6 .
4- Joan Alexander , theoretical Consideration of Public Private Partenrshio , Publix law J Bucharst , 2004 , P . 29 .

5- Tan jinghui , legal natute and arnotrability of ppp cintracts , china business law journal , many , 2018 , P 6 ff .
6- (1) Umicitrae legislative Partinership , United Nations Commission trade law , 2020 p . 8 & Seq .
7- Julien Bonnat , La reforme des contracts Partenariat Public , Prive , www . Julienbonnat fr / la reforme 2020 , la a 3 h . aproe midi , 15 – 10 – 2021 .
8- Colombe Braun Deshaies , les avantage et lesenjeux du mode partenariat lintegration des stratedies er des incitatirs elies au cycle de vie des inneuble : analyse de la literature et etude du cas de la maisen symphonique Montreal , these ,, Umiversite de Quebec 2012 , P . 17 et s
9- Berteby research Disavantage of Public Sector , www . bartleby . com 2020 , read at 5 Oclock . eft , 15 – 10 – 2021 .

10- Ali Bencheneb , le contrat international de construction , Rev . I . dr . Economique , 2018 , t 33, p 5-15 .
11- Trimothe Heinz , cotrats internationaux www. Cdpf . Unistar , of 2020 .
12- Cass. Liv . 17 mai 1997 , qalloz 1928 , not , p 25 , noto Capitant , Ahmed sadek EL Kocheri , la notion de contrat International , these 1962 , Universite de Rennes , 1962 , t . III ,ni 79 .
13- Jean , Micheal Jacquet , le contrat Internation , Paris , Dalloz , 1999 , P5 .
14- Dmitru Ivanov , Differe ntes Formes Onplantation en Russsie , these , university Rabert Schuman , 2007 , p 6 ets .
15- M . Lafitte , le Partenarait Public Paive une cle Pour Investisssement Public France , Rev . Banque Rdition , 2020, P 78 .s
16- Bruno de Cazelel , the Evolution of public Privates Parteneship legal Concepts Over the Last 20 Years Under Common law influence , I Buss law J 2014 , p 271 & ff .
17- Luiza Manolea , Public Private Partnershio : a possible solution in the development services and thePublic Investment , Published in Journal " Constructive , 2011 , n 95 , P . 16 – 20 .
18- T . Koopmans , courts and political institution combridge universite press , 2003 , P. 130 seq .

19- Jeffery Delmon , Programme de partenariat public – prive , creer len cadre pour les investissements du secteur prive dano les intrastuctures , ed {{IAF , 2020 , p.20 et s .
20- F. Lioremce , contrat d'entseprise et marcheo de travaux publics , contribution a la comparaisin entre contrat de driot prive et contrat administrative , Rev . D.comp 1983, noI , p.252-254.
21- Y. Gaudemet , le contrat administrative un contrat hors le loi , www.conseifconstitutionnel.fr2021. , lu 20-10-2021 en g du soir .
22- Georges Langrod , Administrative contracts , sarr universite press , 2020 , p.3 & F.
23- B.Audit , D.Avout , Droit international prive , teme ed . Economiea , Paris , 2013 , P.210 .
24- B.Ancel , Y.Laquette, les grands arrest de la jurisprudence franceaise de droit international prive , 5 eme ed Dalloz , 2006 , p.97.
25- Marie Grace seif , The administrative contracts , tamimi .com 2011 , le en 20-10-2021 en ll h . du soir .
26- B.Ancel, C. Deumier , M . Laazouzi , Droits les contrats internationaux , Sirey 2017 , P.152 .
27- M.Albornoz , la loi qpplicable aux contrats internationaux dans leo pays du mercourse , these , Paris iI, 2006 , P.16.
28- D.Bureau , H.Miur watti , Droit international prive , ed . PUF , 2017,no 897.
29- Shyhrete Kastrati , The principle of will autonomy in the obligatory law iIiria international , june 2015 , P227 & seq .
30- Jan L.Neels , The nature , objectives on choile of the Hague Principle on choile of law in international contracts , yearbook of international law 2014 , n'14,P.48 & seq .
31- Bereau permanent de la conterence de la Haye , choix de la loi applicable aux contrats de commerce international : despricipes de la haye , Rev. CDIP , 2010 , no 1 , P.83-102.
32- Hcch , Full text , Principles on choice of law in international commercial contracts approved on 19 march 2015 , www.Hcch .
33- Marie caroline Vincent – legoux , L'ordre public et le contrat , etude de droit compare , archives de philosophie de droit , 2015 , t.58, P.215-221.
34- Marie Caroline – legoux , L'ordre public , etude de droit compare interne ed . PUF , 2001 , p .15 ets .
35- Alishanis . Alajdin , Basic principle of law on obligations relationships , Kosovo , 2000 , p.25-26.
36- A.Le Pommepec , la signilication de l'ordre public en droit des obligations , in c .a.Dubreuil , l'ordre public , cujas , 2013 p.73.
37- P. Bourel et al , Droit international prive , ed . Dalloz , 16 eme ed . 202 , no 252 .

38- PH. Franceskakis , Quelques precisions sur les lois d'application immediate et leurs rapport avec leo regleo de conlit de lois , Rev . CDIP , 1966, P.3 ets .
39- Chaille de Nere , les difficulteo du contrat des droit international prive , institute de droit des affaires , centre de recherché juridique , Berthold Goldman , 2003 , p.21 ets .
40- H.Batiffol, tspects philosophique du droit international prive , ed . Dalloz , 1956 , P.229 ets .
41- M.Mekki , L'interet general , contribution a une etude de la hireachie des interest en droit prive , there , bibliotheque de droit prive , 2011 , p .7 ets .
42- M.Vincent Heuze , la notion de contrat en droit international prive , Travaux du comite Francais de droit international , 2000, no 13 , P.319-330.
43- Michel Attal , le droit international prive implique – t- il une metamorphose de org , F 2020 , lu en 22-10-2021 , ii du matim .
44- Malconlm Evans , Pricipeorelatifs aux contrats du commerce international ed . uni droit , Rome 1999 , P.9 ets .
45- J.G. castel , De la forme des actes juridique instrumentaires en droit international prive faculte de droit de montereal . Mc Gill , the Canadian Bar review , 1957 , vol .35 , p 655 ets .
46- Nicolau Nazo , A Regera Locus regit actum , Direito international prive , 2000 , p 130 , ct s.
47- Ph . Francescakis , Les avatars du concept de domicile dans le droit international prive actuel , Travaux du comite Francais de driot international prive , Dalloz , L a 65, P.300 et s .
48- I Bantekas , the foundations of arbitration in international commercial arbitrations , Austratlion Yearbook of international law 2008 K no 27 ,, P.194 ets .
49- L.A. Mistelis , arbitrability , international and comparative prespecttive in L.A . Mistelis , S.I Brekoulakis , Arbitrability , international and comparateue perspective , Hague , Klueer laul international , 2009 , P.21.
50- Mohammed Zerriffi , L'arbirabilite des litegeo , these , universite d' dran , 2018, p .14 ets .
51- P.level , l'arbitrabilite , rev . d'arb , 1992 , P.219 .
52- Jamet Pierre , l'arbitrage impliquant les personnes publicques tendances these , universite de montreal , 2015 , P43 – ets .

الفهرس

مقدمة	٣
أهمية الموضوع	٥
أهداف الدراسة	٥
منهج البحث	٦
خطة الدراسة	٨
المبحث الأول : ماهية عقد الشراكة وطبيعته القانونية	٩
المطلب الاول : تعريف عقد الشراكة وطبيعته القانونية	١١
الفرع الاول : تعرف عقد الشراكة وطبيعته القانونية	١١
أولًا : تعريف الشراكة في اللغة	١١
ثانيًا : تعريف الشراكة في الاصطلاح	١٢
البند الاول : مزايا عقد الشراكة	٢٤
البند الثاني : مبررات الشراكة	٢٦
البند الثالث : عيوب الشراكة	٢٧
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة	٣٠
الطلب الثاني : مجالات عقود الشراكة العامة – الخاصة	٣٣
المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق علي عقود الشراكة	٣٧
المطلب الاول : القانون الواجب التطبيق علي موضوع عقد الشراكة العامة – الخاص	٤٠
أولًا : قانون الإرادة	٤٥
ثانيًا : قانون البوليس	٥١
ثالثًا : قانون محل إبرام العقد	٥٥
رابعًا : قانون الموطن	٥٦

خامسًا : تطبيق la lex mercatiaria	٥٨
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد	٦٠
أولًا : تطبيق قانون المكان بحكم التصرف	٦٢
ثانيًا : تطبيق قانون الموضوع	٦٤
ثالثًا : تطبيق قانون الموطن	٦٤
رابعًا : قانون الجنسية	٦٥
المبحث الثالث : طرق تسوية منازعات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص	٦٦
المطلب الأول : الطرق البديلة لتسوية منازعات عقود الشراكة	٦٩
الفرع الاول : التفاوض والتوفيق والوساطة	٧٠
أولًا : التفاوض	٧٠
ثانيًا : التوفيق	٧٢
ثالثًا : الوساطة	٧٥
الفرع الثاني : لجان فض المنازعات والخبرة الفنية	٧٧
أولًا : الخبرة الفنية	٧٨
ثانيًا : الصلح	٧٨
ثالثًا : مجالس تسوية المنازعات	٨٠
الفرع الثالث : إجراءات النظر في الشكاوي والمخالفات والتظلمات	٨١
المطلب الثاني : تسوية المنازعات أمام القضاء الوطني	٨٢
أولًا : التسوية القضائية أمام المحاكم الوطنية	٨٥
ثانيًا : الدعاوي الناشئة عن الإبرام والتنفيذ	٨٧

ثالثًا : الدعاوي العقارية	**٨٩**
رابعا : الخضوع والاختبار	**٨٩**
خامسًا : الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية	**٩٠**
سادسًا : اختصاص القضاء الاداري بعقود الدولة	**٩١**
الطلب الثالث : تسوية منازعات عقد الشراكة العام والخاصة بالتحكيم	**٩٢**
الخاتمة	**١٠٠**
المراجع	**١٠٥**
الفهرس	١١٢