القانون
مجلة علمية نصف سنوية محكّمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية
تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان
EISSN : 2602-5159 ISSN : 2170 -0036
المجلد 07 / العدد 01- 2018

النظام القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ودوره في تمويل الاستثمار في مجال البنى التحتية

The legal system for the partnership between the public and private sectors and its role in financing investment in infrastructure

حرير أحمد
طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم
Email: ahmedharir@hotmail.com

تاريخ الإرسال:2017/09/13 تاريخ القبول: 2018/11/13 تاريخ النشر: 2018/12/30

ملخص:

تعتبر عقود الشراكة، عقود تعهد من خلالها الدولة أو أحد مؤسساتها العامة، إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بهدف انجاز أحد المشاريع المرتبطة بالبنى التحتية، يتولى من خلالها الشخص الخاص بمهمة شاملة تتضمن العديد من العمليات، تتمثل بداية في القيام بانجاز المشروع موضوع العقد وتمويله تمويلا كليا من ذمته المالية، ثم بعد الانتهاء من الانجاز يتكلف هذا الشريك بعملية ادارة وتشغيل المرفق العام المنجز موضوع مشروع عقد الشراكة، فضلا عن الصيانة الدورية لهذا المرفق وتحديثه وتطويره وصولا إلى نقل ملكية هذا المرفق العام إلى الشريك العام الذي يعتبر المالك الأصلي له.

الكلمات المفتاحية: عقد الشراكة- الشراكة بين القطاعين العام والخاص- التمويل

Résumé :

Les contrats de partenariat sont considérés comme étant des contrats par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à une personne de droit privé, en vue d'achever un des projets d'infrastructure. le partenaire privé s'occupe une mission globale, consistant en divers opérations ,de la conception du projet, de son financement et de sa réalisation. De même qu'il prenne en charge, par la suite, l'entretien, la maintenance et la gestion de ce service public ainsi

que sa modernisation, le cas échéant ; avec la perspective de le céder, à l'issu du contrat, au partenaire public.

Mots-clés : *Contrat de partenariat - Partenariat Public Privé (PPP) – le financement*

مقدمة:

تعتبر المشاريع التي ترتبط بمجال البنية التحتية من أهم المتطلبات التي تسعى الدول في الوقت الراهن إلى إقامتها، بغية وضع الأرضية التي تسمح بتحقيق التنمية. والدول في السابق كانت هي التي تتكلف بانجازها، ولكن مع تعقد انشاء مشاريع من هذا النوع في الوقت الراهن الذي صاحبه ثورة في التطور تكنولوجي، أصبحت الدولة في بعض الأحيان عاجزة عن انشائها وذلك لأنها أصبحت تتطلب استعمال وسائل وإمكانيات حديثة ومتطورة تكنولوجيا وكذا موارد مالية ضخمة، مما ألزم الدولة إلى البحث عن آليات جديدة تمكنها من ذلك، ومن بين هذه الآليات الحديثة إقامة شراكات مع القطاع الخاص بغية انجاز هذه المشاريع، وذلك راجع إلى الامكانيات المادية والمالية الضخمة التي يمتلكها القطاع الخاص اضافة إلى التكنولوجيا الحديثة التي يمتلكها ويستعملها في عملية الإنجاز ومن بين هذه الشراكات التي تقيمها الدولة مع القطاع الخاص نذكر مثلا عقد الشراكة، فمن خلال هذا النمط من العقود يتشارك القطاع العام مع القطاع الخاص بانجاز هذا المشاريع بتمويل كلي من القطاع الخاص مما يساعد على تخفيف الانفاق الحكومي في انجاز هذه المشاريع.

فالإشكالية المتوصل إليها في هذا الصدد هي كالآتي: **ما مدى اعتبار عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص كآلية ناجحة وفعالة في إقامة مشاريع البنى التحتية الحديثة والمتطورة؟**

أهمية الدراسة: تكمن في دراسة النظام القانوني لهذا النوع من العقود ومراعاة مدى نجاعته في التحقيق الهدف الذي تسعى إليه الدولة والمتمثل في انجاز مشاريع بنى تحتية حديثة ومتطورة بعيدا عن الانفاق العمومي.

أهداف الدراسة: توضيح كيفية العمل بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باعتبارها عقود حديثة، من خلال تبيين كيفية ابرامها والإجراءات المتبعة في ذلك وصولا إلى تبيين أهم اللآثار القانونية التي يرتبها هذا النوع من العقود خاصة من منظور التشريع الجزائري، باعتبار أن عقود الشراكة لا يوجد إطار قانوني خاص ينظمها في الجزائر.

الدراسات السابقة: من حيث المقالات العلمية لا توجد دراسة سابقة لموضوع هذا البحث في الجزائر، لكن في إطار المذكرات او الأطروحات الجامعية فنذكر على سبيل المثال مذكرة ماجستير تحت عنوان عقد الشراكة الدولي للطالبة ادينارين سميرة الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الجزائر في سنة 2001، مذكرة ماجستير تحت عنوان الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر للطالب لكحل أمين الصادرة عن كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير لجامعة تلمسان سنة 2014.

المحور الأول: ماهية عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص مأخوذ من المصطلح الإنجليزي (Public Private Partnership) وكذا المصطلح الفرنسي (Partenariat Public-Privé) أو PPP، بحيث يرى الفقه الفرنسي على أن مصطلح (Partenariat Public-Privé) يضم العديد من الصيغ العقدية التي يتشارك فيها القطاع العام مع القطاع الخاص، لكن بالرغم من الاختلاف في التسمية إلا أنها تصب كلها في معنى واحد. و سنقوم من خلال هذا المحور بدراسة مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وكذا طبيعته القانونية.

أولا: مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن مفهوم عقد الشراكة يتطلب منا إبراز أهم المفاهيم التشريعية والفقهية التي قدمت في هذا الصدد.

1. المفاهيم التشريعية:

تطرقت معظم تشريعات دول العالم إلى عقود الشراكة، فمنها من قامت بإصدار قانون خاص ينظم عقد الشراكة، و مثالها فرنسا ومصر، و منها من لم تقم بعد بإصداره مثل الجزائر التي تشهد تأخرا في هذا المجال، وسوف نعطي مثالا واحدا عن الدول الأوربية و المتمثلة في فرنسا و مثالا آخر عن الدول العربية و المتمثل في مصر.

1.1. تعريف عقد الشراكة في إطار التشريع الفرنسي:

نظم المشرع الفرنسي عقد الشراكة في قانون مستقل، الذي أصدره في إطار الأمر رقم 2004-559 المؤرخ في 17 جوان 2004 المتعلق بعقود الشراكة[1]، وعرفه بموجب المادة

[1] Ordonnance N°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats. Jorf N°141 du 19 juin 2004.

الأولى منه التي جاءت كما يلي:

« les contrats de partenariat sont des contras administratifs par lesquels l'état ou un établissement public de l'état confie a un tiers pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission global relative au financement d'investissements immatériels d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, a la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'a leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et le cas échéant d'autres prestations de service concourant a l'exercice par la personne public de la mission de service public dont elle est chargé ».[1]

أي أن عقود الشراكة هي عقود إدارية تعهد بموجبها الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية إلى طرف آخر لفترة محددة تكون على أساس مدى انجاز الاستثمارات أو ترتيبات التمويل، مهمة شاملة ترتبط بتمويل الاستثمارات و الأشغال و التجهيزات اللازمة للخدمة العمومية عن طريق بناء و تحويل الأشغال و التجهيزات، فضلا عن صيانتها و تشغيلها و تسييرها، وعند الاقتضاء توفير خدمات أخرى التي تساهم في انجاز المهام الموكلة اليها من قبل الهيئة العامة.

2.1. تعريف عقد الشراكة في إطار التشريع المصري:

عرف المشرع المصري عقد الشراكة في إطار المادة 01 في فقرتها السادسة من القانون رقم 67 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العام الصادر سنة 2010[2]، والتي جاءت كما يلي: " عقد المشاركة هو عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه القيام بكل أو ببعض الأعمال المنصوص عليها في المادة 02 من هذا القانون"، و نصت المادة 02 من نفس القانون على مايلي: " للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل و إنشاء و تجهيز البنية الأساسية و المرافق العامة و إتاحة خدماتها أو تمويل و تطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره

[1] Article N°1de l'ordonance N°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats , JORF N°141, p 10994, texte N°2.

[2] القانون رقم 67 لسنة 2010 باصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة، ج ر لجمهورية مصر عدد19 مكرر(أ) الصادرة في 18 ماي 2010، ص06.

و تقديم الخدمات و التسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام طول فترة التعاقد".

2. التعاريف الفقهية:

توجد بعض الإجتهادات لبعض الفقهاء خاصة الفرنسيين والمصريين في خصوص تعريف عقد الشراكة، و سنقوم بعرض التعريف الذي قدمه فقهاء القانون الفرنسي أولا وبعدها فقهاء القانون المصري.

1.2. تعريف فقهاء القانون الفرنسي:

يرى كل من الأستاذ بيزينسون كسافييه (Xavier Bezançon) ولوران دوراي (Laurent Deruy) وروجير فيزلسون (Roger Fiszelson) ومارك فورناسياري (Marc Fornacciari)، أن كلمة الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص (ppp)، لا تبدو و لا تدخل في معاني و مصطلحات اللغة القانونية، وهي لا تعتبر إلا عبارة مناسبة لبعض الأشكال سواء في فرنسا أو في بعض البلدان الأخرى، وقد عرفوا عقد الشراكة بناءا على ميزتين أساسيتين أولهما تتعلق بالدعم والرعاية الشاملة من طرف القطاع الخاص في مختلف المراحل لمشروع يتعلق بالبنى التحتية أو خدمات التي تشتمل عموما على التصميم و التمويل والصيانة وكذا الاستغلال، أما الميزة الثانية هو أن القطاع الخاص يتلقى أمواله و أرباحه ليس من طرف المستخدم النهائي للمرفق ولكن من الإدارة صاحبة المشروع أو صاحبة المرفق، وفي نظر هؤلاء الفقهاء أن كل مشروع مشترك بين القطاع العام و القطاع الخاص لا يستند في مضمونه إلى هاتين الميزتين السالفتين الذكر فلا يمكن أن نعتبر أن هذا المشروع هو من المشاريع الداخلة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[1].

2.2. تعريف فقهاء القانون المصري:

فقهاء القانون المصريين قدموا العديد من التعاريف لعقد الشراكة، فقد عرفه الدكتور حمادة عبد الرزاق حمادة على أنه عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال و التجهيزات الضرورية للمرفق العام و إدارتها و استغلالها و صيانتها

[1] Xavier Bezançon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson , Marc fornacciri, les nouveaux contrats de partrnariat public privé, analyses juridiques- problèmes financiers et comptables- conseils pratiques, le moniteur éd, paris 2005, p 21.

طول مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طول مدة الفترة التعاقدية، فهذا العقد يجمع بين القطاعين العمومي و الخاص لتحقيق هذه الأهداف عن طريق إجراءات معينة يحددها المشرع[1].

و يرى الأستاذ عمر سليمان أن عقد الشراكة يعتبر آلية تهدف إلى تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى كيان قانوني خاص يسمى بشركة المشروع بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى اتفاق الشراكة، فتلزم شركة المشروع بمقتضاه بالمشاركة في توفير مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي حسب ما يرد في هذا الاتفاق من أحكام و نصوص تنظم الملكية و الأموال و الأرباح و غيرها مما يتصل بتسيير المشروع من تدابير و إجراءات[2].

وعرف الدكتور أحمد سيد أحمد محمود عقد الشراكة على أنه اتفاق يسمى باتفاق المشروع تعهد بموجبه الدولة أو المؤسسة العمومية إلى شخص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المرتقب انجازها كما أنها مهمة شاملة و كلية تتضمن التمويل و البناء و الاستغلال و كذا إدارة المرفق العام، فهي إذن تعني التعاون لانجاز مشاريع مشتركة بين الدولة أو المؤسسة العمومية أو الجماعات المحلية من جهة و المقاولات الخاصة من جهة أخرى[3].

وتعرف الدكتورة كاميليا صلاح الدين عقد الشراكة على أنه عقد طويل الأمد موضوعه إنجاز مهمة من مهام المرافق العامة ارتكازا على مبدأ تقاسم المخاطر و المسؤوليات[4]، كما ذهب الدكتور محمد عبد الخالق محمد الزغبي إلى أن تعريف عقد

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2013، ص103.

[2] عمر سليمان، الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص (ppp)، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011، ص3.

[3] أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2013، ص11.

[4] كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين النظام العام و الخاص في قانون الاونسيترال النموذجي في التشريعات العربية "دراسة تحليلية"، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ-مصر، ديسمبر 2011، ص 139.

المشاركة ما بين القطاعين العام و الخاص ينطلق من مفهوم التعاون المتبادل القائم أساسا على الاتفاق من انصراف إدارة كل من القطاع العام ممثلا في الحكومة و القطاع الخاص ممثلا بالجهات و المؤسسات الفردية الخاصة الاستثمارية، على التعاون و التفاعل لتوظيف إمكانياتها البشرية و المالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية على أساس من المشاركة والالتزام بالأهداف وحرية الاختيار و المسؤولية المشتركة والمساءلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتها حتى يتمكن المجتمع من مواجهة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة وتحقيق وضع تنافسي أفضل[1].

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة

ظهرت العديد من النظريات الفقهية في هذا الخصوص، فمنها ما ترى ان عقد الشراكة هو عقد ينتمي إلى طائفة العقود الخاصة، ومنها ما ترى أن عقد الشراكة ينتمي إلى طائفة العقود العامة، ومنها من ترى أن عقد الشراكة هو عقود ذات طبيعة مختلطة خاصة، وسنقوم بتوضيح ذلك كما يلي:

1. عقد الشراكة من عقود القانون الخاص

يعتبر الفقه المصري من أكبر المناصرين لهذه النظرية، ومفاد ذلك أن هذه العقود لا تقبل بحسب طبيعتها أن تتمتع الإدارة التي تعتبر طرفا فيها بالشروط الاستثنائية المعروفة في القانون العام، فهذه العقود ترفض أن تتميز من خلالها الإدارة بالسلطات التي تمنحها لها العقود الإدارية والمعروفة بالامتيازات و الصلاحيات غير المألوفة في مجال القانون الخاص، أي أنه إذا أرادت الإدارة أن تبرم عقد شراكة فإنه يجب عليها أن تنزع عن نفسها ثوب السلطة العامة و تنزل إلى مرتبة الأفراد، وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج و الأسباب للتأكيد على أن عقود الشراكة تعتبر من العقود الخاصة، ومن بينها أن عقد الشراكة يقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك نظرا للمفاوضات الطويلة التي تقع بين الدولة و الطرف الخاص، وبناءا على ذلك فإنه يحكمها مبدأ سلطان الإرادة وتقوم على أساس التوازن في الحقوق والواجبات بين طرفي العقد من دون أن يكون للجهة الحكومية سلطات على الطرف

[1] محمد عبد الخالق محمد الزغبي، عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بين النظرية و التطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها ، شرم الشيخ، مصر ، ديسمبر 2011، ص213.

الآخر، كما يرى أن متطلبات الاقتصاد و الاستثمار يقتضي على الدولة أن تتعاقد وفقا لأحكام القانون الخاص، مع عدم استعمال الإدارة لسلطاتها وامتيازاتها المعروفة في العقود الإدارية التي لا يرغب فيها المستثمر الأجنبي، لأنها تعتبر عوامل طاردة للاستثمار مما يؤدي إلى امتناع الشركات الأجنبية عن الاستثمار في هذه الدولة، لأن إتباع هذه الأخيرة لسياسة التعاقد وفقا لقواعد و أحكام القانون العام التي تعطي للدولة سلطات و امتيازات على المستثمر فإنها تتعارض مع جلب الاستثمارات خاصة الأجنبية مما يؤدي إلى عدم اطمئنان المستثمرين على البيئة الاستثمارية في هذه الدولة[1].

2. عقد الشراكة هو من العقود العامة (عقد إداري)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقد الشراكة يعتبر عقدا إداريا، ويستندون في ذلك إلى النظرية التقليدية للعقد الإداري التي مفادها أن كل عقد تكون فيه الإدارة طرفا يعتبر عقدا إداري في مفهومه، وتبنى هذه النظرية فقهاء القانون الفرنسي الذين يعتبرون من أكبر أنصارها، بحيث أن عقد الشراكة يعتبر من العقود التي تدخل في مجال الاستثمار، فهي في مظهرها الخارجي ترمي إلى تحقيق أرباح المستثمر، إلا أنها وبصفة واضحة تهدف أساسا إلى إنشاء مرفق عام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وقد أتى أصحاب هذا الاتجاه بالعديد من الحجج والبراهين التي تؤكد على أن عقد الشراكة يعتبر عقد إداري، وهي أن أحد طرفي العقد هو الإدارة التي تعتبر أحد أشخاص القانون العام بحيث أنها تتمتع بعدة امتيازات وصلاحيات في هذا العقد التي تعتبر من قبيل الشروط غير المألوفة في مجال القانون الخاص، منها المزايا التي تمنحها للمستثمر كالإعفاء من الضرائب و الرسوم الجمركية[2].

إلا أنه لا تكفي أن تكون الإدارة طرفا في عقد الشراكة حتى نقول أنه عقد إداري وإنما يجب أن يتوفر على بعض الشروط الأخرى، وهي التي جاء بها أنصار هذا الاتجاه وهم فقهاء القانون الفرنسيين[3] لتدعيم موقفهم و المتمثلة في أن الشخص المعنوي المتمثل في الإدارة يظل متمتعا بصفة العمومية طول مدة العقد، فإذا فقدها في إحدى

---

[1] شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد و نقل الملكية B.O.T، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة-مصر، 2016، ص64.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (ppp)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2014، ص29.

[3] Xavier Bezançon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, op, cit, p43.

مراحل العقد فإنه يتحول إلى أحد أشخاص القانون الخاص وبالتالي يصبح العقد من العقود الخاصة وبالتالي يخضع لأحكام القانون الخاص، كما أنه يجب أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام لإشباع حاجة عامة لدى الجمهور، وباعتبار أن عقد الشراكة هو مشروع يسير بطريقة مشتركة بين القطاع العام وكذا القطاع الخاص، فإنه ينتهي إلى انشاء مرفق عمومي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وبموجب ذلك فإن للإدارة الحق في أن تفوض للمتعاقد معها القيام بالعديد من الصلاحيات والامتيازات التي تعتبر من قبيل الشروط غير المألوفة في مجال القانون الخاص والتي تعتبر في الأصل من صلاحيات الإدارة العامة، ومثالها اتخاذ قرارات انفرادية تدخل في نطاق العملية التعاقدية[1].

ودعم المشرع الفرنسي هذا الموقف عندما أصدر الأمر رقم 2004-559 المتضمن قانون عقود الشراكة الفرنسي، بحيث ينص في المادة الأولى منه على ان عقد الشراكة يعتبر عقد إداري بقوله صراحة: " les contrats de partenariats sont des contrats administratifs" أي أن عقود الشراكة هي عقود إدارية، مستعملا في ذلك المعيار العضوي في مفهوم العقد الإداري الذي يرى أنه حتى يكون العقد إداريا فيجب أن يكون أحد أطرافه جهة إدارية، وذلك بقوله : « les contrats de partenariats sont des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie a un tiers … une mission global »

3. عقد الشراكة ذو طبيعة خاصة:

إن الخصوصية التي يتميز بها عقد الشراكة المتمثل في تضمنه لبعض الأحكام من القانون العام وكذا أخرى من القانون الخاص، تجعل من الصعب وضع قاعدة عامة مجردة تقضي بأنه عقد من عقود القانون الخاص أم عقد إداري، أو بصيغة أخرى فالعقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، وإنما ينبغي مراجعة كل عقد على حدا لمعرفة مدى توفرها في عقد الشراكة[2]، وهناك بعض الحجج التي جاء بها أنصار هذه النظرية باعتبار أن عقد الشراكة هو عقد ذو طبيعة خاصة، وهي أنه على الرغم من تعلق عقد الشراكة بالمرفق العام، إلا أنه يفتقد وجود الشروط الاستثنائية باعتبارها من الشروط التي تقوم عليها العقود الإدارية التي يحكمها القانون الإداري، كما أنه ينعدم وجود تنظيم شامل وكامل

[1] Rachid Zouaimia,Marie Christine rouault, droit administrative, berti edition, paris , 2007, p175.

[2] شامل هادي نجم العزاوي، المرجع السابق، ص 77.

لهذه العقود[1].

كما يرى البعض الآخر[2] على أن الإدارة غالبا ما تلجأ بهدف انشاء المرافق العامة إلى أسلوب الاتفاق مع أشخاص القانون الخاص وبذلك تخلع عن نفسها ثوب السلطة العامة، و تتعامل مع الأشخاص الخاصة بصفتهم لا بصفتها كشخص عام، وهذا ما يحدث عندما تريد الإدارة العامة أن تبرم عقد الشراكة مع أحد أشخاص القانون الخاص التي تهدف من خلاله إلى تحقيق المنفعة العامة عن طريق التبسيط في الإجراءات وتقديم كافة التسهيلات، وبالتالي يعتبر في هذه الحالة أن عقد الشراكة يعتبر واحد من العقود التي تنتمي إلى القانون الخاص، لكن ما يعيق نجاح هذه الفكرة ويجعل من عقود الشراكة أنها ليست من عقود القانون الخاص هو الجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص في حال نشوب نزاع، ففي عقود القانون الخاص التقليدية كالعقود المدنية والعقود التجارية فإن القضاء المختص في الفصل في منازعاته هو القضاء المدني أو القضاء التجاري.

لكن الفرق بين هذه العقود وعقد الشراكة يكمن في صفة الأطراف المتعاقدة، ففي عقود القانون الخاص يعتبر طرفي العقد من أشخاص القانون الخاص، أما في عقد الشراكة فأحد طرفيه هو شخص عام، وفي حال نشوب نزاع في إطار تنفيذ هذا العقد فلا يمكن للإدارة العامة أن تتجاهل صفتها كسلطة عامة وإنما تعتبر نفسها كذلك، وهذا ما يمنع من التوجه إلى القضاء العادي الذي يعتبر غير مختص في هذه الحالة، وإنما القضاء الإداري يكون هو المختص، فهنا يقع تداخل بين أحكام القانون الخاص التي تحكم إجراءات إبرام عقد الشراكة وكذا أحكام القانون العام في حال تحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعات عقد الشراكة، وهذا ما أدى بالبعض إلى اعتبار عقود الشراكة هي عقود ذات طبيعة خاصة حيث اعتبروها مزيج بين عقدين، أي أن عقد الشراكة يعتبر عقد من عقود القانون الخاص من حيث العلاقة ما بين الطرفين ويعتبر أيضا عقد إداري من حيث طبيعة أطراف العقد، وهو الرأي المرجح.

---

[1] طه محيميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل ونقل الملكية BOT وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات، دار الكتب القانونية، مصر ، سنة 2013، ص96.

[2] محمد عبد الخالق محمد الزغبي، المرجع السابق، ص215.

المحور الثاني: طرق ابرام عقد الشراكة والآثار القانونية المترتبة عنه

إن عقد الشراكة كما رأينا سابقا يعتبر من أحد العقود التي تبرمها الدولة، وعليه يمكن اعتباره أحد العقود الإدارية. وهذه الأخيرة تبرم وفقا اعتبارين اثنين، الأول يتمثل في الاعتبار الشخصي للعقد أي الاتفاق المباشر بين الشخص العام والشخص الخاص، ولكن هذه الطريقة مستبعدة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باعتبار أن هذا العقد يعبر من عقود الاستثمار وبالتالي فإن الدولة تسعى للحصول على أحسن الخدمات وذلك من خلال الدعوة للمنافسة بهدف اختيار أحسن العروض وهذا هو الطريق الثاني المفضل والأحسن في ابرام عقود الشراكة، وسنسعى الى تبيين ذلك في هذا المحور وأهم الاجراءات المتبعة فيه كما سنبين أهم الآثار لقانونية التي يرتبها هذا العقد.

أولا: طرق ابرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

كما وضحنا سابقا، فإن هذا الطريق يتمثل في الدعوة إلى المنافسة، وفي القانون الجزائري يعرف هذا الطريق بطلب العروض، وهو منصوص عليه في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أو كما كان معروف سابقا بالمناقصة في تنظيم الصفقات العمومية القديم، وسنتطرق إلى كل من مفهوم طلب العروض وكذا أهم الإجراءات المتبعة في ذلك.

1. مفهوم أسلوب طلب العروض:

يعرف طلب العروض أو المناقصة على أنه مجموعة الإجراءات التي تقرر القوانين واللوائح العامة الواجب اتباعها بقصد الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم ويحقق أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة[1]، وتعتبر هذه الطريقة من أحسن الطرق التي تلجأ الى استعمالها الإدارة العامة ومن أنجعها والتي تهدف إلى اختيار المتعامل المتعاقد معها، لأن المبادئ الموجودة في هذه الطريقة تتطابق و أهداف المصلحة العامة، بحيث تتمثل هذه المبادئ في مبدأ العلانية المتبع في إجراءات عملية التعاقد وكذا اتباع مبدأ الحوار التنافسي وإجراءات التفاوض وكذا مبدأ المساواة بين المتنافسين، وقد تبناها المشرع الجزائري في إطار ابرام العقود الإدارية وعالج أحكامها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-

[1] عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008، ص 203.

247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]، بحيث ان المشرع تخلى عن مصطلح المناقصة الذي كان يستعمله في قانون الصفقات العمومية القديم[2]، واستبدله بمصطلح طلب العروض في التنظيم الجديد السابق الإشارة إليه، وطالما ان اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقود الشراكة لم يرد في شأنه نص خاص في التشريع الجزائري فإن اللجوء إلى أحكام طلب العروض التي ينص عليها هذا التنظيم يعتبر الإجراء الأكثر توافقا مع المبادئ السابقة الذكر، وبالتالي فإن إجراءات ابرام عقود الشراكة بدورها تخضع إلى الإجراءات التي جاءت في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2. الإجراءات المتبعة في إطار طلب العروض لإبرام عقد الشراكة:

تتمثل هذه الإجراءات في الإعلان عن العرض (l'Appel d'offre) أو طلب العروض كما يسميها المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[3]، وهي المرحلة التي تقوم فيها الإدارة العامة بالإعلان عن عرض عقد الشراكة بهدف إعلام كافة الراغبين في الترشح لتقديم عروض والتعاقد معها بهدف فتح باب المنافسة بالمساواة بين جميع المترشحين، ويشترط في هذا الإجراء أن يجرى وفقا لمبادئ العلانية أي عن طريق الإعلان عن العرض بكافة الوسائل الممكنة حتى يصل إلى علم كافة الراغبين في الترشح، وذلك عن طريق الصحافة بالدرجة الأولى وتكون عن طريق الجرائد الوطنية أو في المواقع الإلكترونية، لتأتي بعدها مرحلة تقديم العروض من خلالها يتقدم كل من يريد التعاقد مع الإدارة بعرضه، ويجب ان تقدم العطاءات من طرف الراغبين في التعاقد قبل انتهاء الآجال القانونية المحددة من طرف الإدارة العامة، ثم مرحلة تقييم العروض من خلال فتح الأظرفة التي تحتوي على عروض جميع المترشحين من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بحيث تقوم هذه اللجنة بفحص هذه العروض ودراستها ثم تستبعد العروض غير المستجابة للشروط التي وضعتها الإدارة العامة أو غير المطابقة لدفتر

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، ج ر رقم 50 المؤرخة في 20 ديسمبر 2015.

[2] تنظيم الصفقات العمومية الملغى الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المعدل والمتمم، ج ر رقم 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

[3] المادة 39 من الأمر 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:" تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

الشروط او التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط أو العروض ذات الملفات الناقصة مثلما هو منصوص عليها في المادة 72 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ثم تختار أحسن العروض المقدمة من طرف المترشحين من الجوانب الفنية والمالية، ثم تأتي المرحلة الأخيرة المتمثلة إبرام العقد، بحيث يتم دعوة الشركة التي صدر بموجبها قرار المنح المؤقت للعرض الى الابرام النهائي للعقد، عن طريق صياغة وثيقة العقد التي يجب أن تتضمن الشكل الكتابي مراعية في ذلك العديد الشكليات.

ثانيا: الآثار القانونية المترتبة عن ابرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

عقد الشراكة ككل العقود الأخرى يرتب آثارا قانونية في ذمة طرفيه، وتتمثل هذه الآثار في حقوق وواجبات لكل طرف، وسنعرض أهم هذه الآثار القانونية التي يتصف بها عقد الشراكة، من خلال عرض أولا الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الشريك العام أولا، ثم ثانيا نتطرق إلى حقوق وواجبات الشريك الخاص.

1. الآثار المترتبة في ذمة الشريك العام:

تتمثل هذه الآثار في حقوق يتمتع بها الشريك العام وواجبات يلتزم بها.

1.1. حقوق الشريك العام في عقد الشراكة:

تتعدد وتتنوع هذه الحقوق ونذكر منها:

1.1.1. الحق في الرقابة والإشراف:

للشريك العام باعتباره سلطة عامة الحق في ممارسة الرقابة والإشراف على المتعاقد معه وكذا توجيهه، والغرض من ذلك يكمن في تحقيق المصلحة العامة من التعاقد مع شرط عدم انحرافه عن تحقيق هذا المبدأ وكذا عدم تعسفه في ممارسة هذه الحقوق التي تعتبر من بين سلطاته العامة، ويمارس الشريك العام حق الرقابة بهدف التأكد من ان الشريك الخاص المتعاقد يباشر وينفذ التزاماته العقدية طبقا لشروط العقد، ويعرف الفقه الرقابة على انها تدخل جهة الإدارة العامة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ[1]، لذا فإن فرض رقابة من قبل الشريك العام على

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص211.

تنفيذ العقد يعتبر ضمانا لأداء الشريك الخاص لالتزاماته التعاقدية، وبالتالي لا يمكن للشريك العام أن يترك الشريك الخاص ينفذ العقد في حرية مطلقة، وإنما لابد ان يخضع هذا التنفيذ لرقابة الشريك العام حتى يتأكد هذا الأخير أن هذا التنفيذ يسير وفق الأهداف التي يسطرها والتي يسعى إلى تحقيقها ومنها تحقيق المصلحة العامة.

2.1.1. حق الشريك العام في تعديل بعض شروط العقد:

ويكون هذا الحق او هذه السلطة الممنوحة للشريك الخاص بتعديل بعض شروط العقد إما بالزيادة او بالنقصان على حسب ما يراه مناسبا ويصب في هدف تحقيق الصالح العام والنفع العام، بحيث ان نطاق هذا الحق يمتد إلى شروط وبنود العقد ولا يمتد إلى موضوع العقد نفسه[1]، والهدف من وراء استعمال الشريك العام لهذا الحق هو أن عقد الشراكة عقد يمتاز بطول مدته، وبالتالي قد يطرأ أثناء تنفيذه تغيرات وظروف قد تصعب هاته العملية أو قد لا تتلاءم مع كيفيات التسيير الآني للمرفق، وهو ما يستلزم على الإدارة العامة تعديل بعض البنود والشروط حتى تتلاءم مع هذه التغيرات. والتعديل يشمل شروط البناء والتجهيز والتطوير وما يرتبط بتنفيذ الأعمال والخدمات محل المرفق، كما يرتبط بقواعد تشغيل واستغلال المرفق وأسعار بيع الخدمات ويكون ذلك في إطار الحدود المتفق عليها في العقد[2]، كما انه لا يمكن أن يشمل التعديل المقابل المالي للشريك الخاص المتعاقد معه لأنه يعتبر من حقوقه المالية التي لا يجوز للإدارة العامة المساس بها.

2.1. التزامات الشريك العام:

تتعدد الالتزامات بدورها ونذكر أيضا على سبيل المثال ما يلي:

1.2.1. الالتزام بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية ومنح المزايا:

يتمثل هذا الالتزام في تسهيل الشريك العام لكافة الإجراءات الإدارية وكذا القانونية بهدف تسهيل عمل الشريك الخاص، وذلك عن طريق ازالة كافة العقبات والعراقيل التي قد تعترض تنفيذ مهامه وكذا الاستفادة من المزايا كالإعفاءات الضريبية وغيرها حتى يتمكن الشريك الخاص من الحصول على كافة التسهيلات والموافقات و استخراج كافة التصاريح والتراخيص اللازمة بهدف البدء في انجاز المشروع. فباعتبار ان

[1] عمار عوابدي، المرجع السابق، ص218.

[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص223.

عقد الشراكة يعتبر من عقود الاستثمار، وعملا بما سبق، فقد أخذت الدولة الجزائرية بهذا المبدأ ويظهر ذلك جليا في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، بحيث على الدولة أن تمنح للخواص الراغبين في الاستثمار العديد من المزايا، وبالرجوع إلى القانون 16-09 السابق الذكر، فنجد المادة 12 منه تنص على انه زيادة على التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون، تستفيد الاستثمارات المعنية على العديد بالمزايا، وقد قسمتها هذه المادة إلى قسمين وفقا لمرحلتين هما مرحلة الإنجاز ومرحلة الاستغلال، ففي المرحلة الأولى يستفيد المستثمر من مزايا عديدة نذكر منها الإعفاء من الرسوم الجمركية فيما يخص السلع المستوردة وكذا الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات المستوردة والإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الإشهار العقاري وتخفيض بنسبة 90 بالمائة من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية وغيرها من المزايا، أما في مرحلة الاستغلال فيستفيد المستثمر من الإعفاء من الضريبة على الأرباح والإعفاء من الرسم على النشاط وتخفيض بنسبة 50 بالمائة من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية[1].

2.2.1. الالتزام بتقديم ضمانات للشريك الخاص:

إن المستثمر الأجنبي مقابل استثمار أمواله في دولة ما، فلا بد أن يتحصل على ضمانات وحماة قانونية تبدد مخاوفه، وبالرجوع إلى القانون 16-09 السابق الذكر فنجد ان المشرع الجزائري قد كرس هذا المبدأ المتعلق بحماية المستثمرين خاصة الأجانب وتقديم الضمانات الضرورية لهم. ومن بين الضمانات التي تمنحها الدولة للمستثمرين كأن تلتزم بمعاملة كل من المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي على قدر من المساواة بعيدا عن التمييز والتفرقة، وهذا ما ذكرته المادة 21 من القانون السابق، وكذا من الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة عدم التعرض بنزع ملكية المشروع الاستثماري من المستثمر بمختلف أشكالها كالاستيلاء أو المصادرة الإدارية مثلا، وقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا المبدأ الهام في الفقرة الأولى من نص المادة 23 من القانون 16-09 السابق الذكر[2]، وإن قام الشريك العام بهذا الإجراء فإنه يلتزم بتقديم تعويض

[1] هذه الأحكام مذكورة في المادة 12 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار المؤرخ في 03 أوت 2016، ج ر رقم 46 لسنة 2016 الصادرة في 03 أوت 2016.

[2] تنص المادة 23 من القانون 16 -09 المتعلق بترقية الاستثمار على مايلي: " زيادة على القواعد التي تحكم نزع

مناسب لصالح الطرف المتعاقد معه.

أما في حالة نشوب نزاع أو خلاف بين المستثمر الأجنبي دون الوطني مع الدولة المضيفة كان سببه أحد الطرفين، فإن الفصل في هذا النزاع يكون بأحد الطريقين، الأول يتمثل في عرضه على القضاء الوطني المختص بشرط عدم اتفاق الطرفين على عرضه على جهة أخرى أو النظر فيه عن طريق اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات خاصة في مجال الاستثمار كالتحكيم او الوساطة او الصلح، والثاني يتمثل في اتفاق الطرفين اثناء عملية التفاوض وقبل ابرام العقد على ضرورة اللجوء إلى هيئة تحكيمية خاصة في حالة نشوب نزاع أو خلاف بين الطرفين، وهذا يعتبر من الضمانات التي تمنحها الدولة لصالح المستثمرين الأجانب عن طريق ترك الحرية لهم على عرض النزاع في حالة نشوبه إلى الهيئة التي يرغبون فيها، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في الأمر القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار من خلال نص المادة 24 منه[1].

2. آثار عقد الشراكة بالنسبة للشريك الخاص:

الشريك الخاص بدوره كالشريك العام، يتمتع بحقوق وواجبات متعددة، وسنعرض الأهم بدءا بالحقوق وختاما بالواجبات كما يلي:

1.2. حقوق الشريك الخاص:

أهم الحقوق التي يتمتع بها الشريك الخاص في عقد الشراكة نذكر مثلا الحق في الحصول على المقابل المالي والحق في التمتع بحوافز الاستثمار.

1.1.2. الحق في الحصول على المقابل المالي:

يتولى الشريك العام بتمكين الشريك الخاص من مستحقاته المالية بعد مرور كل مدة زمنية متفق عليها طول مدة عقد الشراكة، وهذه المدة قد تكون كل شهر أو كل شهرين أو كل ستة أشهر أو كل سنة، ولا تكون بعد نهاية مدة العقد نظرا لطولها. وللتوضيح

الملكية، لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

[1] المادة 24 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة او التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

أكثر فإن الشريك الخاص في عقد الشراكة يعتبر هو الذي يتكلف بتمويل المشروع من أمواله الخاصة ولكن هذا لا يعني عدم قيام الإدارة العامة بمنح مساهمات أو مساعدات مالية للشريك الخاص التي تعتبر جزء من المقابل المالي الذي يتحصل عليه، وذلك بهدف تغطية نفقاته وتسديد ديونه حتى يكون هناك نوع من التوازن في اقتصاديات العقد لدى الشريك الخاص[1].

كما ان المقابل المالي في عقود الشراكة يجب ان يكون متمثلا في ثمن يدفعه الشريك العام بعد مرور المدة المتفق عليها مثلما هو معمول به في مجال الصفقات العمومية، ولا يكون متمثلا في رسوم يقتضيها الشريك الخاص من المنتفعين بخدمات المرفق مثلما هو معمول به في عقود الامتياز أو عقود البوت، وبالتالي فإن المقابل المالي في عقود الشراكة غير مرتبط بنتائج الاستغلال وإنما يكون مرتبط بتكلفة الإنجاز.

2.1.2. الحق في ضمان إعادة التوازن المالي للعقد:

أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظريتين أساسيتين تعترفان بوجود مسؤولية لدى الإدارة العامة في حالة اصدارها لعمل قانوني مشروع أو عن طريق وقوع حوادث فجائية تضر بمصلحة المتعاقد معها يضران بمصلحة المتعاقد معها، وتلتزم بتعويضه في حالة وقوع أحد الاحتمالين السابقين، وهاتان النظريتان هما نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

فنظرية فعل الأمير تقوم في عقد الشراكة في حالة قيام الشريك العام بعمل مشروع وسبب هذا العمل ضرر بمصلحة المتعاقد معها، وبالتالي يلزم الشريك العام بتعويض الشريك الخاص من جراء الضرر الذي لحقه، ولا يمكن للشريك العام أن يتمسك بعدم تعويضه بحجة أن العمل الذي قام به أو الإجراء الذي اتخذه يعتبر مشروعا، أما في نظرية الظروف الطارئة فإذا كان الضرر الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة في نظرية فعل الأمير يكون بسبب من الإدارة العامة، فإن هذا الضرر في نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة العامة أي يد فيه وإنما يكون بسبب عامل خارجي لا دخل لها فيه ولا يكون في مقدوره تحمله، وبالتالي هنا يلتزم الشريك العام أيضا بالتدخل وجبر هذا الضرر الذي لحق بالشريك الخاص من خلال تعويضه.

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص256.

2.2. التزامات الشريك الخاص:

التزامات الشريك الخاص في عقد الشراكة كثيرة ومتنوعة، وسنقوم بعرض أهم التزامين وهما الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة والالتزام بالتشغيل والصيانة ونقل ملكية المرفق العام.

1.2.2. .الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة:

من أهداف ابرام القطاع العام أو الدولة لعقود الشراكة كما ذكرنا سابقا هو التخفيف على ميزانيتها، بحيث تتطلب مشاريع عقود الشراكة تكلفة مالية مرتفعة جدا خاصة وأن هذه المشاريع تتطلب استخدام التكنولوجيا المتطورة التي تكون تكلفتها باهضة، كما أنها تهدف أيضا إلى الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في المجالات الفنية والتقنية المتطورة عن طريق استخدام التكنولوجيا المتطورة في هذه المشاريع. واستعمال التكنولوجيا الحديثة والمتطورة يعود بالفائدة على كلا طرفي العقد، فالدولة تكون مصلحتها في ذلك عن طريق الحصول على التكنولوجيا الحديثة التي تساعدها في تحقيق التنمية الاقتصادية، أما الشريك الخاص فتكون مصلحته في ذلك عن طريق تسهيل إدارة المرفق العام موضوع العقد وتقليص الاعتماد على الأيدي العاملة، مما يساعده على تحقيق أكبر قدر من الفوائد والأرباح فضلا عن تقديم خدمات متطورة للجمهور المنتفعين من خدمات المرفق ورفع كفاءة هذه الخدمات عن طريق تقديمها بشكل أسرع وعلى نحو أفضل.

2.2.2.الالتزام بتشغيل وصيانة ونقل ملكية المرفق العام:

كما وضحنا سابقا أن عقد الشراكة يعتبر من بين العقود الإجمالية أو المركبة، بحيث بعد ابرام العقد يتولى الشريك الخاص بناء المرفق موضوع مشروع عقد الشراكة، وبعد الانتهاء من الانجاز يتكلف الشريك الخاص بتسيير وتشغيل هذا المرفق وفق قواعد التسيير المتفق عليها بين الطرفين مستعملا في ذلك عماله وأجهزته وأمواله. ويلتزم الشريك الخاص ببذل العناية اللازمة لتشغيل المرفق العام وفق الكيفيات الملائمة ذات الكفاءة الجيدة، وذلك بهدف تقديم خدمات أرقى للجمهور وكذا المحافظة على المرفق العام حتى يبقى في حالة صالحة للتشغيل طوال مدة العقد على نحو مستمر ومنظم دون انقطاع، وذلك أن هذا المرفق يهدف إلى اشباع حاجات عامة دائمة ومستمرة ومن ثم فيجب ان يستمر في أداء هذه الخدمات ولا يجب أن ينقطع لمدة معينة

أو يتوقف، لأن هذا التوقف يتعارض مع مبدأ الاستمرارية للمرفق العام[1]، وفي نهاية مدة العقد، يقع على عاتق الشريك الخاص الالتزام بنقل ملكية المرفق العام إلى الشريك العام، شرط أن يكون المرفق العام بحالة جيدة، ولا يقتصر نقل الملكية على الأصول المرتبطة ببدء تنفيذ عقد الشراكة وانجاز المشروع من طرف شركة المشروع، بل يشمل أيضا الأصول والممتلكات التي حصلت عليها شركة المشروع لا حقا أثناء عملية تشغيل المرفق[2]، ومنها نقل التكنولوجيا المستعملة وكذا الوسائل والآلات المستحدثة والتي تم تغييرها.

خاتمة:

نستنتج كخلاصة نهائية أن عقد الشراكة الذي يتشارك فيه كل من القطاع العام وكذا القطاع الخاص في انجاز مشاريع البنى التحتية، يعتبر من أنجع الوسائل والكيفيات التي تحقق هذا الهدف، بالإضافة إلى بعض الميزات الأخرى التي تصب في صالح الطرفين والمتمثلة في تخفيض الانفاق العمومي من طرف الدولة باعتبار أن الشريك الخاص هو الذي يتكلف بعملية الانجاز بأمواله الخاصة، كما أن هذا الشريك الخاص يتلقى طول مدة العقد مقابل مالي بمقدار ما كلفه من أموال لإنجاز هذا المشروع إضافة إلى أرباحه المشروعة.

وقد توصلنا في ختام هذا البحث إلى النتائج التالية:

- ان سعي الدولة إلى اقامة مشاريع البنى التحتية مع افتقادها للخبرة الفنية والتكنولوجية الحديثة والموارد المالية الكافية، أدى بها إلى البحث عن نمط جديد لإقامة هذه المشاريع من خلال اعتمادها على القطاع الخاص عن طريق ابرام عقد يجمع بينهما يسمى بعقد الشراكة، يتكلف فيه القطاع الخاص بإنشاء المشروع بتمويل كلي منه.

- عدم اصدار وجود إطار قانوني خاص ينظم أحكام عقود الشراكة أدى إلى عرقلة انجاز مشاريع هامة من هذا الحجم خاصة في الجزائر، بحيث إنجاز مشاريع في إطار عقود الشراكة يجنب انفاق أموال ضخمة من الممكن توجيهها إلى بعض المجالات الأخرى

[1] عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، مصر، سنة 2008، ص168.

[2] طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص208.

الأكثر أهمية.

وفي الأخير يمكن القول ان لنجاح عقود الشراكة في أي دولة ليس بالأمر السهل، ويتطلب ذلك توفر العديد من العوامل والشروط التي يجب أن تساعد على ذلك، وعليه فقد بادرنا باقتراح بعض التوصيات، التي من الممكن أن تأخذ بها السلطات أو الهيئات المعنية في حالة ما إذا بادرت بإصدار إطار قانوني ينظم أحكام عقود الشراكة، وهي كالآتي:

- المبادرة باقتراح مشروع قانون لعقود الشراكة، لأنه بلا إطار قانوني خاص ومستقل لعقود الشراكة فإن هذه التجربة قد يكون محكوم عليها بالفشل لكن ليس في غالب الأحيان، وذلك بحجة أنه بوجود قانون مستقل لعقود الشراكة فتكون التزامات وحقوق الطرفين واضحة وتكون الاجراءات غير غامضة مما يساعد على جلب المستثمرين الخواص للتعاقد في إطار هذه العقود.

- ضرورة الانفتاح على القطاع الخاص، بحيث أنه بهدف توفير جو استثماري مزدهر فيجب على الحكومة أن تقوم بتسهيل كافة الاجراءات والإمكانيات والوسائل القانونية والمادية للمستثمرين خاصة الأجانب حتى يتمكنوا من استغلال رؤوس أموالهم وتحويلها إليها، من خلا تقديم الحوافز المالية والقانونية والإمتيازات كالإعفاء من الضرائب لمدة زمنية معينة وتسهيل الاجراءات الإدارية وتوفير المساحات أو العقارات التي تقام عليها مختلف المشاريع الاستثمارية.

- تحديد الوسائل التي تضمن رقابة وإشراف الدولة على تنفيذ مختلف مراحل المشروع من قبل القطاع الخاص، وكذا الاستمرار في ذلك بعد الانتهاء من انجاز المشروع وفي مرحلة تشغيله وتسييره إلى غاية انتهاء مدة العقد.

- ضرورة تحديد الجهة التي يمكن اللجوء إليها في حالة نشوب نزاع في مرحلة تنفيذ العقد ، ويجب أن يتفق على ذلك في مرحلة ابرام العقد كما أنه يجب أن يحرر ذلك في وثيقة العقد، فيمكن للطرفين أن يتفقا على تسوية منازعتهما في إطار عقد الشراكة إما باللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة التي ينفذ فيها العقد، وإما باللجوء إلى الوسائل البديلة كالوساطة أو التحكيم، إلا أن ما يمكن توضيحه بهذا الصدد وما هو جاري العمل به، هو أنه باعتبار عقد الشراكة من عقود الاستثمار الدولية، فإنه غالبا ما

،يفضل اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بينهما في أي مرحلة من المراحل التي يمر عليها تنفيذ العقد.

قائمة المراجع والمصادر:

أولا: المراجع باللغة العربية:

أ- المؤلفات:

1- أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2013.

2- حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2013.

3- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (ppp)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2014.

4- شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد و نقل الملكية B.O.T، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة-مصر، 2016.

5- طه محيميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل ونقل الملكية BOT وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات، دار الكتب القانونية، مصر ، سنة 2013.

6- عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، مصر، سنة 2008.

7- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008.

ب- المقالات:

8- كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين النظام العام و الخاص في قانون الاونسيترال النموذجي في التشريعات العربية "دراسة تحليلية"، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ-مصر، ديسمبر 2011.

9- عمر سليمان، الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص (ppp)، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011.

10- محمد عبد الخالق محمد الزغبي، عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بين النظرية و التطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها ، شرم الشيخ، مصر ، ديسمبر 2011.

ج- القوانين:

11- القانون رقم 67 لسنة 2010 باصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة، ج ر لجمهورية مصر عدد19 مكرر(أ) الصادرة في 18 ماي 2010.

12- تنظيم الصفقات العمومية الملغى الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المعدل والمتمم، ج ر رقم 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

13- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، ج ر رقم 50 المؤرخة في 20 ديسمبر 2015.

14- القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار المؤرخ في 03 أوت 2016، ج ر رقم 46 لسنة 2016 الصادرة في 03 أوت 2016.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

A- Ouvrages :

15- Rachid Zouaimia,Marie Christine rouault, droit administrative, berti edition, paris , 2007.

16- Xavier Bezançon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson , Marc fornacciri, les nouveaux contrats de partrnariat public privé, analyses juridiques-problèmes financiers et comptables- conseils pratiques, le moniteur éd, paris 2005 .

B- Textes juridiques :

17- Ordonnance N°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats. Jorf N°141 du 19 juin 2004.