إشكالية التكييف القانوني لعقود الشراكة العمومية – الخاصة

معيفي لعزيز [1]

[1] أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: lmaifi@yahoo.fr

الملخص:

لقد أصبحت عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الوقت الراهن أكثر العقود شيوعا وانتشارا لدى غالبية دول العالم المتقدمة منها والمتخلفة على حد سواء، ومبرر اهتمامها بذلك يعود أساسا إلى كون أنها تعتبر إحدى الوسائل الفعالة التي تحقق التنمية لا سيما الاقتصادية منها.

على الرغم من ذلك، هناك الكثير من الغموض يكتنف هذا النوع من العقود خاصة فيما يتعلق مسألة تكييفها القانوني، سواء على الصعيد التشريعي أو الفقهي وحتى على مستوى المنظمات الدولية وهيئات التحكيم المختلفة المهتمة بهذا المجال.

وعليه، فإن موضوع التكييف القانوني لهذه العقود له أهمية بالغة في تحديد الآثار القانونية سواء لأطرافها أو بالنسبة لتحديد الجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تثار بشأنها.

الكلمات المفتاحية:

العقود، الشراكة، القطاع العام، القطاع الخاص، التكييف القانوني، العقود الإدارية، القانون العام، القانون الخاص.

تاريخ إرسال المقال: 2020/05/06، **تاريخ قبول المقال:** 2019/06/10، **تاريخ نشر المقال:** 2020/07/31

لتهميش المقال: معيفي لعزيز، "إشكالية التكييف القانوني لعقود الشراكة العمومية – الخاصة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص ص.451-460.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: معيفي لعزيز، lmaifi@yahoo.fr

About The Issue of Qualifying contracts of Public-Private Partnership

Abstract:

Public-private partnership contracts have undergone significant development in recent years, given their contribution to economic development.

This development has had no echo at the legislative, doctrinal or international organization level, in that there is still some doubt as to their legal qualification.

This qualification is all the more important in determining the legal effects of such contracts on the parties as well as in the designation of the competent court.

Keywords:

Contracts, Partnership, public sector, private sector, legal qualification, administrative contracts, public law, private law.

Problématique de la qualification des contrats de partenariat public-privé

Résumé :

Les contrats de partenariat public-privé ont connus une importante évolution ces dernières années compte tenu de leur apport au développement économique.

Cette évolution n'a pas eu d'écho au plan législatif, doctrinal et au niveau des organisations internationales en ce qu'un doute plane toujours quant à leur qualification juridique.

Cette qualification est d'autant plus importante dans la détermination des effets juridiques de tels contrats, sur les parties ainsi que dans la désignation de la juridiction compétente.

Mots clés :

Contrats, Partenariat, secteur public, secteur privé, qualification juridique, contrats administratifs, droit public, droit privé.

مقدمة

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الحديثة النشأة نسبيا، حيث ظهرت بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، أين سعت مختلف الدول في العالم بالاهتمام بها واعتبارها أداة فعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ذلك بالنظر إلى كون أن القطاع العام أصبح عاجز وغير قادر لوحده على مواجهة كل العراقيل التي تعترض سبيل تحقيق التنمية، من خلال الضغط المتزايد على ميزانية القطاع العام وضعف المشاريع التي تقدمها الدولة، محدودية الموارد البشرية والتكنولوجيا لدى القطاع الحكومي، عدم قدرة القطاع العام في تحقيق تنمية مستدامة بمفرده ،....إلخ، على هذا الأساس لجأت معظم الدول النامية منها والمتقدمة إلى إشراك القطاع الخاص لتحقيق هذا الهدف.

إن سبب اهتمام كافة الدول بهذا النوع من العقود يعود المزايا الكثيرة التي تترتب عنها من جهة، والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها من جهة أخرى، سواء من منظور القطاع العام أو الخاص[1]، فمن وجهة نظر القطاع العام فإن الاعتماد على هذا النوع من العقود تتمكن الدول التخلص من العجز في ميزانيتها وتشرك كفاءات القطاع الخاص بما تملكه من خبرة في إدارة المشاريع الاستثمارية، وبالتالي إدخال التكنولوجيا لا سيما فيما يخص الصيانة والتشغيل والتأطير والتسيير، تعزيز البنى التحتية وعصرنة المرافق العمومية الشيء الذي يساعد في خلق مناصب العمل وتفعيل العملية الاستثمارية، فتح المجال للاستثمار الخاص في قطاعات إقتصادية التي كانت حكرا على الدولة فقط، توفير العملة الأجنبية عن طريق الاتفاق مع شركاء المشروع،...إلخ، أما ايجابيات الشراكة بين القطاع العام والخاص في نظر القطاع الخاص تكمن أساسا في تلميع صورته كمساهم في تحقيق التنمية، إلى جانب الانفتاح على أسواق جديدة وبالتالي توسيع مجالات الشراكة، إضافة إلى استفادته من القدرة على التخطيط التي يتمتع بها القطاع العام،...إلخ[2].

---

[1] إذا كان للشراكة بين القطاعين العام والخاص ايجابيات، فإنها تترتب عنها سلبيات أيضا على كلا الطرفين وتتمثل عموما في؛ تعارض مصالح الشركاء، حيث يهدف القطاع العام إلى تحقيق وتغليب المصلحة العامة على حساب منطق الربح الذي يسعى إليه القطاع الخاص، عدم تكافؤ القطاعين في جوانب عدة (كالخبرة، التكنولوجيا، المعلومة الاقتصادية)، ....إلخ. للإطلاع أكثر أنظر: **عراش عبد الجبار**، أي تأطير قانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص؟، مداخلة منشورة في أعمال الندوة العلمية الدولية حول نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي– الرباط، يومي 10 و 11 فيفري 2012، ص ص 13 و 14.

[2] راجع في هذا الاطار:

– **عادل محمود الرشيد**، إدارة الشركة بين القطاعين العام والخاص، المفاهيم – النموذج – التطبيقات، منشورات المنظمة العربية للتنمية، 2006، ص 14.

– **يونس سلامي**، الشراكة قطاع عام قطاع – خاص، السلسلة المغربية لبحوث الإدارة والاقتصاد والمال، الطبعة الأولى، الرباط، 2011.

وعموما، إذا كان مفهوم عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص صعب التحديد لكون أنها مرتبطة بأبعاد عدة إقتصادية، إدارية، قانونية و إجتماعية[3]، فالشيء نفسه بالنسبة لمسألة التكييف القانوني لها (تحديد طبيعتها القانونية) فإنها يكتنفها الكثير من الغموض والإبهام، حيث لم تتفق القوانين الوطنية والمقارنة والآراء الفقهية وحتى هيئات التحكيم المختلفة على تكييف قانوني موحد لهذا النوع من العقود، إذ نجد معظم التشريعات في هذا المجال قد أهملت الاشارة إلى هذا الجانب، وحتى بالنسبة للفقه فهناك خلاف حاد حول الأهمية التي يحتلها تحديد التكييف القانوني والآثار القانونية المترتبة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، هل هي من قبيل العقود الادارية التي تخضع للقانون الاداري وبالتالي تخضع للقانون العام حيث يختص القضاء الاداري بالنظر في المنازعات الناشئة عنها؟ هل هي من طائفة عقود القانون الخاص وبالتالي تخضع لأحكام القانون المدني ليؤول الاختصاص للقانون العادي بالنظر في كل المنازعات المتعلقة بها؟ أم هي ذات طبيعة خاصة يصعب حصرها في نظام قانوني موحد؟

---

[3] نود أن نشير في هذا المقام أنه من الصعب ايجاد تعريف جامع وشامل على كافة الأصعدة لعقود الشراكة العمومية – الخاصة نظرا لحداثتها من جانب، واحتوائها على عناصر تعاقدية كثيرة ومختلفة، فعلى الصعيد التشريعي على الرغم من كون أن المشرع الجزائري لم يستحدث لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص نظام قانوني مستقل، على عكس غالبية التشريعات المقارنة كالتشريع المغربي، الأردني، المصري والفرنسي،...إلخ التي نظمت هذا النوع من العقود بتشريعات خاصة وبالتالي تضمينها بتعريف محدد لها.

أما على الصعيد الفقهي فلقد تعددت التعاريف الفقهية المقدمة لها، إلا أنه على العموم يمكن تعريفها على أساس أنها؛ " انصراف إرادة كل من القطاع العام (ممثلا في الحكومة) والقطاع الخاص (ممثلا في الجهات والمؤسسات الفردية الخاصة الاستثمارية) على التعاون والتفاعل لتوظيف امكانياتهما البشرية والمالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجيا والمعرفية على أساس من المشاركة والالتزام بالأهداف وحرية الاختيار والمسؤولية المشتركة والمساءلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع، ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتهم، حتى يتمكن من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة، وتحقيق وضع تنافسي أفضل".

كما حاولت المنظمات الدولية المهتمة بهذا المجال إبراز تعريف لهذا النوع من العقود، حيث عرفتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنها اتفاق يبرم بين سلطة عمومية وبين الكيان الذي يختار لتنفيذ المشروع ويحتوي على بنود تشييد البنية التحتية أو تحديثها أو تشغيلها أو صيانتها، راجع في الاطار:

– **السعيد دراجي**، "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية فعالة لتمويل التنمية المحلية"، مجلة العلوم الانسانية، عدد 41، جوان 2014، ص 310.

– **الزعبي محمد عبد الخالق محمد**، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين الخاص والعام (BOT) والتحيم في منازعاتها، الأردن، فيفري 2010، ص 213.

_ **سيف باجس الفواعير**، "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية : دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، عدد 22، 2017، ص ص 02 إلى 06.

للإجابة على التساؤلات المطروحة ارتأينا من خلال مضمون هذه الورقة البحثية المراد دراستها ضرورة معالجة بعض العناصر لا سيما استعراض التضارب بين الآراء والاتجاهات الفقهية التي قيلت في التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتطرق إلى تبيان أبرز الحجج التي تبناها كل اتجاه من جانب، والانتقادات الموجهة له من جانب آخر، لنبين في الأخير الرأي الراجح من هذه المسألة، ذلك اعتمادا على المنهج المقارن والتحليلي وفقا للخطة التالية؛

أولا: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: عقود إدارية،

ثانيا: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: عقود خاضعة للقانون الخاص،

ثالثا: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: عقود ذات طبيعة خاصة.

أولا/عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: عقود إدارية

إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي من زمرة العقود الإدارية[4]، هذا الموقف يتبناه جانب من الفقه، ذلك بالنظر إلى كون أن الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها تمثل طرفا في هذا النوع من العقود، كما أنها عادة ما تكون تتعلق بإدارة واستغلال مرفق عام[5]، فالعقد الاداري في نظرهم لا يتعارض مع مقتضيات النمو الاقتصادي للدولة[6].

وتدعيما لرأيهم يذهبون للقول أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتوافر على نفس الأركان والعناصر الثلاث التي تقوم عليها العقود الإدارية[7]،حيث نجد أن أحد أشخاص القانون العام هو طرف أساسي في العلاقة التعاقدية (الدولة أو الأجهزة التابعة لها والتي تمثلها) كركن أول، إلى جانب ذلك، فإن محل وموضوع العقد هو على علاقة بمرفق عام وهدفه يكمن في تسيير هذا الأخير قصد تحقيق فكرة الصالح العام كركن ثاني، وأخيرا الركن الثالث يكمن في كون أن العقد قائم على أساليب القانون العام ويتضمن شروط استثنائية غير

---

[4] يعرف العقد الاداري على أنه: " العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسير مرفق عام لأساليب القانون العام بتضمينه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص"، نقلا عن **عصام أحمد البهجي**، الطبيعة القانونية لعقود BOT، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 92.

[5] **أحمد بوعشيق**، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية، نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات، الرياض، المملكة العربية السعودية، من 1 إلى 4 نوفمبر 2009، ص 15.

[6] **المؤيد محمد عبد الله**، "التكييف القانوني لعقد الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها"، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد 16، 2003، ص 161.

[7] **عبد الهادي بشار جميل**، العقد الاداري، الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، دراسة تحليلية وحلول مقترحة، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص ص 20 و21.

مألوفة في عقود القانون الخاص، وعليه فإنه كل أركان العقد الإداري موجودة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

إضافة إلى ذلك، فإنه بالنظر إلى مضمون عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يكمن في إنشاء واستغلال وكذا إدارة مرفق عام فمن غير المنطقي خضوعها لأحكام وقواعد القانون الخاص التي تقيم مساواة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، على هذا النحو سينعكس سلبا على سير المرافق العامة[8].

وأخيرا، إن الإدارة يبقى دورها في سير المرافق العامة بانتظام كمراقبتها في تنفيذ وتطبيق هذا النوع من العقود ولها الحق في الإشراف على هذه المرافق، إلى جانب الحق في تدخلها في تعديل شروط العقد، ذلك على الرغم من الصلاحيات المخولة للشريك الخاص من خلال إسناده مهمة التشييد واستغلال المرافق العامة[9].

وفي هذا السياق، فإن اعتبار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من عائلة العقود الإدارية يعني فرض الدولة لسيادتها وسلطانها عليها من جهة، وخضوع هذا النوع من العقود لمبادئ القانون الإداري وبالتالي اختصاص جهات القضاء الإداري في حالة نشوب أي نزاع يثار بشأنها من جهة أخرى[10].

على الرغم من ما قيل، فإن أصحاب هذا الاتجاه قد تعرضوا للنقد، فالعقود الادارية تتضمن الشروط الاستثنائية بحكم طبيعتها، فهذا الأمر لا تتضمنه عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لأن من بين مقتضيات التجارة الدولية أن تكون الدولة على قدم المساواة مع الأفراد العاديين في العقد، هذا من جهة، من جهة أخرى، فإن الدولة تتنازل في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن ملكية المشروع الاستثماري للمستثمر، في حين العقود الإدارية تفترض دائما ملكية الدولة للمشروع الاستثماري، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على خضوعه لأحكام للقانون الخاص[11].

---

[8] **الظفيري مدلول حشاش**، الأساس القانوني لعقود البوت (BOT) في ظل كل من القانون الأردني والقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ص 61.

[9] **الحمود وضاح محمود**، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) : حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 55.

[10] **عبد الرحمان الشرقاوي**، تكييف عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، مداخلة منشورة في أعمال الندوة العلمية الدولية حول نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي– الرباط، يومي 10 و 11 فيفري 2012، ص 42.

[11] **سيف باجس الفواعير**، المرجع السابق الذكر، ص 10.

ثانيا/عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: عقود خاضعة للقانون الخاص

يرى جانب آخر من الفقه أن عقود الشراكة العمومية الخاصة هي من فئة عقود القانون الخاص، تخضع لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقوم على أساسه القانون الخاص، فهذه العقود ترتكز على حقوق والتزامات متعادلة ومتوازنة بين الشريك العام والشريك الخاص – وطنيا كان أو أجنبيا– بل أن هذا الأخير نجده في الغالب هو الذي يتمكن من فرض شروطه ويقف ندا للدولة (كتمسكه بشرط القانون الواجب التطبيق على العقد، إدراجه لشرط عدم جواز تغيير أحد أطراف العقد لبنوده بالإرادة المنفردة،...إلخ)[12]، وكل هذه الأمور تفتقر إليها العناصر التي تقوم عليها العقود الادارية.

أنصار هذا الاتجاه يعتمدون في آراءهم انطلاقا من كون أن عقود الشراكة العمومية الخاصة لا تتضمن شروطا استثنائية، التي تمكن الإدارة من التمتع بامتيازات السلطة العامة، وهي شروط غير مألوفة في العقود الخاصة، وبذلك القانون الواجب التطبيق هو أن تخضع للقانون الخاص، بما في ذلك أحكام القانون المدني والقانون التجاري، و أن القضاء العادي هو المختص في حال نشوب أي نزاع بشأنها[13].

كما يستندون للقول بأن الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يخدم إطلاقا سياسة الدولة في مجال تفعيل العميلة الاستثمارية، الأمر الذي يربك قدوم المستثمرين وترددهم من استثمار أموالهم في الدول التي تعتنق هذا النوع من التكييف، حيث عادة ما يجد المستثمرين أنفسهم محاطين بالعديد من الضوابط والقيود الادارية، فالدولة إذا ما أرادت أن تشجع وتحفز الاستثمارات لا سيما الأجنبية منها وكذا الحفاظ على علاقاتها ومصالحها الاقتصادية، ما عليها إلا النزول إلى مرتبة الأفراد العاديين ذلك بتطبيق أحكام القانون الخاص عن طريق اللجوء إلى إبرام العقود المدنية والتجارية التي تنسجم مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلبات التعامل الدولي و الابتعاد عن تطبيق أحكام القانون العام[14].

إضافة إلى ذلك، فإن التسليم بالطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتنافى وملكية الشريك الخاص للمشروع الاستثماري، أين يمكن أن نجد الملكية الكاملة للشريك الخاص لبعض المشاريع

---

[12] **مرتضي جمعة عاشور**، عقد الاستثمار التكنولوجي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص ص 81 و 82.

[13] **الماحي فاطمة زهرة شريفة**، الشراكة الميثائية: إمتياز نهائي الحاويات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2017، ص 45.

[14] راجع في هذا الاطار كل من:

– **الروبي محمد**، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، دار النهضة العربية القاهرة، 2006، ص 79.

– **الحبشي مصطفى عبد المنعم**، الوجيز في عقود البوت (BOT)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 31.

الاستثمارية في هذا النوع من العقود، عكس ما هو موجود في العقود الخاضعة للقانون العام أين نجد الشريك العام على الدوام (الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها) هو المالك للمشروع[15].

إن هذا الرأي قد أيدته العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة عن هيئات التحكيم المختلفة المهتمة بهذا المجال، ونذكر على سبيل المثال لا الحصر، تحكيم Aramco ، الذي يتعلق النزاع فيه بين المملكة العربية السعودية وشركة Aramco، أين توصلت محكمة التحكيم إلى إضفاء صفة الادارية على العقد المبرم بين الطرفين، على أساس أن شركة Aramco حال قيامها باستغلال الثروة البترولية لم تكن تقوم بأداء خدمة عامة للجمهور وبالتالي انتفاء صفة امتياز المرفق العام[16].

لقد تأكد الطابع الخاص لعقود الشراكة العمومية – الخاصة في تحكيم Texaco، يتعلق الأمر بالعقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين، حيث أقر المحكم Dupuy عدم توافر أركان العقد الاداري تبعا للقانون الليبي ورأى أن موضوع العقد لا يتعلق باستغلال مرفق عام وأن الدولة الليبية تعاقدت على قدم المساواة مع الشركتين المدعيتين، وليس بصفتها سلطة عامة، كما أن هذه العقود لا تتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وهو ما جعله في الأخير يرفض الطبيعة العامة لها[17].

على الرغم من ما قيل في هذا الشأن، إلا أن هذا الاتجاه بدوره وجهت له عدة انتقادات، حيث أن عقود الشراكة العمومية الخاصة أصبحت في العصر الحالي من أكثر العقود شيوعا على المستوى العالمي بل وأصبح نظامها القانوني المطبق معروفا لدى المستثمرين الخواص إذ أصبحوا لا يخافون من الخوض للاستثمار في هذا المجال، لا سيما مع وجود تشريعات خاصة تنظم هذا النوع من العقود بكل تفاصيلها.

زيادة على ذلك، فإن تضمين عقود الشراكة العمومية الخاصة بشروط استثنائية لا يراد به جرد المتعاقد مع الدولة حقوقه التعاقدية، إذ نرى العديد من هذا النوع من العقود نجدها تضمن للمتعاقد جميع حقوقه التعاقدية[18].

ثالثا/عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: عقود ذات طبيعة خاصة

بين الرأي الأول الذي يكيف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أساس أنها عقود إدارية، والرأي الثاني الذي يكيفها على أساس أنها من فئة عقود القانون الخاص، لابد أن يتوسط الأمر رأي ثالث، جامع بين الانتقادات الموجهة لكل من هذين الرأيين، هذا الاتجاه أخذ موقفا وسطا حيث يكيف هذه العقود على أساس

---

[15] **سيف باجس الفواعير**، المرجع السابق الذكر، ص 11.

[16] **الروبي محمد**، المرجع السالف الذكر، ص 83.

[17] Sentence Texaco, Clunet 1977, pp 364 et 366.

– لمزيد من التفاصيل أكثر راجع في ذلك: **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص ص 375 – 377.

[18] **سيف باجس الفواعير**، المرجع السابق الذكر، ص ص 12 و 13.

أنها عقود ذات طبيعة قانونية خاصة أو بالأحرى هي عقود ذات طابع مختلط، حيث يمكن أن تكون ذات طبيعة تعاقدية أو غير تعاقدية كما يمكن أن تجمع بين خصائص القانون العام وخصائص القانون الخاص في آن واحد، ومرد ذلك أن عقود الشراكة هي على أنماط متعددة ومن ثمة صعوبة حصرها في في نظام قانوني واحد.

وعليه فقد استند اصحاب هذا الاتجاه إلى كون أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تضم العديد من العناصر التعاقدية كملكية المشروع محل العقد، كيفية إعادة المشروع المشترك إلى الدولة،....إلخ، هذه العناصر تختلف باختلاف كل مرحلة من مراحل العقد، وعليه فمن الصعب وضع تكييف عام ينطبق على جميع صور هذه العقود، فيجب النظر إلى كل عقد من هذه العقود على حدى لمعرفة طبيعتها[19].

كما أن من منظور فقه القانون الدولي نجد أن الغالب منهم يكيف عقود الشراكة على أساس أنها ذو طبيعة خاصة، وحجتهم في ذلك التطور الحاصل الذي شهده مفهوم العقد، حيث لم يعد المقصود منه ذلك الاتفاق الذي يتجسد بين طرفي العقد، بل أصبح من الوسائل التي تعتمد عليها الدول لتحقيق التنمية الاقتصادية، كما أن هذه العقود عادة ما يتم تضمينها ببنود جديدة لم تكن متداولة في العقود التقليدية منها مثلا بنود مراجعة العقد في حالة تغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للعقد،...إلخ[20].

إن العديد من الأحكام التحكيمية قد أيدت الطبيعة المختلطة لعقود الشراكة العمومية – الخاصة، ففي قضية Aramco أكد المحكم على أن امتياز المناجم هو بمثابة عقد مختلط وخاص لا ينتمي إلى أي نوع من العقود المعروفة في القانون العام أو القانون الخاص، فهو من جهة يعتمد على ترخيص من الدولة، ومن جهة أخرى يقتضي اتفاق متبادل بين الدولة وصاحب الامتياز[21].

وفي نفس السياق نود أن نشير إلى أن هناك جانب من الفقه يرى أن هذا النوع من العقود تستمد طبيعتها القانونية المختلطة انطلاقا من التنوع الذي تعرفه بنودها والتي تجمع بين نظامين قانونين مختلفين؛ القانون العام ممثلا في البنود التنظيمية والقانون الخاص ممثلا في البنود التعاقدية.

فيما يخص البنود التعاقدية؛ فهي تخضع لمبدأ سلطان الارادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الأمر الذي يخلق نوعا من المساواة بين أطراف العقد دون أخذ بعين الاعتبار ما إذا كانت الإدارة طرفا في هذا العقد أو لا، لا يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة لهذه الأخيرة.

أما البنود التنظيمية؛ نتعلق بتنظيم وسير المرفق العام، يمكن للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة في حدود المصلحة العامة مع الإبقاء على حق الطرف الآخر في المطالبة بالتعويض.

---

[19] المرجع نفسه، ص 12.

[20] **عبد الرحمان الشرقاوي**، المرجع السابق الذكر، ص ص 44 و 45.

[21] **المؤيد محمد عبد الله**، المرجع السابق الذكر، ص 181.

على هذا الأساس، فإن عقود الشراكة العمومية الخاصة تستمد طبيعتها القانونية الخاصة، انطلاقا من التنوع الذي تعرفه في بنودها التعاقدية التي تجمع بين أنظمة قانونية مختلفة :القانون العام يتمثل في البنود التنظيمية، والقانون الخاص يتعلق بالبنود التعاقدية[22].

خاتمة

من خلال هذه الدراسة نصل في الأخير للقول أن عقود الشراكة العمومية – الخاصة تسعى الدول من خلالها إلى تحقيق النمو الاقتصادي، ذلك بالنظر إلى الخدمات التي تقدمها للأفراد، فمشاركة القطاع أو الشريك الخاص للدولة أو المؤسسات التابعة والممثلة لها يمثل شكلا من الأشكال الجديدة للاستثمار، والتي تهدف إلى تخفيف العبء على ميزانية الدولة وتوفير التمويل الضروري لإنشاء واستغلال المشاريع الاستثمارية.

كما توصلنا أيضا من خلال هذه الورقة البحثية إلى أن عنصر التكييف القانوني لهذه العقود له أهمية بالغة في تحديد الآثار القانونية سواء لمسألة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليها أو بالنسبة لتحديد الجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تثار بشأنها.

وبصفة عامة، فإنه من الصعب جدا إعطاء تكييف قانوني عام أو تحديد الطبيعة القانونية بدقة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سواء كان ذلك على الصعيد التشريعي والفقهي أو حتى على مستوى هيئات التحكيم المختلفة التي تهتم بهذا المجال، والسبب في ذلك يعود أساسا إلى كون أنها من العقود الحديثة نسبيا من جهة، ومن جهة أخرى كون أنها عقود مركبة تتم من خلال مجموعة من الاتفاقات والعقود التي تتسم بنوع من التعقيد فطبيعتها تختلف من عقد إلى آخر، وهو ما يجعلنا نؤيد في الأخير الاتجاه الذي يقر أن لها نظام متميز وخاص يختلف عن الأنظمة القانونية التقليدية المتعارف عليها في القانون العام والقانون الخاص.

[22] **الماحي فاطمة زهرة شريفة**، المرجع السابق الذكر، ص ص 46 و 47.