

عقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص

الدكتور: عيسى لحاق - الأستاذة: حدة طعابة طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط.

تاريخ استلام المقال: 2019/05/14	تاريخ المراجعة: 2019/05/22	تاريخ القبول: 2019/06/02
---------------------------------	----------------------------	--------------------------

ملخص :

إنّ النظام القانوني لكل مجال في الدولة يعتبر مهم جدا في تطور الدولة سواء اجتماعيا أو ثقافيا وسياسيا أو اقتصاديا من اجل ذلك نجد كثيرا ما تعدل الدول وتلغي قوانينها وتبني أخرى أكثر مرونة وانفتاحا من اجل كسر الجمود القانوني وكثيرا ما نجد هذا يمس الجانب الاقتصادي المعروف بالتطور و التغيير السريع فكان لا زاما على الدول ان تنشأ قوانين أكثر مرونة و اقل مخاطر وأوفر تشجيع للاستثمار الذي أصبح ضرورة لا بد منها وخاصة بالنسبة للدول النامية التي كانت وإلى وقت ليس ببعيد الدولة المتحكم الوحيد بواسطة القطاع العام إلا أن هذا الأخير لم يعد قادرا على أن يلبي جميع متطلبات المواطنين حتى فيما يخص إنشاء البنية التحتية للدول من اجل ذلك لجأت للشركة مع القطاع الخاص سواء كان وطني أو أجنبي ولا تخلو هذه الشراكة من احتمال وجود المخاطر القانونية و العملية بينهما ولذلك وجب وجود حلول قانونية تجعل كلا الشريكين يعمل في أريحية مستندا في ذلك للحماية القانونية .

الكلمات المفتاحية : الشراكة – القطاع – العام – الخاص .

Résumé:

Le système juridique de chaque région de l'État étant très important dans le développement de l'État, que ce soit socialement, culturellement, politiquement ou économiquement, nous modifions souvent les pays, abrogeons leurs lois et en adoptions d'autres plus souples et plus ouvertes pour sortir de l'impasse juridique, ce qui affectait souvent l'aspect économique connu du développement. Le changement rapide n'était pas nécessaire pour permettre aux pays de créer des lois plus souples et moins risquées et d'encourager les investissements, ce qui était devenu une nécessité, en particulier pour les pays en développement, qui n'étaient pas jusqu'à récemment le seul État contrôlé par le secteur public, mais ce dernier n'est plus en mesure de satisfaire tous les besoins. M En outre, la société a sollicité auprès de la société du secteur privé, qu'il soit national ou étranger, un partenariat qui ne laisse pas de risques juridiques et pratiques entre eux, de sorte que des solutions juridiques obligent les deux partenaires à travailler à Jericho sur la base d'une protection juridique.

les mots clés: *privé –public -Secteur -Partenariat*

مقدمة:

لم تعد الدولة بمفردها قادرة على تلبية حاجات مواطنها المتزايدة والمتنوعة ولا يمكن ان توكل امر بناء بنيتها التحتية للقطاع الخاص حتى تغيب الدولة ويصبح المواطن تحت رحمة رجال المال والاعمال وتنهار مكانة الدولة و تفاديا لخصخصة القطاع العام أوجدت الدول والنامية منها خاصة مخرجا عمليا يستفيد منه الجميع وهو الشراكة بين القطاع العام والخاص حيث تستفيد الدولة من خبرات وإمكانات المستثمرين في بناءها لبنيتها التحتية وتقوي اقتصادها دون أن يمس وجودها و رقابتها وسلطانها وينتفع المستثمر بالأموال دون جور على المواطن ، بل يكون عقد الشراكة محدد لحقوق والتزامات كل طرف ويكون العمل بحماية النظام القانوني للدولة في جميع مراحل العمل وفي حالة حدوث نزاع يكون القضاء هو الفصل و هذا يبين لنا أن هذه الشراكة لا تخلو من الإشكالات القانونية او المخاطر.

- ففما تتمثل الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ومخاطرها؟

للإجابة على هذا الاشكال قسمت هذه الورقة البحثية إلى قسمين قسم نتعرف فيه على طبيعة هذه الشراكة وقسم آخر نعرف على فيه على مخاطر الشراكة وانهجنا في ذلك المنهج الوصفي التحليلي لمحاولة الإحاطة بجميع جوانب الموضوع و الذي هو ذو أهمية كبيرة حيث أن اقتصاديات الدول في الوقت الراهن أصبحت تعتمد على حجم الاستثمارات التي تجلبها ولعقود الشراكة أهمية كبيرة في تنمية الدول وهذا ما سنتعرف عليه فيما يلي.

المبحث الأول: ماهية الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص .

لا توجد تصرفات قانونية مبهمّة أو غير مقننة ولمعرفة محتوى الشراكة وجب علينا أولا تحديد معنى الشراكة وخصائصها من خلال تبيان العلاقة بين القطاع العام والقطاع الخاص وهذا ما سنوضحه أدناه .

المطلب الأول: مفهوم الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

يتزايد عدد البلدان التي اعتمدت مبدأ الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتشجيع القطاع الخاص على توفير أصول البنية التحتية والخدمات القائمة على أساسها وتشير تجارب البلدان المختلفة إلى أن مشاريع البنية التحتية الاقتصادية (كالنقل) هي المرشحة في العادة للشراكة بين القطاعين العام والخاص أكثر من مشاريع البنية التحتية الاجتماعية (كالرعاية الصحية والتعليم) ، وهي ما تعرف بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية. وذلك لثلاثة أسباب رئيسية .

أولاً: أن المشاريع التي تتمتع بالسلامة المالية وتعالج اختناقات واضحة في مسار البنية التحتية مثل مشاريع الطرق والسكك الحديدية والموانئ والطاقة هي على الأرجح المشاريع ذات معدلات العائد المرتفعة وبالتالي تتمتع بالجاذبية للقطاع الخاص .

ثانياً: أن رسوم الاستخدام غالبا ما تكون مجدية ومحبذة أكثر في مشاريع البنية التحتية الاقتصادية.

ثالثا: أن مشاريع البنية التحتية الاقتصادية عادة ما تحظى بأسواق أكثر تطورا تجمع بين التشييد وتوفير الخدمات ذات الصلة (مثل بناء وتشغيل و صيانة طريق برسوم مرور) مقارنة بمشاريع البنية التحتية الاجتماعية¹.

الفرع الأول: تعريف الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

الشراكة بين القطاعين هي عبارة عن (آلية عمل تستهدف حل المشاكل المعقدة التي تعترض الاقتصاد، وبالتحديد تلك التي تعترض تنفيذ مشاريع التنمية الضخمة بكفاءة وفاعلية، والتي لا يمكن تنفيذها من قبل طرف واحد، وإنما من خلال إدارة لا تمثل بشكل مطلق القطاع الخاص، أو بشكل مطلق القطاع العام، وإنما تتم الاستفادة القصوى من ميزات كل قطاع معاً، وفي آن واحد)².

الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص: هي عقود إدارية تتعهد بموجبها الدولة أو أحد هيئاتها إلى شخص خاص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المحتمل إنجازها، وعليه:

- من الناحية العضوية: عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص تجمع بين صنفين من المتعاقدين العموميين أو الخاص.

- من الناحية المادية: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتميز بشمولية المهام الملقاة على عاتق المتعاقد المتمثلة في التمويل والبناء والاستغلال إضافة إلى التصميم – التحضير

¹ بناردين أكيوتوبي، ريتشارد همينغ، وغرد شوارتز، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، قسم خدمات الوسائط المتعددة بصندوق النقد الدولي، صندوق النقد الدولي 2008، ص 8.
² حنان عبد الخضر هاشم، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الاقتصاد العراقي بين المتضمنات الأساسية والرؤية الاستراتيجية للتطبيق، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 13، العدد 36، 2015، ص 18.

الأولي للمشروع-والتمويل المسبق على عاتق المتعاقد الخاص مع الإشارة الى أنه يتم اقتسام المخاطر بين الطرفين (العام والخاص) المتمثلة في :الصعوبات لتقنية المتعلقة بالبناء، انعكاسات تعديل التشريع، الإضرابات، ارتفاع أسعار المواد الأولية، وعدم قدرة المقاوله على إنجاز المشروع... إلخ³.

- الفرع الثاني: خصائص التعاقد بين القطاع العام والقطاع الخاص
- أ-الجانب الاقتصادي والاجتماعي:
- على مستوى الاقتصاد الكلي، يمكن أن تكون الشراكات بين القطاعين العام والخاص وسيلة لإنشاء البنية التحتية اللازمة للنمو والتنمية الاقتصادية للبلاد بشكل مباشر، لأن تطوير مشروع البنية التحتية يستتبع نفقات الاستثمار، سواء أكانت عامة أو خاصة، وبالتالي المشاركة في النمو الاقتصادي للبلاد (النفقات الاستثمارية المسجلة، والعمالة في مراحل بناء المشروع وتشغيله).
- ب-الجانب التعاقدى
- تتمثل إحدى المزايا الرئيسية لاستخدام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في انخفاض عدد العقود المبرمة بين الطرفين .

³ محمد أشرف خليل حمدونة، العوامل المحددة للشراكة بين القطاعين العام والخاص ودورها في نمو الاقتصاد الفلسطيني(من وجهة نظر القطاع الخاص بقطاع غزة)،مذكرة ماجستير في اقتصاديات التنمية بكلية التجارة في الجامعة الإسلامية بغزة أغسطس 2007، ص 48.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

عقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص

الدكتور : عيسى لحاق – الأستاذة : حدة طعابة طالبة دكتوراه – جامعة الأغواط

- وفي الحقيقة، بالنسبة إلى الدولة والسلطات المحلية، يتم إبرام عقد واحد فقط (عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص) مع جهة تنسيق واحدة (شركة المشروع).
- وهناك أنواع عديدة من العقود الخاصة بمشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص .وتتعلق الاختلافات بصفة خاصة بمسؤولية الجهات الفاعلة، أي تقاسم المخاطر بين مختلف الأطراف .
- ج- تخصيص المخاطر:
- أي توزيع المخاطر المختلفة (الإنشاءات والتمويل، إلخ) بين الجهات الفاعلة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص⁴.
- **المطلب الثاني: العلاقة بين القطاع العام والقطاع الخاص .**
- ونتطرق هنا إلى طبيعة العلاقة بين القطاع العام والخاص ومبرراتها
- **الفرع الأول: طبيعة العلاقة بين القطاع العام والخاص.**
- لقد توصل بعض الاقتصاديين إلى تحديد طبيعة العلاقة بين القطاع العام والخاص ونتعرض لها في اتجاهين:
- الاتجاه الأول: ذهب إليه بعض الاقتصاديين إلى أن الشراكة هي عبارة عن مجرد كلمة منمقة للتعبير غير الصريح عن الخصخصة ويدل على ذلك أن الشراكة في بعض عقودها المنتهية

⁴ الدليل التشغيلي للشراكات بين القطاعين العام والخاص في موريتانيا، وحدة دعم الشراكات بين القطاعين العام والخاص، وزارة الاقتصاد والمالية، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، ص 27.

بالتملك كعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية هي أسلوب من أساليب الخصخصة، التي يتم فيها إعطاء القطاع الخاص مسؤوليات البناء والتشغيل والإدارة بكاملها، بالإضافة إلى الملكية المطلقة لأصول المشروع، ولا يكون التشغيل أو الإدارة بهذا الأسلوب مرتبطا بمدة زمنية محددة، كما لا يكون هناك التزاما على القطاع الخاص بنقل الأصول إلى الدولة، إضافة إلى البيع ، من خلال عدة صور هي: البيع المباشر أو من خلال بيع الأسهم في الأسواق المالية أو البيع للعاملين والإدارة .

الاتجاه الثاني : وقد ذهب فيه أغلب الاقتصاديين إلى أن الشراكة منهج ووسيلة فعالة يستطيع المجتمع من خلالها إدارة موارده، بهدف تحقيق أهدافه التنموية، وأن الشراكة تختلف عن الخصخصة لأن الخصخصة هي عملية تحويل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، أما الشراكة فهي ترتيبات تشاركية يحتفظ بها كلا القطاعين بملكيته وبقيمه.⁵

الفرع الثاني: مبررات العلاقة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

توجد مجموعة من الأسباب والمبررات التي تدفع بالدولة لإبرام هكذا نوع من العقود وهي:

1. هي وسيلة لتخفيف الدين العمومي وتجنب اللجوء إلى أموال الخزينة العمومية وزيادة ثقل عجز الميزانية العامة، إذ تسمح بإنجاز هياكل تحتية وتقديم خدمة عمومية دون اللجوء إلى سوق الصفقات العمومية وإلى مالية الدولة.

⁵ هشام مصطفى محمد سالم الجمل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، مجلة جامعة الأزهر العدد الحادي والثلاثون – الجزء الرابع، 2016، ص 1723.

2. يمكن إن تحقق نتائج إيجابية من ناحية الفعالية والإنتاجية وتقديم خدمة عمومية بتكلفة أقل، إذ أن تقاسم المهام والمسؤوليات (المخاطر)، وتضافر الكفاءات الماكرو والميكرو اقتصادية – كلها مبررات لهذا النوع من الشراكة.
3. كفاءة القطاع الخاص واقتصادات وفورات الحجم تبرر كذلك هذه العقود، فالكفاءة الميكرو اقتصادية للقطاع الخاص معترف بها وتعد نقطة إيجابية يمكن أن تعتمد عليها السلطات العمومية في هذا النوع من عقود المشاركة من جهة أخرى، فإن طبيعة العقد الشاملة تمنح للقطاع الخاص ميزة تحقيق اقتصادات وفورات الحجم التي تؤدي بدورها لانخفاض التكاليف الكلية للمشروع.
4. تحفيزات وعقوبات السوق هي حافز قوي لنجاح هذه المشاركة، إذ إن حجم الأرباح التي يمكن أن يتحصل عليها القطاع الخاص معتبر، فمثلا إذا نظرنا لأجل الإنجاز فكلما كانت فترة الإنجاز قصيرة كانت فترة الاستغلال أطول، بينما فوائد السلطة العمومية هي أن تقدم الخدمة في أسرع وقت وبنوعية جيدة وفي نهاية العقد تتسلم الهيكل التحتي في وضع جيد (لان القطاع الخاص يتكفل بالصيانة). إذن فالكل مستفيد وربح، من جانب آخر فإن العقوبات التي تترتب عن تأخر أجال الإنجاز أو الإخلال بأحد أو بعدة بنود العقد هي أكثر صرامة في السوق.
5. هي عقود تضم مهمة الصيانة والتجديد والترميم التي قللت العقود التقليدية من أهميتها ولم تدرجها بصفة وافية في حساب التكاليف، وهذا من شأنه تحقيق عدة مزايا من بين أهمها الحفاظ على نوعية المشروع وبالتالي إطالة فترة حياته وتبعا الخدمة العمومية.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص

الدكتور : عيسى لحاق – الأستاذة : حدة طعابة طالبة دكتوراه –جامعة الأغواط

وهي عقود جد معقدة ودقيقة في تفاصيلها، وبالتالي فهي تحت القطاع العمومي على تطوير كفاءاته البشرية والتقنية (خاصة الدراسات والجانب المالي بتعقيدهاته)، كما تدفع هذا القطاع الاعتماد طرق عمل وسلوكيات جديدة تتماشى وطبيعة هذه العقود.⁶

إيجابيات الشراكة بين القطاعين العام والخاص المتوخاة في أي اقتصاد والقائمة على مميزات كل منها⁷



ما يمكن لنا ان نستشفه مما سبقا بيانه هو أن الشراكة بين القطاع العام والخاص أصبحت ضرورة لا لبد منها حتى تستطيع الدولة ان تنهض باقتصادها وخاصة في الفترة الحالية والازمة المالية التي يعرفها العام فلم تعد الموارد المالية كافية من اجل قيام الدولة بكل مشاريعها وبنيتها التحتية.

⁶ تكامل دور القطاعين العام والخاص في التنمية، مؤتمر العمل العربي الدورة التاسعة والثلاثون، منظمة العمل العربي، 1-8 أبريل 2012 القاهرة مصر.
⁷ حنان عبد الخضر هاشم، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الاقتصاد العراقي بين المتضمنات الأساسية والرؤية الاستراتيجية للتطبيق، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية، السنة الحادية عشر المجلد الثالث عشر العدد السادس والثلاثون 2015، ص 20.

كما تعتبر عامل جذب للمستثمر لما فيها من مزايا، وفي المقابل نجدها معرضة لبعض المخاطر ولحل المخاطر القانونية والمنازعات القانونية وجب قبل معرفة المخاطر معرفة او تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وهذا ما سنحاول التعرف عليه ادناه.

المبحث الثاني: طبيعة عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ومخاطرها.

عرف الفقه انقسامًا بصدد تحديد التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فتعددت الآراء الفقهية في هذا الصدد؛ فاتجه جانب من الفقه إلى تكييف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها عقود إدارية، بينما اتجه جانب ثانٍ من الفقه إلى اعتبارها من عقود القانون الخاص، وجانب ثالث من الفقه اخذا موقفًا وسطًا بين الاتجاهين؛ حيث اعتبر هذه العقود ذات طبيعة خاصة بين الإدارية والتجارية وتكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية للعقد في تحديد الجهة القضائية المختصة والقانون الواجب التطبيق في حالة النزاع.

المطلب الأول: التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعرض في هذا الصدد إلى ثلاث مواقف وهي:

الفرع الأول: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دول القضاء الموحد والقضاء المزدوج .

أمام جمود النظرية العامة للعقود الإدارية، وعجزها عن مواكبة التطورات الحاصلة على الصعيد الخدمي (المرافق العامة، والبنى الأساسية)، ظهرت الحاجة إلى نظام تعاقدى جديد يقهر هذا الجمود، ويمنح الإدارة صلاحيات أوسع في تمويل وتنفيذ وإدارة المرافق العامة، الأمر الذي دفع بريطانيا إلى تبني المبادرة المالية الخاصة «PFI» التي تكمن في تبني نظام تمويل خاص لإنشاء مشاريع البنى التحتية من

خلال تفويض الخدمات العمومية للقطاع الخاص، مقابل بدل معين يُقدّمه المنتفعون أو الحكومة، وتقوم هذه المبادرة على مجموعة من المبادئ، وهي: الإنصاف، وتسريع عملية التسليم، وتوفير خدمة أكثر مرونة، وتحقيق الشفافية، وتوزيع المخاطر بشكل أفضل، وتمويل الديون طويلة الأجل. وعلى غرار التجربة البريطانية، وأمام الأسباب ذاتها التي دفعت بريطانيا إلى اعتناق المبادرة المالية الخاصة، توجهت فرنسا نحو تطوير أسس المبادرة البريطانية بما يتوافق ونظام القضاء المزدوج، مبرزة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وعلى الرغم من كون عقود الشراكة الفرنسية مستوحاة من المبادرة المالية الخاصة الـ «PFI»، فإنها تختلف عنها في نطاق التطبيق؛ حيث إن عقود مبادرة الـ «PFI» تُكيّف على أنها سياسة عامة تُطبّق على مجموعة متنوعة من العقود، خلافاً لعقود الشراكة الفرنسية التي لا يمكننا تكييفها على هذا النحو.⁸

الفرع الثاني: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل العقود الإدارية .

يُعرّف العقد الإداري بأنه: العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية باعتبارها سلطة رسمية عامة، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام واطراد لتحقيق مصلحة عامة، ويرتكز على أساليب ووسائل القانون العام وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص وعليه، وبناءً على التعريف السابق، فإن العقد لكي يكون إدارياً لا بد أن تتوفر فيه ثلاثة أركان أساسية.

⁸ سيف باجس الفواخير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص - مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة، المجلة الدولية القانونية، 2016-08-28، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، ص8-9.

أولاً : أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد .فكي نتحدث عن وجود عقد إداري لا بد أن تكون الإدارة، ممثلة بأحد أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية باعتبارها سلطة عامة، أحد أطراف العقد.

ثانياً : أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام .فكي نكون أمام عقد إداري يجب أن يتعلق محل هذا العقد أو موضوعه بمرفق عام، بحيث يهدف هذا العقد إلى تسيير هذا المرفق بانتظام واطراد تحقيقاً للصالح العام .

ثالثاً : أن يركز العقد على أساليب القانون العام .فلا يكفي لكي يكون العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه جهة إدارية، كما لا يكفي اتصال هذا العقد بمرفق عام، وإنما يجب أن تستعمل الإدارة أساليب ووسائل القانون العام، ومن ضمن هذه الوسائل تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن جميع أركان العقد الإداري متوفرة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فالطرف الأول في هذه العقود هو الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كما أن الهدف من إبرام هذه العقود هو استخدامها كطريق لإنشاء وتطوير وإدارة وتشغيل مرفق عام.

الفرع الثالث: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من قبيل عقود القانون الخاص.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تُعد من عقود القانون الخاص التي تخضع لسلطان الإرادة، ولبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي تطبق عليها أحكام وقواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي لا القضاء الإداري .وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج والأسانيد التالية:

1- من المقرر، فقهاً وقضائياً، أنه لكي يكتسب العقد الإداري هذه الصفة يجب أن تتوفر في شأنه ثلاثة أركان أساسية، وهي: أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الركن الثالث من أركان تمييز العقود الإدارية ينحصر في عقود الشراكة التي تُبرمها الجهة الحكومية مع القطاع الخاص.

2- إن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو أمر يتعارض وسياسة تشجيع الاستثمار حيث يؤدي اعتناق الدول لهذا التكييف إلى تخويف المستثمرين وإعراضهم عن استثمار أموالهم في تلك الدول.

3- إن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتعارض وملكية الشريك الخاص للمشروع، ففي حين تُعد ملكية الشريك الخاص للمشروع في بعض صور عقود الشراكة ملكية تامة، فإنها لا تُعد كذلك في العقود التي تخضع لقواعد القانون العام والتي تكون فيها الجهة الحكومية هي من يملك المشروع.

4- عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام، باستثناء وجود بعض القوانين التي تعالج جزئيات صغيرة متعلقة بنوعية مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها⁹.

المطلب الثاني: الالتزامات التعاقدية والمخاطر على المالية العامة .

المفهوم أن المبدأ الأساسي لاقتسام المخاطر ينطوي على تحمل كل طرف المخاطرة التي يكون أكثر قدرة على إدارتها. وبالتالي يتعين على القطاع الخاص حسب المعتاد تحمل مخاطر البناء والتشغيل،

⁹ سيف باجس الفواعير ، مرجع سبق ذكره ، ص 09- 11

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

عقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص

الدكتور : عيسى لحاق – الأستاذة : حدة طعابة طالبة دكتوراه –جامعة الأغواط

وتتحمل الحكومة المخاطر التي تخضع لسيطرتها -وأوضحها المخاطر السياسية والتنظيمية. وهناك مخاطر أخرى تستطيع الحكومة التأثير فيها ولكنها قد تتحملها أو لا تتحملها -مثل مخاطر الطلب وسعر الصرف والقيمة المتبقية. وقد اختلفت البلدان المشاركة في الدراسات الرائدة إلى حد بعيد في كيفية تعاملها مع شروط اقتسام المخاطر، مع توخي الوضوح التام في تحديد نوع المخاطر التي يتحملها كل طرف.

ويجب أن تكون الضمانات جيدة التصميم ومحددة النطاق والمدة الزمنية. وينبغي للحكومات بصفة خاصة تجنب تقديم ضمانات أوسع نطاقا مما ينبغي لتحقيق أهدافها . فالضمانات الجزئية يمكن أن تسهم في تقليل الخطر المعنوي وتحد من سوء الاختيار. وتعتبر المبالغ الخاضعة للخصم، والحدود القصوى للقروض الحكومية، وشروط تقديم الضمانات الإضافية، وفترات التأخير قبل دفع التعويضات، وأسبقية الحكومة في تحصيل استحقاقاتها من الأصول عند العجز عن السداد من الآليات التي توفر الحافز للقطاع الخاص على إدارة المخاطر بكفاءة وتقلل من احتمالات انكشاف الحكومة الكلي للمخاطر، وفي النهاية تحد من آثار الضمانات واجبة السداد على المالية العامة. ومع اقتران الضمانات بتكاليف على المالية العامة تتأكد أهمية الحرص في السيطرة عليها بهدف إدارة مخاطر المالية العامة. وغالبا ما يكون الملائم الاستعانة بالضوابط المركزية لمنح الضمانات، فيتعين على الحكومات الساعية إلى فرض انضباط صارم في هذا الشأن مراعاة وضع حدود قصوى كمية على منح الضمانات. وينبغي للحكومات كذلك تخصيص اعتمادات في موازنتها السنوية لتغطية تكلفة المدفوعات المتوقعة للوفاء بالضمانات واجبة السداد في العام التالي.¹⁰

¹⁰ برناردين أكيوتوبي، رينشارد همينغ، وغيرد شوارتز، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرجع سبق ذكره، ص 11-13.

كل الدراسات والتقارير تعترف بأن هذه العقود تعترضها صعوبات ومخاطر كثيرة قد تؤدي في كثير من الأحيان الى تعقيدات ومشاكل تؤدي في غالبيتها إلى إعادة التفاوض لأكثر من مرة. ومن ضمنها: الصعوبة الأولى التي تعترض هذه العقود هي اللجوء المتكرر لإعادة التفاوض على العقود، وفي بعض الأحيان فسخها، وهذا يعود لطول مدة العقد التي يمكن أن تتخللها أوضاع طبيعية (كوارث مثلا) أو أزمات اقتصادية (الأزمة الآسيوية والأرجنتينية مثلا) أو أزمات سياسية واضطرابات قد تؤدي لعدم الاستقرار واكتمال الإصلاحات التي شرع إعادة التفاوض هذه ، التي تمس في كثير من الحالات إعادة النظر في بند أو عدة بنود من العقد، تكون في الغالب في السنوات الأولى من المشروع بين السنة الأولى والثالثة مرحلة الإنجاز عموما، وقد مست في أمريكا اللاتينية سنة 2001 / 1999 (الأزمة الأرجنتينية أساسا) حوالي 53% من عقود الامتياز في النقل و76% في قطاع المياه. وفي البلدان النامية عموما 5.8 % من العقود ألغيت في قطاع النقل (الطرق السيارة) و 3.5 % في قطاع المياه. الأسباب المقدمة في الغالب لتفسير هذا اللجوء إلى إعادة التفاوض هي: الأسباب الاقتصادية والمالية الناتجة عموما عن الأزمات الاقتصادية والتي تؤدي إلى شح في الموارد المالية .

ب - أسباب سياسية تتمثل في عدم استكمال الإصلاحات أو كذلك غياب الحاكمية بما تتضمن من مبادئ الشفافية والمساورة والمساءلة، والتي تؤدي في غالب الأحيان إلى احتجاجات من السكان وضغط من المجتمع المدني تدفع السلطات لإعادة التفاوض أو الإلغاء.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

عقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص

الدكتور : عيسى لحاق – الأستاذة : حدة طعابة طالبة دكتوراه – جامعة الأغواط

- ج - الأسباب المؤسساتية والتشريعية المتمثلة في نقص التأطير القانوني للمشاريع والمتمثلة في غياب ونقص النصوص الخاصة بهذه العقود، وغياب أو ضعف الهيئات المؤطرة لها.¹¹
- بعض المخاطر التي يمكن تفاديها عند الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص
- التدخلات السياسية واستغلال موارد الدولة من قبل مجموعات مؤثرة في السلطة بشكل عام
 - غياب الشفافية والتنافسية على مستوى المناقصات والالتزامات بشكل عام
 - المحسوبية في تلزيم المناقصات بشكل عام
 - التناقض في معايير منح عقود الشراكة بشكل خاص
 - الرشوة من قبل الشركات للفوز في عقود الشراكة بشكل خاص
 - احتكار عدد قليل من الشركات لعقود الشراكة بشكل خاص.¹²
- الخلاصة:

الشراكة ما بين القطاع العام والقطاع الخاص ذات أبعاد اقتصادية واجتماعية وسياسية كثيرة لكن البعد القانوني لها هو ما يمثل اللبنة الأساسية في هذه العقود فهو قبل التعاقد يعتر محفزا وبعد التعاقد يعد حاميا لمصالح الأطراف ويلجأ إليه في حالة وجود أي مخاطر ولكي يكون البعد القانوني ذا فعالية وجب ان يتعرض القانون لعقود الشراكة تفصيلا وتبيينا لكل ما فيها من ناحية طبيعية العقد والقضاء المختص وكيفية حل المشاكل القانونية تأطيرا قانونيا لا يدع للخلاف طريق وهذا لكون هذه العقود ذات أهمية كبيرة فليس من المعقول جعل القانون أول المخاطر التي تواجه الشراكة .

ومما سبق يمكن القول أنه:

¹¹ تكامل دور القطاعين العام والخاص في التنمية، مؤتمر العمل العربي الدورة التاسعة والثلاثون، مرجع سبق ذكره، ص 20-21.

¹² خليل داوود، الشراكة بين القطاعين العام والخاص حان وقت التنفيذ، مجلس إدارة لبنان بوست، لبنان، ص 23.

مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

عقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص

الدكتور : عيسى لحاق – الأستاذة : حدة طعابة طالبة دكتوراه – جامعة الأغواط

- تشجيع الاستثمار بوجه عام والشراكة على وجه الخصوص وتحميد الإرادة السياسية الحقيقية في حماية ومرافقة المستثمرين لبعث الطمأنينة في نفس المستثمر وخاصة الأجنبي.
- تحديد وتوضيح طبيعة هاته العقود بوجه لا يدع للشك مكان.
- الحماية القانونية والقضائية وضمان استقلالية القضاء فلا يعقل أن يكون الخصم والحكم واحد.
- تذليل المعوقات الادارية.
- ضمان المساواة وعقد الشراكة مع الاكثر خبرة وتطور ولأكفى .

قائمة المراجع:

1. هشام مصطفى محمد سالم الجمل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، مجلة جامعة الأزهر العدد الحادي والثلاثون – الجزء الرابع، 2016،
2. تكامل دور القطاعين العام والخاص في التنمية، مؤتمر العمل العربي الدورة التاسعة والثلاثون، منظمة العمل العربي، 1-8 أبريل 2012 القاهرة مصر.
3. حنان عبد الخضر هاشم، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الاقتصاد العراقي بين المتضمنات الأساسية والرؤية الاستراتيجية للتطبيق، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية، السنة الحادية عشر المجلد الثالث عشر العدد السادس والثلاثون 2015.

4. برناردين أكتوبي،ريتشارد همينغ، وغيرد شوارتز، الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص، قسم خدمات الوسائط المتعددة بصندوق النقد الدولي، صندوق النقد الدولي 2008.
5. محمد أشرف خليل حمدونة، العوامل المحددة للشراكة بين القطاعين العام والخاص ودورها في نمو الاقتصاد الفلسطيني(من وجهة نظر القطاع الخاص بقطاع غزة)،مذكرة ماجستير في اقتصاديات التنمية بكلية التجارة في الجامعة الإسلامية بغزة أغسطس 2007.
6. الدليل التشغيلي للشركات بين القطاعين العام والخاص في موريتانيا، وحدة دعم الشركات بين القطاعين العام والخاص، وزارة الاقتصاد والمالية، الجمهورية الإسلامية الموريتانية.
7. سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص - مفهومها وطبيعتها القانونية :دراسة مقارنة، المجلة الدولية القانونية، 28-08-2016، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر.
8. خليل داوود، الشراكة بين القطاعين العام والخاص حان وقت التنفيذ، مجلس إدارة لبنان بوست، لبنان.