التوازن بين المراكز القانونية في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

Equilibrium between the legal centers in the partnership contracts between the private and public sectors

روبة محمد رشيد (*) ، طالب دكتوراه
مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر، قسم الحقوق، كلية **الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة حمة لخضر بالوادي – الجزائر.
rouba-mohrachid@univ-eloued.dz

حوبة عبد القادر، أستاذ دكتور
كلية **الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة حمة لخضر بالوادي – الجزائر.
abdelkaderhouba@gmail.com

تاريخ الارسال: 2024/05/16	**تاريخ القبول:** 2024/10/07	**تاريخ النشر:** 2024/12/20

ملخص :

تسعى كل دولة إلى تحسين ظروف معيشة أفرادها من خلال تحسين الخدمة العمومية، ويتم ذلك ببناء وتشييد المرافق العمومية، إلا أنّ محدودية مواردها المالية وافتقارها التكنولوجيا الحديثة لإنجاز مرافق عامة ذات الجودة العالية يتعين عليها إبرام ما يسمى بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص من أجل إنجاز مشاريع البنى الأساسية حيث يتولى الشريك الخاص تقديم الخدمات موضوع الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، فتتصرف إرادة الدولة والشريك الخاص إلى إنشاء حق مباشر إلى جمهور المنتفعين، هذا الأخير الذي ليس طرفا في عقد الشراكة إلا أنّ الاشتراط لمصلحة الغير يُرتب أثارا تظهر في العلاقات الثلاثة؛ الدولة، والشريك الخاص، وجمهور المنتفعين تكون في صورة التزامات وحقوق متقابلة.

الكلمات المفتاحية : الشراكة، القطاع العام، القطاع الخاص، جمهور المنتفعين، الالتزامات والحقوق، الشريك الخاص.

***المؤلف المرسل :** روبة محمد رشيد، rouba-mohrachid@univ-eloued.dz

Abstract:

Each country seeks to improve the living conditions of its inhabitants by improving the public service throughout construction of public facilities but its limited financial resources and lack of modern technology to realize public facilities of high quality Imply conclusion of so called partnership contracts between public and private sector in order to realize projects of infrastructure in which the private partner supplies the service object of partnership between public and private sector and in this context the will of the state and the private partner aims at creating a direct right to the public of beneficiaries, this last, who is not a part in the partnership contract but the enrollment in favor of others has visible impacts in the three relations : between the state, the private partner and the public of beneficiaries which take the form of reciprocal obligations and rights.

Keywords: Partnership, Public sector, Private sector, Audience of beneficiaries, Obligation

مقدمة:

عُرِف مصطلح الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص على أنّه نظام من أنظمة تمويل مشروعات البنية الأساسية، وتعد من الأدوات الفاعلة التي تلجأ إليها الدول من أجل بناء وتشييد المرافق العامة وتفعيل مؤسساتها المعطلة، وتعود أسباب اللجوء إلى الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى عدة أسباب يمكننا حصرها في:

- عجز الميزانية العامة ونقص موارد الخزينة العمومية بسبب زيادة النفقات العامة ونقص الإيرادات.
- تباطؤ معدلات النمو الاقتصادي وهي ظاهرة تتصاعد في معظم البلدات النامية تمثلت في انخفاض معدلات النمو في الناتج المحلي وخصوصا في الإنتاج الزراعي، وبالتالي سيطرة البلدات المتقدمة على التجارة الدولية في الغذاء واستعمالها كوسيلة ضغط سياسي وزيادة وتفاقم الديون الخارجية للبلدان النامية، إلى جانب عدم قدرة الدول على تحقيق التنمية المستدامة بمفردها بسبب محدودية مواردها المالية والبشرية وافتقارها للتكنولوجيا المتطورة.

ومن أجل تقديم أفضل خدمات للجمهور وبأقل التكاليف تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه شركة المشروع (أو المستثمر) بموجب عقد اتفاق بينهما يسمى اتفاق الترخيص تلتزم من خلاله شركة المشروع بتصميم وبناء المشروع وتشغيله وصيانته، وتتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بعدة خصائص تبين خصوصيتها واختلافها عن الكثير من العقود نذكر منها:

- تنفيذها يتطلب عدة مراحل ابتداء من تصميم المشروع إلى بنائه وتشييده وأخيرا استغلاله وتشغيله.
- ترتكز مبدأ تقاسم المخاطر ولقيامه يتطلب على التوازن العقدي القائم على تنظيم المخاطر.
- وكذا تعدد ميادين تطبيق عقود الشراكة فتعد المرافق العمومية في الحقل الخصيب لتجسيدها إضافة إلى جميع القطاعات الاقتصادية.

وأهم خاصية هي تعدد الأطراف المشتركة لتنفيذها فتلعب الدولة والشريك الخاص الدور لرئيس في العقد كونهما طرفي العقد، إضافة إلى جمهور المنتفعين بالرغم أنهم من الغير في عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، إلاّ أنّ هذا الأخير يُرتب لهم حقوقا والتزامات أساسها أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، ولتحقيق الأهداف المرجوة من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتحقيق المراد منها وجب تظافر كل جهود أطرافها.

واستنادا إلى ما سبق سنتعرض إلى التزامات كل من الدولة (الإدارة المتعاقدة)، الشريك الخاص (المستثمر أو شركة المشروع) وجمهور المنتفعين في المبحث الأول، وحقوق وسلطات أطراف عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التزامات أطراف عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

سنتعرض في هذا المبحث إلى التزامات كل من السلطة المتعاقدة (الدولة)، والتزامات القطاع الخاص (شركة المشروع) في عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، وكذلك التزام المنتفعين في عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص.

المطلب الأول: التزامات السلطة المتعاقدة (الدولة)

أولا: تنفيذ عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص وفقا لمبدأ حسن النية:

يُعد مبدأ حسن النية من المبادئ الثانية في مختلف التشريعات وأصل من أصول القانون، إذ على السلطة المتعاقدة مع القطاع الخاص (تبسيط الإجراءات الإدارية وتمكين

شراكة المشروع "القطاع الخاص" من الأرض المزمع إقامة عليها المرفق العام) وعليها كذلك تذليل كل العقبات من أجل إنجاز المشروع [1].

وقد نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري: **"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ..."**.

ثانيا: شرط عدم المنافسة:

على الإدارة المتعاقدة من خلال عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص عدم منافسة شركة المشروع (المستثمر)، إلاّ إذا أخفق هذا الأخير ولم ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، فيكون للسلطة المتعاقد هنا اتخاذ كامل الإجراءات والتدابير اللازمة دون الرجوع إليه، وفي نفس السياق فعلى السلطة المتعاقدة تمكين الطرف المتعاقد معها (شركة المشروع) المستثمر من موقع المشروع وتسليم حيازته المادية، متعهدة بحصرية استغلال الموقع طيلة فترة التعاقد.

ثالثا: التزام الإدارة المتعاقدة بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية:

من أجل تنفيذ عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص تحتاج شركة المشروع إلى تراخيص وموافقات من طرف الدولة لأجل البدء في إنشاء وكذا استغلال وتشغيل المشاريع (المرافق العامة) موضوع عقد الشراكة، فعلى الدولة المستقطبة لهاته الشراكات أن تتعامل مع هاته الاستثمارات بقدر كبير من التنسيق والتبسيط، وكذا توفير الضمانات اللازمة للمستثمر كالإعفاءات الضريبية الجمركية، كل هذا يشجع المستثمرين على الاستثمار في أراضيها[2].

كما على الدولة توفير الوعاء العقاري اللازم لبناء وتشييد المشروع موضوع الشراكة، ونجد أنّ بعض الدول نصت على ذلك في قوانينها المتعقلة بتنظيم الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، نذكر مثلا دولة مصر فقد نصت المادة 34 من قانون تنظيم الشراكة رقم 67 لسنة 2010: **"يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي: ... ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع"**[3]. مع التزامها بعدم التقاعس والتسويف ذلك من خلال سرعة تنفيذ التزاماتها التعاقدية فور إبرام العقد ودون اللجوء إلى أساليب التسويف والمماطلة، في حال تقاعست الجهة الإدارية عن القيام

بذلك كان من حق المتعاقد اللجوء إلى القضاء ليطالبها بالالتزام أو طلب الفسخ مع التعويض[4].

رابعا: التزام الإدارة المتعاقدة بتوفير مناخ استثماري ملائم:

لجوء الإدارة (الدولة) المتعاقدة إلى إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يفرض عليها خلق بيئة استثمارية ملائمة تقوم على:

- توفير إطار قانوني وتنظيمي ينبثق من الإرادة السياسية للدولة ذو قواعد شفافة واضحة مع وجود رقابة قضائية مستقلة، يلجأ إليها المستثمر في حال أخلت الدولة بأحد التزاماتها تجعل من المستثمر يثق بالدولة المتعاقدة معها فرأس المال جبان يحتاج دوما إلى أمان.
- النص على مبدأ الثبات التشريعي، سواء في قانون خاص بالشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص أو من خلال قوانين الاستثمار.
- الدعوة إلى منافسة شريعة نزيهة يتساوى فيها كل المستثمرين.

خامسا: التزام الإدارة المتعاقدة بتنفيذ كل بنود عقد الشراكة:

على الإدارة المتعاقدة الالتزام بكل ما هو وارد من أحكام في دفاتر الشروط وتنفيذها وبحسن نية تنفيذا كاملا، ويحظر عليها القيام ما من شأنه أنّه ينقص أو يقلل من تلك الالتزامات، إلا إذا كانت هناك ضرورة قصوى تقتضيها المصلحة العامة، وإن حدث ذلك عليها تعويض المستثمر (الشريك الخاص) تعويضا عادلا، وتكون المسؤولية مشتركة بينها وبين الشريك الخاص في حال أخل بأحد بنود العقد.

المطلب الثاني: التزامات القطاع الخاص (شركة المشروع) في عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص يلتزم القطاع الخاص (المستثمر) بإنشاء وتشييد المشروع، والالتزام بنقل التكنولوجيا، وكذلك الالتزام بتشغيل وصيانة المشروع وتدريب العاملين.

أولا: التزام القطاع الخاص بإنشاء وتشييد المشروع وتنفيذه بنفسه:

لارتباط العقد الإداري بالمرافق العام يخضع المتعاقد مع الإدارة لإجراءات دقيقة، أي أنّ الإدارة المتعاقدة تختار الشريك الخاص (المستثمر) بناء على الاعتبار الشخصي من أجل أن يقوم ببناء المشروع وتشييده بنفسه[5].

ويتم بناء المشروع بإحدى الطريقتين:

الأولى: أن يعهد الشريك الخاص (شركة المشروع) إلى عدة مقاولين على أن يلتزم كل مقاول بتنفيذ عملية من عمليات المشروع ويكتفي بالإشراف على أعمال المقاولين.

الثانية: أن تعهد كل العمليات لمقاول واحد ويشرف الشريك الخاص كل أعماله، إلاّ أنّ هذا يتطلب امتلاك الشريك الخاص (شركة المشروع) إطارات فنية قادرة على التحكم في الإشراف، ويتطلب أيضا جملة من العقود المسبقة كعقود التصميم، والتوريد، وكذا تدريب العمال [6].

ثانيا: التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص:

عرفت منظمة **ONUDI** التكنولوجيا: "هي محصلة إجمالية من المعارف والخبرات والمهارات اللازمة لتخطيط وتصميم وتنفيذ وإنشاء وتشغيل أحد مشروعات البنية الأساسية، بالإضافة إلى الجوانب الإدارية والتنظيمية والتسويقية ذات الصلة بالمشروع المقصود"[7].

وتُلْزِمُ الإدارة المتعاقدة شركة المشروع باستخدام تكنولوجيا معينة، وكذا الالتزام بنقل كل تكنولوجيا حديثة تطورت بعد إبرام عقد الشراكة، ويحقق الالتزام بنقل التكنولوجيا لشركة المشروع، نسبة أرباح طائلة من خلال تقليل اليد العاملة وكذا تقديم خدمة رفيعة المستوى.

وبالرغم من ذلك لا تُولي المؤسسات المالية التي تموّل شركة المشروع اهتماما كبيرا بنقل واستعمال التكنولوجيا الحديثة بقدر ما تهتم بتحقيق العائدات المتوقعة، فلذا أصبح لزاما على الدولة المستضيفة المتعاقدة تضمين عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة، وتحرص من خلال رقابتها للمشروع التأكد من استمرارية تنفيذ الالتزام بتكنولوجيا متقدمة متطورة.

وقد حرص المشرع الجزائري من خلال قانون الاستثمار 22 – 08 المؤرخ في 24 جويلية 2022 يتعلق بالاستثمار[8] في نص المادة 09 منه على وضع آلية لحماية المستثمر (شركة المشروع) في مجال نقل التكنولوجيا إقراره حماية حقوق الملكية الفكرية للمستثمرين[9].

ثالثا: الالتزام بتشغيل وصيانة المشروع وتدريب العاملين:

من هذه الالتزامات نجد:

- ضمانا لاستمرارية أداء المرفق العام وتحسين الخدمة العمومية، تلتزم شركة المشروع بعملية التشغيل والصيانة الدورية للمشروع (المرفق العام) وتعتبر هذه العملية من المسائل الحيوية والدقيقة، لأنّ مستوى الخدمة العمومية متوقف على كفاءة التشغيل والصيانة، وهذه المرحلة هي أطول مرحلة من مراحل عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ولضمان السير الحسن للمرفق العام (المشروع) تبرم شركة المشروع عقود مع شركات أخرى مضمونها التشغيل والصيانة يتم اختيارها بموافقة الإدارة المتعاقدة [10].
- يتصل الالتزام بتشغيل وصيانة المشروع بضرورة تدريب العاملين بالدولة، فيما يتعلق بالمشروع المتعاقد عليه، ويكون ذلك بتزويدهم بالثقافة الفنية والنظرية والعلمية اللازمة، ويكون هذا التدريب في صورتين:
  - ❖ التدريب النظري وهي دروس تلقي على العاملين من القطاع العام في أحد المراكز المخصصة للتدريب[11].
  - ❖ التدريب العملي يكون عبارة عن تربصات يمضيها العاملين من القطاع العام بالمنشأة (المشروع)، ويجب على شركة المشروع الالتزام بذلك طوال مدة العقد، ولتشجيع شركة المشروع على قبول تدريب العاملين من القطاع العام وتعليمهم على الدول تحمل دفع مرتبات هؤلاء العمال، ويرجع ذلك بالفائدة على الدولة في حال استلمت المشروع عند انتهاء مدة العقد [12].

المطلب الثالث: التزام المنتفعين في عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص

يقصد بالمنتفعين في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص هم من سيستخدمون المرفق العام بعد إنجازه واستغلاله من طرف الشريك الخاص، وهم من يدفعون عائدات المشروع واستفادتهم من المشرع يكون مباشرة، وأحيانا غير مباشرة، وعلى الرغم من أن جمهور المنتفعين ليس طرفا في العقد إلاّ أنّ عليهم التزامات وحقوق في عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص على أساس أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وفقا لأحكام القانون المدني، وقد يرتبطون بعقود خاصة كعقود المياه أو الكهرباء. وفي ذلك تنص المادة 669 من القانون المدني المصري: "ملتزم المرفق يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عملية بأن يؤدي إلى هذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه، وفقا

للشروط المنصوص عليها في عقد الامتياز وملحقاته، والشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين".

أولا: التزام المنتفعين بدفع الرسوم المقررة مقابل الخدمة:

تحصل شركة المشروع على مقابل نقدي نظير ما تقدمه من خدمات وسلع ومنتجات، ويسمى هذا بالرسم وهو منصوص عليه في عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص أو ملحقاته أو دفتر الشروط أو في اللوائح المقررة للأسعار[13].

والرسم المقرر للخدمات هو رسم ملزم لا يجوز تعديله أو تغييره حتى لو أنفق المنتفعين مع شركة المشروع على تعديله، لأنّ هذا الرسم مقرر وفقا لعقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص وهو ملزم لطرفيه كما أنّه ملزم للمنتفعين، بالرغم من أنهم من الغير ليسوا أطرافا في العقد، وحددت الإدارة المتعاقدة السعر مع شركة المشروع باعتبارها حامية للمصالح العامة[14].

أمّا إذا تم الاتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع على تعديل الرسوم فإنّ الرسم الجديد يسري على المنتفعين بأثر مباشر [15].

ثانيا: التزام المنتفعين باحترام سلطة الدولة في حالة استيلاء على بعض العقارات من أجل المنفعة العامة خدمة لمشروع الشراكة:

- قد يمنح المشرع الإدارة المتعاقدة سلطة الاستيلاء المؤقت لفائدة بعض العقارات المملوكة لأحد الأفراد.
- عدم جواز قيام المنتفعين بالتنفيذ على محتويات المشروع موضوع عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

المبحث الثاني: حقوق أطراف عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

سنتطرق في هذا المبحث إلى حقوق كل من الجهة الإدارية المتعاقدة في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، وكذلك حقوق شركة المشروع (المستثمر) في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص،

المطلب الأول: حقوق الجهة الإدارية المتعاقدة في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

الأصل هو قيام الحكومة (الجهة الإدارية) الدولة أو إحدى هيئاتها بإقامة المرافق العامة، ولظروف معينة كعجز الميزانية أو الافتقار إلى التكنولوجيا اللازمة. فتلجأ إلى إقامة

شراكة بينها وبين القطاع الخاص من أجل أن يقوم هذا الأخير بذلك، وعلى الرغم من إسناد إنجاز المرافق العامة للقطاع، إلاّ أنّ الحكومة الجهة المتعاقدة لا تتخلى عن رقابة هذه المرافق، وتحتفظ بحق الرقابة وهو حق أصل في العقود الإدارية، فتقوم الجهة الإدارية بالرقابة أثناء تنفيذ العقد (ولها كامل الصلاحيات بأمر القطاع الخاص "المستثمر").

أمّا الحق الثاني هو الحق أو سلطة الإدارة في تعديل عقد الشراكة من القطاع العام والخاص، وقد اختلفت آراء الفقهاء بشأن حق الإدارة في تعديل العقد بين مؤيد ومعارض فقد أيده فقهاء القانون العام وعارضها فقهاء القانون الخاص، ويعد سلطة الإدارة في تعديل العقد أكثر خطورة من حقها في الرقابة لأنّ تعديل بنود العقد يؤدي إلى أحكام المستثمرين على الإقبال على عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

أولا: حق الجهة الإدارية في الرقابة على عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص:

في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص تسعى شركة المشروع أو ما يسمى بالمستثمر من القطاع الخاص إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، دون مراعاة المصلحة العامة، مما يدفعها إلى استخدام مواد خام رديئة، واستخدام معدّات قديمة مهترئة، واستخدام أساليب في البناء والتشييد والتشغيل توفر لها أرباح طائلة[16].

وبما أنّ عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص عقد مركب به العديد من المراحل، والعلاقات بين مؤسسات مالية ضخمة، محلية أو دولية، فقد استلزم ضرورة التحديد الدقيق لقواعد وشروط مراقبة الإدارة (الجهة المتعاقدة) لمراحل التنفيذ، وحتى إن لم ينص العقد على جهة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد فإنّ سلطتها في مراقبة وتنفيذ العقد سلطة أصلية ترتكز على المبادئ العامة في القانون الإداري، ولا تستطيع التنازل عن حق الرقابة لأنّه يعتبر من النظام العام[17].

ويقصد برقابة الإدارة على عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص متابعة الشريك الخاص (المستثمر أو ما يسمى شركة المشروع)، في تنفيذ التزاماتها (الفنية، المالية، الإدارية، وتشمل الرقابة على كافة أعمال الصيانة والتجديد والتشغيل)، ويكون ذلك من خلال إرسال مندوبين من فنيين وخبراء ومهندسين إلى مواقع الإنجاز لفحص المواد المستعملة والتأكد من مدى مطابقتها للمواصفات التقنية حسب ما هو موجود في دفاتر الشروط وهذا هو المفهوم الضيق للرقابة، أمّا الرقابة بالمفهوم الواسع فهو تدخل الإدارة (السلطة المتعاقدة) كسلطة توجيه الإشراف فقط فيحق لها تغيير بعض من أوضاع تنفيذ العقد [18].

والأساس القانوني للحق في الرقابة بمعنى الإشراف هو أثر من آثار العقد ذاته فسلطة الإشراف هي التحقق من أنّ الشريك الخاص (شركة المشروع) يُنفذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه.

أمّا الأساس القانوني للرقابة بمعنى التوجيه وتغيير وضع من أوضاع التنفيذ والإحاطة بالمعلومات الضرورية عن حالة المرفق العام، ونشاطه فهي حقوق أصلية مستمدة من المبادئ العامة في القانون الإداري وأن تضمن العقد النص على هذه السلطة فلا تُعد منشئًا لها بل دوره هو تنظيمها وبيان وسائل وشروط مباشرتها[19].

وقد نصت بعض القوانين المنظمة لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص على ذلك نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر.

القانون المصري: قانون لتنظيم المشاركة رقم 67 لسنة 2010 في المادة 34 الفقرة (و) تنص على ما يلي: "يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي ... وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية، لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته".

والقانون التونسي: قانون رقم 49 لسنة 2015 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الباب الخامس منه الفصل 32 "علاوة عن أعمال الرقابة الأخرى التي يمكن أن ينص عليها عقد الشراكة يتعين على الشخص العمومي القيام بالأعمال التالية:

- متابعة مدى التزام شركة المشروع بتعهداتها وخاصة تقديم التقارير المشار إليها في الفصل 31 من هذا القانون.
- دراسة الوثائق التي تقدمها شركة المشروع والتثبت من مدى صحتها.
- القيام بالمراقبة الميدانية للأشغال للنظر في مدى تقدم تنفيذها ومدى استجابتها لأهداف النجاعة وللشروط الفنية المنصوص عليها في العقد.
- مراقبة مدى التزام شركة المشروع بالشروط التعاقدية المتعلقة بالمناولة لفائدة المؤسسات الصغرى والمتوسطة الوطنية وتشغيل اليد العاملة الوطنية، واستعمال المنتوج الوطني.

ويتوجب رفع تقرير في ذلك إلى الهيئة الوطنية للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص".

والقانون المغربي: ظهير شريف رقم 1.14.192 صادر في 24 ديسمبر 2014 بتنفيذ القانون 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة 18 منه جاء فيها: "يراقب الشخص العام تنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومدى احترام الشريك الخاص لا سيما، لأهداف حسن الأداء وجودة الخدمة المتفق عليها وكذا الشروط المتعلق بلجوء الشريك الخاص لمقاولات أخرى من أجل تنفيذ العقد ...".

ثانيا: سلطة الإدارة في تعديل عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص:

تعد سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية من أبرز سماتها، حيث للإدارة الحق في تعديل بنود العقود بالإرادة المنفردة ودون النص عليها في العقد بداعي مراعاة المصلحة، وتُعد سلطة الإدارة في تعديل عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص من أهم وأخطر السلطات[20].

نظرا للإمكانيات التي تتطلبها عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وكذا الدراسات ... المعتمد عليها وهي أسباب كافية لغل يد الإدارة المتعاقدة عن تعديل عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص بإرادتها المنفردة، مما جعل الفقهاء ينقسمون بين مؤيد ومعارض لحق الجهة الإدارية في تعديل عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

فذهب المعارضون من الفقهاء إلى القول بأنّ حق التعديل المعروف لدى العقود الإدارية لا يتلاءم مع عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص الذي يبرم وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري وما يقابلها بالقانون المصري المادة 147، أي أنّ تعديل لبنود العقود يكون إلا بموافقة أطرافه[21].

فالمستثمر الأجنبي يعتبر العقود التي يبرمها مع الدول هي من عقود القانون الخاص قائمة على رضا الطرفين، وما العقد وبنوده إلا قالب أفرغت فيه الالتزامات والحقوق، أمّا بالنسبة للدول المتعاقدة فيرى أنّ عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص هي عقود طويلة المدى لها طبيعة قابلة للتطوير لتغير الظروف التناسبية والاقتصادية ونظام الحكم[22].

أمّا المؤيدين فذهبوا إلى القول أنّ للإدارة الحق في تعديل العقد باعتباره من الشروط الغير المألوفة التي تميز العقود الإدارية وبالتالي فللسلطة المتعاقدة الحق في تعديل عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص **PPP** بإرادتها المنفردة إذا تطلبت حاجة المرفق

العام إلى ذلك، مع إلزام الإدارة المتعاقدة بتعويض الشريك من القطاع الخاص عن الأضرار التي ستلحقه جراء التعديل[23].

فبين مؤيد ومعارض وعلى الرغم من أنّ سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية من أبرز سماتها، إلاّ أنّ بعض التشريعات وتقديرا للطبيعة الخاصة لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص نصت على ضوابط تعديل هذه العقود ونذكر من بينها: المشرع الفرنسي، والمشرع المصري.

المشرع الفرنسي نصّ في الفقرة (**h**) من المادة 11 من الأمر المنظم لعقود الشراكة وتعديلاته اللاحقة على ضرورة أن تتضمن عقد المشاركة أو ملحقات هذا العقد الشروط التي على أساسها يمكن للمتعاقدين أو لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة تعديل بعض أوجه أو مظاهر العقد نتيجة تطور احتياجات المرفق العام، أو بسبب اكتشافات تكنولوجية أكثر تطورا أو بنتيجة تغير الشروط المالية المقررة للمتعاقد، أي أنّ المشرع الفرنسي منح سلطة تقديرية للإدارة في تقدير حالات التعديل[24].

أمّا المشرع المصري ومن خلال استقراء المادة 07 من القانون 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، فقد اشترط عند إبرام عقد المشاركة ضرورة بيان مبررات تدخل جهة الإدارة في حالة التعديل، فقرر صورًا محددة لذلك، أي أنّ المشرع المصري حدد وحصر الحالات التي يمكن للإدارة أن تقوم بتعديل عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص.

وقد وضع كل من المشرع الفرنسي والمصري شروطا عند تعديل عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص وهي:

- للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال متى اقتضت المصلحة العامة ذلك.
- يحوز الاتفاق على تعديل عقد المشاركة، وذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد المشاركة.
- عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد.
- أن يكون التعديل منصبًا على أعمال من ذات ونوع وجنس التزامات المتعاقد.

المطلب الثاني: حقوق شركة المشروع (المستثمر) في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

تستمد شركة المشروع حقوقها في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، من مصدرين هما القانون وعقد الشراكة، وتتمثل هذه الحقوق في حصولها على المقابل المالي، حقها في منع الضرر والحصول على التوازن المالي، وحقها في الاستفادة من ضمانات الاستثمار.

أولا: الحق في الحصول على المقابل المالي

يعد الحصول على المقابل المالي أهم حق في جُل العقود الإدارية، فهدف شركة المشروع من إبرام عقد الشراكة هو الحصول على الأرباح. وتتقاضى شركة المشروع المقابل المادي في عقود الشراكة إلا بعد أن تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة معها شهادة قبول مستوى جودة الأعمال أو الخدمات[25].

ويكون المقابل المالي في عدة صور:

- **الرسم:** هو مبلغ يؤديه الفرد في مقابل هدمة تمتع بها، هو مختلف عن الضريبة هذه الأخيرة هي تكليف يؤديه الفرد دون حاجة كرضاه.
- **الثمن:** يقوم الشريك الخاص في عقود الشراكة بالقيام بتمويل إنجاز ومشاريع البنية الأساسية على نفقته الخاصة، ثمّ يحصل على مقابل ما أنفقه إضافة إلى هامش ربح في صورة مبالغ مالية يحصل عليها بطريقة مجزأة على دفعات طيلة مدة العقد [26].

ثانيا: حق شركة المشروع في منع الضرر والحصول على التوازن المالي:

يقصد به قيام جهة الإدارة المتعاقدة بضمان التوازن بين حقوق شركة المشروع والتزاماتها، مما يسمح باقتسام المخاطر التي قد يتعرض لها المشروع، فعقد الشراكة من العقود متراخية التنفيذ وبالتالي يوجد فاصل زمني بين الانعقاد والتنفيذ، فيتعرض العقد إلى مخاطر تحول دون تنفيذه بالشروط التي وردت في العقد فقد تجعل تنفيذه مستحيلا بصورة نهائية أو يكون استحالة التنفيذ حادث مؤقت.

فلذا أوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حال ما كان استحالة التنفيذ حادثا مؤقتا بسبب ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد الشراكة وذلك بتعديل الالتزام من خلال إنقاص التزامات شركة المشروع وزيادة في التزامات الإدارة المتعاقدة ليرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ثالثا: حق الشركة المشروع في الاستفادة من ضمانات الاستثمار:

عندما تقوم الدولة وشركة المشروع بإبرام عقد الشراكة، فإنّ هذا يعطي حقا لشركة المشروع الحق في التمتع بالمزايا والحوافز المنصوص عليها في قانون الاستثمار لدولة مقر المشروع وتكمن هذه الحقوق في:

- عدم جواز التأميم والمصادرة.
- عدم استعمال الدولة لحق الشفعة في حال بيع أصول شركة المشروع.
- الاستفادة من الإعفاءات الضريبية والجمركية.
- حماية الملكية الفكرية.

المطلب الثالث: حقوق المنتفعين

أولا: حق **المنتفعين في المساواة عند الاستفادة بمشروعات الشراكة:**

حق المساواة من المبادئ الأساسية التي نادت عليها إعلانات ومواثيق حقوق الإنسان، هو حق دستوري دونته أغلبية دساتير الدول ويقصد به تحقيق المساواة التامة بين كل المنتفعين في الخدمات العامة.

ثانيا: تحقيق المساواة بين العملاء في الخدمة العمومية أو تقاضي الأجر:

أي أنّ مبدأ المساواة يقتضي عدم التمييز بين المنتفعين سواء من حيث السعر أو جودة المنتجات فلا يجوز بيع نفس المنتج بسعر أقل أو عرض منتج أكثر جودة بأسعار مرتفعة لعدد من المنتفعين دون غيرهم وعدم التمييز في المعاملة، أو تقديم الخدمة وفقا للمحسوبية وتعاطي الرشوة. وقد أكد ذلك قانون مشاركة القطاع الخاص المصري لسنة 2010 في مادته 06 نصها: **"على شركة المشروع التي تتضمن عقد المشاركة في إسناد استغلال المشروع إليها، الالتزام بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين بالمنتجات أو الخدمات التي يتيحها المشروع سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة، وللشركة بعد تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين الذين تتساوى مراكزهم القانونية، على أن يكون ذلك وفقا لقواعد مقررة سلفا، ويشرط المساواة بين أشخاص كل فئة، وتكون شركة المشروع مسؤولة عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن مخالفة أحكام هذه المادة"**[27].

مما يستشف من هذه المادة أنّه لا يعد إخلالا لمبدأ المساواة بين المنتفعين تمييز سعر الخدمة بحسب فئاتهم طالما تم ذلك بصورة مضبوطة، إلاّ أنّه في حال تضرر أحد المنتفعين

بمشروعات الشراكة من وجود تمييز في المعاملة بينه وبين غيره من المنتفعين دون وجود مبرر فله التوجه إلى القضاء طالبا التعويض.

ثالثا: حق المنتفعين في مواجهة الإدارة المتعاقدة:

للمنتفعين الحق في أن يطلبوا من الإدارة المتعاقدة التدخل لإجبار الملتزم (شركة المشروع) على احترام شروط العقد في حالة عدم الاستجابة لذلك، فلهم حق الطعن في القرار الإداري السلبي في عدم التدخل في المواعيد المقررة لإلغائه أمام المحاكم الإدارية مجلس الدولة، وهذا الحق ما هو إلا حق المنتفعين اتجاه الإدارة هو قيامها بمراقبة الملتزم في إدارة المرفق العام.

الخ

اتمة:

مما سبق التطرق إليه نستخلص أنّه لتنفيذ عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ثلاثة أطراف الدولة أو أحد هيئاتها، الشريك الخاص (المستثمر) والمنتفعين. ولتسهم الشراكة في تحسين المستوى المعيشي لأفراد الدولة من خلال تنفيذ المشاريع التنموية وجب تكاثف جهود كل أطرافها، ويكون ذلك من خلال التزامهم بواجباتهم قبل المطالبة بحقوقهم. وقد توصلنا إلى عدة نتائج وحاولنا وضع بعض المقترحات.

النتائج:

- للإدارة المتعاقدة في عقود الشركة بين القطاع العام والقطاع الخاص حق الرقابة والإشراف وسلطة التعديل.
- جمهور المنتفعين وفقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير أصبح لهم مركز قانوني في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص فرتب لهم حقوق والتزامات.
- لا يجوز لشركة المشروع إبرام عقد من الباطن إلا بموافقة الإدارة المتعاقد معها.
- التزام شركة المشروع الاستمرار في تقديم الخدمات المتعاقد عليها، والمحافظة على جودتها، وضمان المساواة بين المنتفعين.

الاقتراحات:

- وضع قوانين خاصة بالشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لتنظيمها.

- نشر ثقافة الشراكة بين القطاع العام في أوساط أفراد المجتمع ولدى القطاع الخاص.
- التزام الدولة بالقضاء على البيروقراطية الإدارية من خلال ردع موظفيها في حال تقاعسهم، كان من حق المتعاقد اللجوء للقضاء ليطالبهم بالالتزام بالعمل.
- إنشاء أجهزة دستورية تتكون من إطارات الدولية وممثلي هيئات القطاع الخاص، وكذا أشخاص المجتمع المدني تتولى تحديد احتياجات الدولة من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومرافقة كل الاستثمارات في إطارها.

الهوامش:

[1] جمال الدين نصار، اتفاقية المشروع في المشروعات نظام البوت، مجلة التحكيم العربي، العدد3، أكتوبر 2000، ص30.

[2] يعرب محمد الرع، تفويض المرافق العامة وأبرز تطبيقاته (عقود البناء والتشغيل والتحويل – عقود البوت BOT)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص180.

[3] المادة 34 من تنظيم قانون المشاركة رقم 67 لسنة 2010.

[4] محمد عبد العزيز بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، فكرة العقد الإداري بين الحدود، المكتبة العصرية، مصر، 2010، ص120 – 121.

[5] كمال طلبة المتوصلي سلامة، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، (د ب)، 2015، ص24.

[6] محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح (نموذج من عقود التنمية)، دار النهضة العربية، (د ب)، (د ت)، ص13.

[7] محمد شعبان سالم، نظرة النظام لعقد التشييد والاستغلال نقل الملكية (BOT) والمسؤولية المدنية الناشئة عنه، مركز الدراسات العربية، (د ب)، 2022، ص195.

[8] القانون 18/22 المؤرخ في 24 جويلية 2022 يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادر في 28 جويلية 2022م.

[9] أرزيل الكاهنة، نظرة حول جديد قانون الاستثمار لسنة 2022، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 17، العدد02، 2022، ص53 – 54.

[10] جمال الدين نصار، مرجع سابق، ص89 – 90

[11] جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1، منشورات ذات السلاسل، (د ب)، 1983، ص402.

[12] محمد شعبان سالم، مرجع سابق، ص198.

[13] هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص "دراسة تحليلية لنظام التملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT"، ط1، دار النهضة العربية، (د ب)، 2001، ص325.

[14] مصطفى محمود عفيتي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"، مطبعة البحيرة، مصر، 2005، ص216

[15] أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء، (د د ن)، (د ب)، (د ت)، ص222.

[16] عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود BOT، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2019، ص204

[17] محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري، التنشيط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة – الجزائر، 2004، ص25.

[18] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ج2، ط5، دار الفكر العربي، (د ب)، 1991، ص428.

[19] أمل عبد الصمد الكوت، عقود الشراكة PPP، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018، ص184

[20] المرجع نفسه، ص203.

[21] حمادة عبد الرزاق، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة.(د ب)، 2012، ص580.

[22] محمد شعبان سالم، مرجع سابق، ص184.

[23] سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص22.

[24] عبد الكريم الشاطر، التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة PPP، مركز الدراسات العربية، (د ب)، 2018، ص342.

[25] جهاد ديب زهير العابدين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دار الفكر والقانون، مصر، 2015، ص236.

[26] عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص184.

[27] المادة 06 من قانون المشاركة لسنة 2010 رقم 67 المصري.