

عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص *Partnership contracts between the public and private sectors*

د. جيدل كريمة*
جامعة المدية (الجزائر)
djidel.karima@yahoo.com

تاريخ إرسال المقال: 2021-05-02 تاريخ قبول المقال: 2021-05-17 تاريخ نشر المقال: 2021-06-24

الملخص:

تتضمن هذه الورقة البحثية معالجة قانونية للإطار المفاهيمي لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، فوضعنا تعريفه التشريعي والفقهي وحددنا أنواعه، ثم تطرقنا لقواعده الإجرائية سواء على المستوى الوطني أو الدولي فحددنا المبادئ العامة لتنظيم عقود الشراكة، بدءاً بالإعلان حيث يخضع العقد لمبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص والشفافية وللتقييم الأولي من قبل الجهة الإدارية في نوع معين من العقود التشاركية كعقد البوت، كما أن الإدارة تمارس سلطاتها الاستثنائية عليه في الرقابة والتعديل.
الكلمات المفتاحية: الشراكة، البنى التحتية، القطاع العام، المشاركة، القطاع الخاص، العقود الإدارية.

Abstract:

This research paper contains a legal traitement of the conceptual framework of partnership contracts between public and private sector, so we defined it legislatively and jurisricly and we set its types, then we go into it's precedural rules wether on national or international level and we set the general principales for organizing partnership contracts, starting with the announcement where the contract subject to concurrence principale and equality of opportunities and transparency and primal evaluation from the administration in a specific kind of partnership contracts such as the bot contact, and also the administration practice its exceptional authorities over it in the control and the adjustment .

KEY WORDS: partnership; infrastructure; public sector; sharing; private sector; administrative contracts

*المؤلف المرسل

المقدمة:

شهد عالمنا المعاصر تحولات كبرى؛ فبعد أن كانت الدول تحتكر عملية التنمية وتقديم الخدمات العامة مهما كانت تكلفتها، أدى ظهور العولمة، وتحرير التجارة الدولية، وكفالة تداول رؤوس الأموال وعجز الموازنة العامة للدول إلى ظهور نظام الاقتصاد الحر، والاعتماد على القطاع الخاص وإشراكه في تنفيذ برامج الدولة التنموية، كوسيلة لتمويل مشاريعها التي تدخل ضمن ما يُعرف بالمشروعات العامة أي مشروعات البنية الأساسية في مجال الطاقة والمياه والموانئ والمطارات والطرق وغيرها من المرافق باستثناء المرافق السيادية للدولة كمرقق الأمن والدفاع والقضاء التي تديرها الدولة مباشرة ولا يمكن أن تعهد إدارتها إلى الخواص لما في ذلك من خطر قد يهدد وجودها.

وبناء عليه فإن كل شراكة بين القطاع العام والخاص تتجسد في عقد يحدد طبيعة الشراكة وشكلها؛ فيعهد للقطاع الخاص نقل التكنولوجيا الحديثة اللازمة لتمويل أو تشييد تلك المشروعات والمرافق التي لا تتوفر محليا؛ وهو ما يسمح للدولة بتقديم الخدمات العامة وفقا لخطةها التنموية دون النظر عن قدرة ميزانيتها لتمويلها، فتحقيق الأهداف التنموية إذن بات تشاركيا بين القطاعين ولا يمكن أن ينفرد بتنفيذها أي منهما بمعزل عن الآخر.

تكمن أهمية البحث في إبراز مفهوم عقد الشراكة لأهميته في تحسين جودة الخدمة العمومية، وتقريبها من المواطنين مع المحافظة على المصلحة العامة، وإشراك القطاع الخاص من شأنه فتح باب التنافس بين المواطنين مما يعزز قيم المواطنة لديهم والاسهام في بناء الدولة على المستوى الوطني نتيجة تطوير الخدمة التي تقدمها المرافق العمومية جراء الاستفادة من خبرات وكفاءة القطاع الخاص، فكلما ارتفع معدل الشراكة ارتفع معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي، وعلى المستوى الدولي هو تكريس لسياسة الانفتاح على العالم الخارجي وإشراكه في عملية البناء.

وعلى الرغم من أهمية الشراكة بين القطاع العام والخاص إلا أن هناك العديد من المسائل القانونية التي تحول دون تطبيق الشراكة المنشودة، فاختلاف المصلحة بين القطاعين والقواعد القانونية التي تحكم معاملاتهم من حيث المرونة ونطاق الإشراف والرقابة، تجعل الجمع بين القطاعين في عقد تشاركي بينهما مسألة لا بد من ضبطها من الناحية القانونية ومن هنا جاءت الورقة البحثية لتُحدد الإطار القانوني لهذه العقود.

وبناء على ذلك، ونظرا للأهمية القانونية والعملية لهذا النوع من العقود فإن الإشكالية التي نطرحها تتمحور حول المقصود بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والقواعد الإجرائية التي تضبطه؟

تمّت معالجة الإشكالية بالاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، استعنت بالمنهج الوصفي لتعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أما المنهج التحليلي فيظهر من خلال عرض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع على وجه المقاربة بينها.

عرضت الورقة البحثية في مبحثين، وضمنت كل مبحث مطلبين، فكانت الخطة على النحو الآتي: المبحث الأول خصصته للإطار المفاهيمي لعقود الشراكة.

أما المبحث الثاني، فأفردته للقواعد الإجرائية لعقود الشراكة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقود الشراكة

لجأت اقتصاديات الدول الكبرى ثم الدول النامية لإبرام عقود الشراكة حتى تتمكن من تنفيذ برامجها التنموية، ونظرا لأهمية هذه العقود سنقوم بتحديد مفهومها ثم نذكر أنواعها في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: مفهوم عقود الشراكة

عقد الشراكة هو أحد الصيغ التشاركية بين القطاعين العام والخاص، والشراكة وسنقوم بتعريفها في الفرع الأول ثم نقوه بتحديد خصائصها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف عقد الشراكة

تنوّعت التعريفات بين التعاريف التشريعية والفقهية، سنتطرق إلى التعريف التشريعي ثم التعريف الفقهي لعقد الشراكة في نقطتين على التوالي:

أولا. التعريف التشريعي لعقد الشراكة

يعتبر المناخ الدستوري هو الحاضن الرئيس لنمو ونجاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتجسيدا للاعتراف الدستوري بهذا النوع من المعاملات أقرت تشريعات الدول الشراكة، وقد تباينت التشريعات في تعريفها له.

ففي فرنسا عرّفها الأمر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004 الخاص بعقود المشاركة في المادة الأولى منه، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 179-2009 الخاص بتشجيع البرامج الانشائية والاستثمارات العامة والخاصة بعقود المشاركة بأنها: «عقود إدارية تعهد بمقتضاها الدولة أو المؤسسة العامة للدولة للغير في مدة محددة في

العقد على ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل مهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها وكل خدمة من شأنها أن تظهر خلال تنفيذ العقد، وفي مقابل مالي يلتزم الشخص العام بدفعه طوال مدة العقد مرتبًا بالأهداف المحددة من طرف المتعاقد»¹.

أما في مصر فقد جاء تعريفها ضمن القانون رقم 67 لسنة 2010 المؤرخ في 18 ماي 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات المرافق العامة في المادة الثانية الفقرة الأولى: «للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام وباضطراد خلال فترة العقد»².

كما عرّفه صندوق النقد الدولي: «الترتيبات التي يقوم بها القطاع الخاص بتقديم أصول والخدمات وتتعلق بالبنية التحتية جرت العادة على أن تقدمها الحكومات» في حين يعرفها برنامج الأمم المتحدة للتنمية بأنه: «تصف العلاقة الممكنة بين القطاعين العام والخاص بغرض تلبية الخدمات العامة»³.

أما البنك العالمي فيعرفها بأنها: «عقد طويل الأجل بين مؤسسة خاصة ووكالة حكومية لغرض تقديم مهام وخدمات عمومية يتحمل القطاع الخاص كل أو أغلب المسؤوليات المالية والمخاطر عن المشروع»⁴.

ثانيا. التعريف الفقهي لعقود الشراكة

يُعرف عقد الشراكة بأنه: «آلية عمل تستهدف حل المشاكل المُعقدة التي تعترض الاقتصاد، وبالتحديد تلك التي تعترض تنفيذ المشاريع التنموية الضخمة بكفاءة وفاعلية،

1-الأمر رقم 204-559 المؤرخ في 17 جوان 2004، الجريدة الرسمية الفرنسية العدد 14 الصادرة بتاريخ 19 جوان 2004.

2- القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر الصادرة بتاريخ 18 ماي 2010.

3-السعيد دراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية فعالة لتمويل التنمية المحلية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 1، المجلد 25 العدد 02، 2014، (ص 309-322) ص 314.

4-لكحل الأمين، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الجزائر ودراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران، ماجستير تخصص تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 39-40.

والتي لا يمكن تنفيذها من قبل طرف واحد، وإنما من خلال إدارة لا تمثل بشكل مطلق القطاع العام، وإنما تتم الاستفادة القصوى من ميزات كل قطاع معاً وفي آن واحد»⁵.

ويُعرف أيضاً بأنه: «عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القطاع العام إلى أحد أشخاص القطاع العام إلى أحد أشخاص القطاع الخاص القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال المدة المحددة في العقد، وذلك مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية، وتتولى مؤسسات من القطاعين العام والخاص العمل معاً لتحقيق مشاريع أو تقديم خدمات للمواطنين، وخصوصاً في المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية»

كما يعرفها البعض الآخر بأنها: «ذلك النوع من العقود الذي يُبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع شخص شريك من القطاع الخاص لتصميم منشأة عامة أو بنائها أو تجهيزها أو تشغيلها أو صيانتها وبتتمويل الاستثمار طيلة مدة العقد في مقابل التزام الإدارة بدفع مبالغ مالية مجزأة على مدة التعاقد»⁶.

الفرع الثاني: خصائص عقد الشراكة

من خلال التعاريف المذكورة أعلاه يتبين أن عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص تتميز بجملة من الخصائص من أهمها:

أولاً. أنها عقود تجمع بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص، وقد جاء تحديد الأشخاص المعنوية العامة في المادة 49 من القانون المدني، وتمثل في الدولة والولاية والبلدية وكل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ومن الناحية الاقتصادية يُقصد منه المؤسسات والمشاريع الاقتصادية التي تعود ملكيتها للدولة.

بينما القطاع الخاص إذا كان وطني فقد يكون شخص طبيعي كما قد يكون شخص معنوي، وهذه الأخيرة جاء ذكرها على سبيل المثال في نص المادة 49 من القانون

5-محمد صلاح دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الاستثمار في البنى التحتية للاقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الى اقتصاديات الدول العربية دكتوراه تخصص نقود وبنوك كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة الشلف 2015 ص 41.

-عيسى لحاق، حدة طعابة، عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المستقبل العربي للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أدرار، المجلد 03، العدد 01 جوان 2019 (ص 59-77) ص 63.

6-أمل عبد الصمد الكوت عقود الشراكة (ppp) الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، 2018، ص 17.

المدني، ويُقصد منها كل المؤسسات والشركات التي تعود ملكيتها للأشخاص، فتكون مسجلة في المركز الوطني للسجل التجاري، بينما الأجنبي فيشترط أن يكون خاضعا للقانون الجزائري فالشريك الأجنبي وبالرجوع للنصوص المنظمة للاستثمار في التشريع الجزائري نلاحظ أنه يأخذ شكل شركة؛ أسهمها مشتركة بينه وبين شركاء جزائريين بنسبة 51 % لهم؛ و49 % للأجنبي طبقا للمادة 04 من قانون الاستثمار المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2009؛ ولسنة 2014، وتم التأكيد عليها بموجب قانون الاستثمار لسنة 2016 7.

ويكون عقد الشركة معد في الشكل الرسمي من قبل موثق تطبيقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، فيتضمن العقد البيانات الأساسية للشركة⁸، وعلى رأسها نوع الشركة كيفية ومقدار مساهمة الشركاء⁹، عملية تحويل العملة الصعبة للمساهمة بها في رأسمال الشركة مع ذكر وثيقة التحويل التي يصدرها البنك، فضلا عن الأرباح والخسائر المحددة بنسب المشاركة في رأسمال الشركة¹⁰.

ثانيا. يتضمن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عنصرين، عنصر عضوي يتمثل في جمعه لشريكين؛ شريك من القطاع العام وشريك من القطاع الخاص، وعنصر مادي يتمثل في نوع الأعمال التي يتعهد بتقديمها الشريك الخاص، الذي يلتزم بتمويل الاستثمار والمتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها مقابل مبالغ مالية يدفعها الشريك العام طيلة مدة التعاقد.

ثالثا. أنها عقود من طبيعة إدارية تبعا لتعريفها الوارد أعلاه، وتبعا للمعيار العضوي حيث أن أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، لكن إذا دققنا في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود نلاحظ اتجاه بعض الاقتصاديين إلى اعتبارها أحد أساليب الخصخصة التي يمتلك بموجبها الشريك الخاص أصول المشروع ويعتبر بعض الباحثين أن الشراكة تختلف عن الخصخصة في مصدر الالتزام الذي يحدده عقد الشراكة بينما في

7- القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الجريدة

الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 44 المؤرخة في 2009-07-26 ص 4-25.

8- الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010-08-26 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 الجريدة

الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 49 المؤرخة في 2010-08-29 ص 4-23.

9- الأمر رقم 04/10 المؤرخ في 2010-08-26 يعدل قانون النقد والقرض الجريدة الرسمية للجمهورية

الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50 المؤرخ في 2010-09-01 ص 11-15.

10- الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010-08-26 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 الجريدة

الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 49 المؤرخة في 2010-08-29 ص 4-23.

الخصخصة يحدده الترخيص أو الإذن الذي يمنح للشركة المخصصة كما أن ملكية المشروع تكون للدولة مدة التنفيذ¹¹.

ويشترط التوجيه الأوربي رقم 18 لسنة 2004 المؤرخ في 21-03-2004 المتعلق بإجراءات إبرام عقود الأشغال العامة لإبرام هذا الأخير الطبيعة المركبة له وهو الشرط الذي اعتمده المشرع الفرنسي في الأمر رقم 17 لسنة 2004 المتعلق بعقود الشراكة فلا يمكن للشخص الخاضع للقانون العام إبرام عقود الشراكة إلا إذا أثبت الطبيعة المركبة والعاجلة لمحل العقد¹².

رابعا. تتميز عقود الشراكة بين القطاعية العام والخاص بطول مدتها حتى يكتمل المشروع الاستثماري بكل مراحلها من التصميم إلى التشييد والتشغيل.

المطلب الثاني: أنواع عقود الشراكة

تتنوع أشكال الشراكة بين القطاع العام والخاص، فتأخذ شكل عقود إدارة أو عقود الخدمات أو عقود الإيجار أو عقود الامتياز أو عقد البيوت، ويصنف الفقه هذه العقود التشاركية إلى شراكة تعاقدية وشراكة تعاونية.

الفرع الأول: الشراكة التعاونية

الشراكة التعاونية تقوم على تنظيم الأدوار بين القطاع العام والقطاع الخاص، وتتخذ فيها القرار وتنفذ المهام بشكل تعاوني بين الطرفين، حيث تتصف الشراكة بعلاقات أفقية بين القطاعين العام والخاص ويتم اتخاذ القرار بالإجماع: ويشترك جميع الشركاء بأداء المهام والواجبات فلا يوجد إشراف منفرد ولا يمكن لأي طرف إملاء القواعد التي يفرضها على الطرف الآخر.

وتصنف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضمن عقود الشراكة التعاونية، حيث يكون دور كل من القطاع العام والقطاع الخاص مُنظما، وتتخذ فيه القرارات بإجماع الطرفين ويشترك كلاهما في تنفيذ المهام، ومن الأمثلة التي يضرها المختصون كذلك في الشراكة التعاونية نذكر عقد التوريد، عقد إيجار الخدمات وعقد التضامن.

الفرع الثاني: الشراكة التعاقدية

الشراكة التعاقدية تُعني بترتيبات توصيل الخدمات العامة بموجب عقد بين طرفين، وتكون العلاقات بين أطراف الشراكة عمودية مع وجود جهة مرجعية واحدة تمارس الرقابة والسيطرة على الأطراف الأخرى المساهمة في الشراكة وهذه الجهة

11-أمل عبد الصمد الكوت، مرجع سابق نص 44.

12-أمل عبد الصمد الكوت مرجع سابق ص 162.

المرجعية لا تمارس أداء المهام بل تعتمد على الأطراف الأخرى المساهمة في الشراكة وتكون قادرة على إنهاء الشراكة أحاديا دون موافقة الأطراف الأخرى استناداً إلى معيار العقد الذي يحكم العلاقة بين القطاعين العام والخاص¹³.

تأخذ الشراكة التعاقدية بين القطاع العام والخاص، أشكالاً عديدة فتأخذ شكل عقود إدارة أو عقود الخدمات أو عقود الإيجار أو عقود الامتياز أو عقد البوت.

يمكن تعريف عقود الخدمة بأنها: «العقد الذي بمقتضاه تظل ملكية الموارد المعدنية والسيطرة عليها خاضعة كليهما لسيطرة الدولة، ويلتزم الطرف الأجنبي المتعاقد بتلبية الاحتياجات المتطلبة منه وفقاً لنصوص العقد لتقديم التكنولوجيا ورأس المال وإدارة المشروع، إدراج هذا العقد في إطار الاتفاق الكلي المبرم بين الحكومة والمشروع الأجنبي» يتضح من خلال هذا التعريف أن الدولة في هذا النوع من العقود التشاركية تحتفظ بملكية الرقبة للأصول، في مقابل ذلك يلتزم الطرف الآخر بأداء الخدمة أو الخدمات خلال المدة المحددة في العقد¹⁴.

كما تتحمل المسؤولية الكلية عن إدارة وتشغيل المرفق فكل المخاطر تقع عليها طوال مدة العقد التي تتراوح ما بين سنة وثلاث سنوات، ومثال ذلك قراءة العدادات وتحصيل الفواتير والصيانة¹⁵.

تتميز هذه العقود بانها تفتح باب التنافس مع أكثر من شرك للاستفادة من خبرته لكن كل المخاطر تقع على القطاع العام.

أما عقود الإرادة هي: «اتفاق تتعاقد من خلاله هيئة أو مؤسسة حكومية مع شركة خاصة لإدارة هذه المؤسسة، وفي هذه الحالة تتحول فقط حقوق التشغيل على الشركة الخاصة وليس حقوق الملكية، وتحصل الشركة الخاصة على رسوم مقابل خدماتها، وبالإمكان ربط هذه الرسوم بأرباح الشركة وأدائها، كما تبقى الجهة الإدارية مسؤولة عن نفقات التشغيل والاستثمار، وتتراوح مدة هذا النوع من العقود ما بين ثلاث إلى خمس سنوات»¹⁶.

يتضح أن هذا النوع من العقود يتولى الشريك الخاص عملية إدارة وتسيير الأنشطة المحددة، فتقوم الإدارة بتمويل {أس المال الاستثماري وتحدد كيفية رد التكاليف، وقد

13- مها ناصر السدره، نوره ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، العدد 05 المجلد 03، المجلة العربية لنشر العلوم والأبحاث، ماي 2019 (ص76-111_ص 86-87).

14 -حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص والأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008 ص 191.

15- أيمن محمد فريجات، معوقات تطبيق الشراكة بين القطاع العام والخاص من وجهة نظر أصحاب القطاع الخاص، مجلة الاقتصاد والتنمية، المجلد 01 العدد، 01 جامعة المدية مخبر التنمية المحلية المستدامة، 2013 (ص 28-42) ص 31.

16-الدليل الإرشادي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

نجحت دول عديدة في هذا النوع منها لبنان التي طبقتها في جمع النفايات وتشغيل وإدارة محرق النفايات ومصنع معالجة النفايات واستخدمت في غينيا بيساو في قطاع الكهرباء¹⁷، وعادة ما تلجأ إليه الدولة عند عجز المؤسسات أو في حالة افلاسها¹⁸. أما عقود الامتياز فهي عبارة عن عقود إدارية يعهد بموجبها شخص معنوي عام يسمى مانح الالتزام إلى شخص آخر خاص مهمة إدارة المرفق العام واستغلاله، فيتحمل القطاع الخاص مسؤولية التشغيل والإدارة والاستثمار، في حين تبقى الجهة العامة مالكة للأصول، تتراوح مدة الامتياز ما بين 25 إلى 30 سنة.

أما عقد البوت فهو العقد الذي يتضمن اتفاقا تعاقديا بموجبه يتولى المستثمر من القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك التصميم والتمويل والقيام بالتشغيل والصيانة للمرفق حيث يدير المستثمر المرفق ويستغله مدة معينة يفرض فيها رسوما على المنتفعين طبقا للاتفاق المبرم بينهما حتى يسترجع أمواله كما يمكن أن تكون الشراكة وطنية أو أجنبية، وفي الجزائر مثالها الشراكة الجزائرية ، تكون في شكل شراكة بين مؤسسة عمومية وشركة خاصة أو تأخذ شكل شراكة جزائرية أجنبية مثال الشراكة ما بين شركة سوناطراك والشركة الإسبانية¹⁹. ولم يرد في التشريع الجزائري عبارة عقود الشراكة في تشريعاتها المختلفة غير أنها لجأت إليها كنوع من الشركات بين القطاعين العام والخاص، ومثل ما جاء في القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بقانون المياه في المادة 17 منه، والمادة السابعة من القانون رقم 10/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 المتعلق بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات والمرسوم التنفيذي رقم 138/10 المؤرخ في 13 ماي 2010 المحدد للقواعد التقنية لتصميم واستغلال وصيانة شبكات توزيع الكهرباء والغاز²⁰.

أما في فرنسا عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص تأخذ شكل عقود تفويض المرفق العام، وعقود المشاركة بين ائ القطاعين الحكومي والخاص وعقود الأشغال العامة.

17- إيهاب الدسوقي، التخصصية والإصلاح الاقتصادي في الدول النامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 ص 150 وما يليها.

-بلجراف سامية، شرف الدين ورده عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ودورها في بناء وتشغيل البنية التحتية، ملتقى دولي الموسوم ب التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر المنظم من قبل جامعة المدية كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي 28-29 نوفمبر 2018، ص 5.

18- السعيد دراجي، مرجع سابق، ص 314.

19- جبار رقية، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ملتقى دولي الموسوم ب التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر المنظم من قبل جامعة المدية كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي 28-29 نوفمبر 2018، ص 6 وما يليها.

20- القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بقانون المياه ن الجريدة الرسمية العدد 60 الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005.

أما في مصر فقد نظمته القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ويشمل عدّة مجالات منها: التعليم والصحة النقل والكهرباء، آخرها كان معالجة مياه الصرف الصحي بالقاهرة²¹.
المبحث الثاني: القواعد الإجرائية لعقود الشراكة

تحكم عقد الشراكة مبادئ لم يترك التشريع تنظيمها للحرية التعاقدية بين الطرفين، فهي عقود كغيرها من العقود الإدارية تحكمها ذات المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية الكلاسيكية فهي تخضع لجملة من المبادئ التي تطبق على الصفقات العمومية كما أن الإدارة تمارس سلطاتها الاستثنائية وهو ما تناوله في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: المبادئ التي تحكم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص
تحكم عقد الشراكة مبادئ لم يترك التشريع تنظيمها للحرية التعاقدية بين الطرفين حيث يخضع العقد لمبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص والشفافية وللتقييم الأولي من قبل الجهة الإدارية في نوع معين من العقود التشاركية كعقد البوت.

الفرع الأول: اعتماد مبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص والشفافية

تشارك عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مع العقود الإدارية في خضوعهما لذات المبادئ، حيث يخضع اختيار المتعاقد في عقد الشراكة لمبادئ العلانية والشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص عن طريق فتح باب التنافس بين مختلف المترشحين من أجل اختيار أفضل المستثمرين.

وتعتبر المنافسة من المبادئ الأساسية التي تحكم المعاملات القانونية التجارية والصناعية حيث أقرّت مبدأ حرية المنافسة اتفاقيات الجات 1960 التي أصدرت قرار خاص يربط بين سياسات المنافسة والتجارة الدولية واعتبرت كل ما يعرقل المنافسة معرقلا للتجارة الدولية.

وتتحقق المنافسة في فرنسا حسب المادة الأولى من المرسوم رقم 15 لسنة 2004 المتضمن قانون العقود الإدارية الفرنسي، والمادة 12 من التوجيه الأوروبي لسنة 2004 الخاص بإجراء إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات حيث أكد على أن المنافسة تتحقق بالإعلان المزدوج في النشرة الرسمية للعقود الإدارية وفي الجريدة الرسمية للاتحاد

21- القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر الصادرة بتاريخ 18 ماي 2010.
. نمديلي رحيمة، عقود المشاركة بين القطاعين العام والقطاع الخاص دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد السادس، 248-263. ص 255-256.

الأوروبي وعلى شبكة الأنترنت عن طريق الويب والبريد الإلكتروني وغرف المحادثة وكذا على مواقع الهيئات الإدارية الراغبة في التعاقد.

أما في مصر فيتم اختيار الشريك حسب بالاعتماد على التنافس حسب المادة الثانية من القانون رقم 89 لسنة 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات المصري: «تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبدأ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة» فيتضح من خلال المادة التزام الإدارة باحترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين كل المترشحين.

ووفقا للقانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية فإنه إذا كان الإعلان عن مناقصة اختيار مستشاري الطرح أي الدعوة إلى التأهيل المسبق يجب على الإدارة أن تضع الإعلان في صحيفة يومية باللغتين العربية وبلغة أجنبية وعند الاقتضاء في صحيفة أجنبية خارج مصر وعلى مواقع الجهات الإدارية والوحدة والهيئة العامة للاستثمار²².

وفي الجزائر تُعد الصفقات العمومية ركن أساسي في تسيير المشاريع العمومية نظّمها المشرع في نصوص قانونية مختلفة آخرها النص الساري المفعول المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وقد سمح هذا النص بإشراك القطاع الخاص في تسيير وإدارة المرفق العام عن طريق تفويضه²³

والهدف من اعتماد مبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص والشفافية في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو ضمان فعالية أكبر للعقد التشاركي لأنه يبنّي على تحديد دقيق مسبق لاحتياجات المرفق، والإعلان عنه بالوسائل المختلفة من شأنه فتح المنافسة الواسعة بين مختلف الأشخاص الذين يهمهم الأمر، واختيار من بينهم أحسن المستثمرين لمشروعات البنى الأساسية.

الفرع الثاني: التقييم الأولي أو الدراسة المسبقة

يعد التقييم الأولي أو الدراسة المسبقة شرط مفترض لإبرام عقود الشراكة، وقد نص عليه قرار المجلس الدستوري رقم 473-2003 المؤرخ في 26 جوان 2003 الذي اعترف بدستورية نظام الشراكة متى تطلبت المصلحة العامة أو ضرورات تستند إلى معايير فنية أو اقتصادية إلى اللجوء إليه، وكذلك التوجيه الأوروبي رقم 18-2004 المؤرخ في 31 مارس 2004 المتعلق بإجراءات الأشغال العامة كالطبيعة المركبة للعقد فلا يُلجأ للشراكة في فرنسا إلا إذا كان المشروع مركبا أو توفرت دواعي الاستعجال.

22-أمل عبد الصمد الكوت، مرجع سابق ص 86.

23-المرسوم الرئاسي رقم 147/15 المؤرخ في 16-09-2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50 الصادرة بتاريخ 20-08-2015.

وطبقا لنص المادة الثانية من الأمر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004 المتعلق بعقود المشاركة المعدل والمتمم بالقانون 179-2009 المؤرخ في 17 فيفري 2009 الخاص بتسريع البرامج الانشائية والاستثمارات العامة والخاصة في فرنسا، لا يمكن للشخص المعنوي العام أن يبدأ إجراءات التوقيع على عقد الشراكة لإنشاء المشاريع إلا بعد اللجوء إلى إجراءات التقييم نظرا للطبيعة المركبة لهذا العقد²⁴.

حيث يجب إجراء تقييم دقيق للتكلفة الحقيقية للمشروع قبل القيام بإجراءات التعاقد، وأن يكون شاملا لكل الجوانب، والهدف من هذا التقييم الأولي تحديد جدوى المشروع بين تنفيذه من قبل الشخص المعنوي العام وبين تنفيذه عن طريق عقد الشراكة فإذا كان تنفيذه عن طريق عقد الأشغال العامة أو عقود البوت أجدى ماليا وفنيا عنه من اتباعها في شكل شراكة²⁵.

كما يجب الاتفاق بينهما على طريقة واحدة أو أكثر لتقييم أصول وموارد الشركات والمؤسسات التي ستحول من القطاع العام على القطاع الخاص ولا بد أن تتسم بالعدالة في تقييمها²⁶.

يتضمن التقييم تكلفة المشروع الإجمالية فتتقوم الإدارة بوضع التكلفة التقديرية للمشروع من خلال دراسة احتمالية للتكلفة بدء من مرحلة التصميم والانشاء والتشغيل، ودراسة المخاطر التي قد تطرأ خلال هذه المراحل ومن الناحية العملية يصعب وضع تصور فغلي للتكلفة الحقيقية للمشروع خلال كل مراحلها نظرا للطبيعة المركبة لهذه العقود، كما تحدد النتائج المتصلة بتطور عناصر المشروع المستقبلية: نظرا لطول مدة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص فهو أحد مشروعات التنمية المستدامة لاتصاله بالبنى التحتية الأساسية فيجب أن يشمل التقييم الهدف الذي تتوخاه الإدارة منه وتحديد مستوى التطور والربحية وتحقيق أعلى جودة لمنتجات المشروع.

كما يجب أن يشمل التقييم عنصر اقتسام المخاطر نظرا لطول مدة هذه العقود لا بد أن تشمل على المخاطر المتوقعة ونصيب كل طرف منها مع بيان وضع التعاقد وقدرته الفنية على أداء الخدمة والمخاطر المتعلقة عند خرقه لبنود العقد ومدى تأثير ذلك على الخدمة التي يقدمها المرفق.

والمسألة ذاتها نص عليها التشريع المصري حيث نصت اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 على تشكيل لجنة القيمة التقديرية وفي ذلك نصت المادة 51 من

24- الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 14 الصادرة بتاريخ 19 جوان 2004.

25- رجب محمود طاجين عقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية القاهرة 2010، ص 125.

26- أيمن محمد فريجات، مرجع سابق، ص 33- 34.

قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الأساسية والمرافق العامة على أن هذه اللجنة تضم عناصر فنية وإدارية تتولى وضع التكاليف الأساسية للمشروع ومن ثم تتولى الوحدة المركزية للمشاركة مراجعة التكاليف وتضيف إليها تكلفة التمويل وحساب المخاطر والأعباء التي يتحملها القطاع الخاص لتنفيذ المشروع²⁷.

المطلب الثاني: امتيازات الإدارة في عقود الشراكة

تعرف عقود الشراكة بأنها عقد إداري يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام والقطاع الخاص ووفقا للمعيار العضوي وبناء على النصوص القانونية المنظمة لعقود الشراكة بين القطاعين فإن الإدارة تمارس امتيازاتها في الرقابة على العقد وتعديله وهو ما نتناوله في فرعين على التوالي.

الفرع الأول: سلطة الرقابة في عقود الشراكة

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة من خلال التوجيه والإشراف التي تعد من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية بقوة القانون ولولم يتضمنها عقد الشراكة، لأن سلطتها في الرقابة على عقود الشراكة من قبيل السلطات اللائحية لا من قبيل الشروط التعاقدية، التي تبررها مقتضيات المصلحة العامة وقد تضمن هذا الشرط القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 في المادة 34 منه التي أكدت على ضرورة تضمين عقد المشاركة أدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية في كل مراحل المشروع من الانشاء إلى التنفيذ²⁸.

والرقابة التي تمارسها الإدارة تكون في شكل رقابة فنية ومالية وإدارية، فالرقابة الفنية تحرص فيها الإدارة للتأكد من أن الاستغلال يتم وفق الاشتراطات الفنية المتفق عليها أما الرقابة المالية فتتجسد في التفتيش على حسابات الشركة المشروع أو المتعاقد المتعلقة باستغلال المرفق العام موضوع الصفقة وتأخذ الرقابة المالية عدة أشكال من بينها إشراك ممثلها في مجلس إدارة المشروع أو انشاء وحدة حسابية لها وأخيرا الرقابة الإدارية من خلال اشراك الإدارة في إدارة المرفق العام²⁹.

27-أمل عبد الصمد الكوت، مرجع سابق، ص 104، راجع القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر الصادرة بتاريخ 18 ماي 2010.

- محمد صلاح، مرجع سابق، ص 52.

-السعيد دراجي، مرجع سابق ص 314.

28- القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر الصادرة بتاريخ 18 ماي 2010.

29-أمل عبد الصمد الكوت، مرجع سابق، ص 196-202.

وتعتبر الرقابة شرطا أساسيا لنجاح الشراكة بين القطاعين ولن تتحقق نتائجها إلا من خلال ضبط الإطار القانوني لحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة حتى لا تتعسف الإدارة في استعمال سلطة الرقابة، ولا تقع كل المخاطر على الشريك المتعاقد معها فيجب أن يكون التشريع معقول وواقعي³⁰.

الفرع الثاني: سلطة التعديل في عقود الشراكة

تتمتع الإدارة بسلطة تعديل العقد مستندة في ذلك للمصلحة العامة التي تتطلب تسيير الرفق العام باضطراد وانتظام لضمان أداء الخدمة العامة، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي والمصري هذه السلطة للإدارة ولو لم يتم النص عليها في العقد.

وقد جاء في نص المادة السابعة من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 على أن للإدارة حق تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما يمكن تعديله باتفاق الطرفين، فلما كان عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الإدارية يمكن للإدارة أن تعدّل في أحكامه، إذا كانت المصلحة العامة تستدعي هذا التعديل.

الخاتمة:

الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضرورة حتمية تطلّبها مواكبة التطورات الدولية للاقتصاد وحركية رؤوس الأموال، هذه الحركية التي تم تجسيدها من خلال عدّة عقود تشاركية بين القطاعين العام والخاص، وقد توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية أن تشريعات الدول عرفت هذا النوع من العقود وعزفته في النصوص القانونية المنظمة له، وقد تباينت التعريفات التشريعية والفقهية.

كما يتضح مما سبق أن عقود الشراكة هي أحد أليات تمويل المشاريع البنى التحتية الأساسية يتولى بموجبها الشريك الخاص تمويل الاستثمار وتصميم المشروع وإنشائه وتجهيزه، وهي عقود تتميز بطول مدتها في مقابل مالي يدفع على أجزاء من الإدارة.

كما أن طبيعة هذا النوع من العقود يكتنفها نوع من الغموض فإذا سلمنا بطبيعتها الإدارية تبعاً للمعيار العضوي كان ذلك موجبا لضبط هذا النوع من العقود، من حيث سلطة الإدارة في بسط امتيازاتها، ومن حيث ممارسة الرقابة وسلطة تعديل العقد وفسخه ومن ثم الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات وفي هذا الصدد نقترح: وضع إطار قانوني محدد لهذا العقد، يُوضح فيه حقوق والتزامات الطرفين ويضبط طبيعته القانونية.

30-أيمن محمد فريجات، مرجع سابق، ص33

المراجع:

- الكتب:

- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص والأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- إيهاب الدسوقي، التخصصية والإصلاح الاقتصادي في الدول النامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- رجب محمود طاجين عقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية القاهرة، 2010.
- أمل عبد الصمد الكوت عقود الشراكة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018.

- المقالات:

- السعيد دراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية فعالة لتمويل التنمية المحلية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة1، المجلد 25 العدد 02، 2014.
- أيمن محمد فريجات، معوقات تطبيق الشراكة بين القطاع العام والخاص من وجهة نظر أصحاب القطاع الخاص، مجلة الاقتصاد والتنمية، المجلد 01 العدد، 01 جامعة المدية مخبر التنمية المحلية المستدامة، 2013.
- عيسى لحاق، حدة طعابية، عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، مجلة المستقبل العربي للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أدرار، جوان 2019.
- مها ناصر السدره، نوره ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، العدد 05 المجلد 03، المجلة العربية لنشر العلوم والأبحاث، ماي 2019.
- . نمديلي رحيمة، عقود المشاركة بين القطاعين العام والقطاع الخاص دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البحوث السياسية والإدارية، العدد السادس.

- أشغال الملتقيات:

- بلجراف سامية، شرف الدين وردة عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ودورها في بناء وتشغيل البنية التحتية، ملتقى دولي الموسوم ب التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر المنظم من قبل جامعة المدية كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي 28-29 نوفمبر 2018.
- جبار رقية، النظام القانوني لعقود المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ملتقى دولي الموسوم ب التحولات الجديدة لإدارة المرفق العام في الجزائر المنظم من قبل جامعة المدية كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي 28-29 نوفمبر 2018.