

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة جيلالي ليابس

سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

عقد الشراكة في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه في القانون تخصص

- قانون الإدارة العامة -

إشراف الأستاذ الدكتور:

مكلكل بوزيان

إعداد الطالب:

حريز أحمد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً

جامعة سيدي بلعباس

أستاذ التعليم العالي

كراجي مصطفى

مشرفاً ومقرراً

جامعة سيدي بلعباس

أستاذ التعليم العالي

مكلكل بوزيان

عضواً

جامعة سيدي بلعباس

أستاذ التعليم العالي

قاسم العيد عبد القادر

تاريخ المناقشة 2017/03/02

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى : " وَ قُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا " .
و قال أيضا : " يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ
وَ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ " .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " طلب العلم
فريضة على كل مسلم " .

وقال أيضا عليه الصلاة والسلام : " من سلك
طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقا
إلى الجنة " .

ويقول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه : "
تعلّموا العلم ، وعلمّوه النَّاسَ ، وتعلّموا له
الوَقَارَ والسَّكِينَةَ ، وتواضعوا لمن يعلمكم عند
العلم ، وتواضعوا لمن تعلّموه العلم ، ولا
تكونوا جبابرة العلماء ، فلا يقوم علمكم
بجهلكم " .

الإهداء

- ❖ إلى روح شهداء الجزائر الأبرار،
- ❖ إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي بحقهما، إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما، إلى والدي العزيزان أطال الله في عمرهما،
- ❖ إلى إخواني الأعزاء، أمين، عبد الرحمن والصغيرة بشرى،
- ❖ إلى كل زملائي طلبة مدرسة الدكتوراه قانون الإدارة العامة،
- ❖ إلى كل من سقط عن قلبي سهواً،

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

لا يسعني بعد الانتهاء من هذا العمل المتواضع سوى أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل البروفيسور مكلكل بوزيان، لوقوفه معي وتفضله بالإشراف على هذا البحث، فله مني جزيل الشكر.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ الدكتور لؤاجي مصطفى عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس ورئيس مشروع مدرسة الدكتوراه قانون الإدارة العامة، الذي لم يدخر جهدا مع باقي أساتذة المشروع على تقديم العون لنا و السهر على نجاحنا طيلة مدة التكوين.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من السيد أوملال علي المدير العام للقطاع العمومي التجاري بوزارة الصناعة والمناجم، وكذا السيدة ميصابجية فتيحة إطار بهوارة النقل والأشغال العمومية، اللذان لم يبخلا على تقديم المساعدة.

قائمة المختصرات:

PFI	Private Finance Initiative
DBFO	Design-Build-Finance-Operate
CP	Contrats de Partenariat
DSP	Délégations de Services Publics
METP	Marché d'Entreprises de Travaux Publics
PPP	Partenariats Public-Privé
BOT	Buid-Operate-Transfer
BOAMP	Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics
BOMOP	Bulletin Officiel des Annonces de l'Opérateur Public

المقدمة

شهد العالم في العقود الأخيرة نهضة اقتصادية كبيرة وشاملة تجلت في سعي حكومات معظم الدول إلى تحقيق مستوى معيشي أفضل وأحسن لمواطنيها، وذلك من خلال تحقيق قدر من التنمية الاقتصادية عن طريق القيام بإصلاحات مست جميع الميادين الاقتصادية، والتي تمثلت أساسا في تشجيع الاستثمارات سواء الوطنية أو الأجنبية التي تتطلب الوقوف والسهر على انجاز وإقامة مشاريع كبرى لتطوير وعصرنة البنى التحتية بحيث تعطي دفعة قوية لهذه الدول خاصة النامية وتجعلها في مصاف الدول المتقدمة، كما أنه يوجد ارتباط وثيق وعلاقة وطيدة بين النمو الاقتصادي وتطور البنى التحتية، فعدم حداثة هذه الأخيرة تؤدي إلى إعاقة تحقيق النمو الاقتصادي في الدولة والعكس صحيح، أي كلما كانت البنية التحتية متطورة وحديثة كلما ساعد ذلك إلى تحقيق النمو الاقتصادي، لأن إنجاز بنى تحتية حديثة ومتطورة يساعد على خلق جو ملائم لتحقيق تنمية وتقدم اقتصادي معتبر. وفي بداية ومنتصف القرن العشرين كانت حكومة الدولة هي التي تسعى وتبادر إلى إقامة مشاريع البنى التحتية، بحيث كانت هذه المشاريع في تلك الفترة الزمنية لا تمتاز بالتطور التكنولوجي ولا بالتعقيد نظرا لأن العالم لم يشهد التطور التكنولوجي كالذي يشهده اليوم، لكن في أواخر القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين الذي شهد تحقيق قفزة سريعة في مجال التكنولوجيا ومع سقوط الإتحاد السوفييتي وفشل الفكر الاشتراكي، الأمر الذي سهل على الوم.أ قيادة العالم وفق النمط الرأسمالي الذي يقوم على حرية انتقال رؤوس الأموال وحرية التبادل التجاري الذي أدى إلى ظهور مصطلح التجارة الدولية وظهور مصطلح العولمة، فإن إقامة مشاريع البنى التحتية أصبح يتميز بنوع من التعقيد نظرا لما يتطلب ذلك من تكنولوجيات حديثة، كما أنه يتطلب انفاق رؤوس أموال ضخمة لإنجازها قد تعجز الدولة أو إحدى شركاتها الوطنية عن القيام بذلك بسبب أنها قد تستنزف موارد مالية ضخمة تؤثر على ميزانية الدولة العامة، وبالتالي أدى ذلك إلى عجز الدولة وعدم تحمسها على القيام بذلك بالإضافة إلى أنها لا تمتلك الخبرة والكفاءة اللازمتين لإنشاء هذه المشاريع التي تتطلب حداثة والعصرنة، فكل ذلك أدى إلى تخلي الدولة الحديثة عن العمل بالكيفيات التقليدية المتمثلة في انجاز المشاريع وفق نمط تعاقدى متمثل في الصفقات العمومية التي غالبا ما تقوم على تمويل الدولة للمشروع بشكل كلي، والسعي لإيجاد حلول وأساليب جديدة تمكنها من القيام بذلك بالكيفيات التي تتلاءم والأوضاع الحديثة بهدف تحقيق رغبات مواطنيها المتجددة. ومن بين هذه الحلول اللجوء إلى إقامة شراكات مع الخواص تهدف إلى انشاء هذه المشاريع وذلك بـغية الاستفادة من القدرات والخبرات التي يمتلكها القطاع

الخاص في شتى المجالات وإيجاد أساليب للتعاون المشترك بين القطاعين خاصة في المجال الاقتصادي والمجال التنموي. وظهرت الشراكة عموماً لسبب مهم وهو حاجة الدولة لاستثمارات في مجال البنى التحتية التي تكلفها نفقات عالية جداً قد تعجز عن تغطيتها مما دفعها ذلك إلى القيام بشراكة مع القطاع الخاص، عن طريق قيام هذا الأخير بتمويل هذه المشاريع وإنجازها بهدف تحقيق حاجيات الأفراد وتحسين الخدمة العمومية، دون أن يؤثر ذلك على مالية الدولة، ويكون ذلك من خلال أدوار يتم من خلالها وضع الترتيبات التعاقدية بين الحكومة ممثلة في الإدارة العامة والقطاع الخاص في مشاريع معينة يكون الهدف منها إنجاز مشروع من مشاريع البنى التحتية يعد بمثابة مرفق عمومي تابع للدولة يقدم الخدمات الضرورية التي يطلبها الجمهور، بحيث تتكلف الإدارة العامة من خلال هذه العملية برسم السياسات العامة وإقامة الدراسات اللازمة لذلك ومتابعة الشريك الخاص، أما هذا الأخير فتتخصص مهمته في القيام بإنجاز مشروع الشراكة من تخطيط وتصميم وبناء وتمويل وتشغيل وصيانة، وتنتهي مهمته بنقل ملكية المرفق العام موضوع المشروع إلى الدولة التي تعتبر المالك الأصلي له، وهذه العملية تتم في عدة أشكال قانونية تدخل في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومن أهم هذه الأشكال القانونية يتمثل في عقد يبرم بين الطرفين السابقين تحت مسمى عقد الشراكة، فالكل يتكلم عن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لكن القليل من يعلم الكيفية التي تسير وفقها هذه العقود، فهي تدخل ضمن استراتيجيات الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية وتطوير البنية التحتية، بحيث يعتبر طريقة حديثة لإنجاز هذه المشاريع تختلف عن الأساليب التقليدية التي كانت الدولة تلجأ إليها في إقامة مشاريع البنى التحتية والتي لا يكون للقطاع الخاص أي دور في تمويل المشروع، ولكن في عقود الشراكة فإن سيرها يكون من خلال قيام الحكومة التي تسمى في هذا الإطار بالشريك العام بالتعاقد مع أحد أشخاص القانون الخاص الذي يسمى كذلك في هذا الإطار بالشريك الخاص بهدف إنجاز مشروع معين يكون بتمويل كلي من الشريك الخاص، وذلك بإتباع عدة عمليات ومراحل سبق وأن ذكرناها، كما تُمكن عقود الشراكة من الاستفادة من العديد من المزايا كالاستفادة من الكفاءات والخبرات التي يمتلكها القطاع الخاص ونقل التكنولوجيا الحديثة من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، وكذا استفادة الدولة من الناحية المالية من خلال نقل رؤوس الأموال الأجنبية إليها وعدم تأثير هذا النوع من العقود على ميزانيتها العمومية من خلال التزام الشريك الخاص بإنجاز المشروع من ماله الخاص، كما أن هذه العقود إنما تسعى إليها الدولة بهدف الحصول على خدمات ذات جودة عالية، لأن القطاع الخاص عن طريق امتلاكه للخبرة الكافية التي تمكنه من إنجاز هذه المشاريع فإنه أصبح أكثر كفاءة من القطاع العام في إنشاء مشاريع البنى التحتية

وإدارتها وفقا للنمط الذي يحقق مصلحة الطرفين معا ومصلحة الجمهور الذي ينتفع بالخدمات التي يقدمها المرفق العام موضوع المشروع. وقد اهتمت معظم دول العالم بهذا النوع من العقود و سارعت إلى التعاقد بهذا النمط في الفترة الأخيرة، والدليل الذي يبرر ذلك هو اقدم معظم دول العالم على اصدار قوانين خاصة تنظم أحكام التعاقد في إطار عقود الشراكة كبريطانيا وفرنسا والو.م.أ والصين ومصر وغيرها من دول العالم التي تعتبر السبابة في ذلك، والسبب في ذلك هو الأهمية البالغة لعقود الشراكة التي تعتبرها معظم الدول على أنها ايجابية من خلال المزايا المتعددة التي تمنحها للدولة من جهة وللقطاع الخاص من جهة أخرى، حيث أن الدولة تستفيد منها من خلال عدم تأثير انجاز المشاريع المقامة في إطار عقود الشراكة على ميزانيتها العامة وتحقيق خدمة ذات جودة عالية، والقطاع الخاص بدوره يستفيد منها من خلال تحقيق الأرباح. وبالتالي نستنتج أن عقد الشراكة يحتل مكانة هامة في العديد من المجالات كالمجال الاقتصادي والمجال التجاري خاصة فيما يتعلق بالتجارة الدولية وكذا المجال القانوني، إلا أن ما يهمننا من خلال هذا البحث هو دراسة عقد الشراكة من حيث المجال القانوني، وذلك من خلال تحديد طبيعته القانونية وكذا اجراءات ابرامه والحقوق التي يربتها باعتباره أحد أنواع العقود وكذا الطريقة المتبعة في تسوية المنازعات التي تنشأ عنه.

○ دوافع اختيار الموضوع :

إن عقد الشراكة الذي يشمل على العديد من المجالات كالمجال الإداري وكذا المجالين الاقتصادي خاصة أنه يرتبط بالاستثمار، وكذا التجاري، بحيث يعتبر هذين المجالين هامين في العصر الحديث خاصة في الجزائر التي تسعى في الوقت الراهن إلى تنويع مصادرها الاقتصادية وعدم الاعتماد على الاقتصاد الريعي فقط، وبالتالي فهي من خلال ذلك تبحث عن الحلول التي تخلصها من التبعية النفطية التي يقوم عليها اقتصادها، وعقد الشراكة يعتبر من بين هذه الحلول والتي سنقوم بالتطرق إلى ذلك وشرحه بالتفصيل في متن الموضوع، وبالإضافة إلى أن الحكومة الجزائرية لم تنظم أحكام عقود الشراكة في إطار قانوني خاص، كما ان هذا النوع من العقود غير معلوم لدى الكثير باعتبار أن العقود التي تبرمها الدولة معظمها عقود تقليدية تتمثل أساسا في الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة وغيرها، وباعتبار أنه عقد يبرم بين شخص من أشخاص القطاع العام وشخص من أشخاص القطاع الخاص الذي قد يكون هذا الأخير في معظم الأحيان من جنسية أجنبية مما يجعل عقد الشراكة يتميز بالطابع الدولي وبالتالي فإن ذلك يجعله يكتنف على بعض الغموض، فكل ذلك أدى بنا إلى اختيار هذا الموضوع ودراسته بكل حماس

باعتباره موضوع حديث وجديد، كما سنقوم بتسليط الضوء على هذه الظاهرة القانونية وتحليلها لمعرفة الآثار التي ترتبها والنتائج التي تحققها وأيضا لمعرفة ما يتضمنه من أحكام تختلف عن أحكام العقود التقليدية سواء كانت في مجال القانون الخاص أو في مجال القانون العام، كما سنبين كيفية تسوية النزاعات التي قد تنشأ بين طرفي العقد والتي لا يمكن تسويتها بالطرق المعروفة كتسوية النزاعات التي تنشأ بين طرفي العقود التقليدية من خلال اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة.

○ الإشكالية :

إن الإشكالية التي سنطرحها والتي سنسعى إلى الإجابة عنها هي كما يلي:

- ما مدى اعتبار عقد الشراكة الوسيلة القانونية الفعالة التي تسعى من خلالها الدولة الجزائرية إلى إقامة مشاريع بنى تحتية حديثة ومتطورة ؟

وسوف نقوم بالإجابة عن كل هذه الإشكالات المطروحة وذلك من خلال تطرقنا لأحكام عقود الشراكة وكيفية تطبيقه في الجزائر في إطار النظام القانوني الجزائري في متن الموضوع.

○ الهدف من الدراسة :

إن عقد الشراكة يعتبر من العقود التي تعود بالمنفعة الكبيرة على الدولة وعلى اقتصادها، فالدولة تعتمد في ذلك على اشراك القطاع الخاص في تحمل الجزء الأكبر من تنفيذ هذه العقود، وإن كان هذا النوع من العقود جديد في الجزائر بالإضافة إلى انه لا يوجد نظام قانوني خاص ينظم أحكامه، فبالنظر إلى الهدف من هذه الدراسة هو ابراز كيفية العمل والتعاقد في إطار عقود الشراكة من منظور التشريع الجزائري، وذلك من خلال تبين كيفية ابرام العقد والشروط المقررة في ذلك، وصولا إلى تبين أهم الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها طرفي العقد انتهاء بتوضيح كيفية تسوية المنازعات الناشئة عن ابرام هذا العقد. وذلك بعد تحديد ماهية العقد وكذا تبين المميزات التي تميزه عن العقود المشابهة له التي تبرمها الدولة وكذا ابراز الإيجابيات والنقائص.

○ المنهج المتبع في هذه الدراسة :

اعتمدنا في هذه الدراسة على اتباع المنهج التحليلي الوصفي، فالتحليل هو المنهج الذي اعتمدنا عليه بشكل أساسي ذلك لأننا بصدد تحليل ودراسة الأحكام القانونية لهذا التصرف القانوني المتمثل في عقد الشراكة الذي يعتبر حديث التطبيق نوعا ما خاصة في الجزائر، وذلك من خلال تبين كيفية العمل به في

إطار الاحكام القانونية المقررة في التشريع الجزائري والتي لها صلة وثيقة بعقود الشراكة، أما المنهج الوصفي فقد اعتمدنا عليه بصفة ثانوية ذلك لأننا بصدد وصف وتبيين النظام القانوني لعقد الشراكة.

○ الدراسات السابقة :

من أهم الدراسات السابقة التي مست موضوع عقد الشراكة والتي وقعت بين أيدينا ونحن بصدد جمع المراجع العلمية لانجاز هذا البحث والتي تعتبر ذات صلة علمية وثيقة بموضوع البحث هي:

- مذكرة ماجستير تحت عنوان عقد الشراكة الدولي للطالبة ادينارين سميرة الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الجزائر في سنة 2001، لكن هذا البحث عُولج في سنة 2001 بحيث منذ تلك الفترة إلى غاية يومنا هذا نعتبر انها مدة زمنية طويلة نوعا ما شهدت صدور العديد من القوانين وكذا التعديلات التي لها علاقة بعقود الشراكة.

- مذكرة ماجستير تحت عنوان اتفاقات الشراكة في اطار قانون الاستثمار الجزائري للطالبة شهرزاد سبتي الصادرة عن كلية الحقوق جامعة الجزائر في سنة 2012.

- مذكرة ماجستير تحت عنوان الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر للطالب لكل أمين الصادرة عن كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير لجامعة تلمسان، وهي مذكرة عولجت في إطار المجال الاقتصادي والتجاري بعيدا عن المجال القانوني، وذلك لأن تخصص الماجستير هو العلوم الاقتصادية وليس العلوم القانونية.

○ الصعوبات التي واجهناها بصدد إعداد هذا البحث :

من أهم الصعوبات التي واجهناها في إطار إعداد هذا البحث المتواضع هي كالآتي:

- عدم وجود نظام قانوني خاص ينظم أحكام عقود الشراكة في الجزائر، الأمر الذي جعلنا تأهين نوعا ما في تحديد كيفية إبرام هذه العقود، مما اوجب علينا الرجوع والاعتماد على بعض الأساليب والكيفيات التي تعتمد عليها الدولة في إبرام أهم العقود التي تكون طرفا فيها والتي عالجهما المشرع الجزائري في بعض التنظيمات القانونية وأبرزها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- انعدام مراجع وكتب جزائرية تعالج أحكام عقود الشراكة في إطار التشريع الجزائري مما ألزمتنا الاعتماد على بعض المراجع الأجنبية كالمصرية والفرنسية، وإسقاطها على التجربة الجزائرية في ظل غياب نظام قانوني خاص بعقود الشراكة في الجزائر، ولعل ذلك راجع إلى أن موضوع عقد الشراكة يعتبر موضوع حديث.

- قلة البحوث المتخصصة من مذكرات ماجستير وأطروحات دكتوراه في هذا الشأن.
- عدم الحصول على المساعدة الكافية من بعض الجهات الرسمية التي قصدناها، وذلك لعدة أسباب نذكر منها تحفظ أعوان وإطارات هذه الجهات عن الإدلاء بأي تصريح عن العقود التي تبرمها الدولة تحت ذريعة أن هذه العقود تعتبر من العقود التي تبرمها الدولة وبالتالي تعتبر سر من أسرارها التي لا يمكن البوح بها، باستثناء بعض المساعدة التي تلقيناها من إطارات في وزارة الصناعة والمناجم ووزارة النقل.

❖ وبعد كل ذلك فقد ارتأينا دراسة موضوع عقد الشراكة في التشريع الجزائري بالاعتماد على خطة مقسمة تقسيماً ثنائياً من فصلين كالآتي:

- الفصل الأول تحت عنوان الإطار النظري والمفاهيمي لعقد الشراكة.
- الفصل الثاني تحت عنوان الجوانب العملية والتطبيقية لعقد الشراكة.

الفصل الأول : الإطار النظري و المفاهيمي لعقد الشراكة

مقدمة الفصل:

إن موضوع الدراسة التي بين أيدينا هو عقد الشراكة في التشريع الجزائري لكن بالنظر إلى الطبيعة الدولية لمصطلح الشراكة، فإن ذلك لا يقتضي منا التطرق إلى دراسة عقد الشراكة في النموذج الجزائري فقط ، و إنما نسعى من خلال هذا الفصل إلى وضع دراسة شاملة لهذه الصيغة من العقود عن طريق التطرق إلى مختلف الأمثلة عن الدول التي كانت سباقة في هذا المجال ، و عليه سنسعى إلى الإلمام في هذا الفصل بجميع الأحكام المشتركة لعقد الشراكة من تعريف و خصائص و نماذج و أمثلة ، مع التوضيح أولاً كيفية نشأة هذا النموذج من العقود و مراحل تطوره، و بالتالي فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص للمبحث الأول عنوان ماهية عقد الشراكة نتناول فيه كل من التطور التاريخي ومفهوم عقد الشراكة كمطلب أول، ثم نتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد الشراكة وخصائصه ومبررات اللجوء إليه ، أما المبحث الثاني فسنخصصه لدراسة أهم المميزات التي تميز عقد الشراكة من العقود المشابهة له في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة بعض الأمثلة و النماذج عن هذا النوع من العقود في مختلف الدول التي شهدت قفزة نوعية في هذا المجال ونبين كذلك أهم النقاط السلبية و الايجابية لهذا العقد.

المبحث الأول : ماهية عقد الشراكة

سنتطرق في هذا المبحث إلى كيفية ظهور فكرة عقد الشراكة و التطورات التي شهدتها، مركزين على أهم الدول التي حققت تقدما مشهودا له في هذا المجال كالمملكة المتحدة و فرنسا و أيضا دون أن ننسى التجربة الجزائرية، ثم بعدها نبين مفهوم عقد الشراكة معرجين على أهم التعاريف التي أعطيت له و هذا في المطلب الأول، على أن نقوم في المطلب الثاني بدراسة الخصائص التي يمتاز بها عقد الشراكة و الطبيعة القانونية له وكذا المبررات التي تدفع معظم الدول إلى اللجوء إلى التعاقد بأسلوب عقود الشراكة.

المطلب الأول : مفهوم عقد الشراكة

نتناول في هذا المطلب تعريف عقد الشراكة وذلك من خلال دراسة أهم التعاريف التي أعطيت في هذا الصدد، لكن قبل ذلك لابد من التطرق إلى أهم التطورات التاريخية التي مر بها عقد الشراكة، وبالتالي فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة أهم التطورات التاريخية التي مر بها عقد الشراكة مبينين ذلك بالتطرق إلى أهم الدول التي عرفت قفزة هامة في هذا المجال، دون أن ننسى التطورات التي شهدتها هذا النوع من العقود في الجزائر، أما الفرع الثاني فسنعرضه لتعريف عقد الشراكة مبرزين أهم التعاريف اللغوية والفقهية.

الفرع الأول: نشأة وتطور عقد الشراكة

في هذا الفرع سوف نقوم بدراسة نشأة عقد الشراكة في مختلف دول العالم، و نتطرق من خلاله إلى أهم الدول التي ساهمت بشكل كبير في نشأته، بحيث من خلال ذلك يتبين لنا وجود قطبين عالميين متميزين في هذا الشأن و هما الدول الأنجلوساكسونية التي نجد على رأسها المملكة المتحدة و الدول اللاتينية التي نجد على رأسها فرنسا، و سنقوم بتوضيح كيفية نشأة عقود الشراكة في هاتين الدولتين، و باعتبار أن موضوع الدراسة هو عقد الشراكة في التشريع الجزائري فلا يجب أن نتجاهل تجربة الشراكة في الجزائر.

أولا: في المملكة المتحدة

كانت النشأة الأولى لعقد الشراكة في المملكة المتحدة في عهد حكومة مارغريت تاتشر¹، و لا نعرف عقود الشراكة في المملكة المتحدة بهذا الاسم و إنما تجلى تحت مسمى عقود الـ "PFI"²، و ظهرت عندما

¹ مارغريت تاتشر رئيسة وزراء بريطانيا من 1979 إلى 1990.

أوصت بعض الدراسات في عهد ذات الحكومة بضرورة السماح للقطاع الخاص بتمويل جزء من المشاريع التي ينشئها القطاع العام، و ذلك بهدف تخفيف عبء التمويل عن الحكومة³، حيث بموجب هذه الصيغة من العقود تعمل الحكومة على تقديم كافة التسهيلات للقطاع الخاص و كذا الحوافز اللازمة بغية الاستثمار في المشاريع العامة.

ظهرت عقود الـ "PFI" التي تعد اختصارا لكلمة Privat Finance Initiative و التي يقصد بها عن طريق الترجمة إلى اللغة العربية بمبادرة التمويل الخاصة، إبتداء من سنة 1987 و ذلك من خلال توقيع أول عقدين بهذا الأسلوب، الأول يتعلق بإنشاء جسر الملكة إليزابيث الثانية و الثاني يتعلق بإنشاء مشروع نفق الكنال (Channel tunnel) الذي يربط بين فرنسا و انجلترا⁴، وهناك من يرى أن تجربة الشراكة انطلقت في المملكة المتحدة في أواخر سبعينيات القرن الماضي، بعد حدوث أزمة ارتفاع أسعار النفط التي ظهرت كنتيجة للحرب العربية الإسرائيلية 1973، و من خلال هذه الأسباب أقرت الحكومة البريطانية آنذاك سياسة جديدة تهدف إلى مجابهة تدني أسعار النفط التي أثرت على عدة قطاعات من بينها قطاع الصحة، حيث عملت الحكومة على وضع مبالغ كبيرة من ميزانيتها بهدف إعادة هيكلة قطاع الصحة العمومية و تأهيله لتقديم خدمات أفضل، وذلك راجع إلى أن مرافق الصحة العمومية كانت تعتبر الوحيدة التي كانت تعاني من تهترئة بنيتها الأساسية التي تعود إلى سنوات الأربعينيات، الأمر الذي جعل من هذا القطاع عدم مواكبة التطورات التي شهدتها مختلف القطاعات الأخرى خاصة في مجال التصنيع و الإنتاج⁵.

لكن قبل هذا النظام كانت الحكومة البريطانية تعمل بنظام آخر في اطار عقود الشراكة ، والذي عرف تحت مسمى DBFO و هو اختصار لكلمة Design Build Finance Operate و التي تعني باللغة

² يقصد بعقود الـ PFI و هي اختصار لكلمة Private Finance Initiative، مشاركة القطاع الخاص في الانشاءات العامة و الاستغلال و الصيانة في مقابل مالي يحصل عليه من قبل الادارة العامة في حدود مبالغ شهرية أو نصف سنوية، و تعد هذه العقود التي تتواجد في دول المملكة المتحدة التي لا تعرف نظام القانون الاداري ، من العقود العامة التي تعطي للدولة بعض السلطات و الامتيازات و ليس من العقود الخاصة.

³ حماده عبد الرزاق حماده ، عقود الشراكة (ppp) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر سنة 2014 ، ص21.

⁴ عادل عبد العزيز السن، نماذج و تجارب للمشاركة بين النظامين العام و الخاص، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة

بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها ، شرم الشيخ، مصر ، ديسمبر 2011، ص256.

⁵ الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، معهد تنمية قدرات كبار الموظفين ، المدرسة الوطنية للإدارة ، تونس الدورة الرابعة تونس، ديسمبر 2010 جويلية 2011 ، ص 256.

العربية بلتخطيط - الإنشاء - التمويل - التشغيل، و كان هذا النوع من العقود هو المطبق بصورة أساسية إلا أن هذه الصيغة كانت تتميز بقيام الحكومة بنفسها بدفع رسوم استخدام هذه المرافق التي تم إنشائها في إطار صيغة DBFO، وهو ما يؤدي إلى تشابه بينها وبين عقود الامتياز إلا أن الفرق الوحيد بين هاذين العقدين هو أنه في العقد الأول تقوم الدولة بدفع الرسوم بهدف انتفاع الأفراد بخدمات المرافق، أما عقد الامتياز فيقوم الأفراد بأنفسهم تحت مسمى المنتفعين بدفع رسوم للاستفادة من خدمات المرافق، وطبق هذا العقد في مجال مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بإنشاء الطرق العمومية بحيث كانت الدولة تتولى دفع رسوم استخدام هذه الطرق، حيث تعرف هذه الطريقة بنظام الدفع System de peage⁶.

إن سياسة مبادرة التمويل الخاصة لم تتطلق بصورة فعلية إلا في سنة 1992 في عهد حكومة جون ماجور⁷، حيث قامت هذه الحكومة بإلغاء القواعد التي كانت سارية قبل ذلك و كذا التوقف عن العمل بنظام الـ"DBFO" حيث أن العقود المبرمة بموجب هذا النظام كانت تجعل الدور الأكبر في تمويل المشاريع من طرف الحكومة وتخصيص جزء بسيط من تمويل المشروع من طرف القطاع الخاص مما كان يثقل ميزانيتها⁸، و من خلال ذلك أمكن رصد ثلاثة نماذج من المشاريع التي كانت تتم في إطار عقود الشراكة، أولها يتمثل في مشاريع النفع العام التي كانت تمول بالكامل من طرف القطاع الخاص و تكون غالباً في مجال الطرق العمومية، و ثاني هذه النماذج هي مشاريع المرافق العامة التي تمول من طرف القطاع العام و نجدها غالباً في مجال المستشفيات و السجون، أما آخر هذه النماذج هي مشاريع الشراكة المختلطة التي تمول بالتعاون بين القطاعين العام و الخاص.

و التطبيق الأكثر لعقود الـ"PFI" في المملكة المتحدة نجده في مجال الصحة العمومية و بصورة أقل في مجال إنشاء المرافق التعليمية و السجون، و يعد الهدف الأساسي لهذه المبادرة هو تسهيل التعاون بين القطاعين العام و الخاص من خلال دمج القطاع الخاص بمختلف تخصصاته في المشاريع التي يتولاها القطاع العام من خلال تنفيذه لها و إدارتها، لكن تطبيق عقود الـ"PFI" وجد مقاومة من قبل بعض الإدارات التي لم تشأ تغيير طرق إدارتها للمرافق العامة و سبب ذلك هو أن هذا النظام "PFI" كان

⁶ رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين العمومي و الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010 ص22.

⁷ جون ماجور رئيس وزراء بريطانيا من 1990 الى 1997.

⁸ رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 20.

جديدا عليها، و بالتالي كانت تشكك في نجاحه بسبب عدم اتضاح مدى ربحيته ، و تزامن ذلك في وقت كان فيه قطاع الصحة في حاجة إلى السرعة في تطبيق عقود "PFI" بسبب تخفيض الحكومة لميزانية قطاع الصحة بنسبة بلغت 16.9% سنة 1996 مما سرع بإدخال هذه العقود حيز التطبيق، بحيث دفع هذا الإجراء المتمثل في تخفيض الحكومة من التكلفة المالية للمشاريع خاصة في قطاع الصحة، الاتحادات الكبرى في مجال العقود (MCG) و هي اختصار لكلمة Major Contractors Group إلى ممارسة الضغط على جهات الإدارة و خاصة في مجال الصحة بهدف تفعيل عقود "PFI" في الواقع العملي⁹، وقد اتجهت مختلف الإدارات إلى الإسراع بإبرام هذا النوع من العقود لأسباب مختلفة و متعددة، بالرغم من أن غالبية هذه الإدارات لم تفهم نظام "PFI" الذي يعتبر في مفهومه مجرد أداة تحديثها الدولة بغية تخفيض التزاماتها المالية و بالتالي أصبحت الحزمة العقدية لمشاريع المبادرة المالية الخاصة "PFI" هي الأداة الرئيسية في يد الحكومة لتقديم الخدمات العامة¹⁰.

ومن خلال ذلك يمكن اعتبار مبادرة التمويل الخاصة "PFI" على أنها برنامج حكومي ، و تتميز على أنها ليست عقدا محددتا بل هي عبارة عن مجموعة نوعية من العقود تهدف الى تشجيع و تحقيق إنشاء و إدارة المرافق العامة بمساعدة تمويلات القطاع الخاص، وهي تتميز أيضا على أنها عقود شاملة لمختلف العمليات من تصميم، بناء، تنفيذ، صيانة، تمويل و استغلال لمدة زمنية غالبا ما تكون طويلة في مقابل مالي محدد يحصل عليه المتعاقد من جهة الإدارة في صورة مبالغ شهرية أو نصف سنوية. وقد كان لجوء الحكومة الى هذا النظام هو اقتصادي بحت وذلك من أجل تحديث البنية التحتية الأساسية للدولة و التقليل من الإنفاق العام من خلال قيام القطاع الخاص بتمويل هذه المشاريع و فتح الطريق له من أجل المشاركة في الحياة الاقتصادية ، مما يؤدي إلى تقديم خدمات جديدة ذات جودة عالية لا يمكن للحكومة في بعض الأحيان من تقديمها، وتتجلى الميزة الأساسية لعقود الـ PFI هو أن الحكومة لا تصل إلى حد التخلي عن ملكية المشروع و بهذا فإنها تلجأ إلى القطاع الخاص بهدف تمويل هذه المشاريع و إدارتها دون أن تفقد ملكية المرفق المراد انجازه . وقد بلغ عدد العقود المبرمة في شكل الـ PFI إلى غاية سنة 2003، 563 عقد ووصل مجمل قيمتها إلى 35 مليار و نصف جنيه إسترليني.

⁹ رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص24.

¹⁰ كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين 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، ص131.

ثانيا : في فرنسا

ظهرت عقود الشراكة في فرنسا بص فترسمية في بداية القرن 21 وذلك مرورا بعدة مراحل سوف نأتي على ذكرها لاحقا، وظهرت هذه العقود تحت مسمى (CP) و هي اختصار لكلمة Contrats de Partenariat أي عقود الشراكة، و ذلك بخلاف الشراكة في بريطانيا الذي كما رأينا سابقا أنها ظهرت تحت مسمى PFI أي Private Finance Initiative، وقد تختلف التسميات إلا أن المعنى واحد و الهدف واحد، وهو اشراك القطاع الخاص في تمويل بعض المشاريع التي يسعى للقطاع العام لإنشائها.

و اتخذت عقود الشراكة الصورة العقدية بصفة رسمية في فرنسا بموجب الأ مر رقم 559-2004 المؤرخ في 17 جوان 2004¹¹، و بفضل هذه العقود كونت فرنسا عهدا جديدا بإضافة مجموعة المرافق العامة الإدارية و التي لا تدر أي ربح إلى نطاق تطبيق هذه العقود¹²، وذلك بسبب أن عقود الشراكة في فرنسا جاءت لإكمال النقص الموجود في عقود الصفقات العامة و عقود تفويض المرافق العامة فيما يتعلق بإمكانية الدفع المؤجل، و ذلك ما يمكننا من اعتبارها عقود إدارية و هذا ما جاء في نص المادة 01 من الأمر السابق الذكر¹³. و إذا كان سبب ظهور عقود الشراكة في المملكة المتحدة يعود لأسباب اقتصادية بحتة كما رأينا في الفرع الأول من هذا المطلب، إلا أن أسباب ظهور عقد الشراكة في فرنسا يرجع إلى أسباب قانونية خالصة، و يجب التوضيح إلى أن العقود الإدارية في فرنسا في الوقت الحالي تنقسم إلى ثلاثة أقسام و هي عقود الأشغال العامة (Marchés Publics) و تفويضات المرافق العامة (délégations de services publics) و عقود الشراكة (les contrats de partenariat)، ولكي نفهم أسباب ظهور عقود الشراكة في فرنسا يجب علينا أن نعود إلى الوراء قليلا و تحديدا في سنة 1963 في قضية ville de colombes حينما ثار نزاع حول التكاليف القانوني للعقد محل المنازعة المتعلق برفع المخلفات المنزلية مقابل مكافأة جزافية تلتزم الدولة بأدائها للمتعاقد ، حيث كيّف مجلس الدولة الفرنسي العقد على أنه مشروع مقاوله أشغال عامة، بالرغم من أن المتعاقد كان قد تولى إنشاء التجهيزات

¹¹ Ordonnance N°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats. Jorf N°141 du 19 juin 2004.

¹² Xavier Bezaçon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson , Marc fornacciri, les nouveaux contrats de partenariat public privé, analyses juridiques, problèmes financiers et comptables, conseils pratiques, le moniteur éd, paris 2005, p25.

¹³ Article1 : les contrats de partenariat son 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.

الأولية للمرفق العام و استغلال ذلك المرفق طول الفترة التعاقدية، حيث كان في السابق هذا العقد مكيف على أنه عقد التزام أشغال عامة concession de travaux publics و ليس عقد أشغال عامة¹⁴، و يعتبر قرار مجلس الدولة الصادر في هذه القضية كنشأة لعقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة (METP) و هي اختصار لكلمة Marché d'entreprises de travaux publics، و بناء على ذلك فيعتبر هذا العقد على أنه يبرم من طرف أحد أشخاص القانون العام مع شخص من أشخاص القانون الخاص بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام مع استغلاله و الاستثمار فيه طول مدة العقد في مقابل ثمن يترتب على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة تدفعه للمتعاقد في شكل دفعات في فترات زمنية منقطعة طول فترة العقد¹⁵، لكن بعد ظهور عقود تفويض المرافق العامة (Délégation de DSP (Services Publics) في فرنسا سنة 1993، ظهر هناك تشابه في أحكام عقود METP و عقود الـ DSP، حيث تقوم عقود METP بإسناد المتعاقد مع الإدارة مهمة إنشاء و استغلال المرفق العام مما أدى إلى اختلاط أحكام هذا العقد مع أحكام عقود تفويض المرافق العامة ، الأمر الذي أدى إلى حدوث مشكل في التطبيق ما بين هذين ال عقدين، كما تشابه عقد METP مع عقود الأشغال العامة ، و بقي الوضع على هذه الحالة إلى غاية 1996 حينما أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراره في قضية préfet des Bouches-du-Rhône الصادر في 15 أبريل 1996 المتعلق بالتكليف القانوني لعقد إداري يتعلق بجمع و نقل المخلفات المنزلية في مقابل أداءات مالية تتحملها جهة الإدارة، حيث جاء في قراره على أن هذا العقد لا يعتبر من قبيل عقود تفويض المرافق العامة و لا يدخل في طائفتها ، لأن المقابل المالي فيه و ان كان مجزءاً طول مدة العقد إلا أنه لا يرتبط بنتائج الاستغلال التي تقوم عليها عقود تفويض المرافق العامة، وإنما المقابل المالي في عقود الـ METP يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة من خلال دفعات مجزأة دورية تدفعها الإدارة بعد مرور كل مدة زمنية معينة، و بالتالي بقي غموض كبير يسود التكليف الحقيقي لعقود METP، و بقي هذا الوضع على هذه الحالة من الغموض إلى غاية سنة 2001 و تحديدا في 7 مارس 2001 تاريخ صدور تقنين الأشغال العامة الذي ألغى عقود METP حيث نصت المادة 94 منه على حضر إدراج شرط الدفع المجزأ في عقود الأشغال العمومية، وهو الأمر الذي يعني عدم مقدورية جهة الإدارة من إبرام عقود METP التي تقوم أساسا على مبدأ الدفع المجزأ طول مدة العقد، كما أنه قبل ذلك كان المشرع الفرنسي قد أخرج عقود METP من طائفة عقود تفويض المرافق

¹⁴ Voir conseil d'état français ,11decembre1963 ville de colombe, rec, p611.

¹⁵ رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 36.

العامّة، و بالتالي ألغيت هذه العقود كلياً، ولكن نظراً للأهمية القصوى و البالغة لهذه العقود بالنسبة للإدارة العامّة من الناحيتين الماليّة و الاقتصاديّة، قام المشرع الفرنسي بإعادة العمل بهذه العقود لكن في صيغة مختلفة و تحت مسمى آخر و هي عقود الشراكة (Contrats de partenariat) و جاء ذلك بموجب القانون رقم 591-2003 الصادر في 06 يوليو 2003 الذي أعطى الإدارة الحق في إبرام عقود مجزأة أو إجماليّة لإنشاء و استثمار و تمويل الإنشاءات العامّة أو إدارة و تمويل أحد المرافق أو القيام بهذه العمليات جميعاً، لكن المشرع بموجب هذا القانون لم يحدد شروط و قواعد و أحكام هذه العقود و إنما خول للحكومة إصدار أمر بتنظيمها ، و هذا ما أدى بعقود الشراكة (CP) بأن تحل محل عقود (METP)¹⁶ ، و هذا ما استدعى تدخلات تشريعية لاحقة لتنظيم عقد الشراكة بداية من صدور الأمر 559-2004 في 17 جوان 2004 السابق الإشارة إليه المسمى با لأمر المتعلق بعقود الشراكة les contrats de partenariat، و صدرت بعد ذلك العديد من المراسيم لتحديد مدى و مجال تطبيق الأمر 559-2004 السابق الذكر، نذكر منها المرسوم رقم 1119-2004 في 19 أكتوبر 2004 المتعلق باستحداث مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود¹⁷، و المرسوم رقم 1145-2004 بتاريخ 27 أكتوبر 2004 لتطبيق المواد 3 و 4 و 7 من الأمر 559-2004 المشار إليه سابقاً¹⁸، و المرسوم رقم 953-2005 الصادر في 09 أوت 2005 المعدل للمرسوم رقم 1145-2004 المشار إليه سابقاً¹⁹، كما أن الأمر 559-2004 الصادر في 17 جوان 2004 المتضمن عقود الشراكة، قد درجت عليه بعض التعديلات كان أهمها القانون رقم 735-2008 الصادر في 28 جويلية 2008 المتضمن عقود الشراكة، و كذا القانون 179-2009 الصادر في 17 فيفري 2009 المتعلق بتسريع البرامج الإنشائية و الاستثمارات العامّة و الخاصة، و كذا الأمر 137-2010 المؤرخ في 11 فيفري 2010 المتعلق بالعقود التي تبرمها الدولة و مؤسساتها العامّة في بعض أقاليم ما وراء البحار، و صدرت كل هذه التعديلات مجيزة لكل الأشخاص المعنوية العامّة و الأشخاص المعنوية الخاصة بإبرام هذا النوع من العقود و إدخاله حيز التطبيق.

¹⁶ رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص42.

¹⁷ Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, Jorf N°246 du 21 octobre 2004.

¹⁸ Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales, Jorf N°253 du 29 octobre 2004.

¹⁹ Décret n°2005-953 du 9 août 2005 portant modification du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales, Jorf N° 185 du 10 aout 2005.

و اعتبر عقد الشراكة في فرنسا الذي نظمت أحكامه بموجب الأمر 559-2004 السالف الذكر، كنوع جديد من العقود الإدارية في فرنسا و اعتبره البعض مزيج من عقود الأشغال العامة و عقود تفويض المرافق العامة²⁰، و منذ صدور هذا الأمر إلى غاية الوقت الحالي تم إبرام العديد من عقود الشراكة في مختلف القطاعات و تم انجاز العديد في إطار هذه الصيغة سوف تأتي على ذكرها لاحقا بمناسبة دراستنا لأهم نماذج عقود الشراكة في مختلف دول العالم.

ثالثا : في الجزائر

تعتبر الجزائر من الدول حديثة الاستقلال التي لجأت إلى استقبال الاستثمارات للحصول على رؤوس الأموال الأجنبية و إنشاء المشاريع الاقتصادية و التنموية للخروج من الخراب الذي خلفه الاستعمار.

و لم تقم الدولة الجزائرية بفتح الاقتصاد الوطني إلا في سنة 1989 حيث قبل ذلك أي منذ الاستقلال إلى غاية سنة 1989 كان النظام الاقتصادي الجزائري يمتاز بالانغلاق، حيث كانت الدولة هي المسير و المسيطر الوحيد على الاقتصاد الوطني، لكن مع صدور دستور سنة 1989 تم الانتقال من النظام الاقتصادي المنغلق إلى الاقتصاد المفتوح أو كما يصطلح عليه اقتصاد السوق²¹، الذي يقوم على مبدأ حركية رؤوس الأموال الأجنبية و حرية المبادلات التجارية، و بالتالي فيمكن اعتبار أن الانفتاح الاقتصادي في الجزائر حديث نسبيا و قد تطور بشكل سريع في السنوات الأخيرة .

عقود الشراكة في الجزائر نادت بها العديد الشخصيات البارزة في الجزائر مع مطلع القرن الحالي و على رأسهم الرئيس الجزائري عبد العزيز بوتفليقة، لكن هذه المبادرة كانت ضعيفة لأنها لم تتطور إلى حد وضع

²⁰ François berger, le partenariat public privé en frances, institution de estudios fiscales, presupuesto y gasto publico, 2006, p60.

²¹ جاء دستور سنة 1989 بأحكام جديدة غيرت من النظام الذي كان سائدا في الدولة الجزائرية قبل ذلك من بينها اقتصاد السوق بالرغم من عدم ذكره صراحة إلا أن دستور 1989 قد أشار إلى ذلك خاصة في نص المادة 30 منه التي جاءت على ما يلي "تتعهد المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الواجبات بازالة العقبات التي تعيق تفتح شخصية الانسان و تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية"، و يعتبر اقتصاد السوق أو كما يعرف بالاقتصاد الرأس المالي نظام اقتصادي تبنته الليبرالية الغربية الحديثة، وهو نظام يقوم على الحرية الفردية أي أن الفرد يعتبر حر في ممارسة أي نشاط و الحرية في الاختيار ما بين السلع و الخدمات ، كما أنه يقوم على مبدأ المنافسة الحرة و الملكية الخاصة لوسائل الانتاج و تحرير الأسعار من أي قيد دون أي تدخل من طرف الدولة الذي كان سائدا في ظل نظام الاقتصاد الشمولي لكن هذا لايعني غياب الدولة كليا عن النشاط الاقتصادي و انما دورها يكون مقتصر على الاشراف و المراقبة و تنظيم السوق الحرة و تهيئة المناخ العام لها.

نظام قانوني خاص ينظم و يحدد عقود الشراكة، حيث يتم التفاوض على هذه العقود في إطار قانون الاستثمار²²، لكن هذا القانون الأخير تعرض لنقد شديد من طرف المستثمرين كونه يتضمن العديد من القيود على مختلف الاستثمارات الوطنية و الأجنبية مما يؤدي إلى عرقلة الاستثمار، لكن بالرغم من ذلك و بالرغم من عدم وجود إطار قانوني ينظم أحكام عقد الشراكة إلا أنه تم إبرام بعض العقود من هذه الصيغة في عدة قطاعات، كقطاع المياه و الطاقة و الاتصالات و النقل.

و تجربة الشراكة في الجزائر لا تعتبر حديثة أو متزامنة أو مرتبطة بالانفتاح الاقتصادي و إنما هي قديمة و قد ارتبطت أساسا بقطاع الطاقة، حيث في البداية قامت الشركات الأجنبية المختصة في مجال الطاقة بإبرام عقود تنازل مع الحكومة الجزائرية لمدة 50 سنة على الأقل، وكان ذلك نتيجة للفراغ القانوني الذي كانت الجزائر تعاني منه هذا من جهة، و قوة المفاوضات التي كانت تتمتع بها هذه الشركات من جهة أخرى.

و كانت هذه الشركات الأجنبية تقوم بالتسيير الفردي للمشروع عبر كافة المستويات و كذا السيطرة على الأرباح و الانتاج و اقتصر رد فعل الدولة نتيجة هذه المزايا بفرض ضرائب على أرباح هذه الشركات ، و مع تغير الظروف كان لابد من هذه الدول أن تجد نظاما جديدا يتماشى مع طموحاتها الاقتصادية، فقامت باستبدال عقود التنازل بعقود الشركة المختلطة أو المشروع المشترك كوسيلة تسمح للدولة بالتحكم في النشاط الاقتصادي الأجنبي الذي يتم على ترابها ، و كان ذلك بموجب الأمر 71-22 المؤرخ في 1971/04/21 المتعلق بتحديد الإطار الذي يمارس فيه نشاط كل الشركات ذات الرأسمال الأجنبي وجاء هذا الأمر بمبدأين مهمين تمثلا في المشاركة بالأغلبية للمؤسسة العمومية المتمثلة في سونطراك بـ 51% على الأقل، كما نص المبدأ الثاني على منح دور المحرك و المسير لسونطراك²³.

²² قبل صدور القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة 2016، كانت الاستثمارات الوطنية والأجنبية خاضعة للأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 2001، الذي انتقده الكثير من المستثمرين ورجال الإقتصاد لتضمنه على العديد من القيود والعراقيل، كما انتقد أيضا بعد مرور مدة زمنية طويلة من صدوره على عدم مواكبته للمستجدات والتعاملات الإقتصادية الحديثة، إلى أن جاء القانون رقم 16-09 السابق الذكر الذي ألغى أحكام الأمر 01-03 باستثناء بعض المواد، والذي تضمن بعض الإمتيازات والتسهيلات التي تعتبر في صالح المستثمرين والتي سنأتي على ذكرها بالتفصيل في الفصل الثاني.

²³ إيدنارين سميرة ، عقد الشراكة الدولي ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص25.

لكن مع مرور الوقت ظهرت فكرة الشركة المختلطة أو المشروع المشترك عاجزة عن تحقيق تنمية اقتصادية للدول المعنية، لأن هذا المال الذي جاءت به الحكومة الجزائرية آنذاك كان يصرف للمحافظة على مصالح الدولة فقط و تجنب سيطرت الشركات الأجنبية وهيمنتها عليها، كما أنه لم يكن موجود إطار قانوني عام يحدد وينظم عمل هذه الشركة المختلطة و إنما استمد نظامها القانوني من الأحكام و التنظيمات الموجودة في قوانين مختلفة، و بقي الأمر على هذه الحال دون وجود حل يجنب الدولة هذه الطريقة التي تصب في صالح الشركات الأجنبية أكثر منه في صالح الدولة الجزائرية، الأمر الذي دفع الدولة إلى البحث عن نظام قانوني يصب في مصلحتها ومصلحة اقتصادها، وكان ذلك عن طريق البحث عن شركات أجنبية متعددة ذات طابع اتفاقي تسمح بإنشاء تعاون طويل المدى يلزم الأطراف على العمل في إطاره واحترامه، وكان الهدف من وراء ذلك هو تجنب الإطار القانوني ذو الطابع المؤسسي بكل تعقيداته، وكان انهيار أسعار النفط الحاد الذي نتج عنه أزمة اقتصادية في الجزائر نهاية ثمانينيات القرن الماضي العامل الذي شجع الحكومة آنذاك على ضرورة القيام بهذه الخطوة.

و عليه وبعد هذه الأحداث سعت الجزائر إلى العمل على المضي في هذه الخطوة بهدف جلب الاستثمارات الأجنبية و تشجيعها و تطويرها و ترقيتها، و أبرمت الحكومة في هذا الصدد العديد من الاتفاقيات نذكر منها²⁴:

- الاتفاق الجزائري الأمريكي الموقع في 22 جوان 1990 في إطار تشجيع الاستثمار²⁵.
- الاتفاق المبرم بين الجزائر و الاتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي في 24 أبريل 1991 المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات²⁶.
- الاتفاق الجزائري الفرنسي الموقع في 13 فيفري 1993 حول التشجيع و الحماية المتبادلتين للاستثمار²⁷.

²⁴ ايدنارين سميرة، المرجع السابق، ص40.

²⁵ مرسوم رئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الو.م.أ. المتعلق بتشجيع الاستثمار الموقع في 22 جوان 1990، ج ر رقم 45 سنة 1990 .

²⁶ مرسوم رئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الاتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 24 أبريل 1991، ج ر رقم 46 سنة 1991.

- الاتفاق الجزائري البلغاري حول الترقية و الحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع في 25 أكتوبر 1998²⁸.

- الاتفاق الجزائري الأندونيسي حول ترقية و حماية الاستثمار في 21 مارس 2000²⁹.

- الاتفاق الجزائري التشيكي حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار في 22 سبتمبر 2000³⁰.

- الاتفاق الجزائري الأرجنتيني حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات في 04 أكتوبر 2000³¹.

- اتفاقية الاستثمار بين وكالة ترقية الاستثمار و دعمها و متابعتها و شركة LNM HOLDING N.V.³².

- الاتفاق الجزائري النمساوي حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار في 17 يونيو 2003³³.

و بعد صدور دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989، عملت الحكومة على القيام بالعديد من الإصلاحات الإدارية و المالية و الاقتصادية عن طريق دخولها نظام اقتصاد السوق، وذلك بهدف تشجيع

²⁷ مرسوم رئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02 جانفي 1994 المتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية فرنسا المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار الموقع في 13 فيفري 1993، ج ر رقم 01 سنة 1994.

²⁸ مرسوم رئاسي رقم 02-132 المؤرخ في 07 افريل 2002 المتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية بلغاريا المتعلق حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 25 اكتوبر 1998، ج ر رقم 25 سنة 2002.

²⁹ مرسوم رئاسي رقم 02-226 المؤرخ في 22 يونيو 2002 المتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية اندونيسيا المتعلق حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 21 مارس 2000، ج ر رقم 45 سنة 2002.

³⁰ مرسوم رئاسي رقم 02-124 المؤرخ في 07 افريل 2002 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية و حكومة جمهورية التشيك المتعلق ب الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 22 سبتمبر 2000، ج ر رقم 25 سنة 2002.

³¹ مرسوم رئاسي رقم 01-366 المؤرخ في 13 نوفمبر 2001 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية الأرجنتين المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في 01 اكتوبر 2000، ج ر رقم 69 سنة 2000.

³² مرسوم تنفيذي رقم 02-108 المؤرخ في 03 افريل 2002 المتضمن الموافقة على اتفاقية استثمار ات و دعمها و متابعتها و شركة LNM HOLDING N.V، ج ر رقم 22 سنة 2002.

³³ مرسوم رئاسي رقم 04-327 المؤرخ في 10 اكتوبر 2004 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية النمسا المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار الموقع في 17 يونيو 2003، ج ر رقم 65 سنة 2004.

المستثمرين الخواص سواء الوطنيين أو الأجانب لدخول السوق الوطنية و الاستثمار فيها ، و تشجيع انسحاب الحكومة من الحياة الاقتصادية و تركها للسوق الحرة التي تقوم على مبدأ المنافسة ، و تم ذلك عن طريق تحويل المؤسسات الاقتصادية إلى هيئات متنقلة تسيرها قواعد التجارة ، و جعلت من عملية التعاقد هي التي تُشير و تُكون قواعد اللعبة الاقتصادية، و لإنجاح هذه العملية و تحقيق هذا الهدف الذي تسعى إليه، قامت الحكومة بإصدار جملة من القواعد القانونية سواء كانت مراسيم أو أوامر و نذكر منها ما يلي:

- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار³⁴، الذي فتح الاقتصاد الوطني على رؤوس الأموال الأجنبية و هو المرسوم الذي ألغى القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة³⁵.
- مرسوم تنفيذي رقم 94-19 المؤرخ في 07 أكتوبر 1994 المتضمن صلاحيات و تنظيم و سير وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها³⁶.
- الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى³⁷.
- الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية و هو القانون الذي فتح أهم المؤسسات العمومية أمام القطاع الخاص بهدف الاستثمار فيها³⁸.
- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار³⁹.
- الأمر 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المعدل و المتمم للأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار⁴⁰.

³⁴ المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار ج ر رقم 64 سنة 1993.
³⁵ القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها الملغى، ج ر رقم 35 سنة 1982.

³⁶ مرسوم تنفيذي رقم 94-19 المؤرخ في 07 أكتوبر 1994 المتضمن صلاحيات و تنظيم و سير وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها، ج ر رقم 67 سنة 1994.
³⁷ الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر رقم 07 سنة 1995.
³⁸ الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية، ج ر رقم 48 سنة 1995.
³⁹ الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر رقم 47 لسنة 2001.

- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار⁴¹، الذي ألغى الأحكام التي جاء بها الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار باستثناء المواد 06 و 18 و 22 منه المتعلقة بإنشاء الوكالة الوطنية للاستثمار والمجلس الوطني للاستثمار ومقر الوكالة الوطنية للاستثمار على التوالي.

و بالتالي من خلال هذه القوانين و غيرها أصبحت الحكومة الجزائرية ترحب بالاستثمارات الأجنبية و الوطنية، من خلال منحها كافة التسهيلات و الامتيازات الضريبية و التبسيط في الإجراءات الإدارية، لكن بالرغم من الجهود التي قامت بها الحكومة الجزائرية إلا أن جو الاستثمار في الجزائر مازال لم يرقى إلى المستوى المنتظر منه ، لأنه بالرغم من كل ذلك إلا أن غالبية المستثمرين يرون أن جو الاستثمار في الجزائر مازال لم يصل إلى المستوى الذي وصلت إليه بعض الدول كالبرازيل والصين و كذا الإمارات العربية المتحدة وتركيا وغيرها من الدول التي تعتبر السبابة في هذا المجال، و لهذا يجب إعادة النظر في الأحكام القانونية التي تنظم الاستثمارات الوطنية والأجنبية في الجزائر ، والتي يرى الكثير من المستثمرين على انها قوانين غير محفزة للاستثمار ، خاصة الأمر رقم 01-03 الذي كان في وقت قريب يعتبر الشريعة العامة للعمليات الاستثمارية في الجزائر قبل صدور القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، و ذلك لأنه كان يتضمن على العديد من القيود التي كانت تحول دون القيام باستثمارات في الجزائر، بحيث أنه كان يحكم الاستثمارات الوطنية والأجنبية المقامة داخل الجزائر في الفترة ما بين 2001 إلى غاية 2015 السنة التي بدأ فيها التفكير بتغيير قانون الاستثمار، وهي الفترة التي اعتبرها الصغير قبل الكبير على أنها فترة انتعاش الاقتصاد الجزائري وكذا كما كان يسميها البعض على أنها فترة البحبوحة المالية، هذا من جهة، و من جهة أخرى هو أن الحكومة الجزائرية أهملت تنظيم عقود الشراكة في تنظيم قانوني مستقل، بحيث توجد بعض العقود المبرمة بصيغة الشراكة إلا أنه لا يوجد إطار قانوني ينظمها، وهذا ما يؤدي إلى عدم وضوح الرؤية حول هذه العقود المبرمة فيما اذا كانت عقود شراكة أو عقود من نوع آخر، بالرغم من الأهمية البالغة لها و بالرغم من أنها تعتبر من أحد عقود الاستثمار الهامة التي تساهم في خفض التكاليف المالية للدولة من خلال ترك تمويل مشاريعها للقطاع الخاص ليتحملها.

⁴⁰ الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر رقم 47 لسنة 2006.

⁴¹ القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر رقم 46 لسنة 2016.

لكن المشرع الجزائري بالرغم من أنه لم يصدر قانون خاص بعقود الشراكة إلا أنه تطرق إليها في بعض القوانين الفرعية الأخرى ، و نذكر على سبيل المثال المرسوم التنفيذي رقم 13-320 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2013 الذي يحدد كفاءات اللجوء إلى التمويل الضروري لانجاز استثمارات أجنبية مباشرة أو بالشراكة⁴² ، حيث يبين فيه كفاءات تمويل مختلف المشاريع الاستثمارية سواء إن كانت عن طريق الاستثمار المباشر أو عن طريق الشراكة في الحالات الضرورية ، و أيضا المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيله و تنظيمه و سيره⁴³ ، حيث أشار المشرع في الفقرة السادسة من المادة 03 منه على أن المجلس يدرس مقاييس تحديد المشاريع التي تكتسي أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني و يوافق عليها و تعتبر مشاريع الشراكة من بينها ، بحيث تعتبر على أنها من المشاريع الهامة للاقتصاد الوطني، كما نذكر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و تنظيمها و سيرها⁴⁴ ، حيث نص المشرع في الفقرة 04 من المادة 03 منه على أنه من بين المهام التي تتكلف هذه الوكالة القيام بها ، أنها تقوم بوضع بنوك معطيات تتعلق بفرص الأعمال و الشراكة و المشاريع و ثروات الأقاليم المحلية و الجهوية وطاقاتها.

وتطرق المشرع الجزائري أيضا إلى عقود الشراكة بموجب الأمر رقم 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009⁴⁵ ، وذلك في نص المادة 53 الفقرة 03 التي تنص على أنه لا يمكن انجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية بنسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي، و يقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء ، و بالتالي بينت هذه المادة حصة الشريك الجزائري في إطار الشراكة التي حددها المشرع في نسبة 51%.

ولكن بالرغم من ذلك فتعتبر هذه القوانين ناقصة ، و إنما يجب العمل على إصدار قانون خاص بعقود الشراكة ينظم أحكامها وكفاءات اللجوء إليها و إجراءات إبرامها و تبيي صيغة المشاريع التي تخضع لها

⁴² المرسوم التنفيذي رقم 13-320 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2013 الذي يحدد كفاءات اللجوء إلى التمويل الضروري لانجاز استثمارات اجنبية مباشرة أو بالشراكة، ج ر رقم 48 سنة 2013.

⁴³ المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيله و تنظيمه و سيره، ج ر رقم 64 سنة 2006.

⁴⁴ المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و تنظيمها و سيرها، ج ر رقم 64 سنة 2006.

⁴⁵ الأمر رقم 09-08 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر رقم 44 سنة 2009.

و الأهداف المرجوة منها، أو على الأقل كنا ننتظر أن يتم معالجة أحكامها في باب مستقل في إطار القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار الجديد إلا أنه لم يحدث ذلك، و السبب في ذلك هو الأهمية الكبيرة التي تتميز بها هذه العقود، و بالتالي فيمكن القول أن تجربة الشراكة في الجزائر في بداية عهدها و لم ترى النور بعد مادام لا يوجد قانون خاص ينظمها.

الفرع الثاني : تعريف عقد الشراكة

إن مصطلح الشراكة هو مصطلح حديث متعدد الأوجه ذو أهمية متزايدة و هو مرتبط بأبعاد عديدة منها البعد القانوني والبعد الإداري والبعد الاقتصادي والبعد الاجتماعي ، و قد درس العديد من الفقهاء و الباحثين مفهوم الشراكة ضمن تعريفات مختلفة خاصة بهم دون الوصول إلى تعريف دقيق و موحد متفق عليه، كما أن مصطلح عقد الشراكة غير موحدة من طرف جمهور فقهاء القانون فمنهم من يسميه بعقد الشراكة و هي التسمية الشائعة لهذا النوع من العقود و نجدها خاصة في فرنسا، و منهم من يسميه بالشراكة بين القطاعين العمومي و الخاص (Partenariat Public-Privé) أو PPP، غير أن هذا المصطلح هو فرنسي الأصل لكن المشرع الفرنسي لا يجذب استعماله لأنه مصطلح شامل وواسع ، بحيث يرى الفقه الفرنسي على أن مصطلح (Partenariat Public-Privé) يضم العديد من الصيغ والمشاريع التي يتشارك فيها القطاع العام مع القطاع الخاص وسوف سنأتي على توضيح ذلك لاحقاً و نجده مستعمل في مصر و كندا، و منهم من يطلق عليها تسمية مبادرة التمويل الخاصة (Private Finance Initiative) و قد رأينا ذلك بصدد دراستنا لتجربة الشراكة في المملكة المتحدة بحيث تنفرد هذه الأخيرة بهذه التسمية، لكن بالرغم من الاختلاف في التسمية و الاختلاف في التعاريف إلا أنها تصب كلها في مفهوم واحد و هو أن الشراكة هي إحدى وسائل التعاون بين القطاع العام الحكومي و القطاع الخاص بغرض إنجاز مشروع معين لتحقيق أهداف معينة منها اشباع الحاجات العامة للأفراد لفترة زمنية محددة. و سنقوم من خلال هذا الفرع بدراسة أهم التعاريف التي قدمت في إطار هذا الموضوع من خلال التطرق إلى التعاريف التشريعية التي عالجتها مختلف تشريعات دول العالم وكذا الفقهية التي درسها بعض الفقهاء في هذا المجال، لكن قبل ذلك لابد من التطرق إلى التعريف اللغوي أولاً.

أولاً : التعريف اللغوي

عقد الشراكة هو مصطلح متكون من كلمتين: العقد و الشراكة.

و العقد هو إسم جمعه عقود.

والعقد قد يعني العهد، و قد يعني أنه اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما بتنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع و عقد الزواج و عقد العمل، و العقد مقترن بالتراضي أي يكفي لانعقاده اقتران القبول بالإيجاب⁴⁶.

أما الشراكة فهي تعتبر اسم وهي مأخوذة من لفظ أشرك - شارك، يقال أشركه في أمره أي أدخله فيه أي جعله شريكه، و يقال فلان يشارك في علم كذا أي له نصيب منه و يقال اشترك فلان في كذا أي دفع أجزا للانتفاع به، و يقال اشترك الرجلان أي كان كل منهما شريك الآخر في الشركة و الأرباح أي تشاركا أو اشتركا.

و عقد الشراكة في اللغة هو عقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل مشترك⁴⁷.

ثانيا: التعريف القانوني

إن التعريف القانوني يستلزم منا أن نعطي تعريف تشريعيًا و تعريفًا فقهيًا دون التطرق إلى التعريف القضائي لعقد الشراكة لانعدامه، وذلك لأن الشركاء في عقد الشراكة كما وضعنا سابقًا، غالبًا ما يتفقوا على اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بينهما، و ذلك ما يؤدي إلى عدم عرض النزاع على القضاء الوطني لإعطاء رأيه فيه.

أ- التعريف التشريعي:

تطرقت معظم تشريعات دول العالم إلى عقود الشراكة، فمنها من قامت بإصدار قانون خاص ينظم عقد الشراكة، و مثالها فرنسا و بريطانيا و بلجيكا و مصر و السعودية و تونس، و منها من لم تقم بعد بإصداره مثل الجزائر التي تشهد تأخرًا في هذا المجال، و سوف نعطي مثالًا واحدًا عن الدول الأوروبية و المتمثلة في فرنسا و مثالًا آخر عن الدول العربية و المتمثل في مصر، كما سنتطرق إلى المثال الجزائري رغم عدم وجود قانون خاص به إلا أن المشرع الجزائري تطرق إليه في بعض الجوانب.

1 - في فرنسا:

⁴⁶ معجم المعاني الجامع ، عقد الشراكة/ar-ar/dict/ar-ar/www.almaany.com.

⁴⁷ المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة 2003، ص 341.

عرف المشرع الفرنسي عقد الشراكة بعد إصداره للأمر رقم 2004-559 المؤرخ في 17 جوان 2004 المتعلق بعقود الشراكة، بموجب المادة الأولى منه، حيث نص على ما يلي: "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"⁴⁸.

نلاحظ ان المشرع الفرنسي كان واضحا من خلال هذه المادة، حيث اعتبر عقد الشراكة من العقود الإدارية، على أساس أن الدولة أو أحد المؤسسات العمومية التابعة لها تعتبر طرفا في العقد، بحيث توكل طرف آخر مع عدم ذكر المشرع الفرنسي في أي مجال يكون هذا الطرف إلا أنه عموما يكون يمارس نشاطه في مجال القانون الخاص، مهمة شاملة تتضمن تمويل الاستثمار و إنشاء المشروع و الأشغال و التجهيزات اللازمة لقيام هذا المشروع مع تحويل ملكيتها للدولة عند انتهاء مدة العقد.

2 - في مصر:

عملت الحكومة المصرية منذ النصف الثاني من العقد الماضي على وضع سياسة جديدة لتفعيل برنامج مشاركة القطاع الخاص في الاستثمار و تمويل مشاريع البنية التحتية، و تهدف هذه السياسة للحد من اقتراض الدولة و تخفيف العبء عن ميزانيتها و زيادة كفاءة الخدمات العامة المقدمة إلى المواطنين المصريين.

و توجت جهودات الحكومة المصرية سنة 2010 بإصدار القانون رقم 67 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العام⁴⁹، و قد عرف المشرع

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

المصري عقد الشراكة بموجب هذا القانون في الفقرة 06 من المادة الأولى منه، حيث جاء هذا التعريف 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 و تقديم الخدمات و التسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام طول فترة التعاقد.

و الظاهر أن المشرع المصري اختلف مع المشرع الفرنسي في الصياغة لكن أتفق معه في المعنى، حيث اعتبر هو أيضا أن عقد الشراكة هو من العقود الإدارية باعتبار أن الجهة الإدارية أحد أطرافه تبرمه مع أحد أشخاص القانون الخاص الذي اصطلح عليه بشركة المشروع و تتكفل هذه الأخيرة بتمويل المشروع و انجازه و تجهيزه و صيانتته.

كما تنص المادة 02 في فقرتها الثانية على أنه لا يجوز أن نقل مدة العقد عن خمس سنوات و لا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء و التجهيز و إتمام أعمال التطوير، كما أن الثمن يعتبر جوهريا في هذا العقد حيث نصت هذه المادة على أنه لا يمكن أن تقل قيمة العقد الإجمالي عن مائة مليون جنيه مصري و بالتالي لو كانت قيمة العقد أقل من ذلك فلا يمكن أن يبرم عقد شراكة في مفهوم هذا القانون.

و في هذه النقطة اختلف المشرع المصري عن المشرع الفرنسي حيث أن هذا الأخير لم ينص على الحد الأدنى للقيمة المالية حتى يتم بموجبها إبرام عقد الشراكة، كما اختلف المشرع المصري مع المشرع الفرنسي أيضا في التسمية فهذا الأخير اصطلح على هذا النوع من العقود بعقد الشراكة وأما المشرع المصري فقد اصطلح عليه بعقد المشاركة، والظاهر لأي شخص أن المصطلحان هما واحد لتشابههما، إلا أن هناك فرق جوهري بين هذين المصطلحين حيث أن عقد الشراكة أو باللغة الفرنسية *le contrat de partenariat* هو المفهوم الأصح لأنه يندرج تحت هذه التسمية صيغة واحدة أو نوع واحد من العقود ألا وهو عقد الشراكة، أما مصطلح عقد المشاركة فيدخل في تسميته كل العقود التي يشترك كل من القطاع العام و القطاع الخاص في إبرامها و تنفيذها وهو ما يصرطح عليه باللغة الفرنسية بـ *partenariat public-privé* أو PPP، و هو ما يمكن أن نعني به المفهوم الموسع للعقود التي يتشارك فيها كل من القطاع العام و القطاع الخاص و من بينها عقود امتياز المرافق العامة و عقود البوت

(BOT) التي يرى البعض أنها صورة مطورة وحديثة لعقود امتياز المرافق العامة⁵⁰، وكذا عقود الشراكة و غيرها من العقود التي يتشارك فيها القطاع العام و القطاع الخاص، وعلى هذا الأساس تجنب المشرع الفرنسي هذه التسمية نظرا لطابعها الموسع وأدرج ضمن هذه التسمية العديد من العقود في مجال النظام القانوني الفرنسي وأدخل عقود الشراكة في دائرة هذه العقود، ويمكن أن نذكر منها بالإضافة إلى عقود الشراكة التي تعد في نظر فقهاء القانون الإداري الفرنسيين الأكثر وضوحا من غيرها من العقود التي تدخل في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP (partenariat public-privé)، مايلي⁵¹:

- عقود تفويض المرافق العامة، (Délégation de Service Public) DSP،
- عقد التأجير طويل المدى، (le Bail Emphytéotique Administratif) BEA،
- ترخيص التملك المؤقت، (l'Autorisation d'Occupation Temporaire) AOT،
- التأجير مع خيار الشراء، (la Location avec Option d'Achat) LOA،
- عقد تأجير مستشفى طويل المدى، (le Bail Emphytéotique Hospitalier) BEH.

3 - في الجزائر:

المشرع الجزائري كما رأينا في إطار دراستنا في المطلب الأول تحت عنوان نشأة عقد الشراكة وكما بينا في الفرع الثالث منه ، أنه لم ينظم عقود الشراكة بموجب قانون خاص بها على الرغم من أن الحكومة الجزائرية أبرمت العديد من العقود في صيغة عقود الشراكة مع متعاملين يمارسون نشاطهم في مجال القانون الخاص سواء كانوا متعاملين أجنب أو وطنيين، وبالتالي تخضع أحكام عقود الشراكة في الجزائر إلى القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار الجديد، وسابقا الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى، باعتبار أن عقد الشراكة يدخل ضمن عقود الاستثمار، كما كان يعتبر الأمر 03-01 السالف الذكر وحاليا القانون رقم 09-16 السابق الذكر الإطار القانوني العام الذي يحكم الاستثمارات في الجزائر، وخضوع عقد الشراكة لهذين القانونين انما يكون من حيث كيفية إبرام العقد و إجراءات هو الأهداف المراد تحقيقها والمزايا والضمانات الممنوحة للشريك الخاص.

⁵⁰ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص48.

⁵¹ Xavier Bezançon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciarì, op, cit, p 82.

وتتص المادة الأولى من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه يهدف هذا القانون إلى تحديد النظام المطبق على الاستثمارات الوطنية و الأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع و الخدمات، وتحليل هذه المادة نجد أن الشرط الأول منها ينص على أن هذا الأمر يطبق على كافة الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وعقد الشراكة يعتبر نوع من أنواع هذه الاستثمارات بحيث يمكن أن يبرم من طرف متعامل متعاقد سواء كان وطني أو أجنبي، وتهدف هذه الاستثمارات إلى إنجاز نشاطات اقتصادية منتجة للسلع و الخدمات وهذا ما يعتبر أحد الأهداف التي يبرم من أجلها عقد الشراكة، لكن نؤكد على أنه مادام لا يوجد تقنين خاص بعقود الشراكة في التشريع الجزائري فلا يمكن اعتبار أن المفهوم الذي قدمته المادة الأولى من القانون 16-09 هو مفهوم تشريعي لعقد الشراكة.

ب- التعريف الفقهي:

تعددت وتنوعت التعريفات الفقهية لعقد الشراكة و لعل السبب في ذلك يرجع إلى حداثة هذه العقود و انتشارها الواسع في الفترة الأخيرة على المستوى الدولي، بيد أنه على الرغم من تعدد هذه التعريفات وكثرتها إلا أن جميعها تتناول فكرة واحدة وهي أن يقوم أحد أشخاص القانون العام بالتعاقد مع شخص من أشخاص القانون الخاص لإنجاز مشروع معين بتمويل هذا الأخير حتى تتجنب الحكومة مبالغ طائلة لإنجاز هذا المشروع، لذا ونظرا لتعدد هذه التعريفات سنقوم بإعطاء الأهم مما قيل عنها.

و بداية نستهلها بالتعاريف التي قدمها فقهاء القانون الفرنسيين حيث يرى كل من الأستاذ بيزينسون كسافييه ولوران دوراي وروجير فيزلسون ومارك فورناسياري ، 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 بناء 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 والخاص⁵².

أما لدى فقهاء القانون المصريين فقد عرف الدكتور حمادة عبد الرزاق حمادة عقد الشراكة 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 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 المشرع⁵³.

و يرى الأستاذ عمر سليمان أن مصطلح الشراكة ليس مصطلحا قانونيا، بل هو نتاج تطور السياسات الرامية إلى تحسين بيئة الاقتصاد و تشجيع النمو الاقتصادي من خلال تحسين كفاءة الخدمات المقدمة له و بالذات البنية الأساسية، و تمثل مشاركة القطاع الخاص للحكومة في تقديم خدمات البنية الأساسية نمطا جديدا و منهجا مستحدثا في أدبيات الاستثمار و المالية العامة، و كون الشراكة بأنها آلية تهدف إلى تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى كيان قانوني خاص يسمى بشركة المشروع بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى اتفاق الشراكة، فتلتزم 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 إجراءات⁵⁴.

وذهب الدكتور أحمد سيد أحمد محمود على أن الشراكة تعني الجمع بين تلبية حاجة الجمهور الذي يعد هدف القطاع العام و كفاءة القطاع الخاص و موارده لخلق فرص السوق التي يتم من خلالها تلبية حاجة الجمهور و الربحية في ذات الوقت، وقد عرف 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

⁵² Xavier Bezançon, Lavrent Deru, Roger Fiszelson, Marc Fornacciarì, op.cit, p 21.

⁵³ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة ، المرجع السابق، ص103.

⁵⁴ 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.

إذن تعني التعاون لانجاز مشاريع مشتركة بين الدولة أو المؤسسة العمومية أو الجماعات المحلية من جهة و المقاولات الخاصة من جهة أخرى ، و هذه الشراكة تنظم بواسطة عقد بموجبه تعهد الحكومة إلى شركة المشروع لتمويل و إنشاء و تجهيز مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة و إتاحة خدماتها أو تمويل و تطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره و تقديم الخدمات و التسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للاستخدام في الإنتاج و تقديم الخدمة بانتظام طول فترة التعاقد⁵⁵.

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 المسؤوليات⁵⁶، كما ذهب الدكتور محمد عبد الخالق محمد الزغبى إلى أن تعريف عقد 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 النفاعل لتوظيف إمكانياتها البشرية و المالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية على أساس من المشاركة والالتزام بالأهداف وحرية الاختيار و المسؤولية المشتركة والمساعدة 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 أفضل⁵⁷.

ويمكن تعريف عقد الشراكة على أساس أنه عقد دولي بحيث أن أصل استعمال كلمة شراكة كان لأول مرة من طرف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية (CNUCED) في نهاية الثمانينات، وبإضافة الصفة الدولية لعقد الشراكة، فيمكن تعريفه على أنه عقد أو اتفاق بين طرفين أو أكثر قائم على التعاون فيما بين الشركاء ويتعلق بنشاط إنتاجي أو خدماتي أو تجاري على أساس ثابت و دائم وملكية مشتركة، ولا يقتصر هذا التعاون على مساهمة كل منهما في رأس المال فقط، وإنما أيضا المساهمة الفنية الخاصة بعملية الإنتاج و استخدام براءة الاختراع والمعرفة التكنولوجية والمساهمة كذلك في كافة عمليات و مراحل الإنتاج

⁵⁵ أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2013، ص11.

⁵⁶ كاميليا صلاح الدين، المرجع السابق، ص 139.

⁵⁷ محمد عبد الخالق محمد الزغبى، 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.

و التسويق مع تقاسم الطرفان المنافع و الأرباح التي تتحقق من هذا التعاون طبقا لمدى مساهمة كل منهما⁵⁸.

ودائما نبقى في الطابع الدولي لعقد الشراكة، حيث يرى البعض⁵⁹ على أن عقد الشراكة هو عقد دولي يتميز بالطبيعة الصناعية مثلما ذهب إليه الأستاذ Touscoz، الذي اعتبر عقود الشراكة على أنها عقود دولية مركبة طويلة المدى، وأعطى هذا الفقيه الطبيعة الدولية لعقد الشراكة ، بحيث يرى أنه لا يمكن تعريفه لا بواسطة أطرافه المتمثلين في الهيئة العامة والهيئة الخاصة لأن الأمر يتعلق بعلاقة دولية، ولا بواسطة محلها بسبب الطابع المبهم غير الواضح ، وبالتالي فيعرف عقد الشراكة على أنه من العقود الصناعية الدولية تتمثل في كل عملية صناعية تقوم بين المتعاملين الدوليين للوصول إلى أهداف محددة اشتراكا بالوضع المشترك لعدد من الوسائل المادية والمالية والبشرية ، واعتبر الأستاذ Touscoz أن هذا التعريف يعتبر الأحسن الذي يمكن إعطاؤه لعقد الشراكة لأنه يبين العناصر الجوهرية فيه المتمثلة في تحقيق أهداف مشتركة بواسطة وسائل مشتركة.

أما إذا أردنا أن ندخل عقد الشراكة في الميدان الاقتصادي ، فيمكن أن نعرفه تحت هذا الغطاء على أنه يعتبر نشاط اقتصادي ينشأ بفضل تعاون أشخاص ذوي مصالح مشتركة لانجاز مشروع معين، ويمكن أن تكون طبيعة التعاون تجارية أو مالية أو تقنية أو تكنولوجية أو تعاون دولتان أو أكثر في نشاط إنتاجي أو استخراجي أو خدماتي، حيث يقوم كل طرف بالإسهام بنصيب من العناصر اللازمة لقيام هذه الشراكة، وقد يتخذ هذا التعاون المشترك شكل إقامة مشاريع جديدة أو زيادة الكفاءة الإنتاجية لمشاريع قائمة فعلا عن طريق إدماجها في مشروع مشترك لا يخضع لإدارة جديدة.

وبعد تقديمنا لبعض التعاريف التي أعطاها بعض فقهاء القانون لعقد الشراكة وكذا مختلف التشريعات الدولية فنستنتج أنهم اختلفوا في ذلك و لم يستقروا على تعريف موحد لعقد الشراكة، ويمكن الرجوع لأي منها لتقاربها في المفهوم، ونلخص في الأخير من وجهة نظرنا ومن زاوية عامة إلى إعطاء تعريف شامل لعقد الشراكة، وهو أنه عقد إداري يربط بين شخص من أشخاص القانون العام يصطلح عليه بالشريك العام و شخص من أشخاص القانون الخاص يصطلح عليه بالشريك الخاص، يعهد من خلاله هذا الشريك

⁵⁸ بوزكري جمال، الشراكة بين الجزائر و الاتحاد الأوروبي وتأثيرها على الاقتصاد الجزائري، رسالة ماجستير في الاقتصاد الدولي، جامعة وهران، 2012-2013، ص 75 .

⁵⁹ إدينارين سميرة ، المرجع السابق، ص 53.

العام الذي قد يتمثل في الدولة أو إحدى جماعاتها المحلية أو المؤسسات العمومية التابعة لها إلى الشريك الخاص للقيام بمهمة شاملة لإنجاز أحد مشاريع البنية التحتية ، وغالبا ما تكون مشاريع تتطلب من الدولة أموال ضخمة لا يمكن لها تغطيتها فتلجأ بذلك إلى الشريك الخاص ليقوم هذا الأخير بتمويل هذا المشروع على نفقاته وانجازه وتجهيزه فضلا عن إدارته وصيانته وتحويله إلى ملكية الدولة في نهاية مدة التعاقد ، ويكون ذلك في مقابل مبالغ مالية يلتزم الشريك العام بدفعها إليه بصفة دورية قد تكون كل ستة أشهر أو كل سنة أو حسب ما أتفق عليه الطرفان في العقد، و قد تمتد مدة العقد إلى مدة زمنية تحدد باتفاق الطرفان وغالبا ما تكون طويلة بحيث قد تمتد من 5 سنوات إلى 30 سنة، كما تحدد هذه الرابطة التعاقدية حقوق والتزامات كل طرف وكذا تقاسم مخاطر المشروع وكيفية تسوية النزاعات التي قد تنشأ بينهما خلال فترة تنفيذ العقد.

ونستنتج من خلال هذا التعريف المقدم أن الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص يجب أن تتم في شكل رابطة تعاقدية وذلك حتى يتضح لنا الهدف منها وكذا المجال الذي تستهدفه ، كما أنها تساعد على تبيين هوية طرفي العقد الذي يجب أن يكون أحدهما شخص من أشخاص القانون العام حتى يمكن القول أننا أمام عقد الشراكة، أما إذا لم تأخذ الشراكة الطابع التعاقدية فلا يمكن القول أننا أمام عقد شراكة، وبالتالي يمكن استبعادها من الشراكة التعاقدية وإدخالها في نطاق الشراكة الموسعة أو ما يصطلح عليه البعض بالشراكة الاتفاقية (l'Accord de l'Association) ، كما انه يوجد نوع آخر من عقود الشراكة لكن لا يكون الشريك المتمثل في الشخص العام طرفا فيها، وإنما تكون بين الخواص فقط، وهي ما يصطلح عليها بالشراكة المؤسساتية (Partenariat Sociétaire) التي تبرم في إطار القانون الخاص، ومن خلال ذلك يمكن أن نستنتج أن هناك فرقا بين عقود الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص مع ما يصطلح عليه بالشراكة المؤسساتية، وأيضا بينها وبين الشراكة الاتفاقية.

ف عقود الشراكة أو (les contrats de partenariat) يكمن الفرق بينها و بين الشراكة المؤسساتية (Partenariat Sociétaire) في أن هذه الأخيرة تكون خاضعة في طريقة إبرامها لأحكام القانون الخاص، أي تكون بين مؤسستين تعملان في نطاق القانون الخاص، وبالتالي فهي تعتبر عقود خاصة، وتتم بين المؤسسات التجارية بصفة عامة ولا يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، أما عقود الشراكة موضوع دراستنا فهي تخضع لأحكام القانون العام كمبدأ عام وكذا في بعض الجوانب لأحكام القانون الخاص كاستثناء، ويكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام كطرف أول وأحد

أشخاص القانون الخاص كطرف ثاني، وذلك حتى يمكن أن نعتبر أننا أمام عقود شراكة بين القطاعين العمومي والخاص، أما الاختلاف الثاني يتمثل في أن الشراكة المؤسسية تبرم وفقا لعقد تجاري و بالتالي فهي أيضا تتضمن الشكل التعاقدى لكن ليس الشكل المقصود في عقود الشراكة، وإنما يتم افرغ الاتفاق بين المؤسسات في الشكل التعاقدى فقط بهدف حماية حقوق الأطراف وتحديد الأهداف ، ولا يكون لأي منهما على الآخر امتيازات بأي شكل من الأشكال ، وتكون جميع الأطراف متساوية إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك أو كانت مساهمة الشركاء تختلف من شريك لآخر، وبالتالي فهي غير محددة وغير مضبوطة و تخضع للمبدأ العام المعمول به في مجال القانون الخاص ألا وهو أن العقد شريعة المتعاقدين، أما عقود الشراكة موضوع دراستنا، فهي التي يكون أحد أطرافها شخص عام وتبرم عن طريق عقد إداري باعتبار أن الإدارة تكون طرفا فيه مستعملة في ذلك امتيازات السلطة العامة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، وعليه لا يكون مركز الشريك الخاص مساوي لمركز الشريك العام كقاعدة عامة وإنما يكون للشريك في القطاع العام بعض الامتيازات على الآخر.

أما الفرق بين عقود الشراكة و الشراكة الاتفاقية ، فمن خلال التسمية بالفرنسية يظهر لنا الاختلاف بينهما، بحيث أن عقود الشراكة تسمى بـ *les contrats de partenariats*، أما الشراكة الإتفاقية فتسمى بـ *l'accord de l'association*، فعقود الشراكة تكون عن طريق إبرام عقد و هذا العقد يكون محدد المجال و محدد الأطراف و محدد المدة، وهي تستهدف نشاطا معيناً عن طريق إشراك ال قطاع الخاص فيه مباشرة من خلال تمويله وتسييره، أما الشراكة الاتفاقية فهي لا تتم عن طريق إبرام عقد و إنما باتفاق الأطراف التي قد يتعدى الاثنان بخلاف الشراكة العقدية التي لا يمكن أن تكون بين أكثر من طرفين و هما الشريك في القطاع العام و الشريك في القطاع الخاص ، و كذلك تعتبر الشراكة الاتفاقية أوسع من الشراكة العقدية وقد تشمل على عدة مجالات و تكون غير محددة المدة ، ومثالها الشراكة الأورو-متوسطة وكذا الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية التي أبرمت في فالنسيا في أبريل 2002، والتي دخلت حيز النفاذ في الجزائر إلى غاية 01 سبتمبر 2005، والتي جاءت بهدف انشاء منطقة للتبادل الحر في مختلف المجالات الاقتصادية والتجارية والمالية والاستثمارية والاجتماعية والثقافية، و تندرج هذه الاتفاقية في إطار مشوار برشلونة الذي دعت إليه المجموعة الأوروبية بغرض تطوير علاقات التعاون مع

بلدان الضفة الجنوبية للبحر الأبيض المتوسط بغرض انشاء منطقة ازدهار مشتركة على المدى الطويل⁶⁰.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ومبررات اللجوء إليه و خصائصه

يتناول في هذا المطلب الطبيعة القانونية لعقد الشراكة فيما إذا كان عقد إداري أو عقد ذو طبيعة أخرى في الفرع الأول منه، ثم نأتي بعدها على ذكر أهم مبررات اللجوء إلى عقد الشراكة في الفرع الثاني، وأخيرا أهم الخصائص التي يمتاز بها في الفرع الثالث.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ومبررات اللجوء إليه

نعالج في هذا الفرع كل من الطبيعة القانونية لعقد الشراكة أولا، فيما إذا كان عقد ينتمي إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام أو إلى طبيعة قانونية أخرى، ثم نتناول ثانيا مبررات وأسباب لجوء الدول إلى التعاقد بنمط عقود الشراكة.

أولا: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة

يقصد بالطبيعة القانونية هي التكييف القانوني ، أي تحديد القانون الذي يحكمه و النظام القضائي الذي يخضع له عقد الشراكة، وإن البحث في الطبيعة القانونية لهذا الأخير يستلزم البحث عن التصنيف القانوني الذي ينتمي إليه أي هل عقد الشراكة يصنف ضمن عقود القانون الخاص التي يحكمها القانون المدني أو القانون التجاري، أو يصنف ضمن عقود القانون العام والمتمثلة في العقود الإدارية التي يحكمها القانون الإداري، أم أنها مزيج تجمع بينهما و هو ما أصطلح عليه الفقه بأنها عقود ذات طبيعة قانونية خاصة ؟

للإجابة على هذا التساؤل سنقوم بتقديم عدة أطروحات لبعض الفقهاء الذين يرون أن عقد الشراكة هو من عقود القانون الخاص، ثم بعدها نعرض بعض مواقف الفقهاء الذين يرون أن عقد الشراكة يعتبر عقد إداري، ثم بعدها نقوم بعرض الرأي الذي يرى أن عقد الشراكة يعتبر عقد ذو طبيعة خاصة، ثم نخلص في الأخير بإعطاء رأينا الشخصي في هذا الطرح.

⁶⁰ <http://www.mincommerce.gov.dz/arab/?mincom=itifakiachar>

أ - عقد الشراكة من عقود القانون الخاص

يرى جانب من الفقه أن عقد الشراكة يعتبر من العقود التي تنتمي إلى مجال القانون الخاص ، ومفاد ذلك أن هذه العقود لا تقبل بحسب طبيعتها أن تت متع الإدارة التي تعتبر طرفا فيها بالشروط الاستثنائية المعروفة في القانون الإداري ، وبالتالي فإن حدث نزاع بين طرفي هذا العقد فإن القضاء المختص في ذلك هو القضاء العادي، 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، وهي أن عقد الشراكة يعتبر من عقود التجارة الدولية وعليه فإن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الإدارة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين ، كما أن دور الدولة في عقود التجارة الدولية يعتبر محدود للغاية بحيث تكون الهيمنة على تسيير المشروع و إدارته للشخص الخاص، و عليه فإنه لا يكون للدولة دور في الإشراف و التسيير، كما أنه تعتبر عقود التجارة الدولية عقود استثمارية تهدف إلى إقامة مشاريع استثمارية بحيث يشترط في هذه العقود أنه في حال نشوب نزاع ما فإن هذا النزاع يعرض على التحكيم التجاري الدولي مما يؤدي إلى إقصاء القضاء الوطني من الفصل في النزاع ، ويرجع سبب ذلك أن الشركات التي تقوم بالاستثمار غالبا ما تكون شركات اقتصادية عالمية ذات قوة اقتصادية كبيرة ترفض تطبيق النظرية التقليدية للعقود الإدارية و تفرض شروطها على الدولة في وقت تكون الدولة في حاجة ماسة للنمو الاقتصادي وحاجتها تقتضي بالتعاقد وفقا للقانون الخاص، وبالتالي فإنها ترضخ لشروط هذه المؤسسات وتتنازل عن بعض صلاحياتها⁶¹.

كما يرى جانب آخر من الفقه أن عقد الشراكة يعتبر من عقود القانون الخاص بحجة أنه يقوم على مبدأ أن 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 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

⁶¹ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (ppp)، المرجع السابق، ص 25.

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 الدولة⁶².

ويعتبر فقهاء القانون المصري من أكبر المناصرين لهذه النظرية إلا أن المشرع المصري لم يبين موقفه صراحة من خلال إصدار القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات و المرافق العامة السالف الذكر، الذي نص في الفقرة السادسة من المادة الأولى منه على أن عقد المشاركة عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع، فالمشرع المصري لم يبين فيما إذا كانت عقود الشراكة هي عقود إدارية أو عقود خاصة وإنما اكتفى فقط من تبيين أن الجهة الإدارية هي أحد أطرافه ، ولكن هذا لا يعني أنه بمجرد أن تكون الإدارة أحد أطراف هذا العقد فإن العقد المبرم هنا يعتبر عقد إداري، لأن القضاء المصري يرى أن كل عقد يعتبر إداري إذا توفر على ثلاث عناصر مجتمعة في آن واحد، وهي أن تكون الإدارة طرفا فيه وأن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في مجال القانون الخاص وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، وبالتالي فإذا غاب أحد هذه العناصر الثلاث فلا يعتبر العقد المبرم عقدا إداريا، وهذا هو الأمر الذي أدى بالعديد من الفقهاء المصريين على اعتقاد أن عقد الشراكة ليس عقدا إداريا وكذا المشرع المصري الذي سكت ولم يبين موقفه صراحة ، والسبب في ذلك راجع إلى أن عقد الشراكة لا يتضمن الشروط الغير مألوفة في مجال القانون الخاص التي تمتاز وتتمتع بها الإدارة، لأن عقد الشراكة يكون طرفيه متساويان في الحقوق و الالتزامات والطبيعة التفاوضية التي تمتد إلى فترة طويلة ، كما أنه في حال الخطر فإن الطرفين يتقاسمان الأخطار الناجمة عن العقد ، وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي بين موقفه بوضوح.

ب - عقد الشراكة هو 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

⁶² شامل هادي نجم العزاوي، التزامات التعاقد في عقود التشييد و نقل الملكية B.O.T، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة-مصر، 2016، ص64.

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 كإعفاء من الضرائب و الرسوم الجمركية⁶³.

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 لتدعيم موقفهم و المتمثلة في أن الشخص المعنوي المتمثل في الإدارة يظل متمتعا بصفة العمومية طول مدة العقد ، فإذا فقدتها في إحدى 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، ويقصد بالمرفق العام كل مشروع تنفذه الدولة أو تشرف عليه ويعمل بانتظام واستمرار لخدمة الجمهور بشرط أن لا يرمي لتحقيق ربح للمتعامل مع الإدارة، فإذا انقطعت الصلة بين العقد الإداري و المرفق العام يفقد العقد الإداري صفته الإدارية ويصبح من عقود القانون الخاص، ونبقى دائما في إطار الفكرة السابقة التي تقول على أنه يجب أن يتصل عقد الشراكة باعتباره عقدا إداريا بنشاط مرفق عمومي، فباعتبار أن عقد الشراكة هو مشروع يسير بطريقة مشتركة بين القطاع العام وكذا القطاع الخاص، فإنه ينتهي إلى انشاء مرفق عمومي الذي كما قلنا أنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، والمرفق العمومي يعتبر من أحد النظريات المؤسسة لفكرة القانون الإداري ومن بين العوامل الأساسية التي أدت إلى نشأته والتي مفادها أن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة ، بحيث أن جميع أحكام و موضوعات القانون الإداري إنما ترد إلى المرافق العامة، و الدولة ما هي إلا مجموعة من المرافق ينظمها ويشرف عليها مجموعة من الحكام⁶⁴، 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

⁶³ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (ppp)، المرجع السابق، ص 29.

⁶⁴ عمار عوابدي ، القانون الإداري، الجزء الثامن، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 57.

التعاقدية⁶⁵، وبالتالي فإن التمتع بهذه الصلاحيات هو من جعل من بعض الفقهاء الذين ينكرون الصفة الإدارية لعقد الشراكة، أن يعتبروا أنها صلاحيات أصيلة تتمتع بها الشركات المتعاقدة مع الإدارة العامة في عقد الشراكة، واعتقادهم أنها التي جعلت هذه الشراكة في موقع قوة، ويدعم فكرة المرفق العمومي الفقيه بونارد (Bonnard) الذي يقول أن الدولة هي جسم والمرافق العامة هي خلاياها، وقد تبنى هذه النظرية كل من الفقيه دوجي (Duguit) وجيز (Jéze) ودي لوبادير (De Lobader)، كما تبناها مجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrier في حكمه الصادر في 1903/04/06 الذي أوضح فيه أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بسير وتنظيم المرافق العامة وطنية كانت أم محلية⁶⁶.

ومن ساند هذا الاتجاه هم الفقهاء الفرنسيون بشكل كبير بحيث أن معظمهم يميلون إلى اعتبار أن عقد الشراكة يعتبر عقدا إداريا⁶⁷، وعلى أساس ذلك فإنه يخضع لأحكام القانون الإداري أو القانون العام، وتعرض المنازعات الناجمة عنه إلى القضاء الإداري للنظر و الفصل فيها، بحيث أن القضاء الإداري الفرنسي يشترط لأن يكون العقد إداريا أن يتوفر على أحد العناصر الثلاثة الآتية : وهي أن تكون الإدارة طرفا في هذا العقد أو أن يتضمن شروطا غير مألوفة في مجال القانون الخاص أو أن يتصل بنشاط مرفق عمومي، فيكفي توفر عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة حتى يمكن اعتبار أن هذا العقد هو عقد إداري في نظر القضاء الإداري الفرنسي ، وهذا على عكس القضاء الإداري المصري الذي يشترط توفر العناصر الثلاثة السابقة الذكر معا حتى يمكن اعتبار العقد إداريا.

ودعم المشرع الفرنسي هذا الموقف عندما أصدر الأمر رقم 559-2004 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، ولكن ما هو المعيار الذي استعمله المشرع الفرنسي حتى يعتبر أن عقد الشراكة هو عقد إداري؟ فقد أجاب عنه المشرع الفرنسي في نفس المادة السابقة وذلك بنصه على ان الدولة أو أحد مؤسساتها تعهد إلى طرف آخر لمدة محددة مهمة شاملة 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 »

⁶⁵ Rachid Zouaimia, Marie Christine rouault, droit administrative, berti edition, paris , 2007, p175.

⁶⁶ Frédéric colin, l'essentiel de la jurisprudence administrative, gualino lextenso edition, paris2009, p14.

⁶⁷ Bezançon Xavier, Laurent Deruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, op, cit, p43.

وبالتالي فإن المعيار المستعمل هو المعيار العضوي الذي يرى أنه حتى يكون العقد إدارياً فيجب أن يكون أحد أطرافه جهة إدارية.

ج- 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 حدة لمعرفة مدى توفرها في عقد الشراكة⁶⁸، 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 يفقد وجود الشروط الاستثنائية باعتبارها من الشروط التي تقوم عليها العقود الإدارية التي يحكمها القانون الإداري، كما أنه يندم وجود تنظيم شامل وكامل لهذه العقود⁶⁹.

كما يرى البعض الآخر⁷⁰ على أن الإدارة غالباً ما تلجأ بهدف إنشاء 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

⁶⁸ شامل هادي نجم العزاوي، المرجع السابق، ص 77.

⁶⁹ طه محيي جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل ونقل الملكية BOT وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2013، ص96.

⁷⁰ محمد عبد الخالق محمد الزغبى، المرجع السابق، ص215.

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.

• الموقف الخاص

بعد الإطلاع على العديد من النظريات التي منها من أيدت فكرة أن عقد الشراكة يعتبر من عقود القانون الخاص و على رأسها ما أصطلح عليه بالمدرسة المصرية، ومنها من أيدت فكرة أن عقد الشراكة يعتبر عقد إداري و على رأسها ما أصطلح عليه أيضا بالمدرسة الفرنسية، ثم بعدها ظهور موقف ورأي آخر يجمع بين هاتين المدرستين والذي جعل عقد الشراكة لا من العقود الخاصة ولا كونه عقد إداري، وإنما أدخلها في طائفة العقود ذات الطبيعة المختلطة أو ذات الطبيعة الخاصة، فبناء على ذلك نستنتج ان أي عقد يتضمن الإدارة كطرف فيه ولا يتضمن شروط استثنائية في مجال القانون الخاص، فهو يعتبر عقدا من قبيل العقود الخاصة في مصر وعقد إداري في فرنسا.

لكن ما يمكن قوله ك رأي خاص و مستقل هو أن عقد الشراكة بالرغم من أنه يعتبر عقد استثمار الذي من خلاله يتم التفاوض وفرض الشريك الخاص لشروطه، وبالرغم من اعتباره عقد من عقود التجارة الدولية التي يشترط فيها الشريك الخاص الذي قد يكون أجنبي، اللجوء إلى التحكيم في حال نشوء نزاع بين طرفي العقد، وبالرغم من أن الإدارة العامة تتنازل عن البعض من صلاحياتها فيه، إلا أنه لا يمكن تجاهل دورها في هذا العقد، أي أنه مادامت الإدارة العامة تعتبر طرف من أطراف عقد الشراكة ومادامت أنها تلجأ إلى استعمال أسلوب القانون العام بهدف إبرام عقد الشراكة مع المتعاقد المتعامل، فإنه لا يمكن أن ننفي الطابع الإداري لعقد الشراكة وذلك لعدة أسباب نذكر منها ما يلي :

- أن القول السائد أنه لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ينبغي تكييف كل حالة على حدة، فإنه ينبغي التنبيه على خطورته على الدول صاحبة المشروع ، لأنه يعطي لهيئات التحكيم سلطات أوسع مما قد يؤدي إلى تعسفها ، كما أنه في حالة نشوب نزاع بين الطرفين فإن المستثمر لا يفرض دائما على الدولة احالة النزاع على هيئة محكمة، إنما في بعض الأحيان يتم اتفاق الطرفان على اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة ورضا المستثمر المتعاقد مع الإدارة بذلك.

- إن تحديد القانون الذي تخضع له عقود الشراكة يؤدي إلى تطبيق أحكام هذا القانون عليها عند عدم وجود نص أو نظام قانوني يحكمها، والمعمول به في معظم الدول التي لم تضع نظام قانوني خاص يحكم عقود الشراكة و منها الجزائر ، فإنها تلجأ إلى استعمال أساليب القانون العام خاصة عند إتباع الإجراءات السابقة و الواردة على التعاقد.

- إن الدولة غالبا ما تتنازل عن بعض صلاحياتها للطرف الآخر الذي يعتبر أحد أشخاص القانون الخاص بهدف تسهيل أعماله و بالتالي هنا تقوم الدولة ممثلة في الإدارة العاملة بمنح المتعاقد معها في عقد الشراكة شروط تتضمن سلطات و امتيازات في مواجهة الغير، وهذه السلطات و الامتيازات هي في الأصل من صلاحيات الإدارة العامة، ومثاله أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بإبرام عقود باسم الإدارة العامة ولحسابها والتي تجعل الإدارة هي المتصرف الأصلي وليس المتعاقد معها، وأيضا الامتيازات التي تعطي المتعاقد مع الإدارة المتمثل في الشخص الخاص حق شغل بعض العقارات لمدة محدودة دون توقف ذلك على رضا ملاكها بهدف تسهيل القيام بمهامه.

- في عقود الشراكة فإن الشخص الخاص أو الشريك الخاص، يتحصل على حقوقه المالية من قبل الإدارة العامة في شكل دوري، أي خلال فترات دورية كل ستة أشهر أو كل سنة، وهذه هي الطريقة الشائعة التي تقوم من خلالها الإدارة العامة بمنح الحقوق المالية للمتعاقد معها بموجب عقد إداري.

وبالتالي بعد عرضنا لهاته النقاط فإن موقفنا يميل إلى الموقف الذي يرى أن عقود الشراكة هي من عقود القانون العام، أي من العقود الإدارية التي يحكمها القانون الإداري والتي تلجأ إليها الإدارة العامة مستعملة في ذلك أساليب القانون العام، كما أنه لا يمكن تجاهل الطابع الدولي لعقد الشراكة في حالة ما إذا كانت جنسية الشريك الخاص أجنبية، والتي تتمثل في شركة تجارية دولية تسعى الى تحقيق الربح، فبالتالي يحتوى عقد الشراكة هنا على الصفة الدولية ولو أنها لا تكون في جميع الحالات وإنما تكون فقط في الحالات التي تتعاقد فيها الدولة مع شركة أجنبية لإنجاز المشروع محل عقد الشراكة، وفي هذه الحالة لا

يمكن نكران أن عقد الشراكة يعتبر أحد العقود التجارية الدولية وذلك لتضمنه العنصر الأجنبي، فبالتالي في حالة نشوب نزاع فيمكن أن يرفض هذا الشريك الأجنبي عرضه على القضاء الوطني وإنما يسعى إلى أن يُعرض على هيئة تحكيمية مستقلة، وبالتالي يمكن القول أن عقد الشراكة كمبدأ عام يعتبر عقد إداري وفي بعض الحالات الاستثنائية يعتبر عقد إداري ذو طابع دولي في حالة ما إذا كان الشريك الخاص ذو جنسية أجنبية، ونظرا لكونه عقد من عقود التجارة الدولية أو عقد من عقود الاستثمار الدولية، وبالتالي كخلاصة للقول فإنه يمكن اعتبار عقد الشراكة من العقود الإدارية الدولية التي تخضع في أحكامها من حيث إجراءات إبرام العقد وكذا تنفيذه إلى قواعد القانون الإداري أو قواعد القانون العام، وكذا تخضع في الفصل في نزاعاتها إلى هيئات تحكيمية مستقلة يتم الإتفاق عليها بين الطرفين، وهذا المبدأ يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها الاستثمار وهو ما أدى بنا سابقا إلى اعتبار عقد الشراكة كذلك من عقود الاستثمار.

ثانيا: مبررات اللجوء إلى عقد الشراكة

وضعت عقود الشراكة من أجل أن تكون أداة جديدة ومناسبة لتلبية طلبات القطاع العام لإقامة مشاريع البنى التحتية، فهي توفر البديل من حيث الدعم المالي للسلطات العمومية بهدف إنشاء المشاريع، بحيث يعتبر مشكل التمويل المالي من أكبر المشاكل الذي تعاني منه أغلب الدول النامية بما فيها الجزائر رغم ما تمتلكه من ثروات وموارد باطنية، إضافة إلى مشاكل المديونية الخارجية وعدم التحكم في التكنولوجيا الحديثة واللجوء إلى الاقتراض الخارجي بهدف تمويل وتغطية إنجاز المشاريع الجديدة التي لم تتجز بعد أو تكتمل المشاريع التي هي في إطار الإنجاز، فهذا يعتبر أمر غير إيجابي لأنه يؤدي إلى تفاقم نسبة المديونية الخارجية، وبالتالي تعتبر عقود الشراكة كأفضل وأحسن الحلول للخروج من هذه المشاكل، وعليه فإن من أهم الأسباب و المبررات التي تدفع الدول بصفة عامة والجزائر بصفة خاصة إلى اللجوء إلى إبرام عقود الشراكة هي كالاتي:

- تقسيم المخاطر التي قد تنتج عن هذه العقود بطريقة عادلة بين طرفي العقد، مما يساعد على تحملها وتجاوزها بهدف إنجاز إقامة مشاريع الشراكة⁷¹، ويكون ذلك عن طريق نقل جزء من هذه المخاطر للقطاع الخاص لتحملها والتي لا يمكن للدولة أن تتحملها لوحدها.

⁷¹ Bezançon Xavier, Laurent Deruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, op, cit, p49.

- الإيجابيات المتعددة التي تقدمها هذه العقود للدولة من خلال التقليل من الانفاق العمومي، فهي قد تساهم إلى تقليل نسبة ذلك إلى أقل حد ممكن، بحيث أن معظم الدول تلجأ إلى عقود الشراكة بهدف تقليل العبء على مواردها المالية المحدودة و المقيدة مما يساعدها على الإنفاق في مجالات أخرى تكون أكثر أهمية⁷²، كما أنه يساهم على الاستخدام الفعال لموارد الدولة العمومية، وذلك بهدف تجنب اللجوء إلى الاقتراض الخارجي الذي يتميز بالتلاعبات للحصول على القروض، أو ما تشهده من سلبيات، وكذا تجنب تراكم المديونية مما يدفع العديد من الحكومات بالاستعانة بالقطاع الخاص، على اعتبار أن إتاحة الفرصة لهذا القطاع للقيام بالعديد من المهام في تقديم الخدمات بالنسبة لمشروع معين يؤدي إلى تخصيص أفضل للمخاطر⁷³.

- تساهم عقود الشراكة في تحقيق فوائد وأرباح اقتصادية واجتماعية وفوائد مالية وبأقل قدر ممكن من التكاليف العمومية، مقارنة بالعقود الإدارية التقليدية الأخرى التي قد تلجأ إليها الدولة والتي تكلفها نفقات عالية، فالدولة تسعى إلى ضخ أموال بنسب كبيرة حتى تضمن الاستمرارية في التشغيل وإنعاش المشاريع المتعلقة، مما يرهق ميزانيتها، وهذه الطريقة تتبعها الدولة في إطار تعاقدها بالأسلوب التقليدي كالصفقات العمومية، لكن بلجوتها إلى عقود الشراكة فذلك يؤدي إلى تقاسم الأدوار وبالتالي يتكف القطاع الخاص بالتمويل والتشغيل في حين يتكف القطاع العام الحكومي بالقيام بمهام الرقابة والإشراف والتنظيم، وبالتالي استبعاد هذا القطاع من عمليتي التمويل والإنفاق⁷⁴.

- حاجة الدول إلى تنمية اقتصادية ومواكبة التطورات الحديثة خاصة في المجال التكنولوجي بحيث أن معظم الدول يستحيل عليها القيام بذلك بسبب عدم سيطرتها وتمكنها من الاستغلال الأمثل مما يدفعها للبحث عن المساعدة من شركاء خواص يتمتعون بهذه المواصفات، سواء باستيراد رؤوس الأموال أو بنقل التكنولوجيا أو الخبرات الإدارية والمهنية المتطورة⁷⁵، حيث أن معظم المشاريع الكبرى المتعلقة بالبنية التحتية تنسم بالتعقيد والدقة في الانجاز التي يصعب على الدولة القيام بها، كما أن القطاع الخاص

⁷² حصابم سميرة، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/04/12، ص30.

⁷³ محمد عبد الخالق محمد الزعبي، المرجع السابق، ص215.

⁷⁴ لكل أمين، الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهراڤ SEOR، رسالة ماجستير كلية العلوم الاقتصادية والتجارة والتسيير، جامعة تلمسان 2013-2014، ص40.

⁷⁵ رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 2010-2011، ص48.

يمتاز بالكفاءة والفعالية في تقديم هذه الخدمات في أسرع وقت وبنوعية جيدة وذلك نتيجة للتغيير التقني والاقتصادي والإداري المتسارع وضغوطات المنافسة المتزايدة التي يمكن للشريك الخاص التكيف معها ومع متطلباتها بحيث كلما كانت قدراته واسعة كلما كان الميل الى عقود الشراكة من طرف الدول أكبر، وذلك بسبب تزويد الشريك العام بحلول متكاملة تتطلبها طبيعة المشاكل ذات العلاقة ومختلف مجالاتها⁷⁶.

- عجز تسيير المرافق العامة بالأساليب القديمة، الأمر الذي قد يؤثر سلبا على مردودية المرفق، مما يؤثر بدوره على تحقيق المصلحة العامة، وأيضا ضعف معدل الاستقلال المالي للجماعات المحلية مقارنة مع المهام الاقتصادية الموكلة إليها بموجب القوانين المعتمدة في النظام اللامركزي ، والتي عادة لا تستجيب إلى متطلبات تمويل البنى التحتية مما يؤدي إلى العجز في تلبية حاجيات الأفراد المحلية، كما أنه لا يمكن إنكار عجز الحكومة في تسيير القطاع العام الاقتصادي الذي يتطلب التأقلم مع مختلف التحولات وأيضا ضعف المراقبة المالية على المؤسسات والمقاولات العمومية للفروع التابعة لها⁷⁷.

- سعي الحكومة إلى خدمة الصالح العام عن طريق الرغبة في إعادة تهيئة البنية التحتية و تجديدها وكذا سعيها لكي يوظف الشريك العام موارده في مجالات الخدمات العامة مما يحفز المؤسسات المالية والبنوك لتوفير التمويل اللازم لإقامة الشراكات، كما أن عقد الشراكة يعتبر آلية يلتقي فيها القطاعين العام والخاص لتوفير الخدمات العامة بحيث من خلالها يتم دمج السوق في عملية تقديم الخدمات الأمر الذي يؤدي إلى التقاء أهداف الطرفين الذي يتمثل في هدف تقديم الخدمة الذي تسعى إليه الحكومة وهدف تحقيق الربح الذي يسعى إليه الشريك الخاص، وذلك ما يؤدي إلى خروج كل طرف رابح من عملية التعاقد هذه، فتحقيق كل طرف لهدفه يعني تحقيق أرباح سواء كانت مادية أو معنوية.

الفرع الثاني: خصائص عقد الشراكة

يتميز عقد الشراكة عن باقي العقود الإدارية التقليدية كالصفقات العمومية وعقود امتياز المرافق العامة ببعض الخصائص التي جعلت منه عقد إداري ذو طبيعة خاصة ، وتعدد و تنوع هذه الخصائص راجع إلى الطبيعة المعقدة و الاستثنائية لعقد الشراكة، وسوف نقوم بدراسة الأهم منها و المتمثلة في أن عقد

⁷⁶ عادل محمود الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المفاهيم -النماذج - التطبيقات)، منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية ، القاهرة، مصر، 2006، ص11.

⁷⁷ أحمد بوعشيق ، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة للمغرب،

الشراكة هو عقد شامل يحتوي على مجموعة من المهام التي يتولاها كل قطاع خاصة القطاع الخاص، كما أنه عقد يتم تنفيذه لفترة زمنية طويلة، و كذا مبدأ تقاسم المخاطر الذي يقوم عليه هذا العقد و الذي يميزه عن باقي العقود، وأيضا فإن الخاصية الأساسية لعقد الشراكة هو كونه يتم من خلاله إنشاء المشاريع المرتبطة بالبنى التحتية، وتمويل هذا المشروع يتم من طرف الشريك الخاص، وأخيرا أن يكون طرفا عقد الشراكة أحدهما من القطاع العام و الآخر من القطاع الخاص.

أولاً: عقد الشراكة عقد شامل

ويقصد بهذه الخاصية أن يكون الهدف من إبرام عقد الشراكة هو انجاز مشروع ما يحتوي على العديد من العمليات كالتصميم و التمويل و الإنشاء و التجهيز والتسيير والصيانة فضلا عن القيام بخدمات إضافية⁷⁸، فكل هذه العمليات يتم جمعها في صيغة واحدة تنتهي بانجاز المشروع محل عقد الشراكة، أي يتم جمع كل مراحل و مهام المشروع في صيغة عقدية واحدة تسمى بعقد الشراكة، وهذه الخاصية تعد من الخصائص التي يتميز بها هذا العقد بامتياز، وكل هذه العمليات و المهام يتم تنفيذها من قبل مؤسسة أو شركة واحدة المتمثلة في شركة المشروع، وتصبح بذلك هي المسؤولة عن الخدمات وهذا ما يفرض عليها أن تتولى مهمة متكاملة بين مختلف مراحل المشروع⁷⁹، وعليه فيمكن اعتبار دور هذا الشريك صعب نوعا ما ذلك لتوليه عدة عمليات في مشروع واحد تجعل قيامه بذلك أمر معقد من عدة جوانب كالجوانب التقنية والمالية، لذلك يجب على الحكومة أن تعمل قدر المستطاع على تسهيل قيام الشريك الخاص بمهامه لضمان عملية عادلة⁸⁰.

ثانياً: عقد الشراكة يمتد لمدة زمنية طويلة

إن المدة الزمنية التي يتطلبها تنفيذ عقد الشراكة تعتبر مدة طويلة نسبيا مرتبطة أساسا بنسبة وضخامة الأشغال المقامة وذلك لاتسامها بالتعقيد، وقد يمتد تنفيذ العقد من 10 إلى 30 سنة، و طول هذه المدة يعتبر أمر ايجابي من جهة لأنه يضمن للشريك العام والسلطة العمومية تقديم الخدمة العمومية واسترجاع التكاليف عن طريق فرض رسوم على خدمات المنتفعين تعود في الأساس إلى الشريك العام ، ويضمن

⁷⁸ Francois Pergér, op, cit, p60.

⁷⁹ مؤتمر العمل العربي، الدورة 38 ، البند العاشر، تكامل دور القطاعين العام و الخاص في التنمية ، القاهرة ، مصر، 2014.

⁸⁰ طه محمد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص55.

لشريك الخاص تحقيق الأرباح من خلال الأجرة التي يقدمها الشريك العام له طول مدة العقد ، لكن من جهة أخرى فإن طول المدة في بعض الأحيان يساورها عدم اليقين من ناحية الطلب وإقبال المستخدمين والمنفعين، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى تحيين التكاليف، وهذا فإن مراجعة هذه العقود وحتى فسخها أصبحت خاصة تميزها وذلك بفعل مستجدات وتقلبات السوق والتغير في الأوضاع السياسية والاقتصادية⁸¹.

لكن المتفق عليه هو أن عقود الشراكة تعتبر عقود ذات أهمية خاصة تساهم في تنمية الاقتصاد الوطني ، وبالتالي فإن ذلك يتطلب من الشركات المكلّفة بانجاز المشاريع في إطار هذه العقود أن تتمتع بإمكانيات بشرية ومالية ضخمة واستعمال تكنولوجيا عالية، وبناء على ذلك فإن إتمام مشروع عقد الشراكة لا يكون إلا في مدة زمنية طويلة قد تصل 30 سنة، وتختلف هذه المدة حسب اختلاف المشروع، وبالتالي كلما زادت تكاليف الإنشاء طالت المدة والعكس صحيح⁸².

ثالثاً: عقد الشراكة يرتبط بمشاريع البنى التحتية

قبل ظهور عقود الشراكة، كانت الدولة هي التي تتولى بنفسها القيام ب المشاريع المرتبطة بالبنى التحتية بهدف تحقيق قدر من التنمية، لكن مع مرور الوقت وكثرة هذه المشاريع، أصبحت تكلف الدولة قدراً كبيراً من ميزانيتها العمومية في وقت زادت احتياجات السكان ومطالبتهم بتحقيق نوع من الرفاهية، مما عجل بالدولة على أن تبحث عن شركاء يتولون القيام بهذه العملية لانجاز مشاريع البنى التحتية التي اعتادت الدولة على القيام بها، على أن يتم تحويل هذه المشاريع مرة أخرى إلى الحكومة بعد الانتهاء منها و استرداد الشريك الخاص عائدات وأرباح معقولة. ويقصد بمشاريع البنى التحتية كل مشروع يقدم للمواطنين على أوسع نطاق و يغطي احتياجاتهم الأساسية لتحقيق رفاهيتهم وكذا تحقيق قدر من التنمية⁸³، وعلى هذا الأساس فإن الدولة لا تقوم بإسناد هذه المشاريع للشريك في القطاع الخاص إلا من خلال وسيلة قانونية تضمن لها حسن الأداء وتقديم خدمات أفضل من جهة، وكذا استرداد المشروع في نهاية العقد من جهة أخرى، وهذه الوسيلة القانونية تتمثل في عقود الشراكة.

⁸¹ مؤتمر العمل العربي، المرجع السابق، ص 13.

⁸² حصابم سميرة، المرجع السابق، ص 14.

⁸³ حصابم سميرة، المرجع السابق، ص 14.

ومن بين الأمثلة التي يمكن تقديمها على مشاريع البنى التحتية التي يتولى الشريك الخاص إنجازها ، كالطرق العمومية والسدود والتزود بالمياه الصالحة ومعالجة مياه الصرف الصحي واستعمالها، وكذا إنجاز المرافق العامة الضرورية في حياة الأفراد كمرافق الصحة ومرافق الترفيه، وإنجاز الموانئ والمطارات وغيرها.

وما يمكن توضيحه في هذا المجال هو أن مشاريع البنى التحتية التي يتولاها الشريك الخاص تعتبر ملك للدولة من يوم إبرام عقد الشراكة إلى يوم تسلم الشريك العام المتمثل في الحكومة المشروع بعد إنهاء مدة العقد، ولا يعتبر الشريك الخاص مالكا لهذا المشروع في أي مرحلة من مراحل توليه القيام بتنفيذ العقد، وبالتالي فإن ما يمكن قوله هو أن مشاريع البنى التحتية ترتبط ارتباطا أساسيا بأمالك الدولة، وهذه الأخيرة لها قيمة دستورية، حيث نصت عليها المادة 17 من الدستور⁸⁴، وبالتالي فلا يمكن للدولة أن تتنازل عن أملاكها ومنها المشاريع التي يتم إنجازها وفقا لعقود الشراكة، وهذا ما يؤدي بالشريك الخاص بتحويلها إلى مالكا الأصلي و هو الشريك في القطاع العام الذي قد يكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للدولة، في نهاية مدة العقد.

رابعا: عقد الشراكة يقوم على مبدأ تقاسم المخاطر

إن مبدأ تقاسم المخاطر يعتبر أهم خاصية يتميز بها عقد الشراكة عن باقي العقود الإدارية الأخرى التي لا تقبل تقاسم المخاطر مع الشريك الخاص، والمعروف أنه لا يكاد يخلو مشروع من وجود مخاطر تصاحبه، لكن تختلف درجة هذه المخاطر من مشروع لآخر ، وظهر هذا المبدأ لأول مرة في إنجلترا من خلال إعلان برنامج مبادرة التمويل الخاصة PFI وذلك بهدف إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي بهدف الحصول على أكبر درجة ممكنة من الاستقرار والثبات في العقد.

⁸⁴ المادة 17 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 : "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض، والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية والحية في مختلف الأملاك الوطنية البحرية، والمياه والغابات، كما تشمل النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وأملاك أخرى محددة في القانون".

ويرى البعض أن هذا المبدأ لا يمكن اعتباره سوى نسخة أو ترجمة للنظريات التقليدية لتوازن العقد الإداري المتمثلة في نظرية القوة القاهرة ونظرية فعل الأمير و نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة⁸⁵، وبذلك سنتناول هذا المبدأ على قدر من التفصيل مبينين مفهومه وأنواعه.

أ - مفهوم مبدأ تقاسم المخاطر

مبدأ تقاسم المخاطر هو احتمال نتيجة غير متوقعة عن النتائج الفعلية، وبالتالي يكون عامل أساسي في نجاح أو فشل العقد محل التنفيذ ، وبالتالي يجب تحليل المخاطر ودراستها بشكل دقيق بين الإدارة و المتعامل الخاص المتعاقد معها والتعرف على آثارها المحتملة واتخاذ أفضل الحلول الممكنة لها⁸⁶، كما يعرفها البعض الآخر على أنه حدث أو عامل أو تأثير من شأنه أن يؤدي إلى تهديد حسن سير المشروع محل عقد الشراكة من حيث المواعيد أو التكلفة أو طبيعة الأداء المراد تحقيقه⁸⁷.

وبالتالي وبناء على هذه التعاريف فإن الشريك العام يحاول استخدام هذا المبدأ في عقود الشراكة بهدف نقل مخاطر المشروع من على عاتقه و تحميل قدر كبير منها للشريك في القطاع الخاص الذي يقوم بدوره بتقليل درجة هذه المخاطر.

ب - أنواع المخاطر

تختلف المخاطر التي جاء بها مبدأ تقاسم المخاطر في عقد الشراكة، وقد درج الفقه على تقسيمها إلى عدة معايير، فقد قسمها تبعاً لمراحلها إلى مرحلتين وهما مرحلة ما قبل التعاقد وتسمى بالمخاطر السابقة على عملية التعاقد ومرحلة ما بعد التعاقد وتسمى بالمخاطر الواردة على التعاقد، كما قسمت أيضاً تبعاً لأنواعها إلى مخاطر قاهرة ومخاطر سياسية ومخاطر اقتصادية ومالية ومخاطر تشريعية وقانونية، ونؤيد هذا التقسيم الذي وضعه الفقه القانوني لأنه التقسيم السليم و الصحيح من وجهة نظرنا وسنقوم بدراسة ذلك كما يلي:

⁸⁵ كاميليا صلاح الدين، المرجع السابق، ص 141.

⁸⁶ Nimrod Roger Tafotie Youmsi, Build Operate and Transfer (B.O.T) projects , contribution a l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics, en vue de l'obtention du grad académique de docteur de l'université de Luxembourg en droit , l'université de Luxembourg, soutenue le 06/01/2012, p79.

⁸⁷ كاميليا صلاح الدين ، المرجع السابق، ص 142.

1 - تقسيم المخاطر تبعا لمراحلها

- المخاطر السابقة على التعاقد :

وهي المخاطر التي يمكن أن تحدث قبل البدء في تنفيذ عقد الشراكة، وتبدأ هذه المرحلة من تاريخ اختيار الشريك الخاص إلى غاية تاريخ البدء الفعلي في إنشاء المشروع، ويمكن أن تستمر هذه المرحلة إلى مدة طويلة نتيجة لإجراءات التفاوض الطويلة التي تتجرب باختيار الشركة التي تتولى إنجاز المشروع، وتشمل هذه المرحلة أيضا عملية التصميم وكذا اختيار الخبراء والمستشارين أصحاب الدرجة العالية في الخبرة و التمرس⁸⁸، وتتمثل الأخطار المتعلقة بهذه المرحلة في الخطأ في التصميم ويتحمل ذلك الشريك الخاص كما قد يحدث خطأ في مواصفات المشروع والعطاءات الحكومية وبالتالي يتحمل الشريك العام ذلك⁸⁹.

- الأخطار الواردة على عملية التعاقد :

وهي المخاطر المتوقعة حدوثها أثناء تنفيذ عقد الشراكة وتمتد هذه المرحلة من تاريخ البدء الفعلي في إنشاء المشروع إلى غاية انتهائه، ويفضل البعض تسميتها بمرحلة الاستغلال⁹⁰، وهي مرحلة أطول من المرحلة السابقة من حيث المدة الزمنية، وتشمل العديد من العمليات كعملية إنشاء المشروع وعملية التمويل وعملية التسيير، وتتميز مخاطر هذه المرحلة بتعددتها وتنوعها، ونذكر منها مايلي:

* مخاطر الإنشاء والتمويل : وتشمل على خطر عدم إنجاز المشروع، وخطر عدم مطابقة الإنشاءات

للشروط المحددة مسبقا في دفتر الشروط، وأخطار تقلبات السوق وخطر تأخير أو تجاوز في المدة المحددة للإنشاء أو تجاوز تكلفة الإنشاء أو خطر عدم استكمال إنشاء المشروع، أو خطر إفلاس الشريك الخاص.

وبعد إنشاء المشروع فقد تظهر مخاطر أخرى أثناء استغلاله كمخاطر تتعلق بعدم الجودة والفعالية في الخدمات المقدمة والمخاطر المتعلقة بعوائد الاستغلال وكذا الكميات المستهلكة والمخاطر التقنية ومخاطر تجاوز تكاليف التجهيز أو تجاوز تكاليف الصيانة.

2 - تقسيم المخاطر تبعا لأنواعها

⁸⁸ طه محمد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص62.

⁸⁹ Nimrod Roger Tafoutie Youmsi .op.cit, p80.

⁹⁰ كاميليا صلاح الدين، المرجع السابق، ص 142.

ويشمل هذا التقسيم العديد من الأنواع التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ عقد الشراكة ، وسوف نقوم بتقسيمها إلى أربعة أنواع، وهي المخاطر المتعلقة بالقوة القاهرة والمخاطر السياسية ومخاطر اقتصادية ومالية ومخاطر قانونية وتشريعية

- المخاطر المتعلقة بالقوة القاهرة :

والمقصود بالقوة القاهرة هي الأحداث التي ترد أثناء تنفيذ العقد وتجعل هذه العملية صعبة وعسيرة ومرهقة على الطرفين خاصة الشريك الخاص لأنه المعني بانجاز المشروع بل وفي بعض الأحيان يتحملها لوحده⁹¹، وتتمثل هذه المخاطر كحدوث الحروب والزلازل والفيضانات والحريق والاضطرابات السياسية وغيرها، وقد تؤدي هذه الحالات إلى زيادة تكاليف الإنشاء عن التكلفة الأصلية المقدرة سلفاً، وإذا استمرت هذه الظروف لعدة زمنية طويلة فيمكن أن يطالب الشريك الخاص بإنهاء العقد لأن تنفيذ هيصبح عسير ومرهق عليه ويدخله في دائرة الخسائر، أما إذا كانت هذه الظروف مؤقتة فيمكن للشريك الخاص أن يطالب بللتعويض من الشريك العام.

- المخاطر السياسية :

تتعدد وتتنوع هذه المخاطر كتغير النظام السياسي للدولة التي يقام المشروع على أرضها في اتجاه لا يخدم استكمال المشروع وتنفيذ العقد، وكذا الحروب الأهلية الداخلية وما تسبب من خسائر تمس بالبنى التحتية للدولة، لذلك يمكن اعتبار هذا النوع من أخطر أنواع المخاطر السابقة الذكر لما ينجم عنه من دمار وخراب، وتحمل الدولة لوحدها نتيجة هذه المخاطر في إطار تنفيذ عقد الشراكة.

- المخاطر الاقتصادية والمالية :

وأيضاً هذا النوع من المخاطر يمتاز بالتعدد والتنوع ويمكن حصرها فيما يلي : خطر تغير معدلات الصرف للعملة الأجنبية وتدهور قيمة العملة الوطنية، ويحدث ذلك لما تنفق الدولة على شراء الخدمة من الشريك الخاص، بحيث تقوم الدولة بشراء هذه الخدمات بالعملة الوطنية ويكمن الخطر هنا في أن الشريك

⁹¹ طه محيي جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 62.

الخاص المتمثل في شركة المشروع يتولى بيع هذه الخدمات إلى الدولة بالعملة المحلية المعمول بها في هذه الدولة أي العملة الوطنية، ثم بعد ذلك يقوم بشراء العملة الأجنبية من السوق المحلية بهدف تحويل الأموال التي لديه والتي تكون بالعملة الوطنية إلى العملة الأجنبية، فهنا إذا كانت قيمة العملة الأجنبية مرتفعة تقابلها انخفاض في قيمة العملة الوطنية، فنتحمل شركة المشروع الجزء الأكبر من هذا الخطر⁹²، وأيضا يوجد خطر آخر يتمثل في تغيير معدلات الفائدة ومخاطر قصور الطلب على الخدمة المقدمة والمخاطر الناتجة عن التضخم.

- المخاطر التشريعية والقانونية:

وتتمثل هذه المخاطر في التغيير في النظام القانوني للدولة الذي ينفذ العقد في إطاره، كاتخاذ إجراءات تشريعية أو لائحة مثل فرض قيود جمركية وضريبية أثناء تنفيذ العقد مما يؤدي إلى زيادة بعض التزامات الشريك الخاص المالية⁹³. وهذا النوع من المخاطر نادر الحدوث بسبب تقليص تدخل الدولة في تنفيذ مشروع عقد الشراكة كما أن الدولة في إطار سعيها لتطوير بنيتها الاقتصادية وجلب أكبر عدد من المستثمرين، فإنها تستثنيهم من هذه القيود بل أكثر من ذلك فإنها تقوم بإعفاءهم منها في بعض الأحيان خاصة في الدول التي تعاني من اقتصاد ضعيف.

خامسا: أطراف عقد الشراكة أحدهما من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص

سبق لنا التطرق في مفهوم عقد الشراكة على أن هذا العقد يبرم بين طرفين أحدهما من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص بهدف القيام بمشروع معين يرتبط بالبنى التحتية، بحيث أن الدولة لا تستطيع القيام بذلك نظرا للتكلفة المالية الكبيرة التي يتطلبها انجاز هذا المشروع، وبالتالي فإنها تعهد إلى احد أشخاص القانون الخاص للقيام بذلك، بحيث أن هذا الطرف يستطيع تغطية تكلفة المشروع المالية نظرا للإمكانيات المادية الكبيرة التي يتمتع بها ، وسواء كان هذا الشريك وطني أو أجنبي، وبالتالي نستنتج أن عقد الشراكة يبرم بين طرفين ، الأول من القطاع العام ويسمى بالشريك العام والثاني من القطاع الخاص ويسمى بالشريك الخاص، وسوف نقوم بدراسة وتبيين دور كل طرف على حدا.

أ - الشريك في القطاع العام :

⁹² طه محييد جاسم الجديدي، المرجع السابق، ص65.

⁹³ كاميليا صلاح الدين، المرجع السابق، ص 143.

قبل تعريف الشريك في القطاع العام فلا بد من إعطاء مفهوم لمصطلح القطاع العام، ويعرف هذا الأخير على انه تلك القطاعات التي تخضع للسيطرة الكاملة للدولة وتقوم بإدارتها وتسييرها وتخضعها لرقابتها وتمارس هذه القطاعات مهامها تحت إشراف الحكومة، وبالتالي فان الهيئة المكلفة بإبرام عقد الشراكة التابعة للقطاع العام أو للحكومة تسمى بالشريك العام، وتقوم بإبرام عقد الشراكة باسم ولحساب الحكومة. ويرتبط مصطلح الشريك العام بالشخص العام، والأشخاص العامة في الجزائر منصوص عليها بموجب المادة 49 من القانون المدني⁹⁴، وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، فإذا كان أي من هذه الهيئات طرفا في عقد الشراكة فيسمى بالشريك العام.

فالدولة قد يمثلها رئيس الجمهورية بنفسه وقد يمثلها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، كما قد يمثلها الوزير المكلف بكل قطاع، والولاية يمثلها الوالي وبدرجة أقل المدير التنفيذي المسئول عن كل قطاع وزاري على مستوى الولاية، والبلدية يمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري فيمثلها مديرها التنفيذي ، كما أنه من الممكن أن يتولى تمثيل الدولة من طرف شخص عام غير الأشخاص العامة السابقة الذكر والمذكورة بموجب المادة 49 من القانون المدني، وهي الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI)⁹⁵، وهذه الوكالة استحدثتها القانون رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، حيث كانت تسمى من سنة 1993 إلى غاية سنة 2003 بوكالة ترقية ودعم ومتابعة الاستثمار ، ثم بعد صدور الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار أصبحت تسمى

⁹⁴ تنص المادة 49 من القانون المدني على مايلي : "الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة ، الولاية ، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية ، الجمعيات والمؤسسات، الوقف ، كل مجموعة من الأشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية" .

الملاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يقسم الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية الى أشخاص ينتمون للقطاع العام وأشخاص ينتمون للقطاع الخاص وإنما ذكرهم دون تقسيم ، إلا انه يمكن اعتبار أن الأشخاص العامة هي الأشخاص التي تخضع للقانون العام وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وغيرها فيمكن اعتبارها اشخاص خاصة تخضع للقانون الخاص.

⁹⁵ ANDI هي اختصار لكلمة Agence National de Développement d'Investissement أي الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، وهي تعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ، ويكون مقرها في الجزائر العاصمة كما أنها تتوفر على هياكل غير مركززة على المستوى المحلي، وهذا ما جاء في المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المنضمّن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وتسييرها.

بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار⁹⁶، وتعمل هذه الوكالة على تسجيل الاستثمارات وترقيتها في الجزائر والترويج لها في الخارج وترقية الفرص والامكانات الاقليمية، و تشجيع الاستثمار عن طريق استقبال المستثمرين الوطنيين والأجانب ودعمهم ومساعدتهم ومرافقتهم ومنحهم الإرشادات وإطلاعهم على الإجراءات وأساليب الاستثمار وتسهيلها وإضفاء الطابع الرسمي عليها، كما تعمل على تنفيذ سياسات وإستراتيجيات التنمية بالتآزر مع القطاعات الاقتصادية المهنية وكذا تأهيل المشاريع ذات الأهمية بالنسبة للإقتصاد الوطني وتقييمها، واعداد اتفاقية الاستثمار والمساهمة في تسيير نفقات دعم الاستثمار⁹⁷.

وما يمكن استنتاجه هو أن الدولة تسعى للعمل على تحقيق التنمية الاقتصادية عن طريق استقبال المستثمرين خاصة الأجانب ومنحهم كافة التسهيلات والامتيازات، فبالرغم من امتلاكها للمؤهلات المادية والبشرية إلا أنها لا تسمح لها بالقيام بذلك لعدة أسباب تعود الى عدم خبرتها في هذه المجالات أو عدم امتلاكها للوسائل اللازمة كالوسائل التكنولوجية والتقنية الحديثة التي يمتلكها الشريك الخاص هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن الدولة تلجأ إلى الشريك الخاص بهدف إشراكه في تمويل مشاريعها التي غالبا ما تتطلب تغطية مالية كبيرة، وذلك بهدف الحفاظ على استقرار ميزانيتها العامة.

ولا يوجد ما يمنع الدولة من أن تكلف شخص من أشخاص القانون الخاص ان يحل محلها في عملية التعاقد، وذلك بصفته وكيفا عنها يتصرف باسمها ولحسابها في عمليتي إبرام العقد وتنفيذه⁹⁸.

وفي كل الحالات السابقة فتبقى دائما الدولة بأجهزتها وفروعها هي المالكة الحقيقية للمشروع، فهي التي تملك المساحة الأرضية التي يقام عليها المشروع، وتملك فيما بعد المرفق العام موضوع المشروع، وهي التي تقوم بمنح الامتيازات للمتعاقد معها المتمثل في الشريك الخاص، كما أنها تقوم بوضع شروطها على الشريك الخاص خلال عملية ابرام العقد، فضلا عن قيامها بإدارة العمليات السابقة على التعاقد والمتمثلة في اختيار الشريك الخاص.

⁹⁶ تنص المادة 06 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، غير الملغاة بموجب أحكام القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجديد، على ما يلي: " تنشأ وكالة تطوير الاستثمار تدعى في صلب النص *وكالة* ".

⁹⁷ هذه الأحكام جاءت بموجب المادة 03 من المرسوم رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 55 لسنة 2001، وكذا المادة 26 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار السابق الذكر.

⁹⁸ شهرزاد سبتي، اتفاقات الشراكة في اطار قانون الاستثمار الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية

ب - الشريك في القطاع الخاص:

يقصد بالشريك الخاص هو كل شخص سواء كان طبيعي أو معنوي يمارس نشاطه في إطار القانون الخاص بغية تحقيق الربح ، كما يقصد بالقطاع الخاص هو ذلك الجزء من الاقتصاد غير الخاضع للسيطرة الحكومية ويدرار وفقا لاعتبارات الربحية المالية، وهو القطاع المملوك للخواص وتوجهه آليات السوق⁹⁹، والأشخاص الخاصة في الجزائر منصوص عليها في المادة 49 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر، وهي الشركات المدنية والتجارية والوقف والجمعيات وغيرها، إلا أن ما يهمننا هنا في مفهوم عقد الشراكة هو الشركات المدنية والتجارية ، ويعمل الشريك الخاص عموما في مجالات تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة مع تحقيق ربح مشروع ، كما أنه يعتبر الركيزة الأساسية للنهوض بالجانب الاقتصادي لأي دولة.

وبالرجوع إلى عقد الشراكة فلن الشخص الخاص أو ما يعبر عنه بالشريك الخاص فيتمثل في شركة أو مؤسسة اقتصادية خاصة، فقد تكون شركة واحدة، أو قد يتمثل في مؤسسة نظم العديد من ا لشركاء الذين يملكون رؤوس أموال ويرغبون في توظيفها بالشكل الذي يحقق لهم قدرا معقولا من الربح¹⁰⁰، أو قد يتمثل في شركة أجنبية متعددة الجنسيات تمتلك فروع لها في عدة دول وتساهم بالاستثمار فيها، وقد يكون عبارة عن مجموعة من الشركات التي تتحد فيما بينها لتكون إتحاد يسمى بالكونسورتيوم، بحيث يتم تشكيل هذا الاتحاد من مجموعة من الشركات المتخصصة في شتى المجالات كالتصميم والبناء والتسيير ، ويرجع تكوين هذا الاتحاد بسبب أن عقود الشراكة غالبا ما تستلزم مشاريعها الحاجة إلى أموال ضخمة وذلك لارتباطها بمشاريع البنى التحتية قد لا تتمكن شركة واحدة من تغطيتها، فضلا عن أنه تحتاج إلى الخبرات والمهارات الفنية والتقنية والإدارية، مما يجعل الأمر عسير على شركة واحدة القيام بكل ذلك¹⁰¹، ومن ايجابيات هذه الشركات الخاصة بأنواعها الأربعة أنها تقوم بإنشاء المشاريع موضوع عقد الشراكة عن طريق نقل رأس المال الأجنبي إلى الدولة صاحبة المشروع مما يساهم في إنعاش السوق المالية المحلية بالعملة الأجنبية.

⁹⁹ نوري ياسمين، مكانة القطاع الخاص المنتج في ظل السياسات التنموية في الجزائر بين الخطاب الرسمي والواقع الميداني، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو ، تاريخ المناقشة 07-07-2015، ص22.

¹⁰⁰ شهرزاد سبتي ، المرجع السابق، ص29.

¹⁰¹ طه محمد جاسم الحديدي ، المرجع السابق، ص53.

ويعود سبب لجوء الدولة إلى الشركاء من القطاع الخاص كونهم إضافة إلى تمتعهم بالإمكانيات الضخمة، فهم يمتلكون خبرات ومؤهلات تكنولوجية حديثة ومتطورة وكذا الأساليب الفنية و البرقونية، كما أنهم يضمون خبراء ومختصين في مجالات متعددة ومنتوعة.

المبحث الثاني: مميزات عقد الشراكة عن العقود المشابهة له ونماذج عنه وتقييمه

عقد الشراكة يعتبر عقد يمتاز بمميزات خاصة جعلته يختلف عن العقود الإدارية الأخرى في العديد من النقاط، وباعتباره عقد حديث النشأة فهو يعتبر عقد متطور يخضع للمستجدات الحديثة التي تطرأ خاصة في مجال الاستثمار، وبالتالي فلا بد من تبين أهم المميزات التي تميز عقد الشراكة عن باقي العقود والأنظمة الأخرى المشابهة له، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول ثم نأتي إلى المطلب الثاني الذي سنقسمه إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول، بعض النماذج المهمة في عقد الشراكة في بعض الدول التي تعتبر هذا العقد من بين الوسائل الأساسية لإنجاز مشاريع البنى التحتية ، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى أهم النقاط الإيجابية لعقد الشراكة كغيره من العقود الإدارية الأخرى وكذا أهم نقاطه السلبية.

المطلب الأول: تمييز عقد الشراكة عن العقود المشابهة له

عقد الشراكة كما رأينا سابقا يعتبر عقد إداري، يخضع لأحكام قانونية مختلفة تختلف عن العقود الإدارية التقليدية التي تلجأ إليها الإدارة العامة كعقود الأشغال العامة التي يصطلح عليها المشرع الجزائري بالصفقات العمومية وكذا عقود تفويض المرافق العامة بأشكالها المختلفة ، وهذه العقود يكمن الفرق الجوهري بينها وبين عقود الشراكة في كيفية حصول المتعاقد مع الإدارة العمومية على مقابله المالي وهذه أهم خاصية سنتطرق لها، وهناك بعض العقود والأنظمة الأخرى التي تختلف عن عقد الشراكة من حيث نظامها القانوني، وتعرض في هذا الخصوص إلى نظام الخصخصة وعقد البوت (BOT) وهذا ما سنبينه ثانيا.

وبخصوص عقد البوت سوف نتعرض له بشيء من التفصيل نظرا للتشابه الكبير بينه وبين عقد الشراكة وسوف نقسم هذه الدراسة إلى فرعين نتناول في الفرع الأول العلاقة التي تميز عقد الشراكة عن الصفقات العمومية وكذا عقود تفويض المرافق العامة ، وهذا راجع إلى الإصدار الأخير للمشرع الجزائري لتنظيم الصفقات العمومية الذي أدرج معه تفويض المرافق العامة في تقنين موحد¹⁰²، مكتفين في هذا الجانب بالتعرض إلى أهم عنصر وهو كيفية حصول المتعاقد مع الإدارة على مقابله المالي، مستثنين في ذلك إلى معيار الحصول على المقابل المالي، أما في الفرع الثاني فسوف نخصصه لدراسة التمييز بين عقد

¹⁰² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، ج، رقم 50 الصادرة في 20 ديسمبر 2015.

الشراكة ونظام الخوصصة، وكذا عقد الشراكة وعقود البوت (BOT) مستندين في هذا الخصوص إلى معيار النظام القانوني.

الفرع الأول: بحسب معيار الحصول على المقابل المالي

نتناول أولاً حسب هذا المعيار، العلاقة بين عقد الشراكة والصفقات العمومية مبيينين أوجه التشابه وأوجه الاختلاف ثم نتناول ثانياً العلاقة بين عقد الشراكة وتفويضات المرافق العامة، متطرقين أيضاً إلى أوجه التشابه وأوجه الاختلاف مستدين في ذلك إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة الجزائري الجديد.

أولاً : تمييز عقد الشراكة عن الصفقات العمومية (Marchés Publics)

تعتبر الصفقات العمومية من العقود التي يكون المقابل المالي فيها ثمناً يتحصل عليه المتعاقد مع الإدارة كمقابل لتنفيذ التزاماته التعاقدية، وحسب تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة الجديد، فالصفقات العمومية في النظام الجزائري تتشكل من عقود الأشغال و اللوازم وعقود الدراسات وعقود الخدمات¹⁰³، والرابط بين كل هذه العقود جميعاً على الرغم من اختلاف مضمونها إلا أنها تتفق في أن المقابل المالي المستحق للمتعاقد يأخذ شكل ثمن، ويعتبر هذا الأخير عنصراً جوهرياً يجب أن يتم تحديده من طرف المتعاقدين أثناء إبرام العقد، كما يعد من شروط مشروعية العقد، فإذا تخلف ذكره أثناء إبرام الصفقة فإن هذه الصفقة تكون باطلة، ويعتبر الثمن العنصر الأساسي الذي يميز الصفقة العمومية عن باقي العقود الإدارية الأخرى ومن بينها عقود الشراكة ولذلك سوف نبين أهم نقاط التشابه ونقاط الاختلاف بينهما.

أ - أوجه التشابه

أول ما يمكن إدراجه ضمن نقاط التشابه هو خضوع كل من عقد الشراكة والصفقات العمومية إلى نظام مشترك وهو نظام العقود الإدارية، باعتبار أن عقد الشراكة يعتبر أحد طرفيه الإدارة العامة وكذلك الأمر بالنسبة للصفقات العمومية، فحسب النظرية التقليدية للعقود الإدارية، فكل عقد تكون الإدارة العامة طرفاً

¹⁰³ تنص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العام السابق الذكر على مايلي: "الصفقات العمومية

عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

فيه فهو يعتبر عقد إداري بغض النظر عن الأساليب المستعملة في تنفيذه وبغض النظر عن الشروط التي يفرضها كل طرف على الآخر.

من جهة ثانية فما يشترك بين عقود الشراكة والصفقات العمومية هو خضوع كليهما لمبدأ التفاوض التنافسي (Dialogue compétitif)، بحيث أن هذا المبدأ يحقق الهدف من إبرام العقد عن طريق الحصول على المعلومات الأساسية الخاصة بالمرشحين ليصبحوا في وضع يميز كل مترشح عن الآخر، فعقود الشراكة تخضع لهذا المبدأ بغرض الوصول إلى التحديد الدقيق للإمكانيات الفنية والقانونية والمالية التي تحقق الهدف من العقد بشرط إعمال مبدأ المساواة بين المترشحين، والصفقات العمومية تخضع بدورها إلى هذا المبدأ في الحالة التي يكون فيها موضوع الصفقة مركبا، وذلك عندما لا تستطيع الإدارة أن تحدد بطريقة موضوعية الجوانب المالية والقانونية للمشروع أو لا تستطيع بمفردها أن تحدد الجوانب الفنية التي تحتاج إليها الصفقة¹⁰⁴.

و أيضا يمكن أن يلتقي العقدان في كون إعتبار كلاهما من العقود الإجمالية والمركبة، فعقود الشراكة تدخل في نطاق العقود المركبة والإجمالية (contrats globaux)، وهذه الصفقة تتميز بها هذه العقود ذلك كونها تتضمن عدة عمليات كالتصميم والبناء والتمويل والتشغيل والصيانة، كما يمكن أيضا للصفقات العمومية أن تكون عقود إجمالية ومركبة، فهي في بعض الأحيان قد تتضمن إحدى هذه العمليات أو بعض منها، إلا أن هذا المبدأ يكون كقاعدة عامة في عقود الشراكة أما في الصفقات العمومية فيعتبر كاستثناء¹⁰⁵.

ويشترك عقد الشراكة مع الصفقات العمومية في أن كلاهما لا يفوضان المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق العام، فالصفقات العمومية تبرم بين الإدارة والمتعاقد معها لإنجاز مشروع معين وتنتهي مهمة المتعاقد مع الإدارة العامة بعد إنجاز هذا المشروع ولا تمتد إلى غاية إدارته وتسييره ، لأنه ان حدث ذلك فهنا لا نصبح أمام صفقة عمومية وإنما أمام نوع آخر من العقود الإدارية، وبالتالي فإن الصفقة العمومية يكون موضوعها إما إنجاز مشروع ما أو توريدات أو تقديم خدمات أو دراسات وليس إدارة مرفق عام، وكذلك بالنسبة لعقود الشراكة، فهي بالرغم من تضمنها عملية التشغيل والإدارة، إلا أن هاتين العمليتين

¹⁰⁴ رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 97.

¹⁰⁵ - حمادة عبد الرزاق حمادة ، عقود الشراكة (PPP)، المرجع السابق، ص 191.

- شهر زاد سبتي، المرجع السابق، ص 84.

تدخلان في عقود الشراكة باعتبارها عقود مركبة وليس من قبيل تفويض الشخص الخاص أو الشريك الخاص بإدارة وتسيير مرفق عام، لان هذه العملية الأخيرة تتطلب إبرام عقد آخر لا يدخل في نطاق عقود الشراكة، وبالتالي فان الإدارة العامة لا يمكنها أن تبرم عقدين بمناسبة انجاز مشروع واحد¹⁰⁶.

أما بالنسبة لطريقة حصول المتعاقد مع الإدارة لحقوقه المالية، فكل من عقد الشراكة والصفقات العمومية يتشاركان في هوية الجهة التي تمنح المتعاقد مع الإدارة لحقوقه المالية، وهي الإدارة العامة نفسها، فهي تتعاقد مع شخص ما سواء كان طبيعي أو معنوي، يعمل في مجال القانون الخاص غالباً، بهدف انجاز مشروع معين مقابل مبلغ مالي يأخذ طابع الثمن يتحصل عليه من طرف الإدارة.

ويشترك عقد الشراكة مع الصفقات العمومية في إمكانية اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن تنفيذها وخاصة التحكيم، بحيث لا يعد اللجوء إلى ذلك إجبارياً على الأطراف وإنما يعد كأسلوب استثنائي واختياري يمكن اللجوء إليه، فعقود الشراكة باعتبار أنها تتضمن الطابع التجاري الدولي، فإن الشريك الخاص خاصة إذا كان أجنبي، فإنه في بعض الأحيان أثناء إبرام العقد يشترط على الجهة الحكومية المتمثلة في الشريك العام على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع أثناء تنفيذ العقد، وكذلك الأمر بالنسبة للصفقات العمومية، حيث ينص المشرع الجزائري على ذلك صراحة في نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الجديد، والتي جاء فيها على انه يجب على المصلحة المتعاقد أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها.

ب - أوجه الاختلاف

بالرغم من وجود العديد من النقاط والمجالات التي تشترك فيها عقود الشراكة مع الصفقات العمومية، إلا أن هناك العديد من نقاط أيضا التي يختلف فيها كل من العقدين والتي تميز كل منهما عن الآخر. فأول اختلاف بينهما يكمن في طريقة حصول المتعاقد مع الإدارة لمقابلته المالي المستحق، فبالرغم من التشابه في كيفية الحصول على المقابل المالي، إلا أن الاختلاف يظهر في طرق وآليات أداء الإدارة العامة للمقابل المالي للمتعاقد معها، ففي الصفقات العمومية يحصل المتعاقد على مقابلته المالي وفقا لثلاث طرق نص عليها المشرع الجزائري في المادة 108 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات

¹⁰⁶ رجب محمود طاجن ، المرجع السابق، ص95.

المرفق العام، وهي عن طريق دفع تسبيقات أو الدفع على الحساب أو عن طريق التسويات على رصيد الحساب¹⁰⁷، أما عقود الشراكة فلا تخضع لهذا المبدأ من الدفع، وإنما يحصل المتعاقد مع الإدارة على مقابله المالي كقاعدة عامة عن طريق الاعتماد على مبدأ آخر وهو مبدأ الدفع المجزأ أو المؤجل، بحيث يحصل الشريك الخاص على حقوقه المالية من طرف الشريك العام بصفة دورية قد تكون كل ستة أشهر أو كل سنة أو حسب ما اتفق عليه الطرفان في العقد، وسبب ذلك يعود في كون عقود الشراكة تعتبر عقود طويلة المدة قد تصل في بعض الحالات إلى 30 سنة أو أكثر، وبالتالي لا تستطيع الإدارة العامة بمناسبة تعاقدتها بأسلوب الشراكة استعمال نفس الأساليب التي تستعملها في إطار تعاقدتها بنظام الصفقات العمومية، وإنما تقوم بهذه الطريقة حتى تخفض من مواردها المالية وتقوم بالتسوية الدورية لحقوق المتعاقد مع الإدارة المالية طول مدة العقد، وهذه الطريقة لا تتعب الخزينة العمومية مقارنة بالتكلفة المرتفعة لعقود الشراكة التي ترتبط غالباً بإنشاء مشاريع البنى التحتية، أما في نظام الصفقات العمومية، فإن الإدارة العامة ملزمة بإتباع الطرق الثلاث السابقة الذكر وذلك باعتبار أن الصفقات العمومية هي عقود قصيرة المدة قد تمتد إلى سنة أو سنتين أو ثلاث سنوات كحد أقصى باستثناء بعض الحالات التي يمكن أن تصل فيها إلى غاية خمس سنوات أو أكثر إذا كان حجم المشروع كبير، وبالتالي لا يمكن للإدارة العامة أن تقوم بدفع الحقوق المالية للمتعاقد معها بصفة دورية كل سنة، لأنها في غالب الأحيان لا تكون عقود مركبة أو شاملة عكس عقود الشراكة التي تعتبر كقاعدة عامة بأنها عقود شاملة ومركبة. كما أن الصفقات العمومية تتطلب السرعة في إنجاز مشاريعها لأنها تتعلق بحاجيات ضرورية للإدارة يلتزم المتعاقد بأدائها في أوقات محددة لا تتجاوز غالباً خمس سنوات، وبالتالي حتى لا تتقل الإدارة العامة الموارد المالية للمتعاقد معها فهي ملزمة إما بدفع تسبيقات مالية في حالة ما إذا كان موضوع الصفقة يتجاوز تكلفته المالية الحدود المنصوص عليها في المادة 13 في فقوتها الأولى من نفس التنظيم المذكور

¹⁰⁷ تنص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر على مايلي : " يقصد في مفهوم المادة 108 أعلاه ما يأتي:

- التسبيق : هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة.
- الدفع على الحساب : هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة.
- التسوية على رصيد الحساب : هو الدفع المؤقت والنهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل و المرضي لها".

سابقاً¹⁰⁸، أو عن طريق الدفع على الحساب في حالة ما إذا قام المتعاقد مع الإدارة بعمليات جوهرية في تنفيذ الصفقة وتقدمت الأشغال إلى إنجاز نسبة معينة منها¹⁰⁹، أو عن طريق اللجوء إلى التسوية على رصيد الحساب وتكون هذه ال كيفية عن طريق دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد في حالة التنفيذ العادي للصفقة¹¹⁰.

من جهة ثانية تختلف عقود الشراكة مع الصفقات العمومية في مدة العقد، بحيث أن الصفقات العمومية تعتبر قصيرة المدة و لا تتجاوز كحد أقصى خمسة سنوات إلا في بعض الحالات الاستثنائية، وذلك لطبيعتها العقدية التي تعتبر غير مركبة في غالب الأحيان أو غير متضمنة لمهمة شاملة وإنما تقتصر فقط على إنجاز الأشغال أو توريدات أو خدمات، أما عقود الشراكة فهي عقود طويلة المدة وقد تمتد إلى عشرين أو ثلاثين سنة ولا تنتهي إلا بانتهاء جميع الأشغال من تصميم وبناء وتشغيل وصيانة، وكذا بعد حصول المتعاقد مع الإدارة على حقوقه المالية، وذلك ما يستلزم لتنفيذ موضوع عقد الشراكة مدة طويلة.

ومن بين نقاط الاختلاف أيضاً هي الإجراءات المتبعة في إبرام العقد، فكما رأينا أن كلا العقدين يخضعان لمبادئ العلانية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة بين جميع المترشحين قصد اختيار أفضل العروض المقدمة، وهذه الإجراءات تعتبر القاعدة العامة في إبرام عقد الشراكة والصفقات العمومية، ويتم اختيار المتعاقد مع الإدارة وفقاً لطرق وأساليب متشابهة بين العقدين، فإذا كانت الصفقات العمومية منصوص فيها صراحة في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام السابق الذكر على أنها تخضع بمناسبة اختيار المتعاقد مع الإدارة إلى أسلوب تلقي العروض، أو كما كان يصطلح عليه المشرع في قانون الصفقات العمومية القديم بالمناقصة¹¹¹ بمختلف أشكالها، فإن عقود الشراكة بالرغم من عدم

¹⁰⁸ المادة 13ف1: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال واللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوب إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

¹⁰⁹ تنص المادة 117 في فقرتها الأولى على ما يلي: "يمكن أن يقدم الدفع على الحساب لكل صاحب صفقة عمومية، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة".

¹¹⁰ تنص المادة 119 في فقرتها الأولى على ما يلي: "تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها

الصفقة، إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد معها".

¹¹¹ المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، التي تنص على ما يلي: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على

نص المشرع الجزائري على الكيفية التي يختار بموجبها الشريك الخاص المتعاقد مع الإدارة، إلا أن الجاري العمل به أنه يتم ذلك بالاستناد إلى الإجراءات الواردة في تنظيم الصفقات العمومية في كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة، بحيث يمكن لهذه الأخيرة أن تلجأ إلى استعمال أسلوب التراضي أو الاتفاق المباشر بنوعيه سواء كان تراضي بسيط أو تراضي بعد الاستشارة، وذلك بحسب الحالات المنصوص عليها في المواد 49 و 51 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وهذا الإجراء يعتبر كاستثناء عن القاعدة العامة التي هي تلقي العروض في الصفقات العمومية ، غير أن عقود الشراكة لا تخضع لهذا المبدأ، لأن أسلوب التراضي تلجأ إليه الإدارة العامة في حالة انجاز مشاريع ذات طابع استعجالي أو ذات أهمية بالغة لا يمكن أن تتلاءم مع أسلوب وإجراءات تلقي العروض وغيرها من الحالات المنصوص عليها في المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، وبالتالي فإن المشاريع التي تنجز في إطار عقود الشراكة لا تتضمن الطابع الإستعجالي ولا الحالات المذكورة في المادة 49 السابقة الذكر وبالتالي فإن الإدارة العامة بمناسبة إبرام عقد الشراكة فإنها لا تلجأ إلى استعمال أسلوب التراضي.

ومن بين الاختلافات التي يمكن ذكرها أيضا، هو اختلاف العقدان في خضوعهما لمبدأ تقاسم المخاطر أو توزيع المخاطر، فعقد الشراكة يخضع لهذا المبدأ بخلاف الصفقات العمومية التي لا تخضع له وذلك أن الصفقات العمومية تبرم على أساس التحديد الدقيق للمقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة و أيضا التحديد الدقيق لكافة الحقوق والالتزامات لكل طرف، وإذا ما وجدت مخاطر تحيط بتنفيذ الصفقة فإن الإدارة العامة هي الذي تتحملها من خلال قيامها بتعويض المتعاقد معها، وذلك بحجة أن المتعاقد مع الإدارة في موضوع الصفقات العمومية فإنه في حالة وجود مخاطر تطبق عليه النظرية العامة للعقود الإدارية والمتمثلة في تطبيق نظرية فعل الأمير ونظرية القوة القاهرة ونظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة، وكل هذه النظريات تصب في مصلحة المتعاقد مع الإدارة، لأنه من خلالها تقوم الإدارة بإعادة التوازن المالي للمتعاقد معها، وبالتالي لا يمكن تطبيق مبدأ توزيع المخاطر لأنه لا يمكن للإدارة العامة أن تتحمل عبأين معا، عبئ إعادة التوازن المالي للعقد وعبئ تطبيق مبدأ توزيع المخاطر الذي يحملها لجزء من المخاطر التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد.

عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض". وما يمكن الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الصفقات العمومية، استبدل مصطلح المناقصة بمصطلح تلقي العروض.

ثانيا : تمييز عقد الشراكة عن عقود تفويض المرافق العامة (Délégation de Service Public)

مثلما رأينا سابقا أن الصفقات العمومية تعتبر من العقود الإدارية التي ترتبط بمعيار الثمن، فهناك بعض العقود الإدارية التي لا ترتبط بهذا المعيار كعقود تفويض المرافق العامة وإنما ترتبط بمعيار آخر يصطلح عليه الفقهاء بمعيار نتائج الاستغلال (Résultats d'Exploitation)، وموضوع هذه العقود أن الإدارة العامة تفوض المتعامل المتعاقد معها بإدارة مرفق عام، وقد نص المشرع الجزائري على هذه العقود بموجب تنظيم صفقات العمومية حيث أدرج المشرع عقود تفويض المرافق العامة في تقنين واحد مع الصفقات العمومية وأصبح يسمى بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وخصص لها بابا كاملا. وقد بين المشرع من خلال نص المادة 207 من التنظيم السابق الذكر على أنه يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسوؤل عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وبالتالي فيمكن تعريف عقود تفويض المرفق العام على أنها عقود إدارية تعهد بموجبها الإدارة العامة إلى شخص آخر يمارس نشاطه في مجال القانون الخاص لإدارة وتسيير مرفق عام، بمقابل مالي يحصل عليه المتعامل المتعاقد مع الإدارة من خلال استغلاله للمرفق عن طريق فرضه لرسوم يدفعها المنتفعين بالخدمات التي يقدمها هذا المرفق، وعند انتهاء مدة العقد تعود ملكية المرفق العمومي إلى الإدارة العامة التي تعتبر المالك الأصلي، وهنا يتضح الفرق بين عقود تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، حيث أنه في الصفقات العمومية، فإن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يتمثل بمقابلته المالي في شكل ثمن يتحصل عليه من طرف الإدارة العامة كل مدة زمنية محددة أو وفقا للطرق التي سبق وأن ذكرناها، أما في عقود تفويض المرافق العامة، فإن المقابل المالي للمتعامل المتعاقد مع الإدارة يكون مرتبط بنتائج استغلاله للمرفق العام، وغالبا ما يكون في شكل رسوم يفرضها على المنتفعين بخدمات المرفق.

وما يمكن الإشارة إليه أنه في عقود تفويض المرفق العام تدخل في طائفته العديد من الأشكال والأنواع ، وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، فقد نص المشرع بموجب المادة 210 على أنه يمكن تفويض المرفق العام في شكل الامتياز، أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير¹¹²، كما يرى البعض أنه يدخل في طائفة هذه العقود عقود البوت

¹¹² تنص المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

(B.O.T) ^{113,114}، بالرغم من عدم تطرقنا بعد إلى عقود البوت فلا يمكننا الحكم على هذا الاتجاه ، وسوف نخصص دراسة مستقلة لعقود البوت وعلاقتها بعقود الشراكة ونتطرق إليها بشيء من التفصيل بسبب التقارب والتشابه الكبير بين هاذين العقدين وذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب.

وبالرجوع إلى عقود تفويض المرافق العامة، فإن معيار المقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال يعد عنصرا جوهريا فيها لتمييز هذه العقود عن باقي العقود الإدارية الأخرى، وبموجب هذا المعيار يتحصل المتعامل المتعاقد مع الإدارة على مقابله المالي بطريقتين، أولها يتمثل في فرض رسوم على المنتفعين بخدمات المرفق، أما الطريقة الثانية فتكون إما ببيعه خدمات المرفق للإدارة العامة نفسها أو يكون ذلك عن طريق قيام الإدارة بتخصيص منحة للمتعاقد المتعامل معها تدفعها له خلال مدة زمنية معينة يتم

" يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير كما هي محددة أدناه. كما يمكن أن يحدد تفويض المرفق العام أشكالاً أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

- الامتياز : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام. يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه.

- الإيجار : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته .

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

- الوكالة المحفزة : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء. تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية .

- التسيير : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له، بتسيير أو بصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية ."

¹¹³ B.O.T اختصار لكلمة Build.Operate.Transfer وهي تعني بناء - تشغيل - تحويل .

¹¹⁴ جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص 76.

تحديدها في العقد، فهذا المقابل وإن كان واقعا على جهة الإدارة وتكون هي المكلفة بتسديده إلا أنه مرتبط بنتائج الاستغلال وهو مختلف عن المقابل المالي التي تمنحه الإدارة إلى المتعاقد معها في مفهوم الصفقات العمومية، وبالرجوع إلى عقود الشراكة، فتختلف هذه الأخيرة اختلافا جوهريا عن عقود تفويض المرافق العامة لكن بالرغم من ذلك إلا أنهما يلتقيان في بعض النقاط وسوف نقوم بتبيين أهم نقاط التشابه والالتقاء ثم بعدها الفروق والاختلافات الجوهرية بينهما.

أ - أوجه التشابه

يعتبر كل من عقد تفويض المرفق العام وعقد الشراكة من العقود الإدارية، لأنه وحسب النظرية التقليدية للعقود الإدارية فكلما كانت الدولة ممثلة في الإدارة العامة طرفا في العقد فيعتبر هذا الأخير من العقود الإدارية، وبالتالي ففي عقود تفويض المرفق العام فإن الإدارة تفوض شخصا آخر غالبا ما يكون في مجال القانون الخاص ويسمى في إطار هذا المفهوم بالمفوض له، بتسيير وإدارة مرفق عام وكذلك الأمر بالنسبة لعقود الشراكة، فإن الإدارة العامة تتعاقد مع الشريك الخاص بهدف انجاز مشروع متصل بمرفق عام.

و يشترك كل من عقد تفويض المرفق العام مع عقد الشراكة في التخفيف عن الأعباء المالية للدولة، ففي عقود تفويض المرفق العام يتكلف المتعامل المتعاقد مع الإدارة في تسيير وإدارة مرفق عام موجود مسبقا وصيانته وتجهيزه مستعملا في ذلك موارده المالية وتبقى الدولة ممثلة في الإدارة العامة بعيدة عن هذه العمليات مع بقاء ملكية المرفق للإدارة العامة، وهذا ما نجده في عقود الشراكة بحيث يتكلف الشريك الخاص بإنشاء مرفق عام وتشغيله وصيانته وتجهيزه دون تدخل الدولة مع بقاء ملكية المرفق كذلك هنا ملكا للدولة¹¹⁵.

كل من عقد الشراكة وعقد تفويض المرفق العام يعتبر من العقود المركبة والإجمالية، فكما رأينا سابقا في عقد الشراكة فإنه يتضمن العديد من العمليات كالتصميم والبناء والتمويل والتشغيل والصيانة، وكذلك الأمر بالنسبة لعقد تفويض المرفق العام فهو قد يتضمن العديد من العمليات كالاستغلال و التمويل والتجهيز والصيانة¹¹⁶، كما أن العقدان يبرمان لمدة طويلة، فعقود الشراكة يمكن أن تصل إلى مدة 30 سنة أو

¹¹⁵ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (PPP)، المرجع السابق، ص 182.

¹¹⁶ رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 138.

تتجاوزها وأيضاً بالنسبة لعقود تفويض المرافق العامة فقد تصل المدة على أقصى تقدير إلى 99 سنة، ونجد ذلك خاصة في عقود امتياز المرافق العامة.

ومن جهة أخرى ينتشابه العقدان من خلال خضوع كل منهما لمبدأ العلانية والحوار التنافسي الذي يسمح بتقديم أكثر من عرض للإدارة، وفي إطار مبدأ المساواة تقوم الإدارة العامة بفحص هذه العقود المقدمة وقبول العرض الذي يستجيب للشروط في إطار تحقيق الهدف من إبرام هذا العقد.

ب - أوجه الاختلاف

هناك بعض الاختلافات الجوهرية التي تميز عقود تفويض المرافق العامة عن عقود الشراكة، ومن بينها أنه في عقود تفويض المرفق العام فإن المقابل المالي الذي يتحصل عليه المتعامل المتعاقد مع الإدارة مرتبط بنتائج الاستغلال ، ويتمثل ذلك في فرض المتعامل المتعاقد مع الإدارة لرسوم مقابل الانتفاع بخدمات المرفق يدفعها الأفراد الراغبين بالحصول على هذه الخدمات ، أو أن تقوم الإدارة العامة بشراء هذه الخدمات عن طريق دفعها منحة أو أجره معينة للمفوض له تحدد حسب نسبة رقم الأعمال وذلك بعد مرور كل مدة زمنية محددة يُتفق عليها في العقد، وهذا الأمر يختلف في عقود الشراكة التي لا يعتمد فيها الطرفان على هذه الطريقة لحصول الشريك الخاص المتعاقد مع الإدارة على حقوقه المالية، وإنما تقوم الإدارة العامة بتسديد المقابل المالي للشريك الخاص في شكل ثمن بصفة دورية تكون إما كل ستة أشهر وإما بعد مرور كل سنة أو حسب المدة التي اتفق عليها الطرفان في العقد، والفرق الجوهرية هنا يكمن في شكل المقابل المالي الذي يتحصل عليه المتعاقد مع الإدارة، ففي عقود تفويض المرفق العام يتمثل المقابل المالي في عائدات نتائج الاستغلال أما في عقود الشراكة يتمثل في ثمن تدفعه الإدارة مباشرة للمتعاقد معها.

ومن جهة أخرى يختلف عقد الشراكة عن عقد تفويض المرفق العام في تطبيق مبدأ تقاسم المخاطر، ففي عقود الشراكة فهذا المبدأ كما رأينا سابقاً موجود أما في عقود تفويض المرفق العام فهذا المبدأ غير موجود، وذلك لعدة أسباب يمكن اختصارها في أن الإدارة العامة بمناسبة تعاقدتها مع متعامل ما، فهذا الأخير يقوم بإدارة وتسيير مرفق عام هو في الأصل ملك للإدارة العامة ويتصرف فيه لحسابه وتحت

مسؤوليته، وفي حالة حدوث خطر ما يطرأ أثناء تنفيذ العقد، فيكون على مسؤولية المتعامل المتعاقد مع الإدارة ويتحمل هذا الأخير تبعاته والأضرار الناجمة عنه وحده ولا تتشارك الإدارة العامة معه¹¹⁷.

الفرع الثاني : بحسب معيار النظام القانوني

يختلف هذا المعيار عن النظام السابق، بحيث يكون الهدف من دراسته هو تبيين العلاقة بين عقود الشراكة مع عقود أو أنظمة أخرى ليس فقط من جانب كيفية الحصول على المقابل المالي، وإنما من حيث النظام القانوني كله، وقد ارتأينا أن ندرس في هذا الفرع كل من نظام الخصخصة بسبب وجود بعض النقاط التي تتطلب منا توضيحها، وكذا عقد البوت (BOT) حيث أن هناك البعض من الفقهاء يرون أن عقود البوت هي صورة من عقود الشراكة، كما أن البعض الآخر لا يرى أن عقود البوت هي أحد صور عقود الشراكة وإنما هي عقود مستقلة ولها نظام قانوني خاص، وسوف نقوم من خلال ذلك بدراسة مستقلة لعقود البوت بشيء من التفصيل ثم بعدها نبين أهم نقاط الاختلاف والتشابه بينها وبين عقود الشراكة .

أولاً : تمييز عقد الشراكة عن نظام الخصخصة (La Privatisation)

إن نظام الخصخصة يختلف عن عقد الشراكة اختلافاً جوهرياً، بحيث يعتبر عقد بيع يتعلق بموضوعه ببيع ملكية أحد المرافق العامة التابعة للدولة لشخص من أشخاص القانون الخاص، ونعرف المادة 13 من الأمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المقاولات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها¹¹⁸، على أنه يقصد بالخصخصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن الملكية موضوع البيع تشمل نوعين وهما :

- كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة و /أو الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب زيادة في الرأسمال.

¹¹⁷ رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 143.

¹¹⁸ الأمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المقاولات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر رقم 47، الصادرة بتاريخ 20 أوت 2001.

- الأصول التي تشكل وحدة استقلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة.

كما تعرف الخصصة أيضا على أنها تبرم بين طرفين احدهما الإدارة و الآخر من القطاع الخاص، بموجبها يقوم الطرف الأول ببيع مشروع مملوك للدولة ينقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً بحيث يعتبر الطرف الثاني مساهماً في رأس المال وشريكاً في إدارة الشركة بنسبة ما يملكه، أما في حالة نقل ملكية المشروع كلياً إلى الطرف الثاني فتقطع صلة الإدارة بالمشروع¹¹⁹.

أ - نقاط الإختلاف:

من خلال هذه التعاريف المقدمة يتبين لنا كما أشرنا إليه في البداية أن نظام الخصصة يختلف اختلافاً جوهرياً عن نظام عقود الشراكة، وأول ما يمكن قوله في هذا الإطار أن نظام الخصصة يعتبر عملية بيع ملكية المشروع من الشخص العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، وعملية البيع هذه لا تتم إلا بموجب عقد بيع يخضع في أحكامه إلى مبادئ عقد البيع المنصوص عليها في القانون المدني، وبالتالي لا يمكن اعتبار الخصصة سوى أنها عقد من عقود القانون الخاص، وعليه فهي تختلف عن عقود الشراكة التي تعتبر من العقود التي تبرمها الإدارة العامة والتي تخضع في أحكامها إلى أساليب وأحكام القانون العام، كما أنه تختلف الخصصة عن عقد الشراكة في كون أن هذا الأخير تحتفظ من خلاله الإدارة العامة بملكية المشروع كما أنها تحتفظ بحق السيطرة على المرفق العام موضوع المشروع فيما بعد، من خلال وضع شروط تتصل بإنشائه وتشغيله بحيث يسير المرفق العام لمدة محددة من طرف الشريك الخاص، ويبقى للدولة حق الرقابة والإشراف إلى غاية إعادة ملكيته إليها في نهاية مدة العقد، أي أن تسيير المرفق العام من طرف القطاع الخاص لا يصل إلى حد التخلي عن ملكية المشروع من طرف الدولة، أما في الخصصة فتقوم الدولة ببيع ملكيتها نهائياً للقطاع الخاص، وبالتالي فإن ملكية المرفق العام تنتقل من الدولة ممثلة في الإدارة العامة إلى القطاع الخاص دون احتفاظ الإدارة العامة لأي حق على هذا المرفق، وتكون نقل ملكية المرفق للقطاع الخاص إما كلياً أو جزئياً وفي هذه الحالة الأخيرة قد تحتفظ الإدارة العامة ببعض الحقوق على المرفق العام لكن ليست مثل تلك التي تتمتع بها في حالة الملكية الكلية للمرفق العام، ومثال ذلك بيع الإدارة العامة لبض أسهم الشركات العمومية التابعة للدولة للقطاع الخاص.

والنقطة الأخيرة التي يمكن طرحها في إطار نقاط الاختلاف بين عقد الشراكة والخصوصية هو أن عقد الشراكة يكون موضوعه على مشروع غير قائم، أي مرفق عام غير موجود بعد وإنما يتم التعاقد مع الشريك الخاص لإنشاء هذا المرفق وتشغيله وصيانته، أما في الخصوصية فيكون موضوعها متعلق بمرفق عام موجود فعلا يكون تابع للدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

ب - نقاط التشابه:

لكن بالرغم من كل هذه الاختلافات الجوهرية بين عقد الشراكة ونظام الخصوصية، إلا أنه توجد بعض نقاط الالتقاء بين النظامين، وهي أنه يمكن اعتبار كل من عقود الشراكة والخصوصية من الأنظمة التي يتشارك فيها كل من القطاع العام و القطاع الخاص في إدارة وتسيير المرفق العام ويكون ذلك في حالة الخصوصية عندما تقوم الدولة ببيع ملكية مرفق عام تابع لها للقطاع الخاص جزئيا وليس كليا، ومثاله كما أوضحنا سابقا أن تقوم الدولة ببيع بعض أسهم إحدى الشركات العمومية الخاضعة للقانون العام إلى القطاع الخاص بغية تحقيق أهداف محددة.

وثاني النقاط التي يمكن ذكرها في إطار أوجه الالتقاء والتشابه بين عقود الشراكة ونظام الخصوصية، وهو أنه ينصب كل منهما على أموال عمومية تابعة للدولة يجري تملكها للقطاع الخاص، أي أنه في عقود الشراكة تقوم الدولة بتمكين الشريك الخاص من حقوقه المالية من خلال تسديدها لهذه الأموال بعد مرور كل فترة زمنية يتم تحديدها في العقد، وهذه الأموال هي في الأصل ملك للدولة، وفي نظام الخصوصية تقوم الدولة ببيع أسهم المرفق العام إما كليا أو جزئيا، وهذه الأسهم تعتبر أيضا أموال تابعة للدولة.

ثانيا : تمييز عقد الشراكة عن عقد البوت (B.O.T) :

كلمة BOT كما أشرنا سابقا هي اختصار للكلمة الإنجليزية Build - Operate - Transfer والتي تعني باللغة العربية، بناء-تشغيل-تحويل، وهي عقود تدرج مع عقود الشراكة ضمن سياسة اعتماد الدولة على القطاع الخاص لإقامة مشاريع البنى التحتية، وقد ظهرت هذه العقود فعليا منتصف الثمانينات من القرن الماضي، وأول دولة استخدمت هذا النوع من العقود هي تركيا في عهد رئيس الوزراء توركوت

أوزال¹²⁰، وذلك في إطار تنفيذ مشروع كوبري الفوسفور ومحطة الكهرباء¹²¹، ولجأت أيضا الو.م.أ إلى استعمال هذا النظام بداية التسعينات في عهد الرئيس بيل كلينتون¹²²، واستعملت نظام البوت في مجال تسيير الطرق والجسور، ثم ظهر في الفلبين وهونج كونج وفيتنام عندما قامت هذه الأخيرة بإنشاء نفق في نهر سايجون بمدينة هوش منه¹²³.

وفي الدول العربية استعمل نظام البوت في كل من لبنان وذلك بموجب الاتفاق المبرم بين الحكومة اللبنانية والشركة الفرنسية للإنشاء وتشغيل الهاتف المحمول سنة 1944 لمدة عشر سنوات¹²⁴، وكذا في السعودية عن طريق تكليف حكومة هذه الأخيرة لشركات أمريكية بهدف إعداد دراسات الجدوى حول الجوانب القانونية لإتباع أسلوب البوت في تمويل وإدارة قطاع الطاقة في المملكة¹²⁵.

فنظام عقد البوت شهد في الفترة الأخيرة انتشارا واسعا مثله مثل عقد الشراكة، فهو يتشابه مع هذا الأخير في العديد من الجوانب بحيث أن العديد من الفقهاء يرى أنه صورة من صور عقود الشراكة، ونظرا للطبيعة الخصوصية لعقد البوت، فسندقوم بعرضه في دراسة تفصيلية نوعا ما، مبينين مفهومه وأهم صورته كونه يتضمن على أشكال مختلفة ومتعددة، ثم نبين في الأخير أهم نقاط التشابه ونقاط الاختلاف بين كل من عقد البوت وعقد الشراكة.

أ - مفهوم عقد البوت B.O.T

عقد البوت مثل عقد الشراكة تعددت وتنوعت التعاريف المقدمة له، لكنها اتفقت كلها على مفهوم واحد، فعقود البوت كما أشرنا سابقا هي عبارة إنجليزية مكونة من ثلاث كلمات وهي Build التي تعني الإنشاء أو البناء، أي قيام المتعاقد مع الإدارة بإنشاء مشروع ما يكون في إطار البنى التحتية، وكذا كلمة

¹²⁰ توركوت أوزال، رئيس الوزراء التركي من 1989 سنة 1993.

¹²¹ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 31.

¹²² بيل كلينتون، رئيس الو.م.أ من سنة 1993 إلى 2001.

¹²³ طه محميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 23.

¹²⁴ المرجع نفسه، ص 23.

¹²⁵ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 34.

Operate والتي تعني التشغيل أو الإدارة أو التسيير ، أي تشغيل المتعاقد مع الإدارة للمشروع الذي أنجزه في إطار هذا العقد، ثم أخيرا Transfer وهي تعني التحويل، أي معناها تحويل ملكية المشروع موضوع العقد إلى الإدارة العامة التي تتمثل الحكومة بعد قيام المتعاقد معها بإنشائه وتشغيله لفترة من الزمن يُفق عليها في العقد.

ويعتبر عقد البوت على أنه عقد إداري بحجة وجود الدولة ممثلة في الإدارة طرفا فيه، بحيث تعهد هذه الأخيرة بموجبه إلى أحد أشخاص القانون الخاص سواء كان من داخل الدولة أو من خارجها، بهدف قيامه بإنجاز أحد مشاريع البنية التحتية عن طريق مهمة شاملة تتضمن تصميم المشروع وإنشائه وتمويله واستغلاله وصيانته ونقل ملكيته عند نهاية مدة العقد¹²⁶.

ويكون المقابل المالي للشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة العامة في إطار عقد البوت مرتبطا بنتائج استغلاله للمرفق العام محل العقد، وهذا بخلاف عقد الشراكة الذي يعتبر المقابل المالي للشريك الخاص في شكل ثمن تمنحه الإدارة العامة للمتعاقد معها بعد مرور كل مدة زمنية معينة يتفق عليها في العقد، فنلاحظ إذن أن نظام التعاقد بالبوت (B.O.T) يحتوي على معيار المقابل المالي المرتبط بنتائج الاستغلال الذي نجده مستعملا في عقود تفويض المرافق العامة خاصة في عقود الامتياز، بحيث يكون موضوعه فرض المتعاقد مع الإدارة لرسوم معينة يدفعها كل من يريد الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق العام الذي يُشئ الشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة، وهذه هي ابرز نقطة يختلف فيها عقد البوت مع عقد الشراكة والتي سوف نأتي إلى شرحها بالتفصيل لاحقا.

ومن خلال التعريف المقدم يتضح لنا التشابه الكبير بين عقد البوت وعقد الشراكة والذي أدى إلى اعتبار بعض من الفقه على أن عقد البوت لا يعتبر كونه سوى أنه شكل من أشكال عقود الشراكة، إلا أنه بالرغم من هذا التشابه الكبير، فتوجد بعض نقاط الاختلاف التي سوف نقوم بعرضها لاحقا.

ب - أشكال وصور عقد البوت :

يتميز عقد البوت عن عقد الشراكة في كونه يتضمن على العديد من الأشكال والصور التي يمكن للإدارة العامة أن تلجأ إليها وفقا للطريقة التي تناسبها والتي تسعى من خلالها إلى مساعدتها في تحقيق أهدافها،

¹²⁶ - طه محييد جاسم الحديدي ، المرجع السابق ، ص 47.

- عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق، ص 14.

فبناء على الطبيعة المركبة لهذا العقد وعلاوة عن الصورة الرئيسية التي تتمثل في البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) فإن الواقع العملي قد أفرز صور أخرى جديدة لنظام البوت وسوف نقوم بالتطرق إليها كآلاتي¹²⁷ :

1 - BOOT (Build-Operate-Own-Transfer)

وهي تعني بالترجمة إلى العربية ب: بناء، تشغيل، تمليك ونقل الملكية، وبموجب هذا العقد يقوم الشخص الخاص المتمثل في شركة المشروع، ببناء المشروع وتشغيله وإدارته وتملكه طوال مدة العقد، وبعد انتهاء هاته المدة يقوم بتسليم المرفق إلى الدولة التي تعتبر المالك الأصلي، وتختلف هذه الصورة عن الصورة الأصلية (B.O.T) على كونها تتضمن عملية إضافية والمتمثلة في إمكانية الشخص الخاص بتملك المشروع خلال مدة العقد.

2 - BLT (Build-Lease-Transfer)

وهي تعني باللغة العربية بالبناء والإيجار ونقل الملكية، و في هذه الصورة تقوم شركة المشروع بإنجاز المشروع وبنائه وتمويله ولا تقوم بتشغيله وإدارته وإنما تقوم بتأجيره إلى الجهة الحكومية التي تقوم بعملية التسيير و الإدارة بنفسها أو إيجاره إلى شخص آخر، على أن تنتقل ملكية المشروع في نهاية مدة العقد إلى الحكومة التي تعتبر المالك الأصلي للمشروع، وفي حالة تأجير المرفق إلى الجهة الحكومية، فنقوم هذه الأخيرة بتسيير المرفق العام مقابل مبلغ مالي تدفعه إلى شركة المشروع خلال فترة دورية محددة في العقد قد تكون كل شهر أو كل سنة طول مدة العقد إلى غاية انتقال ملكية المرفق إليها.

3 - LROT (Lease-Rewal-Operate-Transfer)

ومعناها بالعربية الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية ، وتقوم الإدارة العامة في مفهوم هذه الصورة بإيجار مرفق عام موجود فعلا أي قائم ومبني، لأحد أشخاص القانون الخاص، حيث يقوم هذا الأخير بالقيام بعمليات ترميم وتجديد المشروع وإعادة إصلاحه وصيانته وتحديثه ثم تشغيله فيما بعد طوال مدة العقد، على أن يتم تحويل هذا المرفق إلى مالكة الأصلي المتمثل في الإدارة العامة أو الشخص العام بصورته الحديثة، وهنا تقوم الإدارة العامة بتشغيله بنفسها أو بتجديد إيجاره إلى نفس الشخص الخاص الذي قام بإعادة تجديد المرفق أو بإيجاره إلى شخص آخر.

4 - BTO (Build-Transfer-Operate)

¹²⁷ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 46.

وهي تعني، بناء، تحويل، تشغيل وقد يرى البعض أن هذه الصورة هي نفسها الصورة الأصلية والرئيسية المتمثلة في BOT ولكن هي ليست نفسها ، والفرق بينهما يكمن في أن الحكومة هي التي تقوم بإنشاء المشروع وبنائه بنفسها، وعند الانتهاء من عملية البناء، فإنها تقوم بتكليف أحد أشخاص القانون الخاص بتشغيله وتسييره وتجهيزه وصيانته طول مدة العقد، بحيث يقوم بعد انتهاء هذه المدة بإعادة تسليمه إلى مالكة الأصلي المتمثل في الشخص العام، وهذه الصورة تعتبر أحد عقود الخدمات بحيث يبرم الشخص الخاص عقد مع الجهة الحكومية لتسيير مرفق عام ما وتقديم خدمات، ونجد هذه الصورة في المشاريع ذات الطابع السياحي كالفنادق.

5 - BOO (Build-Own-Operate)

نموذج ال BOO يعني بناء، تملك وتشغيل، ومفاد هذا الشكل أن يقوم الشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة بتسليم قطعة أرضية يتولى انجاز وبناء مشروع فيها يكون هذا المشروع ملكا للشخص الخاص وليس للشخص العام، ثم يتولى تشغيله وإدارته، وما يميز هذه الصورة من عقود البوت عن الصور الأخرى هو أنه في نهاية مدة العقد، لا تنتقل ملكية المشروع إلى الشخص العام وإنما يبقى للشخص الخاص مالكا له¹²⁸.

وهنا قد يثور اشكال فيما إذا كانت هذه الصور من بين صور عقود البوت أم أنها لا تنتمي إليها وإنما تنتمي إلى نظام آخر كالخصوصية مثلا التي تؤول فيها ملكية المشروع إلى الشخص الخاص، وما يمكن توضيحه هنا هو أنه في نظام الخصوصية كما رأينا سابقا تقوم الدولة ببيع جزء أو كل أسهمها التي تمتلكها في الشركة العمومية إلى الشخص الخاص، وبالتالي يسيطر هذا الأخير على مجمل الأسهم مما يؤدي ذلك إلى انتقال ملكية المرفق أو الشركة إلى الشخص الخاص، ويكون ذلك عن طريق عملية البيع ولكن ليس عن طريق عملية بناء المرفق وتشغيله المعتمدة في نظام ال BOO، حيث أن الشخص العام يمنح للشخص الخاص مساحة معينة ينجز فيها الشخص الخاص مشروعه ويتولى تسييره وإدارته بعد بنائه لمدة زمنية محددة في العقد ، بحيث تبقى ملكية المشروع طول مدة العقد للشخص العام وبعد انتهاء هذه المدة تنتقل ملكيته إلى الشخص الخاص بدل أن تبقى للشخص العام، ومن هنا يتبين لنا الاختلاف الظاهر بين هذه الصورة والصور الأخرى في إطار انتقال الملكية، بحيث في باقي الصور تكون ملكية المشروع أثناء عملية التسيير لصالح الشخص العام وبعد انتهاء العقد يتم تحويل الملكية بصفة رسمية إلى

¹²⁸ كاميليا صلاح الدين، المرجع السابق، ص 133.

الشخص العام، أما في صورة الـ BOO، فإن الشخص العام يبقى مالكا لأصول المشروع طول مدة العقد، لكن بعد انتهاء مدة العقد تنتقل ملكية المشروع من الشخص العام إلى الشخص الخاص الذي يصبح المالك الحقيقي لأصول المشروع.

6 - DBFO (Design-Build-Finance-Operate)

ومفاد هذه الصورة أن يقوم الشخص الخاص بعملية تصميم المشروع وبنائه وتمويله من ماله الخاص وتشغيله، وتلجأ الدولة إلى هذا الأسلوب في الحالات التي تكون فيها المشاريع ضخمة وتتطلب مبالغ مالية كبيرة قد تعجز الحكومة عن توفيرها، وفي هذا الأسلوب أيضا لا تسترد الدولة ملكية المرفق وإنما تحصل على ثمن الأرض وعلى نسبة من الأرباح من شركة المشروع، أما ملكية المرفق فتبقى للشخص الخاص في نهاية مدة العقد¹²⁹.

7 - BFT (Build-Finance-Transfer)

وهي تعني البناء والتمويل والتحويل، وفي هذا النوع يتولى القطاع الخاص بناء مشروع ما وتمويل تكلفته من ماله الخاص، ثم يقوم بعدها بتشغيله على أن تقوم الدولة فيما بعد بتسديد تكلفة هذا التمويل إلى القطاع الخاص على لأقساط.

8 - BT (Build-Transfer)

ومعناه بالعربية البناء والتحويل، وفي هذا النوع يتفق كل من الشخص العام والشخص الخاص بقيام هذا الأخير ببناء المشروع محل العقد، ثم يقوم بعد ذلك بتحويل ملكيته مباشرة بعد الانتهاء من عملية البناء إلى القطاع العام أو الجهة الحكومية، دون أن تتولى شركة المشروع تشغيل المرفق واستغلاله، ثم بعدها تقوم الدولة بتسديد تكاليف المشروع إلى الشخص المتعاقد معها وفقا للكيفية التي يتفق عليها الطرفان.

• ما يمكن ملاحظته في الأخير هو أن صيغ وأشكال عقود البوت متعددة ومتنوعة من حيث العمليات أو المراحل التي تحتوي عليها فقط، فقد تتضمن عمليتين أو ثلاثة أو أربعة، كما يمكن أن تختلف في كيفية تنفيذ العقد فمنها ما تتضمن نقل الملكية بعد انتهاء مدة العقد إلى الجهة الحكومية، ومنها من لا تتضمن عملية نقل الملكية إلى الجهة الحكومية وإنما ملكية وأصول المشروع تبقى لشركة المشروع المتعاقد معها بعد انتهاء مدة العقد، وبالتالي فإن الدولة تلجأ إلى عقود البوت والتعاقد مع القطاع الخاص لتنفيذها وفقا لحاجاتها ووفقا للأسلوب الذي يساعدها ويحقق أهدافها والذي يتناسب مع أنظمتها القانونية والسياسية.

¹²⁹ طه محييد جاسم، المرجع السابق، ص 31.

ج - أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقود الشراكة :

إن عقود البوت كما رأينا سابقا تعتبر عقود مركبة تحتوي على العديد من العمليات مما يجعلها تتشابه مع عقود الشراكة بدرجة كبيرة، لكن بعد تفصيلنا في دراسة عقود البوت ولو بالشيء القليل إلا أننا وجدنا هناك فروق جوهرية تميز بين العقدين ، وهذا ما سنسعى إلى توضيحه في هذه الدراسة مبينين أولاً أوجه التشابه والنقاط التي يلتقي فيها كل من العقدين ، ثم بعدها نبين أهم الاختلافات التي تميز كل من العقدين عن بعضهما البعض.

1 - أوجه التشابه :

أهم نقطة يمكن إدراجها في هذا الصدد وهي أن كل من عقود البوت وعقد الشراكة يعتبر من العقود الإدارية التي تلجأ الدولة عند إبرامها إلى استعمال أساليب القانون العام، وذلك بدليل أن كل من عقد البوت وعقد الشراكة يكون أحد طرفيهما شخص من أشخاص القانون العام فقد تكون الدولة أو الأجهزة التابعة لها أو ما يصطلح عليه بالهيئات العمومية أو الإدارات العمومية المحلية المتمثلة في الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. أما ثاني نقطة يمكن إدراجها وهي أن كل من العقدين يكون طرفيه شخص من أشخاص القانون الخاص يمارس نشاطه وفقا للأساليب وقواعد القانون الخاص، والأشخاص الخاصة تتمثل غالبيتها في الشركات المدنية والتجارية التي تمارس نشاطها في إطار القانون الخاص وتسعى إلى تحقيق الربح ، وغالبا ما تكون هذه الشركات في إطار عقود البوت وعقود الشراكة شركات ذات طابع دولي أو ما يصطلح عليه بالشركات المتعددة الجنسيات والتي تقوم بممارسة نشاطها في أكثر من دولة ساعية إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح.

وأیضا يلتقي عقد الشراكة مع عقد البوت في أن كل من العقدين يعتبر من العقود المركبة أو الإجمالية أو الشاملة التي تتضمن أكثر من عملية واحدة، بحيث تعهد الدولة بموجبها إلى أحد الأشخاص قانون الخاص للقيام بمهمة شاملة تتضمن العديد من العمليات كالتصميم والبناء والتمويل والتشغيل والاستغلال والصيانة ونقل الملكية، كما أنه كل من عقد الشراكة أو عقد البوت يعتبر من العقود الطويلة المدة بحيث قد تصل مدة العقد إلى 20 أو 30 سنة أو قد تتجاوزها، وذلك بسبب أن الدولة قد تتعاقد مع الشخص الخاص لإنجاز مشروع يكون مرتبط غالبا بالبنى التحتية التي تسعى الدولة إلى تحقيقها، وبالتالي فإن

إنجاز هذا المشروع يتطلب من شركة المشروع المكلفة بالقيام بذلك مبالغ مالية كبيرة جدا لا تستطيع الدولة تغطيتها، أو إنها تخصصها للإففاق في مجالات أخرى أكثر أهمية، وعليه لكي تسترد شركة المشروع مبالغها التي أنفقتها إضافة إلى تحقيق نسبة معينة من الأرباح فيتطلب ذلك مدة زمنية طويلة قد تصل كما أشرنا إلى 30 سنة أو أكثر حسب القيمة المالية التي أنفقت لإنجاز هذا المشروع. وآخر نقطة يمكن إدراجها في هذا الصدد هي أنه كل من عقد الشراكة وعقد البوت يقومان على مبدأ توزيع المخاطر على الطرفين، فالدولة في إطار قيامها ببعض المشاريع الهامة المتعلقة بمجال البنى التحتية، فإنها لا تستطيع تحمل مخاطر هذه المشاريع المحتملة الوقوع، وبالتالي فإنها تسعى إلى اللجوء إلى أسلوب الشراكة أو البوت حتى تحمل الشريك الخاص جزء أو أغلبية المخاطر المحتملة الوقوع التي يمكن له تحملها بسبب الإمكانات المادية والبشرية الهامة التي يزرخ ويتمتع بها والتي تساعده على تجاوز هذه المخاطر بأقل الأضرار.

2 - أوجه الاختلاف :

إن الاختلاف الجوهرى بين عقد البوت وعقد الشراكة أو ما يمكن أن نعتبره الأهم، يكمن في طريقة حصول شركة المشروع أو الشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة العامة الممثلة للدولة، على مقابله المالى، فكما رأينا سابقا في عقود الشراكة، فإن الشريك الخاص يتحصل على مقابله المالى من طرف الشخص العام أو الشريك في القطاع العام في شكل ثمن، بحيث يقوم الشريك العام بتسديد المقابل المالى للشريك الخاص في شكل أقساط وبصفة دورية أي بعد كل مدة زمنية يتفق عليها الطرفان في العقد طوال مدته، أما في عقد البوت فحصول الشخص الخاص أو شركة المشروع على مقابله المالى لا يكون بهذه الطريقة، وإنما تتكلف شركة المشروع بعد انجاز المرفق العام موضوع المشروع بتسيير هذا المرفق و استغلاله بهدف حصولها على مقابله المالى، ولكن كيف ذلك ؟

يتبع في عقد البوت حتى يحصل الشخص الخاص المتعاقد مع الجهة الحكومية على حقوقه المالية، نفس الأسلوب المتبع في عقود امتياز المرافق العامة، أي أنه بعد انجاز المشروع المنفق عليه الذي يكون موضوعه مرفق عام بحيث يقدم هذا الأخير خدمات عامة للمواطنين لكن هذه الخدمات لا تكون بصفة مجانية وإنما تكون بمقابل، بحيث يفرض الشخص الخاص صاحب المشروع على الأفراد الذين يرغبون بالاستفادة من الخدمات التي يقدمها المرفق رسوم معينة تحدد نسبتها حسب نوع الخدمة المقدمة، وتزيد نسبة الرسوم كلما ازدادت قيمة وجودة الخدمات، وبالتالي فإن الشخص الخاص صاحب المرفق يتحصل

على مقابله المالي من الرسوم التي يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق هذا من جهة، كما أنه يمكن من جهة أخرى أن يتحصل على مقابله المالي من طرف الشخص العام ولكن ليس بالطريقة المتبعة في عقود الشراكة وإنما يقوم صاحب المرفق ببيع الخدمات التي يقدمها المرفق إلى الإدارة العامة بحيث يتفق الطرفان على المقابل المالي في شكل ثمن تدفعه هذه الإدارة إلى شركة المشروع التي أنجزت المرفق العام موضوع العقد في شكل دوري يكون حسب ما اتفق عليه. وتفسير ذلك يكمن في كيفية تسيير المرفق، ففي عقود الشراكة تقوم شركة المشروع بتشغيل المرفق موضوع المشروع لصالح الجهة الإدارية المتعاقد معها بحيث أنها تقوم بتقديم الخدمات للمنتفعين ليس لحسابها وإنما لحساب الشخص العام أو الشريك العام، ولا يكون للشريك الخاص الممثل في شركة المشروع أي استفادة بأي شكل من الأشكال من المقابل المالي أو الرسوم التي يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق، وإنما هي تعود للإدارة العامة صاحبة المرفق ولا يكون للشريك الخاص سوى أقساط متفق عليها تقوم الإدارة العامة بتسديدها له بصفة دورية بعد مرور كل مدة زمنية متفق عليها، بخلاف عقد البوت الذي تقوم بموجبه شركة المشروع بتشغيل المرفق موضوع المشروع لحسابها وليس لحساب الإدارة العامة، أي أنها تقوم باستغلاله لصالحها وليس كما هو الحال في عقد الشراكة، وذلك حتى يتسنى لها الحصول على عوائدها المالية التي وظفتها لبناء المشروع زيادة على أرباحها المشروعة، لأن عقد البوت لا يقوم على مبدأ تسديد المقابل المالي لشركة المشروع من طرف الإدارة العامة عن طريق أقساط كما سبق ووضحنا¹³⁰.

ومن خلال ما تقدم، قد يرى البعض أن عقود البوت تعتبر أحد أشكال عقود امتياز المرفق العام وذلك نظرا لتشابههما في كيفية حصول شركة المشروع على حقوقها المالية، كون كلاهما يعتبر من العقود الإدارية، بل أبعد من ذلك حيث يرى البعض الآخر أن عقود البوت خرجت من رحم عقود امتياز المرافق العامة وصورة حديثة وجديدة لها¹³¹، بحيث أن النظرية الجديدة لعقود التزام المرافق العامة التي جاءت كنتيجة للتطور الحديث لمفهوم عقد امتياز أو التزام المرفق العام، تسمح للملتزم أو صاحب الامتياز ببناء مشروع ما وإدارته واستغلاله لمدة من الزمن، ثم رده إلى الإدارة العامة بعد انتهاء هذه المدة، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في إصداره الجديد لتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، بحيث نص في المادة 210 في الفقرة الثالثة منه على ما يلي: " الامتياز : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما

¹³⁰ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص 69.

¹³¹ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 53.

انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله ، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام ."

فمن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أدرج مفهوم جديد على عقد امتياز المرفق العام وهو إمكانية المتعاقد مع الإدارة العامة أن يتولى عملية إنشاء أو إنجاز المرفق العام محل عقد الامتياز علاوة على تسييره وتشغيله ، ونستنتج أيضا أن المشرع الجزائري من المؤيدين للنظرية الجديدة لامتياز المرفق العام، لكن هذا ليس معناه أن عقد البوت باعتباره يتضمن على عمليتي الإنشاء والتشغيل، فهو يعتبر من قبيل عقود امتياز المرفق العام، وإنما يختلف عنها اختلافا جوهريا وهو كونه (عقد البوت) يعتبر عقد شامل وإجمالي يتضمن العديد من العمليات، كما أن عقد البوت يكون متعلق بمجال البنى التحتية التي تتطلب مبالغ مالية كبيرة جدا لإقامتها، أما في عقد امتياز المرفق العام غالبا ما يكون متعلق بمرافق عامة لا تتطلب مبالغ مالية كبيرة، كما أنه في عقود البوت قد لا تنتقل ملكية المشروع في نهاية العقد إلى الجهة الحكومية وإنما تبقى لشركة المشروع كما هو الحال في عقود الـ BOO كما رأينا سابقا، بعكس عقد امتياز المرفق العام الذي تكون ملكية المشروع أو المرفق العام منذ إبرام العقد إلى غاية نهايته للجهة الحكومية أو الإدارة العامة.

ومن خلال ذلك تستنتج أن عقد البوت لا يعتبر من قبيل عقود امتياز المرفق العام ولا صورة مطورة لها ، وإنما هو عقد مستقل عنها وذو طبيعة خاصة مثله مثل عقد الشراكة.

وبالرجوع إلى علاقة عقد البوت بعقد الشراكة في إطار نقاط اختلافهما ، فإن عقد الشراكة يكون موضوعه إنجاز مشروع أو مرفق عام غير موجود فعلا، أما في عقد البوت فإن موضوعه يكون إما إنجاز مشروع أو مرفق عام غير موجود فعلا، أو موجود أي مبني من قبل، فتكون مهمة شركة المشروع في هذا الإطار بتسيير هذا المرفق وتحديثه وتجديده كما رأينا في صيغة الـ LROT ، كما يختلف عقد البوت عن عقد الشراكة في أن هذا الأخير تسترد الدولة ملكية المشروع بعد نهاية العقد، أما في عقد البوت فهناك احتمالين، فقد تسترد الدولة ملكية المشروع كما هو الحال في صيغ الـ BOT و BOO و BLT و BFT و BT، أو قد تذهب ملكية المشروع بعد نهاية مدة العقد إلى الشخص الخاص أو شركة المشروع صاحبة المرفق العام التي تكلفت بإنجازه كما هو الحال في صيغ الـ BOO و DBFO.

المطلب الثاني : نماذج عن عقد الشراكة وتقييمه

يعتبر هذا المطلب، كآخر دراسة في هذا الفصل، وبالتالي ارتأينا أن نقوم فيه بالتطرق إلى أهم النماذج العملية لعقد الشراكة في بعض الدول التي تعتبر سباقة في هذا المجال، وهذا ما سنبينه في الفرع الأول منه، أما الفرع الثاني فسنخصه لدراسة أهم الجوانب الإيجابية وكذا السلبية لهذا العقد تحت عنوان تقييم عقد الشراكة.

الفرع الأول: نماذج عن عقد الشراكة

على ضوء الانتشار الواسع لعقود الشراكة في مختلف دول العالم في الآونة الأخيرة، الذي صاحبه تطور في النمو الاجتماعي والاقتصادي، فقد تم استخدام هذا العقد في العديد من المجالات المرتبطة بالبنى التحتية، مثل النقل والصحة والطاقة والمياه والطرق العمومية وغيرها، ويتكلف القطاع الخاص بالقيام بإنجازها بعدما كانت هيئات القطاع العام هي التي تقوم بذلك، وعلى ضوء ذلك ارتأينا أن نقدم بعض الأمثلة والنماذج عن عقود الشراكة في مختلف المجالات وذلك عن طريق عرض بعض التجارب التي قامت بها الدول التي تعتبر سباقة في هذا المجال مثل المملكة المتحدة وفرنسا وأوروبا، كما سنعرض بعض تجارب الدول العربية في هذا الخصوص مستندين في ذلك بالتجربة المصرية بالإضافة إلى التجربة الجزائرية.

أولاً: نماذج عن عقد الشراكة في الدول الأوروبية

كما سبق وأن أوضحنا، فسوف نتناول كل من تجربة المملكة المتحدة في إطار عقد الشراكة أو ما يعرف في بريطانيا بعقود الـ PFI التي تعني مبادرة التمويل الخاصة كما سبق وأن مررنا عليها في المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل، ثم بعدها نعرض بعض التجارب التي قامت بها الدولة الفرنسية في هذا المجال.

أ - نماذج عن عقود الشراكة في المملكة المتحدة:

سبق الإشارة في بداية هذا الفصل على أن مبادرة التمويل الخاصة في المملكة المتحدة هي من قبيل عقود الشراكة، وتعد المملكة المتحدة هي الرائدة في هذا المجال حيث بدأت العمل بها في بداية تسعينات القرن الماضي سعياً من الحكومة لتقديم التسهيلات و الحوافز اللازمة للقطاع الخاص بهدف إنشاء مشاريع البنى التحتية بتمويل منه، حتى يخفف عن ميزانية الدولة العامة الذي يعد السبب والهدف الوحيد الذي تسعى الحكومة من أجله، وقد لجأت حكومة المملكة المتحدة إلى استعمال هذا الأسلوب في العديد من القطاعات الحساسة بهدف تحسين نوعية الخدمات المقدمة، وبرزها قطاع النقل، فبالرغم من أن حكومة المملكة المتحدة لجأت إلى مبادرات التمويل الخاصة لتطوير كافة المجالات، لكنها ركزت على قطاع النقل بشكل أكثر من القطاعات الأخرى، بحيث في سنة 2003 تم تنفيذ أكبر مشروع ميترو في العالم وهو ميترو لندن بقيمة مالية بلغت 3.9 مليار دولار¹³²، بعد ما اتفقت الحكومة مع مؤسسة ميترونات (Metronet) المختصة بإنجاز مشاريع النقل الحضري والميترو، على إعادة تجديد أنفاق ميترو لندن وإنشاء خطوط جديدة.

و انفق على قطاع النقل أموال كبيرة جدا بهدف تحسين وتطوير الخدمات التي يقدمها ، حيث وبناء على تقرير الوزارة المكلفة بالمالية في المملكة المتحدة لسنة 2009 الخاص بالاستثمارات في إطار مبادرة التمويل الخاصة، بلغت استثمارات القطاع الخاص في مجال النقل حوالي 11.763 مليار جنيه إسترليني في مجموع 50 مشروع، وهي قيمة كبيرة جدا لا يمكن للحكومة تحملها وحدها الأمر الذي يبرر لجوءها إلى القطاع الخاص بهدف إنشاء مشاريع من هذا الحجم، ويأتي قطاع الصحة ماليا لقطاع النقل كثاني مجال من مجالات اهتمامات حكومة المملكة المتحدة التي سعت أيضا إلى تطويره وعصرنته حتى يواكب مختلف التطورات التي حدثت في مختلف المجالات الأخرى، بحيث فتحت الشراكة مع القطاع الخاص مجالا لتطوير هذا القطاع والقطاعات الأخرى المرتبطة به كالبينة والتغذية والنظافة، واحتل قطاع الصحة المرتبة الثانية من حيث قيمة استثمارات القطاع الخاص فيه، فقد بلغت نسبة الأموال التي ضخنت فيه إلى غاية سنة 2009 حوالي 11.376 مليار جنيه إسترليني في مجموع 114 مشروع، من خلال إنشاء مستشفيات جديدة ومصحات خاصة التي تسعى إلى توفير العلاج للجميع بمقابل معقول، ومن أهمها مستشفى بارني (Barnet Hospital) الذي أنجز من طرف شركة (Well House NHS Truste)

¹³² Cathy Zadra, les partenariats public-privé en Europe centrale, thèse pour le doctorat en sciences économiques, université paris 8, Saint Denis-Vincennes, sciences économiques, soutenue le 19 octobre 2010, p61.

وهو مملوك لهذه المؤسسة حيث بلغ إنجاز هذا المستشفى وتطويره وتحديثه حوالي 65 مليون جنيه إسترليني في مدة تصل إلى 33 سنة، ولم يتضمن هذا المشروع، إنجازه وتحديثه فقط وإنما تم الاتفاق على العديد من الشروط الأخرى من بينها تقديم التجهيزات التكنولوجية والخدمات المعلوماتية الحديثة والمتطورة وكذا التكنولوجيا الطبية وكذا توفير مختلف الخدمات للنزلاء في المستشفى لتوفير الحاجات اللازمة والضرورية للمرضى¹³³.

وعليه سنقوم بعرض تفصيلي لعدد المشاريع التي أنجزت في المملكة المتحدة في صيغة عقود ال PFI في قطاعات مختلفة مع القيمة الإجمالية بالمليون جنيه إسترليني حسب ما جاء في تقرير وزارة المالية البريطانية سنة 2009 الخاص باستثمارات القطاع الخاص في إطار عقود مبادرات التمويل الخاصة¹³⁴، كالآتي :

1 - قطاع التعليم : حيث بلغت المشاريع المنجزة في هذا القطاع إلى غاية سنة 2009 حوالي 140 مشروع وهو يعتبر القطاع الأول من حيث عدد المشاريع المنجزة وذلك بقيمة 6.133 مليار جنيه إسترليني.

2 - الصحة : وتحتل المرتبة الثانية من حيث عدد المشاريع المنجزة حيث بلغت إلى غاية سنة 2009 ما مجموعه 114 مشروع تحت غطاء مالي قدر بـ 11.367 مليار جنيه إسترليني، تضمن تطوير مرافق قطاع الصحة وتجهيزها وإعادة تحديثها لمواكبة مختلف التطورات الحاصلة في المجالات الأخرى.

3 - السلطات والهيئات المحلية: بلغ عدد المشاريع المنجزة في هذا الإطار حوالي 77 مشروع قدرت قيمتها المالية الإجمالية 2.367 مليار جنيه إسترليني، تضمن إنشاء وإعادة تحديث مقرات هذه الهيئات وكذا المصالح التابعة لها.

4 - النقل : يعد هذا القطاع من أهم القطاعات التي ساهم فيها القطاع الخاص و التي أولت لها حكومة المملكة المتحدة أهمية بالغة بهدف تطوير بنيتها التحتية وتحديثها، وبالرغم من عدم كثرة المشاريع المنجزة من خلاله والتي بلغت 50 مشروع، إلا أنه يعتبر من أكبر القطاعات التي استهلكت أموال ضخمة بهدف إنجاز مختلف مشاريعه وتحديثها، حيث بلغت القيمة المالية الإجمالية التي ضخت من أجل تحقيق هذا

¹³³ Jean Yves Perrot et Gautier Chatelus , financement des infrastructures et des services collectifs, presses de l'école nationale des ponts et chaussées, Paris , 2000, p268.

¹³⁴ Cathy Zadra , op. cit .p62.

الغرض حوالي 11.763 مليار جنيه إسترليني، وهي قيمة تبدو نوعا ما مرتفعة مقارنة بباقي القطاعات الأخرى.

5 - الدفاع : يعد أيضا من أهم القطاعات الإستراتيجية والحساسة التي سعت حكومة المملكة المتحدة إلى تطويرها حيث بلغت عدد مشاريعه 50 مشروعا تحت مساهمة مالية قدرت بـ 8.805 مليار جنيه إسترليني موضوعها إنجاز مقرات وهياكل جديدة بالإضافة إلى التجهيزات وعصرنة الخدمات وتطويرها.

6 - العدالة : بلغت عدد المشاريع في إطار مبادرة التمويل الخاصة في قطاع العدالة حوالي 25 مشروع بقيمة مالية قدرت بـ 697 مليون جنيه إسترليني.

7 - البيئة والتغذية والخدمات الريفية : على الرغم من الأهمية الكبيرة لهذا القطاع، إلا أنه لا يعتبر من القطاعات الحساسة التي تتطلب إقامة مشاريع كثيرة من أجلها، حيث بلغ عددها بـ 22 مشروع، لكن بالرغم للعدد القليل للمشاريع المرتبطة بهذا القطاع إلا أنها تطلبت غطاء مالي مرتفعا نوعا ما نظرا لسعي الحكومة لحماية البيئة وكذا تطوير مجال الفلاحة والزراعة وتحقيق قدر من الأمن الغذائي، حيث بلغت القيمة المالية في إطار استثمارات القطاع الخاص في هذا المجال تحت غطاء مبادرة التمويل الخاصة بـ 2.367 مليار جنيه إسترليني.

ب - نماذج عن عقود الشراكة في فرنسا :

مع مطلع القرن 21، وجدت الحكومة الفرنسية نفسها أمام مشاكل وصعوبات مالية لتمويل مشاريع البنى التحتية، وبعد إلغاء التعاقد بصيغة METP، فإن تمويل مشاريع البنى التحتية لم يجد الوسيلة القانونية المناسبة لإدراج القطاع الخاص لهذا الغرض ، فالصفقات العمومية لم تكن هي الحل والوسيلة المناسبة لذلك ولا أيضا نظام تفويض المرافق العامة، لكن بعد صدور الأمر رقم 559-2004 المتعلق بعقود الشراكة السابق الذكر، فمن خلاله تكون الحكومة الفرنسية وضعت الآلية القانونية المناسبة لإدراج القطاع الخاص بهدف تمويل مشاريع البنى التحتية في مختلف المجالات عن طريق عملية تعاقدية بين كل من القطاعين العام والخاص لتحقيق هذا الغرض¹³⁵.

ومنذ ذلك التاريخ تم إبرام العديد من عقود الشراكة في فرنسا بتمويل من القطاع الخاص لمدة زمنية طويلة في مختلف المجالات أهمها في قطاع الصحة، حيث أبرم عقد الشراكة بين المركز الإستشفائي الجامعي أميان بيكاردي (Le centre hospitalier d'Amiens-Picardi) التابع للقطاع العام ، مع عيادة

¹³⁵ Ahmane Kheira, le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé, mémoire de magistère en droit public économique, université d'Oran, 2013-2014, page 104.

فيكتور بوشي (La clinique de Victor Pauchet) التي تعتبر شخص من أشخاص القانون الخاص، فالمركز الإستشفائي الجامعي لأميان بيكاردي هو مستشفى معروف عالميا منذ أواخر سنة 2005، والذي احتل المرتبة الأولى عالميا من خلال الزرع الجزئي لجلد الوجه، وهو مؤسسة إستشفائية تقع في مدينة أميان الفرنسية، و تتكون من 1587 سرير، بميزانية تقارب 430 مليون أورو، ويحتوي على أكثر من 6 آلاف عون، أما عيادة فيكتور بوشي فهي مختصة في الجراحة والتوليد برقم أعمال يصل إلى 34 مليون أورو، وتحتوي على 248 سرير و 460 عون، حيث أن موضوع العقد المبرم بين هاتين المؤسستين يتضمن إنشاء مجمع تعاوني صحي وهو ما يصطلح عليه في فرنسا بـ GCS وهي اختصار لكلمة (Groupement de Coopération Sanitaire)، تحت تسمية المجمع الصحي هنري فيل (Le GCS d'Henriville) وهو يختص بالرعاية والمتابعة وإعادة التأهيل بعد إجراء العمليات الجراحية لكل مريض، وتم الانتهاء من إنجاز المشروع في مطلع سنة 2008 و أفتتح رسميا في نوفمبر 2008، وقدرت تكلفت إنجاز هذا المشروع حوالي 4.3 مليون أورو¹³⁶، وسعت الحكومة الفرنسية إلى توسيع عملية التعاقد في إطار عقود الشراكة حيث تم إبرام حوالي 133 عقد شراكة حتى سنة 2010 في مختلف القطاعات، و احتلت إعادة تهيئة طرقات المدن والطرق السريعة الصدارة بعدد 38 عقد شراكة مبرم بقيمة بلغت 475 مليون أورو، ثم يليه قطاع التعليم الذي أبرم من خلاله 16 عقد الشراكة بقيمة بلغت 512 مليون أورو، و فيما يلي سنقوم بعرض أهم القطاعات التي لجأت إلى التعاقد بعقود الشراكة مع القيمة المالية بالمليون أورو¹³⁷ :

1 - قطاع الطرقات الحضرية والطرقات السريعة: شهد قطاع الطرقات في فرنسا إبرام العديد من عقود الشراكة في إطاره و تقدر المسافة الإجمالية للطرقات السريعة في فرنسا بـ 11 ألف كلم خصص منها حوالي 8500 كلم لانجازها في إطار مشاريع في صيغة عقود الشراكة من طرف هيئات و كيانات خاصة، حيث تقوم هذه الأخيرة بتمويل انجاز المشروع ثم تقوم بعدها بتسييره و صيانته، و تعتمد في ذلك على نظام الدفع (péage) للانتفاع بخدمات الطرق السريعة حتى تقوم هذه الشركات الخاصة باسترجاع جزء من أموالها التي قامت بتمويلها للمشروع¹³⁸، و تم إبرام 38 عقد شراكة في هذا القطاع بقيمة قدرت بـ 475.515 مليون أورو.

¹³⁶Pascal Gaudrou, Henriville, un partenariat public-privé réussi dans le secteur de la santé, revue français d'administration publique, école nationale d'administration (ENA), n°130, année 2009, page 307-322.

¹³⁷ Cathy Zadra, op, cit, page 70.

¹³⁸ Oscar Alvarez Robles, partenariat public-privé (ppp), conférence européenne des directeurs des routes, mai 2009, p27.

2 - قطاع التعليم : وهو أيضا من القطاعات المهمة في فرنسا، حيث تم إبرام 16 عقد شراكة بقيمة مالية قدرت بـ 512.918 مليون أورو .

3 - قطاع البيئة: حيث بلغت عقود الشراكة المبرمة مع القطاع الخاص في هذا المجال بـ 14 عقد بقيمة مالية قدرت بـ 459.733 مليون أورو .

4 - قطاع النقل : تم إبرام حوالي 13 عقد شراكة لإعادة تحديث قطاع النقل خاصة في مدينة باريس ومرسيليا وليون وهي أكبر المدن الفرنسية ، حيث بلغت القيمة المالية الإجمالية في هذا الشأن 19.350 مليون أورو .

5 - قطاع الصحة والنظافة : وهي تعد من أهم القطاعات أيضا ، حيث بلغت المبالغ التي صرفت بهدف تحديث هذا القطاع و إنشاء مراكز استشفائية و عيادات ومصحات حوالي 156.055 مليون أورو في مجموع 11 عقد شراكة تم إبرامه ، ومثاله انجاز قطب صحي و استشفائي بمدينة نانسي بمبلغ قدر بـ 70 مليون أورو ، و انجاز مركب صحي بجنوب فرنسا بمبلغ 340 مليون أورو ، وانشاء القطب الطاقوي بمستشفى Estaing بـ 35 مليون أورو وكذا القطب الطاقوي بمستشفى Ales بـ 12 مليون أورو ، إضافة للمجمع الصحي Henriville السابق الذكر .

6 - الرياضة و الترفيه : وهي تعد من أكبر القطاعات في فرنسا التي ضخت من أجلها مبالغ مالية كبيرة تضمنت إنشاء مراكز رياضية جديدة كالملاعب الرياضية وكذا مراكز الترفيه ، حيث أبرم إلى غاية سنة 2010 حوالي 08 عقود شراكة بلغت قيمتها المالية الإجمالية حوالي 1.423 مليار أورو ، وهي تعتبر قيمة كبيرة جدا خصص أغلبها لإنجاز ملاعب رياضية جديدة ، كالملاعب الرياضي لمدينة ليل بتكلفة قدرت بـ 430 مليون أورو ، والمعهد الوطني للرياضة والتربية البدنية بقيمة وصلت إلى 250 مليون أورو .

7 - قطاع العدالة : وهو يعد ثاني قطاع بعد قطاع الرياضة التي ضخت من أجله أموال كبيرة بهدف انشاء مقرات جديدة لمختلف مؤسسات العدالة، حيث قدرت قيمتها الإجمالية بحوالي 1.107 مليار أورو من خلال إبرام 07 عقود شراكة .

8 - قطاع الدفاع : حيث أبرم هذا القطاع إلى غاية سنة 2010 ، أربعة عقود شراكة بقيمة مالية مقدرة بـ 534 مليون أورو .

• ووصل العدد المصرح به للعقود المبرمة في إطار عقود الشراكة في مختلف القطاعات حسب إحصائيات سنة 2010 ، إلى 133 عقد مبرم وصلت قيمتها الإجمالية إلى 5.364 مليار أورو ، بحيث

بلغت نسبة العقود المبرمة التي تفوق قيمتها 100 مليون أورو 17 بالمئة، ونسبة العقود المبرمة التي تتحصر قيمتها ما بين 30 و 100 مليون أورو 24 بالمئة، أما العقود المبرمة التي لا تتعدى قيمتها 30 مليون أورو فقد بلغت نسبة 59 بالمئة من اجمالي العقود المبرمة¹³⁹.

ثانيا : نماذج عن الشراكة في الدول العربية

تعتبر مصر من الدول العربية الرائدة في هذا المجال، حيث نظرا للأهمية البالغة لعقود الشراكة لإنجاز مشاريع البنى التحتية، فلم يهمل المشروع المصري تنظيمها في إطار قانوني خاص، وتحقق ذلك بإصداره للقانون رقم 67 الصادر سنة 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ومنذ ذلك الحين سعت الحكومة المصرية إلى تشجيع المستثمرين الوطنيين والأجانب على الاستثمار والتعاقد بموجب عقود الشراكة، وسجلت التجربة المصرية تقدما مهما في هذا المجال محققة نتائج مشجعة سوف نبينها لاحقا، وبالإضافة إلى التجربة المصرية التي أعتبرها تجربة ناجحة في هذا المجال، فإنه لا بد التطرق إلى التجربة الجزائرية مبرزين أمثلة ونماذج عنها بالرغم من أن عقود الشراكة في الجزائر لم تحضى بالأهمية اللازمة مقارنة ببعض الدول الأخرى، بسبب عدم قيام المشرع الجزائري بإعطاء الأهمية اللازمة لهذه العقود من خلال عدم تنظيمها في نظام قانوني خاص ومستقل بها تلجأ إليه الدولة متى كانت حاجتها تستدعي ذلك.

أ - نماذج عن عقود الشراكة في مصر:

اهتمت الحكومة المصرية بالعديد من المجالات في مطلع القرن 21 من بينها قطاع المياه والنقل والصحة والتعليم وغيرها، وذلك من خلال عزمها على تطوير الخدمات المقدمة وعصرنة مختلف القطاعات التي يعتبر البعض منها ذو أهمية بالغة على غرار قطاعي المياه والصرف الصحي، ففي مجال المياه أبرمت الحكومة المصرية عقد شراكة مع القطاع الخاص المتكون من تحالف شركة أوراسكوم للإنشاءات المصرية وشركة أكواليا الإسبانية، بهدف إنجاز محطة مياه الشرب بالقاهرة الجديدة بطاقة استيعاب تقدر بـ 500 ألف م³ في اليوم، وتزود هذه المحطة مناطق التجمع الأول والثالث والخامس ومناطق الامتداد للقاهرة الجديدة¹⁴⁰.

¹³⁹ PWC, Étude sur la performance des contrats de partenariat, 2011.

¹⁴⁰ حمادة عبد الرزاق حمادة ، عقود الشراكة (PPP) ، المرجع السابق ، ص213.

وأبرم العقد بين الطرفين لمدة 20 سنة وقدرت فترة إنشاء المحطة بثلاث سنوات على أن يتم استغلالها للمدة المتبقية أي 17 سنة، ويعتبر هذا المشروع كخطوة أولى يتم من خلالها التفتح على القطاع الخاص واللجوء إليه لإقامة مشاريع من هذا الحجم، ويتضمن المشروع أيضا برنامجا لمعالجة مياه الصرف الصحي وإعادة استعمالها بطاقة استيعاب مقدرة بـ 01 مليون و 250 ألف متر مكعب، وقدرت القيمة الإجمالية للمشروع بـ 650 مليون جنيه مصري.

واتجه أيضا اهتمام الحكومة المصرية إلى قطاع التعليم العالي، حيث تقدمت وزارة التعليم العالي المصرية بطلب إنشاء مشروعين، الأول يتمثل في تجديد شامل لمستشفى المواساة الجامعي والثاني يتمثل في إنشاء مستشفى للنساء والتوليد والأطفال بمنطقة سموحة، وذلك في إطار عقود الشراكة لمدة تصل أيضا إلى 20 سنة¹⁴¹.

ب - نماذج عن عقود الشراكة في الجزائر

الدولة الجزائرية بدورها وجدت في عقود الشراكة الوسيلة المناسبة لإنشاء مشاريع ضخمة مرتبطة بمجالات البنى التحتية دون تكليف خزينة الدولة عبء مالي كبير، بحيث وبالرغم من عدم وجود نظام قانوني خاص لعقود الشراكة في الجزائر، إلى أن الحكومة أبرمت البعض من ها في إطار قانون الاستثمار الجزائري، لكن لجوء الحكومة الجزائرية إلى هذه الصيغة من العقود يعتبر محتشم نوعا ما وذلك قد يفسر لسببين رئيسيين، الأول سبق وأن قمنا بذكره وهو انعدام إطار قانوني خاص بعقود الشراكة مما يؤدي إلى عدم اتساح الرؤية للكيفيات والآليات التي يتم من خلالها اللجوء إلى هذا النوع من العقود، مما يؤدي إلى تخوف المستثمرين الأجانب من عدم اتساح إجراءات العمل وكذا الضمانات الممنوحة لهم في إطار عقود الشراكة، أما السبب الثاني يتمثل في بيروقراطية الإدارة الجزائرية التي غالبا ما تعتبر معرقله ومؤخرة للإجراءات التي تخضع لها الاستثمارات، فكل هذه الأسباب أدت إلى عدم تحمس المستثمرين الأجانب إلى تحويل رؤوس أموالهم إلى الجزائر والاستثمار فيها الأمر الذي أدى إلى قلة الاستثمارات الأجنبية في إطار عقود الشراكة مع الحكومة الجزائرية.

بعد الانتخابات الرئاسية الجزائرية لسنة 2009، طرحت الحكومة برنامج جديد للاستثمار العام بغطاء مالي قدر بـ 286 مليار دولار في إطار المخطط الخماسي 2010-2014، ويعد هذا البرنامج من أكثر

¹⁴¹ المرجع نفسه، ص 210.

البرامج التي يمكن القول أنها طموحة وتسعى لجلب أكبر قدر ممكن لرؤوس الأموال الأجنبية، مما يتيح الفرصة للحكومة للجوء إلى التعاقد وفقا لأسلوب الشراكة، وتحقق ذلك في بعض مجالات تم الاتفاق بموجبها مع شركاء من القطاع الخاص، وأهم قطاع حقق نتائج مقنعة هو قطاع توزيع المياه، بحيث أن النمو الديموغرافي داخل المدن منذ الاستقلال إلى يومنا هذا هو في تصاعد كبير، وذلك راجع إلى تخلي أهالي الريف والقرى عن الحياة الريفية بسبب العديد من ال عوامل كعدم توفر الظروف اللازمة والخدمات الضرورية كإعدام الإنارة والكهرباء في الأرياف، وتردي الأوضاع في القرى والمدن، ومازاد الطين بلة هو الأزمة الأمنية في تسعينيات القرن الماضي، فهذه الظروف كانت غير مشجعة لأهالي تلك المناطق للبقاء فيها، مما اضطر هؤلاء إلى النزوح نحو المدن لتوفر الظروف اللازمة والضرورية للحياة، وهذه الأسباب أدت إلى ارتفاع عدد السكان في المدن مما تطلب ضرورة قيام الحكومة بتوفير الخدمات الضرورية لمواجهة هذه المشكلة، ولكن الحكومة وحدها لم تكن قادرة على ذلك بسبب نقص خبرتها في بعض المجالات كالمياه، مما كان من اللازم عليها البحث عن الخبرة الأجنبية في هذا الميدان، وكان لها ذلك بالاتفاق مع شركة Suez Environnement الفرنسية لمعالجة مياه الصرف الصحي في الجزائر العاصمة و إعادة توزيعها من خلال إبرام عقد شراكة بين هذه الشركة مع الحكومة الجزائرية ممثلة في شركة المياه والصرف الصحي الجزائر العاصمة (SEAAL)، وهي شركة مملوكة بنسبة 70 بالمائة من طرف الجزائرية للمياه و 30 بالمائة من طرف المكتب الوطني للصرف الصحي، وذلك بهدف توفير المياه الصالحة للشرب ومعالجة مياه الصرف الصحي لمدينتي الجزائر وتيبازة، لتغطي خدماتها من خلال ذلك حوالي 3.8 مليون نسمة أي يعادل 10 بالمائة من مجموع سكان الجزائر¹⁴²، وكذلك الأمر بالنسبة لشركة SEACO في مدينة قسنطينة مع شركة مرسيليا للمياه (SEM)¹⁴³، وكذا سيور SEOR في ولاية وهران مع شركة AGBAR الإسبانية¹⁴⁴، وسوف نتناول هذا المثال الأخير كنموذج لعقد الشراكة في الجزائر.

أبرمت الحكومة الجزائرية ممثلة في شركة المياه والتطهير سيور (SEOR) وهران والتي تعتبر شركة عمومية ذات طابع اقتصادي تجاري، وهي شركة مملوكة من طرف الجزائرية للمياه بنسبة 70 في المائة والمكتب الوطني للتطهير بنسبة 30 في المائة، سنة 2009 عقد شراكة مع شركة أغبار (AGBAR)

¹⁴² <http://www.seaal.dz/qui-sommes-nous/profil/>

¹⁴³ <https://www.eauxdemarseille.fr/Nos-competences/A-l-international>

¹⁴⁴ سيهوب سليم، الشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام في مجال المياه والتطهير، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، العدد الثاني، أكتوبر 2015، ص242.

الإسبانية لمدة خمس سنوات بغطاء مالي قدر بـ 30 مليون أورو¹⁴⁵، بهدف تحسين نوعية خدمات المياه وكذا معالجة مياه الصرف الصحي في ولاية وهران، والتجاوب مع احتياجات سكان هذه الولاية في قطاعي المياه والصرف الصحي، وتطوير خدماتها وضمان نقل خبرتها إلى شركة SEOR الوطنية، التي تتولى بعد نهاية مدة العقد بهذه المهام بنفسها، بعدما كانت هذه الولاية تعاني في هذا المجال قبل مدة زمنية معينة حيث تشير الإحصائيات إلى أن 7% من سكان ولاية وهران كانوا لا يتمتعون إطلاقاً بالمياه الصالحة للشرب على مدار السنة، مما كان من اللازم عليهم التنقل إلى مناطق أخرى لتوفير احتياجاتهم في هذا المجال، أما النسبة المتبقية فكانت درجة تمتعها بالمياه الصالحة للشرب متذبذبة ولم تعرف الاستقرار.

وبموجب هذا العقد تكون شركتي سيور و أغبار قد حققنا العديد من الأهداف المسطرة، منها توسيع نطاق التغطية بالمياه الصالحة للشرب عن طريق إنشاء محطات ضخ جديدة وتزويد أغلبية سكان الولاية بالمياه الصالحة للشرب على مدار السنة، وكذا تحسين نوعية هذه الخدمات وتطويرها و عصرنتها وتغطية أكبر عدد ممكن من سكان الولاية لتزويدهم بهذه الخدمات، وذلك من خلال استفادة شركة سيور من خبرة الشركة الإسبانية أغبار في هذا الميدان، أما بين شركة سيور والحكومة الجزائرية فقد تم إبرام عقد تفويض مرفق عام لتكليف شركة سيور من تسيير وإدارة مرفق المياه في ولاية وهران بعد انتهاء مدة عقد الشراكة الممضي بين سيور وأغبار، وما يقال عن مثال ولاية وهران يقال عن باقي الأمثلة الأخرى، بحيث اتبعت الحكومة الجزائرية نفس الاستراتيجية بهدف تطوير قطاع المياه من خلال توفير المياه الصالحة للشرب ومعالجة مياه الصرف الصحي مما يمكننا من القول أن هذه الشراكة حققت أهداف ونتائج مقنعة من خلال القضاء على مشكل معاناة سكان هاته الولايات في مجال الحصول على خدمات المياه بشكل منتظم.

أما في قطاع النقل، فبعد تبني الحكومة الجزائرية للمخطط الخماسي 2010-2014، أخذ هذا القطاع حصته من البرنامج، وخصصت وزارة النقل حوالي ما قيمته 35 مليار دولار بهدف تطوير السكك الحديدية والنقل الحضري في الفترة ما بين 2009-2014، وعلى سبيل المثال، أبرم عقد شراكة بين الوزارة

¹⁴⁵ لكل أمين، المرجع السابق، ص135.

الوصية والشركة الفرنسية RATP^{146,147}، بهدف إنشاء ميترو الجزائر عن طريق إمضاء عقد شراكة مع مجمع RATP بهدف إنشاء أنفاق ميترو الجزائر، وانطلقت أشغال المشروع في سنة 2003 وتم إفتتاح الشطر الأول من المشروع في يوم 30 أكتوبر 2011 الذي قدر بمسافة 9.5 كلم، متضمنا 14 قطار أنفاق مكيف هوائيا، و 10 محطات في 6 بلديات، وبلغت قيمة الشطر الأول لإنجاز المشروع بـ 130 مليون أورو.

وساهمت الخبرة الفنية لمجمع RATP في نجاح هذا المشروع في شكل كبير مقارنة ببيئة الجزائر العامة المعقدة والتضاريس الصعبة بحيث أن مدينة الجزائر العاصمة تقع في بيئة وتضاريس جبلية مما شكل تحديا على هذه الشركة، وتكلفت هذه الأ خيرة بإجراءات الإنجاز والبناء والتشغيل والصيانة وكذا عمليات تدريب العمال عن طريق إختبارات فنية تدريبية، وبهذا الإنجاز أصبحت الجزائر ثاني عاصمة عربية تتمتع بخدمات ميترو ذات جودة عالية بعد القاهرة، وذلك في انتظار تسلم أشغال الشطر الثاني من المشروع عن قريب.

وتسعى الحكومة الجزائرية إلى توسيع انجاز مشاريعها الضخمة المتعلقة بالبنى التحتية في المستقبل في إطار عقود الشراكة، مستعينة في ذلك بخبرة القطاع الخاص في هذا المجال ، خاصة وأن الجزائر تمر بظرف اقتصادي صعب يشجعها على الانفتاح على الاستثمارات الوطنية و الأجنبية بهدف تجاوز هذه المرحلة الصعبة، ومن بين الحلول التي تساعدنا في ذلك هي اللجوء إلى انجاز أهم مشاريعها في إطار عقود الشراكة خاصة وأن هذه العقود تجنب الدولة الانفاق في إطار انجاز مشاريعها والتخفيف على ميزانيتها العمومية، ومن بين المشاريع المستقبلية التي تهدف الحكومة إلى إنجازها في هذا الإطار، إنجاز الميناء التجاري بالحمدانية بمدينة شرشال بولاية تيبازة في إطار شراكة تجمع بين المجمع الوطني العمومي ومصالح الموانئ، وشركتان صينيتان مختصتان في هذا المجال هما شركة الدولة الصينية للبناء والشركة الصينية لهندسة الموانئ، بمشروع تقدر تكلفته بـ 3.3 مليار دولار في مدة مقدرة بسبع سنوات،

¹⁴⁶ RATP هي اختصار للعبارة Régie Autonome des Transports Parisiens ، ومعناها المؤسسة المستقلة للنقل الباريسي أو النقل في مدينة باريس، ولكن هذا المفهوم لا يعبر عن نطاق ممارسة هذه المؤسسة لمهامها ، أي أن مهامها لا تنحصر في مدينة باريس فقط، وإنما تمارس مهامها في مختلف دول العالم في مجال السكك الحديدية وكذا النقل الحضري بالسكك الحديدية كالميترو والترامواي.

¹⁴⁷ http://www.ratp.fr/fr/ratp/c_5070/exploiter-des-reseaux/

بحيث سيسمح هذا الميناء بربط الجزائر مع جنوب وشرق آسيا وكذا الأمريكيتين وإفريقيا، وسيحوي الميناء على 23 رصيفا تسمح بمعالجة 6.5 مليون حاوية و25,7 مليون طن من البضائع سنويا¹⁴⁸.

الفرع الثاني : تقييم عقد الشراكة

مما لا شك فيه أن عقود الشراكة فرضت نفسها في الآونة الأخيرة على الواقع الاقتصادي العالمي وذلك نظرا للأهمية البالغة لها ، كونها تساهم في رفع نسبة النمو الاقتصادي في مختلف دول العالم خاصة الدول النامية التي تعاني من عجز مالي في مجال تمويل مشاريعها، مما يعني أنها وجدت ضالتها فيها من خلال تمويل مشاريعها التي تدخل في إطار البنى التحتية من دون اللجوء إلى الأموال العمومية، فلا يمكن إنكار أن عقود الشراكة ساهمت بشكل كبير في تخفيف الأعباء المالية للدولة كما أنها تساهم أيضا في نقل الخبرات والتقنيات الفنية إلى الدولة المضيفة، لكن بالرغم من كل ذلك إلا أنه لا يمكن إنكار أيضا وجود بعض النقائص والجوانب السلبية فيها، وهذا ما سنقوم بتوضيحه في دراستنا لهذا المطلب.

أولا : محاسن وفوائد عقد الشراكة

إن أهم الأسباب التي تدفع معظم الدول إلى اللجوء لإبرام عقود الشراكة هو نظرا للمحاسن الكبيرة التي تتوفر عليها هذه العقود وكذا الفوائد الكبيرة التي تقدمها ، وليس من الحكمة رفض العقود التي تبرم في إطار الشراكة واعتبارها شر مستطير يهدد سيادة الدولة واستقلالها الاقتصادي خاصة في الدول النامية التي تبحث عن تطوير بنيتها التحتية وتحقيق قدر من التنمية، حيث ان لعقود الشراكة مزايا متعددة اذا ما أحسن توجيهها وتطبيقها على النحو السليم ، وسنقوم بعرض أهم النقاط الإيجابية لعقد الشراكة على النحو التالي:

- عقود الشراكة تعتبر الحل للتخفيف عن ميزانية الدولة:

إن أهم عنصر إيجابي يمكن لعقود الشراكة أن تقدمها للدول التي تسعى للتعاقد لتحقيق هذه الأهداف ، هو أن هذه العقود تعتبرها حكومة الدولة كمعجزة لمواجهة مشكل قيود الميزانية ، بالإضافة إلى أن عقود الشراكة يمكن أن توفر قيمة مضافة حقيقية مقارنة بالعقود الإدارية الأخرى التقليدية على غرار الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة التي لا تحقق أي قيمة مضافة¹⁴⁹ ، كما أنها تخفف عن الأعباء المالية

¹⁴⁸ <http://www.echoroukonline.com/ara/articles/269522.html>.

¹⁴⁹ Frank Venmas, le partenariat public privé pour les batiments scolaires en communauté française, courrier hebdomadaire du CRISP, n°2067-2068, année 2010, p24.

للدولة، بحيث أنه في ظل هذه العقود فإن القطاع الخاص هو الذي يتحمل عملية تمويل المشروع ومخاطره وليس حكومة الدولة، مما يسمح بتوجيه الموارد المالية للدولة إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية خاصة القطاعات التي لها صلة مباشرة بالمجال الاجتماعي، والسبب في ذلك يكمن في وجود بعض الحاجات التي تعد أساسية لا يمكن لمواطني الدولة الاستغناء عنها ، والتي تعد ضرورية في حياتهم اليومية كتوفير خدمات المياه والصرف الصحي، والصحة والتعليم، وهذه الخدمات غالباً ما تتم في مشاريع التي تتطلب موارد مالية كبيرة وعلى الدولة أن توفرها سواء كانت دولة غنية أو دولة فقيرة، وبالتالي لكي تخفف الدولة عن أعباء ميزانيتها العمومية فإنها تلجأ إلى عقود الشراكة التي تعتبرها الحل الأمثل في ذلك عن طريق تكليف القطاع الخاص بتمويلها وإنشائها وتحمل مخاطرها¹⁵⁰.

- عقود الشراكة تُغني من اللجوء إلى الاقتراض الخارجي:

ومن أبرز المنافع التي تقدمها عقود الشراكة أيضاً هي أنها تغني الدول خاصة الفقيرة من اللجوء إلى الاقتراض الخارجي وما يترتب عنه من اختلال في الميزانية العامة للدولة وأعباء خدمة الديون، فإن عقود الشراكة تجنب الدولة ذلك كما تجنبها الضغوطات السياسية التي تمارس عليها نتيجة تراكم ديونها بسبب الاقتراضات الخارجية.

- استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية:

تهدف عقود الشراكة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية والتشجيع على الاستثمار داخل الدولة المضيفة ، وعليه يساهم في تحويل رؤوس الأموال الأجنبية إلى داخل الدولة، مما يحفز هذه الأخيرة إلى الاتجاه أكثر إلى التعاقد بأسلوب الشراكة بأكبر عدد من المشاريع وفي مختلف المجالات دون أن تثقل كاهل ميزانيتها ودون أن تلجأ إلى الاقتراض الخارجي والسلبات المتعددة التي يحتوي عليها، وبالتالي فإن هذا الأسلوب يؤدي إلى توفير العملة الأجنبية التي تحتاجها الدولة لمواجهة سيولة العملة الأجنبية في السوق المحلية.

- عقود الشراكة تساهم في ثبات الميزانية العامة للدولة:

تساهم عقود الشراكة أيضاً بشكل كبير في ثبات التدفقات المالية المخصصة لكل قطاع، لأن ميزانية الدولة مكونة من ميزانيات محددة لكل وزارة حسب كل قطاع، ويعتبر أي استثمارات تقوم به الدولة نفسها دون مشاركة القطاع الخاص ضرورة لتعديل ميزانياتها، وخاصة إذا كان نوع هذه الاستثمارات يتطلب أموال ضخمة، فتجنب الدولة لهذه المعضلة خاصة في حالة عدم وجود تدفقات مالية ثابتة هو ما دفعها

¹⁵⁰ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (PPP)، المرجع السابق، ص201.

إلى اللجوء إلى التعاقد مع القطاع الخاص نظرا للمزايا التي يمتاز بها هذا الأسلوب من التعاقد، ومن بينها الإبقاء على التدفقات المالية المخصصة لكل قطاع وزاري ثابتة.

- نقل التكنولوجيا الحديثة:

يعد مجال التكنولوجيا من المجالات التي تعتبر أكثر أهمية في الوقت الراهن دون جدال، ومعظم دول العالم سواء المتقدمة أو النامية تسعى إلى الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة وتوظيفها في إقامة مشاريعها التنموية بهدف عصرنتها وتطويرها وتحديثها، ويمكن القول أن فشل المشاريع التنموية في البلدان النامية راجع إلى عدم توفر أو عدم استعمال التكنولوجيا الحديثة، وبالتالي ونظرا لعدم قدرة الدول النامية على استعمال التكنولوجيا الحديثة نظرا لعدم امتلاكها لها، فقامت هذه الدول باستقطاب خبرات الخواص الأجبيين الذي يمتلكون الخبرة في المجال التكنولوجي، بهدف نقل التكنولوجيا الحديثة من الدول المتطورة إلى الدول النامية، واستعمالها بهدف تطوير مشاريع البنى التحتية وكذا المشاريع التي تساهم في تحقيق التنمية، ومن بين هذه المشاريع التي تساعد على ذلك هي المشاريع المقامة في إطار عقود الشراكة بين القطاع العام الحكومي والقطاع الخاص المتمثل في الشريك الأجنبي الذي يمتلك خبرة في المجالات التي تتطلب استعمال التكنولوجيا الحديثة، و تساهم عقود الشراكة على نقل التكنولوجيا الحديثة واستفادة الدول منها بأقل التكاليف، باعتبار أن هذه العملية تعد من بين المهام التي يلتزم المتعاقد مع حكومة الدولة في عقد الشراكة بأدائها، فالشريك الخاص يقوم بإنجاز المشروع وتشغيله مستخدما في ذلك أحدث التكنولوجيات بعد الانتهاء من انجاز المشروع وأيضا طول مدة العقد، عن طريق تطوير وتحديث هذه التكنولوجيات باستمرار نظرا للتطور السريع الذي يشهده مجال المعلوماتية والتقنيات الحديثة، كما أن ادخال التكنولوجيات الحديثة يعود بالنفع على الدولة عن طريق خلق نوع من المنافسة مع الإدارات التي تنتمي إلى القطاع العام مما يؤدي في النهاية إلى تحديث و عصرنه الإدارة العمومية. وقد تغير الاعتقاد السائد من ان الاستثمارات الاجنبية بصفة عامة بما في فيها عقود الشراكة أنها تساهم في نقل رؤوس الأموال الاجنبية والتخفيف عن ميزانية الدولة فقط، وإنما أصبح الاهتمام بهذا النمط بالإضافة إلى ذلك، إلى الاستفادة من التكنولوجيا التي يمتلكها المستثمرون الخواص أو التي تمتلكها الدول المتطورة، فالشريك الخاص في عقد الشراكة يساهم في نقل التكنولوجيا الحديثة إلى البلدان النامية عن طريق استعمالها في

المشاريع التي يتولى انجازها، والتي تهدف إلى تطوير الانتاج والمهارات والخبرات والقدرات الابتكارية وتطوير الاساليب التنظيمية والإدارية¹⁵¹.

- عقود الشراكة تعتبر من الحلول التي تساعد على القضاء على مشكل البطالة:

إن مشكل البطالة يعتبر ظاهرة عصرية خطيرة تعاني منها أغلب دول العالم، وهاته الأخيرة تسعى جاهدة إلى القضاء على هذا المشكل أو الحد منه، ومن بين الحلول التي تحقق ذلك هي إقامة مشاريع في إطار عقود الشراكة، فهي تفتح الباب لإنشاء مشاريع تنموية واقتصادية تساهم في توظيف العديد من البطالين من خريجي الجامعات وخلق فرص العمل، فمعظم الشركات العالمية ذات الرأسمال المرتفع تسعى إلى توسيع مشاريعها نحو مختلف الدول خاصة الدول النامية، وذلك بحثا عن اليد العاملة الرخيصة وغير المكلفة، وهذا يعود على الدولة المضيفة بشكل ايجابي عن طريق التقليل من نسبة البطالة ، دون أن يكلفها ذلك مبالغ مالية، كما ان هذه الشركات عن طريق استثمارها في هذه الدول فهي ملزمة بدفع ضرائب على الأرباح المحققة مما يؤدي إلى زيادة عوائد الدولة مع بقاء العوامل الأخرى ثابتة، فإن زيادة عوائد الدولة سوف يمكنها من انشاء مشاريع محلية صناعية او تجارية أو خدمية جديدة وبالتالي فيؤدي ذلك إلى توفير مناصب عمل جديدة¹⁵².

- تقاسم المخاطر بين القطاع العام والقطاع الخاص:

ومن أبرز إيجابيات عقود الشراكة أيضا أنها تساعد الدولة على نقل جزء من مخاطر المشاريع إلى القطاع الخاص القادر على التعامل معها سواء من حيث الخبرة أو من حيث تكاليف الإنجاز أو من حيث المخاطر الفنية، فكلما يتم نقل جزء من المسؤوليات إلى القطاع الخاص كلما يتم نقل المزيد من المخاطر له وتخفيفها عن القطاع العام.

- تقسيم المهام:

كما تسمح عقود الشراكة لكل من الشريكين العمل في إطار مجال خبرة كل قطاع وتقسيم المهام على كل شريك، فالحكومة تتكلف باتخاذ أهم القرارات ورسم السياسات والاحتفاظ بالسيطرة الإستراتيجية على المشروع، أما القطاع الخاص فيتكلف بمهام انجاز المشروع المتنوعة من تصميم وبناء وتمويل وتشغيل وصيانة، فالدولة لا يمكن لها التدخل في مهام الشريك الخاص بناء على فكرة عدم خبرتها للقيام ب ذلك

¹⁵¹ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية

المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2011، ص75.

¹⁵² المرجع نفسه، ص87.

لوحدها، وكذا الشريك الخاص لا يمكن له التدخل في سياسة وعمل الدولة لأنه يعتبر بمثابة تدخل في شؤونها، كما تساعد عقود الشراكة على إنجاز مشاريع البنى التحتية الضخمة في مدة قصيرة ومعقولة بناء على الخبرة التي يتمتع بها الشريك الخاص في هذا المجال، ففي عقد الشراكة الذي يعتبر طويل المدة فإن الشريك الخاص لا يستنفذ مدة 20 أو 30 سنة لإنجاز المشروع فقط، وإنما هذه المدة تدخل فيها العديد من المراحل، فالشريك الخاص كمرحلة أولى يقوم بتصميم المشروع ثم بعدها يتولى انجازه في مدة تتراوح ما بين 4 إلى 8 سنوات كحد أقصى، ثم بعد الانتهاء من انجاز المشروع يتولى الشريك الخاص بتشغيله في باقي المدة المتبقية وغالبا ما تكون من 15 إلى 25 سنة، وفي هذه المرحلة يقوم الشريك الخاص بتشغيل وتسيير المشروع وصيانته وتحديثه وتطويره بالإضافة إلى تقديم الخدمات للجمهور التي تعتبر الهدف الأول، وفي نهاية مدة العقد تتحصل الدولة على مشروع جاهز ومتكامل وحديث من دون تحمل أية أعباء.

- عقود الشراكة تساعد على تحقيق قدر من التنمية الاقتصادية:

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، شهد العالم حركة تحررية واسعة أدت إلى استقلال العديد من الدول المحتلة خاصة دول افريقيا وجنوب شرق آسيا، وأدت هذه الحركة التحررية إلى زيادة الإحساس لدى هذه الدول وشعوبها على ضرورة تحقيق مستوى من العيش يليق بكرامة الإنسان، وعلى أساس ذلك ساهمت هذه الدول على العمل على النهوض باقتصادياتها بهدف اللحاق بمصاف الدول المتقدمة. وتعرف التنمية الاقتصادية على انها عملية يزداد بواسطتها الدخل القومي الحقيقي للاقتصاد الوطني وغالبا ما تتحقق بعد مرور مدة زمنية طويلة من العمل على ذلك، أو هي الإجراءات والجهود التي تبذل في سبيل رفع معدل نمو الدخل القومي والدخل الفردي والتي تحدث من خلال تغييرات في كل من هيكل الانتاج ونوعية السلع والخدمات المنتجة بالإضافة إلى احداث تغيير في هيكل توزيع الدخل لصالح الفقراء¹⁵³، وإذا كانت الدول النامية تسعى إلى تحقيق زيادة في معدل النمو الاقتصادي فإن ذلك يحتاج منها إلى القيام باستثمارات ضخمة تحتاج إلى موارد مالية كبيرة قد تعجز عن توفيرها لوحدها، وعلى هذا الأساس فهناك العديد من الحلول المتاحة للدولة منها الانفتاح على رؤوس الأموال الأجنبية والسماح للمستثمرين الأجانب بالقيام باستثمار رؤوس أموالهم فيها، ومن بين الأساليب التي تحقق ذلك هي عقود الشراكة، فإن هذه الأخيرة كما سبق ووضحنا، فإن الدولة تهدف من خلال التعاقد في إطارها إلى اقامة مشاريع تنموية ضخمة من أجل

¹⁵³ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص71.

تطوير بنيتها التحتية دون أن يكون لذلك أثر سلبي على مواردها المالية، بحيث يتكلف المستثمر الأجنبي المتمثل في الشريك الخاص بإنشاء هذه المشاريع من أمواله الخاصة، ثم بعدها لا يكون على الدولة سوى تمكين الشريك الخاص من استرجاع أمواله التي قام باستثمارها من خلال منحه أجرة أو مقابل مالي بعد مرور مدة زمنية معينة ويكون ذلك بشكل منتظم، وقد تكون هذه المدة كل شهر أو كل ستة أشهر أو كل سنة على حسب ما يتفق عليه الطرفان أثناء عملية إبرام العقد. وبالتالي نستنتج ان عقود الشراكة من الممكن أن تلعب دورا حيويا في التنمية الاقتصادية في البلدان النامية إذا تم توجيهها والتخطيط لها بصورة جيدة، خاصة أن هذه العقود تعتبر مصدرا جيدا للحصول على رؤوس الأموال الأجنبية.

• وفي الأخير يمكن القول أن عقود الشراكة تساهم وتساعد على تحقيق النجاح والتوسع في مجال الأعمال وإيجاد الحلول للمشاكل الاقتصادية والاجتماعية والمالية، وخلق بيئة عمل جديدة تهدف إلى التغيير داخل البيروقراطيات الحكومية المحصنة والسماح بإحداث هذه التغييرات دون التأثير على أعمال الحكومة الحقيقية المتمثلة بتطوير السياسة العامة للدولة والتوجه المستقبلي لها وتشجيع المنافسة والابتكار وتعزيز اللامركزية الاقتصادية.

لكن على الرغم من هذه الفوائد والمزايا التي تمنحها عقود الشراكة إلا أنها تتسم ببعض النقاط السلبية، وكذا التحديات التي تواجهها وتعتبر كعائق في بعض الأحيان في إطار نجاحها وتحقيق فعاليتها و أهدافها.

ثانيا : مساوئ ومعوقات عقد الشراكة

إن عقد الشراكة كغيره من عقود التي تبرمها الإدارة العامة، فبالرغم من احتوائه على العديد من المزايا والمنافع فإنه من الطبيعي أن توجد العديد من الأخطار والمعوقات التي تقف في سبيل نجاحها، وتتعدد وتتنوع هذه المخاطر فقد تكون مالية أو قانونية أو فنية، وسنقوم بذكرها على النحو التالي :

- عقود الشراكة قد تسبب في ارتفاع تكاليف الدولة:

من أسباب لجوء الدولة إلى عقود الشراكة هو بهدف التقليل من أعباء موارد ميزانيتها العامة، لكن إذا كان هذا السبب هو الهدف الوحيد الذي تسعى إليه الدولة فقط، فينصح بتجنبها لذلك، لأنه قد يؤدي إلى لجوئها إليها بصفة مستمرة الأمر الذي يؤدي على ارتفاع التكاليف الإجمالية لإنشاء مشاريع عقود

الشراكة، وبالتالي يجعلها غير متسقة مع أهداف المالية العامة المستديمة للدولة¹⁵⁴، كما أنه من جهة أخرى في حالة اتساع حجم المشاريع المنفذة في شكل عقد شراكة إضافة إلى ارتفاع تكلفتها، فقد يؤدي ذلك إلى تحمل الدولة لبعض المخاطر الإضافية في صورة إعانات حكومية تقدمها الدولة إلى الشريك الخاص لمساعدته في التكاليف المالية للمشروع بهدف تفادي العقبات المالية التي تهدد المشروع، كما أنه في حالة ارتفاع تكاليف انجاز المشروع، فبعد الانتهاء منه فإن الشريك الخاص يعتمد على رفع القيمة المالية للخدمات التي يقدمها للمواطنين، وبالتالي قد يعزف عنها البعض خاصة الطبقة المتوسطة و الفقيرة نظرا لارتفاع تكلفتها¹⁵⁵.

- امكانية فشل الشريك الخاص:

إن فشل الشريك الخاص في إتمام المشاريع محل عقود الشراكة يعتبر من أهم السلبيات التي تتخوف منها الدولة، لذا يجب على هاته الأخيرة أن تضمن أن الشريك الخاص مختص بما فيه الكفاية وقادر ماليا وماديا وبشريا على إنجاز هذه المشاريع في إطار عقد الشراكة.

- اتسام عقود الشراكة بالتعقيد:

تمتاز مشاريع الشراكة بالتعقيد، فهي تجمع العديد من الأطراف بأهداف ومصالح متضاربة، ومن هنا فإن هذه المشاريع تتطلب خبرات واسعة وإمكانيات كبيرة ومدة طويلة لإثباتها في عملية التفاوض، ويعتبر هذا مشكل حقيقي يواجه الطرفين قبل إبرام العقد، وقد يؤثر على هذه العملية وينتج عنها الفشل في إبرام العقد وتعرته بعد مرور مدة زمنية طويلة على تفاوض الأطراف.

- سلبيات انعدام وجود اطار قانوني خاص بعقود الشراكة:

انعدام الأنظمة والأطر القانونية لعقود الشراكة في الدولة المضيفة يعد من أهم السلبيات التي قد تعرقل ابرام عقود في هذا الشأن، بحيث أن وجود الإطار القانوني لهذه الصيغة من العقود يلعب دورا هاما في عملية تنظيمها، وانعدامه يؤدي إلى عدم وضوح الرؤية للمشاريع التي تقام بنظام عقود الشراكة، ولا تزال العديد من الدول في العالم لم تقوم بعد بتنظيم عقود الشراكة في نظام قانوني خاص ومنها الجزائر، بحيث أن المشاريع المقامة فيها في إطار عقود الشراكة تخضع لقانون الاستثمار الجديد الصادر في أوت 2016 وقبلها كانت تخضع للأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، الذي يتعامل بشكل تقليدي من خلال التحكم والسيطرة على هذه المشاريع، وبالتالي فإن هذه المشاريع لا تزال تفتقر إلى حماية المصالح

¹⁵⁴ Frank Venmas, op, cit, p24.

¹⁵⁵ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة (PPP)، المرجع السابق، ص 205.

العامّة وكذا حماية الحقوق الشرعية للقطاع الخاص، فبدون إطار قانوني واضح لعقود الشراكة فلا مفر من الخلافات بين الشركاء.

خلاصة الفصل الأول:

إن تطرقنا في الفصل الأول للإطار المفاهيمي لعقد الشراكة لا يعتبر إلا مدخل لهذه الدراسة، فعقد الشراكة باعتباره عقد إداري حديث، فمن خلال ذلك ارتأينا أن نخصص الفصل الأول لعرض أهم ما يتضمنه، فكمرحلة أولى قمنا بعرض أهم المحطات التاريخية التي شهدتها، وكذا المفاهيم والخصائص والطبيعة القانونية وكذا المبررات التي تفسر لجوء الدول إليه، وهذا ما تناولناه في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة المميزات التي تميز عقد الشراكة عن باقي العقود المشابهة له كعقد البوت مثلا، واختتمنا هذه الدراسة بسرد بعض النماذج والتجارب التي شهدتها بعض الدول وكذا تبين أهم سلبيات وإيجابيات العقد. وأهم نقطة توصلنا إليها من خلال الفصل الأول هو أن عقد الشراكة يعتبر عقد شامل يتضمن على العديد من العمليات كالتصميم والتمويل والإنشاء والتشغيل والصيانة والتحويل، كما انه يعتبر عقد إداري بنسبة كبيرة يتضمن على الطابع الدولي الإقتصادي وأنه من العقود الممولة من قبل القطاع الخاص.

الفصل الثاني: الجوانب العملية والتطبيقية لعقد الشراكة

مقدمة الفصل:

بعد الانتهاء من الفصل الأول الذي درسنا فيه الإطار النظري لعقد الشراكة، وذلك من خلال التطرق إلى التطور التاريخي والمفهوم و الطبيعة القانونية والخصائص والمبررات وكذا تمييز عقد الشراكة عن العقود المشابهة ختاماً بتبيين أهم محاسن ومساوئ العقد، ففي الفصل الثاني سوف نتطرق إلى دراسة عقد الشراكة من الجانب العملي والتطبيقي، وذلك من خلال التطرق إلى أهم شروط إبرام العقد وكذا الإجراءات المتبعة في ذلك وهذا تحت عنوان ضوابط إبرام عقد الشراكة، وكذلك نبين أهم الآثار القانونية التي يترتبها هذا العقد اتجاه طرفيه، وكل هذا سنقوم بدراسته بالتفصيل في المبحث الأول الذي سيكون تحت عنوان ضوابط إبرام عقد الشراكة والآثار المترتبة عنه، أما المبحث الثاني فنخصصه لدراسة كيفية حل النزاعات التي قد تنشأ بين طرفي عقد الشراكة، وباعتبار هذا الأخير يتميز بالطابع الدولي وكذا اتصاله بالتجارة الدولية وباعتباره أيضاً من عقود الاستثمار الدولية، فإن تسوية منازعات هذه العقود قد تكون وفق طرق متعددة ولكن الطريق الشائع الذي غالباً ما يلجأ إليه الطرفان هو التحكيم، بحيث أن غالباً ما يفرض الشريك الخاص على الشريك العام على أنه في حالة نشوء نزاع بينهما، فإن هذا النزاع يسوى عن طريق اللجوء إلى التحكيم وهذا ما سنقوم بدراسته في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ضوابط إبرام عقد الشراكة والآثار القانونية المترتبة عنه

نتطرق في هذا المبحث إلى كل من ضوابط إبرام عقد الشراكة وكذا الآثار المترتبة عنه، فسنخصص المطلب الأول لدراسة الجزئية الأولى الذي سنقسمه إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول شروط إبرام عقد الشراكة ونتطرق في الفرع الثاني إلى أهم الإجراءات المتبعة في إطار إبرام عقود الشراكة، أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة الآثار القانونية التي يترتبها عقد الشراكة على كلا طرفيه، وذلك من خلال دراسة حقوق وواجبات كل طرف.

المطلب الأول: ضوابط إبرام عقد الشراكة

إن عقد الشراكة كغيره من العقود الإدارية، يستلزم لإبرامه توفر بعض الشروط التي يحددها الطرفان، فأي عقد من العقود الإدارية قد يخضع لبعض القيود التي يلزم توفرها في الطرفين وكذا بعض الإجراءات التي يجب اتباعها، وفي هذا المطلب سنقوم بتبيين أهم هذه الشروط التي يلزم توفرها حتى يبرم عقد الشراكة، وكذا الإجراءات الضرورية التي يجب اتباعها للوصول إلى عملية إبرام العقد.

الفرع الأول: شروط إبرام عقد الشراكة

لم ينص المشرع الجزائري على الشروط اللازمة لإبرام عقد من صيغة عقود الشراكة، بدليل عدم وجود نظام قانوني خاص ينظم عقود الشراكة لينص على الشروط اللازم توفرها لإبرام هذا العقد، لكن عقد الشراكة كغيره من العقود التي تبرمها الإدارة العامة يجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط حتى يكون مشروعاً وحتى يمكن القول أننا أمام عقد من عقود الشراكة، لأن هذا الأخير يختلف في بعض أحكامه عن العقود الأخرى التي تبرم في مجال القانون العام خاصة الصفقات العمومية وكذا تفويض المرافق العامة وأيضاً بعض العقود الأخرى التي يتشارك فيها القطاع العام مع القطاع الخاص لإنشاء المرافق العامة كعقود البوت كما وضحنا سابقاً في الفصل الأول.

ومن الشروط التي تدخل في إطار عقد الشراكة، فمنها ما هو متعلق بالشريك العام ومنها ما هو متعلق بالشريك الخاص، وهاذين الشرطين سبق وأن شرحناهما في إطار دراستنا لخصائص عقد الشراكة في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول، وبالتالي يستحسن عدم ذكرها مرة أخرى تفادياً للتكرار. ومن بين الشروط أيضاً ما هو متعلق بمدة العقد وما هو متعلق بمحل العقد وما هو متعلق بالمقابل المالي وهذا ما سنوضحه في إطار هذه الجزئية، و في حالة عدم وجود نص قانوني ينص على

ذلك فسنبادر باقتراح الحل المناسب مستندين إلى تشريعات الدول السباقة في هذا المجال خاصة في فرنسا ومصر باعتبارهما المصدر الأساسي للنظام القانوني الجزائري في مختلف مجالاته.

أولاً: الشروط المتعلقة بمدة عقد الشراكة

مدة عقد الشراكة في التشريع الجزائري غير محددة بنص قانوني، ولكن الجاري العمل به في مختلف تشريعات دول العالم خاصة التشريع الفرنسي والتشريع المصري، أنها تتراوح ما بين 5 إلى 30 سنة كأقصى تقدير ويمكن أن تتجاوز ذلك في بعض الحالات الخاصة التي تتطلب الحصول على موافقة بعض الهيئات الوصية، وفي الجزائر يمكن أن تكون هذه الهيئات مثلًا الوزارة المعنية بموضوع عقد الشراكة أو مجلس الوزراء أو المجلس الوطني للاستثمار إذا كان موضوع عقد الشراكة ذو أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني، أو الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، ويجب مراعاة من خلال ذلك الأهمية البالغة للمشروع.

ومدة عقد الشراكة تمتاز بطولها لأن ذلك راجع إلى أن غالبية المشاريع المنجزة في إطار عقود الشراكة مرتبطة بالبنى التحتية أو إعادة تحديثها مما يتطلب مدة طويلة لإتمام ذلك، لكن لا يفهم من خلال ذلك أنه إذا بلغت مدة العقد 30 سنة مثلاً فهي مدة الإنجاز فقط، وإنما هي المدة الإجمالية المقررة لتنفيذ موضوع العقد لأنها مرتبطة بالعديد من العمليات، ومدة الإنجاز أو البناء لا تأخذ كل ذلك الوقت وإنما قد تأخذ من عمر المدة الإجمالية للعقد من 4 إلى 8 سنوات حسب طبيعة المشروع المراد انجازه، أما المدة المتبقية فيستغلها الشريك الخاص لإدارة وتسيير المرفق المنجز موضوع المشروع لصالح الشريك العام، و من بين العمليات التي تدخل في المدة المحتسبة للعقد فضلاً عن عملية الإنجاز والبناء، هناك مدة قيام الشريك الخاص أو شركة المشروع بالدراسات اللازمة للمشروع المراد انجازه ومدة بداية الانشاء وتوفير المواد والوسائل اللازمة لذلك، أما المدة المتبقية فيتكفل فيها الشريك الخاص بإدارة المشروع وصيانته وتحديثه، وكل هذه المراحل والعمليات لا يجب ان تتجاوز المدة الإجمالية المتفق عليها في العقد بين الطرفين، كما أنه كلما ارتبط محل عقد الشراكة بمشاريع تتطلب وسائل متطورة لانجازها كاحتواء المشروع على عمليات تتطلب توفر التكنولوجيا الحديثة ومجالات المعلوماتية كلما كانت المدة أقصر¹⁵⁶.

¹⁵⁶ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص72.

ثانياً: الشروط المتعلقة بمحل العقد

يعرف محل العقد بصفة عامة على أنه العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها¹⁵⁷، ومحل عقد الشراكة يتمثل في إنجاز مشروع معين من طرف شركة المشروع المتمثلة في الشريك الخاص لتحقيق الهدف الذي يسعى إليه الشريك العام، ويتفق الطرفان على مجمل الشروط اللازم توافرها لإنجاز هذا المشروع مما يمكن اعتبار على أنهما تراضيا على تنفيذ العقد وفقا لما اتفقا عليه. و يشترط في محل عقد الشراكة أن يكون مشروعاً أي ما يجوز التعامل فيه، فلا يمكن إنجاز مشروع محل عقد الشراكة مخالف للأحكام القانونية المنصوص عليها في التشريع الجزائري أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، لأنه إذا كان كذلك فكان عقد الشراكة باطل، ويجب أن يكون هذا المشروع يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، ومثاله إنجاز مشروع ما يخصص لصالح لفئة معينة من المواطنين غير الفئات الأخرى، وهذا يتعارض مع النظام العام في الجزائر ويتعارض مع مبدأ تحقيق المصلحة العامة.

ويمر إنجاز محل عقد الشراكة بمرحلتين وهما مرحلة الإنجاز والتجهيز ومرحلة التشغيل، فأما المرحلة الأولى فهي مرتبطة بإنجاز المشروع من خلال توفير الوسائل اللازمة لذلك وتمويل المشروع ثم بعد الانتهاء من مرحلة الإنجاز تأتي مرحلة التجهيز، أي تجهيز المرفق موضوع المشروع بالوسائل اللازمة التي تساعد على تقديم الخدمات واستمراريتها مع الالتزام بالصيانة والتحديث حتى يصبح المشروع صالحاً للاستخدام وكذا تقديم الخدمات بانتظام طيلة مدة العقد.

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التشغيل، فهاته المرحلة تعتبر من أطول المراحل من حيث المدة الزمنية لعمر العقد، فمن خلالها يقوم الشريك الخاص بإدارة المرفق المنجز ولكن ليس لصالحه وإنما لصالح الإدارة المتعاقد معها، فالعائدات المالية التي يتحصل عليها تعود للإدارة العامة وليس له، أي أن الشريك الخاص يقوم ببيع الخدمات للجمهور المنتفعين لصالح الإدارة العامة¹⁵⁸، إلا إذا اتفق الطرفان على تخصيص نسبة معينة من هذه الأرباح يتحصل عليها الشريك الخاص، ولكن في الأصل تعود للشريك العام. كما يلتزم الشريك الخاص في هاته المرحلة بإدارة وتسيير المرفق بأحسن الطرق وأحسن الوسائل وتقديم أحسن الخدمات وأجود المنتجات في حالة ما إذا كان موضوع نشاط المرفق المنجز هو تقديم

¹⁵⁷ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول - التصرف القانوني (العقد والإرادة

المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص138.

¹⁵⁸ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص70.

خدمات للجمهور، وذلك بهدف الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، ومما لا شك فيه أن تسيير المرافق العامة من قبل القطاع الخاص يكون أكثر فعالية من تسييرها من قبل القطاع العام، وذلك راجع إلى خبرة القطاع الخاص في بعض المجالات التي نقل فيها خبرة القطاع العام الحكومي خاصة المجالات التقنية والصناعية والتكنولوجية.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالمقابل المالي

المقابل المالي في عقد الشراكة كما وضحنا سابقاً يتمثل في ثمن تدفعه الإدارة العامة للشريك الخاص في شكل مجزأ وبصفة دورية بعد مرور كل مدة زمنية من عمر العقد يتفق عليها الطرفان، فقد تكون كل شهر ولكن هذا مستبعد نظراً لطول مدة العقد أو قد تكون كل ستة أشهر كما قد تكون كل سنة طيلة مدة العقد، ومن هنا يجب التحدث عن العلاقة الثلاثية القائمة بين الإدارة العامة والشريك الخاص والجمهور المنتفعين، فالعلاقة بين الشريكين العام والخاص تكون مرتبطة بالخدمة، فالشريك الخاص يلتزم بأداء الخدمات لصالح الإدارة العامة، وهذا ليس معناه أنه يعتبر كوكيل عن الإدارة العامة لأن الوكالة تعطي الحق للشريك الخاص القيام بجميع الأعمال نيابة عن الإدارة العامة ومن بينها بيع الخدمات للمنتفعين، أي أنه لا يقوم بأدائها لصالح الأفراد وإنما الإدارة العامة هي التي تتولى ذلك، وهذا ليس معناه كذلك أن الشريك الخاص يقوم ببيع هذه الخدمات للإدارة العامة وإنما يقوم بتأديتها لصالحها و في المقابل تلتزم الإدارة العامة بتسديد مستحقاته عن طريق أجرة دورية تمنحه إياها بعد مرور كل مدة زمنية معينة كما أوضحنا سابقاً، أي أن الإدارة العامة لا تلتزم بشراء هذه الخدمات من الشريك الخاص وإنما تكلفه ببيعها للجمهور المنتفعين لصالحها والعائدات ترجع لها، وما يمكن استنتاجه أن العلاقة بين الشريكين مرتبطة بالخدمة فقط، أما العلاقة بين الشريك الخاص والجمهور المنتفعين فهي غير قائمة ولا توجد علاقة مباشرة بينهما سوى التزام الشريك الخاص بتقديم هذه الخدمات بأحسن الطرق وبأحسن الوسائل حتى تكون متلائمة مع احتياجات الأفراد، وهذا عكس الشريك العام أو الإدارة العامة التي تربطها علاقة مباشرة مع الأفراد والمتمثلة في تقديم هذه الخدمات وبيعها لهم بنسب وأثمان تحددها هي، وفي حالة عدم جودة الخدمات أو المنتجات وعدم ارتقائها إلى المستوى الذي يتطلع إليه الأفراد، فالإدارة العامة هي التي تكون مسؤولة عن ذلك أمام الأفراد بالرغم من أنها لم تقم بتأديتها، أما الشريك الخاص فلا يكون مسؤولاً عن ذلك أمام الأفراد وإنما يكون مسؤولاً أمام الإدارة العامة، ولتجنب ذلك يجب على الإدارة العامة أن تضمن جودة الخدمات المقدمة للجمهور وبثمن معقول، ويكون ذلك عن طريق اتفاق الشريكان أثناء إبرام العقد على

ذلك، أما في حالة ثبوت عدم جودة الخدمات فهنا يمكن للإدارة العامة أن تطالب الشريك الخاص بالتعويض خاصة أنها هي التي تكون مسؤولة عن ذلك أمام الأفراد، كما أنه لا يمكن لها أن تقوم بالإنقاص من نسبة الثمن الذي تقدمه للشريك الخاص لأن هذا الثمن يدخل في الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة التي لا يمكن لها أن تعدلها إلا إذا اتفقت على ذلك مع الشريك الخاص وقبل هو بذلك¹⁵⁹، كما أنه يحق للإدارة العامة أن لا تبدأ بتسديد مستحقات الشريك الخاص إلا بعد قبولها لمستوى جودة الخدمات والمنتجات التي يؤديها هذا الشريك¹⁶⁰.

رابعاً: الشروط المتعلقة بالطبيعة المركبة والإستعجالية لعقد الشراكة

يمكن تفسير هذان الشرطان على أنهما من المبررات التي تؤدي بالإدارة العامة إلى اللجوء لإبرام عقد الشراكة، ولا يشترط توفر هاذين الشرطين معا حتى يبرم العقد بل يكفي توفر أحدهما، ويجد هذان الشرطان مصدرهما في التوجه الأوربي رقم CE/18/2004 الصادر بتاريخ 31 مارس 2004 بالنسبة للشرط المتعلق بالطبيعة المركبة للعقد وكذا قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم DC/473/2003 بتاريخ 21 جوان 2003.

والمشروع الفرنسي تبنى هذين الشرطين في تنظيمه لقانون عقود الشراكة السابق الذكر في المادة الثانية منه¹⁶¹، بحيث تنص هذه المادة على أنه تبرم عقود الشراكة بعد اجراء التقييم بالنظر إلى الطبيعة المركبة لمشروع عقد الشراكة (la complexité du projet) وكذا الطبيعة الاستعجالية له (le caractère d'urgence)، ويجب على الجهة الإدارية في إجرائها للتقييم ان تثبت توفر أحد هذين الشرطين قبل البدء في اجراءات ابرام العقد.

¹⁵⁹ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص78.

¹⁶⁰ المرجع نفسه، ص 80.

¹⁶¹ Article 02 : « Les contrats de partenariat ne peut être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :

- a) Montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;
 - b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de cout globale, de performance et de partage d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.
- L'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret ».

والسمة المركبة لمشروع عقد الشراكة يمكن أن تظهر في أشكال مختلفة من الناحية العملية، فهي مرتبطة بالنواحي الفنية والتقنية والمالية والاقتصادية والقانونية للعقد، وكذا تنوع العناصر والعمليات المكونة للمشروع من تصميم وبناء وتمويل وتشغيل، إضافة إلى التعقيدات التي ترتبط بالمشروع، بحيث أن هذه الطبيعة المركبة للمشروع تجعل من الإدارة العامة غير قادرة على إيجاد الوسائل والحلول المناسبة لإقامة هذا المشروع، وكذا عدم قدرتها على الإحاطة الكاملة به، مما يؤدي بها إلى اللجوء إلى كيانات متخصصة تعمل في مجال القطاع الخاص للقيام بذلك من خلال ابرامها لعقد الشراكة.

أما شرط الاستعجال فهو أقل من حيث الأهمية من الشرط الأول في إطار ابرام عقد الشراكة، ولا يشترط ذلك في غالب الأحيان وإنما يكفي توفر شرط الطبيعة المركبة للمشروع، كما لا يشترط الاستعجال الملح وإنما يكفي توفر الاستعجال البسيط، والهدف من هذا الشرط يتمثل في ضرورة التسهيل والإسراع في انشاء المشاريع التي تدخل في اطار عقود الشراكة والتي تقتضي تحقيق المصلحة العامة وحل المشاكل في وقت قياسي، وكذا لتجاوز التأخير الناتج في مختلف المجالات واليادين التي تضر بالمصلحة العامة. والاستعجال يجب أن يكون ناجم عن سبب خارج عن الإدارة العامة ولا يجب أن يكون بسبب منها كتقصيرها مثلا، لأنه إذا كان كذلك فلا يبرر ذلك لجوئها إلى ابرام عقد الشراكة¹⁶².

الفرع الثاني: اجراءات ابرام عقد الشراكة

إن إجراءات ابرام أي عقد خاصة العقود الإدارية تعتبر مهمة، لأنها تبين الطريق الواجب اتباعه للوصول إلى الهدف الأساسي المتمثل في ابرام العقد، والمعروف قانونا أن إجراءات ابرام العقد غالبا ما يتم النص عليها في القوانين المقررة لهذا الهدف التي تكون محددة ومنظمة تبين الأحكام المتعلقة بكيفيات ابرام لكل عقد على حدة، فلكل صيغة من العقود لديها إجراءاتها الخاصة التي يلتزم الطرفين بإتباعها، وعقد الشراكة بدوره يخضع لهذه النظرية. لكن المشكل المطروح كما سبق وأشرنا إليه هو انعدام قانون خاص بعقود الشراكة في الجزائر، فما هو الحل في هاته الحالة إذن؟ أو بصيغة أخرى، ماهو القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة في الجزائر؟

ان ابرام العقد خاصة العقود الإدارية لا يتم إلا بعد المرور بإجراءات ومراحل متعددة وذلك لعدة اعتبارات تقيد ارادة الإدارة في التعاقد على أساس انها شخص قانوني عام يتعاقد باسم ولحساب المصلحة

¹⁶² حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص50.

العامة¹⁶³، وتتعلق هذه الاعتبارات بكيفيات اختيار المتعاقد معها المرتبطة بضرورة تحقيق أهداف الإدارة الاقتصادية والاجتماعية والفنية والمالية وكذا الاجراءات المتبعة بهدف ابرام العقد الإداري، وبالتالي فلتحقيق ذلك فهناك طرق ووسائل تلجأ إليها الإدارة العامة، وهذه الطرق والوسائل تخضع للنظرية العامة المطبقة في إبرام العقد الإداري والتي تخضع لها جميع العقود الإدارية بما فيها عقد الشراكة، وتتمثل هذه النظرية العامة في طريقة المناقصة العامة أو طلب العروض، فهذه الطريقة تضمن للإدارة العامة عند ابرامها للعقد الإداري تحقيق أهداف المصلحة العامة من جهة ومصحتها من جهة أخرى. وقبل التطرق إلى الاجراءات المتبعة لإبرام عقد الشراكة فلا بد من اعطاء تعريف للمناقصة أو طلب العروض.

أولاً: مفهوم المناقصة (طلب العروض)

تعرف طريقة المناقصة العامة حسب الأستاذ عمار عوابدي على أنها مجموعة الإجراءات التي تقرر القوانين واللوائح العامة الواجب اتباعها بقصد الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم ويحقق أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة¹⁶⁴، وتعتبر هذه الطريقة من أحسن الطرق التي تلجأ إلى 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 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث ان المشرع تخطى عن مصطلح المناقصة الذي كان يستعمله في قانون الصفقات العمومية القديم¹⁶⁵، 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 توافقاً مع المبادئ السابقة الذكر، وبالتالي فإن إجراءات ابرام عقود الشراكة بدورها تخضع إلى الإجراءات التي جاءت في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وعليه

¹⁶³ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 200-201.

¹⁶⁴ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 203.

¹⁶⁵ تنظيم الصفقات العمومية الملغى الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم، ج ر رقم 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

سوف نقوم بمعالجة هذه الإجراءات مستنديين في ذلك إلى أهم المواد التي جاء بها هذا التنظيم والتي عالجت هذه الأحكام في هذا الصدد، لكن هذا لا يفهم منه أن عقد الشراكة يخضع في كامل أحكامه إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أو أنه صورة منه، وإنما كل منهما مختلف عن الآخر لأن قانون الصفقات العمومية لا يعتبر حسب مفهومه مطبق على عقود الشراكة¹⁶⁶، كما أن الإدارات والهيئات العمومية في الدولة وهي بصدد ابرام عقد شراكة فهي غير ملزمة بإتباع الأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإنما هي حرة في ذلك شريطة الالتزام بمبادئ العلانية والمنافسة والتفاوض والمساواة والشفافية بين جميع المترشحين وكذا تحقيق المصلحة العامة، أما الهدف من اتباع الأحكام المنصوص عليها في التنظيم السابق هو اتباع الإجراءات الواردة فيه فقط، باعتباره متضمن لأغلب الأحكام العامة المتبعة في كيفية ابرام العقود الإدارية بما أنه لا توجد قوانين أو أحكام أخرى في التشريع الجزائري تنص على ذلك، وكخلاصة لهذه الفكرة هو أنه من الممكن أن تخضع عقود الشراكة لإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية بما لا يتعارض مع طبيعتها. والهدف من اتباع اجراءات المناقصة أو طلب العروض في عقود الشراكة يكمن في تحقيق الحياد والنزاهة في اختيار الشريك الخاص وتفعيل اكثر لمبدأ الحوار التنافسي بين جميع المترشحين بهدف تحقيق المصلحة العامة ومصلحة الإدارة معا، وبالتالي تمتنع أي هيئة من الهيئات العامة أن تبرم عقد شراكة بطريقة أو بأسلوب لا يضمن تحقيق هذه المبادئ في اختيار المترشحين إلا فيما نص القانون على خلاف، ذلك وهذا يعتبر الاستثناء عما سبق ذكره.

ثانيا: الإجراءات المتبعة لإبرام عقود الشراكة

تنقسم الإجراءات التي تخضع لها عملية ابرام عقود الشراكة إلى مرحلتين، وهما الإجراءات التي تأتي في المرحلة التي تسبق عملية التعاقد وهذا ما سنتناوله أولا، والإجراءات التي تأتي أثناء عملية التعاقد أو في المرحلة التي ترد على التعاقد التي سنأتي على دراستها ثانيا.

أ - الإجراءات السابقة على التعاقد:

تقوم الإدارة العامة بجملة من الإجراءات قبل التعاقد بنظام الشراكة، فبعد تحديد المشروع وقبوله من طرف الهيئات المختصة، فهي تقدم قبل البدء في الإجراءات النهائية للتعاقد بالقيام بدراسة شاملة لمختلف الجوانب القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية والفنية للمشروع المراد انجازه (أولا)، ثم بعد ذلك تلجأ

¹⁶⁶ Bezançon Xavier, Laurent Duruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciarì, op, cit, p92.

إلى استشارة رجال الفن والخبراء والمختصين في هذا الشأن (ثانياً)، ثم القيام بمراعاة اعتماداتها المالية (ثالثاً).

1 - إعداد الدراسات لمختلف الجوانب القانونية والمالية والاقتصادية والاجتماعية والفنية:

كبادئ ذي بدء يتعين على الشريك العام المتمثل في الإدارة العامة أن يُخضع المشروع موضوع عقد الشراكة إلى دراسة شاملة متضمنة لمختلف الجوانب من حيث الناحية القانونية والمالية والاقتصادية والاجتماعية والفنية والتقنية التي تبرر لجوئه إلى إبرام عقد من صيغة عقود الشراكة وليس من صيغة أخرى، ويجب أن يكون الجوهر والهدف من هذه الدراسة هو مدى تأثير هذا المشروع المزمع انجازه على ميزانية الدولة ومدى توفر الاعتمادات المالية اللازمة التي تمنحها الدولة للشريك الخاص نظير انجازه لهذا المشروع التي تكون بصفة مجزأة، بحيث أن الإدارة العامة يجب أن تضع في المقام الأول أن الشريك الخاص يعتبر شركة تجارية يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق الربح. والهدف من اجراء هذه الدراسة يكمن أساساً في العمل على تحقيق العديد من الجوانب المتمثلة في مراعاة مدى تحقيق المشروع لمختلف الحاجات التي تطلبها نسبة كبيرة من الأفراد التي لا يمكن للدولة تحقيقها وتلبيتها دون لجوئها إلى خبرة القطاع الخاص خاصة في المجالات التي تتطلب كفاءة وقدرة وخبرة عالية، كما يجب أن يُراعى في هذه الدراسة الجانب الاقتصادي للمشروع، بحيث يجب أن تعود المشاريع المقامة في إطار عقود الشراكة بالنفع على الدولة، فإذا كان خلاف ذلك فما الجدوى إذن من إبرام عقد الشراكة، ولتوضيح هذه النقطة أكثر فإن هذه المشاريع يجب أن تحقق نفع لصالح الدولة دون انقالب ميزانيتها العامة، أي أن الدولة تسعى من خلالها إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من النفع بأقل تكلفة، وللتوضيح أكثر فإنه في عقد الشراكة يقوم الشريك الخاص بتوفير الخدمات التي يقدمها المشروع لصالح الإدارة العامة بمقابل مالي تدفعها هذه الأخيرة له على مراحل معينة، والإدارة العامة بدورها تتولى بيع هذه الخدمات لصالح الجمهور المنتفعين، وعليه فإن الثمن الذي يدفعه المنتفعين هو الذي تخصصه الإدارة العامة لتسوية المستحقات المالية للشريك الخاص، وبالتالي فإن الإدارة العامة لا تقوم باقتطاع جزء من مواردها المالية الموجودة في خزينتها العمومية لتسوية حقوق الشريك الخاص المالية، وإنما هذه الأخيرة تسوى عن طريق المبالغ المالية التي يدفعها المنتفعين للحصول على هذه الخدمات، أي بصورة أخرى فإن المشاريع المنجزة في إطار الشراكة لا تتطلب الاقتطاع من المبالغ المالية للميزانية العامة للدولة إلا في بعض الحالات الخاصة التي تتطلب ذلك ومثالها في حالة عدم استجابة الجمهور لهذه الخدمات بالقدر أو بالمستوى الذي تتوقعه أو تحتاجه الإدارة العامة، وبالتالي من خلال ذلك فإن الدولة تعتبر رابحة في جميع

الأحوال مادامت مشاريع عقود الشراكة لا تنقل ميزانيتها العمومية، ويدخل في هذه النقطة أيضا مدى مساهمة مشروع عقد الشراكة في التقليل من نسبة البطالة وتوفير مناصب الشغل¹⁶⁷.

بعد الانتهاء من إعداد هذه الدراسة فيتم عرضها على الهيئة أو الجهة العمومية المكلفة والمسئولة عن عقود الشراكة لتقديم وإعطاء رأيها فيها، وفي الجزائر لا توجد هيئة من هذا القبيل وبالتالي فإن هذه الدراسة تعرض على الجهات الوصية على ذلك كالوزارة الوصية أو المجلس الوطني للاستثمار الذي يعد المجلس الذي يدرس كافة المشاريع المنجزة في إطار الاستثمار، وباعتبار عقد الشراكة من عقود الاستثمار فإن هذه الدراسة من الممكن أن تعرض عليه وذلك بناء على المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، خاصة ما جاء في نص الفقرة السابعة من المادة الثالثة منه والتي تنص على أن المجلس يدرس مقاييس تحديد المشاريع التي تكتسي أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني ويوافق عليها، والمشاريع المنجزة في إطار عقود الشراكة تعتبر ذات أهمية بالغة بالنسبة للاقتصاد الوطني في العديد من الجوانب التي سبق وأن وضحناها، ويجب على هذه الجهات أن تعطي رأيها في الدراسات المقدمة لها مع أن يكون هذا الرأي معلل¹⁶⁸، كما أنه على الإدارة العامة في إطار قيامها بدراسة لمختلف جوانب المشروع أن تلجأ إلى طلب استشارات من الخبراء والمختصين سواء وطنيين أو أجانب وهذا ما سنوضحه ثانياً.

2 - الاستشارات المسبقة:

قد تلجأ الإدارة العامة إلى استشارة جهة أو هيئة ما أو خبير أو مختص ما قبل البدء في اجراءات عملية التعاقد، وذلك لعدة اعتبارات بهدف أخذ رأي هؤلاء ودراستها والنظر في امكانية العمل بها في حالة مطابقتها مع الدراسة التي قامت بها الإدارة العامة خاصة في الجوانب المالية والقانونية والاقتصادية لعملية التعاقد، وذلك حتى تكون دراسة الإدارة العامة ملمة بجميع الجوانب التي قد تغفل عن البعض منها، والرأي الذي تقدمه هذه الهيئات غير ملزم والإدارة العامة حرة بالأخذ به من عدمه إلا إذا ألزمها المشرع بذلك ويكون في بعض الحالات الخاصة، خاصة في المشاريع التي تكتسي أهمية وطنية، كما أن الإدارة العامة ملزمة بأن تلجأ إلى الاستشارات المسبقة إذا كانت طبيعة المشروع تقتضي ذلك.

3 - توفر الاعتماد المالي:

¹⁶⁷ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص226.

¹⁶⁸ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص230.

ومفاد هذا الإجراء انه على الإدارة العامة أن تراعي وتتأكد من وجود موارد مالية تمكنها من تحمل الأعباء المالية التي يتطلبها تعاقدتها مع الشريك الخاص، بحيث على الإدارة العامة أن لا تتجاوز حدود الانفاق المقدرة في ميزانيتها، لكن هذا ليس معناه انه في حالة عدم توفر الاعتمادات المالية اللازمة للتعاقد بصيغة الشراكة فإن الإدارة العامة تتخلى او تتراجع عن التعاقد أو أن عملية التعاقد تكون باطلة، بل بالعكس فإن هذه العملية تكون صحيحة بالرغم من عدم توفر الاعتماد المالي للإدارة العامة لأن هذا الشرط لا يعتبر ملزم لها وإنما يعتبر فقط كإجراء غير ملزمة بإتباعه وممكن أن تستغني عنه إلا انه حسب رأي بعض الفقهاء¹⁶⁹ فإن الاستغناء عن هذا الإجراء يترتب مسؤولية الإدارة اتجاه الشريك الخاص المتعاقد معها في حالة اثاره مشكل في هذا الصدد مستقبلا، لكن هذا الإجراء يصبح ملزم للإدارة العامة في حالة ما إذا طلب الشريك الخاص ذلك، لأنه يدخل في الضمانات المالية التي تقدمها الادارة العامة له بهدف تمكينه من كامل حقوقه المالية، وبالتالي في حالة طلب الشريك الخاص ذلك وامتنعت الإدارة عن القيام به فإنه قد يؤدي إلى زعزعة الثقة المتبادلة بين الطرفين وتعرض العقد إلى الفسخ في أي مرحلة كان عليها تنفيذه مما يعود بالسلب على الإدارة العامة، وبالتالي فنرى من وجهة نظرنا على ان هذا الإجراء يعتبر ضروري نظرا لأهميته خصوصا في العلاقة بين الطرفين ويجب على الإدارة العامة أن تمر عليه مهما كانت اهميته حتى تضمن الحقوق المالية للشريك الخاص وتضمن ثقته أيضا.

ب - الإجراءات الواردة على التعاقد:

تعد هذه المرحلة الأهم في حياة العقد، بحيث بموجبها إما يكتب له النجاح والانهاء إلى ابرام العقد، أو يكتب له الفشل والإعلان عن عدم الجدوى، وتمر الإدارة العامة للوصول إلى الهدف الأساسي لها وهو ابرام العقد على عدة خطوات ومراحل تبدأ بالإعلان عن العرض او المناقصة (أولا) ثم تليها مرحلة تقديم العطاءات من خلال المترشحين (ثانيا) ثم تأتي مرحلة التفاوض والحوار لتنافسي بين جميع المترشحين المقبولين (ثالثا) لتتوج هذه المرحلة الأخيرة بعملية ابرام العقد النهائي بعد اجراء مفاوضات اخرى مع من تم اختياره (رابعا).

1 - مرحلة الإعلان عن العرض:

¹⁶⁹ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة، المرجع

ويقصد بها بالإعلان عن المناقصة (l'Appel d'offre) أو الإعلان للمنافسة¹⁷⁰ (l'Appel à la concurrence) كما يسميها الفقه الفرنسي، أو طلب العروض كما يسميها المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام¹⁷¹، 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، بحيث تنص المادة 65 في فقرتها الأولى من تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام على أنه يجب أن ينشر الإعلان في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، أو عن طريق الموقع الإلكتروني الخاص بالإدارة الراغبة في التعاقد، وهذا الخيار الأخير يعد أكثر فعالية لأنه يُمكن كافة الشركات الراغبة في التعاقد في أي مكان في العالم بالإطلاع على الإعلان من خلال الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بالإدارة فقط، كما أنه يحقق مبدأ هام تسعى الحكومة إلى تحقيقه منذ مدة ألا وهو مبدأ ارساء الإدارة الإلكترونية، و أبعد من ذلك يمكن للإدارة العامة إذا أمكن أن تقوم بإنشاء موقع الكتروني خاص بالمشروع فقط¹⁷² تدرج فيه كافة المعلومات المتعلقة بالعرض والمشروع والدراسات التي أجرتها الإدارة بشأنه والشروط المطلوبة للتعاقد وذلك بهدف تمكين كل من له رغبة بالتعاقد بالإطلاع بشكل جيد على كل تفاصيل العقد والمشروع المراد انجازه.

كما أنه يمكن أن يتم الإعلان عن العرض على صفحة رسمية يتم انشاؤها خصيصا لهذا الغرض فقط، أي أن تتضمن فقط الإعلان عن المناقصات والعروض التي تعلن عنها مختلف الإدارات والهيئات العمومية مثل ما هو معمول به في فرنسا في صيغة النشرة الرسمية لإعلانات الصفقات العمومية BOAMP (Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics)، وكذا في الجزائر تسمى بالنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP (Bulletin Officiel des Marchés de l'Opérateur Public)، وقد تم احداث هذه النشرة بموجب المرسوم رقم 84-116 المتضمن

¹⁷⁰ Bezançon Xavier, Laurent Duruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, op, cit, p95.

¹⁷¹ المادة 39 من الأمر 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام: "تبرم الصفقات العمومية

وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

¹⁷² حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص240.

إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي¹⁷³، بحيث يتم نشر إعلان عقد الشراكة إجباريا في هذه النشرة الرسمية، وهذه النشرة هي أسبوعية تحرر باللغتين العربية والفرنسية، وحسب المادة 03 من هذا المرسوم ينشر في هاته النشرة كل الإعلانات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي لا سيما المناقصات والمزايدات والإنذارات وقرارات الفسخ وكذا الأرقام الاستدلالية المتخذة أساسا في مراجعة أسعار الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، وكذا كل المعلومات الاقتصادية والتقنية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، وقد تم انشاء موقع الكتروني خصيصا لهذا الغرض¹⁷⁴، بحيث يجب على كل هيئة إدارية عمومية ترغب في نشر إعلاناتها في هاته النشرة أن تشترك في هذا الموقع على أن يمنح لها اسم المستخدم وكلمة المرور، كما ينبغي لها أن تدفع رسوم عن كل إعلان.

من جهة اخرى يجب أن يتضمن محتوى الإعلان على تسمية الجهة أو الهيئة الإدارية التي تسعى إلى التعاقد وصفتها وعنوانها وموقعها الإلكتروني وعنوان بريدها الإلكتروني وصيغة الدعوى للتعاقد وموضوع الإعلان، وكذا بيانا مختصرا عن طبيعة المشروع المراد انجازه، والأهداف المراد تحقيقها والتكلفة الإجمالية للعقد ومدة إنجاز المشروع ومدة العقد الإجمالية ومكان إنجاز المشروع وإن أمكن عنوان الموقع الإلكتروني للمشروع، وتاريخ آخر أجل لتقديم العروض والعطاءات من طرف من يرغب في الترشح، ويمكن في هذا الشأن أن تستعين الإدارة العامة بنص المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تضمنت العديد من البيانات التي يجب أن يحتوي عليها إعلان طلب العروض¹⁷⁵، كما

¹⁷³ المرسوم رقم 84-116 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي المؤرخ في 12 ماي 1984، ج ر رقم 20 الصادرة في 15 ماي 1984.

¹⁷⁴ <http://www.anep.com.dz/bomop/>

¹⁷⁵ المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "يجب ان يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية التالية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،
- كيفية طلب العروض،
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
- موضوع العملية،
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
- مدة تحضير العروض ومكان ايداع العروض،
- مدة صلاحية العروض،
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر،

أنه يجب التطرق في هذا الإجراء على نقطة هامة ألا وهي اللغة التي يحرر بها الإعلان، بحيث يجوز تحرير إعلان طلب العروض إضافة إلى اللغة العربية التي تعتبر الأصل، بلغة أجنبية واحدة على الأقل وهذا ما بينه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹⁷⁶، وبالتالي ونظرا للأهمية البالغة لعقود الشراكة ونظرا لأهمية الأطراف التي يكون أحدها من القطاع الخاص خاصة اذا كانت جنسيته أجنبية، فإنه من الضروري أن يُحرر إعلان عقد الشراكة بلغتين أو أكثر، الأولى تتمثل في اللغة العربية التي تعتبر الأصل في الإعلان عن أي عقد من العقود الإدارية، وذلك باعتبار أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية الأولى في الجزائر، أما الثانية فتتمثل في لغة أجنبية والتي قد تكون اللغة الإنجليزية التي تعتبر اللغة الرسمية رقم واحد سواء في مجال العلاقات الدولية أو على مستوى الهيئات والمنظمات الدولية، أو اللغة الفرنسية، أو قد يحرر الإعلان باللغتين معا إضافة إلى اللغة العربية، ومن وجهة نظرنا وبحسب اتسام عقد الشراكة بالطابع الدولي في حالة ما إذا كان الشريك الخاص ذو جنسية أجنبية، فإنه من المستحسن أن يتم تحرير إعلان العقد باللغات الثلاث السابقة الذكر. أما أجل تقديم العروض فالإدارة العامة حرة في تحديده وضبطه، مراعية في ذلك العديد من الاعتبارات كفتح المجال لتقديم أكبر عدد ممكن من المترشحين مما يستلزم منها أن تطيل آجال تقديم العروض من طرف من يرغب في التعاقد.

كما يمكن للإدارة العامة أن تدرج في وثيقة الإعلان عن العرض عن شروط معينة متعلقة بالراغبين في التعاقد، فعلى سبيل المثال يمكن لها أن تشترط عدم تعرض الشركة إلى متابعات قضائية أو عدم تعرضها للتصفية أو التسوية القضائية، أو أن تمنع الشركات التي ارتكبت مخالفات يعاقب عليها القانون، أو التي لم تستوفي واجباتها الجبائية أو التي لا تستوفي الإيداع القانوني لحساباتها، أو التي ارتكبت حالات من الغش أو مخالفات خطيرة في مجالات الجباية والجمارك والتجارة، من تقديم عرض، كما أنه يمكن للإدارة العامة أن تحدد عدد معين للمترشحين في وثيقة الإعلان عن العرض كأن تنص فيها على ضرورة تقديم على الأقل ثلاث عروض من مترشحين يرغبون في التعاقد مع الإدارة.

- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض،

- ثمن الوثائق، عند الاقتضاء.

¹⁷⁶ المادة 65 من نفس المرسوم: " يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة، على الأقل".

كما انه يجب أن ننوه على ان عقود الشراكة لا تتطلب إعداد دفتر الشروط، ولا يعتبر اجراء مهم يلزم الإدارة باحترامه¹⁷⁷، وذلك باعتبار عقد الشراكة يتضمن على العديد من الشروط التي تضعها الإدارة العامة كما أنه يخضع لإجراءات تفاوض معقدة وطويلة بين الإدارة العامة والمترشح الذي تم اختياره، يتم من خلالها الاتفاق على العديد من النقاط قبل الابرام النهائي للعقد وهذا ما لا يستدعي اعداد دفتر شروط، وهذا على عكس الصفقات العمومية وعقود تفويض المرافق العامة التي يكون اعداد دفتر لشروط أحد اجراءاتها الأساسية وذلك لعدم اتسام اجراءاتها بالتعقيد وطول المدة. أما اذا رأّت الإدارة في أن مصلحتها تقتضي إعداد دفتر شروط فيمكن لها ذلك لأنه لا يوجد أي نص قانوني يمنعها من ذلك، فبالتالي فإن دفتر الشروط يعتبر الوثيقة التي تبين فيها الإدارة العامة جميع الشروط التي تراها مناسبة لإبرام العقد بما فيها كل المعلومات المتعلقة بالمشروع ومواصفاته الفنية والمالية التي ستوجب أن تتوفر في العروض المقدمة من طرف المترشحين، وكذا كفاءات المترشح المؤهل للتعاقد مع الإدارة العامة والمستندات والملفات الواجب توفيرها في العرض، وكذا مواصفات الخدمات اللازم تقديمها من طرف شركة المشروع تضعها تحت تصرف المترشحين الذين يرغبون في التعاقد معها يتم سحبها من مقر الإدارة.

2 - مرحلة تقديم العروض والعطاءات:

تأتي هذه المرحلة بعد مرحلة الإعلان عن العرض من طرف الإدارة العامة، بحيث يتقدم كل من يريد التعاقد مع الإدارة بعرضه، وهنا ينبغي التطرق إلى مسألة هامة ألا وهي القيمة المالية الإجمالية للعقد، فعقود الشراكة بحكم أنها عقود مركبة وإجمالية غالبا ما تكون هذه القيمة لإنجاز المشروع موضوع العقد كبيرة ومرتفعة لا تتحملها إلا المؤسسات ذات رقم الأعمال المرتفع، وبالتالي يمكن للإدارة أن تشترط حد أدنى لقيمة انجاز المشروع، وعليه فإن كل عرض نقل القيمة المالية المدرجة فيه عن التي حددتها الإدارة العامة فإنه معرض لعدم قبوله، ولكي يُنجز هذا المشروع موضوع العقد وفق الخصوصيات التي يمتاز بها عقد الشراكة فإنه من اللازم أن تتناسب قيمة العرض مع القيمة التي حددتها الإدارة العامة والتي غالبا ما تكون مرتفعة عن القيمة المالية الأدنى المخصصة في الصفقات العمومية والتي حددها المشرع حسب نص المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بـ 12 مليون دج للأشغال واللوازم و 6 ملايين دج للدراسات والخدمات، ولا يوجد نص قانوني يحدد الحد الأدنى للقيمة المالية المخصصة لعقود الشراكة في التشريع الجزائري، لكن ما هو معمول به في مختلف تشريعات دول العالم انه تمتاز هذه

¹⁷⁷ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص244.

القيمة بأنها مرتفعة بكثير عن قيمة الصفقات العمومية¹⁷⁸، وكل تشريع يحدد هذه القيم حسب ما يراه مناسباً بالنظر إلى عدة اعتبارات تخص كل دولة. ويجب ان تقدم العطاءات من طرف الراغبين في التعاقد قبل انتهاء الآجال القانونية المحددة من طرف الإدارة العامة، بحيث تقوم هذه الأخيرة بتحديد هذا الأجل مراعية في ذلك العديد من العوامل كمدى تعقد موضوع العقد والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإرسالها خاصة إذا تم إرسالها عبر البريد، كما أنه يمكن للإدارة العامة أن تمدد هذا الأجل إذا اقتضت الظروف ذلك، ومهما يكن فيجب أن تفتح المدة المقدره لتقديم العروض المجال واسعاً لأكثر عدد ممكن من المتنافسين، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويجب أن تكون هذه العطاءات موقعة من طرف أصحابها وأن تقدم في ظرفين مغلقين أحدهما مخصص للعرض الفني والآخر مخصص للعرض المالي يرسلان إلى عنوان بريد الإدارة في ظرف واحد مضمون الوصول مع وصل الاستلام¹⁷⁹، أو يقدم على مستوى مقر الإدارة أمام لجنة تلقي العروض، كما انه وترسيخاً لمبدأ الإدارة الإلكترونية فيمكن للراغب في التعاقد مع الإدارة العامة ان يرسل الملف الخاص بالعرض عن طريق البريد الإلكتروني، وهنا يجب على الإدارة العامة أن تخصص عنوان بريد إلكتروني خاص بالمشروع فقط ترسل فيه الملفات الإلكترونية الخاصة بكل عارض مع ضمان اعلام أصحابها باستلامها، لكن يجب التنويه أنه ليست كل العروض المقدمة حتى ولو كانت تستوفي لمعظم الشروط التي تطرحها الإدارة يتم قبولها و تقييمها بواسطة لجنة تقييم العروض، وإنما تقبل العروض الجدية والمستوفية لكافة الشروط، لأنه قد يتم ارسال العديد من العروض مما يصعب مهمة الإدارة العامة، وبالتالي كمرحلة أولية تعرض جميع العروض على الإدارة عن طريق عروض تمهيدية تتضمن الخطوط العريضة للجوانب الفنية والمالية، ويتم قبول منها ما تراه الإدارة مناسبة ومستوفية لجميع الشروط، ثم تعرض لاحقاً على لجنة تقييم العروض لدراستها واختيار أحسن عرض يحقق الهدف الذي تسعى إليه الإدارة العامة، وتسمى هذه العملية بعملية تأهيل العروض وهي تنقسم إلى مرحلتين، المرحلة الأولى تسمى بمرحلة التأهيل المسبق يتم من خلالها تصنيف العروض حسب قيمتها وحسب استيفائها للشروط وقبول الجدية والأحسن منها واستبعاد العروض التي لا تستوفي للشروط أو غير المطابقة لدفتر الشروط أو غير المتحصلة على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط والتي لا تتمتع بالمقدرة الفنية والمالية

¹⁷⁸ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص 254-255.

¹⁷⁹ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص 148.

والتكنولوجية والكفاءة اللازمة لتنفيذ المشروع، وكذا عدم التمتع بالمقدرة والوسائل والإمكانات المادية والبشرية اللازمة¹⁸⁰، بالإضافة إلى العروض الناقصة من الوثائق المطلوبة، كما أنه يتم دراسة العروض الفنية دون المالية التي تدرس فيما بعد في مرحلة التقييم النهائي بحيث أن فتح العروض المالية مقتصر على قبول العروض الفنية، وكمرحلة ثانية تقوم الإدارة العامة بدعوة أصحاب العروض المقبولة بتقديم عطاءاتهم النهائية، وهي تتمثل في عروض تحتوي على جميع المستندات والوثائق الضرورية التي تطلبها الإدارة العامة بما فيها ملف الترشيح، وهنا يتم دراسة العروض الفنية مرة أخرى بالإضافة إلى العروض المالية ولكن بشكل مفصل، وتعرض هذه العروض على لجنة التأهيل التي تقوم بعملية التأهيل النهائي لها بحيث تتوج أعمالها بقبول العرض الأحسن من كل النواحي، ويحق لكل من تم رفض عرضه أن يطعن في قرار هذه اللجنة عن طريق تقديم طلب الطعن في أجل معين تحدده الإدارة يطلب فيه توضيح من هذه الأخيرة على أسباب اقصائه من التقييم النهائي للعروض¹⁸¹، ويمكن ان تقدم هذه العروض من طرف كل شركة بصفة انفرادية كما انه يمكن تقديم عرض موحد من إتحاد شركتين أو أكثر في شكل شركة تضامن، وهذا ما جاء في نص المادة 81 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بحيث سماها المشرع الجزائري بتجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة في شكل شركة تضامن.

3 - مرحلة تقييم العروض والحوار التنافسي:

بعد فتح الأظرفة التي تحتوي على عروض جميع المترشحين من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فإن هذه الأخيرة تقوم كمرحلة أولى بعمليات اثبات صحة تسجيل العروض وإعداد قائمة للمترشحين وترتيب هذه القائمة حسب تاريخ وصول الأظرفة المتضمنة العروض الخاصة بالمترشحين، ودعوة هؤلاء إلى استكمال عروضهم التقنية الناقصة تحت طائلة رفض عروضهم ومختلف الإجراءات المنصوص عليها في المادة 71 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ثم كمرحلة ثانية تقوم هذه اللجنة بفحص هذه العروض ودراستها ثم تستبعد العروض غير المستجابة للشروط التي وضعتها الإدارة العامة أو غير المطابقة لدفتر الشروط أو التي لم تحصل 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 فقط دون الجوانب المالية، مراعية في ذلك مدى استجابة هذه العروض

¹⁸⁰ طه محييد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 135.

¹⁸¹ Bezançon Xavier, Laurent Duruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, op, cit,p97.

لاحتياجات الإدارة العامة، ثم تقوم في مرحلة أخيرة بفحص وتقييم هذه العروض المقبولة، ولا يجب أن يكون عدد العروض المقبولة كثير كما انه لا يجب أن يكون هناك عرض واحد او عرضين، وإنما أن يكون عددها محصورة بين ثلاثة عروض إلى خمسة كحد أقصى¹⁸².

بعد قبول العروض المستوفية للشروط التي وضعتها الإدارة العامة أو المطابقة لدفتر الشروط في حالة ما إذا خصصت الإدارة العامة دفتر شروط للعقد، فهنا يتم الانتقال إلى مرحلة ثانية قائمة على الحوار التنافسي بين جميع المترشحين التي تنتهي باختيار مترشح واحد يتم التفاوض معه حول ابرام العقد. فعقود الشراكة باعتبارها عقود إدارية تخضع إلى طريق المنافسة بهدف الوصول إلى ابرام العقد، وهذه الطريقة تجسد مبدأ هام وهو مكافحة الفساد الذي قد يحدث في هذه المرحلة، فخضوع اجراءات ابرام العقد على من تمت قبول ملفاتهم في هذه المرحلة لمبدأ التنافس الذي يسمح بإطلاع الإدارة العامة على كافة الخصائص التي يمتاز بها كل ملف على حدا واختيار الملف الأحسن، يكرس شفافية أكثر على عمل الإدارة، وقد طبق هذا المبدأ لأول مرة في فرنسا سنة 1993 بموجب صدور القانون رقم 93-122 المؤرخ في 29 يناير 1993 والمتعلق بمكافحة الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة والمسمى بقانون SAPIN، الذي منح للإدارة العامة الحق في استعمال سلطتها التقديرية في اختيار المترشحين الذين يدخلون إلى ساحة المنافسة والتفاوض في اطار ابرامها لعقود التزام المرافق العامة¹⁸³، ومفاد هذا المبدأ الهام هو أنه بعد قيام الإدارة العامة بفحص كافة العروض المقدمة في المرحلة الأولى، تنتج هذا العمل باختيار أحسن العروض المقدمة من الناحية الفنية كما رأينا سابقا، ويُجرى بعد ذلك كمرحلة ثانية حوار تنافسي مع أصحاب هذه العروض بشكل منفرد في شكل مفاوضات مع كل مترشح، ليتم كمرحلة أخيرة اختيار أحسن عرض من بين هذه العروض والقادر على تحقيق أهداف الإدارة العامة. ويجب لتحقيق مشروعية هذا المبدأ أن تساوي الإدارة العامة بين جميع المتنافسين، فيجب على الإدارة أن تتفاوض مع كل عارض أو كل مترشح على حدا بهدف الإلمام بكل جوانب العرض الخاص بكل مترشح والوسائل التقنية والترتيبات القانونية والمالية التي يتضمنها العرض، ومراعاة مدى استجابتها لاحتياجاتها، فلا يجوز لها ان تتفاوض البعض دون البعض الآخر كما أن تتفاوض مع كل متنافس بنفس الآليات التي تم التفاوض بها مع الآخرين، وأن تمتنع عن تقديم للبعض معلومات أو بيانات تجعلهم في وضع متميز تجاه الآخرين، كما انه لا يمكنها ان تطلع أحد المترشحين على معلومات قدمها الآخرين بدون علم

¹⁸² Bezançon Xavier, Laurent Duruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, op, cit, p97.

¹⁸³ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة ppp، المرجع السابق، ص128.

هؤلاء¹⁸⁴. وهذه المفاوضات قد تستغرق مدة زمنية طويلة وسبب ذلك ان عقود الشراكة تتضمن في الغالب تكنولوجيا متقدمة وخبرات فنية ومعرفة عاليتين، لذا تحرص الإدارة العامة على اختيار الشريك الأجدر والأكفأ والذي تتوفر فيه هذه الشروط السابقة، وهذا ما يجعلها تستغرق مدة معينة من الوقت، كما يحرص الشريك الخاص بدوره على ان تضمن له الإدارة العامة كافة حقوقه وبلوغ هدفه الرئيسي وهو تحقيق قدر معين من الربح، ويجب الإشارة على أن اجراء الحوار التنافسي تلجأ إليه الإدارة العامة بمناسبة ابرامها لأي عقد اداري في حالة ما اذا كان المشروع موضوع هذا العقد يمتاز بالصفة المركبة أي متضمن لعدة عمليات¹⁸⁵، وهو ما يمكن أن نجده في مشاريع عقود الشراكة، بحيث أن هذه المشاريع تنجز من خلال المرور على العديد من العمليات بدءا من التصميم والبناء والتمويل وصولا إلى التشغيل والصيانة وانتهاء إلى تسليم ملكية المشروع إلى الإدارة العامة المالك الأصلي للمشروع.

وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعد قيامها بالتفاوض مع كل مترشح من بين المترشحين الذين تم قبول ملفاتهم وكتتويج لمجهوداتها في هاته المرحلة (مرحلة الحوار التنافسي)، باختيار العرض الاحسن من بين هذه العروض، ليتم التفاوض مجددا مع صاحب العرض الذي تم ترسية قرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عليه، بحيث تنتهي هذه المفاوضات إما بالاتفاق بين الطرفين وإبرام العقد أو بعدم اتفاقهما مما يؤدي إلى العديد من الاحتمالات كما سنراها لاحقا.

4 - مرحلة المفاوضات وإبرام العقد:

بعد ترسية قرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على عرض معين الذي يعد الأحسن من بين العروض التي تم قبولها فنيا وكذا الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية، فتدخل الإدارة العامة في مرحلة أخيرة تتمثل بمفاوضات طويلة تجرى بين الطرفين يكون الهدف منها الاتفاق النهائي على كافة الشروط المقترحة من الطرفين وكافة التفاصيل التي يقوم عليها تنفيذ العقد بمختلف مراحلها، وهذه المرحلة تعتبر في غاية الأهمية لأنه قد يترتب عنها إما ابرام العقد أو عدم الاتفاق على بعض الشروط مما قد يؤدي إلى تعطل المفاوضات أو توقفها أو فشلها وبالتالي عدم ابرام العقد وهذا ما تحاول الادارة العامة تجنبه، وتُعرف المفاوضات في هذا الإطار على انها تبادل للاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية

¹⁸⁴ هذه القواعد جاء بها الأمر رقم 559-2004 المتعلق بعقود الشراكة الفرنسي في المادة السابعة منه.

¹⁸⁵ Bezançon Xavier, Laurent Duruy, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, op, cit,p100.

والاقتصادية والاستشارات القانونية، ليكون كل من الطرفين على دراية كاملة بكل جوانب العقد وعلى بيئة لحقوق كل طرف والتزاماته بهدف الوصول إلى تصور مشترك له¹⁸⁶.

ويدخل الطرفين في هذه المفاوضات والتي يشترط فيها أن تكون قائمة على حسن نية متبادلة بين الطرفين، وذلك نتيجة للأهمية البالغة لعقود الشراكة باعتبارها تمتد لفترة زمنية طويلة، كما ان المشروع موضوع العقد يُكلف موارد مالية مرتفعة، لذلك يسعى الطرفان وخاصة الإدارة العامة لإنجاحها والاتفاق على جميع الشروط بما يرضيهما للوصول إلى حل وسط تمهيدا للمرحلة الأخيرة المتمثلة في إبرام العقد. وتمتاز مرحلة المفاوضات بتقديم عروض من الطرف الأول المتمثل في الشريك الخاص، تقابلها عروض مضادة من الطرف الآخر المتمثل في الشريك العام، في كل شرط أو في كل نقطة من النقاط الموضوعية، إلى أن يتم صدور قبول يطابق الإيجاب¹⁸⁷ لكل عرض أو لكل نقطة، إلى أن يتم الاتفاق على جميع العروض بين الطرفين، ومثال هذه العروض كالمبلغ المحدد من طرف الإدارة العامة لإنجاز المشروع وكذا مدة العقد ونوعية الخدمات المقدمة والتكنولوجيا الواجب استعمالها وإدخالها في انجاز المشروع والبنوك الضامنة وآجال انجاز المشروع وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة الخلاف في مسألة ما وكذا الطريق المتبع بهدف تسوية النزاعات بين الطرفين في حالة حدوثها، كما تمتاز أيضا هذه المرحلة بإجراء مفاوضات على الجوانب الفنية وكذا الجوانب المالية المقترحة من طرف الشخص الخاص، ونظرا لسعي مقدم أحسن عطاء لتحقيق أكبر قدر من الربح، فإن الإدارة العامة عن طريق اللجنة المكلفة بالتفاوض تضع سقف محدد لكل عرض مقدم من طرف الشركة الخاصة المقدمة لأفضل عطاء لا يمكن تجاوزه في عملية المفاوضات، ومفاد ذلك ضرورة محافظة الإدارة العامة لحقوقها وعدم التنازل عنها وكذلك نظرا لأن عقود الشراكة تعتبر عقود ادارية فإن الإدارة العامة تسعى لتحقيق وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة التي تسعى الشركة الخاصة لتحقيقها هي كذلك. لكن من ناحية اخرى ونظرا أن الإدارة العامة باعتبارها تسعى إلى الاستفادة من خبرة القطاع الخاص في المشاريع الاستثمارية وتحقيق أكبر قدر من التنمية في مختلف أشكالها التي يمكن ان تحققها عقود الشراكة، فيمكن لها أن تتنازل عن بعض الشروط التي يضعها الشريك الخاص أو أن تقوم بالتخفيف عن شروطها لصالح الشريك الخاص، كما أنه يمكن للإدارة العامة في هذه المرحلة أن تطلب مساعدة بعض القانونيين في ما يخص الجوانب القانونية

¹⁸⁶ طه محيي جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 142.

¹⁸⁷ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص 290-291.

أو بخبراء ومختصين اقتصاديين أو مهندسين فيما يخص الجوانب الاقتصادية والمالية أو المرتبطة بالأشغال.

بعد الانتهاء من المفاوضات، فقد تسفر هاته الأخيرة اما بنجاحها وإبرام العقد والتي سوف تأتي إلى توضيحها لاحقاً، أو بفشلها وبالتالي توقفها مما يؤدي إلى عدم الاتفاق وعليه عدم إبرام العقد، ولكن السؤال المطروح هنا هو في حالة عدم الاتفاق بين الطرفين في حالة اذا ما لم يكن عدم التوافق هذا راجع إلى تعسف من الإدارة، فما هو الحل الذي تلجأ إليه الإدارة العامة؟

في هذه الحالة يرى بعض فقهاء القانون¹⁸⁸ انه في حالة حدوث عدم توافق ارادتي الطرفين المتفاوضين، فإن للإدارة العامة حلين آخرين يمكن لها أن تلجأ إليهما، يتمثل الأول في أنه في مرحلة تقييم العروض التي تسفر عن اختيار عدد من العروض المقبولة من الناحية الفنية، فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ترتب هذه العروض المقبولة مستعملة معيار العرض الأحسن من حيث الاستجابة لشروط الإدارة، فإنه في حالة عدم اتفاق الإدارة مع من تم اختياره كأحسن عرض، فإنها تقوم مباشرة بالتفاوض مع صاحب العطاء الثاني الذي يلي الأول من حيث الترتيب وهكذا حتى يتم إبرام العقد، أما الحل الثاني فيتمثل في إلغاء الإدارة العامة العرض كلياً والنظر في امكانية طرحه بأسلوب آخر أو بإجراءات أخرى تراها مناسبة غير أسلوب طلب العروض كأسلوب الاتفاق المباشر أو ما يصطلح عليه بإجراء التراضي. اما في حالة الاتفاق بين الطرفين على جميع الشروط وتنازل بعضهما عن الشروط المقترحة من أحدهما سعياً إلى الوصول إلى إبرام العقد، ففي هاته الحالة تقوم الإدارة العامة بإصدار قرار متضمن المنح المؤقت للعرض، وتقوم بنشره في الاماكن المخصصة لذلك، أو عن طرق المجلة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (BOMOP) السابق الاشارة اليها وكذا في الجرائد اليومية.

وكمرحلة نهائية 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، كأن يتم صياغة هذه الوثيقة باللغة العربية اضافة الى لغة أو لغتين اجنبيتين كالفرنسية أو الانجليزية خاصة في حالة ما اذا كانت جنسية هذه الشركة أجنبية، كما يجب أن تتضمن وثيقة العقد كافة الشروط التي تم الاتفاق عليها وكذا حقوق والتزامات الطرفين، كما يمكن للإدارة العامة في هذا الشأن أن تستعين بقانونيين ذوي كفاءات عالية بهدف صياغة وثيقة عقد الشراكة وفقاً للمصطلحات القانونية

188 - حمادة عبد الرواق حمادة، عقود الشراكة PPP، المرجع السابق، ص 299.

- طه محميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 143.

المناسبة التي تتطلب الدقة في ذلك، ويجب الإشارة على أنه لا يتم الابرام النهائي للعقد مع الشريك الخاص إلا بعد صدور قرار الموافقة على ذلك من طرف الوزير الوصي على القطاع أو وزير الصناعة بحسب ما تراه السلطات الوصية مناسباً¹⁸⁹.

وفيما يخص وثيقة ابرام العقد، فالأصل والمبدأ العام المعمول به في نطاق العقود الإدارية، أن الإدارة العامة تتمتع بقاعدة حرية التحرير المتعلقة بالشكل ما لم يشترط القانون صراحة خلاف ذلك¹⁹⁰، حيث أنه يكفي لانعقاد العقد تلاقي ارادتي الطرفين من إيجاب وقبول لانعقاده كما أنه يكفي أن يكون ابرام العقد شفويا، فالشكلية في العقود الإدارية تتم عن طريق مراعاة كتابة العقد الإداري وتوثيقه لإعطائه طابع الرسمية وحتى تكون هناك ضمانات أكثر، و الإدارة العامة غالبا ما تفضل المرور على هذه الإجراءات، ونظرا لهاته الأهمية فقد نص المشرع الجزائري على ان تكون العقود الإدارية كأصل ومبدأ عام مكتوبة، وذلك في إطار تنظيمه لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق الذكر، وجاء ذلك في نص المادة الثانية منه بقوله: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ... " وما ينطبق في هذه النقطة على الصفقات العمومية ينطبق كذلك على عقود الشراكة، بحيث أن هذه الأخير و بالنظر إلى أهميتها البالغة على المستوى الوطني وخاصة في حالة ما إذا كان الشريك الخاص أجنبي، فإنه من المستحسن أن يتم توثيق وكتابة هذا العقد حتى تضمن الإدارة العامة مصلحتها من جهة وكذا ضمان مصلحة الشريك الخاص من جهة أخرى، كما أن وثيقة العقد يجب أن تحرر وفقا لشكليات معينة نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر، حيث أوجبت هذه المادة على أن تشير كل صفقة عمومية إلى بعض البيانات الإلزامية المتمثلة في التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة وهوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفاتهم وموضوع الصفقة الذي يجب أن يكون موصوفا وصفا دقيقا وكذا مبلغ الصفقة وتاريخ توقيع الصفقة ومكانه ... الخ من

¹⁸⁹ هذا الاجراء لم ينص عليه التشريع الجزائري لكنه جاء كشرط أساسي في الأمر رقم 559-2004 المتضمن عقود

الشراكة الفرنسي في الفقرة السادسة من المادة التاسعة منه، واشترط هذا الاجراء نظرا لأهمية عقود الشراكة باعتبار مشاريعها تتصف بالطابع الوطني أي أنها تهدف الى تحقيق اهداف الدولة على المستوى الوطني ، مما يستلزم ضرورة الموافقة عليها من السلطات الوصية لمراعاة مدى تطابقها و الأهداف التي تسعى إليها الدولة ، وفي الجزائر قد تكون هذه الهيئة ممثلة في الوزارة الوصية أو في المجلس الوطني للاستثمار أو الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار .

¹⁹⁰ عمار عوادي، المرجع السابق، ص213.

الشروط والبيانات التي حددها المشرع الجزائري بموجب هاته المادة¹⁹¹، فوثيقة عقد الشراكة تخضع أيضا إلى هذه الشروط باعتبار عقد الشراكة عقدا إداريا، كما أنه فضلا عن الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة فإنه يمكن ان تتضمن وثيقة ابرام عقد الشراكة الإشارة إلى آجال التسديد الدوري للمستحقات المالية للشريك الخاص، وكذا الضمانات والحقوق الممنوحة له باعتباره يمارس نشاطا استثماريا، و أساليب وكيفيات حل النزاعات عند الضرورة والهيئات التي يجب اللجوء إليها في هاته الحالة.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن عقد الشراكة

تعتبر عقود الشراكة من العقود الملزمة لجانبين التي يتولد عنها مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، وكما سبق وأن وضحنا أن عقد الشراكة يعتبر صورة حديثة من العقود الإدارية، فبالتالي يعتبر كل عقد إداري مرتبا لآثار قانونية في ذمة طرفيه، وعقد الشراكة شأنه شأن بقية العقود الإدارية كالصفقات العمومية و تفويض المرافق العامة، فهو يرتب آثار قانونية متمثلة في حقوق والتزامات في ذمة طرفيه المتمثلين في الشريك العام الذي قد يكون الدولة او احدى الهيئات العمومية التابعة لها، وكذا الشريك الخاص المتمثل في شركة المشروع، لكن السؤال المطروح هنا هو ما مدى انطباق الآثار القانونية التقليدية للعقد الاداري على عقد الشراكة ؟

للإجابة عن هذا التساؤل فارتأينا أن نقسم هذا المطلب الى فرعين، بحيث نتناول في الفرع الأول الآثار القانونية التي يربتها عقد الشراكة في ذمة الشريك العام من حقوق والتزامات، أما تلك التي يربتها في ذمة

¹⁹¹ المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة،
- هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة و صفتهم،
- موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفا دقيقًا،
- المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري، حسب الحالة،
- شروط التسديد،
- أجل تنفيذ الصفقة،
- بنك محل الوفاء،
- شروط فسخ الصفقة،
- تاريخ توقيع الصفقة ومكانه."

الشريك الخاص فنتناولها في الفرع الثاني، ثم في الأخير نلاحظ مدى انطباق هاته الآثار مع تلك المترتبة في ذمة طرفي العقود الادارية التقليدية.

الفرع الأول: آثار عقود الشراكة بالنسبة للشريك العام

تتمثل الآثار القانونية لعقد الشراكة بالنسبة للشريك في القطاع العام في الحقوق والالتزامات الخاصة بهذا الأخير، حيث نتطرق أولاً في هذا الفرع لأهم حقوق الشريك العام التي تعتبر متعددة ومتنوعة والتي من خلالها يسعى الشريك العام المتمثل في الإدارة العامة إلى تحقيق المصلحة العامة ثم بعدها نتطرق إلى اهم الالتزامات التي تقع على عاتقه في إطار تنفيذ عقد الشراكة.

أولاً: حقوق الشريك العام

تتعدد وتتنوع حقوق الشريك العام في إطار لجوئه إلى التعاقد بأسلوب الشراكة، فهو بداية يتمتع بحق الرقابة والإشراف على الشريك الخاص وتوجيهه، وكذا الحق في تعديل بنود العقد والحق في استرداد المرفق العام موضوع العقد، وأيضاً تمتعه بحق توقيع الجزاءات عليه وسلطة فسخ العقد وكذا انهاءه.

أ - حق الشريك العام في الرقابة والإشراف والتوجيه:

للإدارة العامة باعتبارها سلطة عامة الحق في ممارسة الرقابة والإشراف على المتعاقد معها وكذا توجيهه، والغرض من ذلك يكمن في تحقيق المصلحة العامة من التعاقد مع شرط عدم انحرافها عن تحقيق هذا المبدأ وكذا عدم تعسفها في ممارسة هذه الحقوق التي تعتبر من بين سلطاتها العامة، وتمارس الإدارة العامة حق الرقابة بهدف التأكد من ان الشريك الخاص المتعاقد يباشر وينفذ التزاماته العقدية طبقاً لشروط العقد، ويعرف الفقه الرقابة على انها تدخل جهة الإدارة العامة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ¹⁹²، لذا فإن فرض رقابة من قبل الإدارة على تنفيذ العقد يعتبر ضماناً لأداء الشريك الخاص لالتزاماته التعاقدية، وبالتالي لا يمكن للإدارة العامة أن تترك الشريك الخاص ينفذ العقد كما يشاء أو 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، وتنقسم سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة العامة إلى ثلاث صور، فقد كون رقابة فنية أو قد تكون رقابة ادارية كما قد تكون رقابة مالية، فأما الرقابة الفنية فيقصد بها قيام الشريك العام بالرقابة على الشريك الخاص

¹⁹² حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع

بهدف التأكد من ان استغلال المرفق العام وتسييره يتم وفقا للشروط الفنية المتفق عليها في العقد¹⁹³، ويمكن من خلال هذه الرقابة ان تقوم الإدارة العامة بإرسال مندوبين عنها يكون لهم الحق في دخول المرفق والإطلاع على الوثائق الفنية ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية طبقا للمواصفات الفنية التي يتعين على الشريك الخاص اتباعها، أما الرقابة الإدارية فيقصد بها أن تقوم الجهة الإدارية بتعيين مندوبين عنها يكون لهم الحق في حضور اجتماعات اللجان ومجلس ادارة المرفق، وذلك بهدف ممارسة الجهة الإدارية الرقابة على عملية تسيير وإدارة المرفق وقد تمتد هذه الرقابة إلى غاية مشاركة الإدارة العامة في اصدار القرارات الخاصة بعملية تنظيم وتسيير المرفق¹⁹⁴، كما قد تكون هذه الرقابة في صورة مقارنة الأداء الفعلي المتعلق بإدارة المرفق مع معايير الأداء الموضوعة سلفا للتأكد من مدى انسجام الواقع العملي مع ما هو وارد فيما اتفق عليه¹⁹⁵، أما آخر صورة من صور الرقابة فتتمثل في الرقابة المالية، بحيث يقصد بها حق الإدارة العامة بالتفتيش على حسابات شركة المشروع بمختلف أنواعها المتعلقة باستغلال المرفق العام موضوع العقد¹⁹⁶، بحيث يمكن للإدارة العامة أن تلزم الشريك الخاص بمسك دفاتر حسابات منتظمة وفقا لقواعد المحاسبة المتعارف عليها حتى تتمكن من الإطلاع عليها.

اما حق الإشراف والتوجيه الذي تمارسه الإدارة العامة، فمن خلاله تقوم هذه الأخيرة بالإشراف على الكيفيات والوسائل التي يقوم الشريك الخاص بموجبها بتنفيذ العقد، عن طريق توجيه قرارات وأوامر وتعليمات لازمة إلى الشريك الخاص بهدف توجيهه لتنفيذ العقد على طريقة معينة تراها الإدارة مناسبة وتدخل في إطار تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي فإن الإدارة العامة في إطار تعاقدتها مع الشريك الخاص فهي لا تتخلى عن مسؤوليتها في تحقيق ذلك، وعلى أساس ذلك تتولى هذه المهام والمسؤوليات بغية التعاون والتشارك مع الشريك الخاص في تسيير هذا المرفق وفق أنجع الطرق وأحسن الكيفيات.

¹⁹³ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص160.

¹⁹⁴ عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008، ص 206.

¹⁹⁵ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص216.

¹⁹⁶ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 160.

ويجب الإشارة على ان حق الرقابة والإشراف والتوجيه لا يعد من الشروط التعاقدية، وإنما من الشروط اللائحية التي يتعين الأخذ بها حتى ولو لم يتم الاتفاق عليها ضمن شروط العقد أو في دفتر الشروط، وبالتالي لا يجوز لطرفي العقد الاتفاق على استبعادها بحيث اذا تم ذلك فيعد هذا الامر باطلا، كما انه لا يجب أن يمتد هذا الحق إلى فرض شروط أخرى غير متفق عليها تكون في غير تحقيق المصلحة العامة والتعاون والتفاهم بين الطرفين، أو لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع العقد، كما انه لا يمكن للإدارة العامة أن تصدر قرارات وتعليمات للشريك الخاص التي تؤدي إلى تعديل موضوع العقد وإنما فقط لتعديل بعض بنوده وهذا ما سنراه لاحقا.

ب - حق الشريك العام في تعديل بعض شروط العقد:

ويكون هذا الحق او هذه السلطة الممنوحة للإدارة العامة بتعديل بعض شروط العقد إما بالزيادة او بالنقصان على حسب ما تراه مناسبا ويصب في هدف تحقيق الصالح العام والنفع العام، بحيث ان نطاق هذا الحق يمتد إلى شروط وبنود العقد ولا يمتد إلى موضوع العقد نفسه¹⁹⁷، وقد اختلف البعض فيما إذا كان هذا التعديل تقوم به الإدارة العامة بإرادتها المنفردة أو أن يتم بناء على اتفاق الطرفين، وقد انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين، بحيث يرى الرأي الأول على عدم حق الإدارة العامة في التعديل الانفرادي لبنود العقد، ومن أبرز مؤيدي هذه النظرية الفقيه الفرنسي لوبييه، بحيث يرى هذا الفقيه على أنه اذا كان باستطاعة الإدارة العامة تعديل بنود العقد فيجب ان يكون ذلك بنص صريح يتم الاتفاق عليه بين الطرفين ووضع ضمن شروط العقد، أما الاتجاه الثاني فهو ينكر ما ذهب إليه الرأي الأول و يؤيد هذا الطرح، بحيث يرى أصحاب هذا الاتجاه على أن حق تعديل بنود العقد يعتبر من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة العامة والتي تعتبر حق أصيل لها ويمكن للإدارة ان تقوم به سواء تم الاتفاق عليه بين الطرفين ضمن شروط العقد ام لا. وفي رأينا فإنه باعتبار عقد الشراكة عقد إداري وأن العقود الإدارية تبيح للإدارة العامة الحق في تعديل بنود العقد بغير رضا المتعاقد معها باعتبار أن هذا الحق يعتبر من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة العامة، فإنه يمكن لهاته الأخيرة حسب هذا المبدأ أن تقوم بذلك، ولكن من جهة اخرى لابد من مراعاة طبيعة كل عقد، فعقود الشراكة تمتاز ببعض الخصوصية التي تجعلها تختلف عن العقود الإدارية الأخرى من حيث طريقة تنفيذ العقد، وبالتالي ليست كل المبادئ المقررة في العقود الإدارية تطبق على جميع العقود، وإنما في عقود الشراكة يمكن الأخذ من المبادئ ما

¹⁹⁷ عمار عوابي، المرجع السابق، ص218.

يتناسب معها وعدم الأخذ بالمبادئ الأخرى كونها لا تصلح لأن تطبق عليها، فهي تجنب الإدارة العامة العديد من الأعباء التي لا يمكنها تجنبها في إطار تعاقدها بأسلوب آخر، وعليه فمن وجهة نظرنا أنه ما تم الاتفاق عليه في العقد مسبقاً في مرحلة المفاوضات فإنه لا يمكن للإدارة العامة ان تقوم بتعديله إلا إذا تم بالاتفاق بين الطرفين، ويكون ذلك في بعض الحالات المحددة والمستعجلة كأن يكون هناك ظرف طارئ أو قاهر يكون فيه تنفيذ العقد بنفس الطريقة المتفق عليها أمراً عسيراً وصعباً ولا يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، أما ما لم يتم الاتفاق عليه فإنه وفي حالة حدوث ظروف تستدعي التعديل فيمكن للإدارة العامة أن تقوم بذلك شريطة ان لا يكون الهدف من هذا التعديل تحقيق غرض لا يتصل بالسير الحسن للمرفق العام وان يكون في الحدود المقررة قانوناً وأن يكون هناك تغيير في الظروف التي أبرم العقد في ظلها وان لا يؤدي هذا التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد¹⁹⁸.

والهدف من وراء استعمال الإدارة العامة لهذا الحق هو أن عقد الشراكة عقد يمتاز بطول مدته، وبالتالي قد يطرأ أثناء تنفيذه تغييرات وظروف قد تصعب هاته العملية أو قد لا تتلاءم مع كفاءات التسيير الآني للمرفق، وهو ما يستلزم على الإدارة العامة تعديل بعض البنود والشروط حتى تتلاءم مع هذه التغييرات. 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 العقد¹⁹⁹، 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.

ج- حق الشريك العام في توقيع الجزاءات:

يعتبر حق أو سلطة الشريك العام في توقيع جزاءات على الشريك الخاص من الضمانات التي تمنح للإدارة العامة بهدف اجبار الشريك الخاص على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بحيث يلتزم الشريك الخاص المتعاقد مع الإدارة كمبدأ عام بتنفيذ العقد بحسن نية، فإذا تعرض العقد لأي خلل أثناء التنفيذ ناجم عن امتناع الشريك الخاص عن تنفيذ التزاماته التعاقدية أو اهماله أو تقصيره، ففي هذه الحالة يحق للإدارة العامة توقيع جزاءات عليه دون اللجوء إلى القضاء عن طريق استعمال سلطتها في التنفيذ المباشر، لأن

¹⁹⁸ طه محييد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 163-165.

¹⁹⁹ حمادة عبد الرزاق حم ادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع

السابق، ص 223.

هذا الإخلال يمس بالسير الحسن للمرفق العام موضوع العقد. ولا يشترط أن يتم الاتفاق على هذه الجزاءات في مرحلة التفاوض وقبل إبرام العقد، لأن هذه العملية تعتبر من الحقوق العامة التي تتمتع بها الإدارة العامة في جميع العقود الإدارية، ولأن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن بنود العقد المتفق عليها تتبع من مبادئ القانون العام نظرا لاتصال العقد بنشاط مرفق عام²⁰⁰.

وتختلف وتتعدد الجزاءات التي يمكن للإدارة العامة توقيعها على الشريك الخاص المتعاقد معها، فهي قد تكون جزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة وسوف نوضحها كآآتي:

1 - الجزاءات المالية:

وهي عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة العامة أن تطالب بها الشريك الخاص المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وهي تتخذ عدة صور فقد تكون متمثلة في غرامات مالية تفرضها الإدارة العامة على الشريك الخاص نتيجة تأخره في تنفيذ التزاماته، أو قد تكون متمثلة في تعويضات يدفعها الشريك الخاص للإدارة العامة من جراء الخطأ أو الإخلال الذي يرتكبه، وسوف نتناول كل من الصورتين بإيجاز فيما يلي:

- غرامات التأخير: يتم الاتفاق في مرحلة التفاوض على المدة المحددة التي يقوم الشريك الخاص من خلالها بتنفيذ كل التزاماته الموكلة اليه، ويلزم الشريك الخاص باحترام هذه المدة المتفق عليها، وفي حالة إخلاله بها تقوم الإدارة العامة بتوقيع جزاء معين متمثل في غرامات مالية يدفعها نتيجة لتأخره في تنفيذ التزاماته، وهذه الغرامات عبارة عن مبلغ معين من المال يتم الاتفاق عليه بين الطرفين في مرحلة التفاوض، تقوم الإدارة العامة بتوقيعه على الشريك الخاص المتعاقد معها بمجرد حدوث التأخير بشرط ان يكون هذا التأخير قد حدث بسبب خطأ الشريك الخاص المتعاقد مع الإدارة العامة وليس لسبب خارج عن ارادته وان لا يكون بسبب من الإدارة العامة، كما انه يشترط لتوقيع هذا الجزاء أن يؤثر على المصلحة العامة وعلى حسن سير المرفق العام²⁰¹.

- التعويضات: وهي تعتبر الصورة الثانية من الجزاءات المالية التي يمكن للإدارة العامة توقيعها على الشريك الخاص المتعاقد معها، وهي تتمثل في مبالغ معينة تطالب بها الإدارة العامة الشريك الخاص بدفعها لها في حالة اخلال هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية، ويكون ذلك في حالة عدم وجود بند في العقد

²⁰⁰ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص171.

²⁰¹ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص173.

أو عدم اتفاق الطرفين على أنواع أخرى من الجزاءات المالية كغرامات التأخير، ويشترط في التعويض أن يسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة ضرراً لهذه الأخيرة، ويقدر التعويض الذي يدفعه الشريك الخاص بحسب حجم الضرر من خلال مراعاة ما أصاب الإدارة من خسارة وما فاتها من كسب، كما يمكن للمتعاقد مع الإدارة العامة أن ينازع هذه الأخير أمام القضاء في قيمة التعويض المقدرة من طرفها ويمكن للقاضي أن يقرر اعفاء المتعاقد مع الإدارة من التعويض أو أن يقرر تخفيض قيمته²⁰².

2 - الجزاءات الضاغطة:

تعتبر الجزاءات الضاغطة على أنها وسائل ضغط وإكراه تمارسها الإدارة العامة على المتعاقد معها بهدف إجباره على تنفيذ التزاماته التعاقدية على الوجه الذي يستلزمه سير المرفق العام²⁰³، وتختلف هذه الجزاءات باختلاف كل عقد إداري، ففي عقود امتياز المرافق العامة تتمثل هذه الجزاءات في وضع المشروع موضوع العقد تحت الحراسة، أما في الصفقات العمومية تتمثل في حلول الإدارة العامة محل المتعاقد معها في تنفيذ الأشغال على حسابه ومسؤوليته وفي عقود التوريد تتمثل في الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد مع الإدارة العامة.

د - حق الشريك العام في فسخ وإنهاء العقد:

يصنف هذا الحق كأخطر الحقوق التي تمتلكها الإدارة العامة في مواجهة المتعاقد معها، لأنه قد يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، ويعتبر هذا الحق من الحقوق الأصلية التي تتمتع بها الإدارة العامة بحيث يعد من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها، وسنتناول أولاً حق الإدارة العامة في الفسخ ثم ثانياً حقها في إنهاء العقد.

1 - حق الشريك العام في فسخ العقد:

²⁰² حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع

السابق، ص230.

²⁰³ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص219.

يعرف الفسخ بأنه يتمثل في حل الرابطة العقدية كجزء لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته²⁰⁴، و ما يمكن استنتاجه من هذا التعريف أن الإدارة العامة تلجأ إلى هذا الإجراء في حالة قيام المتعاقد معها بالإخلال بالتزاماته التعاقدية، وبالتالي فإن جزء الفسخ لا يكون إلا بخطأ من المتعاقد مع الإدارة، وهذه الأخيرة لا يمكنها أن تلجأ إلى هذا الإجراء إلا إذا كان الإخلال المرتكب من طرف المتعاقد معها خطير لا يمكن أن تتعامل معه وفقاً لإجراء توقيع الجزاءات، أو في حالة ما إذا قام المتعاقد معها بالإخلال بالشروط المتفق عليها بشكل جسيم، وقد أشار المشرع الجزائري إلى جزء الفسخ في الفقرة الثانية من المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على أنه إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد.

ويتم الاتفاق بين الطرفين في مرحلة المفاوضات على الحالات التي يتم على أساسها فسخ العقد ولكن هذا ليس معناه أن الإدارة العامة لا يمكنها فسخ العقد في غير هذه الحالات المحددة، وإنما الفرق يكمن في أنه في حالة فسخ العقد من طرف الإدارة العامة وفقاً للحالات التي تم الاتفاق عليها مع الشريك الخاص في مرحلة المفاوضات، فهذا لن يعرضها إلى رقابة القضاء ولا يلزمها ذلك بأن تلجأ إلى القاضي الإداري بهدف استصدار حكم يقضي بفسخ العقد، أما إذا قامت بفسخه في غير الحالات المتفق عليها فإن ذلك يعرضها إلى رقابة القضاء من خلال مراقبة مدى ملاءمة هذا الجزء لجسامة الإخلال²⁰⁵، كما أنها تكون ملزمة في هذه الحالة باللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يقضي بفسخ العقد، ولكن في حالة ما إذا قامت الإدارة العامة بالإقدام على فسخ العقد دون الشروط السابقة أي دون الحالات المتفق عليها في مرحلة المفاوضات ودون اللجوء إلى القضاء، فإنه يشترط وجود أسباب تبرر هذا الفسخ مراعية في ذلك المصلحة العامة، ويكون ذلك حتى في حالة عدم خطأ المتعاقد مع الإدارة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 150 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث جاء في هذه المادة على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد، كما أنه يمكن أن تكون دوافع الفسخ تتمثل في أسباب خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وهذا ما جاء في نص المادة 151 من نفس التنظيم

²⁰⁴ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 190.

²⁰⁵ محمود عاطف البناء، العقود الإدارية - الطبعة الأولى -، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص 270.

السابق الذكر، بحيث تنص هذه المادة على أنه يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن ارادة المتعامل المتعاقد، أما إذا قامت بذلك دون توفر هذه الاسباب مع عدم لجوئها إلى القضاء فإن هذا الإجراء يعتبر تعسفي مما قد يؤدي بالشريك الخاص باللجوء إلى القضاء بهدف مطالبته بالتعويض عن هذا العمل غير المشروع الذي أهدمت عليه الإدارة العامة بشرط ثبوت هذه الأضرار ثبوتا يقينياً²⁰⁶، وتلزم الإدارة العامة بإعذار المتعاقد معها قبل الإقدام على فسخ العقد، أي انذاره انذارا قاطعا بعزمها على القيام بهذا الإجراء وإعطائه مهلة كافية لإصلاح اخلاله قبل توقيع الجزاء، وقد اكد المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 149 من التنظيم السابق الذكر في فقرتها الأولى التي جاءت كما يلي : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد"، وإذا قام المتعاقد مع الإدارة بإصلاح إخلاله فتقوم الإدارة العامة بغض النظر عن تطبيق هذا الجزاء، اما في حالة عدم اصلاح المتعاقد لإخلاله أو عدم قيامه بالتزاماته بعد إعداره من طرف الإدارة العامة، فإن هذه الأخيرة تقدم على توقيع هذا الجزاء عليه كما يمكنها أن تطالبه بتعويضها عن ما سببه لها من ضرر من جراء اخلاله بالتزاماته، ولا يحق للشريك الخاص الذي أخل بالتزامه أن يطالب الإدارة العامة بتعويضه عن فسخ التعاقد معه، وذلك بسبب أن هذا الإجراء كان نتيجة بإخلال منه وليس بإقدام الإدارة العامة على ذلك بإرادتها المنفردة، ويجب الإشارة هنا أنه في حال اقدم الإدارة العامة على فسخ تعاقدتها مع الشريك الخاص، فهذا لا يترتب عنه انتهاء العقد الأصلي وإنما تقوم الإدارة بالتعاقد مع شريك خاص آخر في إطار نفس العقد الأصلي، بحيث تلجأ الإدارة العامة إلى التعاقد مع شريك آخر لاستكمال تنفيذ العقد مع تحمل الشريك الأول جميع النتائج المالية المترتبة عن العقد الجديد أي ان تتعاقد على حساب ومسئولية الشريك الأول كما هو معمول به في حال التعاقد في إطار الصفقات العمومية، بحيث يمكن للإدارة العامة أن تفسخ تعاقدتها مع المتعاقد معه الأول وتتعاقد مع آخر ليتولى هذا الأخير استكمال الأشغال مع تحمل المتعاقد الأول الفرق في تكلفة الانجاز بين العقد الأول والعقد الثاني أي يتحمل النفقات والتكاليف الإضافية والزائدة عن تلك المحددة في العقد الأصلي، وهذا ما جاء في نص المادة 152 في فقرتها الأولى من التنظيم السابق²⁰⁷.

²⁰⁶ ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص196-197.

²⁰⁷ الفقرة الأولى من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية

2 - حق الشريك العام في إنهاء العقد:

إذا كان حق الإدارة العام في فسخ تعاقدتها مع الشريك الخاص ناجم عن خطأ من هذا الأخير، فإن حقها في إنهاء العقد يكون بدون خطأ من الشريك الخاص المتعاقد معها، وتلجأ الإدارة العامة إلى استعمال هذا الحق بإرادتها المنفردة دون توقف ذلك على رضا المتعاقد معها أو موافقته وقبل انتهاء مدة العقد المتفق عليها، شرط أن تكون مقتضيات المصلحة العامة أو طبيعة المرفق العام هي التي تفرض على الإدارة العامة اللجوء إلى هذا الإجراء، أما في حالة قيام الإدارة العامة بإنهاء تعاقدتها مع الشريك الخاص بناء على أسباب غير تلك المتعلقة بالمصلحة العامة، فيعتبر قرارها هذا المتعلق بإنهاء العقد مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة مما يعرضه للطعن فيه وإلغائه من قبل القاضي الإداري، وبالتالي ما يمكن استنتاجه هنا هو ان سلطة الإدارة العامة في إنهاء العقد هي مقيدة وليست مطلقة. ويعتبر هذا الحق أيضا من بين امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة العامة ويعتبر ذلك حق ثابت لها دون اشتراط الاتفاق عليه في مرحلة المفاوضات، أما في حالة الاتفاق عليه ووضعه من ضمن الشروط المتفق عليها في العقد فإن ذلك يعد إقرارا لهذا الحق فقط وليس معناه أنه في الحالة العكسية أي في حالة عدم ادراجه ضمن هذه الشروط أنه لا يمكن للإدارة العامة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وإنما يبقى حقها قائم في كل الحالات²⁰⁸.

وفي حال لجوء الإدارة العامة إلى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، فإن هذا الإجراء يلزم على الإدارة العامة أن تقدم تعويضا للمتعاقد معها يشمل كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب من جراء هذا القرار الذي اتخذته، لأن هذا الإجراء الذي أقدمت عليه الإدارة العامة بإرادتها المنفردة يكون بناء على أسباب معينة دفعتها إلى القيام بذلك ولا يكون بناء على إخلال من المتعاقد معها كما هو الحال في الفسخ، وهذا ما يلزم الإدارة العامة بناء على مقتضيات العدالة أن تقدم تعويضا عن عملها هذا للشريك الخاص المتعاقد معها، ومثاله في عقد الشراكة أن تقدم الإدارة العامة على استرداد المرفق العام موضوع العقد قبل انتهاء مدة العقد المتفق عليها وبعد انتهاء الشريك الخاص المتمثل في شركة المشروع من أشغال انجاز المشروع موضوع العقد المتمثل في المرفق العام موضوع مشروع عقد الشراكة، وبناء على ذلك تقوم الإدارة العامة بتسديد كافة المستحقات المالية للشريك الخاص المتبقية مع

للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة على ذلك، يتحمل هذا

الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة "

²⁰⁸ محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص238.

تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويختلف تقدير هذا التعويض حسب بعض الفقهاء من حيث ما إذا كان حق الإدارة العامة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل المدة المتفق عليها قد تم الاتفاق عليه في شروط العقد أثناء مرحلة المفاوضات أو لم يتم الاتفاق عليه²⁰⁹، فالتعويض هنا يختلف في كل من الحالتين السابقتين ولا يكون بنفس الدرجة، ويكون ذلك مرتبطا أساسا باتفاق الطرفين عليه، وغالبا ما يكون التعويض الناتج عن إنهاء العقد من طرف الإدارة العامة غير المنصوص عليه في شروط العقد المتفق عليها أثناء مرحلة المفاوضات أكبر منه في الحالة العكسية أي في حالة الاتفاق عليه في نفس المرحلة.

ثانيا: التزامات الشريك العام

بالرغم من تمتع الشريك العام بالعديد من الحقوق وهذا نظرا لأنه يعتبر الطرف الأول في عقد الشراكة، فهذا لا يمنعه من أن يتحمل بعض الالتزامات، بحيث يسعى الشريك العام ممثلا في الإدارة العامة من تمكين شركة المشروع من انجاز اعمالها على أكمل وجه وبالتالي تلتزم بمجموعة من الالتزامات، بحيث تلتزم باحترام شروط العقد وتنفيذه بحسن نية، وكذا تلتزم بتبسيط الاجراءات القانونية والإدارية لصالح الشريك الخاص، كما انها تلتزم أيضا بتقديم ضمانات وحماية قانونية للشريك الخاص.

أ - الالتزام باحترام بنود العقد وتنفيذها بحسن نية:

تلتزم الإدارة العامة باحترام كل البنود والشروط التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين أثناء عملية ابرام العقد وتنفيذها كلها بدون استثناء ابتداء من تاريخ ابرام العقد، ومن بين هذه البنود توفير البيئة الملائمة لشركة المشروع لانجاز المشروع على أحسن وجه، و يكون ذلك عن طريق تسليمها موقع المشروع وحيازته لها طيلة مدة العقد، وكذا التزامها باحترام آجال تسديد المستحقات المالية للشريك الخاص وبالقدر المتفق عليه، ولتنفيذ هذه البنود في أحسن وجه يجب على الإدارة العامة ان تقوم بذلك بحسن نية، بحيث ان تنفيذ العقد بحسن نية يعد المبدأ الأساسي ليس فقط في العقود الإدارية وإنما في مختلف العقود الأخرى كالعقود المدنية والعقود التجارية والعقود الدولية ... الخ، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الاولى والتي جاء فيها مايلي: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية."، ومفاد ذلك هو أن تسلك الإدارة العامة في تنفيذها لبنود العقد سلوك الرجل العادي

²⁰⁹ المرجع نفسه، ص 240.

ويعود تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي، بحيث يقدر مدى الجهد المبذول من الإدارة العامة في سبيل الوفاء بالتزاماتها وتنفيذ بنود العقد آخذاً في عين الاعتبار الظروف التي تحول دون هذا الوفاء كحالة الحرب مثلاً²¹⁰، ولا يؤثر ذلك على الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وخاصة عقد الشراكة التي تهدف إلى تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة²¹¹، وبالتالي يترتب على هذا المبدأ أن تلتزم الإدارة العامة باحترام كافة شروط وبنود العقد المتفق عليها وتنفيذها بما توجبه اعتبارات حسن النية. وتنفيذ عقد الشراكة بحسن نية يكتسي أهمية خاصة، بحيث أنه كلما نفذت الدولة التزاماتها في عقد الشراكة بحسن نية كلما شجع ذلك على جذب أكبر عدد من المستثمرين الأجانب وزيادة ثقة هؤلاء في هذه الدولة.

ب - الالتزام بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية ومنح المزايا:

يتمثل هذا الالتزام في تسهيل الدولة لكافة الإجراءات الإدارية وكذا القانونية بهدف تسهيل عمل شركة المشروع، وذلك عن طريق إزالة كافة العقبات والعراقيل التي قد تعترض تنفيذ مهامها 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، وتمتاز هذه الاجراءات بالتعقيد وطول المدة مما يقع على عاتق الدولة بتسهيلها وتبسيطها، فباعتبار ان 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 وقبله الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى بموجب أحكام القانون 16-09 السابق الذكر باستثناء المواد 06 و 18 و 22 منه، حيث قامت بإنشاء هيئتين وطنيتين تتكلفان بهذه المهام، الاولى تسمى بالمجلس الوطني للاستثمار والثانية تسمى بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وقد نظم الأمر السابق الذكر عمل هاتين الهيئتين، بحيث تنص المادة

²¹⁰ حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص236.

²¹¹ عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص194-195.

06 منه على انه تنشأ وكالة وطنية لتطوير الاستثمار، وفي نفس السياق تنص المادة 26 من القانون 09-16 السابق الذكر على أن هذه الوكالة تتكلف بالعديد من المهام كتسجيل الاستثمارات وترقيتها وتسهيل ممارسة الأعمال ومتابعة تأسيس الشركات ودعم المستثمرين ومساعدتهم والإعلام والتحسيس وتأهيل المشاريع وتقييمها وإعداد اتفاقيات الاستثمار وغيرها من المهام المذكورة في هذه المادة، كما تنص المادة 18 من نفس الأمر السابق الذكر على أنه ينشأ لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمار مجلس وطني للاستثمار يوضع تحت سلطة ورئاسة رئيس الحكومة (الوزير الأول حالياً)، ويتكلف هذا المجلس بالمسائل المتصلة بإستراتيجية الاستثمارات وبسياسة دعم الاستثمارات و بالموافقة على الاتفاقيات، وبالتالي فنجد الدولة الجزائرية قد ساءرت هذا الاتجاه الذي يهدف إلى تبسيط اجراءات الاستثمار بمختلف أشكاله بما فيها عقود الشراكة، كما انه في اطار تبسيط الاجراءات وتشجيع الاستثمارات الوطنية أو الأجنبية، فيجب على الدولة المضيفة أن تمنح للخواص الراغبين في الاستثمار العديد من المزايا، وبالرجوع إلى القانون 09-16 السابق الذكر، فنجد المادة 12 منه تنص على انه زيادة على التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام، تستفيد الاستثمارات المعنية على العديد من المزايا، وقد قسمتها هذه المادة إلى قسمين وفقاً 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 السنوية²¹².

ج- الالتزام بتقديم ضمانات للشريك الخاص:

سنحاول خلال هذه الجزئية تحديد وتبيان الوسائل القانونية التي تعتمدها الدولة لتبديد مخاوف الشريك الخاص وضمان استثمار أمواله في الدول المضيفة وتجنبيه كل العوائق التي يمكن أن تعترضه، فالدولة تهدف إلى جلب المستثمرين الأجانب بهدف الاستفادة من رؤوس الأموال الخارجية مقابل توفير الحماية القانونية اللازمة لهم وذلك عن طريق تقديم ضمانات لهم، إذ ان هذا المستثمر لا يجازف بنقل أمواله الى

²¹² هذه الأحكام مذكورة في المادة 12 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الإستثمار.

دولة أجنبية دون أخذه الضمانات الكافية لحماية أمواله، وتعتبر هذه الضمانات من العوامل الأساسية التي يبني عليه المستثمر الأجنبي قرار استثمار أمواله في دولة ما والتي توفر الحماية الضرورية لمختلف المخاطر²¹³، وبالرجوع إلى القانون 09-16 السابق الذكر وبالتحديد في مادته 21 فنجد ان المشرع الجزائري قد كرس هذا المبدأ المتعلق بحماية المستثمرين خاصة الأجانب وتقديم الضمانات الضرورية لهم بحيث تنص هذه المادة على مايلي: " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم."، وبالتالي فإن تقديم الدولة ضمانات لصالح المستثمرين خاصة الأجانب يعتبر وسيلة قانونية فعالة تؤدي إلى جلب المستثمرين الأجانب وكذا رؤوس الاموال الأجنبية، ومن بين هذه الضمانات التي تلتزم الدولة بتقديمها هي حماية حقوق الشريك الخاص كالحق في الحصول على مقابله المالي والحق في الحصول على بعض التعويضات نتيجة لبعض الأعمال التي تقوم بها الإدارة العامة والتي تؤدي إلى حدوث ضرر للشريك الخاص أو نتيجة بعض العوامل الخارجة عن ارادة الطرفين والتي غالبا ما لا تكون في مصلحة الشريك الخاص والتي قد تؤدي إلى الاختلال في اقتصاديات العقد بالنسبة له.

ومن بين الضمانات التي تمنحها الدولة للمستثمرين أيضا كأن تلتزم بمعاملة كل من المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي على قدر من المساواة بعيدا عن التمييز والتفرقة، والمساواة المقصودة هنا هي المساواة في الحقوق والالتزامات، وهذا ما ذكرته المادة السابقة بقولها على أن المستثمر الأجنبي يتلقى معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبة باستثماراتهم، وتلتزم الدولة المضيفة أيضا بضمان حماية رأسمال الشريك الخاص وعدم حرمانه من تحويل أرباحه وكذا الاموال التي تكون موضوعا لعملية التحويل، إلى خارج الدولة المضيفة، وهذه الأموال تم النص عليها في المادة 25 من القانون 09-16 السابق الذكر و المتمثلة في رؤوس الأموال المستثمر والعائدات الناجمة عنه وكذا المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل وتصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى وان كان مبلغها أكبر من رأسمال المستثمر في البداية، وكذا من الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة، عدم التعرض بنزع ملكية المشروع الاستثماري من المستثمر بمختلف أشكالها كالاستيلاء أو المصادرة الإدارية مثلا، أي عدم تجريد

²¹³ سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، السنة

الشريك الخاص أو المستثمر من سلطته على المشروع الاستثماري قبل المدة المحددة في العقد، وقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا المبدأ الهام في الفقرة الأولى من نص المادة 23 من القانون 09-16 السابق الذكر، بحيث تنص هذه المادة على مايلي: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"، وبالتالي فإن الدولة الجزائرية لا تلجا إلى مصادرة المشروع الاستثماري من الشريك الخاص إلا في الحالات المحددة قانونا، كما تلتزم الدولة في حالة قيامها بهذا الإجراء في حالة اقتضاء المصلحة العامة ذلك، بتقديم تعويض مناسب عنه لصالح الطرف المتعاقد معها، وهذا ما بينته الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر بنصها على أنه يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف، وكذلك من أكثر الضمانات التي تمنح للشريك الخاص الذي يعتبر كمستثمر، هو انه في حالة مراجعة أو الغاء القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار وهو القانون الذي يعتبر كالشريعة العامة للاستثمارات التي تقام في الجزائر بمختلف أشكالها ومنها عقود الشراكة، فإن ذلك لا يؤثر على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، ولا تسري آثار ذلك عليه إلا إذا طلب الشريك الخاص ذلك صراحة، مثلما جاءت به المادة 22 من نفس القانون السابق الذكر²¹⁴. 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 الطريقتين، 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 أو الوساطة أو الصلح، والثاني يتمثل في اتفاق الطرفين اثناء عملية التفاوض وقبل إبرام 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 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار من خلال نص المادة 24 منه²¹⁵.

²¹⁴ المادة 23 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو الغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

²¹⁵ المادة 24 من القانون 09-16 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".

الفرع الثاني: آثار عقد الشراكة بالنسبة للشريك الخاص

للشريك الخاص بدوره التمتع ببعض الحقوق وتحمل بعض الالتزامات مثلما هو للشريك العام، فمعظم العقود الإدارية يجب ان يكون فيها نوع من العدل فيما يخص تمتع الطرفين بالحقوق والالتزام بواجباتهم في العقد، إلا ان في عقد الشراكة نجد الشريك الخاص يعتبر نوعا ما هو الطرف الأقل تمتعا بالحقوق والأكثر تحملا للالتزامات، ويرجع ذلك إلى تحمل الشريك الخاص العبء الأكبر في تنفيذ موضوع العقد من خلال إنشاء المشروع وإدارته ولكن هذا لا يؤثر في نجاح عملية تنفيذ العقد، وسنقسم هذا الفرع إلى جزأين، نتناول أولا حقوق الشريك الخاص، ثم نتطرق ثانيا إلى التزامات هذا الأخير.

أولا: حقوق الشريك الخاص في عقد الشراكة

يتمتع الشريك الخاص في عقد الشراكة بمجموعة من الحقوق، فأول حق يمكن ذكره في هذا الصدد هو حق الشريك الخاص في الحصول على المقابل المالي، وكما سبق وذكرنا أن عقد الشراكة يعتبر نوع من عقود الاستثمار فإنه من حق الشريك الخاص التمتع بكافة المزايا المقررة في النصوص القانونية الخاصة بمجال الاستثمار في الدولة المضيفة، وباعتبار ان الشريك الخاص يعتبر من أشخاص القانون الخاص التي تهدف في المقام الأول إلى تحقيق الربح، إلا انه ونظرا لطول مدة عقود الشراكة فإن تنفيذ العقد خلال هذه المدة قد يتعرض لبعض الظروف التي يمكن أن تخل بالتوازن المالي للعقد، فهنا يكون من حق الشريك الخاص أن يطالب بالحصول على تعويضات مناسبة لجبر هذا التوازن المفقود.

أ - حق الشريك الخاص في الحصول على المقابل المالي:

إذا كان تسديد المقابل المالي للشريك الخاص في الآجال المحددة والمتفق عليها يشكل التزاما بالنسبة للشريك العام، فإن هذه العملية تأخذ صورة الحق بالنسبة للشريك الخاص، ويتمتع كل طرف متعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية بحقه في الحصول على المقابل المالي نظير قيامه بالمهام الموكلة إليه، ولكن عقد الشراكة يتمتع بميزة أساسية تميزه عن باقي العقود الإدارية ألا وهي طول مدته، فمن خلال ذلك يعتبر من غير الممكن ان يقوم الشخص العام المتمثل في الإدارة العامة بتسديد المستحقات المالية للشريك الخاص بعد انتهاء مدة العقد، وإنما قد تكون كل ستة أشهر أو كل سنة، وللتوضيح 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 الخاص²¹⁶. كما ان المقابل المالي في عقود الشراكة يجب ان يكون متمثلاً في ثمن يدفعه الشريك العام بعد مرور المدة المتفق عليها مثلما هو معمول به في مجال الصفقات العمومية، ولا يكون متمثلاً 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.

ويعتبر المقابل المالي من الشروط التعاقدية التي لا يحق للجهة الإدارية تعديلها بمفردها إلا بموافقة المتعاقد معها وذلك لارتباطه بالحقوق المالية للمتعاقد معها، والقاعدة العامة المتفق عليها من طرف أغلب فقهاء القانون أن كل ما هو مرتبط بالحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة العامة لا يمكن تعديله إلا باتفاق او بالتقاء ارادة الطرفين، وبما ان القاعدة الفقهية المتمثلة في العقد شريعة المتعاقدين التي يمكن أن تطبق على العقود الإدارية على غرار عقود القانون الخاص، فإن المقابل المالي المستحق للشريك الخاص يعتبر من بين أهم النقاط التي يدخل في نطاق هذه القاعدة، بحيث انه يمكن للطرفين بعد الاتفاق على مقابل مالي معين أثناء عملية المفاوضات ان يلجأوا إلى تعديله بعد مرور مدة زمنية معينة مر عليها تنفيذ العقد، وبالتالي تصبح القيمة المالية الجديدة المتفق عليها ملزمة للطرفين ولا يمكن لأحدهما العدول عنها خاصة بالنسبة للشريك الخاص والمطالبة بالقيمة الأولى²¹⁷.

ب - حق الشريك الخاص في التمتع بحوافز الاستثمار:

وهو ما يعرف بحق الشريك الخاص الذي يعتبر كمستثمر خاصة اذا كان أجنبي في التمتع بالمزايا والتسهيلات والإعفاءات من القيود التي تفرضها النصوص القانونية في الدولة المضيفة، وعندما نقول ان الشريك الخاص يعتبر كمستثمر فإن ذلك يؤدي بنا إلى اعتبار كما سبق وقلنا ان عقد الشراكة يعتبر من بين العقود التي تدخل في نطاق عقود الاستثمار، ولكننا لم نوضح على أي أساس تعتبر كذلك، إلا ان السبب بسيط بحيث بالرجوع إلى مفهوم الاستثمار فإنه يعرف على انه عملية تؤدي إلى نقل الرؤوس الأموال الأجنبية من الخارج الى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي وبما يكفل زيادة

²¹⁶ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع

السابق، ص 256.

²¹⁷ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 183.

الانتاج وتحقيق التنمية في الدولة المضيفة²¹⁸، وبالرجوع أيضا إلى مفهوم عقد الشراكة فنجد انه يؤدي إلى تحقيق نفس الأهداف التي يحققها الاستثمار، وبالتالي فإن عقد الشراكة يعتبر كنوع أو كصورة للاستثمار. والمعروف أن كل مستثمر خاصة اذا كان أجنبي اذا اراد الاستثمار في بلد ما فأول خطوة يقوم بها هي دراسة القوانين التي لها علاقة بالاستثمار²¹⁹ فيما اذا كانت مشجعة أم لا وكذا دراسة مناخ الاستثمار في هذه الدولة²²⁰، أي بعبارة اخرى فيما اذا كانت تحتوي على العديد من التسهيلات والمزايا التي تشجع المستثمرين على الاستثمار في هذا البلد، وهذه الحوافز تكلمنا عليها بالتفصيل في دراستنا لأهم التزامات الشريك العام وبالتحديد في التزام الشريك العام في تقديم ومنح ضمانات للشريك الخاص وبالتالي نرى على عدم ذكرها مجددا تجنباً للتكرار، إلا أنه ما يجب توضيحه هو أنه عندما تقوم الدولة بمنح الإعفاءات والامتيازات لصالح المستثمرين خاصة الأجانب فإن هذه العملية لا تعتبر سوى طريقة لتشجيع المستثمرين بغية نقل رؤوس أموالهم إليها بهدف الاستثمار فيها، وذلك يرجع إلى حجة مفادها اتباع ما يسمى بسياسة الانفتاح الاقتصادي والسعي بالنهوض بالاقتصاد الوطني، وبالتالي فإن اتباع الدولة لهذه السياسة تكون من خلالها ملزمة بتقديم العديد من الامتيازات والتسهيلات والإعفاءات بمختلف أنواعها وكذا تقديم الضمانات، وما يجب الإشارة إليه في هذا الصدد هو انه يجب أن تتضمن وثيقة العقد نص او بند يوضح اتفاق الطرفين على منح الشريك الخاص الحق في التمتع بحوافز الاستثمار السابقة الذكر.

ج- حق الشريك الخاص في ضمان إعادة التوازن المالي للعقد:

مما لا شك فيه أنه في مرحلة تنفيذ العقد الإداري ومثال ذلك في عقد الشراكة البدء في عملية انجاز المشروع، فإنه في حالة قيام الإدارة العامة بعمل غير مشروع اتجاه المتعاقد معها، فإنها ملزمة بتعويضه بشرط أن يوقع هذا العمل ضررا لمصلحة المتعاقد معها، وإذا امتنعت الإدارة عن تعويضه فيمكن للشريك الخاص اللجوء إلى القضاء لمسائلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ومطالبتها بتعويضه، إلا أن

²¹⁸ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص 259.

²¹⁹ ومثال ذلك في الجزائر كالقانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار وقبله كان الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار وقوانين المالية خاصة قانون المالية لسنة 2016 الذي جاء بأحكام وقواعد جديدة.

²²⁰ مصطلح مناخ الاستثمار يدخل في نطاقه العدي من العوامل والأوضاع التي تشجع المستثمر الأجنبي على نقل رؤوس أمواله إلى هذه الدولة، ومن بين هذه الأوضاع كالأوضاع الاقتصادية والسياسية والأمنية والاجتماعية إضافة إلى القوانين والأنظمة السائدة في هذه الدولة، وبالتالي فإن كل هذه العوامل الأساسية للاستثمار السابقة الذكر قد تعتبر بالنسبة للمستثمر الأجنبي إما مشجعة أو غير مشجعة على حسب الأوضاع السائدة في الدولة.

السؤال المطروح وهو في حالة قيام الإدارة العامة بعمل مشروع وسبب هذا العمل ضررا للشريك الخاص، فما العمل في هاته الحالة؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى في حالة وقوع أعمال تضر بمصلحة الشريك الخاص دون أن تكون الإدارة العامة هي المتسبب الرئيسي في ذلك وأن يؤدي هذا العمل إلى ارهاق الشريك الخاص في تنفيذ العقد، فما هو الحل في هذه الحالة حتى يمكن تجنب زيادة أعبائه المالية التي قد تؤدي إلى ارهاقه وبالتالي يكون العقد مهدد بخطر توقف تنفيذه؟

للإجابة عن هاذين السؤالين، فقد أجمع الفقه والقضاء على انه في العقود الإدارية عموما بما فيها الصفقات العمومية وعقود الامتياز أو تفويض المرافق العامة وكذا عقود الشراكة وغيرها، على أن الإدارة العامة لا يمكن لها ان تتهرب من مسؤوليتها عن هذه الأفعال سواء عن طريق اصدارها لعمل قانوني مشروع أو عن طريق وقوع حوادث فجائية تضر بمصلحة المتعاقد معها بحجة ان لا يد لها في هذه الأحداث، لأن في كلتا الحالتين قد تضر بمصلحة المتعاقد معها كما قد تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد عن طريق اختلال التوازن المالي له، وعليه فقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظريتين أساسيتين تعترفان بوجود مسؤولية لدى الإدارة العامة في هذه الأحداث، وتلزمانها على تعويض المتعاقد معها في حالة وقوع أحد الاحتمالين السابقين، وهاتان النظريتان هما نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، وسنقوم بدراسة كل نظرية على حدا.

1 - نظرية فعل الأمير:

وضحنا سابقا انه في حالة قيام الإدارة العامة بعمل اداري غير مشروع يسبب ضرر بمصلحة المتعاقد معها فإنها ملزمة بتعويضه، ولكن ماذا في حالة قيامها بعمل إداري مشروع وسبب هذا العمل ضرر بمصلحة المتعاقد معها؟ فهنا يدخل نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير، بحيث مفاد هذه النظرية أنه في حالة قيام الإدارة العامة بعمل مشروع وسبب ذلك ضررا يمس مصلحة المتعامل المتعاقد معها فتلزم الإدارة هنا أيضا بتعويضه، ولا يمكن لها أن تتمسك بعدم تعويضه بحجة أن العمل الذي قامت به أو الإجراء الذي اتخذته يعتبر مشروعاً، وهذا يعتبر من باب قواعد العدالة، حيث انه ليس من العدل أن تترك الإدارة العامة المتعاقد معها يتحمل أضرار ناتجة عن تصرفاتها سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، وإنما يجب عليها أن تتحمل معه هذه الأعباء عن طريق تدخلها لجبر هذا الضرر.

وتعرف نظرية عمل الأمير بأنها الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة العامة التي أبرمت العقد ويكون لها على تنفيذ العقد أثر يضر بمصالح المتعاقد²²¹، كما يعرفها الأستاذ الدكتور عمار بوضياف على أنه يقصد بها جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الادارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد²²²، ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه في القانون الجزائري في نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، حيث تنص المادة على مايلي: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي

للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

وهنا يتبين لنا أن المشرع الجزائري تبني هذه النظرية واعتبرها من ضمن الحلول الودية لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وقننها في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية الصادرة منذ الاستقلال.

ولكي تطبق هذه النظرية فلا بد من توفر شروط معينة استقر عليها القضاء والفقهاء تتمثل فيما يلي:

- أول هذه الشروط أن نكون بصدد عقد إداري بحيث اذا لم نكن أمام عقد إداري فلا يمكن تطبيق

هذه النظرية في حالة أخرى، كعقود القانون الخاص التي لا تجد هذه النظرية مجال لها فيها.

- ان يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة، كصدور قرار من الجهة الادارية المتعاقدة

يهدف الى تعديل بعض بنود العقد بحيث يؤدي هذا التعديل إلى الإضرار بمصلحة المتعاقد معها كزيادة التزامات التعاقد معها او الإنقاص من حقوقه، ويقصد بالجهة الادارية كل الأشخاص المعنوية العامة التي يخولها القانون ابرام العقود الادارية.

- ان يكون العمل القانوني الصادر من الإدارة العامة مشروعاً وأن يحدث ضرراً للمتعاقد معها،

ومعنى أن يكون العمل القانوني مشروعاً أي أن يكون غير مخالف للنظام العام أي بدون خطأ من الادارة العامة، لأنه في الحالة العكسية أي إذا كان هذا العمل غير مشروع أي عن طريق خطأ من الإدارة العامة

²²¹ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص220.

²²² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ب س ن، ص 238.

فهنا يجوز للمتعاقد معها اللجوء إلى القضاء لإلغائه ومسائلتها طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية²²³، كما انه يجب ان يحدث هذا العمل القانوني ضرراً للمتعاقد مع الإدارة بالرغم من انه مشروع، كأن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد والتأثير على المركز المالي للمتعاقد ومثال ذلك أن تقوم الإدارة العامة بتعديل بعض بنود العقد مما يؤدي إلى زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد معها. اذا تحققت هذه الشروط فيكون تطبيق نظرية فعل الأمير مبرراً، بحيث تلزم الإدارة العامة بجبر الأضرار التي أحدثتها للمتعاقد معها عن طريق تعويضه عن ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، ويجب أن يشمل كافة النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدها المتعاقد²²⁴، وإذا لم تلتزم الإدارة العامة بذلك فيحق للطرف المتعاقد معها طلب فسخ العقد.

2 - نظرية الظروف الطارئة:

تعتبر ثاني نظرية يمكن من خلالها للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتوازن المالي للعقد، وإذا 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. أصل هذه النظرية من القضاء الفرنسي²²⁵، وتقوم نظرية الظروف الطارئة على حدوث ظروف لم يكن في وسع المتعاقد أن يتوقعها، وإذا وقعت لم يكن في مقدوره أن يتحملها أو يدفعها ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقاً وليس مستحيلاً²²⁶، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة فهذه الأخيرة تجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً وليس مرهقاً فحسب.

²²³ المرجع نفسه، ص239.

²²⁴ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص286.

²²⁵ Frédéric Colin, L'essentiel de la jurisprudence administrative, CE, 30 mars 1916, compagnie générale d'éclairage de bordeaux , p108

• وللتفصيل أكثر فقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في حكمه الصادر في 30 مارس 1916 في قضية الإنارة لمدينة بوردو، حيث تلخص وقائعها أنه بعد قيام الحرب العالمية الأولى، نتج عنها ارتفاع في أسعار الفحم التي تستعمل في الإنارة، مما سبب ضرراً للملتزم بتوريد الفحم لمدينة بوردو ولم يعد باستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة، مما لجأ إلى القضاء الإداري الفرنسي بعد أن فشلت مفاوضاته مع الإدارة المتعاقد معها في تعويضه، والذي اعترف له بحقه في التوازن المالي للعقد بعنوان الظروف الطارئة، حيث أشار الحكم إلى انه اذا طرأ بعد التعاقد ظروف لم تكن متوقعة، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة إلى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً ملحوظاً، فللمتعاقد ان يطالب الإدارة بتعويضه عن الخسارة التي ترتبت على الظروف الطارئة والتي تفوق الحد المعقول.

²²⁶ طه محييميد جاسم الحديد، المرجع السابق، ص224.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية مثلها مثل نظرية فعل الأمير ففضلا عن وجود عقد اداري، عدة شروط نذكرها كالآتي:

- وقوع ظروف او حوادث استثنائية غير متوقعة، وهو الحادث الذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد فيؤدي إلى اختلال في اقتصادياته بالنسبة للمتعاقل المتعاقد مع الادارة، ويجب ان يكون هذا الظرف الاستثنائي غير متوقع أثناء تنفيذ العقد، ويعتبر هذا الظرف هو العامل الأساسي وراء اللجوء إلى هذه النظرية، وقد يكون هذا الظرف اقتصاديا كارتفاع الأسعار او وقوع أزمات اقتصادية أو طبيعيا كالزلازل او الفيضان أو الحريق أو سياسيا كوقوع حرب، كما انه يجب ان يقع هذا الظرف أثناء تنفيذ العقد وليس قبله او بعده.
- أن يكون الظرف الطارئ خارج عن ارادة المتعاقلين ولا يمكن دفعه، بحيث يشترط كما سبق ووضحنا انه لكي تطبق نظرية الظروف الطارئة فيجب ان يكون الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الادارة خارج عن ارادة الطرفين المتعاقلين، أي لا يد لأحدهما فيه، كما أنه لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة دفعه أو اصلاحه²²⁷.

وقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية، ونجد ذلك صراحة من خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها مايلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب. بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

وهكذا نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بهذه النظرية لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، لأنه ليس من العدل أن يترك المتعاقل المتعاقد يتحمل لوحده الأعباء المالية بحجة ان الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف الجديدة²²⁸.

ثانيا: التزامات الشريك الخاص في عقد الشراكة

²²⁷ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع

السابق، ص282.

²²⁸ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص242.

يقع على عاتق الشريك الخاص في عقد الشراكة مجموعة من الالتزامات، وهذه الالتزامات تختلف في بعض جوانبها عن تلك التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة العامة في العقود الادارية الأخرى كالصفقات العمومية، فهو فضلا على انه يلتزم بتنفيذ العقد تنفيذا شخصيا ووفق البنود والشروط المنفق عليها وكذا في الأجل المحددة، فهو يلتزم أيضا بنقل التكنولوجيا الحديثة كون الشريك الخاص يتمتع في مجال تخصصه بقدرات وخبرات عالية، كما انه يلتزم بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق، وأخيرا يلتزم بنقل ملكية المرفق بعد انتهاء المدة المنفق عليها، وبعض من هذه الالتزامات غير مشترك في جميع العقود الادارية وإنما توجد في البعض منها فقط، وعقد الشراكة واحد من هذه العقود التي تحتوي عليها، كون هذه الالتزامات تتولد في العقود التي يتطلب تنفيذها مدة زمنية طويلة تحتوي على العديد من العمليات كالبناء والتجهيز والصيانة والإدارة.

أ - الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد وفقا للشروط المتفق عليها:

وهذا الالتزام مفاده أن يلتزم الشريك الخاص بتنفيذ موضوع العقد بنفسه وأن لا يكلف شخصا آخر بالتنفيذ في مكانه أو الحلول محله أو التنازل للغير لتنفيذ العقد لمصلحته، وذلك تطبيقا لقاعدة الاعتبار الشخصي للمتعاقد²²⁹، التي يقصد بها الاعتراف بالمتعاقد أو بصفة من صفاته، ويختلف مدى الاعتبار الشخصي بالمتعاقد من عقد إداري لآخر على حسب طبيعته، ففي الصفقات العمومية تكون شخصية المقاول أو المورد محل اعتبار في العقد، أما في عقد الشراكة فيكون الشريك الخاص المتمثل في شركة المشروع محل اعتبار في العقد²³⁰، ويترتب على الشريك الخاص في حالة إخلاله بهذا الالتزام مسؤوليته العقدية التي تبرر للشريك العام طلب فسخ العقد، وبالتالي فإن الشريك الخاص ملزم بتنفيذ كافة مراحل عقد الشراكة من بدايته من خلال التصميم إلى غاية نهايته من خلال نقل ملكية المشروع إلى الشريك العام، وبالتالي فإنه لا يمكن للشريك الخاص التنازل عن تنفيذ العقد للغير²³¹، أو التعاقد من الباطن²³²، إلا بموافقة الإدارة العامة والذي يعود ذلك إلى سلطتها التقديرية، أي أنه إذا كانت الإدارة العامة ترى في تنازل الشريك الخاص عن العقد لصالح الغير أو عن طريق تعاقد من الباطن مصلحة لها فيمكنها ان توافق

²²⁹ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص291.

²³⁰ شامل هادي نجم العزاوي، المرجع السابق، ص108.

²³¹ يعرف التنازل عن العقد للغير بأنه التصرف القانوني الذي يبرمه الممتعقد مع الإدارة مع الغير ويكون من شأنه إحلال هذا الغير محله في أداء التزاماته واكتسابه لحقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين الإدارة العامة.

²³² يقصد بالتعاقد من الباطن اتفاق المتعاقد مع الإدارة الأصلي مع الغير لتنفيذ جزء من التزاماته المقررة في العقد.

على ذلك، ويختلف التنازل عن العقد لصالح الغير عن التعاقد من الباطن، كون أنه في الحالة الأولى يكون حلول الغير مكان المتعاقد الأصلي حولا كليا في كافة حقوقه والتزاماته في العقد، وبالتالي يؤدي إلى إخلال لفكرة الاعتبار الشخصي، أما التعاقد من الباطن فلا يمكن للغير الذي تعاقد معه المتعاقد مع الادارة الأصلي من الحلول محله، وإنما يلتزم بتنفيذ جزء من محل العقد، وبالتالي لا يؤدي ذلك إلى إخلال لفكرة الاعتبار الشخصي، كما أنه في حالة التنازل فإنه توجد صلة مباشرة بين المتنازل لصالحه والادارة العامة، أما في التعاقد من الباطن فلا توجد هذه الصلة بين المتعاقد من الباطن مع الإدارة العامة²³³. أما الحالة التي يتلاءم تطبيقها مع عقود الشراكة فهي التعاقد من الباطن وذلك نظرا إلى التطور العلمي والتكنولوجي والفني المتخصص، حيث في بعض الحالات لا يمكن للشريك الخاص القيام ببعض الأعمال خاصة الفنية مما يتوجب عليه التعاقد مع شخص آخر متخصص في هذا المجال ليقوم بهذا العمل، على أن ينتهي هذا التعاقد بعد انتهاء المتعاقد معه من هذه الأعمال، وبالتالي أصبحت المشاريع التي تقام في إطار عقود الشراكة تتطلب تعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجاز هذه المشاريع على أكمل وجه، فبدلا من أن تقوم الادارة العامة بالتعاقد مع العديد من الشركات المتخصصة في عدة مجالات الأمر الذي قد يؤدي إلى ارهاق الادارة من الناحية المالية وإهدار للوقت نظرا للإجراءات الإدارية الطويلة التي يتطلبها ذلك، تلجأ الإدارة العامة إلى التعاقد مع شريك وحيد أو متعاقد واحد يكون مسئولا أمامها عن تنفيذ المشروع شرط ان تعطيه سلطة التعاقد من الباطن.

كما انه يلتزم الشريك الخاص بتنفيذ العقد وفقا للكيفيات والشروط والأوصاف المتفق عليها بين الطرفين أثناء عملية المفاوضات، أي أنه بعد التعاقد بين الطرفين وإطلاع الشريك الخاص على الشروط التي وضعتها الادارة العامة في دفتر الشروط وتعهد باحترامها، فيصبح بالتالي ملتزما بأن ينفذ موضوع العقد على حسب ما اتفق عليه، وفي اطار هذه الشروط²³⁴.

ب - الالتزام بتنفيذ العقد في المدة المحددة:

إن التزام الشريك الخاص باحترام مدة العقد يعد التزاما جوهريا، وبالتالي يقع على عاتقه أن ينفذ موضوع العقد في الأجل المتفق عليه، ولا يجوز له تجاوز هذه المدة وإن فعل ذلك وقع تحت طائلة حق الشريك العام في توقيع جزاءات على الشريك الخاص كجزاء لتأخره في تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها، وتتمثل هذه الجزاءات في جزاءات مالية محددة يدفعها الشريك الخاص عن كل مدة تأخير معينة متفق

²³³ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص197-198.

²³⁴ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص247.

عليها بين الطرفين، وتتزايد قيمة هذه الجزاءات المالية مع كل تأخير في التنفيذ، اما اذا كان التأخر جوهريا أي يكون في مدة زمنية طويلة فيمكن للشريك العام فسخ تعاقدته مع الشريك الخاص، إلا إذا مُنح لهذا الأخير من طرف الشريك العام مهلة اضافية تمكنه من اكمال ما تبقى له من التزامات في حالة توفر الظروف التي تبرر هذا التأخر كالقوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية أو تأخر يكون سببه من طرف الشريك العام.

ج- الالتزام بقل التكنولوجيا الحديثة:

تتضمن أغلب عقود الشراكة بنود وشروط تلزم المتعاقد أو الشريك الخاص باستعمال أحدث وسائل التكنولوجيا الحديثة في تشييد المرافق العامة، وتعرف التكنولوجيا²³⁵ وفقا للمفهوم الاقتصادي بأنها مجموعة المعارف اللازمة لتحويل عناصر الانتاج إلى سلع وخدمات والتي تستمد من العلم المجرد، وتنبثق عن عمليات البحث والتطوير والتي تستهدف ادماج المعارف المجردة في الانتاج بمعناه الواسع²³⁶، وقد عرفت منظمة اليونيدو التكنولوجيا على أنها مجموعة المعارف والخبرات والمهارات اللازمة لتخطيط وتصميم وتنفيذ وتشييد وتشغيل احد المرافق العامة بالإضافة الى الجوانب الادارية والتنظيمية والتسويقية ذات الصلة بالمرفق المقصود²³⁷. وقد أصبحت التكنولوجيا في الوقت الراهن مجموعة من النظم والمعرفة والتقنيات والمهارات والخبرات والتنظيمات المستخدمة لإنتاج واستغلال الخدمات اللازمة لإشباع الحاجات الاقتصادية والاجتماعية في مجتمع ما²³⁸. ومن أهداف ابرام القطاع العام أو الدولة لعقود الشراكة كما ذكرنا سابقا هو التخفيف على ميزانيتها، بحيث تتطلب مشاريع عقود

²³⁵ مصطلح التكنولوجيا يتكون من كلمتين انجليزييتين هما تكنو Techno ويعني الفن أو الصنعة، ولوجيا Logy والتي تعني العلم أو الدراسة ، ، أي أن مصطلح تكنولوجيا Technology يعني علم الفنون المتعة بالصناعة، وهي علم تطبيقي يهتم بدراسة الصناعات او فن الصناعات، و هي كلمة أصلها يوناني منبثقة من كلمة Techno logos. ²³⁶ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود ال مشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص298.

²³⁷ شامل هادي نجم العزاوي، المرجع السابق، ص137.

²³⁸ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص160.

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. ويعد التزام الشريك الخاص بنقل التكنولوجيا الحديثة من أهم الالتزامات التي تتولد عن عقد الشراكة، وذلك نظرا لضخامة المشاريع التي تنجز في إطار عقود الشراكة مما يستدعي الأمر الاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة، كما ان استعمال التكنولوجيا الحديثة والمتطورة يعود بالفائدة على كلا طرفي العقد، فالدولة تكون مصلحتها في ذلك عن طريق الحصول على التكنولوجيا الحديثة التي تساعد في تحقيق التنمية الاقتصادية ولاسيما في الدول النامية التي تكون حاجتها إلى ذلك أكبر، أما الشريك الخاص فتكون مصلحته في ذلك عن طريق تسهيل إدارة المرفق العام موضوع العقد وتقليل 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. ويتجلى مظهر استعمال التكنولوجيا الحديثة من طرف الشريك الخاص في عقد الشراكة عن طريق استخدام أحدث الوسائل التكنولوجية والتي تتمثل في الآلات والمعدات التي تستخدم في بناء المشروع وتشغيله²³⁹، كما أن التزام الشريك الخاص لا ينتهي عند استعمال الآلات والوسائل التكنولوجية الحديثة فقط وإنما يمتد إلى تدريب العمال الوطنيين على استخدام تلك الأساليب التكنولوجية المتطورة وذلك لتكوين كوادر محلية تضمن استمرار نجاح هذه المشاريع بعد انتهاء مدة عقد الشراكة.

د - الالتزام بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق العام:

بعد الانتهاء من مرحلة بناء المشروع تأتي مرحلة تشغيله، وهي مرحلة مهمة لكلا الطرفين، فالشريك الخاص المتمثل في شركة المشروع يهدف إلى بلوغ هذه المرحلة لكي يسترد أمواله التي أنفقها في بناء المشروع من الشريك العام، أما هذا الأخير فيسعى إلى الوصول إلى هذه المرحلة بهدف اشباع رغبات الجمهور من خلال الخدمات التي يقدمها هذا المرفق وتحقيق قدر من التنمية. وعملية التشغيل تتم من طرف شركة المشروع من خلال عمالها وأموالها، ولا يمكن للشريك العام المتمثل في الإدارة العامة أن يتدخل في عمل شركة المشروع أو أن يفرض عليها عمال غير عمالها أو أن يفرض عليها نمط معين من التسيير، بينما يلتزم الشريك الخاص بتشغيل المرفق العام وفق القواعد والشروط التي تم الاتفاق عليها في

²³⁹ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع

العقد، وعادة ما يتم الاتفاق على جدول ومواصفات التشغيل الفنية بما في ذلك تقارير سير المرفق مع مراعاة القوانين واللوائح السارية كقواعد الأمان والأحكام الخاصة بالتشريعات البيئية²⁴⁰. 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، أما فيما يخص ثمن الخدمات التي يقدمها الشريك الخاص المتمثل في شركة المشروع إلى الجمهور المنتفعين، فهو محدد سلفاً من طرف الإدارة العامة لأن هذا الثمن يعود إليها بعد قيام شركة المشروع ببيع هذه الخدمات إلى الجمهور ولا يمكن لشركة المشروع أن تتحكم فيه، لأنه في عقد الشراكة لا يمكن لهذه الأخيرة أن تأخذ ثمن الخدمات التي قامت ببيعها إلى الجمهور وإنما يكون ذلك في عقود البوت (B.O.T)، بحيث يكون ثمن الخدمات المقدمة للمنتفعين يمثل العائدات الأساسية لشركة المشروع لتغطية نفقاتها بعد انجاز المرفق العام، وهذا هو الفرق الجوهرى الذي يميز بين عقد الشراكة وعقد البوت كما وضحنا سابقاً في إطار دراستنا للفرق بين هاذين العقدين، أما عائدات شركة المشروع في عقد الشراكة تكون عن طريق أجرة دورية تمنحها لها الإدارة العامة بعد مرور كل مدة زمنية معينة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين.

ولا تكتفي شركة المشروع بتسيير وتشغيل المرفق العام فقط وإنما تلتزم أيضاً بالصيانة الدورية له خلال مواعيد محددة، 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 العام²⁴¹، كما أن شركة المشروع ملزمة بصيانة المرفق العام ذلك انها في نهاية مدة العقد من خلال تسليمها للمرفق إلى الشريك العام، فهي ملزمة بتسليمه بحالة جيدة وسليمة وحديثة وصالحة للاستعمال، وتشمل هذه الصيانة الدورية مختلف المعدات والآلات وجميع الأصول المستخدمة في المشروع، عن طريق إصلاح الأعطال وتغيير الأجزاء وقطع الغيار التي قُدمت أو التي تلفت، كما يشمل الالتزام بالصيانة اعداد تقارير دورية عن حالة المرفق ومعداته والآلات المستعملة فيه²⁴²، ولا يشمل الالتزام بالصيانة عن طريق التأكد من سلامة هذه المعدات والآلات فقط وإنما يشمل أيضاً التطوير الدائم لها، وذلك باعتبار أن الحاجات التي تسعى الدولة إلى اشباعها هي متطورة ومتجددة، وعلى هذا الأساس

²⁴⁰ شامل هادي نجم العزاوي، المرجع السابق، ص132.

²⁴¹ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص168.

²⁴² طه محميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص206.

ينبغي على شركة المشروع أن تقوم وبصفة دائمة بتحديث المرفق وإضافة الجديد في مجاله، ويجوز لشركة المشروع عند قيامها بأعمال التجديد والتطوير في حالة زيادة تكاليف هذه العمليات أن تتفاوض مع الشريك العام المتمثل في الإدارة العامة على الحصول على مقابل هذا التطوير²⁴³.

هـ- الالتزام بنقل ملكية المشروع:

يقع على عاتق الشريك الخاص في نهاية مدة عقد الشراكة، الالتزام بنقل ملكية المرفق العام إلى الشريك العام، شرط أن يكون المرفق العام بحالة جيدة، وهنا يجب توضيح نقطة هامة وهي أن ملكية المشروع لا تنتقل إلى شركة المشروع أصلاً وإنما هي في البداية ملك للدولة، أما الذي ينتقل إلى شركة المشروع هو حيازة الأرض والمباني والمعدات التي تقوم بإنشائها، وهذا الالتزام يتم الاتفاق عليه صراحة منذ توقيع العقد وبالتحديد في مرحلة المفاوضات باعتباره التزام مهم، أما إذا لم يتم الاتفاق عليه فهذا قد يثار إشكال ألا وهو امكانية ادعاء شركة المشروع بعد انتهاء مدة العقد بملكية المشروع والأرض وما عليها، بحجة عدم اتفاق الطرفين على بقاء ملكية الأرض والمشروع المقام عليها لصالح الدولة، وللإجابة عن هذا الإشكال فإنه مادامت الدولة مالكة للأرض ومادامت بنود العقد لم تتضمن أي شرط أو اتفاق صريح وواضح يمنح لشركة المشروع الحق في ملكية هذا المشروع، فإن هذا المشروع المقام يكتسب صفة المال العام الذي يترتب عليه عدم جواز تملك الغير لهذه الأموال أو التصرف فيها²⁴⁴، أما إذا ادعى الشريك الخاص ملكيته للمشروع في نهاية مدة العقد فيكون في وضع المغتصب على هذه الأموال²⁴⁵، أي أنه قام بحيازته لهذه الأموال بدون سند قانوني يعطيه الحق في ذلك، وبالتالي يكون تملكه غير مشروع، كما يترتب على هذه القاعدة عدم جواز ترتيب أي حقوق عينية أو تبعية على المال العام، وبالتالي لا يصح أن يكون مشروع عقد الشراكة محملاً برهن رسمي أو رهن حيازي.

ولا يقتصر نقل الملكية على الأصول المرتبطة ببدء تنفيذ عقد الشراكة وانجاز المشروع من طرف شركة المشروع، بل يشمل أيضاً الأصول والممتلكات التي حصلت عليها شركة المشروع لاحقاً أثناء عملية

²⁴³ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص168.

²⁴⁴ تنص المادة 03 من القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، على أنه لا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية العمومية محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها، كما تنص المادة 04 من نفس القانون على أن الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز.

²⁴⁵ حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع

السابق، ص308.

تشغيل المرفق²⁴⁶، ومنها نقل التكنولوجيا المستعملة وكذا الوسائل والآلات المستحدثة والتي تم تغييرها، ونقل المرفق العام من الشريك الخاص إلى الشريك العام يكون بدون مقابل، لأن مقابل الشريك الخاص يكون قد استرده من الشريك العام عن طريق أجرة دورية يمنحها له هذا الأخير بعد مرور كل مدة زمنية معينة طول مدة العقد، تغطي كافة ما أنفقه على انجاز المشروع بالإضافة إلى حقه في الربح، كما يلتزم الشريك الخاص في هذه المرحلة بتسليم كافة المستندات والوثائق الخاصة بالمرفق العام لصالح الشريك العام، وكذا تسليم مواصفات التشغيل والمخططات فضلا عن ذلك التقارير والسجلات والمعلومات الخاصة بتشغيل وصيانة المرفق²⁴⁷، وكذا تقديم ضمانات بتدريب العمال.

وبتنفيذ هذا الالتزام فإن عقد الشراكة ينتهي تماما وتنتقل ملكية المرفق العام إلى الشريك العام خالية من أي رهون أو حقوق للغير، وهنا الدولة ممثلة في الإدارة العامة حرة في كيفية تسيير واستغلال المرفق العام بعد انتهاء مدة العقد وفقا لما تجد في ذلك مصلحة لها، فقد ترى الإدارة العامة أن من مصلحتها تشغيل وتسيير واستغلال المرفق العام بنفسها أي بعمالها وأموالها، كما قد تبرم عقد إدارة مع شخص من أشخاص القانون الخاص لتسيير وتشغيل هذا المرفق لصالحها بمقابل مالي تمنحه لها في آجال محددة، أو قد تبرم عقد امتياز مع شخص خاص يقوم بتسيير واستغلال هذا المرفق لصالحه مقابل اقساط شهرية أو نصف سنوية يدفعها للإدارة العامة، كما يمكن للإدارة العامة إبرام عقد امتياز مع الشريك الخاص الذي أبرمت معه عقد الشراكة والذي قام بانجاز المشروع، لكي يقوم بتشغيل واستغلال المرفق العام حفاظا على الاستقرار والاستمرارية في تقديم الخدمات بنفس الجودة والفعالية التي كان يقدمها الشريك الخاص، لكن في هذه الحالة الأخيرة لا يمكن اعتبار أن العقد الأول المتمثل في عقد الشراكة مازال ساري المفعول، وإنما العقد الأول انتهى وتقوم الإدارة العامة بإبرام عقد آخر وهو عقد امتياز مع نفس الشريك الخاص الذي أنجز المشروع لتشغيل هذا المرفق واستغلاله، وهنا الشريك الخاص لا تبقى تسميته بالشريك الخاص وذلك لانتهاء عقد الشراكة، وإنما تكون تحت مسمى آخر حسب طبيعة وأحكام العقد الثاني المبرم، فإذا كان عقد امتياز فيسمى بالملتزم أو بصاحب الامتياز... الخ.

²⁴⁶ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص208.

²⁴⁷ شامل هادي نجم العزاوي، المرجع السابق، ص146.

المبحث الثاني: تسوية منازعات عقود الشراكة عن طريق اللجوء إلى التحكيم

نتطرق في هذا المبحث الأخير من هذا البحث إلى دراسة كيفية تسوية منازعات عقد الشراكة، فبعد دراستنا لإجراءات إبرام العقد وكذا الآثار التي يترتبها على كلا طرفيه، فما بقي لنا سوى التطرق إلى الكيفية القانونية التي يتم بموجبها تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي العقد، لأن السؤال الذي يجب طرحه في هذا الصدد هو انه في حالة عدم اتفاق الطرفين في بعض الجوانب أو في حالة قيام أحدهما بالإخلال بالتزاماته التعاقدية، فما هو الحل؟ وهل يبقى النزاع معلق أم هناك حلول يلجأ إليها الطرفين لاختيار الأنسب منها؟

والإجابة عن هذا التساؤل هي بسيطة وواضحة وهي انه لا يمكن للنزاع أن يبقى معلقاً دون أن تكون هناك وسيلة تكفل لطرفيه إيجاد الحل المناسب، ولكن السؤال المهم الذي قد يطرحه البعض وهو فيما تتمثل هذه الوسائل والطرق التي تمكن طرفي عقد الشراكة من إيجاد حل مناسب لنوع النزاع باعتبار أن عقد الشراكة من عقود الاستثمار الدولية ؟

والإجابة عن هذا التساؤل تتمثل في أنه في حالة قيام نزاع بين طرفي عقد الشراكة الذي يكون أحدهما من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص، فإن الحل يتمثل في طريقتين أساسيين وهما إما بعرض هذا النزاع أمام القضاء الوطني للدولة المضيفة، ولكن ونظرا للطبيعة الخاصة لعقد الشراكة حيث أنه قد لا يقبل الشريك الخاص في حالة قيام نزاع بعرضه على قضاء الدولة المضيفة خوفا من انحيازه لصالح حكومته، فإن هناك حل آخر يرضي جميع الأطراف وهو ما يشترطه الشريك الخاص على الحكومة وقت إبرام العقد، ويتمثل ذلك في عرض النزاع أمام هيئة تحكيمية مستقلة تتصف بالنزاهة والحياد، وهذه الطريقة قوامها الخروج عن طرق التقاضي العادية، وهو يعتمد أساسا على قيام أطراف النزاع على القيام بأنفسهم باختيار قضاءهم، ويكون في حالة ما إذا كان النزاع المعروف يتعلق بعقد ذو طابع استثماري خاصة في الحالة التي يكون فيها المستثمر أجنبي، وهذا ما يمكن أن يحدث في عقد الشراكة الذي قد يكون الشريك الخاص الذي يعتبر المستثمر من دولة أجنبية.

وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول ماهية التحكيم، أما المطلب الثاني فسوف نقوم بدراسة شروط اللجوء إلى التحكيم، والإجراءات المتبعة في ذلك لتسوية النزاع.

المطلب الأول: ماهية التحكيم

ندرس في هذا المطلب مفهوم التحكيم كفرع أول، نتناول فيه كل من تعريف التحكيم، وطبيعته القانونية، ومبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة، أما الفرع الثاني نخصصه لدراسة بعض الأحكام الخاصة بالتحكيم من خلال تبين أنواعه وكذا القانون الواجب التطبيق لتسوية المنازعات التي تخضع للتحكيم وكذا مزايا وعيوب التحكيم.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم

نعالج أولا في إطار هذا العنوان كل من تعريف التحكيم متطرقين إلى التعريف اللغوي وكذا التعريف الاصطلاحي الذي ينقسم إلى تعريف فقهي وتعريف تشريعي وتعريف قضائي، أما ثانيا فسوف ندرس الطبيعة القانونية للتحكيم وأخيرا مبررات اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات عقود الشراكة.

أولاً: تعريف التحكيم

أ - التعريف اللغوي:

لفظ التحكيم هو إسم، جمعه تحكيمات، مصدره حَكَمَ بتشديد الكاف. وجاء في معجم المعاني أن التحكيم يعني احتكام شخصين إلى فلان أي رفعوا خصومتهم إليه ليفضي بينهم²⁴⁸.

وكما جاء في لسان العرب لابن منظور على ان التحكيم معناه التفويض في الحكم مأخوذ من كلمة حَكَمَ، ويقال أحكمه فاستحكم أي صار محكماً. وحكّموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم، أي اجازة حكمه بينهم²⁴⁹.

والمَحَكَمَ بتشديد الكاف هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشيء. وجاء في القرآن الكريم قوله عز وجل: " فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهِ أُنْفُسَهُمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا " ²⁵⁰، أي يجعلوك حكماً فيما حل بينهم من شجار.

وبصطلح على التحكيم بالفرنسية ب Arbitrage وبالإنجليزية ب Arbitration. والتحكيم هو عملية يلجأ إليها المتنازعون إلى طرف ثالث يوافقان عليه، أو هو تسوية لنزاع من طرف ثالث محايد، وهيئة التحكيم هي لجنة تقوم بالحكم في القضاء وبين الأطراف المتنازعة²⁵¹.

ب - التعريف الاصطلاحي (القانوني):

سنحاول من خلال التعريف الاصطلاحي التعرض لأهم التعريفات التشريعية والقضائية وكذا الفقهية.

1 - التعريف التشريعي:

نتطرق في هذا الجانب إلى كل من تعريف المشرع الفرنسي و تعريف المشرع المصري وكذا تعريف المشرع الجزائري، كما سنتطرق في الأخير إلى التعريف الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في هذا الصدد.

248

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85/>

²⁴⁹ لسان العرب لابن منظور، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، ص952.

²⁵⁰ الآية 65 من سورة النساء.

251

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85/>

- تعريف المشرع الفرنسي: عرف المشرع الفرنسي التحكيم في المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، على أنه اتفاق يتعهد بموجبه المتعاقدون على احالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم²⁵².

- تعريف المشرع المصري: تطرق المشرع المصري إلى تعريف التحكيم من خلال المادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994 المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، حيث جاءت كما يلي: " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية²⁵³ .

• ونجد أن كلا التعريفين المقدمين من المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري متشابهين، ومن خلال هاذين التعريفين نستنتج أن التحكيم يقوم على عنصرين أساسيين وهما اختيار هيئة تحكيمية بإرادة أطراف النزاع الحرة بهدف فض النزاع، وكذا قيام المحكم بإصدار حكم فاصل في النزاع المعروض عليه بحيث يكون هذا الحكم ملزم للطرفين.

- تعريف المشرع الجزائري: تطرق المشرع الجزائري بدوره إلى التحكيم في القسم الثاني المتعلق باتفاق التحكيم من الباب الثاني المتعلق بالتحكيم من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد عرف المشرع الجزائري التحكيم بموجب المادة 1007 من القانون السابق الذكر والتي جاءت كما يلي: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة في مفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"، وتتص المادة 1006 من نفس القانون على مايلي: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها²⁵⁴ .

ومن خلال هذا التعريف نجد ان المشرع الجزائري يتوافق مع كل من المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري في تعريف التحكيم، ويرجع تنظيم التحكيم من طرف المشرع الجزائري نظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها خاصة في الجانب الاقتصادي الذي يعرف ازدهارا كبيرا في الوقت الحاضر، مما يترتب عنه

²⁵² Article n°1442 du code de procédure française, décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n°0011 du 14 janvier 2011, page 777 , texte n° 9.

²⁵³ المادة 10 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 28 لسنة 1994، ج ر لجمهورية مصر العربية العدد 16 الصادرة في 21 أبريل 1994.

²⁵⁴ المادتين 1006 و 1007 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 28 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21 لسنة 2008 الصادرة في 23 أبريل 2008.

قيام العديد من النزاعات التي يفضل أطرافها عرضها على هيئات تحكيمية متخصصة تتصف بالحياد والنزاهة.

- تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: عرفت هذه اللجنة التحكيم في المادة 7 فقرة 1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985، بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد تنشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية.
- وقد جاءت صياغة هذه المادة كما هي مبينة بعد تعديلها سنة 2006 من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهذه الأخيرة تعتبر هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، وهي تؤدي دورا هاما في تحسين الإطار القانوني للتجارة الدولية من خلال اعداد نصوص تشريعية دولية بغية استخدامها من طرف الدول في تحديث قوانينها المتعلقة بالتجارة الدولية.

2 - التعريف القضائي:

عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية بالتقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم، وذهبت ذات المحكمة في حكم آخر باعتبار التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، فهو يكون مقصورا حتما على ما تتصرف إليه ارادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم²⁵⁵.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فعرفت التحكيم على انه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، يعين باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهة المغالاة، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية²⁵⁶.

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية التحكيم بأنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة²⁵⁷.

²⁵⁵ رمضان على عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 283.

²⁵⁶ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ 2001/01/06 في قضية رقم 65 للسنة القضائية رقم 18.

²⁵⁷ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1994/01/18 في الطعن رقم 886 للسنة القضائية رقم 30.

ومن خلال هذه التعريفات المقدمة من طرف الهيئات القضائية المصرية نستنتج على أن هناك اتفاق قضائي حول اعتبار التحكيم وسيلة لفض المنازعات، يحل فيها الحكم التحكيمي محل الحكم القضائي لتسوية النزاع المثار بين الطرفين.

3 - التعريف الفقهي:

تعددت وتتنوع التعاريف التي أعطاها فقهاء القانون للتحكيم، فيعرفه فقهاء القانون المصري ومنهم الدكتور رمضان على عبد الكريم دسوقي عامر، على أنه اتفاق أطراف النزاع على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما مستقبلاً أو نشئت بالفعل نتيجة وجود علاقة قانونية بين الأطراف، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، وذلك بعرض هذا النزاع على أشخاص يتم اختيارهم بمعرفة الأطراف يتولون العملية التحكيمية²⁵⁸، كما يعرفه البعض الآخر على أنه اتفاق أطراف العقد على فض منازعاتهم التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما على جهة خاصة بدلاً من القضاء، لتفصل بينهما في كل أو بعض منازعاتهم بمقتضى حكم تحكيمي منهي للخصومة بينهما²⁵⁹، أما البعض من الفقهاء فقد عرفه على أنه اتفاق طرفين قبل نشوء النزاع أو بعده على عرض النزاع على محكم أو محكمين من الغير للفصل في النزاع فصلاً حاسماً يكون بديلاً للقضاء²⁶⁰، ويعرفه البعض الآخر على أنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم اجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة وفقاً لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه²⁶¹، والبعض الآخر يعرفه على أنه توافق ارادتي عاقدين على حل نزاع معين أو نزاع محتمل بخصوص تنفيذ عقد معين بواسطة محكم بغير طريق السلطة القضائية الرسمية²⁶².

²⁵⁸ رمضان على عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 287.

²⁵⁹ طه محييميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 236.

²⁶⁰ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 30.

²⁶¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص 12.

²⁶² مصباح نوري المهاييني، التحكيم في العقود المدنية والإدارية، ط 01، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، سنة 2007، ص 08.

أما فقهاء القانون الفرنسي فقد عرفوا التحكيم على أنه مؤسسة خاصة للقضاء يتم بمقتضاها استبعاد المنازعات من اختصاص محاكم القانون العادية من الفصل فيها، ويوكلون مهمة الفصل فيها إلى أفراد محكمين لهم معرفة ودراية بموضوع النزاع²⁶³.

وبدورهم فقهاء القانون الجزائري أعطوا العديد من التعريفات للتحكيم، فقد عرفه الأستاذ لزهر بن سعيد على أنه نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف بإرادتهم قضائهم، ويخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب، مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم العقدية أو غير العقدية، وفقا لمبادئ وأحكام القانون والعدالة، بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع²⁶⁴، ويعرفه جانب آخر من الفقه أنه تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين -المحكم أو المحكمين- يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة²⁶⁵.

وبعد أن تطرقنا للعديد من التعريفات التي قدمتها مختلف تشريعات الدول وكذا مختلف فقهاء القانون للتحكيم، فمن وجهة نظرنا وباعتبار أن موضوع البحث يتعلق بعقد الشراكة، فارتأينا ان نعطي تعريف للتحكيم في إطار تسوية منازعات عقد الشراكة، وبالتالي فإن التحكيم يعتبر اتفاق بين طرفي عقد الشراكة المتمثلين في الشريك العام والشريك الخاص، يهدف هذا الاتفاق إلى تسوية النزاع المثار بينهما أو الذي قد يثار مستقبلا، بحيث يتم عرضه على هيئة تحكيمية يتم اختيارها من قبل طرفي النزاع بإرادتهما، تتصف هذه الهيئة بالنزاهة والحياد ويكون لها خبرة ودراية في مجالات معينة، وتعتبر هذه الهيئة التحكيمية كبديل عن الهيئات القضائية، وقد تتكون من محكم واحد أو أكثر يتولون العملية التحكيمية، وتتوج أعمالها بإصدار حكم تحكيمي ملزم للطرفين يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، بحيث أنه لا يمكن إعادة عرض نفس النزاع الذي تم عرضه على الهيئة التحكيمية من جديد على هيئة قضائية للفصل فيه في حالة عدم رضا أحد الطرفين بحكم التحكيم، لأنه سبق الفصل فيه، مع تعهد الطرفين بالالتزام بالحكم الصادر من قبل هذه الهيئة وتطبيقه.

²⁶³ Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privé, dalloz, paris, 1993, p03.

²⁶⁴ لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب س ن، ص 18.

²⁶⁵ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الادارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، ب س ن، ص

ويجب ان يدرج شرط التحكيم في عقد الشراكة إما قبل النزاع أي أثناء عملية المفاوضات وإبرام العقد، أي أن يتفق الطرفان على وضع شرط التحكيم كشرط أساسي يتم اللجوء إليه في حالة حدوث نزاع بين الشريك العام والشريك الخاص في المستقبل، كما قد يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في عقد الشراكة بعد نشوء النزاع، ويكون ذلك في حالة اغفال طرفي عقد الشراكة عن ادراج شرط اللجوء إلى التحكيم أثناء عملية ابرام العقد أي قبل نشوء النزاع. وفي حالة اتفاق الطرفين على التحكيم كطريق لتسوية نزاعهما، فقد يتفقان بعدها على مكان اجراء التحكيم واختيار المحكمين ووقت اجراء التحكيم والقانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم، كما قد يتفق الطرفان على العمل بأحكام اتفاقية دولية معينة بهدف تطبيقها على العملية التحكيمية.

ثانيا: الطبيعة القانونية للتحكيم

يعتبر التحكيم كنظام لتسوية المنازعات عن طريق الالتجاء إلى شخص أو أكثر من شخص يطلق عليهم صفة المحكمين يختارهم الخصوم، ويكون ذلك بناء على اتفاق بينهما مما يرجح أن يكون التحكيم ذو طبيعة اتفاقية أو عقدية، ولكن بعد النظر في النزاع المثار بين المتخاصمين من طرف الهيئة المحكمة، فإنها تقوم بإصدار حكم شبيه بالحكم القضائي من حيث الآثار التي يترتبها والذي يعتبر بمثابة الحل والتسوية لهذا النزاع، وهذا ما يرجح أن يكون التحكيم ذو طبيعة قضائية. وقد ثار جدال واسع بين فقهاء القانون حول طبيعة التحكيم فيما إذا كانت عقدية أو قضائية، فهناك من يرجح الرأي الأول وهناك من يرجح الرأي الثاني وهناك من يرجح أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة.

أ - التحكيم ذو طبيعة عقدية (اتفاقية):

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، أي الإرادة الحرة للأطراف المتخاصمة، وذلك عن طريق اتفاقهم على اختيار الهيئة المحكمة التي يعرض عليها النزاع المثار، بحيث يستمد المحكم فيه ولايته من ارادة الخصوم التي يجد من خلالها حكم التحكيم قوته التنفيذية²⁶⁶، وبالتالي طالما أن التحكيم يقوم على أساس ارادة الأطراف الحرة فإنه يعتبر عملية تعاقدية أي أنه عقدا رضائيا ملزم لجانبيين، وبالتالي فإن الطرفين المتخاصمين باتفاقهم على التحكيم فإنهم يتخلون عن بعض الأساليب القانونية والإجرائية الموجودة في النظام القضائي²⁶⁷، لأن ارادة الأطراف المتنازعة هي التي تحدد الاجراءات الواجب اتباعها والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما تحدد أيضا كيفية تعيين

²⁶⁶ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص19.

²⁶⁷ طه محييد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص251.

المحكم وتحديد ولايته. ويرى البعض أن هذا الاتفاق لابد أن يذكر في بنود العقد، ولا يجوز للدولة التدخل في ذلك إلا لمنع المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير العملية التحكيمية، وذلك بوضع قواعد تسد ثغرات اتفاق الأطراف، ولا تلجأ إلى ذلك إلا في حدود ما يمس بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية²⁶⁸.

ب - التحكيم ذو طبيعة قضائية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم هو بداية العملية التحكيمية وبذرة وجودها، إلا أنه لا ينبغي إهمال الغرض الأساسي الذي وجد من أجله التحكيم ألا وهو الحصول على حماية قضائية وحماية الحقوق المتنازع عليها وحسم النزاع الذي نشب بين الاطراف المتنازعة²⁶⁹، وهي الغاية التي وجد من أجلها أيضا النظام القضائي، كما يستمد أصحاب هذا الاتجاه رأيهم في طبيعة الوظيفة أو المهمة التي يقوم بها المحكم والتي هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، أي أنه يفصل في النزاع شأنه شأن القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملا قضائيا، كما أن حكم التحكيم الذي يصدره المحكم يكتسي نفس الآثار والأهمية التي يكتسبها الحكم القضائي²⁷⁰، ويتجلى ذلك من حيث القوة الإلزامية للطرفين المتخاصمين، بحيث أنه على الطرفين الالتزام بحكم التحكيم مهما كان، أو من حيث حجية الشيء المقضي فيه، حيث أنه بعد صدور حكم التحكيم فلا يستطيع أحد الطرفين المتخاصمين في حالة ما إذا لم يرضى بهذا الحكم أن يقوم بإعادة عرض النزاع على هيئة أخرى سواء كانت تحكيمية أو قضائية، وكذلك النظر في النزاع أمام المحكم يمر بنفس الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، كما تنتهي العملية التحكيمية بإصدار المحكم لحكم يتضمن نفس السمات والخصائص التي يتضمنها حكم القاضي سواء من حيث الشكل أو من حيث قابليته للطعن فيه أو من حيث قابليته للتنفيذ، كما أنه يحسم في النزاع مثلما يحسم فيه الحكم القضائي²⁷¹.

ج - التحكيم ذو طبيعة مختلطة (مركبة):

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم لا يمكن أن يخرج عن كونه يُعتبر ذو طبيعة مركبة يبرز من خلالها وجهان أحدهما تعاقدية والآخر قضائي، ولا يمكن استثناء احد الأمرين أو استبعاده، لأن التحكيم يقوم

²⁶⁸ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص291.

²⁶⁹ زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص21.

²⁷⁰ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص291.

²⁷¹ زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص21-22.

على أساس تراضي ارادة الأطراف المتنازعة عن طريق اتفاقهم على اختيار محكم أو عدة محكمين للفصل في النزاع المثار بينهما، كما انه لا يمكن أن ننكر أن التحكيم يمتاز بالصفة القضائية من حيث الإجراءات المتبعة فيه وكذا عمل المحكم الذي يفصل في النزاع عن طريق لجوئه إلى استعمال القوانين الوضعية، وهو نفس العمل الذي يقوم به القاضي حين يُعرض عليه النزاع للفصل فيه، وما يمكن استنتاجه هو أن هذه النظرية تسعى إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين لتجعل التحكيم يحتل موقعا وسطا بينهما. ويتوافق رأينا الخاص مع هذا الرأي وذلك لكون أن التحكيم تُتبع فيه نفس الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية وكذلك كونه لا يمكن تجاهل ضرورة اتفاق الأطراف المتنازعة على عرض نزاعهما على هيئة محكمة، لأنه في حالة رفض أحدهما فلا يمكن أن يتم ذلك، وعلى هذا الأساس فإنه كما قال الأستاذ لزهري بن سعيد فإن أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم.

ثالثا: أنواع التحكيم

لا يتخذ نظام التحكيم صورة واحدة في حالة اتفاق طرفي النزاع المتخاصمين على اللجوء إليه لتسوية هذا النزاع، بل يتعدد ويتنوع وفقا للزاوية التي يُنظر من خلالها إليه، وبالتالي فينقسم التحكيم من حيث الزاميته إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث نطاقه إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي، ومن حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، ومن حيث الأساس الذي يستند إليه المحكمون إلى تحكيم بالصلح وتحكيم بالقانون، وسنقوم بدراسة كل نوع على حدة.

أ - من حيث الزاميته:

ينقسم التحكيم من حيث مدى الزاميته لطرفي النزاع إلى تحكيم اختياري وتحكيم اجباري:

1 - التحكيم الإختياري:

يعتبر التحكيم الإختياري هو الأصل في الفصل في المنازعات التي قد تنثور بين طرفي عقد الشراكة، ولا يكون اجباريا إلا في بعض الحالات الاستثنائية المحددة بموجب نص قانوني، ويعتبر التحكيم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بإرادة الأطراف واختيارهم²⁷²، وذلك لأن عقد الشراكة يعتبر من عقود الاستثمار الدولية خاصة في حالة ما إذا كان الشريك الخاص أجنبي، وبالتالي فغالبا ما يشترط هذا الأخير في حالة قيام نزاع ما أن يعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية تكون في غالب الأحيان أجنبية، لأن الشريك الخاص لا يفضل أن يعرض النزاع على قضاء الدولة المضيفة خوفا من انحيازها لحكومتها المتمثل في الشريك العام في عقد الشراكة، ولا يعرض هذا النزاع على محكمين إلا بتراضي طرفيه على ذلك، أي أن

²⁷² لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص26.

اختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية نزاعهم أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر إلى القضاء أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية نزاعهم²⁷³، أو أن التحكيم الاختياري يوجد كلما كان للأطراف حرية اللجوء-بصدد نزاع معين- إما إلى القضاء أو إلى التحكيم، إلا أنهم اختاروا اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة²⁷⁴.

ويعتمد التحكيم الاختياري الذي يعتبر الأصل في تسوية منازعات عقود الشراكة كما رأينا سابقا على دعامتين أساسيتين هما: الإرادة الذاتية للأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة²⁷⁵، فالإرادة الذاتية للأطراف تقوم باتفاق الطرفين المتخاصمين على عرض النزاع على محكمين و رضاهما على ذلك، أما إقرار المشرع لهذه الإرادة فيجب أن يكون بنص قانوني، وفي التشريع الجزائري فقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى التي جاءت كما يلي : "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، وبالتالي فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري لا يلزم أطراف النزاع بعرض النزاع إلى التحكيم وإنما يكون ذلك بصفة اختيارية ويظهر ذلك جليا في كلمة "يمكن" التي استعملها المشرع الجزائري والتي تدل على الصفة الاختيارية أو الطابع الاختياري، أما في الحالة العكسية فإن المشرع قد يستعمل كلمات أخرى تدل على الصفة الإلزامية مثل يلزم أو يجب ... الخ، ولكن هناك أمر ما يجب توضيحه عن اختيارية التحكيم الذي يعتبر الأصل وهو أنه يمكن لأي شخص يعمل في مجال القانون الخاص في حالة قيام نزاع ما في علاقته القانونية أن يطلب التحكيم بصفة اختيارية بدون شروط أو قيود، أما الأشخاص المعنوية العامة أي الدولة فلا يمكن لها طلب التحكيم إلا في حالة ما اذا ثار نزاع تكون هي أحد طرفيه، بشرط أن يتعلق بعلاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية فقط، وهذا استثناء وضعه المشرع الجزائري عن الأصل بصراحة وعلى سبيل الحصر في الفقرة الثالثة من المادة 1006 التي جاءت كما يلي: "ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية".

ويأخذ التحكيم الاختياري إحدى الصورتين التاليتين، الأولى اما أن يتفق عليه أطراف العقد قبل نشوء النزاع، أي أن يتفقا عليه عند ابرام العقد، على أنه في حالة قيام نزاع ما في مرحلة تنفيذ العقد فإنه

²⁷³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص28.

²⁷⁴ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص294.

²⁷⁵ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص51.

يعرض على هيئة محكمة، وتسمى هذه الصورة بشرط التحكيم، أي أن يشترطه طرفي العقد أو أحدهما عند مرحلة إبرام العقد، أما الصورة الثانية فتتمثل في الاتفاق عليه بعد نشوء النزاع، أي أن طرفي العقد لم يتفقا عليه في مرحلة ما قبل نشوء النزاع سواء في مرحلة إبرام العقد أو بعدها، وتسمى هذه الصورة بمشاركة التحكيم²⁷⁶، وهذا ما بينه المشرع الجزائري في نص المادتين 1007 و 1011 المتعلقتين بشرط التحكيم ومشاركة التحكيم على التوالي من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 1007 المتعلقة بشرط التحكيم على مايلي: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"، وتنص المادة 1011 المتعلقة بمشاركة التحكيم على مايلي: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". والملاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 1011 لم يستعمل مصطلح مشاركة التحكيم رغم أنه يقصده.

2 - التحكيم الإجباري:

يكون التحكيم إجباريا في حالة ما إذا فرضه المشرع صراحة في نص قانوني، وهذا يعتبر الاستثناء عن الأصل الذي يكون فيه التحكيم اختياريا، ويكون في حالة قيام نزاعات معينة ومحددة فقط وذلك نظرا لطبيعتها الخاصة، وهنا لا تكون لإرادة الأطراف أي دور في مدى اللجوء إلى التحكيم من عدمه، لأنه في هذه الحالة تتدخل ارادة المشرع على ارادة الأطراف بإلزامهم باللجوء إلى التحكيم، وقد يكفي المشرع بفرض التحكيم على الأطراف المتنازعة دون تحديد كليات ذلك من اختيار المحكم وكذا اجراءات التحكيم التي يتركها لحرية الخصوم، كما انه قد لا يكفي بذلك ويتدخل ليفرض على الأطراف المتخاصمة كيفية اختيار المحكم والإجراءات المتبعة أمامه²⁷⁷. وتوضع للتحكيم الإجباري قواعد ونصوص قانونية تنظم أحكامه، ومن امثلة هذا النوع من التحكيم، اخضاع المشرع الجزائري سنة 1971 بموجب القرار رقم 71-80 الصادر في 1971/12/29، للمنازعات التي تثور ما بين الشركات الوطنية إلى التحكيم الإجباري²⁷⁸.

ب - من حيث نطاقه:

ينقسم التحكيم من حيث نطاقه إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي:

²⁷⁶ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص51.

²⁷⁷ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 29.

²⁷⁸ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص53.

1 - التحكيم الوطني (الداخلي) :

يقصد بالتحكيم الوطني هو التحكيم الذي يحدث داخل الدولة المضيفة، من هيئة تحكيمية تُختار من داخل الدولة وكذا اتباع الاجراءات المعمول بها في الدولة المضيفة وكذا الاستناد إلى قوانينها لتطبيقها على حكم التحكيم، كما أن حكم التحكيم لا ينفذ خارج الدولة²⁷⁹، ويكون التحكيم وطنيا حتى ولو كان الطرف الثاني في العقد مثل الشريك الخاص في عقد الشراكة أجنبي، لأن المعيار المتبع هنا هو مكان اجراء التحكيم، بحيث يكون التحكيم وطنيا اذا تم اجراؤه داخل الدولة، ويكون دوليا اذا تم اجراؤه خارج الدولة، كما قد يكون التحكيم داخلي ووطني اذا تعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعا وأطرافا وسببا²⁸⁰.

2 - التحكيم الدولي (الأجنبي) :

أما التحكيم الدولي، فهو الذي يتم اجراؤه خارج الدولة المضيفة التي يراد تنفيذ الحكم التحكيمي فيها، وهو المتعلق بالمنازعات التي تنثور بين طرفي العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي خاصة في المنازعات التجارية والمالية ذات الطابع الدولي، أي المشتملة على عنصر أجنبي، وهو يخضع في العديد من الأحيان بخصوص اختيار المحكمين وإجراءات سير العملية التحكيمية وكذا القانون الواجب التطبيق، إما إلى اتفاقيات دولية توضح ذلك، ومثالها الاتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة بجنيف سنة 1961، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالقانون التجاري الدولي لسنة 1975 التي صدر في شأنها من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي²⁸¹، أو إلى ارادة الأطراف المتنازعة، أي أن تقوم الأطراف المتنازعة باتفاقهما باختيار الهيئة التحكيمية شرط أن تكون من خارج الدولة المضيفة، وأن يختاروا القانون الواجب التطبيق على النزاع وعلى الاجراءات²⁸².

²⁷⁹ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص298.

²⁸⁰ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص28.

²⁸¹ تنص المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في فقرتها الأولى على أنه يطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة أي اتفاق نافذ مبرم بين هذه الدولة وأية دولة أو دول أخرى، وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه يكون التحكيم دوليا في الحالات التالية:

- اذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين، أو،

- اذا كان مكان التحكيم واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين.

- اذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

²⁸² لزه بن سعيد، المرجع السابق ، ص29.

كما يمكن أن يكون التحكيم دوليا في حالة ما إذا كانت هناك نصوص قانونية في الدولة المضيفة تبين ذلك، ومثاله في التشريع الجزائري في المادة 1039 التي تنص على مايلي: " يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". ، وقد حدد المشرع الجزائري صراحة متى يكون التحكيم دوليا، وهو أن يكون متعلقا بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وما يمكن تفسيره هو أن يكون الطرف الثاني ومثاله في عقد الشراكة الشريك الخاص، أجنبي يمثل مصالح بلده، أما الطرف الأول فيتمثل في الشريك العام الذي يكون من أحد أشخاص القانون العام الذي يمثل الدولة المضيفة، كما أنه يكون التحكيم دوليا كلما ارتبط موضوعه بالتجارة الدولية التي تخضع نزاعاتها إلى التحكيم التجاري الدولي، وغالبا ما يخضع هذا التحكيم في عملية اختيار المحكمين وكذا في اجراءاته واختيار القانون الذي يطبق عليه، إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1975 والمعدل سنة 2006.

ج- من حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع:

ينقسم التحكيم من حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي.

1 - التحكيم الحر:

التحكيم الحر هو تحكيم خاص، وهو الذي يعطي للخصوم حرية اختيار من يشاءون من محكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها وكذلك القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم²⁸³، أو هو التحكيم الذي يجري وفق مشيئة الخصوم²⁸⁴، وسمي بالتحكيم الحر ذلك ان أطراف النزاع أحرار ولا يتقيدون بنظام معين من التحكيم ولا يلجئون إلى اختيار هيئة تحكيمية دائمة، وإنما يلجئون إلى اختيارها بمعرفتهم مع اختيار الإجراءات والقواعد الواجب تطبيقها لفض النزاع، أي أن الأطراف المتنازعة تقوم باللجوء إلى هيئة تحكيمية مستقلة عن أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة، ومن مميزاته أنه قليل التكاليف ويحقق سرعة أكبر كما أنه يحقق السرية التامة، وغالبا ما يفضل أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم الحر لأنه يخلو من التحيز أو الارتباط بدولة المقر، ولأنه يراعي مصالح الأطراف معا ويتجلى ذلك من خلال اختيار كل طرف محكما، ويتولى المحكمان اختيار المحكم المرجح²⁸⁵.

2 - التحكيم المؤسسي:

²⁸³ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص295.

²⁸⁴ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص56.

²⁸⁵ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص296.

ويسمى بالتحكيم النظامي، أي التحكيم الذي يستند إلى نظام معين²⁸⁶، وهو التحكيم الذي يجرى عن طريق اللجوء إلى هيئة أو مؤسسة أو منظمة دولية أو وطنية دائمة مختصة بالتحكيم، ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً قد تكون بموجب اتفاقيات دولية أو القرارات المنشئة لها، ومن أمثلة عن مراكز التحكيم، فمنها ما هو دولي كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن (ICSID) الذي تم إنشاؤه بموجب الاتفاقية الدولية المتعلقة بتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965 والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1995²⁸⁷، و المحكمة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية المتواجد مقرها بباريس، ومنها ما هو اقليمي كـمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، ومنها ما هو وطني كالمركز الجزائري للتحكيم والوساطة. ومن مميزات هذا النوع من التحكيم أنه يبعث الثقة والاحترام والهيبة في نفوس المحكّمين، وكذا تميزه بالتنظيم عن طريق وجود لوائح ونظم داخلية ونظام قانوني ينظم العملية التحكيمية وكذا أجهزة ادارية متخصصة ومدربة للقيام بعملية التحكيم، وقد أصبح التحكيم المؤسسي في الوقت الراهن هو القاعدة في مجال التجارة الدولية ومنازعات الاستثمار عامةً، إلا أن من أبرز سلبياته تكلفته الباهضة مقارنة بالتحكيم الحر، وكذا تطبيق القواعد والإجراءات المحددة في المركز دون أن يكون للأطراف المتنازعة دور في اختيارها.

د - من حيث الأساس الذي يستند إليه المحكمون:

ينقسم التحكيم من حيث الأساس الذي يستند إليه المحكمون إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح.

1 - التحكيم بالقانون:

التحكيم بالقانون هو النوع الذي يتقيد فيه المحكم الذي تم اختياره من طرف المتخاصمين بأحكام قانون معين، يتم اختياره من قبل الأطراف المتخاصمين، أو من قبل الهيئة التحكيمية التي تم اختيارها، بحيث أن هذا القانون يحدد الإجراءات الواجب اتباعها بالإضافة إلى الأحكام الموضوعية المتعلقة بموضوع النزاع، ويلزم المحكم بالتقيد بالقواعد والأحكام التي ينص عليها هذا القانون وإخضاع كل مراحل التحكم لقانون واحد²⁸⁸.

²⁸⁶ لـزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 32.

²⁸⁷ صادقت الحكومة الجزائرية على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى سنة 1995، ويتجلى ذلك في المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر رقم 66 لسنة 1995، والذي ينص في مادته الأولى على مايلي: " يصادق على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وتنتشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية."

²⁸⁸ لـزهر بين سعيد، المرجع السابق، ص 29.

2 - التحكيم بالصلح:

التحكيم بالصلح هو الذي لا يلتزم المحكم بموجبه بالتقيد بأحكام قانون معين عكس التحكيم بالقانون، إلا فيما يتعلق بالنظام العام²⁸⁹، وذلك أنه يعطي للمحكم حرية أكبر في الفصل في موضوع النزاع المعروض عليه، ويكون ذلك عن طريق التقيد بالمبادئ الأساسية للتقاضي ووفقا لما يراه محققا للعدالة وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين، والتحكيم بالصلح يعتبر الاستثناء أما التحكم بالقانون أو كما يفضل بعض الفقه تسميته بالتحكيم بالقضاء، فيعتبر الأصل.

الفرع الثاني: التحكيم وعقود الشراكة

نخصص هذا الفرع لتبيين مدى قابلية اللجوء إلى التحكيم في حالة قيام نزاع بين الشريكين في عقد الشراكة، ويكون ذلك من خلال دراسة المبررات والأسباب التي تؤدي بالشريكين إلى اللجوء إلى التحكيم أولا، ثم ندرس مزايا ومساوئ اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة ثانيا.

أولا: مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقد الشراكة

إن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد، هو هل يعتبر التحكيم كأفضل وأحسن طريق لفض

المنازعات الناشئة بين طرفي عقد الشراكة ؟

وللإجابة عن هذا تساؤل، فيرى الفقه²⁹⁰ على أنه على الرغم من أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فيما يتعلق بالسلطتين القضائية والتنفيذية، حيث أن لجوء الإدارة العامة إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية يعتبر تحييدا للسلطة القضائية المختصة أصلا بالفصل في المنازعات كافة، ومنها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة وعقود الشراكة بصفة خاصة، إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد الشراكة باعتباره من عقود التجارة الدولية وكذا من عقود الاستثمار الدولية خاصة عندما يكون الشريك الخاص من جنسية أجنبية، فإن التحكيم يعتبر الوسيلة الأفضل والطريق الأحسن لفض المنازعات الناشئة عنه، ويرجع ذلك لعدة مبررات، وسنقوم بتبيين البعض منها كالآتي:

أ - خوف الشريك الخاص الأجنبي من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المضيفة:

بحيث تعتبر الدولة في حالة تعاقدتها وفقا لأي نمط، فإنها تعتبر طرف غير عادي من حيث المزايا خاصة السيادية التي تتمتع بها²⁹¹، بحيث يمكن لها أن تُخل بحياد القضاء خاصة إذا كان نظام الفصل

²⁸⁹ قمر عبدالوهاب، المرجع السابق، ص59.

²⁹⁰ أحمد سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص25.

²⁹¹ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص211.

بين السلطات غير مطبق بالشكل اللازم فيها، أو غياب الشفافية والنزاهة لدى القضاء الوطني، أو حتى ولو كان قضاء الدولة يتصف بالحياد والنزاهة فإنه في نظر الشريك الخاص الأجنبي يعتبر قضاء غير محايد، خاصة عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بالمصالح الاقتصادية لبلده، وبالتالي في حالة اعتياد الدولة ممثلة في الإدارة العامة باللجوء إلى القضاء لتسوية نزاعاتها التي قد تثور بمناسبة تعاقدها خاصة في إطار الصفقات العمومية، فإن عقد الشراكة يمتاز بميزة أساسية وهي توفره في العديد من الحالات على العنصر الأجنبي، فالتحكيم وإن كان يعتبر في نظر الشريك العام كطريق اختياري ثانوي، فإنه بالنسبة للشريك الخاص يعتبر كشرط أساسي للتعاقد²⁹²، وعليه فإن الشريك الخاص عند تفاوضه مع الدولة فإنه في غالب الأحيان ما يضع شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع قد يثور في المستقبل بين الطرفين كبند أساسي في البنود التي يتضمنها العقد، ويستبعد اللجوء إلى قضاء الدولة المضيضة خوفا من ميله لصالح دولته، وبالتالي تخوفه من أن تكون الإدارة العامة خصما وحكما في آن واحد، وأيضا خوفا من طول إجراءات التقاضي التي قد تؤدي إلى الإضرار بمصالحه.

ب - بساطة إجراءات التحكيم:

تكمن بساطة إجراءات التحكيم في كون أنها تحدد من قبل الأطراف المتنازعة بهدف ربح الوقت، ويكون ذلك عن طريق اختصار للإجراءات المعروفة أمام الجهات القضائية التي تمتاز بطول مدتها وطول آجال الفصل في النزاع إلى الحد الذي يضر بمصالح الشريك الخاص هذا من جهة، ومن جهة أخرى اختصار لدرجات التقاضي، حيث تصدر هيئة التحكيم حكم بات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة اصدار حكم التحكيم²⁹³.

ج - حفاظ التحكيم على العلاقة بين الطرفين:

يعتبر التحكيم طريقا لتسوية النزاع عن طريق التفاهم بين الطرفين وليس طريقا نزاعيا فضا وعنيفا مثل القضاء الوطني، وبعد تسوية النزاع غالبا ما تستمر العلاقة بين الطرفين المتخاصمين، أما القضاء الوطني غالبا ما ينهي العلاقة بين الطرفين وعدم استمرارهما في التعاون مع بعضهما، ذلك لأن كل منهما يسعى إلى استعمال أساليب الكيد للطرف الآخر حتى يضمن صدور الحكم لصالحه، كما أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكبر من الحرية التي يتمتع بها القاضي في المحكمة، فالتحكيم يتيح للشريكين فرصة واسعة لتقديم وشرح وجهات نظرهم ومناقشتها مع المحكم ومع الطرف الآخر، كما أن للمحكم

²⁹² أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص28.

²⁹³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص21.

الوقت الكافي للنظر في النزاع عكس القاضي الذي لا يملك الوقت الكافي للاستماع إلى جميع وجهات نظر الأطراف وحججهم، ذلك بسبب كثرة القضايا المعروضة أمامه²⁹⁴.

د- التحكيم يعتبر كضمانة للتشجيع على الاستثمار:

يعتبر عقد الشراكة من عقود الاستثمار، وبالتالي فإن الشريك الخاص يسعى إلى استثمار أمواله في الدولة من خلال بحثه عن الضمانات التي تعطيه أكبر قدر من الأمان والاطمئنان، ومن بين هذه الضمانات هي التحكيم، وبالتالي فإن الشريك الخاص يشترط على الدولة المضيفة أنه في حالة قيام نزاع في المستقبل فإنه يعرض على هيئة تحكيمية، كما أن الدولة المضيفة تهدف إلى جلب الرؤوس الأموال الأجنبية عن طريق التشجيع على الاستثمار سواء كان مباشر أو غير مباشر عن طريق تقديمها للعديد من الضمانات، والتي تعد من بينها ضمانة اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات التي تحدث في إطار عملية الاستثمار، أما في حالة غياب هذه الضمانة فقد تؤدي إلى عدم تحمس المستثمرين إلى الاستثمار في الدولة نظرا لعدم قناعتهم بمختلف الضمانات الممنوحة في غياب ضمانة اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع، وبالتالي فما على الدول خاصة الدول النامية سوى القبول بالتحكيم كضمانة للمستثمرين خاصة الذين يحملون جنسية أجنبية، حتى تشجع على جلب الرؤوس الأموال الأجنبية التي هي في حاجة إليها، وقد تبنى المشرع الفرنسي هذه السياسة التي تعتبر كضمان لتشجيع الاستثمار ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 11 من الأمر رقم 559-2004 المتعلق بعقود الشراكة الفرنسي في فقرتها 13 التي جاءت كما يلي: "

« L) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française. » أي أنه من طرق تسوية المنازعات عند الاقتضاء، اللجوء

إلى التحكيم بتطبيق القانون الفرنسي، وهنا نرى أن المشرع الفرنسي اشترط في حالة اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة أن يطبق القانون الفرنسي، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري الذي نص في المادة 35 من القانون رقم 67 لسنة 2010 المتعلق بقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، والتي جاء في فقرتها الثانية ما يلي: " يجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقا لما يتفق عليه في العقد" ومن خلال هذه المادة نجد

²⁹⁴ رمضان علب عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص479.

المشرع المصري تبنى نفس الفكرة التي تبناها المشرع الفرنسي لكن دون أن يشترط على أطراف النزاع تطبيق القانون المصري مثلما اشترط المشرع الفرنسي، إلا أنه اشترط لكي يعرض النزاع على الهيئات التحكيمية، فلا بد أن توافق على ذلك اللجنة العليا لشؤون المشاركة. أما في الجزائر فلا يوجد قانون معين ينظم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، فبالتالي لا يمكننا ان نعطي رأي المشرع الجزائري في ذلك، إلا أنه وباعتبار عقد الشراكة من عقود الاستثمار فيمكن ان نستند إلى ما جاء به المشرع الجزائري في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، ويظهر ذلك جليا في المادة 24 منه التي تنص على أنه في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

ثانيا: مزايا ومساوئ التحكيم في عقد الشراكة

يعتبر التحكيم وسيلة أساسية ومهمة لفض النزاعات التي قد تحدث بين طرفي عقد الشراكة، خاصة بالنسبة إلى الشريك الخاص الذي قد يشترط على الشريك العام في حالة حدوث نزاع بعرضه على هيئة محكمة، وذلك نظرا للأهمية البالغة للتحكيم كونه يتضمن على العديد من المزايا، فهو يمتاز بالسرعة في الفصل في النزاع وأيضا بسرية إجراءاته كما انه يحقق العدالة بين الطرفين ويسعى إلى الفصل في النزاع والحسم بصفة غير علانية، كما يمتاز المحكمون بالكفاءة والإختصاص، ولكن بالرغم من هذه الإيجابيات التي يتمتع بها التحكيم، فقد تعرض إلى الكثير من النقد، وذلك بسبب ارتفاع تكاليفه، كما ان التحكيم تستعمله الدول المصنعة لتحقيق أغراضها، وافتقار قرارات التحكيم إلى القوة الإلزامية في بعض الاحيان، وكل ذلك سوف نقوم بدراسته من خلال مزايا ومساوئ التحكيم في عقود الشراكة.

أ - مزايا ومحاسن التحكيم في عقود الشراكة:

نتطرق من خلال المزايا إلى عدة اعتبارات وهي أن التحكيم يتسم بالسرعة في إجراءاته، وكذا الحسم في النزاع بطرق سرية، كما انه يحقق العدالة، ويمتاز أيضا بكفاءة المحكمين.

1 - تحقيق السرعة في الفصل في النزاع:

إن سبب عدم لجوء أطراف عقد الشراكة إلى القضاء الوطني في حالة قيام نزاع بينهما هو طول إجراءات التقاضي، عكس التحكيم الذي يمتاز بسرعة إجراءاته، بحيث يمتاز التحكيم من خلال إجراءاته المتمثلة في سماع الأطراف وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على موضوع النزاع وصولا إلى اصدار حكم التحكيم، بمدته القصيرة التي تعتبر أقصر بكثير من تلك المتعلقة بالقضاء الوطني، بحيث تمتد

العملية التحكيمية التي تختتم بصدور الحكم النهائي فيها من 03 أشهر إلى 06 أشهر، وقد حددها المشرع الجزائري بـ 4 أشهر، وجاء ذلك في نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ اخطار محكمة التحكيم"، ومع العلم ان المنازعة أمام الهيئة التحكيمية لا توقف عملية تنفيذ العقد، أما في حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني فإنه في غالب القضايا المتعلقة بمجال الاستثمار قد يؤدي إلى طول مدة الفصل فيها، وفي انتظار صدور حكم القضاء يبقى تنفيذ العقد مجمدا مما يؤدي إلى تجميد الاستثمارات وحركة رؤوس الأموال²⁹⁵، ويعتبر عقد الشراكة من عقود التجارة الدولية التي لا يقبل الطرف الذي يسعى إلى استثمار رأس ماله على عرض نزاعه مع الدولة المضيفة على قضائها، كما ان متطلبات التجارة الدولية تقتضي السرعة، وبالتالي فإن النزاع الذي يثار في العقد التجاري الدولي ومنه عقد الشراكة فإنه يتطلب الاستعجال أي السرعة في الفصل في نزاعه، لأنه في حالة عرضه على القضاء الوطني فإنه قد يمتد الفصل فيه إلى مدة زمنية طويلة قد تضر بمصلحة الطرفين خاصة الشريك الخاص الذي قد يكون صاحب حق ثابت وبالتالي تصبح الإجراءات أمام المحكمة عقبة حقيقية تحول بينه وبينه اقتضاء حقه²⁹⁶، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مدة عقد الشراكة هي مدة طويلة قد تتراوح ما بين 15 إلى 30 سنة، وبالتالي لا يمكن عرض النزاع على القضاء الوطني نظرا لطول اجراءاته التي قد تزيد في مدة العقد زيادة تضر بمصلحة الدولة بنسبة كبيرة، كما انه يمكن أن تؤدي طول مدة الفصل في النزاع من قبل القضاء الوطني إلى تغير في الظروف الاقتصادية والسياسية وفي هذه الحالة قد يطلب الشريك الخاص تعويضا من الدولة على ما فاته من ربح الذي كان سيحققه لولا لم يتم عرض النزاع على القضاء الوطني، وهذا ما يميز عقد الشراكة الذي يتطلب اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاته عن العقود الإدارية الأخرى أهمها الصفقات العمومية التي يمكن في حالة قيام نزاع في إطارها بين المتعاقد مع الإدارة والإدارة نفسها من اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة وتحديدًا إلى القضاء الإداري، وذلك لا يشكل أي عائق أمام الطرفين كون ان الإدارة العامة أبرمت العقد مع المتعاقد معها في اطار قوانينها وشروطها التي تفرضها عليه والتي لا يمكن ان تفرضها على الشريك الخاص في عقد الشراكة، ومن

²⁹⁵ براغثة آمنة - العقون نريمان، تسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لواشنطن، مذكرة تخرج لنيل شهادة

ماستر، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2013/2014.

²⁹⁶ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص50.

خلال ذلك كله فإن الشريك الخاص خاصة الأجنبي فإنه يضع في حسبانته كل ذلك ويشترط على الدولة المضيفة منذ البداية اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع في المستقبل وذلك حتى يُفصل فيه في أسرع وقت ممكن.

2 - التحكيم يفصل في النزاع بطريقة سرية ويحقق العدالة:

يعتبر مبدأ العلانية في الفصل في النزاعات والقضايا من المبادئ العامة التي يقوم عليها أي نظام قضائي في العالم، وهي تعني الفصل في القضايا في جلسة علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص، لكن في التحكيم فإن النظر في النزاعات التي يعرضها الخصوم على هيئة تحكيمية فإنها تتم بطريقة سرية، بحيث يحرص أطراف النزاع في عقد الشراكة على سرية الإجراءات وسرية سير العملية التحكيمية حتى يتم الحفاظ على سرية ما تتضمنه هذه العقود من شروط ومن عمليات تم الاتفاق عليها، بحيث يؤدي الكشف عنها فقدانها لقيمتها الاقتصادية، لأن المستثمر يفضل خسارة دعواه على الكشف عن أسرارته التجارية أو الصناعية خاصة فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا والتي تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله²⁹⁷، فجلسات التحكيم تجرى سرا بحضور الأطراف فقط، ونتائجها لا تعلن للجمهور ولا تنشر بواسطة وسائل الإعلام المختلفة، كما ان أسرار طرفي النزاع لا يعلم بها سوى هيئة التحكيم المختارة²⁹⁸. وهكذا فتعتبر أسرار التجارة العالمية ذات أهمية بالغة لأن إفشاء السر قد يكون له أثر سلبي على الشخص مُقدم المعلومة وكذا على طرفي النزاع، كما انه لا يمكن الإفشاء عن أسرار العملية التحكيمية إلا بترخيص من صاحب هذه المعلومة السرية²⁹⁹، ومثاله انه لا يمكن الترخيص لمحامي أحد الأطراف بتزويد الإعلام عن نتائج العملية التحكيمية إلا بموافقة الأطراف كليهما.

كما أن التحكيم يحقق العدالة وذلك بما يوفره من ضمانات، عكس القضاء الوطني الذي قد لا يحقق القدر الكافي من العدالة لصالح الأطراف، والذي قد يضر بمصلحة أحد الأطراف دون الآخر عن طريق تحقيق مصلحة ما لطرف على حساب الآخر والذي غالبا ما يكون الشريك العام المتمثل في الدولة، فالتحكيم يعطي للأطراف حرية اختيار المحكم الذي يتقون فيه والذي يكون متحررا من أي نصوص قانونية والذي يستطيع أن يقود العملية التحكيمية إلى الحل الأوسط وبطريقة عادلة، كما يمكن للمحكم أن

²⁹⁷ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص481.

²⁹⁸ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص41.

²⁹⁹ عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص60.

يقود طرفي النزاع إلى التصالح الذي يمكن ان يتحقق بموجبه مصلحة كلا الطرفين، وبالتالي يخرج كلاهما من العملية التحكيمية بدون خسارة.

3 - كفاءة المحكمين:

يعتبر المحكم خبيراً في مجال اختصاصه، وفي حالة قيام نزاع بين طرفي عقد الشراكة في مجال ما، فإنهما يقومان بعرض هذا النزاع على محكم خبير مختص في موضوع النزاع المعروف امامه، بحيث يتيح نظام التحكيم للطرفين المتنازعين اختيار من يشاءون من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت، كما ان تعدد المحكمين يتيح الفرصة لوجود اكثر من خبير في الهيئة التحكيمية الأمر الذي يؤدي إلى الفصل في النزاع على نحو أفضل³⁰⁰، كما انه لا يشترط في المحكم أن يكون رجل قانون فقط، وإنما ان يكون متمتعاً بالإضافة إلى المجال القانوني بالكفاءة والدراية بالأمر التجاري والاقتصادية على حسب اختصاصه، والأهم من ذلك ان تكون له مؤهلات تمكنه من فهم طبيعة النزاع المعروض أمامه.

ب - مساوئ ومعوقات التحكيم:

رغم العديد من المزايا التي يتمتع بها التحكيم إلا ان البعض انتقده كثيراً نظراً لتضمنه على العديد من المساوئ أيضاً، ومن بينها ارتفاع نفقات التحكيم وعدم موضوعية ودقة المحكمين في بعض الحالات، وكذا استغلال الدول الصناعية للتحكيم لتحقيق أغراضها، وأيضاً انتقاد قرارات التحكيم إلى القوة الإلزامية.

1 - ارتفاع نفقات التحكيم:

ان أتعاب المحكمين عند لجوئهم إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم تقدر بتكلفة باهضة ومرتفعة مقارنة بأتعاب المتقاضين في القضاء التي تعتبر زهيدة ورمزية في بعض الأحيان مقارنة بحجم القضايا المرفوعة امام القضاء، وخاصة اذا تم اجراء التحكيم خارج الدولة مما يجبر المحكمين تحمل أعباء وتكاليف السفر إلى الخارج، وفي غالب الأحيان ما يطالب المحكمين الذين تم اختيارهم من طرف الخصوم بأجور مرتفعة مقابل اجراء العملية التحكيمية، خاصة اذا تم اللجوء إلى مراكز التحكيم الدائمة والمعتمدة، وهذا الأمر قد يؤدي إلى تخوف وتهرب المتنازعين من اللجوء إلى التحكيم.

2 - عدم موضوعية وكفاءة المحكمين في بعض الحالات:

إن الهدف الأساسي من لجوء المتخاصمين إلى التحكيم بصفة عامة هو كون الهيئة التحكيمية تتصف بالحياد والنزاهة والموضوعية، ولكن في بعض الأحيان قد يتم الضغط على المحكمين للحكم لصالح جهة

³⁰⁰ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص38.

معينة كالضغط التي تمارسه الشركات الدولية الكبرى للحكم لصالحها، أو ميل المحكمين إلى طرف معين كالشريك العام مثلا نظرا لكون أحد أو معظم المحكمين ينتمون إلى جنسية الشريك العام، وهذا امر سلبي قد يؤدي إلى المساس بنزاهة الهيئة التحكيمية المعروض أمامها النزاع والنظام التحكيمي بصفة عامة مما قد يؤدي إلى تخوف الأطراف المتنازعة من اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض نزاعهما، والحل في ذلك يكمن في اختيار مراكز التحكيم لمحكمين يتسمون بالحياد والنزاهة والموضوعية وإلا افتقد التحكيم لقيمه. كما أنه في بعض الحالات قد يتم اللجوء إلى محكمين غير أكفاء، ولا يتمتعون بخبرة معينة في مجال التحكيم، فمثلا المحكم لا يشترط فيه ان يكون رجل قانون وإنما قد يكون من رجال الأعمال أو رجال الاقتصاد أو متخصص في مجال معين، إلا أن هذا الأمر بغياب الدراية والمعرفة لأحكام القانون قد يؤدي إلى عدم تمكنه من الوصول إلى تحقيق العدالة المطلوبة³⁰¹، فإن المحكم بالإضافة إلى تخصصه في مجال معين من مجالات الأعمال فإنه يجب عليه أن يتمتع أيضا بالكفاءة القانونية حتى تكون عملية التحكيم عادلة ومتضمنة لجميع المجالات.

3 - التحكيم يعتبر وسيلة تستعملها الدول المصنعة الرأسمالية الغربية لتحقيق مصالحها:

التحكيم في نظر البعض³⁰² لا يعتبر إلا آلية من آليات النظام الرأسمالي، كما انه يعتبر وسيلة بيد الدول صاحبة الاقتصاد الحر الرأسمالي التي تستطيع فرض وجهات نظرها الاقتصادية على الدول النامية³⁰³، فهو وسيلة استعمارية وضعت لصالح المستثمر الأجنبي، بحيث وضع لمنع القضاء الوطني في الدول النامية من النظر في المنازعات التي تنشأ في إطار عقود التنمية الاقتصادية والتي تعتبر عقود الشراكة إحداهما، وذلك حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة الأجنبية لتطبيق قوانين هاته الدول وما ينتج عنها من تأثر القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح بلاده الاقتصادية، وبالتالي فإن التحكيم يجعل الدول النامية تحت رحمة المحكم الذي قد لا يتمتع بالنزاهة التي يتمتع بها القاضي، وهذا ما يؤدي إلى عدم التكافؤ بين الطرفين المتنازعين الذين هما بصدد عرض نزاعهما على الهيئة التحكيمية.

4 - افتقاد قرارات التحكيم إلى القوة الإلزامية في بعض الحالات:

يعتبر التحكيم كطريق استثنائي لتسوية المنازعات بشكل عام، حيث يعتبر القضاء هو المبدأ العام والذي يحقق العدالة والوظيفة التي لا يمكن تركها للأفراد أو لهيئات معينة مستقلة عن الدولة وإلا سادت الفوضى

³⁰¹ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص48.

³⁰² لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص40.

³⁰³ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 70.

وهيمن القوي والغني على الضعيف والفقير³⁰⁴، وبالتالي فإن التحكيم لا يمكن ان يكون أكثر من طريق استثنائي لحل النزاعات، وعليه فإن التحكيم كما يرى البعض انه سلطة بلا أياب³⁰⁵، ويظهر ذلك في عدم فاعلية وكفاية السلطات الممنوحة لهيئات التحكيم، والأمر الذي يؤكد ذلك هو عدم تمكن الطرف المحكوم لصالحه في التحكيم من أن ينفذ حكم التحكيم مباشرة بعد صدوره من الهيئة التحكيمية إلا بعد حصوله على الصيغة التنفيذية من السلطة القضائية الوطنية في البلد الذي يراد فيه التنفيذ، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الطرح، ويظهر ذلك جليا في نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء في فقرتها الأولى مايلي: " يكون حكم التحكيم النهائي او الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل"، وكذا نصت المادة 1051 من نفس القانون المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها في الجزائر، والتي جاء في فقرتها الثانية مايلي: " وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت احكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"، وبالتالي فإن المشرع الجزائري اشترط حتى يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ وعليه يرتب آثاره مثله مثل الحكم القضائي، ان يصدر بشأنه أمر قضائي من قبل رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها بالنسبة للتحكيم العادي الذي يجرى داخل الجزائر، او من قبل رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الجزائر بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، أي أنه في هذه الحالة الأخيرة إذا ثار بين الشريك العام والشريك الخاص نزاع معين بصدد تنفيذ عقد الشراكة، وقام الطرفان بعرض النزاع على هيئة تحكيمية يتواجد مقرها خارج الإقليم الجزائري، فإن حكم التحكيم الصادر من قبل هذه الهيئة لا ينفذ في الجزائر إلا إذا صدر بشأنه امر قضائي من طرف رئيس محكمة محل التنفيذ، أي المحكمة التي يراد التنفيذ في دائرة اختصاصها. وفي حالة صدور الأمر القضائي ولكن في غير صالح الطرف الذي صدر حكم التحكيم في صالحه والذي يريد تنفيذه في الجزائر، أي صدور الأمر القضائي برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو برفض تنفيذ حكم التحكيم داخل الجزائر، فقد منح المشرع الجزائري لهذا الطرف المستفيد من حكم التحكيم الحق في الطعن في هذا الأمر القضائي، وقد بين المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 1055 من نفس

³⁰⁴ قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص48.

³⁰⁵ عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص72.

القانون السابق الذكر والتي جاء فيها ما يلي: " يكون الامر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف"، وقد اعطى المشرع الجزائري للطرف الذي يريد أن يستأنف الأمر القضائي الذي يقضي إما برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو برفض تنفيذ حكم التحكيم في الجزائر، أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة امام المجلس القضائي، وهذا ما بينته المادة 1057 من نفس القانون والتي جاء فيها مايلي: " يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة ".

• في رأينا الخاص، نرى انه رغم مساوئ التحكيم المتعددة إلا أنه أصبح في الوقت الراهن من أهم الطرق المفضلة بين أطراف العقود التجارية الدولية ومنها عقد الشراكة لتسوية المنازعات الناجمة عنها، بحيث لا يكاد يخلو أي عقد من عقود التجارة الدولية من شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع قد يحدث في المستقبل، والسبب في ذلك هو ما تقتضيه المعاملات التجارية الحديثة وما تفرضه من أساليب جديدة يعجز القضاء الوطني في بعض الأحيان عن معالجتها، وكذلك ما يقدمه التحكيم كقضاء خاص من مزايا لأطراف النزاع قد تعجز السلطة القضائية في الدولة عن تحقيقها.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم في عقود الشراكة

نتطرق في هذا المطلب إلى إجراءات العملية التحكيمية، وذلك من خلال التطرق إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم والشروط اللازم توفرها في عملية التحكيم وكذا في المحكمين وهذا ما سوف نبينه في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة سير اجراءات العملية التحكيمية من خلال التطرق إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العملية التحكيمية ثم أخيرا إلى انتهاء الخصومة. وسنستند في هذا الخصوص إلى كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وكذا قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985، الذي يعتبر كنموذج أصدرته هذه اللجنة يهدف إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. ويتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم، كما يجسد توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي بعد أن قبلت به دول من جميع المناطق ومن مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم³⁰⁶.

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم والشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم

³⁰⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

نتطرق في هذا الفرع إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم أولاً، ثم ثانياً نقوم بمعالجة الشروط اللازم توفرها في العملية التحكيمية وكذا الهيئة التحكيمية.

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم:

تعتبر هيئة التحكيم، هيئة مشكلة من محكم واحد أو عدة محكمين، تتجلى مهمتهم في الفصل في النزاع الذي ثار بين طرفي عقد الشراكة، وكما تطرقنا سابقاً ان اختيار هيئة التحكيم يتم بإرادة الأطراف المتنازعة ولا يفرض ذلك عليهما، أي تراضهما على اختيار محكم واحد أو عدة محكمين، غير أن هذه العملية قد لا تتحقق في بعض الأحيان، فقد لا يتفق الطرفان على تعيين المحكمين، أي أنه قد يتم القبول بمحكم ما بالمقابل يتم رفضه من أحد أطراف النزاع، ففي هذه الحالة إذا لم يتفق الطرفان على المحكم فيلزمان بتحويل سلطة معينة تكون مهمتها متمثلة في تعيين المحكمين، وهذه السلطة تتمثل في اللجوء إلى القضاء ليقوم بذلك نيابة عن الأطراف المتنازعة. وبالتالي يتضح لنا ان هناك طريقتين لاختيار المحكمين، الأولى يتمثل في اختيارهم باتفاق الطرفين الذي يعتبر الأصل، والثاني يتمثل في اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين.

أ - اختيار الهيئة التحكيمية باتفاق الطرفين:

إن الأصل في اختيار الهيئة التحكيمية يعود إلى اتفاق ارادة الأطراف على ذلك، وحرية الطرفين في اختيار هيئة التحكيم من الحقوق الأساسية لهما وهي مكفولة لهما قانوناً³⁰⁷، وبالتالي يكون للأطراف المتنازعة كامل الحرية في كيفية تعيين المحكمين، وهذه من الدوافع الأساسية التي تساهم في لجوء الأطراف إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم والتخلي عن القضاء، لأن في القضاء لا يكون للأطراف أي حرية وأي دور في عملية اختيار قضاتهم وإنما هي محددة بموجب القانون، وقد نص المشرع الجزائري في هذا الشأن في نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم أو شروط عزلهم أو استبدالهم". وهكذا يخضع تشكيل هيئة التحكيم لإرادة الأطراف الحرة في عقد الشراكة، كما يتفق الطرفان المتنازعان على اختيار عدد المحكمين التي يمكن أن يتكون من محكم واحد أو عدة محكمين بشرط ان يكون العدد فردي، وللطرفان كامل الحرية في ذلك، بحيث تنص المادة 10 من قانون الأونسيترال

³⁰⁷ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 91.

النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على انه للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين فإن لم يفعل ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة، وجاء رأي المشرع الجزائري في هذا الشأن في نص المادة 1017 التي جاءت كما يلي: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي"، والهدف من كون عدد المحكمين فردي، هو أن يتم اختيارهم بالتساوي بين الطرفين المتنازعين، ثم يقوم المحكمين المختارين بتعيين محكم آخر يكون بمثابة رئيس هيئة التحكيم³⁰⁸، بحيث في حالة ما إذا كان عدد الهيئة التحكيمية ثلاثة، فإن لكل طرف من الطرفين المتنازعين محكم واحد يدافع عن آرائه ووجهة نظره، اما الطرف الثالث فهو يعتبر رئيس هيئة التحكيم، بحيث في حالة صدور حكم التحكيم بالتساوي فإن صوت رئيس الهيئة التحكيمية هو الذي يرجح، وقد نص قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في هذا الشأن في نص المادة 11 فقرة 3-أ التي جاءت كما يلي: " في حالة التحكيم بثلاثة محكمين، يعين كل من الطرفين محكما ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو بتعيين محكم ثالث".

ب - اختيار المحكمين عن طريق اللجوء إلى القضاء:

أما في حالة عدم اتفاق الطرفين على تعيين المحكمين أو اختلافهم أو صعوبة تعيينهم، فهنا تتولى المحكمة مهمة تعيين المحكمين، ويكون للقضاء مهمة التعيين فقط دون النظر في الخصومة والفصل فيها، اي ان للقضاء دور احتياطي في العملية التحكيمية يكمن هذا الدور في لجوء الأطراف المتنازعة إليه في حالة عدم اتفاقهم على اختيار المحكمين لكي يقوم باختيار المحكمين نيابة عنهم، والمشرع الجزائري بين ذلك في نص المادة 1009 التي جاءت كمايلي: " اذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ اجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد أو محل تنفيذه." وبالتالي فمثلا اذا أبرم عقد الشركة في الجزائر العاصمة وثار نزاع بين طرفيه ولم يتمكن من تعيين المحكمين، فإن اختصاص تعيين هؤلاء المحكمون يؤول إلى رئيس محكمة الجزائر الوسطى (سيدي امحمد). ونصت المادة 11 من قانون الأونسيترال السابق الذكر في الفقرة 03-أ على انه: " في حالة اذا لم يتم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو اذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيينهما وجب أن تقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 06" أما في حالة ما اذا كان المحكم هو فرد

308 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص95.

- لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص113.

واحد فقد بينت ذلك الفقرة 03-ب كما يأتي: " اذا كان التحكيم بمحكم فرد ولم يستطع الطرفان الاتفاق على المحكم وجب أن تقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 06" والمقصود بالسلطة الأخرى في الفقرة السابقة والتي جاءت في المادة 06 من القانون السابق الذكر، هي السلطة التي تحددها كل دولة في قانونها المتعلق بالتحكيم التي تختص بالقيام بهذه الوظيفة بالإضافة إلى المحكمة.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم

نعالج في هذه الجزئية الشروط التي يتوجب توفرها حتى تكون العملية التحكيمية صحيحة، وتشمل هذه الشروط في كل من شروط صحة اتفاق التحكيم وكذا الشروط الواجب توفرها في الهيئة التحكيمية.

أ - شروط صحة اتفاق التحكيم:

تنقسم شروط صحة اتفاق التحكيم إلى كل من شروط شكلية وأخرى موضوعية.

1 - الشروط الشكلية:

تتمثل الشروط الشكلية حتى يكون اتفاق التحكيم صحيح في شرط الكتابة، و قد انقفت معظم تشريعات دول العالم وكذا الاتفاقيات الدولية على ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، فقد نصت المادة 07 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في فقرتها الثانية على انه يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص شرط التحكيم الذي يجب ان يتفق عليه الطرفان قبل نشوء نزاع بينهما والتي جاءت كما يلي: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، و يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم او المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم"، وأيضا في نص المادة 1012 المتعلقة باتفاق التحكيم التي صرح فيها على انه يحصل اتفاق التحكيم كتابيا، بالإضافة إلى اشتراطه في الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة الذكر على أنه يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين او كيفية تعيينهم، وهذا في حالة التحكيم العادي أو التحكيم الداخلي، اما في حالة التحكيم التجاري الدولي، فقط اشترط المشرع الجزائري ذلك صراحة وبين انه يقع تحت طائلة البطلان اذا لم يكن اتفاق التحكيم مكتوبا، ويظهر ذلك جليا في نص المادة 1040 في فقرتها الثانية التي جاءت كما يلي: " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة، وهذا ما

ذهب إليه أيضا المشرع المصري الذي بين ذلك صراحة في نص المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والتي جاءت كما يلي: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ". كما ان المادة 07 من قانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي السابق الذكر أعطت العديد من الصور التي يمكن ان يكون من خلالها شكل الكتابة، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة على انه يكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا كان مدونا في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم او العقد قد ابرم شفويا أو بالتصرف أو بوسيلة اخرى، كما وضحت من خلال الفقرة 04 من نفس المادة على انه يمكن ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا كان بواسطة خطاب الكتروني اذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا، ويقصد بالخطاب الالكتروني أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، كما انه علاوة على ذلك يمكن ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا كان وارد في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. والمشرع المصري أيضا توسع في وصف كتابة اتفاق التحكيم، بحيث ينص في المادة 12 من قانون التحكيم السابق الذكر، على انه يكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو اذا تضمن ما تبادله الطرفان من رسائل او برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، وأيضا المشرع الجزائري تبنى بدوره هذا الطرح من خلال ما يتبين في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابقة الذكر، التي جاء في شطرها الثاني على أنه يمكن ان يكون اتفاق التحكيم بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة، وبالتالي فإنه يمكن أن تكون اتفاقية التحكيم في نظر المشرع الجزائري كما نصت عليه المادة 07 من قانون الأونسيترال الخاص بالتحكيم التجاري الدولي السابقة الذكر، أي يمكن ان تكون في شكل خطاب الكتروني أو في تبادل بياني، ومثال ذلك ان يكون في شكل فاكس أو برفقية أو تلكس أو بريد الكتروني أي وسيلة الكترونية يتم تبادلها بين الأطراف³⁰⁹، وهذا ما يجعل اتفاق التحكيم أكثر استجابة للوسائل الإلكترونية الحديثة المستخدمة في المعاملات الرسمية، وهذا استجابة أيضا لمتطلبات التجارة الدولية التي تفرض اللجوء إلى استعمال هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة نظرا لسرعة وتنوع التصرفات المعتادة للشركات التجارية خاصة العالمية. وبالتالي نخلص في الأخير انه من اللازم ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا سواء كان تحكيم داخلي أو تحكيم دولي، وذلك لأنه في حالة تنفيذ حكم التحكيم بعد اصداره من هيئة التحكيم فإنه سوف يتطلب الأمر من الطرف طالب التنفيذ ارفاق بعض المستندات مع حكم التحكيم المطلوب تنفيذه، ومن هذه المستندات والمرفقات اتفاق التحكيم، وبالتالي لا يمكن تقديم اتفاق التحكيم شفوي كمستند مطلوب تقديمه،

³⁰⁹ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، المرجع السابق، ص 310.

وعليه فيجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا سواء كان شرطا يوضع في بنود العقد اثناء ابرام العقد وقبل قيام أي نزاع، أو كان مشاركة أي الاتفاق عليه بعد قيام النزاع³¹⁰.

2 - الشروط الموضوعية:

تتمثل الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم في نفس الشروط الموضوعية اللازمة في كل تصرف قانوني، وهي التراضي والمحل والسبب.

• التراضي:

يلزم لصحة اتفاق التحكيم أن تتجه ارادتا الطرفين المتنازعين إلى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع بينهما، أي ان يتجه ايجاب الموجب مع قبول القابل إلى احداث هذا الأثر القانوني المتمثل في اختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع الذي قد يثور بينهما، وقد بينا سابقا ان التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الإرادة بين الطرفين المتنازعين، وبالتالي في حالة اتفاق ارادة هذين الطرفين الحرة على اللجوء إلى التحكيم، فيمكن القول أنهما تراضيا على هذا الحل أو أن ارادتهما تطابقتا على ترتيب هذا الأثر القانوني، أي تطابق ايجاب الموجب وقبول القابل، وبناء على ذلك فلا بد لقيام التحكيم ان يوجد رضا الطرفين وإلا كان الاتفاق غير قائما³¹¹، كما انه يلزم أن تتوافر الأهلية لدى الأطراف المتنازعة والأهلية المقصودة هنا هي أهلية التصرف، أي أن اتفاق التحكيم لا يصح إلا اذا كان طرفيه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن يملكون التصرف في حقوقهم، وقد بين المشرع الجزائري ذلك صراحة في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "، وبالتالي فإن هذه المادة تبين لنا أنه يمكن لكل شخص أن يلجا إلى التحكيم بشرط ان تتوفر فيه الاهلية القانونية في التصرف في حقوقه، وبمفهوم المخالفة يكون اتفاق التحكيم باطلا اذا قام به شخص لا يملك حق التصرف في حقوقه، ويتمثل في فاقد التمييز لصغر السن، أي الذي لم يبلغ سن الرشد الذي يسمح له بممارسة تصرفاته القانونية وهو 19 سنة، وكذا المحجور عليه والمعتوه والسفيه والمجنون وهذا ما جاءت به المادة 42 من القانون المدني الجزائري، وهذا بالنسبة للشخص الطبيعي، اما الشخص المعنوي فإذا كان يمارس نشاطه في مجال القانون الخاص كالشركات التجارية، فهي تكتسب الشخصية القانونية وكذا الأهلية القانونية بمجرد الاعتراف بها من طرف المشرع الجزائري، ويكون ذلك بعد قيدها في السجل التجاري، وبالتالي يمكن لها

³¹⁰ المرجع نفسه، ص 309-310.

³¹¹ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 57.

أن تلجأ إلى التحكيم في مختلف النزاعات التي تنشأ عن التصرفات القانونية التي تبرمها، اما الأشخاص المعنوية العامة المتمثلة حسب المادة 49 من القانون المدني الجزائري في الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فلا يمكن لها ان تلجأ إلى التحكيم للفصل في منازعاتها إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي حددها المشرع في نص المادة 1006 في الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي أن تلجأ إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، او قد يكون لها ذلك في حالة الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وهو ما وضحته المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه ان تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية "، وبالرجوع إلى نص المادة 800 من القانون السابق الذكر فيتبين لنا ان هذه الأشخاص تتمثل في الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية. وبالتالي فإنه في غير الحالات السابقة الذكر التي يمكن من خلالها للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، فيعتبر أي اتفاق على التحكيم من طرف هذا الشخص المعنوي العام مع أي طرف آخر بهدف حل نزاعه، باطلا.

وفي عقد الشراكة الذي يعتبر طرفيه شخص من أشخاص القانون العام وهو الذي يعتبر من الأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 49 من القانون المدني وكذا المقصودة في المواد 800 و 975 و 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيمكن له اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي ينشأ عن تنفيذ عقد الشراكة مع الشريك الخاص نظرا لاعتبار عقد الشراكة من بين العقود التي تدخل في علاقات الدولة الاقتصادية الدولية نظرا لتضمن عقد الشراكة طرف أجنبي وهو الشريك الخاص ذو الجنسية الأجنبية، ونظرا لكون عقد الشراكة من العقود التجارة الدولية وعقود الاستثمار الدولية التي تدخل في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية.

• المحل:

يتمثل محل التحكيم في ان يكون النزاع القائم بين الطرفين قابل للتسوية بطريق التحكيم، وبالتالي وفي مفهوم المخالفة وكما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص الماد 1006 السابقة الذكر، أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم، ولشرح هذه الفكرة أكثر، انه لا يجوز التحكيم فيما يخص المسائل المتعلقة بالنظام العام ومن أمثلتها لا يجوز التحكيم في الجرائم المعاقب عليها بصفة عامة في قانون العقوبات كالجرائم على الأشخاص المتمثلة في القتل العمد أو القتل الخطأ

أو جرائم التعدي أو الضرب أو الجرح...الخ، وكذا الجرائم الواقعة على الأموال كالسرقة واختلاس المال العام والرشوة وجريمة اصدار شيك بدون رصيد...الخ، كما أنه لا يجوز التحكيم بشأن علاقة غير مشروعة لأنها تمس بالنظام العام، وكذلك لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص ومن أمثلتها صحة أو بطلان الزواج وكذا الطلاق أو اثبات النسب...الخ.

• السبب:

يتمثل سبب التحكيم في اتجاه ارادة أطراف العقد إلى إبرام اتفاق التحكيم لفض نزاعهما دون اللجوء إلى القضاء، ويجب ان يكون السبب مشروعاً، واتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم واستبعاد القضاء من النظر في نزاعهما يعتبر أمر مشروع غير مخالف للقانون ولا للنظام العام، ويكون السبب غير مشروع في حالة ما إذا كان الهدف من اللجوء إلى التحكيم يراد منه التهرب من تطبيق القانون لو عرض النزاع على القضاء نظراً لما تتضمن هذا القانون لبعض القيود والالتزامات، وبالتالي إذا كانت نية المتنازعين اللجوء إلى التحكيم بهدف إيجاد حل لنزاعهما بطريقة ودية دون اللجوء إلى القضاء وذلك نظراً لما يتميز به التحكيم من مزايا، فإن السبب هنا يعتبر مشروعاً، أما إذا كانت نية المتنازعين من اللجوء إلى التحكيم هو تحقيق غاية غير مشروعة كالتهرب من القضاء خوفاً من تطبيق بعض القوانين التي تتضمن بعض القيود، فإن السبب هنا يكون غير مشروع³¹².

ب - الشروط الواجب توافرها في الهيئة التحكيمية:

تعتبر هيئة التحكيم الجهة التي تتولى النظر والفصل في النزاع القائم بين طرفي العلاقة القانونية كعقد الشراكة مثلاً، والتي أوكلها هذين الطرفين مهمة الفصل في هذا النزاع بإرادتهما، والمحكم الذي يتم اختياره يجب ان تتوفر فيه بعض الشروط ولذلك، فإن ارادة الأطراف المتنازعة في اختيار المحكم تخضع لضوابط وشروط، وهذه الشروط هي نوعان، فمنها ما هو منفق عليه قانوناً من طرف الفقه وكذا معظم النظم القانونية، ومنها ما هو متروك لتقدير الطرفين، وهذا ما سنقوم بتبينه، بالإضافة إلى التطرق إلى حالات رد المحكمين في حالة مخالفتهم للشروط القانونية والاتفاقية.

1 - الشروط القانونية:

وهي الشروط التي لا دخل للطرفين المتنازعين في الاتفاق عليها من عدمها، أي أنها الشروط التي لا يجوز لهما الاتفاق على مخالفتها، وإنما هي شروط يفرضها القانون، بحيث ان التحكيم يعتبر نوع من القضاء وذلك نظراً لأن حكم التحكيم له نفس صفات حكم المحكمة من حيث حجية الشيء المقضي فيه

³¹² لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 64.

ومدى قابليته للطعن، لذا فإن الشروط اللازمة لتولي أحد الأشخاص عمل القاضي تعد شروطاً متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، كاشتراط أن يكون المحكم بدرجة أولى أهلاً لهذه العملية، أي أن يكون مؤهلاً في المجال الذي يراد التحكيم فيه، وأن يكون متمتعاً بالحياد والنزاهة والاستقلالية حتى يمكن الاطمئنان على قراره في حسم النزاع³¹³، فالاستقلالية تعد شرطاً لاختيار المحكم والحياد يعتبر التزاماً يقع على عاتقه، ومن بين هذه الشروط أيضاً أن يكون المحكم متمتعاً بكامل قواه العقلية والبدنية، أي أن لا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو قد أشهر إفلاسه أو محروم من حقوقه المدنية أي سبق الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف³¹⁴، وإن كان كذلك فإن العملية التحكيمية تعتبر باطلة من الأساس ويتم من خلالها رد هذا المحكم، لأنه لا يعقل أن يسند أطراف عقلاء منازعاتهم للفصل فيها إلى شخص مجنون أو سفيه أو مصاب بعاهة عقلية أو جسدية تؤثر في تفكيره السليم³¹⁵، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت على النحو التالي: " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية "، وبالتالي فإن التمتع بالحقوق المدنية يقصد به أن تكون أهلية المحكم سليمة لا يعترها عيباً عقلياً أو جسدياً بحيث يؤثر هذا العيب على سلامة تفكيره، أو تعترها عقوبة سالبة للحرية.

2 - الشروط الاتفاقية:

وهي الشروط التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، بحيث يتمتع الأطراف بالحرية الكاملة في اختيار صفات المحكم ووضع بعض الشروط التي يجب أن تتوفر فيه وهذا ما نصت عليه المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في فقرتها الثانية السابقة الذكر، التي اعتبرت أن للطرفين حرية الاتفاق على الاجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم والمحكمين، وتقابلها المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السابقة الذكر التي نصت على انه يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع غلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم أو شروط عزلهم أو استبدالهم، ونستنتج من نص المادة السابقة الذكر على ان للأطراف كامل الحرية في تحديد شروط تعيين المحكمين كما يتمتعون أيضاً بحق عزلهم أو استبدالهم في بعض الحالات المعينة، وهذه شروط تعتبر اضافية ولكن بالرغم من أنها تعتبر كذلك وبالرغم من انه يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها إلا أنه لا

³¹³ لزهري بن سعيد المرجع السابق، ص 145.

³¹⁴ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 333.

³¹⁵ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 147.

يمكن الاستغناء عنها، وهي تعتبر غير مقننة أي أن المشرع لا يشترطها بموجب القانون عكس الشروط الأخرى التي يشترطها، لأنه لو قام بذكرها لأصبحت ملزمة للأطراف، وبالتالي فهو لم يقر بالنص عليها وتركها لإرادة الأطراف الحرة، وتتعلق هذه الشروط بجنسية المحكم وخبرته وكفاءته وتميزه بالاستقلالية والحياد. فمن حيث جنسية المحكم فيمكن للأطراف أن يتفقا على أن يكون المحكم من داخل الدولة التي ينفذ فيها العقد، كما يمكن أن يتفقا على أن يكون من جنسية أجنبية، وقد اعتبرت بعض التشريعات والنظم أن التحكيم ينبغي أن يتولاه محكم من جنسية البلد الذي ينفذ فيه العقد، أي أن يكون وطنيا وذلك بسبب أن التحكيم نوع من القضاء الذي لا ينبغي أن يتولاه الأجانب³¹⁶، وفي هذه الحالة فإن جنسية المحكم لا تعتبر من بين الشروط التي يمكن للأطراف الاتفاق على تحديدها، وإنما تعتبر من بين الشروط التي يلزمها المشرع على الأطراف، واشترطت المادة 11 من قانون الأونسيترال للتحكيم السابقة الذكر في فقرتها الأخيرة (الخامسة) على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين عدد المحكمين وقامت السلطة القضائية بالتدخل في تعيينهم، وتم الاتفاق على تعيين ثلاثة محكمين، فينبغي على السلطة القضائية لدى قيامها بتعيين المحكم الثالث أن تأخذ بعين الاعتبار أن تعين هذا المحكم من جنسية تختلف عن جنسية غير جنسية الطرفين، وعليه نستنتج من خلال هذه المادة على أنه ينبغي للطرفين تعيين محكمين من جنسيتهم، أي كل طرف يعين محكم من جنسيتهم كما يمكن له أن يعينه من غير جنسيته، ولكن المحكم الثالث الذي يعتبر رئيس جلسة التحكيم فينبغي أن لا يكون من جنسية أحد الطرفين المتنازعين وذلك لضمان حياده، وبالتالي فإن جنسية المحكم تعبر للأطراف عن مدى حياد المحكم. أما فيما يخص خبرة وكفاءة المحكم وتخصصه، فينبغي أن يكون محيطا بالجوانب المختلفة للموضوع المعروض عليه بالفكر الذي يتيح له امكانية الاضطلاع بمهامه، وكما يرى البعض أن التحكيم لا يعتبر مجرد اجراءات تتبع أو أحكام تصدر وإنما قضاء بالمعنى الفني الدقيق للكلمة³¹⁷، فإنه يشترط أيضا أن يكون المحكم ذو دراية واسعة من مختلف الجوانب التي تتعلق بالقضية المتنازع حولها، فيشترط فيه أن يكون متخصصا في النزاع الذي عرض عليه كما أنه من الأجدر أن يكون ذو دراية بمختلف الأحكام القانونية، وأيضا ذو ثقافة واسعة، أي يجب على المحكم أن يتمتع بالخبرة المزودة أي الفنية منها والقانونية، وذلك باعتبار أن التحكيم يعتبر مهمة قضائية ينبغي فيها تطبيق القانون مثلما يفعله القاضي في المحكمة، كما ينبغي على المحكم أن يتمتع بنزاهة الخلق وموضوعية التفكير والاستقلالية

³¹⁶ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 170.

³¹⁷ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 334.

والحياد والنزاهة، لأن من الاسباب التي تؤدي إلى اللجوء إلى التحكيم والعزوف عن القضاء تكمن في امكانية ثقة الاطراف في المحكم، فكلما كان المحكم يتمتع بالاستقلالية والنزاهة والحياد، كلما كانت ثقة الأطراف أكبر فيه، وهي تعتبر من الضمانات الأساسية التي يقدمها التحكيم للخصوم، واستقلالية المحكم تعني استقلاله عن الخصوم، أي عدم الخضوع لهم ولرغباتهم³¹⁸.

3 - رد المحكمين:

إن اجراء رد المحكم يعتبر من أكبر الضمانات التي يمنحها التحكيم للأطراف المتنازعة حتى تتصف العملية التحكيمية بالنزاهة والحياد، وهو يعتبر من الالتزامات المهمة التي تقع على عاتق المحكم، وهو ان يلتزم هذا الأخير عن الإفصاح عن أية ظروف وملابسات قد تمنعه من قبول مهمته في الفصل في موضوع النزاع ويكون ذلك قبل البدء في أي اجراء من اجراءات العملية التحكيمية، وحالات رد المحكم متعددة ومتنوعة وقد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الفقرة الثانية التي جاءت كمايلي: " إذا علم المحكم انه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم"، أي أن المحكم يلزم في حالة ما إذا رأى انه قابل للرد أن يخبر الطرفين بذلك، وعلى الطرفين إما رد المحكم نتيجة للحالة التي هو موجود فيها والتي أدت به إلى امكانية رده، أو القبول بذلك، وقد أكدت المادة 12 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ذلك بنصها كالاتي: " على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكما أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده واستقلاله، وعلى المحكم منذ تعيينه، وطوال اجراءات التحكيم، أن يفضي بلا ابطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علما بها"، وقد بين المشرع الجزائري الحالات التي يمكن من خلالها رد المحكم في نص المادة 1016 التي جاءت كمايلي: " يجوز رد المحكم في الحالات التالية:

- 1 - عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
 - 2 - عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
 - 3 - عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".
- كما انه لا يجوز رد المحكم من الطرفين لسبب آخر غير الاسباب التي يمكن لهما العلم بها بعد تعيينه، وهذا ما بينه المشرع في الفقرة الرابعة من نفس المادة وهي أنه " لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف

³¹⁸ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 155.

الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين" ، وأيضاً ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 12 من قانون الأونسيترال للتحكيم والتي جاءت كما يلي: " لا يجوز رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله أو إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد المحكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبيّن أنها بعد ان تم تعيين هذا المحكم".

الفرع الثاني: سير العملية التحكيمية

ان التحكيم باعتباره نظام قضائي استثنائي متخصص يهدف إلى تسوية النزاعات التي تنشأ بين طرفي عقد الشراكة، فهو يخضع لمجموعة من القواعد التنظيمية، فبعدما تطرقنا إلى كيفية اختيار المحكمين وكذا الشروط الواجب توفرها فيهم وفي اتفاق التحكيم، فسننتقل الآن إلى كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق (أولاً) وأخيراً انتهاء الخصومة أمام الهيئة التحكيمية (ثانياً).

أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق

إن عملية تحديد القانون الواجب التطبيق تعتبر عملية مهمة، فمن خلالها يتمكن المحكم أو المحكمين من تطبيق القانون على النزاع المطروح أمامهم، وقد يتفق الطرفان على اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهم بإرادتهما، أما في حالة عدم اتفاقهما ففي هذه الحالة يخولوا الهيئة التحكيمية مهمة اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهنا قد تلجأ هذه الهيئة إلى تطبيق القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، وقد يكون قانون دولة مقر التحكيم أو قانون دولة مقر إبرام العقد وتنفيذه.

أ - في حالة اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق (قانون إرادة الأطراف):

إن القانون الواجب التطبيق على النزاع في الأصل يعود إلى القانون الذي اختاره طرفي النزاع، أي أساسه مبدأ سلطان الإرادة، وإرادة الأطراف تعتبر هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية³¹⁹، خاصة العقود التجارية الدولية الذي يعتبر عقد الشراكة من أحدها، وبالتالي يكون للأطراف حرية اختيار القانون الذين يرون أنه المناسب والأقرب للتطبيق على النزاع، ومعظم مراكز التحكيم العالمية تأخذ بهذا المبدأ، ويجب ان تكون ارادة الأطراف مؤسسة على قانون يكون هو الأنسب، ولا يجب أن تتجه ارادتهما على اختيار قانون لا يعتبر الأقرب لإيجاد حل للنزاع الناشئ بينهما، ومعظم تشريعات دول العالم أخذت بهذا المبدأ وأعطت للأطراف حرية اختيار القانون الذي يرونه الأنسب، والمشرع الجزائري بدوره أخذ بهذا المبدأ، بحيث تنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه

³¹⁹ عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 119.

" يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم "، كما نصت المادة 19 الفقرة 01 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على انه " يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم"، كما نصت المادة 28 الفقرة الأولى من نفس القانون على انه " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على انه اشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك"، وبالتالي يمكن للأطراف الاتفاق على أي قانون يرونه الأقرب والأصلح لحل النزاع، فقد يكون القانون الوطني أي قانون الدولة التي أبرم فيها العقد أو التي ينفذ فيها، وهذا في حالة ما اذا اتفق أطراف النزاع على عرض النزاع على هيئة تحكيمية محلية، أي تطبيق قانون جنسية الشريك العام، فإن كان الشريك العام جزائري فيطبق القانون الجزائري، أو الاتفاق على تطبيق قوانين الأمم المتحدة المتعلقة بالتجارة الدولية كقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي او قواعد الأونسيترال للتحكيم، وهي القوانين التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، كما قد يتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة أجنبية، كدولة مقر التحكيم إذا اتفقا طرفي النزاع على عرض النزاع على هيئة تحكيمية أجنبية.

ب - في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق:

في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن اختصاص تحديد هذا القانون يعود إلى الهيئة التحكيمية، غير ان سلطتها في ذلك لا تعتبر مطلقة وإنما هي مقيدة³²⁰، وقد تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم كما قد تطبق قانون الدولة التي نشأ فيها النزاع والتي أبرم فيها العقد الأصلي، كما يمكن أن تلجأ هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون أحد المراكز الدولية الدائمة المختصة في التحكيم، كمركز القاهرة للتحكيم، أو اختيار أحد القوانين التي وضعتها الأمم المتحدة في هذا الشأن كقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وتنص الفقرة الثانية من المادة 19 من قانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي على انه اذا لم يكن هناك اتفاق بين طرفي النزاع على عرضه على هيئة تحكيمية معينة، فإنه للهيئة التحكيمية ان تسير بالتحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، اي انها أعطت الحرية للهيئة التحكيمية في اختيار القانون الذي تراه مناسباً لتطبيقه على النزاع المعروض

³²⁰ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 250.

أمامها، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 28 من نفس القانون على أنه " إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق"، أما المشرع الجزائري فقد فصل في هذا الشأن قليلا بحيث انه يفرق بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، ففي التحكيم الوطني يرى المشرع الجزائري على انه اذا لم يتفق الطرفان المتنازعان على عرض النزاع على هيئة تحكيمية معينة، فإن الإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية هي التي تطبق على الخصومة التحكيمية، أي تطبيق الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و جاء ذلك في نص المادة 1019 كما يلي: " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، وبالتالي نستنتج من هذه المادة ان المشرع الجزائري لم يعطي للهيئة التحكيمية السلطات الواسعة لاختيار القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية في حالة ما إذا كان التحكيم داخلي، أما في حالة التحكيم الدولي فالأمر يختلف قليلا، فقد اعطى المشرع الحرية للهيئة التحكيمية في اختيار القانون الذي تراه مناسبا في حالة إذا ما لم يتفق الطرفان المتنازعان على اختيار القانون الواجب التطبيق، ويتضح ذلك في نص الفقرة الثانية من المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي: ف 1 " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"، ف 2 " اذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"

ثانيا: انتهاء الخصومة

نتناول في هذه الجزئية كيفية انتهاء الخصومة أو انتهاء المنازعة أمام الهيئة التحكيمية، فبعد اتفاق الطرفين على تعيين المحكمين وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق، فتقوم الهيئة التحكيمية بالنظر في موضوع النزاع وذلك عن طريق عقد جلسات للمرافعات تشبه المرافعات أمام المحكمة لكنها تكون بطريقة سرية عكس المرافعة أمام المحكمة التي تكون بطريقة علنية³²¹، وللهيئة التحكيمية كافة السلطات في ذلك، وتتوج هذه الهيئة أعمالها إما بالفصل في النزاع عن طريق صدور حكم الهيئة التحكيمية، وهذا ما سنقوم بدراسته في هذه الجزئية مبينين أهم ما يشترط في حكم الهيئة التحكيمية وكذا البيانات الأساسية فيها، ثم بعدها كيفية تنفيذ هذا الحكم وطرق الطعن فيه.

³²¹ تنص المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه تكون مداوات المحكمين سرية.

أ - حكم التحكيم:

يعتبر حكم التحكيم النتيجة النهائية لأعمال الهيئة التحكيمية، ويصدر حكم التحكيم عن المحكمين في ميعاد قانوني قد يكون اتفاقي أي باتفاق الأطراف، أو قد يكون قانوني أي محدد من طرف المشرع، ولا يجب أن يتجاوز حكم التحكيم هذا الميعاد إلا إذا قامت الهيئة التحكيمية بتمديد هذا الميعاد بشرط أخذ موافقة الأطراف، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1018 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم". كما أنه تصدر أحكام المحكمين بأغلبية الأصوات أو برأى أغلبية المحكمين³²²، أي أنه في حالة ما إذا كان عدد المحكمين ثلاثة، فإنه يشترط في حكم التحكيم حتى يفصل في النزاع أن يصدر بمجموع صوتين مقابل صوت واحد وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على مايلي: " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات"، ويشترط في حكم التحكيم بعض الشروط الموضوعية والشكلية، فأما الشروط الموضوعية فيقصد بها أن يتضمن حكم التحكيم فصل نهائي لموضوع النزاع وليس طريقة أخرى لا تنهي هذا النزاع كحث الأطراف وتوجيههم إلى انتهاج أسلوب معين في تنفيذ التزاماتهم³²³، وأما الشروط الشكلية فيجب أن يصدر حكم التحكيم مكتوبا متضمنا عرض موجز عن إدعاءات الأطراف، كما أنه يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة وهذا ما نصت عليه المادة 31 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاءت كما يلي: " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الاطراف وأوجه دفاعهم. يجب ان تكون أحكام التحكيم مسببة"، كما انه فضلا عن هذه الشروط فيجب أن يتضمن حكم التحكيم بعض البيانات التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 1028 من نفس القانون والتي جاءت كما يلي: " يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

- اسم ولقب المحكمين او المحكمين،
- تاريخ صدور الحكم،
- مكان اصداره،
- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي،

³²² عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 143.

³²³ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 341.

- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء.

كما انه يشترط ايضا في حكم التحكيم ان يصدر موقعا من قبل جميع المحكمين حتى يرتب آثاره في مواجهة الأفراد، وهذا ما اشترطه المشرع الجزائري في نص المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " توقع أحكام المحكمين من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع، يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين." بعد صدور الحكم فإن النزاع يكون قد فصل فيه، وبعد هذه العملية فإن المحكمين يتخلون عن النزاع تلقائيا، أي أن مهمة المحكم تكون قد انتهت بمجرد الفصل في النزاع وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1030 من القانون السابق الذكر والتي جاءت على النحو التالي: " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه"، كما انه يجوز للمحكم أن يصدر تفسيراً للحكم ويكون ذلك بطلب من أحد الأطراف³²⁴، أو أن يقوم المحكم بتصحيح الأخطاء التي تشوب الحكم، وهذا ما وضحه المشرع في الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر التي جاء فيها: " غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية التي تشوبه، طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون"، وبعد صدور الحكم فإنه يحوز على حجية الشيء المقضي فيه فيما يخص موضوع النزاع المتخاصم فيه، وهذا ما جاء في المادة 1031 التي وردت كما يلي: " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه"، بعد ذلك لا يتبقى على الأطراف إلا تنفيذ الحكم الصادر من الهيئة التحكيمية، وهذا ما سنقوم بدراسته آتيا.

ب - تنفيذ حكم التحكيم:

الأصل ان ينفذ حكم التحكيم تلقائيا عن طريق قيام الصادر ضده الحكم بتنفيذه دون اجبار الصادر لصالحه الحكم باللجوء إلى القضاء لتنفيذه، أما في حالة امتناع الصادر ضده الحكم بتنفيذه فيكون الطرف الصادر لصالحه الحكم مضطرا للجوء إلى القضاء بهدف الحصول على الصيغة التنفيذية لتنفيذ الحكم³²⁵، لأن حكم التحكيم وإن كان يحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره إلا انه لا يحوز القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي التي تمكن المحكوم لصالحه من اقتضاء حقه جبرا³²⁶، أي أنه لا يحوز على قوة الأمر المقضي فيه، والمشرع الجزائري لم يغفل عن هذه النقطة لكنه في ذلك فرق بين

³²⁴ رمضان على عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 384.

³²⁵ عصام احمد البهجي، المرجع السابق، ص 144.

³²⁶ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 361.

أحكام التحكيم الصادرة عن الهيئات التحكيمية الوطنية وأحكام التحكيم الصادرة عن الهيئات التحكيمية الدولية، ففيما يخص الأحكام التحكيمية التي تصدرها الهيئة التحكيمية الوطنية، فإنه لتنفيذ هذا الحكم وجب الحصول على أمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم، وهذا ما نصت عليه المادة 1035 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي: " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في امانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل"، وبعد القيام بذلك يتولى رئيس أمناء الضبط بتسليم نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف، وهذا ماجاء في نص المادة 1036 من نفس القانون. ويتم تنفيذ أحكام التحكيم اتجاه الأطراف فقط ولا يجوز تنفيذها اتجاه الغير، أي أنه لا يجوز الاحتجاج بها أمام الغير³²⁷، أما فيما يخص أحكام التحكيم الدولي الذي قد يجرى في الخارج أو الذي يجرى في الداخل ويكون أحد طرفيه مقيم أو مقره في دولة أجنبية ويتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين، فيجب الاعتراف بها أولاً في الجزائر، وقد نصت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا الشأن على أنه يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وإذا تم ذلك فإنه يمكن أن يتم تنفيذها طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة التي نصت على انه تعتبر أحكام التحكيم الدولي قابلة للتنفيذ في الجزائر، اذا صدر أمر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها في حالة التحكيم الدولي الذي يجرى في الجزائر والذي يكون أحد طرفيه أجنبي ويتعلق بمصالح اقتصادية لدولتين، أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً في خارج الإقليم الوطني، وفي حالة صدور أمر برفض التنفيذ أو برفض الاعتراف به فيمكن للخصوم استئناف هذا الأمر القاضي بالرفض في أجل 15 يوم من تاريخ صدور الأمر بالرفض أمام المجلس القضائي الذي يدخل في دائرة اختصاصه المحكمة التي صدر فيها الأمر القاضي بالرفض في حالة ما إذا كان حكم التحكيم وطني³²⁸، أو في أجل شهر واحد ابتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة أمام المجلس القضائي الداخل في دائرة اختصاصه المحكمة التي صدر فيها الأمر بالرفض في حالة ما إذا كان التحكيم دولي³²⁹، اما الأمر الصادر

³²⁷ تنص المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير.

³²⁸ الفقرة الثالثة من المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³²⁹ المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بالاعتراف بحكم التحكيم الدولي أو بقبول تنفيذه فلا يمكن استثنائه إلا في بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي كالاتي: "

- 1 - إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية،
- 2 - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،
- 3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،
- 4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،
- 5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
- 6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي."

ويمكن الطعن بالبطلان في احكام التحكيم الدولي إذا تضمنت أحد الحالات التي نصت عليها المادة 1056 السابقة الذكر، ويكون ذلك امام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ³³⁰.

ج- الطعن في حكم التحكيم:

يمكن ان يتفق الطرفان المتنازعان على التنازل عن حق الاستئناف في حكم التحكيم بحسب ما جاء في نص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما في حالة عدم اتفاقهما على ذلك فيمكن استئناف حكم التحكيم الصادر عن الهيئات التحكيمية أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه في اجل شهر واحد ابتداء من تاريخ النطق به، وفي حالة الفصل في الاستئناف فيمكن الطعن فيه بالنقض ولا يجوز الطعن إلا في القرار الفاصل في الاستئناف دون حكم التحكيم³³¹، ويرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في اجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه اذا تم هذا التبليغ شخصيا، أو في أجل ثلاثة أشهر اذا تم التبليغ الرسمي في الموطن الحقيقي او المختار، وذلك حسب المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تبين ميعاد الطعن بالنقض،

³³⁰ المادة 1059 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

³³¹ المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خلاصة الفصل الثاني:

بعد تطرقنا في الفصل الأول لأهم الجوانب المفاهيمية، فارتأينا أن ندرس في الفصل الثاني أهم الجوانب العملية والتطبيقية لعقد الشراكة، فبالتالي إن كل عقد إداري يشترط فيه شروط معينة لإبرامه، كما يتوجب اتباع اجراءات معينة فيه تختتم بإبرام العقد، كما أن عقد الشراكة كغيره من العقود الإدارية الأخرى فإنه يرتب آثار قانونية في ذمة طرفيه المتمثلين في الشريك العام والشريك الخاص، وهذه الآثار تتمثل في حقوق والتزامات يتمتع بها كل طرف، وهذا ما ذهبنا إليه في المبحث الأول، وبالنسبة لكيفية تسوية النزاعات التي تتجم بين الطرفين في عقد الشراكة، فقد قمنا بدراسة ذلك في المبحث الثاني، بحيث أن عقد الشراكة باعتباره عقد اداري فإنه يختلف في طريقة تسوية نزاعاته عن العقود الإدارية الأخرى، فأثناء ابرام العقد، فإن الشريك الخاص الذي غالبا ما يكون أجنبي في عقد الشراكة، فإنه يشترط على الشريك العام أنه في حالة قيام نزاع بينهما بأن يعرض هذا النزاع على التحكيم بهدف تسويته، والسبب في ذلك هو عدم جدوى عرض النزاع على القضاء الوطني للدولة المضيفة لأنه لا يعتبر الأسلوب الأمثل وإنما التحكيم هو الذي يعتبر كذلك.

الخاتمة:

إن عقد الشراكة يعتبر من أهم العقود الإدارية و الاستثمارية و الاقتصادية التي تبرمها الدولة مع أحد أشخاص القطاع الخاص سواء كان وطني أو أجنبي، الذي يمكن من خلاله انجاز أحد مشاريع البنى التحتية التي لا يمكن للدولة في بعض الأحيان انجازها نظرا لقلّة خبرتها وكفاءتها في بعض المجالات كالمجال التقني أو الفني أو التكنولوجي،

و كما رأينا في متن الموضوع، وكإجابة على الإشكالية المطروحة فإنه يمكن اعتبار عقد الشراكة من بين أهم الطرق والوسائل القانونية الفعالة التي تسعى من خلالها الدولة إلى إقامة مشاريع البنية التحتية الضخمة والحديثة والمتطورة، وذلك من خلال المزايا المتعددة والمتنوعة التي يحتوي عليها هذا النوع من العقود، بحيث يساعد على التقليل من نفقات الدولة من انجاز مشاريع من هذا الحجم كما انه يتم انجاز هذه المشاريع بطريقة جيدة وحديثة ومتطورة تتضمن على التكنولوجيات الحديثة، وذلك راجع إلى خبرة وكفاءة الشريك الخاص الذي يمتلك كافة الإمكانيات والوسائل للقيام بذلك عكس الدولة التي قد تعجز عن ذلك، وبالتالي فإن عقد الشراكة يعتبر الوسيلة الأمثل والأحسن والأفضل للقيام بما سبق وذكرناه.

وقد توصلنا في هذا البحث إلى بعض النتائج والتي سنقوم بعرضها كالآتي:

- ان سعي الدولة إلى إقامة 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 إبرام عقد يجمع بينهما يسمى بعقد الشراكة، يتكلف فيه القطاع الخاص بإنشاء المشروع من ماله الخاص.

- إن الدولة الجزائرية غالبا ما تقوم بإتباع الطرق التقليدية والمتمثلة في انجاز مشاريع بنى تحتية بنفسها وبأموالها وعدم مبادرتها بالتعاقد مع القطاع الخاص الذي يتكلف بنفسه بذلك ويجنب الدولة العديد من الأعباء خاصة المالية.

- عدم اصدار الدولة الجزائرية لقانون خاص ينظم أحكام عقود الشراكة أدى إلى عرقلة انجاز مشاريع هامة من هذا الحجم، بحيث قامت الحكومة الجزائرية بإنشاء بعض المشاريع التي كان من الأجدر انشاؤها بأسلوب عقود الشراكة حتى تجنب نفسها انفاق أموال ضخمة كان من الممكن توجيهها إلى بعض القطاعات الأخرى، وأبسط مثال على ذلك هو الطريق السيار شرق-غرب، حيث قامت الحكومة الجزائرية

بإنشاء هذا الطريق بأسلوب الصفقات العمومية الذي أدى إلى انفاق أموال كبيرة مما أرقق ميزانية الدولة نوعاً ما وذلك من أجل اتمامه والذي لم يكتمل لحد الآن، بحيث يبلغ إلى غاية اليوم مدة زمنية مقدرة بأكثر من 10 سنوات، ولكن لو قامت الحكومة الجزائرية بإنشاء هذا الطريق بأسلوب الشراكة بحيث يتولى أحد أشخاص القانون الخاص خاصة الأجانب الذين يمتلكون خبرة واسعة في هذا المجال بإنجاز هذا الطريق من ماله الخاص، لاكتمل هذا المشروع دون أية عراقيل، لأن الشريك الخاص يسعى إلى إنهاء مشروع عقد الشراكة في أقرب الآجال، كما أنه سيتكف بتشغيل هذا المشروع بأفضل الكيفيات وصيانتها طول مدة العقد، مما قد يجنب ذلك الحكومة أموال طائلة كان من الممكن توجيهها لبناء مشاريع أخرى أكثر أهمية. وبالتالي فإنه يعتبر من الأهمية البالغة العمل على صياغة قانون خاص بعقود الشراكة، ويرجع ذلك إلى التطور الذي تشهده معظم دول العالم في هذا المجال، كما أنه يجب أن يتضمن هذا القانون تبين جميع المراحل والعمليات التي يتطلبها إبرام عقد الشراكة، وذلك بدءاً بمرحلة اختيار الشريك الخاص والتعاقد معه والتي يجب أن يتبع في ذلك اجراءات قانونية شفافاً ونزيهة، مروراً بتنفيذ العقد من خلال انجاز المشروع وتمويله وتشغيله من قبل الشريك الخاص وتحويل ملكيته بعد انتهاء مدة العقد، انتهاءً بتبيين حقوق وواجبات كل طرف في العقد وكذا الكيفية القانونية الملائمة لفض النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين عند تنفيذ العقد.

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 بادرننا باقتراح بعض التوصيات التي سنسعى إلى عرضها، والتي من الممكن أن تأخذ بها السلطات أو الهيئات المعنية في حالة ما إذا بادرت بإصدار إطار قانوني ينظم أحكام عقود الشراكة في الجزائر، وهي كالاتي:

- تفعيل دور عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وإعطائها أهمية كبيرة بغية إقامة بنية اقتصادية قائمة على التعاون بين هاذين القطاعين، والمبادرة 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، ويكون ذلك عن طريق تقديم الحوافز المالية والقانونية بشكل خصوصي كالإعفاء من الضرائب لمدة زمنية معينة وتسهيل الإجراءات الإدارية وتوفير المساحات أو العقارات التي تقام عليها مختلف المشاريع الاستثمارية.

- تحيين النصوص القانونية وفقا لما يتلاءم مع الطموحات الاستثمارية للمستثمرين، ويكون ذلك عن طريق التخلي عن المبادئ الكلاسيكية ومواكبة الأوضاع الراهنة والمستجدات الحديثة والانضمام إلى سوق الاستثمارات والانفتاح على رؤوس الأموال الأجنبية والدخول في دائرة التجارة الدولية، وإقامة قواعد قانونية وفقا لما يتلاءم مع ذلك.

- إقامة تعاون مبني على أسس واضحة وشفافة، وتوضيح كافة تفاصيل المشاريع وطبيعة الأعمال والمهام والمسؤوليات وإدارة المشاريع والمخاطر بين الشركاء من القطاع العام والقطاع الخاص، مع ترك الحرية لهذا الأخير في اختيار التفاصيل الخاصة المقرر أداؤها، خاصة في الطريق المفضل لحل النزاعات التي قد تنشأ بينهما.

- ضرورة تمتع القطاع العام بقدرات ومهارات وإمكانيات تعينه وتساعده على إدارة العقد مع تعهده بأداء جميع التزاماته اتجاه القطاع الخاص.

- تحديد الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها، ولنجاح ذلك يجب على الدولة أن تعمل على توفير المناخ الملائم للمنافسة بين مختلف المترشحين، والحد من الدعم الذي تقدمه لمختلف المشاريع ورفع الكفاءة الانتاجية والاستخدام الأمثل للموارد والتوزيع الأمثل للمخاطر، وأن يكون الهدف الأساسي من ابرام عقد الشراكة هو تحقيق المصلحة العامة.

- 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.

- تحديد المدة القانونية للعقد التي يجب أن تكون على أقل تقدير خمس سنوات مع إعطاء الحرية للشريك الخاص في تحديد الحد الأقصى لمدة العقد وعدم الزامه بحد معين، ويجب أن يتم الاتفاق على ذلك في مرحلة ابرام العقد، واتخاذ كافة الاحتمالات المتوقعة حدوثها مستقبلا التي قد تؤدي إلى الانتهاء المبكر لمدة العقد قبل حلول ميعاده أو قبل انتهائه، وكذا تحديد نظام التعويضات.

- تحديد حقوق والتزامات كلا الطرفين أثناء إبرام العقد و قبل البدء في تنفيذه بصفة نهائية، بغية تجنب كل أمر قد يؤدي إلى عدم تفاهم الطرفين أثناء التنفيذ، وذلك بهدف إقامة علاقة عقدية متوازنة وثقة متبادلة بين الطرفين.

- ضرورة تحديد الجهة التي يمكن اللجوء إليها في حالة نشوب نزاع في مرحلة تنفيذ العقد، ويجب أن يتفق على ذلك في مرحلة إبرام العقد كما أنه يجب أن يحرر ذلك في وثيقة العقد، فيمكن للطرفين أن يتفقا على تسوية منازعتهم في إطار عقد الشراكة إما باللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة التي ينفذ فيها العقد، وهذا نادر الحصول لأنه لا يصب في مصلحة الشريك الخاص، وذلك راجع إلى خشية هذا الأخير الذي غالبا ما تكون جنسيته اجنبية من عدم حياد ونزاهة قضاء هذه الدولة وميله إلى مصلحتها الاقتصادية، 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 يشترط الشريك الخاص على الشريك العام ضرورة ادراج شرط اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بينهما في أي مرحلة من المراحل التي يمر عليها تنفيذ العقد، وبالتالي فمن الأحسن ادراج طريق التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في عقود الشراكة في الإطار القانوني الذي ينظم هذا النوع من العقود، من خلال اللجوء إلى هيئة محكمة متخصصة في هذا المجال يتفق عليها الطرفان وذلك بهدف ابعاد اللبس في كيفية تسوية هذه النزاعات التي قد تنشأ.

قائمة المراجع:

I. المراجع باللغة العربية

أولاً: المعاجم والقواميس

- 1 - لسان العرب لابن منظور، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة.
- 2 - المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة 2003.

ثانياً: المؤلفات القانونية

أ - المؤلفات العامة

- 1 - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الاول - التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1995.
- 2 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، سنة 2013.
- 3 - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية - الطبعة الاولى-، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 2007.
- 4 - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008.

ب - المؤلفات الخاصة

- 1 - أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2013.
- 2 - جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 2002.
- 3 - حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013.
- 4 - حماده عبد الرزاق حماده، عقود الشراكة (ppp)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر ، سنة 2014.
- 5 - طه محيي جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء و التشغيل ونقل الملكية BOT وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2013.

- 6 - لزهـر بن سعـيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب س ن.
- 7 - مصباح نوري المهاني، التحكيم في العقود المدنية والإدارية، ط 01، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، سنة 2007.
- 8 - عادل محمود الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المفاهيم -النماذج - التطبيقات)، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، سنة 2006.
- 9 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006.
- 10 -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ب س ن.
- 11 -عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، مصر، سنة 2008.
- 12 -قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، ب س ن.
- 13 -رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين العمومي و الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2010.
- 14 -رمضان علي عبد الكريم دسوقي عمر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2011.
- 15 -شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد و نقل الملكية B.O.T، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة-مصر، 2016.

ثانيا: النصوص القانونية

أ - الدساتير

- 1 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18-29 المؤرخ في 28 فيفري 1989، ج ر عدد 09 الصادرة في 01 مارس 1989.

2 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 الصادرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438-96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996.

ب - القوانين

• الجزائرية:

1 - القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر رقم 52 الصادرة في 02 ديسمبر 1990.

2 - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن المدني، ج ر رقم 44 الصادرة في 26 يونيو 2005.

3 - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 28 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21 لسنة 2008 الصادرة في 23 أبريل 2008.

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

• المصرية:

1 - القانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات و المرافق العامة، ج ر لجمهورية مصر عدد 19 مكرر (أ) الصادرة في 18 ماي 2010.

2 - قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر ب موجب القانون رقم 28 لسنة 1994، ج ر لجمهورية مصر العربية العدد 16 الصادرة في 21 أبريل 1994.

• الدولية:

1 - قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006.

ج- الأوامر

1 - الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر رقم 07 المؤرخة في 15 فبراير 1995.

2 - الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية، ج ر رقم 48 الصادرة في 03 سبتمبر 1995.

3 - الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر رقم 47 المؤرخة في 20 غشت 2001.

4 - الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المقاولات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، ج ر رقم 47، المؤرخة في 20 غشت 2001.

5 - الأمر رقم 09-08 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر رقم 44 المؤرخة في 26 يوليو 2009.

د - النصوص التنظيمية

• المراسيم الرئاسية

1 - المرسوم الوئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الو.م.أ. المتعلق بتشجيع الاستثمار الموقع في 22 جوان 1990، ج ر رقم 45 المؤرخة في 24 أكتوبر 1990.

2 - المرسوم الوئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الاتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 24 أبريل 1991، ج ر رقم 46 المؤرخة في 06 أكتوبر 1991.

3 - المرسوم الوئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02 جانفي 1994 المتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية فرنسا المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار الموقع في 13 فيفري 1993، ج ر رقم 01 المؤرخة في 02 يناير 1994.

4 - المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر رقم 66 لسنة 1995، الصادرة في 05 نوفمبر 1995.

5 - المرسوم الوئاسي رقم 01-366 المؤرخ في 13 نوفمبر 2001 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية الأرجنتين المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في 01 أكتوبر 2000، ج ر رقم 69 المؤرخة في 21 نوفمبر 2000.

- 6 - المرسوم الوئاسي رقم 02-124 المؤرخ في 07 أفريل 2002 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية و حكومة جمهورية التشيك المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 22 سبتمبر 2000، ج ر رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
- 7 - المرسوم الوئاسي رقم 02-132 المؤرخ في 07 افريل 2002 المتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية بلغاريا المتعلق حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 25 اكتوبر 1998، ج ر رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
- 8 - المرسوم الوئاسي رقم 02-226 المؤرخ في 22 يونيو 2002 المتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية اندونيسيا المتعلق حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 21 مارس 2000، ج ر رقم 45 المؤرخة في 30 يونيو 2002.
- 9 - المرسوم الوئاسي رقم 04-327 المؤرخ في 10 اكتوبر 2004 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهوريغ النمسا المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار الموقع في 17 يونيو 2003، ج ر رقم 65 المؤرخة في 13 أكتوبر 2004.
- 10 - المرسوم الرئاسي 10 - 236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج ر رقم 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.
- 11 - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم ال صفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، ج ر رقم 50 المؤرخة في 20 ديسمبر 2015.

• المراسيم التنفيذية

- 1 - المرسوم رقم 84-116 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي المؤرخ في 12 ماي 1984، ج ر رقم 20 المؤرخة في 15 ماي 1984.
- 2 - المرسوم التنفيذي رقم 94-19 المؤرخ في 07 أكتوبر 1994 المتضمن صلاحيات و تنظيم و سير وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها، ج ر رقم 67 المؤرخة في 19 أكتوبر 1994.
- 3 - المرسوم رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر رقم 55، المؤرخة في 26 سبتمبر 2001.
- 4 - المرسوم التنفيذي رقم 02-108 المؤرخ في 03 افريل 2002 المتضمن الموافقة على اتفاقية استثمارات و دعمها و متابعتها و شركة LNM.HOLDING N.V ، ج ر رقم 22 المؤرخة في 03 أبريل 2002.

- 5 - المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيله و تنظيمه و سيره، ج ر رقم 64 المؤرخة في 11 أكتوبر 2006.
- 6 - المرسوم التنفيذي رقم 13-320 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2013 الذي يحدد كفيات اللجوء إلى التمويل الضروري لانجاز استثمارات اجنبية مباشرة أو بالشراكة، ج ر رقم 48 المؤرخة في 29 سبتمبر 2013.

• المراسيم التشريعية

- 1 - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر رقم 64 المؤرخة في 10 أكتوبر 1993.

ثالثا: أحكام وقرارات قضائية

- 1 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 18/01/1994 في الطعن رقم 886 للسنة القضائية رقم 30.
- 2 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ 06/01/2001 في قضية رقم 65 للسنة القضائية رقم 18.

رابعا: المقالات

- 1 - 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.
- 2 - محمد عبد الخالق محمد الزغبى، عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بين النظرية و التطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ-مصر، ديسمبر 2011.
- 3 - عادل عبد العزيز السن، نماذج و تجارب للمشاركة بين النظامين العام و الخاص، ندوة الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (ppp) و التحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ - مصر، ديسمبر 2011.
- 4 - عمر سليمان، الاطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص (ppp)، ندوة الاطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص و التحكيم في منازعاتها ، شرم الشيخ-مصر، ديسمبر 2011.

5 - سيهوب سليم، الشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام في مجال المياه والتطهير، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، العدد الثاني أكتوبر 2015.

خامسا: أطروحات الدكتوراه

1 - ربيعة قصوري ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، سنة 2010-2011.

سادسا: مذكرات الماجستير

1 - ايدنارين سميرة، عقد الشراكة الدولي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2000-2001.

2 - بوزكري جمال، الشراكة بين الجزائر و الاتحاد الأوروبي وتأثيرها على الاقتصاد الجزائري، رسالة ماجستير في الاقتصاد الدولي، جامعة وهران، سنة 2012.

3 - حصايم سميرة، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2011/04/12.

4 - لكل أمين، الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران SEOR، رسالة ماجستير كلية العلوم الاقتصادية والتجارة والتسيير، جامعة تلمسان ، سنة 2013-2014.

5 - شهرزاد سبتي، اتفاقات الشراكة في اطار قانون الاستثمار الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2011-2012.

6 - نوري ياسمين، مكانة القطاع الخاص المنتج في ظل السياسات التنموية في الجزائر بين الخطاب الرسمي والواقع الميداني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2015-07-07.

7 - سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الدراسية، سنة 2011-2012.

سابعاً: مذكرات الماستر:

- 1 - براغثة آمنة - العقون نريمان، تسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لواشنطن، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق جامعة 08 ماي 1945 قالمة، سنة 2013-2014.

ثامناً: المداخلات العلمية

- 1 - أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة للمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الادارية، معهد الادارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، من 01 إلى 04 نوفمبر 2009.

تاسعاً: المجالات العلمية

- 1 - الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص ، معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، المدرسة الوطنية للإدارة ، تونس الدورة الرابعة تونس، ديسمبر 2010 جويلية 2011.
- 2 - مؤتمر العمل العربي، الدورة 38، البند العاشر، تكامل دور القطاعين العام و الخاص في التنمية، القاهرة-مصر، سنة 2014.

II.المراجع باللغة الفرنسية

A-Ouvrages :

- 1- Frédéric colin, l'essentiel de la jurisprudence administrative, gualino lextenso edition, paris 2009.
- 2- Rachid Zouaimia, Marie Christine rouault, droit administrative, berti edition, paris, 2007.
- 3- Xavier Beznçon, Laurent Deruy, Roger Fiszelson , Marc fornacciri, les nouveaux contrats de partnrariat public privé, analyses juridiques- problèmes financiers et comptables- conseils pratiques, le moniteur éd, paris 2005.

B- Textes juridiques :

- 1- Ordonnance N°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats. Jorf N°141 du 19 juin 2004.
- 2- Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, Jorf N°246 du 21 octobre 2004.

3- Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales, Jorf N°253 du 29 octobre 2004.

4- Décret n°2005-953 du 9 août 2005 portant modification du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales, Jorf N° 185 du 10 aout 2005.

5- décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n°0011 du 14 janvier 2011.

C- Articles :

1- François berger, le partenariat public privé en frances, presupvesto y gasto publico, institution de estudios fiscales, année 2006.

2- Frank Venmas, le partenariat public privé pour les batiments scolaires en communauté française, courrier hebdomadaire du CRISP, n°2067-2068, année 2010.

3- Jean Robert, l'arbitrage, droit interne, droit international privé, dalloz, paris, 1993.

4- Jean Yves Perrot et Gautier Chatelus, financement des infrastructures et des services collectifs, presses de l'école nationale des ponts et chaussées, Paris, 2000.

5- Oscar Alvarez Robles, partenariat public-privé (ppp), conférence européenne des directeurs des routes, mai 2009.

6- Pascal Gaudrou, Henriville, un partenariat public-privé réussi dans le secteur de la santé, revue français d'administration publique, école nationale d'administration (ENA), n°130, année 2009.

D- Thèses de doctorat :

1- Cathy Zadra, les partenariats public-privé en Europe centrale, thèse pour le doctorat en sciences économiques, université paris 8, Saint Denis-Vincennes, sciences économiques, soutenue le 19 octobre 2010.

2- Nimrod Roger Tafotie Youmsi, Build Operate and Trasfer (BOT) projects, contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics, en vue de l'obtention du grad

académique de docteur de l'université de Luxembourg en droit, l'université de Luxembourg, soutenue le 06/01/2012.

C- mémoires de magistère :

1- Ahmane Kheira, le contrat international de l'eau : contribution à une étude de partenariat public-privé, mémoire de magistère en droit public économique, université d'Oran, 2013-2014.

.III مواقع انترنت

1 -معجم المعاني الجامع ، عقد الشراكة/ www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/

2- <http://www.mincommerce.gov.dz/arab/?mincom=itifakiachar>.

3- <http://www.seaal.dz/qui-sommes-nous/profil/>.

4- <https://www.eauxdemarseille.fr/Nos-competences/A-l-international>

5- http://www.ratp.fr/fr/ratp/c_5070/exploiter-des-reseaux/.

6- <http://www.echoroukonline.com/ara/articles/269522.html>.

7- <http://www.anep.com.dz/bomop/>

8- <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85/>

9- <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85/>

10- http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

الفهرس:

الإهداء

الشكر والتقدير

المقدمة.....1

الفصل الأول: الإطار النظري والمفاهيمي لعقد الشراكة

مقدمة الفصل.....8

المبحث الأول: ماهية عقد الشراكة.....9

المطلب الأول: مفهوم عقد الشراكة.....9

الفرع الأول: نشأة وتطور عقد الشراكة.....9

أولاً: في المملكة المتحدة.....9

ثانياً: في فرنسا.....12

ثالثاً: في الجزائر.....16

الفرع الثاني: تعريف عقد الشراكة.....22

أولاً: التعريف اللغوي.....23

ثانياً: التعريف القانوني.....23

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ومبررات اللجوء إليه وخصائصه.....33

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ومبررات اللجوء إليه.....33

أولاً: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة.....33

ثانياً: مبررات اللجوء إلى عقد الشراكة.....41

الفرع الثاني: خصائص عقد الشراكة.....43

أولاً: عقد الشراكة عقد شامل.....43

44	ثانيا: عقد الشراكة يمتد لمدة زمنية طويلة
44	ثالثا: عقد الشراكة يرتبط بمشاريع البنى التحتية
46	رابعا: عقد الشراكة يقوم على مبدأ تقاسم المخاطر
49	خامسا : أطراف عقد الشراكة أحدهما من القطاع العام والآخر من القطاع الخاص
54	المبحث الثاني: مميزات عقد الشراكة عن العقود المشابهة له ونماذج عنه وتقييمه
54	المطلب الأول: تمييز عقد الشراكة عن العقود المشابهة له
55	الفرع الأول: بحسب معيار الحصول على المقابل المالي
55	أولا: تمييز عقد الشراكة عن الصفقات العمومية
60	ثانيا: تمييز عقد الشراكة عن عقود تفويض المرافق العامة
64	الفرع الثاني: بحسب معيار النظام القانوني
64	أولا: تمييز عقد الشراكة عن نظام الخصخصة
67	ثانيا: تمييز عقد الشراكة عن عقد البوت
76	المطلب الثاني: نماذج عن عقد الشراكة وتقييمه
76	الفرع الأول: نماذج عن عقد الشراكة
76	أولا: نماذج عن عقد الشراكة في الدول الأوروبية
81	ثانيا: نماذج عن عقد الشراكة في الدول العربية
86	الفرع الثاني: تقييم عقد الشراكة
86	أولا: محاسن وفوائد عقد الشراكة
91	ثانيا: مساوئ ومعوقات عقد الشراكة
93	خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني: الجوانب العملية والتطبيقية لعقد الشراكة

95	مقدمة الفصل
96	المبحث الأول: ضوابط إبرام عقد الشراكة والآثار المترتبة عنه
96	المطلب الأول: ضوابط إبرام عقد الشراكة
96	الفرع الأول: شروط إبرام عقد الشراكة
101	الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد الشراكة
102	أولاً: مفهوم المناقصة (طلب العروض)
103	ثانياً: الإجراءات المتبعة لإبرام عقود الشراكة
103	أ - الإجراءات السابقة على التعاقد
106	ب - الإجراءات الواردة على التعاقد
117	المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن عقد الشراكة
117	الفرع الأول: آثار عقود الشراكة بالنسبة للشريك العام
118	أولاً: حقوق الشرك العام
126	ثانياً: التزامات الشريك العام
131	الفرع الثاني: آثار عقد الشراكة بالنسبة للشريك الخاص
131	أولاً: حقوق الشريك الخاص
137	ثانياً: التزامات الشريك الخاص
145	المبحث الثاني: تسوية منازعات عقود الشراكة عن طريق اللجوء إلى التحكيم
146	المطلب الأول: ماهية التحكيم
146	الفرع الأول: مفهوم التحكيم
146	أولاً: تعريف التحكيم
151	ثانياً: الطبيعة القانونية للتحكيم

153	ثالثا: أنواع التحكيم
159	الفرع الثاني: التحكيم وعقود الشراكة
159	أولاً: مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة
162	ثانياً: مزايا ومساوئ التحكيم في عقد الشراكة
168	المطلب الثاني: إجراءات التحكيم في عقود الشراكة
168	الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم والشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم
168	أولاً: تشكيل هيئة التحكيم
170	ثانياً: الشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم
178	الفرع الثاني: سير العملية التحكيمية
178	أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق
180	ثانياً: انتهاء الخصومة
185	خلاصة الفصل الثاني
186	الخاتمة
190	قائمة المراجع