الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ابن خلدون – تيارت–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الإداري

بعنـــــوان:

عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص
الجزائر–فرنسا–المملكة العربية السعودية

من إعداد الطالبتين

❖ زروقي نسرين

❖ عروصي وئام

تحت إشراف:

د.كمال مدزن

لجنة المناقشة:

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
مقدم حمر العين	أستاذ محاضر أ	رئيساً
مدون كمال	أستاذة محاضر أ	مشرفاً مقراراً
سيهوب سليم	أستاذة محاضرأ	عضوا مناقشاً
بن تمرة بن يعقوب	أستاذ مساعد أ	عضوا مدعوا

السنة الجامعية: 2024/2023

كلمة شكر

أول الشكر وآخره لله العلي القدير الذي منحنا الصحة والعزم لإنجاز هذا العمل وإتمامه.

نتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور "مدون كمال" الذي نكن له كل التقدير ونتوجه إليه بأسمى عبارات الشكر والعرفان.

كما نتقدم بجزيل الشكر للأساتذة على ما أسدوه لنا من توجيهات ونصائح قيمة ولم يبخلوا علينا بوقتهم ومعلوماتهم التي ساهمت في إعداد هذا البحث وإثرائه والذي نتمنى أن نكون قد وفقنا في إنجازه، أدام الله عليهم الصحة والعافية.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة، الذين سنلتزم بكل توجيهاتهم وإنتقاداتهم العلمية والموضوعية.

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد ولو بكلمة زادت من همتي، وأمدلي يد المساعدة.

إلى كل طالب علم أينما وجد وحيثما كان.

فللكل خالص التقدير، الحب والوفاء، جازى الله عنى الجميع خير الجزاء.

زروقي نسرين - عروصي وئام

إهــداء

العقل وديعة والعلم ما يودع فيه، ما الحياة سوى كتاب، وهذا كتابي، فاليوم أنهيت أخر مرحلة في الدراسة وبها قد انطوت صفحة من صفحات الحياة تعلمت الكثير ومازلت أتعلم ،ها أنا اليوم أقف على عتبة تخرجي وأرفع قبعتي بكل فخر بفضل الله.

بمناسبة تخرجي لك يا سيدة نساء الكون في عيني، يا معنى الحياة وسر الوجود من كان دعائها سر نجاحي، إلى من رافقتني في كل مشاويري حياتي ولا تزال إلى الأن، لك أهدي تخرجي يا عذبة الروح

فإبنتك اليوم وبكل تواضع قد صارت خريجة بكل فخر "أمي الحنونة".

إلى من يدعوا لي في كل صلاة إلى من جعل كل صعب سهل إلى من لم أعرف بفضل نصائحه للفشل سبيلا"أبي الحبيب".

إلى ذلك الإنسان العظيم الذي تمنى أن تفرح عيناه برؤيتي في يوم تخرجي، إلى الذي حضنه التراب قبل أن أحقق هدفي، إلى أخي "**ياسين بلقاسم**" رحمه الله وأسكنه فسيح جناته أهدي تخرجي ونجاحي لك يا أخي.

أهدي ثمرة جهدي :

إلى من رزقت بهم سندا إخوتي حفظهم الله ويسر طريقهم "عبد الرحيم "،"وليد"،"إلياس".

إلى من هي دائمة الوجود بجانبي، إلى من هي عطر حياتي، أختي الوحيدة "شهيدة".

إلى من ملؤا حياتنا بالحب والسعادة، إلى أحفادي عائلتنا، إلى نور وضحكة بيتنا، إلى إبنة أختي الحبيبة"رتاج" وأخيها العزيز"حسام".

إلى مصدر الحكمة والحنان، إلى من كانوا نورا وسندا لي إلى جدي "حاج"وجدتي "مباركة"، بكل حب وتقدير أهديكما هذا العمل.

إلى من هو قدوتي في النجاح ومصدر إلهامي، خالي "**فوضيل**".

وإلى من وفتهم المنية رحمهم الله جدي "بن عطية"،وجدتي "شهدة"،وعمي "بلقاسم".

أهدي عملي هذا لكل العائلة كبيرا وصغيرا وكل روح شاركتني بدعائها.

أستاذي يسرني أن أهدي لك هذا العمل المتواضع الذي لم يكن ليكتمل لولا توجيهاتك السديدة وإرشاداتك القيمة، د"كمالمدون"لقد كنت نعم الأستاذ ونعم المرشد والداعم طيلة أعوام الدراسة، أشكرك جزيل الشكر على وقتك وجهدك وصبرك فلك مني خالص التقدير والإحترام.

إلى من شاركتني هذا العمل"وئام".

إلى اللواتي إلتقيت بهن بإبتسامة وأتمنى أن تدوم رفقتهم، منذ لحظة إلتقائنا كنتم أكثر من صديقات بالنسبة لي، أخواتي التي لم تنجبهم لي أمي، "ندى ،إكرام، وئام ،شيماء ،صبرينة،سهيلة"وكل صديقات الكلية.

إلى من يضحون بأرواحهم لأجل أمننا وسلامتنا، إلى من نعيش في أمان ونتمتع بالحرية التي جعلت هذا الإنجاز ممكنا إلى "حماة الوطن".

أخيرا :من قال أنا لها نالها أنا لها إن ابت رغما عنها أتيت بها، فالحمد لله الذي ما كنت لأفعل هذا دون توفيق منه.

زروقي نسرين

إهـــــداء

كانت المراد وكان وصلها وجهتي الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

من قال أنا لها نالها وان أبت رغما عنها أتيت بها

لم تكن الرحلة قصيرة ولا الطريق محفوفا بالتسهيلات لكنني فعلتها، نلتها وعانقت اليوم مجدا عظيما ،فالحمد لله الذي يستر البدايات وبلغنا النهايات بفضله وكرمه.

اهدي هذا النجاح لنفسي أولا ثم إلى كل من سعى معي لاتمام هذه المسيرة دمتم لي سندا لاعمر له.

وبكل حب أهدي ثمرة نجاحي:

إلى الرجل العظيم الذي دعمني بلا حدود وأعطاني بلا مقابل...إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم والمعرفة، وإلى من غرس في روحي مكارم الأخلاق داعمي الأول في مسيرتي وسندي وملاذي بعد الله.

فخري واعتزازي :"والدي الغالي".

إلى من أفضلها عن نفسي من جعل الله الجنة تحت أقدامها ،المرأة التي صنعت مني فتاة طموحة، قدوتي الأولى لمن رضاها يخلق لي التوفيق، احتضنني قلبها قبل يديها ،وسهلت لي الشدائد بدعائها.

سر نجاحي :"جنتي والدتي ".

لايعلوا فضل على فضلكما حفظكما الله لي.

إلى جدتي التي هي أمي الثانية، حبيبة قلبي والنعيم مابين قلبي وأمنياته.

إلى جدي الأحب إلى قلبي، وخير من أحسن الي اللهم احفظه لي فهو سند بركة وأمان في أيامي وبارك في عمره وأرزقه من حيث لا يحتسب وأجعله أسعد خلقك.

وإلى من شد الله بهم عضدي فكانوا خير معين اخوتي سندي وكتفي الذي أستند عليه دائما لطالما كانوا الظل لهذا النجاح.

ولا أنسى رفقاء الروح أخواتي التي لم تلدهم لي أمي، ملائكة رزقني الله بهن لأعرف من خلالهن طعم الحياة الجميلة غيرن مفاهيم الحب والصداقة إلى أخوة.

جعلني واياكن من الباريات.

وأحب أن أختم هذا الاهداء بالأستاذ الدكتور "مدون كمال "

على كل ماقدمته لنا من توجيهات قيمة ساهمت في اثراء موضوع دراستنا حفظك الله وأدامك فخرا لنا.

لكم مني أسمى تعابير الاحترام والتقدير.

"عروصي وئام"

مقدمـــــــة

مقدمة :

تعتبر فكرة المرفق العام جوهر القانون الإداري، رغم الانتقادات والأزمات التي تعرضت لها، فالدولة ليست إلا مجموعة من المرافق العامة، حيث تتولى الوزارات تأمين المرافق العامة الأساسية، وتدير المؤسسات العامة المرافق الإدارية والاقتصادية، بينما تنشئ البلديات المرافق العامة المحلية لتلبية الحاجات العامة.

وبالتالي، وجدت المرافق العامة منذ نشوء الدولة وتطورت عبر الزمن حتى تبلور مفهومها وأصبحت معيار لتطبيق القانون الإداري، ومع ظهور المرافق العامة الاقتصادية، تعرض هذا المفهوم لأزمة، فلم يعد المعيار الوحيد لتطبيق القانون الخاص بالإضافة إلى بعض أحكام القانون الإداري.

وقد تم استخدام المؤسسات العامة الإدارية لإدارة المرافق العامة الاقتصادية بديلا عن الإدارة العامة للدولة، وذلك لتمكينها من استخدام نظم مرنة مستوحات من القطاع الخاص، ومع ذلك لم تكن هذه الطريقة فعالة بما يكفي، مما دفع الحكومة إلى تكليف شركات خاصة بإدارة هذه المرافق عبر عقود الامتياز، حيث يتحمل المشغل المسؤولية الكاملة عن تسيير المرفق بما في ذلك الأرباح والخسائر مقابل تلقي تعويض مالي مرتبط بأدائه، رغم استمرار استخدام هذه الطريقة، إلا أن تفعيلها اتخذ مسارا مختلفا في ظل التحولات السياسية والاقتصادية هذه التحولات دفعت نحو تحسين المرافق العامة والخدمات العمومية لتلبية الحاجات المتزايدة بفعالية وجودة، والسعي لتقليل العجز، إن أبرز ملامح هذا التطور هو اعتماد الخصخصة، مما يقلل من تدخل الدولة المباشر ويفسح المجال للقطاع الخاص في تمويل وإدارة المشاريع العامة.

حيث تلجأ الحكومات بشكل متزايد إلى طرق تمويلية حديثة لإقامة المشاريع الأساسية، مثل المطارات والطرق ومحطات تصفية مياه البحر والجسور...إلى أخره، تعتمد هذه الطرق على القطاع الخاص، المحلي والأجنبي بشكل رئيسي ومحوري بمختلف الصور

والدرجات مع التأكيد على دور الدولة في التعاون لتحقيق التنمية والمراقبة الفعالة لأداء المشاريع لضمان سيادتها على أراضيها.

إن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكذلك عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، من أبرز الصيغ التعاقدية التي تجمع بين القطاعين في إطار علمي وعملي.

وقد تبنت معظم الدول، سواء النامية أو المتقدمة، هذه العقود نظرا لدورها الحيوي في تطوير وتحديث المرافق العامة. تعتبر هذه العقود خيارا استراتيجيا للدول النامية لحل مشاكل البنية التحتية، إذ توفر موارد مالية ضخمة وتكنولوجيا متقدمة، وقد أدى ذلك إلى تنافس الدول على تبني هذه المشاريع، حيث يتمتع بعضها بمعرفة واسعة بالجوانب القانونية لهذه العقود، بينما ينطلق البعض الأخر بدافع الحاجة الماسة لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وفي هذا السياق، تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الوقت الحاضر، الوسيلة الأهم التي تستعين بها الدول النامية، في إدارة المشاريع أو المرافق العامة، فهي نموذج جديد وتطبيق متطور للعقود.

حيث أن أهمية هذه الدراسة، تكمن في دراسة النظام القانوني لهذا النوع من العقود ومراعات مدى نجاعته في تحقيق الهدف الذي تسعى إليه الدولة، والمتمثل في إنجاز مشاريع بنى تحتية حديثة ومتطورة بعيدا عن الإنفاق العمومي.

عند اختيار موضوع البحث لدراسته، فهناك دوافع ذاتية وموضوعية،

لقد دفعنا هذا الموضوع للبحث فيه فقد أثار فضولنا وذلك لغرض العمل والاستمرار، أما الدوافع الموضوعية فتتمثل في الأهمية العلمية والكبيرة للموضوع، توفر المصادر المصادر والمراجع، الجدة والابتكار.

هذه العبارات وأخرى دفعتنا للاهتمام بالموضوع، ومن ثم اختياره ومحاولة معالجته، وذلك بتوضيح كيفية العمل بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باعتبارها عقودا حديثة،

وتبيين كيفية إبرامها والإجراءات المتبعة في ذلك وصولا إلى تبيين أهم الاثار القانونية التي يرتبها هذا النوع من العقود، وكيفية تسوية منازعاته، وهذا من منظور الدول الثلاث الجزائر، فرنسا ،والمملكة العربية السعودية.

ومن أبرز المشكلات والصعوبات التي واجهناها في إطار إعداد هذا البحث المتواضع هي كالأتي: قلة المصادر والمراجع المتعلقة بالسعودية، عدم وجود نظام قانوني خاص ينظم أحكام عقود الشراكة في الجزائر، الأمر الذي جعلنا تائهين نوعا ما في تحديد كيفية إبرام هذه العقود، ضيق الوقت.

حظي هذا الموضوع بدراسات سابقة، نذكر منها على سبيل المثال مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الإداري بعنوان منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، للطالبة بالجيلالي نور الهدى، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غليزان سنة 2023/2022، ومذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه في القانون، عقد الشراكة في التشريع الجزائري ،لحرير أحمد، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس سنة 2017.

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

كيف يكمن أن نعرف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟ وهل يمكن اعتبارها آلية مثلى لتحسين الخدمات والمرافق العامة؟

تقودنا الإشكالية المطروحة إلى طرح مجموعة من الأسئلة الفرعية على النحو الأتي:

-ماهي الدواعي التي أدت إلى هكذا عقود؟

-هل تمثل العقود مجرد تقنية تعاقدية ام أنها متشبعة برئية أيديولوجية معينة حول دور كل من القطاعين العام والخاص في تنظيم وإشباع الحاجات العامة؟

-هل لهذه العقود شبيه في قانون الصفقات العمومية؟

-كيف يتم تسوية منازعات هاته العقود؟

ومن أجل التعمق الجيد في هذه الدراسةالتي تتناول عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري مقارنة بالتشريعيين الفرنسي والسعودي، ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين:

حيث خصصنا الفصل الأول لتناول الإطار النظري والمفاهيمي لعقد الشراكة، والذي أدرجنا فيه مبحثين، إذ عالجنا في المبحث الأول مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أما المبحث الثاني فتطرقنا إلى مميزات عقد الشراكة عن العقود المشابهة له ونماذج عنه وتقييمه.

وأما الفصل الثاني: فناقشنا فيه الجوانب العملية والتطبيقية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وقسمناه هو أيضا إلى مبحثين، حيث ناقشنا في المبحث الأول ضوابط إبرام عقد الشراكة والآثار المترتبة عنه، وفي المبحث الثاني أبرزنا كيفية تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وختمنا الدراسة باستعراض نتائج البحث التي توصلنا إليها.

اعتمدنا في هذه الدراسة على إتباع المنهج المقارن والتحليلي، فالمنهج المقارن هو الذي اعتمدنا عليه بشكل أساسي، ذلك لأننا بصدد دراسة مقارنة للأحكام القانونية لهذا التصرف القانوني المتمثل في عقد الشراكة؛ للدول الثلاث الجزائر، فرنسا، والمملكة العربية السعودية، أما المنهج التحليلي فقد اعتمدنا عليه بصفة ثانوية لتبيان النظام القانوني لعقد الشراكة.

الفصل الأول

الإطار النظري لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الفصل الأول: الإطار النظري لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

تعتبر الشركة بين القطاع العام والخاص من الطرق الحديثة لتجسيد وإدارة المرافق العامة،وتعزيز دور القطاع الخاص في تمويل وإدارة المشاريع العامة. تظهر الدراسات العلمية أن القطاع العام وحده غير قادر على تلبية الاحتياجات، مما يجعل التعاون بين القطاعين أمر ضروريا.

هذا النهج يتطلب استراتيجيات فعالة وآليات تنظيمية قوية لتحقيق التنمية المستدامة، وقد حظي الموضوع باهتمام دولي كبير.

المبحث الأول:ماهية عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

سنتطرق في هذه الدراسة إلى كيفية ظهور عقود الشراكة وتطورها،مع التركيز على أهم الدول التي شهدت تقدما ملحوظا في هذا المجال،مثل الجزائر وفرنسا،بعد ذلك سنقوم بتوضيح مفهوم عقد الشراكة ونستعرض أهم التعاريف التي أعطيت له.وهذا في المطلب الأول، على ان نقوم في المطلب الثاني بدراسة الخصائص القانونية له. وكذلك سنكتشف المبررات التي تدفع العديد من الدول إلى اللجوء إلى التعاقد بناءا على عقود الشراكة.

المطلب الأول:مفهوم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

قبل ان نبدأ في تعريف عقد الشراكة يتعين علينا استكشاف أهم التطورات التي مر بها هذا النوع من العقود، سنقوم بتقسييم هذا المطلب إلى فرغين سنتناول في الفرع الأول التطورات التاريخية البارزة التي شهدتها عقود الشراكة في بعض الدول مثل الجزائر وفرنسا والمملكة العربية السعودية،بينما نخصص الفرع الثاني لتعريف عقد الشراكة.

الفرع الأول: نشأة وتطور عقد الشراكة

ممن بين أهم الدول التي كانت لها تجربة ناجحة في مجال عقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص هما الجزائر وفرنسا والمملكة العربية السعودية.

أولا: النشأة في الجزائر

إن الدولة الجزائرية تعتبر تحقيق أهداف التنمية المستدامة أولوية في سياستها العامة،لذا اتخذت سلسلة من السياسات للإصلاح السياسي والاقتصادي والتشريعي والمالي،بهدف جذب الاستثمارات وتعزيز دور القطاع الخاص في تنفيذ مشاريع البنية التحتية وتقديم الخدمات العامة.

تم تعزيز التعاون بين القطاعين العام والخاص،وتأسيس شركات وطنية لتمثيل الدولة في قطاعات معينة مثل الطاقة،كما تم التركيز على التعاون الدولي،خاصة في سياق التعاون (جنوب _ جنوب).[1]

بعد صدور القانون رقم 63/277 في يوليو 1963،تم إلغاء التشريعات السابقة للاستثمار، مما أدى إلى سيطرة الدولة على الأنشطة الاقتصادية الأجنبية في الجزائر، بما في ذلك قطاع المحروقات،ولتفادي هذا الوضع، تم تبني نموذج التعاقد المشترك في الشراكات المختلطة،مما يسمح بتنفيذ مشاريع كبرى في البنية التحتية وإدارة المرافق العامة.[2]

ثانيا: النشأة في فرنسا.

نشأة عقود الشراكة في فرنسا في أواخر القرن التاسع عشر كجزء من جهود الحكومة لتحفيز الاستثمارات الخاصة في مشاريع البنية التحتية العامة، ثم تطوير نماذج مختلفة لعقود الشراكة في السنوات الأخيرة، مما أدى إلى إنشاء إطار قانوني وتنظيمي لهذه الشراكات في

[1] د. بالجيلالي نور الهدى ،منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م. د في القانون الإداري ،قسم القانون العام ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غليزان، الجزائر .2023/2022.ص 64.

2.المرجع نفسه ،ص 65.

البلاد،في الفترة الحديثة، شهد عقد الشراكة في فرنسا تطورات مستمرة ليشمل مجموعة متنوعة من القطاعات مثل النقل، الصحة، التعليم، الطاقة والبيئة.

تم تحسين الإجراءات والمعايير القانونية لتحقيق أقصى استفادة من هذه الشراكات، مما يعكس التزام فرنسا بتعزيز التعاون بين القطاعين العام والخاص لتحقيق التنمية الشاملة.[1]

ثالثا: النشأة في المملكة العربية السعودية.

كانت شراكة القطاعين العام والخاص في المملكة العربية السعودية تواجه تحديات عديدة بما في ذلك عدم وجود إطار تنظيمي حديث يعزز فرص نجاح مشاريع الشراكة بين القطاعين، ومع ذلك، فإن المملكة تجري تغييرات جذرية في هذا الجانب، مع التزامها بتطوير إطار تنظيمي جديد يعززفرص نجاح مشاريع الشراكة، بعيدا عن النماذج التقليدية للمشتريات الحكومية.

كما تضع عقود الشراكات بين القطاعين في مركز مهم ضمن برنامج التحول الوطني السعودي، الذي يهدف إلى زيادة مساهمة القطاع الخاص في الناتج المحلي بحلول عام 2030. هذا الاهتمام المتزايد بعقود الشراكات، يأتي في سياق لتراجع الإرادات الحكومية نتيجة لتراجع أسعار النفط، وهو ما يدفع الحكومة لتحقيق الأهداف الاقتصادية المحلية.[2]

الفرع الثاني: تعريف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

يعتبر مصطلح الشراكة واحد من المفاهيم الحديثة نظرا للأهمية المتزايدة، حيث يتصل بعدة جوانب متعددة، بما في ذلك العد القانوني والبعد الإداري والبعد الاقتصادي والاجتماعي.[3]

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

---

[1] – الأستاذ احمد حرير ،النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الاكاديمي للنشر والتوزيع، الطبعة، يناير 2019 ،ص 14 إلى 19.

[2]– مها ناصرالسدره، ونوره ناصر الدوسري،عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (2019)، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، الطبعة 3 العدد5،ص 76.

[3]–د. أحمد حرير، المرجع السابق، ص 28 إلى 29.

الفقهية التي درسها بعض الفقهاء في هذا المجال، لكن قبل ذلك لابد من التطرق إلى التعريف اللغوي أولا.

أ-التعريف اللغوي:

- **العقد لغة:**

هو العهد، وهو اتفاق بين طرفين، يلزم كلأهما بما يقتضيه، وينفذان ما جاء فيه، وهو يجمع على عقود.[1]

- **الشراكة لغة:**

مأخوذة من الفعل شرك، يقال: شاركت فلانا أي صرت شريكه، واشتراك الرجلان وتشاركا: أي شارك كل واحد منهما الاخر، وأشركه في أمره.[2]

- **التعريف القانوني:**

يستلزم التعريف القانوني منا أن نعطي تعريفا تشريعيا وتعريفا فقهيا لعقد الشراكة.

أ-التعريف التشريع:

تم التطرق في معظم تشريعات دول العالم إلى عقود الشراكة،حيث قامت بإصدار قوانين خاصة تنظم هذا النوع من العقود، كمثال على ذلك هناك فرنسا والسعودية ومصر وتونس، ومع ذلك هناك دول لم تقم بإصدار قوانين خاصة بهذا
الشأن مثل الجزائر.[3]

[1] – معجم المعاني الجامع، تعريف ومعنى العقد w.w.w.almaany.com اطلع عليه في 17:13، بتاريخ 20 افريل 2024.

[2] – الدكتور هشام مصطفى محمد سالم الجمل، الشراكة بين لبقطاع العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، قسم القانون العام تخصص إقتصاد والمالية العامة، 1437ه/2016 م، بطنطا، ص 1702.

[3] – د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 30.

- **في الجزائر:**

إن المشرع الجزائري لم يعني بدراسة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بشكل جدي،على الرغم من توفر العديد من التطبيقات العملية مثل عقود الشراكات المختلطة، وعقود البوت، وعقود تفويضات المرافق العامة مثل الامتيازات والإيجاز.[1]

تناولت دراسة التشريعات الوطنية المنظمة للإستثمار، حيث تسعى لتحديد مفهوم الإستثمار وأهميته في تنمية القطاع الخاص والعام، وتعتبر عقود الشراكة بين القطاعين وسيلة فعالة لجذب المستثمرين وتعزيز رأسمال المشاريع العامة بمشاركة المستثمرين الوطنيين والأجانب. وتتضمن هذه العقود إستحداث وتطوير مشاريع جديدة وتحسين البنية التحتية وتوفير الخدمات العامة للمجتمع وتقوم الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار بتنظيم هذه العقود والتعاون بين القطاعين العام والخاص، لتعزيز النمو الاقتصادي.[2]

- **في فرنسا :**

عرف المشرع الفرنسي عقد الشراكة بعد إصداره لإمر رقم 2004-559 المؤرخ في 17 جوان 2004، المتعلق بعقود الشراكة، بموجب المادة الأولى منه، حيث نص على مايلي :

"عقود الشراكة هي عقود إدارية تعهد بموجبها الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية إلى طرق أخرى لفترة محددة تكون على أساس مدى إنجاز الإستثمارات أو ترتيبات التمويل مهمة شاملة ترتبط بتمويلا لإستثمارات والأشغال والتجهيزات للخدمة العمومية عن طريق بناء وتحويل الأشغال والتجهيزات فضلا عن صيانتها وتشغيلها وتسييرها، وعند الإقتضاء، توفير خدمات أخرى التي تسأهم في إنجاز المهام الموكلة إليها من قبل الهيئة العامة ".[3]

---

[1]-د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق، ص67.

[2]- د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق، ص 67 إلى 73.

1 –Article N01 de l'ordonance N02004-559 du17 juin 2004 sur les contrats de partenariats ,JORF N0141, P10994, texte N02.

- **في المملكة العربية السعودية :**

في المملكة العربية السعودية حتى الأن لم يتم وضع تعريف محدد لطبيعة الشراكة الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

من الممكن أن يتم وضع تعريف محدد لهذه الشراكات عندمايتم وضع الإطار التنظيمي وعندما يصل هذا القطاع إلى مرحلة النضج، استنادا إلى ما أعلنته الحكومة مؤخرا، من المرجح أن تتضمن أغلب الشركات بين القطاعين، عقود متوسطة وطويلة الأجل (15-30 عاما)، حيث يتولى القطاع العام الدور التنظيمي، بينما يقوم القطاع الخاص بتصميم وتمويل وتطوير وتشغيل الأصول المعنية.

-إن النظام القانوني في المملكة العربية السعودية مبني على الشريعة الإسلامية، ويشمل تشريعات مثل قوانين الاستثمار والأجنبي والشركات، وفي حال التعارض بين هذه التشريعات والشريعة الإسلامية، يعطي الأولية لمبادئ الشريعة، يستخدم التقنيات التأويلية لتطبيق الشريعة على الواقع الحديث، مع ترك مجال للتفاوض في عقود الشراكة، وعادة ماتكون عمليات تمويل المشاريع الكبيرة مبنية على قوانين إنجليزية لكن التحول إلى إستخدام القانون السعودي يمثل خطوة هامة.

يتم تطوير الأدوات التشريعية لمشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ينظم نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم السامي رقم 01 بتاريخ 4 سبتمبر 2006 معظم العقود المبرمة مع الهيئات الحكومية، ويضل هذا النظام المرجع الأساسي لتنفيذ مشاريع البنى التحتية الكبرى بما في ذلك المشاريع القائمة على الشراكة بين القطاعين العام والخاص حتى الآن، وهناك خطط لتعديله. [1]

[1]- الشراكة بين القطاع العام والخاص منهج جديد لتمويل مشاريع التطوير العقاري في المملكة العربية السعودية -JII mena.Com، ص 04.

ب-التعريف الفقهي :

إن تعدد وتنوع التعريفات الفقهية لعقد الشراكة يرجع إلى حداثة هذه العقود وإنتشارها الواسع في الفترة الأخيرة على المستوى العالمي ،إن جميع التعريفات تتفق على فكرة أساسية وهي أن يتعاقد شخص من القانون العام مع شخص من القانون الخاص لإنجاز مشروع معين يتمويل الأخيرة ،بهدف تجنب تكاليف باهضة للحكومة في تنفيذ المشروع، سنركز على أهم ماتم ذكره عن تعريفات عقود الشراكة.[1]

نجد أن الدكتور عادل الرشيد قد عرف هذه العقود بأنها تلك العقود التي يكون فيها التعاون بين القطاعين العام والخاص يهدف إلى استخدام إمكانياتهما مشتركة لتحقيق أهداف إقتصادية وإجتماعية مشتركة ،ما يؤثر بشكل إيجابي على تطلعات المجتمع وقدرته على التكيف مع التحديات الحديثة.[2]

كما سأهم الفقه الإداري الفرنسي بشكل كبير في إعطاء تعريف لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، فنجد كل من كلود ماغتنود، و جاك غيربر : بأنه يعتبر التعاون بين القطاع العام والخاص في صورة الشراكة

عقودا حديثة النشأة في مجال التعاقد، تختلف عن العقود التقليدية مثل الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام. [3]

كما أضاف كل من الأستاذ بيزينسون كافييه ولوران دوراي وروجيرفيزلسون ومارك فورناسياري : أن مفهوم الشراكة يتعلق بالمفاهيم الاقتصادية المتعلقة بمشاريع البنية التحتية ،حيث يتولى القطاع الخاص مسؤولية تمويل ودعم المشاريع العامة المشتركة ،مقابل مبلغ مالي يتلقاه عن خدماته من القطاع الخاص.[4]

---

[1]- د.أحمد حرير، مرجع سابق. ص 33.

[2]- سيف باجس الفواعير عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مفهومها وطبيعتها القانونية ،دراسة مقارنة، 2017، المجلة الدولية للقانون، الدوحة، قطر، ص 05.

[3]- د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق، ص 38.

[4]-د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع نفسه، ص 39.

عرف الدكتور حمادة عبد الرزاق حمادة ،عقد الشراكة على أنه إتفاق إداري بين فرد من القانون العام وآخر من القانون الخاص ،يتعهدان فيه بتنفيذ مهمة شاملة تتضمن تمويل وإدارة وصيانة المرافق العامة مقابل مبالغ مالية تدفع للشريك الخاص خلال فترة العقد ويهدف هذا الاتفاق إلى دمج القطاعين العام والخاص لتحقيق الأهداف المحددة بإجراءات قانونية محددة.

كما يرى الأستاذ عمر سليمان ،تطور مصطلح الشراكة ليس مصطلحا قانونيا بل يعكس سياسات تهدف إلى تعزيز بيئة الاقتصاد وتشجيع النمو غبر تحسين كفاءة الخدمات والبنية التحتية من خلال إتفاقات مع شركات مشروع معينة تنظم هذه الإتفاقيات الملكية والأموال والأرباح ،وتحدد التدابير والإجراءات المتعلقة بإدارة المشروع.[1]

وذهب الدكتور أحمد سيد أحمد محمود إلى أن الشراكة تعني جمع تلبية حاجات الجمهور بكفاءة القطاع الخاص لتحقيق الربحية ،وعقد الشراكة يتضمن التعاهد بين الحكومة والشركات الخاصة لتمويل وإنشاء المشاريع العامة وتقديم الخدمات بإنتظام[2]

كما يرى الدكتور شهاب فاروق أنه تعتمد عقود الشراكة على التعاون بين القطاع الخاص والعام ،حيث يشترك القطاع الخاص في التمويل، الإنشاء، والتنفيذ، والإدارة والصيانة ،مقابل مكاسب مالية وجهود مبذولة.

يمكن للقاع الخاص الحصول على عوائد من الحكومة أو المستخدمين أو المستهلكين أو المستفيدين الأخرين، ويمكن أيضا تنفيذ الشراكات بجمع بين الطرفين.[3]

يرى اللأستاذ أحمد حرير أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يجب أن يكون في شكل رابطة تعاقدية ويشترط وجود أحد الأطراف من أشخاص القانون العام في حال عدم

---

[1]– د. أحمد حرير، مرجع سابق ،ص34 إلى 35.

[2]–د. أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة ،مصر ،ص 11.

[3]–الدكتور شهاب فاروق عبد الحى عزت ،التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية القاهرة ،مصر ،سنة 2014،ص34 إلى35.

الإلتزام بالطابع التعاقدي لا يمكن تسميتها شراكة بل شراكة إتفاقية وقد تكون شراكة مؤسساتية تخضع لقوانين القطاع الخاص.

عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتم بتطبيق قواعد القانون حيث تمنح الشركات في القطاع العام بعض الإمتيازات بينما تتم الشراكة المؤسساتية بمساواة لأطراف وتتعلق بعقود تجارية.[1]

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة ومبررات اللجوء إليه وخصائصه.

سنقوم في هذا المطلب بدراسة الطبيعة القانونية لعقد الشراكة وتحديد النظام القانوني الذي ينتمي إليه ،ثم سنناقش أهم الأسباب التي تدفع الأطراف إلى اللجوء إلى عقد الشراكة في الفرع الثالث.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

يقصد بالطبيعة القانونية للعقد هي التكييف القانوني له أي تحديد القانون الذي يحكمه أو النظام القانوني الذي ينتمي إليه وكذا النظام القضائي الذي يخضع له، وإن البحث على الطبيعة القانونية لعقد الشراكة يستلزم البحث عن التصنيف القانوني الذي ينتمي إليه، أي هل عقد الشراكة يصنف ضمن عقود القانون الخاص أو من العقود الإدارية ،أو ذو طبيعة خاصة.

إختلقت الأراء حول التكييف القانوني لنظام الشراكة حيث ذهب كل منهم إلى أنها تخضع للقانون الخاص وجانب آخر إلى أنها تخضع للقانون الإداري بينما رأي ثالث يدعم فكرة عقد الشراكة على أنه ذو طبيعة خاصة.[2]

[1]– د. احمد حرير، مرجع سابق، ص38 إلى 40.

[2] – د. احمد حرير ،مرجع سابق، ص41.

➢ **عقد الشراكة من عقود القانون الخاص :**

يعتقد بعض الفقهاء أن تمويل مشروعات البنية التحتية ،بما في ذلك نظام المشاركة ،يخضع لقواعد القانون الخاص، بما في ذلك القواعد المدنية التجارية، وليس لقواعد القانون الإداري.[1]

كما يرى بعض الفقهاء أن عقود الشراكة بين القطاعين تندرج ضمن القانون الخاص وتخضع لسلطة إدارة المتعاقدين.

وبالتالي ،فإنها تستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين تتعالج من قبل القضاء العادي، وليس القضاء الإداري.

يعتمد هذا الرأي على وجود ثلاثة عناصر رئيسية لتمييز العقود الإدارية، وهي وجود إدارة أو شخص قانوني عام كطرف في العقد، أن يكون العقد متعلقا بمشروع عام، ووجود شروط إستثنائية غير مألوفة ،يعتمد هذا الرأي أيضا على توجه الدول لجذب الإستثمارات الأجنبية وإستخدام القوانين الخاصة لتحقيق ذلك، بالإضافة إلى عدم وجود تنظيم قانوني شامل لهذه العقود.[2]

➢ **عقد الشراكة هو عقد إداري :**

العقد الإداري هو العقد الذي تكون إحدى أطرافه الإدارة العامة ،ويهدف إلى تسيير مرفق عام بإنتظام لتحقيق مصلحة عامة ،ويستند على أساليب ووسائل القانون العام.ليكون العقد إداريا ،يجب أن تتوفر فيه ثلاثة أركان أساسية :أولا، وجود الإدارة كطرف في العقد ،ثانيا ،ان يكون موضوع العقد مرتبطا بمرفق عام ،ثالثا ،أن يرتكز العقد على أساليب القانون العام.

حيث يرى البعض ان جميع أركان العقد الإداري موجودة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يكون الطرف الأول هو الدولة أو الهيئة العامة، والهدف من هذه العقود هو إنشاء وإدارة وتشغيل مرفق عام.

---

[1]– الدكتور هاني عرفات صبحي حمدان ،النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي الخاص (ppp) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 33ش عبد الخالق تروت، القاهرة، مصر ،ص21 إلى 22.

[2]– د. سيف باجس الفواغير، مرجع سابق ،ص11.

كما أن الشروط الإستثنائية موجودة أيضا ،مما يمنح الإدارة التدخل لتعديل العقود وفقا للمصلحة العامة.يتضمن ذلك مشاركة المتعاقد في إدارة المرافق العامة مما يجعل عقود الشراكة تأخذ طابعا إداريا.[1]

يعززهذا الرأي بمدى تأثير القواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص ،ويبرز دور الإدارة في ضمان إستمرارية المرافق العامة وتقديم الخدمات للجمهور دون توقف.[2]

- **عقد الشراكة ذو طبيعة خاصة :**

ذهب جانب ثالث من الفقه إلى أن عقد الشراكة ذو طبيعة خاصة، حيث يتم توقيع عقود الشراكة بعد مفاوضات صعبة بين الأطراف ،وكل عقد يتمتع بالطبيعة الخاصة ،من الصعب وضع تعريف عام ينطبق على مجموعة متنوعة من العقود ،لذا يتطلب تقييم كل عقد بشكل فردي لمعرفة ما إذا كان يتوافر فيه عناصر العقد الإداري أم لا.في حال وجود تلك العناصر ،يعتبر العقد إداريا ،وأما إذا لم تكن موجودة ،فيعتبر العقد تحت القانون الخاص.[3]

ثانيا : مبررات اللجوء إلى الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

تعتبر العديد من العوامل سببا للتوجه نحو تبني نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية التحتية، سواء كانت إقتصادية أو إجتماعية أو سياسية أو غير ذلك من العوامل.[4]

ومن أهم الأسباب والمبررات التي تدفع إلى اللجوء إلى إبرام عقود الشراكة هي كالأتي :

- يمكن تقسيم المخاطر التي تنشأ من هذه العقود بطريقة عادلة بين الأطراف لتعزيز تحملها وتجاوزها، يضمن ذلك نقل جزء من المخاطر إلى القطاع الخاص لتحملها.
- الإجابيات المتعددة ،بما في ذلك تقليل الإنفاق العام.

---

[1]– د. سيف باجس الفواغير ،مرجع سابق، ص 9.

[2]– سيف باجس الفواعير ،مرجع نفسه، ص10.

[3]– دكتور هدى محمد عبد الحمن السيد ،دور عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص (ppp) في تقدم الدول النامية ،2023، مجلة العلوم القانونية ،المجلد 38، العدد الثاني ،جامعة دار العلوم ،ص88.

[4]–د. شهاب فاروق، مرجع سابق ،ص 35.

❖ تعتبر عقود الشراكة ذات أهمية كبيرة في تعزيز التنمية الاقتصادية والإجتماعية وتحقيق الأرباح المالية بتكاليف أقل.

❖ حاجة الدول إلى تعزيز التنمية الاقتصادية ومواكبة التطورات التكنولوجية الحديثة بحيث أن معظم الدول يستحيل عليها، القيام بذلك لعدم القدرة على

❖ سيطرتها وإستغلالها مما يدفعها للبحث عن المساعدة من شركاء خواص.[1]

❖ تهدف الحكومة إلى خدمة المصلحة العامة من خلال رغبتها في تجديد البنية التحتية وتحديثها، بالإضافة إلى تشجيع الشركات الخاصين على إستثمار مواردهم في مجالات الخدمات العامة ،مما يعزز التعاون بين المؤسسات المالية والبنوك لتوفير التمويل الضروري لإقامة هذه الشراكات.

❖ إستخدام الأساليب التقليدية في إدارة المرافق العامة، خاصة تلك ذات الطابع القانوني، يمكن أن يؤدي إلى عجز في التسيير، مما قد يؤثر سلبا على كفاءة المرفق وإنتاجيته.[2]

الفرع الثاني :خصائص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

يتميز عقد الشراك عن باقي العقود الإدارية التقليدية مثل الصفقات العمومية وعقد الإمتياز المرفق العام، بخصاصه الفريدة التي تجعله عقدا إداريا ذو طبيعة خاصة، يتمثل تعدد وتنوع هذه الخصائص في طبيعة معقدة وإستثنائية لعقد الشراكة ،يتميز الغقد بكونه شاملا ،كما أنه ينفذ على مدى فترة زمنية طويلة، يتميز أيضا بمبدأ تقاسم المخاطر ،وأيضا تعدد الأطراف المشتركة في عقود الشراكة بين الطرفين

ويرتبط العقد بمشاريع البنى التحتية.[3]

أولا : عقد الشراكة عقد شامل.

عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتألف من عدة مراحل، بدءا من مرحلة نقل الملكية بعد مرور مراحل التشييد والتشغيل ،تنفيذ هذه العقود يتطلب إبرام عدة إتفاقيات بما

[1]–د. أحمد حرير ، مرجع سابق، ص 51.

[2]–د. أحمد حرير ،مرجع نفسه، ص51.

[3]–المرجع نفسه ،ص54.

في ذلك إتفاقية بين الشريك العام والخاص بالإضافة إلى إتفاقيات أخرى مثل تمويل المشروع والمقاولات والتوريدات، بسبب تعقيد هذه العقود وتعدد مراحلها فإنها غالبا ما تمتد على فترات طويلة مما يعتبر أمرا منطقيا.[1]

ثانيا : عقد الشراكة يمتد لمدة زمنية طويلة.

عقود الشراكة تمثل أهمية خاصة في تنمية الاقتصاد الوطني، حيث تتطلب من الشركات المشاركة في تلك العقود التمتع بإمكانيات بشرية ومالية كبيرة وإستخدام تكنولوجيا متقدمة، نتيجة لذلك فإن إنجاز مشاريع الشراكة يستغرق وقتا طويلا يصل إلى 30 سنة تبعا لطبيعة المشروع وتكاليفه، حيث كلما زادت تكاليف الإنشاء طالت المدة والعكس صحيح. [2]

ثالثا : عقد الشراكة يقوم على مبدأ تقاسم المخاطر.

إن مبدأ تقاسم المخاطر يعتبر أهم خاصية يتميز بها عقد الشراكة عن باقي العقود الإدارية الأخرى، حيث يهدف إلى إنشاء آلية لتوازن العقد وتحديد ومعالجة المخاطر المحتملة مسبقا، مما يضمن إستقرار وتحقيق أهدافه بأفضل شكل ممكن . [3]

رابعا : تعدد الأطراف المشتركة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

في عقود الشراكة بين لبقطاعين العام والخاص، هناك تعدد في الأطراف المشاركة مما يؤدي إلى تعارض في المصالح.

تهدف الجهات المختلفة مثل القطاع العام، شركة المشروع والجهات الممولة إلى تحقيق أهداف متباينة كالتوفير والربحية.[4]

خامسا : عقد الشراكة يرتبط بمشارع البنى التحتية.

إن مشاريع البنى التحتية التي يتولاها الشركاء الخواص تعتبر ملكا للدولة منذ توقيع عقد الشراكة حتى تسليمها للشركاء العاملين بعد إنتهاء فترة العقد.

---

[1]– د. أحمد حرير ، مرجع سابق، ص54إلى 55.

[2]– د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق، ص54 إلى 56.

[3]– المرجع نفسه، ص 56 إلى 62.

[4]– المرجع نفسه، ص 50 إلى 54.

ومن ثم لا يمتلك الشريك الخاص ملكية للمشروع في أي وقت خلال تنفيذ العقد.

ترتبط مشاريع البنية التحتية بممتلكات الدولة التي تحظى بقيمة دستورية ولايمكن للدولة التخلي عنها، ونتيجة لذلك يتم تحويل ملكية هذه المشاريع إلى الشريك الأصلي في القطاع العام في نهاية فترة العقد.[1]

[1]– د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 56 إلى 57.

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

عقد الشراكة يتميز بخصائص فريدة جعلته يبرز بشكل ملحوظ عن العقود الإدارية الأخرى، حيث يعد عقد حديث النشأة يتسم بالتطورات والتكيف مع التحديات الحديثة، خاصة في مجال الإستثمار، يجب توضيح أبرز المميزات التي تميزه عن العقود والأنظمة الأخرى المشابهة، في الفرع الأول سنتناول بعض النماذج الهامة لعقود الشراكة في دول تستخدمها كوسيلة أساسية لإنجاز مشاريع البنية التحتية، بينما في الفرع الثاني سنتناول النقاط الإجابية والسلبية لعقد الشراكة مقارنة بالعقود الأخرى.

المطلب الأول : تمييز عقد الشراكة عن العقود المشابهة له.

عقد الشراكة يعتبر عقد إداريا يخضع لقوانين مختلفة عن العقود الإدارية التقليدية.

سوف نقسم هذه الدراسة إلى فرعين في الفرع الأول العلاقة التي تميز عقد الشراكة عن الصفقات العمومية وعقود تفويض المرافق العامة، وهذا راجع إلى إصدار المشرع الجزائري لتنظيم الصفقات العمومية الذي أدرج معه تفويض المرفق العام في تقنين موحد مكتفين في هذا الجانب بالتعرض إلى أهم عنصر وهو كيفية حصول المتعاقد مع الإدارة على المقابل المالي، أما الفرع الثاني نخصصه للتمييز بين عقد الشراكة ونظام الخوصصة، وكذا عقد الشراكة وعقد البوت BOT بالتطرق إلى معيار النظام القانوني.

الفرع الأول : بحسب الحصول على المقابل المالي.

نتطرق أولا حسب هذا المعيار، بمقارنة عقود الشراكة والصفقات العمومية، حيث نوضح التشابه والإختلاف بينهما، ثم ننتقل إلى المقارنة بين عقود الشراكة وتفويضات المرافق العامة، بإستنادنا إلى التنظيم الجزائري للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة.

أولا : تمييز عقد الشراكة عن الصفقات العمومية.

عرف المرسوم الرئاسي 247/15 الصفقات العمومية في القسم الأول من الباب الأول بأنها: "عقود مكتوبة في التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط

المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات ". [1]

أ-أوجه التشابه :

❖ أول ما يمكن إدراجه في نقاط التشابه بين عقد الشراكة والصفقات العمومية وجود نوع مشترك من العقود وهو العقود الإدارية.

❖ من جهة ثانية يتشارك عقود الشراكة والصفقات العمومية في تطبيق مبدأ الحوار التنافسي.

❖ يمكن أن يلتقي العقدان في ظل إعتبار كل منهما عقدا شاملا ومركبا.

❖ كل من عقد الشراكة والصفقات العمومية يتشاركان في عدم تفويض المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرافق العامة.[2]

ب-أوجه الاختلاف :

على الرغم من تشابه عقود الشراكة مع الصفقات العمومية في العديد من النقاط والمجالات إلا أن هناك أيضا إختلافا في عدة نقاط تميز كل منهما عن الأخر.

❖ الاختلاف الأول بينهما يكمن في كيفية تحديد الطريقة التي يتم من خلالها المتعاقد الحصول على المقابل المالي المستحق له من الإدارة.

❖ تختلف عقود الشراكة والصفقات العمومية في المدة الزمنية للعقد.

❖ يختلفان أيضا في الإجراءات المتبعة أثناء توقيع العقد.

❖ يختلف العقدان في خضوعهما لمبدأ تقاسم المخاطر. [3]

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم : 274/15 المؤرخ في سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[2]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 70 إلى 71.

[3]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 72 إلى 76.

ثانيا: تمييز عقد الشراكة عن عقود تفويض المرافق العامة.

عرف المرسوم رقم 15/ 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 207 على انه : "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك... تحديد كيفيات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي ". [1]

أ-أوجه التشابه :

- ❖ يعتبر كل من عقد الشراكة وعقد تفويض المرافق العامة من العقود الإدارية.
- ❖ عقد الشراكة وعقد تفويض المرافق العام يشتركان في كونهما وسيلتين فعالتين لتخفيف الأعباء المالية على الدولة.
- ❖ كل من عقد الشراكة وعقد تفويض المرفق العام يعتبران عقود مركبة وشاملة.
- ❖ من ناحية أخرى، يتشابه كل من العقدان من خلال التزامهما بمبدأ العلانية والحوار التنافسي، مما يسمح بتقديم عروض متعددة للإدارة. [2]

ب-أوجه الاختلاف :

هناك بعض الاختلافات الجوهرية التي تميز عقود تفويض المرفق العام عن عقد الشراكة، ومن بينها :

- ❖ في عقود تفويض المرفق العام يتمثل المقابل المالي في العائدات المحققة من استغلال المرفق، بينما في عقود الشراكة، يتمثل المقابل في الثمن الذي تدفعه مباشرة للشريك المتعاقد معها.
- ❖ من جهة أخرى يختلفان في مبدأ تقاسم المخاطر.[3]

[1]- المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 43.

[2]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 78 إلى 80.

[3]- د. أحمد حرير، مرجع سابق ، ص80 إلى 81.

الفرع الثاني : بحسب المعيار النظام القانوني.

يختلف هذا المعيار عن المعيار السابق بحيث يهدف إلى تحديد العلاقة بين الشراكة وأنظمة أخرى بشكل شامل، لا يقتصر فقط على الجوانب المالية بل يشمل النظام القانوني بأكمله، سنركز في هذا الفرع على دراسة نظام الخوصصة وعقد البوت سنقارن بينهما وبين عقد الشراكة لتحديد الاختلافات والتشابهات الرئيسة بينهما. [1]

أولا : تمييز عقد الشراكة عن نظام الخوصصة.

إن نظام الخوصصة يعني:"تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص، إدارة أو إيجار أو مشاركة أو بيعا وشراء في ما يتبع الدولة أو تنهض به أو تهيمن عليه، في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلفة أو مجال الخدمات العامة، وتتم عملية تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص بأشكال متعددة ". [2]

تهدف الخوصصة إلى زيادة الكفاءة وتحسين الأداء المالي وتشجيع الاستثمار الخاص. [3]

أ-نقاط الاختلاف :

- ❖ عقد الشراكة يتعلق بمشروع غير موجود بعد، حيث يتم التعاقد مع الشريك الخاص لإنشاء وتشغيل وصيانة المرفق العام، أما في الخوصصة، فإنها تنطوي على مرفق عام موجود فعلا.
- ❖ نظام الخوصصة يعتبر عملية بيع ملكية مشروع بشكل كلي أو جزئي من شخص عام الذي هو المالك إلى أحد أشخاص القانون الخاص، ويتم ذلك بعقد بيع منصوص عليه في القانون المدني أي انها من القانون الخاص، وعقد الشراكة من عقود القانون العام.

---

[1]- المرجع نفسه، ص81.

[2]- مصطفى محمد العبد الله وعصام الخوري وبوطالب قويدر وآخرون، الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخوصصة في البدان العربية، بحوث الندوة الفكرية التي نظمها المركز الوطني للدراسات والتحاليل الخاصة بالتخطيط، مركز دراسات الوحدة العربية، الجزائر، ص 47.

[3]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 81.

❖ يختلفان في أن الإدارة العامة تحتفظ بملكية المشروع وحق السيطرة بوضع شروط، حيث يبقى للدولة حق الرقابة، اما في الخوصصة فتقوم الدولة ببيع ملكيتها نهائيا للقطاع الخاص. [1]

ب-نقاط التشابه :

بالرغم من وجود هذه الاختلافات الا أنه يوجد بعض النقاط التي يتشاركان فيها :

❖ يمكن إعتبارهما من الأنظمة التي يتشارك فيها القطاع الخاص والقطاع العام في إدارة وتسيير المرفق العام.

❖ ينصب كل منهما على أموال عمومية تابعة للدولة يجري تمليكها للقطاع الخاص.[2]

ثانيا : تمييز عقد الشراكة عن عقد البوت BOT:

ال BOT هي إختصار لثلاث كلمات Build OperteTranfer وهي تشكل المراحل الثلاث لعقد البوت : البناء –التشغيل – التمليك (نقل الملكية). [3]

وهي أيضا مشاريع عامة تندرج ضمن مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث تتعهد الدولة بتشكيل شركة مشروع لانشاء وتشغيل مرافق عامة وتمويلها من خلال الشراكة مع شركة خاصة لفترة محددة، مما يتيح للحكومة إمكانية تحقيق التمويل والتطوير بدون تكبد تكاليف مالية مباشرة. [4]

أ- أوجه التشابه :

❖ عقد البوت وعقد الشراكة تتشابه في أن الهدف من إبرامها هو إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات عامة مفيدة للمواطنين أو الجهات الحكومية في مجلات البنية التحتية مثل الكهرباء والطرق والسكك الحديدية والاتصالات وغيرها.

---

[1]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 82 إلى 83.

[2]- المرجع نفسه، ص 83 إلى 84.

[3]-د. السعيد الدراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية فعالة لتمويل التنمية المحلية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ص 312.

[4]- د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق، ص 88.

❖ تتمتع الجهة الإدارية بحقوق وسلطات فريدة غير موجودة في العقود الإدارية العادية مثل حق الرقابة والاشراف على شركة المشروع لضمان تنفيذ العقد بشكل صحيح.

❖ يتبع كل منهما مبدأ العلانية وحرية المنافسة في إختيار المتعاقد إضافة إلى أن كلأهما يتشارك في عقود مركبة تتضمن علاقات تعاقدية متشابكة في مراحل متعددة بهدف تسهيل سير المرفق العام بإنتظام وإستمرارية.

❖ عقود الشراكة وعقود البوت يتفقان في كونها عقود للتمويل والإدارة.[1]

ب-أوجه الاختلاف :

❖ من ناحية المقابل المادي :يكون بصفة دورية وبمدى تقدم المشروع طول مدة الاتفاق، دون الإرتباط بنتائج الاستقلال ،ومن الجانب المالي يوضع في ميزانية الإدارة المتعاقد كنفقات تشغيل لا يعتبر دين.

❖ يتحصل المتعاقد على المقابل المالي في عقود البوت من المشتركين، والمنتفعين من المرفق العام، ليس من الإدارة فالمتعاقد قد يعطي له بصفة مباشرة للإدارة للإستغلاله المرفق العام.

❖ من ناحية مدة العقد : يجب ألا تقل مدة العقد عن خمس سنوات وألا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ إكتمال البناء والتجهيز. [2]

❖ من ناحية المخاطر : القطاع الخاص هو من يتحمل عبئ المخاطر فعقود المشاركة تعد عقود تمويلية، تقوم بتمويل الإنشاءات في مشروعات البنية الأساسية ومبدأ تقسيم المخاطر بين القطاعين. [3]

المطلب الثاني : نماذج عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتقييمه.

قبل الدخول في الجانب التطبيقي لعقد الشراكة بين لبقطاعين العام والخاص، يجب أولا التطرق إلى أهم النماذج العلمية المستخدمة لهذا العقد، يتم ذلك في الفرع الأول، أما الفرع

[1]- هاني عرفات صبحي حمدان، مرجع سابق، ص 96 إلى 97.

[2]- هاني عرفات صبحي حمدان، مرجع سابق ، ص 97 إلى 98.

[3]- د. هاني عرفات صبحي حمدان، مرجع سابق، ص 98.

الثاني سنركز على تقييم عقد الشراكة من خلال إستعراض الجوانب الإجابية والسلبية لعقد الشراكة.

الفرع الأول : نماذج عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

مع إنتشار عقود الشراكة في عدة دول حول العالم مؤخرا، شهدت المجتمعات تحولا إجتماعيا وإقتصاديا، حيث استخدمت هذه العقود مجالات متنوعة مثل النقل، الصحة، الطاقة، المياه، والبنية التحتية العامة.

وبعدما كانت مسؤولية تنفيذ هذه المشارع تقوم على هيئات القطاع العام، أصبح القطاع الخاص السؤول عن تنفيذها [1]، لذا قررنا تقديم بعض الأمثلة والنماذج عن عقود الشراكة في مختلف المجالات من خلال إستعراض تجارب دول مثل الجزائر وفرنسا ولمملكة العربية السعودية.

أولا : في الجزائر :

تسعى الدولة إلى تعزيز التعاون بين القطاعين العام والخاص، من خلال إستخدام أسلوب الشراكة، لتحسين البنية التحتية وتقديم خدمات مشتركة، خاصة في مجالات المياه والبنية التحتية، تهدف هذه الجهود إلى تطوير المرافق وتحسين جودة الخدمات المقدمة للمواطنين، مثل توفير المياه النقية للشرب ومعالجة مياه الصرف الصحي، تم تطبيق هذا النموذج بنجاح في الجزائر، من خلال عقود الشراكة والتعاون التي بدأت منذ عام 2003، حيث شهدنا شراكات فعالة بين القطاعين العام والخاص في مجال تحلية مياه البحر وإدارة المرافق العامة. [2]

أ. شركة تسيير المياه والتطهير لقسنطينة :

تمثل شركة "سياكو" نموذجا للشراكة في ضمان خدمات التطهير وتوزيع المياه في 12 بلدية بولاية قسنطينة، تعمل الشركة بتفويض من الشركة الجزائرية وشركة مرسيليا الفرنسية، مع

[1]– د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 96.

[2]–د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق، ص 78.

توليها مهام تشمل تطهير المياه، صيانة الهياكل، وتسيير خدمات الزبائن، وقد شغلت حتى نهاية عام 2014، مايقارب 2034 عامل. [1]

ب. قطاع النقل :

بدأت الحكومة الجزائرية جهود ملموسة في تحسين قطاع النقل خلال الفترة 2010 – 2014، حيث خصصت حوالي 35 مليا دولار لتطوير السكك الحديدية والنقل الحضري.

من بين المشاريع المهمة كان إنشاء مشروع ميترو الجزائر بالتعاون مع شركة RATPالفرنسية، حيث تم إفتتاح الشطر الأول منه في أكتوبر 2014، مما يمثل خطوة هامة في تحسين وسائل النقل العام في البلاد. [2]

ج–قطاع المحروقات :

الإستثمار في قطاع المحروقات يعتبر من أهم مجالات تجسيد مظاهر الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي من شأنها المسأهمة في بناء وتحفيز الاقتصاد الوطني والتنمية الاقتصادية ،مما يسأهم في تحقيق أهداف التنمية المستدامة، وذلك من خلال تقاسم الأرباح والإنتاج والمخاطر بنسب مسأهمة كل طرف في الشراكة.

وبذلك تم إعتبار قطاع المحروقات من أولويات الاقتصاد الوطني بدئ من صدور أول قانون للإستثمار رقم 63–277 في 26 يوليو 1963، مما أدى إلى تأسيس شركة سونطراك كشركة وطنية تمثل الدولة، ونتيجة لذلك ظهرت العديد من الاتفاقيات الجزائرية في مجال البترول والغاز في 31 ديسمبر 1963، وقد تم تعزيز التعاون بين سونطراك والشركات الأجنبية لتنفيذ مشاريع مشتركة تمويلا وإدارة مشاريع حيوية في القطاع.[3]

[1]– د.السعيد الدراجي، مرجع سابق، ص 319.

[2]– د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 108.

[3]–د.بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق، ص 82.

ثانيا : في فرنسا :

تم إبرام العديد من عقود الشراكة في فرنسا بتمويل من القطاع الخاص لمدة زمنية طويلة في مختلف المجالات أهمها :

أ-قطاع الصحة :

تم تنفيذ برنامج "إنجاز مستشفيات جامعية " كتجربة رائدة للشراكة بين القطاعين العام والخاص ف فرنسا.

حيث تأسس مستشفى لأميان بيكاردي الجامعي كمركز صحي بارز على المستوى العالمي في نهاية عام 2005.

حقق الإعتراف العالمي من خلال إجراء عمليات زرع جزئي لجلد الوجه وإحتل المرتبة الأولى عالميا في هذا المجال، يقع المستشفى في مدينة أميان الفرنسية ويعتبر مؤسسة طبية رائدة في مجال الرعاية الصحية. [1]

ب-قطاع الطرقات والطرقات السريعة :

في فرنسا تم تخصيص مايقارب 8500 كلم من الطرق السريعة للإنجاز بواسطة عقود الشراكة.

تقوم الشركات الخاصة يتمويل وتنفيذ هذه المشاريع، ومن ثم تديرها وتصلحها، مقابل إستخدام نظام الدفع Péuge

وتم توقيع 38 عقد الشراكة في هذا القطاع بقيمة تقدر بنحو 475,515 مليون أورو.[2]

[1]-د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 100.

[2]- المرجع نفسه، ص 101.

ج- الرياضة والترفيه :

تم تخصيص مبالغ ضخمة لإنشاء مرافق رياضية جديدة مثل الملاعب ومراكز الترفيه، حيث إلى غاية عام 2010 تم توقيع حوالي ثمانية عقود شراكة بقيمة إجمالية تقدر بنحو 1,423 مليار أورو.

حيث تم إستثمار معظم هذه الأموال في إنشاء ملاعب رياضة جديدة مثل ملعب ليل الرياضي الذي بلغت تكلفته 4300 مليون أورو، بالإضافة إلى المعهد الوطني للرياضة والتربية البدنية بتكلفة وصلت إلى 250 مليون أورو. [1]

ثالثا : في المملكة العربية السعودية.

تتصدر المملكة العربية السعودية دول المنطقة بقيمة شركاتها بين القطاعين العام والخاص، حيث إنجز حوالي 18 مشروعا بقيمة تصل إلى 42,9 مليار دولار، ممثلة 21بالمئة من إجمالي قيمة مشاريع الشراكة في المنطقة.

الوضع الحالي والإدارة السياسية القوية تجعل هذه الفترة مناسبة لدراسة التوسع في الشراكة بين القطاعين، في المملكة العربية السعودية.

تمنح شركة Bechtel، الشركة الرائدة في مجال الهندسة والمشتريات والانشاءات، دعما لإنشاء وتشغيل المنظمة الوطنية لإدارة المشاريع في المملكة العربية السعودية، والتي تعرف بـ"مشروعات" لتنفيذ مشاريع البنية التحتية بكفاءة وفقا لرؤية المملكة 2030 لتحديث الإدارة.[2]

[1]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 102.

[2]-مها ناصر السدره، ونوره ناصر الدوسري، ص 102.

أ- مطار الأمير محمد بن عبد العزيز الدولي هو مطار المدينة المنورة :

هو أول مشروع يجمع بين القطاعين العام والخاص في شراكة حقيقية في المملكة العربية السعودية.

تم تمويل وتطوير وتشغيل توسعة مطار الأمير محمد بن عبد العزيز في المدينة المنورة كنموذج يجسد الشراكة بين القطاعين، لتلبية إحتياجات حركة النقل الجوي المتزايدة للحجاج والمعتمرين والزوار على مدار العام.

هذا المطار الذي يمتد على مساحة إجمالية تبلغ 4 ملايين متر مربع.

هو أول مطار في العالم خارج الولايات المتحدة الامريكية الذي يحصل على شهادة "ليد الذهبية " من مجلس البنايات الخضراء الأمريكي.[1]

ب-قطار الرياض :

مشروع قطار الرياض، الذي يعتبر مبادرة الملك عبد العزيز للنقل العام، يشمل تنفيذ ستة خطوط للسكك الحديدية تمتد على مسافة 186 كلم، وتعمل عليها قطارات كهربائية بدون سائقين، مما يجعله أكبر مشروع لشبكات النقل العام في العالم، يتوقع أن تصل الطاقة الاستيعابية للمشروع إلى 36 مليون راكب يوميا بعد عشر سنوات، مما سيقلل من عدد رحلات السيارات بحوالي 250 ألف رحلة يوميا ويوفر ما يعادل 400 ألف لتر من الوقود يوميا.

مما يساعد في تقليل الانبعاثات الضارة في الهواء، يشمل المشروع إنشاء محطات للصيانة، ومركز متطور للتحكيم والتشغيل، بالإضافة إلى تقديم خدمات متطورة للركاب. [2]

[1]- مها ناصر السدره، ونوره ناصر الدوسري ، ص 102 إلى 103.

[2]- المرجع نفسه، ص 103.

ج-إتلاف باكس :

يضم التحالف شركات سيمنس الألمانية لتصنيع القطارات، وشركة إكو الألمانية بالإضافة إلى شركتي المباني وإتحاد المقاولين السعوديين بقيادة شركة بكتل الامريكية، وقد فازوا بعقد يبلغ قيمته 9,45 مليار دولار.[1]

د-إتلاف الرياض -نيوموبيليتي :

يضم شركة بوم باردیه الكندية لتصنيع القطارات وشركة لارسينوتوبروا الهندية، وفاز التحالف بعقد قيمته 21,5 مليار دولار. [2]

الفرع الثاني : تقييم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

تتمثل أهمية عقود الشراكة في تعزيز النمو الاقتصادي للدول، خاصة النامية التي تواجه صعوبات مالية في تمويل مشاريعها.

تساهم هذه الشراكات في تحقيق الأعباء المالية ونقل الخبرات التقنية، لكن لابد من الإعتراف بوجود بعض الجوانب السلبية التي سنناقشها في الدراسة التالية.

أولا : مزايا عقد الشراكة بين القطاعين.

إحدى الأسباب الرئيسة التي تدفع الدول إلى اللجوء إبرام عقود الشراكة هي المحاسن الكبيرة والفوائد الهائلة التي تتوفر في هذه العقود، ومن بين أهم المزايا نذكر :

- ❖ إحترام الأجال والأثمان : يجب أن يكون التعويض المستحق مرتبط بإحترام آجال التسليم وتكون نتيجة ذلك شراكات مثمرة أكثر كلما كانت وضعية الإنطلاق طويلة الأمد.
- ❖ تخفيف العبئ المالي عن الجماعات المحلية : تكمن مساهمات القطاع الخاص في شركة الجماعات المحلية لتأخذ شكل وسائل مادية وضرورية للإستثمار.

[1]- مها ناصر السدره، ونوره ناصر الدوسري، مرجع سابق، ص 104.

[2]- المرجع نفسه، ص 104.

❖ تنمية الاقتصاد المحلي : الشراكة تدعم التداخلات الاقتصادية المباشرة للجماعات المحلية بشكل مستقل عن الدولة، وتهدف إلى تفادي تحميل المنتخبين المحليين إلتزامات كبرى تحت ذريعة المصلحة العامة.

❖ المساهمة في دعم الاستقرار السياسي والإقتصادي : يجب أن تظهر المشاريع إهتماما حقيقيا بالمجالين وهذا ما يجعل الشراكة بين القطاعين تولد رفاهية إقتصادية وإستقرارا إجتماعيا.

❖ مرونة القطاع الخاص : لتحقيق مصلحة عامة أفضل تساعد المرونة على تكلفة أقل وجودة أعلى وتحقيق أكبر قدر من الأرباح.

❖ تحسين مستوى عيش الساكنة : البنية الأساسية في حقيقتها صورة من صور الإستثمار المباشر ومشاركة القطاع الخاص تؤدي إلى خلق فرص عمل جديدة.

❖ تحقيق تنمية مستدامة تحترم البيئة : اللجوء إلى القطاع الخاص في إطار الشراكة عام/خاص ويأخذ بعين الإعتبار البعد البيئي للتنمية فهو مظهر أساسي للتنمية المستدامة.[1]

ب-عيوب عقد الشراكة :

بالرغم من أن عقد الشراكة يحمل العديد من المزايا والفوائد ،إلا أنه يعتبر عرضة للعديد من المخاطر والتحديات التي قد تعترض طريق نجاحه، سنقوم بذكرها على النحو التالي :

❖ تشابك العلاقات التعاقدية وإرتفاع تكلفة المشروع : تتطلب نفقات باهضة فلا يمكن تحملها عند بلوغها درجة عالية من التعقيد كما تستلزم مشروعات دراسات جدوى كبيرة ومفاوضات تقبل التعاقد مما تزيد هاته التكلفة وإنفاق المستثمر.

❖ فقدان الثقة في القطاع العام : يتمثل في ضعف ثقة الحكومة والجماعات المحلية في موظفيها وهذا ما يؤدي إلى التأثير على صورة الوظيفة العمومية

❖ طول مدة العقد : طول المدة بالنسبة للجماعات المحلية يجعلها منخرطة في إلتزام طويل الأمد.

[1]-يونس سلامي، الشراكة قطاع عام -قطاع خاص (التوجه المغربي على ضوء التجارب المقارنة) ص 83 إلى 87.

❖ تحويل عائدات الإستثمار إلى الخارج: إن الإنخفاض في حصة الاقتصاد الوطني من عائدات الإستثمار وذلك نتيجة الإستثمارات الأجنبية التي تشكل قوام مشروع عقد الشراكة في الدول النامية.[1]

[1]– يونس سلامي، ص 88 إلى 90.

الفصل الثاني

الجوانب العملية والتطبيقية لعقد لشراكة بين القطاعين العام والخاص

الفصل الثاني: الجوانب العملية والتطبيقية لعقد لشراكة بين القطاعين العام والخاص.

في هذا الفصل سنقوم بدراسة عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص من الجانب العملي والتطبيقي، وسنقوم بتقسيم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، في المبحث الأول سنتناول ضوابط إبرام عقد الشراكة، والآثار القانونية المترتبة عنه، حيث سنوضح الشروط الأساسية لإبرام العقد والإجراءات المتبعة في البلدان الثلاث الجزائر وفرنسا والمملكة العربية السعودية، وسنبين الآثار القانونية لهذا العقد على الأطراف.

اما في المبحث الثاني فسنركز على كيفية حل النزاعات التي قد تنشأ عن عقود الشراكة، حيث يتميز هذا النوع من العقود بالطابع الدولي واتصاله بالتجارة الدولية والاستثمار الدولي، وسنوضح ان التحكيم هو الطريق الشائع لتسوية هذه النزاعات، هذا ما سنوضحه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول : ضوابط إبرام عقد الشراكة والآثار القانونية المترتبة عنه.

إن القانون المنظم لعقود الشراكة التزم بعدة ضوابط لإبرام عقد الشراكة وبين الآثار القانونية المترتبة عنه، ونجد أن المشرع الجزائري استند في حكمه إلى بعض القوانين الأجنبية التي تعد المصدر الرئيسي للنظام القانوني في الجزائر كونها نظمت عقود الشراكة في قانون خاص ومستقل، ومن هنا نستخلص ما هي الشروط الواجبة والإجراءات التي اتخذتها البلدان الثلاث لعقود الشراكة، هذا ما سنوضحه في هذا المبحث.

المطلب الأول : ضوابط إبرام عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص.

يستلزم عقد الشراكة كغيره من العقود الإدارية في إبرامهإلى شروط محددة من الطرفين، فهناك قيود يخضع لها الطرفان وبعض الإجراءات التي يجب إتباعها.

وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب ونبين أهم الشروط التي يجب توفرها لإبرام عقد الشراكة وما يجب إتباعه من إجراءات للوصول إلى عقد مبرم.

الفرع الأول : شروط إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تخضع سلطة جهة الإدارة العامة في إبرام عقود الشراكة إلى مجموعة من الشروط التي يجب استقائها لإبرام عقد الشراكة، ويجب توفرهاته الشروط في حالات اللجوء إلى إبرام عقد الشراكة.

تعتبر الشراكة بين القطاعين العام والخاص اتفاقا تعاقديا على المدى الطويل ،بحيث لا تقتصر على المشاركة في رأس المال بل في التسيير والمساهمة والإنتاج ،والتي سنتطرق اليها في هذا الفرع. [1]

أولا : الشروط المتعلقة بمدة عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص

تمتاز مدة عقد الشراكة بطول المدة وذلك راجع إلى غالبية المشاريع المنجزة والمرتبطة بالبنى التحتية وإعادة تحديثها، وذلك يتطلب مدة أطول فمدة عقد الشراكة في مختلف تشريعات دول العالم كالتشريع الفرنسي، تتراوح المدة مابين 5 إلى 30 سنة كأقصى تقدير ويمكن تجاوز هاته المدة في حالات خاصة، وتتطلب الحصول على موافقة الهيئات الوصية وتكون هاته الهيئات في الجزائر مثل الوزارة أو مجلس الوزاراء أو المجلس الوطني للاستثمار، ويجب مراعاته نظرا للاهمية البالغة للمشروع.

قود الشراكة مرتبطة بالبنى التحتية فتتطلب مدة طويلة في تحديثها واتمامها، فمدة الإنجاز تأخذ من المدة الاجمالية للعقد 4 إلى 8 سنوات حسب طبيعة المشروع، [2]

ويتم استغلال الشريك الخاص بالإدارة وتشغيل المرفق المنجز وفقا لموضوع المشروع لصالح الشريك العام خلال المدة المتبقية من العقد تشمل العمليات المحتسبة في المدة الزمنية للعقد

[1]– أنفال سريدي، واقع الشراكة عام خاص في الجزائر دراسة حالة كل من مؤسسة CYCMA و ETER ALGERIE، مذكرة تخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، تحت إشراف بن قيراط عبد العزيز، كلية الحقوق الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة 8ماي 1945، الجزائر ،سنة 2018/2017، ص .29

[1]– الاستاذ احمد حرير، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الاكاديمي للنشر والتوزيع، الطبعة، يناير 2019، ص 121 و122 .

عملية الإنجاز والبناء ،بالإضافة إلى الدراسات اللازمة للمشروع وبداية الانشاء وتوفير المواد والوسائل اللازمة يتحمل الشريك الخاص مسؤولية إدارة وصيانة وتحديث المشروع خلال المدة المتبقية، وشرط ان لا تتجاوز المدة المتفق عليها ،وكلما كان المشروع يتضمن تكنولوجيا متطورة زادت أهمية احتواءه على مجالات المعلوماتية كلما كانت المدة قصيرة.[1]

ثانيا : الشروط المتعلقة بمحل العقد بين القطاع العام والخاص.

نطرق أولا إلى محل العقد يتمثل في الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد على اطرافه، كما هو الحال في عقود القانون الخاص، فهو يتميز بمرونة خاصة توفرها الامتيازات الممنوحة لتخولها تعديل الالتزامات المتعاقدين في بعض الأحيان لتحقيق المصلحة العامة. [2]

محل عقد الشراكة يكون في انجاز مشروع معين من قبل شركة المشروع، والتي تمثل الشريك الخاص بهدف تحقيق اهداف الشريك العام، يتفق الطرفان الشروط اللازمة لانجاز المشروع، مما يعني ان العقد تمت تنفيذه بالتراضي وفقا لما اتفق عليه.

ويشترط في عقد الشراكة ان المشروع قانونيا ومتماشيا مع النظام العام في الجزائر ويهدف إلى تحقيق المصلحة العامة دون تفضيل فئة معينة مع المواطنين على حساب الآخرين، ويمر بمرحلة الإنجاز والتجهيز ومرحلة التشغيل، فمرحلة الإنجاز تعتمد على التمويل ومرحلة التجهيز تعتمد على تجهيز مرفق موضوع المشروع وصيانته وتحديثه، وتعتبر مرحلة التشغيل أطول مرحلة يقوم الشريك الخاص فيها بإدارة المرفق المنجز ليس لصالحه بل لصالح الإدارة، فالشريك الخاص يقوم ببيع الخدمات للجمهور المنتفعين لصالح الإدارة، كما يلتزم الشريك الخاص في هته المرحلة بتسيير المرفق بأحسن الطرق وأجود المنتجات.[3]

[1]– د. احمد حرير، مرجع سابق ،ص 121–122.

[3]–e–learning cu tipazadz 05/ 02 ,15:03 ,

[3]– د. احمد حرير، مرجع سابق، 122ص إلى 124.

ثالثا : الشروط المتعلقة بالمقابل في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

عقد الشراكة يستلزم فيه شرط المقابل المالي، وهو الثمن الذي تدفعه الإدارة العامة للشريك الخاص في شكل مجزأ وبصفة دورية كل شهر لكن هذا مستبعد لطول المدة أو تكون ستة اشهر أو سنة، وهنا تكمن رابطة ثلاثية بين الإدارة العامة والشريك الخاص والجمهور المنتفعين، فالعلاقة بين الشريك الخاص والعام هي تأدية الخدمات للإدارة العامة، وللشريك الخاص بالنيابة عن الإدارة والقيام بالأعمال، وتقوم تلك الإدارة بتسديد مستحقاته بأجرة دورية بعد مرور مدة زمنية، وهي لا تلزم الشريك الخاص بشرائها بل لبيعها للجمهور المنتفعين، ويتبن ان علاقة الشريكين مرتبطة بالخدمة فقط، والعلاقة بين الشريك الخاص والجمهور فهي غير قائمة وليست علاقة مباشرة فقط بل التزام الشريك الخاص بتقديم الخدمات بأحسن الطرق وأفضل الوسائل؛ عكس الشريك العام، والإدارة العامة لها علاقة مباشرة بالأفراد بتقديم الخدمات وفي حال عدم جودتها فالإدارة هي المسؤولة عن ذلك، لذا وجب على الشريكان الاتفاق أثناء إبرام العقد، وفي حالة عدم جودة الخدمات يمكن للإدارة المطالبة بالتعويض من الشريك الخاص، لأنه يشمل الحقوق المالية للمتعاقد وللإدارة الحق في عدم تسديد مستحقات الشريك إلا بعد قبول مستوى جودة الخدمات. [1]

رابعا : الشروط المتعلقة بالطبيعة المركبة والاستعجالية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

هاته الشروط هي المبررات التي تأدي بالإدارة العامة لإبرام عقد الشراكة، يشترط توفر احدهما لإبرام العقد ومصدرهما في التوجه الأوروبي رقم CE/18/2004 المتعلق بالطبيعة الركبة للعقد، وقد تبنى المشرع الفرنسي في قانون عقود الشراكة في المادة الثانية هذين الشرطين، وتنص المادة على انه تبرم عقود الشراكة بعد إجراء التقييم بالنظر بالطبيعة

[1]– د. احمد حرير، مرجع سابق ص 124 إلى 125.

المركبة لعقد الشراكة، وأيضا الطبيعة الاستعجالية ويجب توفر احدى الشرطين قبل إجراءات الابرام. [1]

الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

تعتبر إجراءات إبرام العقد مهمة جدا في العقود الإدارية بصفة عامة وخاصة عقد الشراكة، وذلك للوصول إلى الهدف الأساسي ؛ويتم النص عليها في القوانين المقررة فهاتهه الإجراءات تكون محددة ومنظمة متعلقة بكيفيات الابرام، فيلتزم الطرفان باتباع الإجراءات الخاصة، فإبرام العقود الإدارية لايتم الا بعد المرور باجراءات متعددة لاعتبارات تقيد إرادة الإدارة في التعاقد على أساس شخص قانوني عام يكون متعاقد باسم ولحساب المصلحة العامة، وتكون متعلقة بكيفيات اختيار المتعاقد لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والفنية والمالية، وسنتعرف في هذا الفرع إلى الإجراءات المتبعة في عقد الشراكة للبلدان الثلاث.

أولا :إجراءات إبرام عقد الشراكة في الجزائر.

قبل التطرق إلى الإجراءات المتبعة لابد من إعطاء تعريف للمناقصة أو طلب العروض.

أ- تعريف طلب العروض :

اعطى قانون الصفقات العمومية تعريف أوسع لطلب العروض جاء به نص المادة 40 من قانون الصفقات العمومية على انه إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيارية موضوعية، تعد قبل اطلاق الإجراء. [2]

تبنى المشرع الجزائري في اطار إبرام العقود الإدارية طريقة المناقصة العامة باعتبارها الإجراءات التي تقررها القوانين واللوائح العامة الواجب اتباعها، للوصول إلى المتعاقد الذي

[1]- د. احمد حرير، مرجع سابق، ص 125 إلى 127.

[2]- لكصاسي سيد احمد، أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، جامعة ادرار ،دكتوراه علوم في القانون.

يقدم افضل الشروط المالية والفنية للإدارة، وتعتبر الطريقة الانجع في اخيار المتعامل المتعاقد، وتشمل عدة مبادئ كالعلانية ومبدأ الحوار التنافسي واجراءات التفاوض، وقد عالج المشرع احكامها بموجب المرسوم رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتخلى المشرع عن مصطلح المناقصة واستبدله بمصطلح طلب العروض في التنظيم الجديد، فإبرام عقود الشراكة يخضع إلى إجراءات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. [1]

وعقد الشراكة قد لايخضع في كامل احكامه إلى تنظيم الصفقات العمومية، ولكن قد يكون شكلا من اشكاله فالادارات والهيئات غير ملزمة بإتباع احكام الصفقات العمومية ومع ذلك يجب على الأطراف الالتزام بالمبادئ واتباع احكام التنظيم السابق فقط كإجراءات تنظيمية عامة لإبرام العقود الإدارية، والهدف منها هو تحقيق الحياد والنزاهة في اختيار الشريك الخاص. [2]

ب-الإجراءات المتبعة لإبرام عقود الشراكة في الجزائر.

وتنقسم هاته الإجراءات إلى مرحلتين سنتنال أولا الإجراءات السابقة على التعاقد وثانيا الإجراءات التي ترد على التعاقد.

1-الإجراءات السابقة على التعاقد :

تقوم الإدارة العامة بتحديد وقبول مشروع الشراكة بدراسة شاملة للجوانب القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية والفنية للمشروع، ثم تستشير خبراء الفن وخبراء مختصين قبل مراعات الاعتمادات المالية المتاحة.

[1]- د. احمد حرير، المرجع سابق ، ص 128 إلى 130

[2]- د. احمد حرير، مرجع نفسه، ص 130.

إعداد دراسات مختلفة الجوانب القانونية والمالية والاقتصادية والاجتماعية والفنية :

كأي مشروع موضوع عقد الشراكة يخضع لدراسة شاملة لمختلف الجوانب، وليبرر لجوئه إلى إبرام عقد من صيغة عقد الشراكة، وتبين الدراسة مدى تأثير المشروع على ميزانية الدولة والاعتمادات المالية والهدف منه تحقيق الربح ومختلف الحاجات للافراد، وتكون عائدة بالنفع للدولة، ونوضح ان في عقد الشراكة يقوم الشريك الخاص بتوفير الخدمات التي يقدمها المشروع لصالح الإدارة مقابل مبلغ مالي تدفعه له، والإدارة تتولى بيع هاته الخدمات للجمهور المنتفعين، وبإعتبار عقد الشراكة من عقود الاستثمار، [1]وبناءا على المرسوم التنفيذي رقم 06 –355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، والمتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، وما جاء به في نص الفقرة السابعة من المادة الثالثة منه، ونصت على ان المجلس يدرس مقاييس المشاريع من جميع الجوانب، وعلى الجهات إعطاء رأيها لهاته الدراسات.[2]

❖ **الاستشارات المسبقة :**

الإدارة العامة قد تطلب استشارة خبراء قبل بدء عملية التعاقد، خصوصا في المشاريع العامة لدراسة الجوانب المالية والقانونية والاقتصادية، وتحديد مدى ملاءمتها مع الدراسات السابقة، ولا يلزم الرأي الذي تقدمه الهيئات الاستشارية، تنص القانون لكن الإدارة حرة في اتخاذه بناءا على تقديرها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

❖ **الاعتماد المالي :**

ومفاده مدى قدرة المشروع على تحمل وتحقيق الأهداف ضمن الموارد المتاحة، ويتم اللجوء إلى الشراكة اذا كانت تحقق قيمة مضافة، باعتبارها احد مقاييس الكفاءة الأساسية لتنفيذ المشروع، ويتم تحديد القيمة المضافة مقابل المال من خلال تحليلات لمقارنة المنافع

[1]– د. احمد حرير، المرجع سابق ، ص 130إلى 132.

[2]– الجريدة الرسمية، (العدد 64

والكلف والمخاطر المرتبطة بكل طريقة شراء، كما يتم إعادة تقديمها خلال دورة حياة مشروع الشراكة للتأكد من تحقيقه.[1]

2. الإجراءات الواردة على التعاقد:

تعد هذه المرحلة مرحلة حاسمة في العقود، حيث يتحقق النجاح أو الفشل في إبرام العقد، تتضمن عملية الإدارة العامة عدة خطوات والتي سنتطرق لها.

❖ **مرحلة الإعلان عن العرض :**

سماها المشرع الجزائري بطلب العروض في تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، وقد نص عليها بموجب المادة 39 من المرسوم الرئاسي الجديد، على ان تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي[2]، يهدف إلى فتح باب المنافسة بالمساواة بين جميع المترشحين، وفقا لمبادئ العلانية ويكون الإعلان بالصحافة، بالدرجة الأولى الجرائد الوطنية أو المواقع الاكترونية، كما نصت المادة 65 في الفقرة الأولى على أن يحرر الإعلان بلغة عربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل ،كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.[3]

وحسب المادة 03 من المرسوم رقم 48 /116 ،ينشر الإعلان في نشرة أسبوعية تحرر بلغتين عربية وفرنسية، وينشر فيها كل الإعلانات القانونية والتنظيمية، المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ومن المستحسنأن يتم تحرير الإعلان باللغات الثلاث، فإذا كان احد أطراف القطاع الخاص له جنسية أجنبية لابد من توافر اللغات الثلاث العربية والفرنسية والانجليزية، فاللغة العربية هي اللغة الأولى الوطنية والرسمية في الجزائر، واللغة

[1]–www.pppu.gov.jo.13 :31.03/ 05.

[2]–www. Asjp. Cerist ,dz.23 :48. 03/05.

[3]www.asjp.cerist.dz.21:12. 06/05.

الفرنسية والانجليزية التي تعتبر رقم واحد في مجال العلاقات الدولية، أو على مستوى الهيئات والمنظمات الدولية، واجل تقديم العروض تحدده الإدارة وتضبطه، ولتقديم اكبر عدد من المترشحين يستلزم منها أن تطيل آجال تقديم العروض، ويمكن للإدارة تحديد عدد المترشحين، عقود الشراكة لا تتطلب اعداد دفتر الشروط، لأنه يخضع لإجراءات تفاوض طويلة ويتم من خلال ذلك الاتفاق على الشروط وإبرام العقد. [1]

❖ **مرحلة تقديم العروض والعطاءات :**

من الخصوصيات التي يمتاز بها عقد الشراكة ان تتناسب قيمة العرض من القيمة التي حددنها الإدارة العامة، غالبا ماتكون مرتفعة عن القيمة المالية الأدنى للقيمة المالية المخصصة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد حددت 12 مليون دج للاشغال واللوازم، و6 ملايين دج للدراسات و الخدمات، ولا يوجد في التشريع الجزائري قانون يحدد قيمة القيمة الأدنى للقيمة المالية المخصصة لعقود الشراكة في الجزائر، وتقدم العطاءات قبل انتهاء الآجال القانونية المحددة، تكون العطاءات موقعة من طرف أصحابها، وتقدم في ظرفين مغلفين احدهما مخصص للعرض الفني، والأخر مخصص للعرض المالي، يرسل إلى بريد الإدارة مع وصل الاستلام، أو يقدم على مستوى مقر الإدارة أمام لجنة تلقي العروض، لجنة تقييم العروض تقبل العروض الجدية، والمستوفية لكافة الشروط، وتعرض على لجنة تقييم العروض لدراستها واختبار أحسن عرض يحقق أهداف الإدارة، ويتم دراسة العروض الفنية دون المالية، وفتح العروض المالية مقتصر على قبول العروض الفنية، ثم تقوم الإدارة بدعوة أصحاب العروض المقبولة بتقديم عطاءاتهم النهائية، وتعرض على لجنة التأهيل النهائي وتتوج بقبول العرض الأحسن، ويحق لمن تم رفضهم الطعن في اجل معين تحدده الإدارة، ويطلب توضيحا للإقصاء. [2]

[1]– د. احمد حرير، مرجع سابق، ص 134 إلى 138.

[2]– مرجع نفسه، 139 إلى 141.

❖ **مرحلة تقييم العروض والحوار التنافسي :**

تفح الأظرفة عروض جميع المترشحين من قبل لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض، فتقوم بإثبات صحة تسجيل العروض، وتعد قائمة للمترشحين وترتب حسب وصول الاظرفة وتدعوهم إلى استكمال عروضهم التقنية الناقصة، فتقوم بعدها بفحص العروض ودراستها وتستبعد ما لم يتطابق مع دفتر الشروط وما هو ناقص، وأخيرا تفحص وتقييم هذه العروض وبعد قبولها تنتقل إلى الحوار التنافسي بين جميع المترشحين لاختيار مترشح واحد للتفاوض معه حول إبرام العقد، وقد تنتهي هذه المفاوضات بالاتفاق أو بعدمه. [1]

❖ **مرحلة المفاوضات وإبرام العقد :**

بعد اخيار احسن عرض يدخل الرفين في مفاوضات طويلة للاتفاق على الشروط فيتبادل الطرفان الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات والاستشارات القانونية ويشترط حسن نية متبادلة بينهما، كما ان مشروع العقد يكلف موارد مالية بالغة فيتم الاتفاق على المبلغ المحدد من طرف الإدارة ومدة العقد ونوعية الخدمات المقدمة، وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة الخلاف وتسوية النزاع، وهنا يمكن للطرفين التسامح في بعض الشروط وذلك لصالح المنفعة والربح، وبعد الانتهاء من المفاوضات تسفر هاته الأخيرة إلى الاتفاق وإبرام العقد وفي حالة عدم توافق ارادتي الطرفين وتنتهي بالانتهاء، وهنا تلجأ الإدارة إلى اختيار مترشح اخر حسب الترتيب، واحسن عرض من حيث الاستجابة والتعاقد معه وفي حالة عدم الاتفاق تختار مترشح الثاني حسب الترتيب واذا لم يتم الاتفاق أيضا فتلجأ الإدارة إلى تغيير بعض الشروط وطرحه بأسلوب أخر ،[2] ومن ناحية العقد نص المشرع الجزائري على ان يكون العقد مكتوبا في إطار قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جاء في نص المادة 02 من الباب الأول : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في التشريع المعمل

[1]– د، احمد حرير، المرجع نفسه، ص 141 إلى 144.

[2]– المرجع نفسه، ص 144 إلى 149.

به... في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات. "[1]، ولضمان مصلحة الإدارة خاصة إذا كان الشريك الخاص أجنبي نص المشرع الجزائري على بعض الشكليات في وثيقة العقد في المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث أشارت الصفقات العمومية إلى بيانات إلزامية كالتعريف الدقيق بالأطراف، وهوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة ومبلغ الصفقة وتاريخ توقيعها، فوثيقة عقد الشراكة تخضع لهذه الشروط بإعتبارها عقدا إداريا، تحدد أيضا أجال التسديد المستحقات وكذا الضمانات والحقوق المسموحة.

أولا :إجراءات إبرام عقد الشراكة في فرنسا :

يستطيع القطاع الخاص بما يمتلكه من إمكانات وخبرات متخصصة، سواء قانونية أو مالية أو فنية إدارة مشروع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و يفرض على الحكومة والقطاع الخاص اتباع عدد من الإجراءات والضوابط المعينة والتي لابد من مراعاتها قبل إبرام عقد الشراكة، وسنتناول هذه الإجراءات في البند 74 تناوله الامر المنظم لعقود الشراكة الصادر في 2004/06/17، والبنود التي يخص الحوار التنافسي والحكم على العروض. [2]

❖ **مرحلة الحوار التنافسي :**

نص البند 75من الأمر المنظم لعقود الشراكة على أن تعد جهة الإدارة بعقد جلسة حوار مع المترشحين، والتي لم يتم الإجابة عن الأسئلة عن كل مايتعلق بالعقد، وسماع المقترحات الخاصة، وتلتزم الإدارة بعدم الكشف عنه لباقي المترشحين، ولذلك يوجد صعوبة عند القيام بالحوار بين المتنافسين جميعا.[3]

يكمن أساس الحوار التنافسي في مرحلة النقاش بين الفاعلين الاقتصاديين، لاختيار الحلول لتمكن الاستجابة للحاجيات، ويتطلب تكييف الخدمات وتحديد الإجراءات الكفيلة بالاستجابة

[1]–جريدة رسمية عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[2]– د –هاني عرفات صبحي حمدان. النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص (PPP).دراسة مقارنة. دار النهضة العربية 32 ش عبد الخالق ثروت – القاهرة 2017/2016. ص 137.

[3] – د. هاني عرفات صبحي حمدان. مرجع نفسه. ص138.

بكفاءة، ويتطلب القدرة لدى المتفاوضين على تقييم ومقارنة الحلول المختلفة، فالحوار التنافسي يشكل هاجس شراكة مربحة للطرفين طوال مدة الالتزامات. [1]

❖ **مرحلة طلب العروض :**

نص البند 76على انه يبدأ طلب العروض النهائية عندما ترى جهة الإدارة ان المنافسة قد وصلت إلى ذروتها، وبمخالفة قواعد المجموعة الأوروبية، فجهة الإدارة تعلم المرشحين فقط بنهاية هذه المرحلة، وتقوم بدعوتهم لتقديم العروض النهائية على أساس الحلول والمقترحات، وتحديد شروط تنفيذ العقد باشعار الدعوة للمنافسة، وبعدها مرحلة الحكم على العروض و تعد مرحلة الايضاح ضرورية لتحديد المرشحين مظاهر عروضهم نظرا لتعقيد العروض ،وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بمشروعية تحديد المعايير، وتكون مرتبطة بالعقد كالقيمة الفنية والطابع المعتمد للعرض، والمدة الخاصة بتنفيذ العقد والضمان المالي والقانوني، لاسيما انتقال المخاطر للقيمة الفنية ولطابع المتجدد للعقد.[2]

المستندات التي تقدم من المنافسين من القطاع الخاص، أشار اليها المرسوم الصادر في 2004/01/06، وتلك التي تناولتها المادة من المرسوم 2009/03/02، ومن (2-1414) من القانون العام للهيئات الإقليمية وذلك بخصوص عقد المشاركة والحد الأقصى للمنافسين، ومن ناحية أخرى في مرحلة الحوار التنافسي يكون كبر عدد المتنافسين ضار بهذه العملية، ويتحدد بخمسة كحد اقصى والحد الأدنى حددته النصوص التي تحكم عقد المشاركة بألايقل عن ثلاثة وخمسة حالة الاستعجال، واقر المشرع الفرنسي بالزام جهة الإدارة بدفع مكافأة لكل المترشحين الأعلى تصنيفا، بشرط ان تكون عروضهم مقبولة بطبيعة الحال على من قام بتقديم العروض النهائية.[3]

---

[1] –د – يونس سلامي. الشراكة قطاع عام – قطاع خاص. (التوجه المغربي على ضوء التجارب المقارنة). ص 166 إلى 167.

[2]– د– هاني عرفات صبحي حمدان. مرجع سابق. ص 138 إلى 140.

[3]– المرجع نفسه، ص140.

مرحلة تحديد قائمة المترشحين (الاستبعادات) في فرنسا:

الأشخاص الذين هم في حالة قضائية يستبعدون من القائمة، والأشخاص المتهربين من الالتزامات والضريبة والمتهمون بالجرائم، والمرشح له الحق في التقدم بطلب لمعرفة سبب ترشيحه، ونشير إلى ان المشرع الفرنسي قد أجاز للمنشات ان تقدم ترشيحاتها في شكل مجموعات متضامنة أو اتحاد (الكونسرتيوم)، مع احترام قواعد المنافسة منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 2007/07/16 الحق لكل متنافس تم استبعاده رفع دعوى قضاء امام القاضي، ويجب تقديم الطعن أو تقرير مواصلة تنفيذه، ويقضي بمنح تعويضات عن الحقوق التي تضررت. [1]

الإجراءات المختلفة لإبرام العقد في فرنسا :

نص البند 77على ان إجراء دعوة العروض لا يمكن ان يكون ممكنا في حالة الاستعجال، ومنذ صدور قانون 2001/07/28، يجوز إجراء التفاوض عندما يكون مقدار العقد موضع التنفيذ اقل من حد معين، وذلك حسب اختلاف طبيعة الشخص يكون بالنسبة لعقد المشاركة، وصناديق التامين الاجتماعي 8445.000 يورو أو 25.000 يورو حسب المضوع.

اعلان جهة الإدارة عن نيتها في إبرام عقد الشراكة :

تعلن الجهة الإدارية ارادتها في إبرام المشروع والمشاركة، ودعوة القطاع الخاص للمنافسة ونشرها يخضع للقواعد التالية، تطبيق قانون العقود العامة وعقود الاجارة الحكرية والتي يزيد مقدارها عن 125.000 يورو بالنسبة للهيئات المحلية والنشر يكون في الصحيفة الرسمية الإعلانات العامة للعقود، والجريدة الرسمية الاتحاد الأوروبي، وبخصوص العقود الأقل مقدارا

[1]–د– هاني فرحات حمدان صبحي، مرجع سابق، ص 140 إلى 141.

من الحد المشارإليه فتكون الدعوة للمنافسة علية عن طريق نمط محدد في لائحة المجموعة الأوروبية.[1]

مضمون دعوى للمنافسة :

يحرر مع مساندة مجلس الخبرة وتحدد عن طريق نقاط أساسية لا يمكن الرجوع فيها ويحتوي على موعد يقدم خلاله المترشحين ترشيحاتهم وإلا يزيد ذلك الموعد أربعين يوم.[2]

معايير الاسناد في عقود المشاركة حسب القانون الفرنسي :

تتسم هذه المعايير بالاتزان خلال مرحلة التفاوض فإن لم تتمكن الإدارة من ذلك فلا بد أن تتسم بالتدرج.[3]

سرية عقود المشاركة في فرنسا :

ينص الامر 2004/06/17، المادة 09 بعد الاطلاع على عقود المشاركة وفقا للشروط بمقتضى المرسوم، وان المعلومات والمستندات يطلع عليها لأغراض البيان والتحليل الاقتصادي، وتشمل السرية.

وتنص المادة 26 من المرسوم 2009/03/02 بشأن إجراء إبرام العقود التي تبرم من جانب الدولة ومؤسساتها العامة والأشخاص المشار اليهم في المادتين 25و 19 من الامر 2004/06/17. [4]

تقديم العطاءات وإجراء التعاقد :

نص البند 79 ان هناك اخلاف في طريقة تقديم العطاءات قبل صدور قانون الشراكة رقم 67/ 2010 وبعد صدور وهذا ما سنتطرق اليه :

---

[1]– د. هاني فرحات حمدان صبحي، مرجع سابق، ص142.

[2]– المرجع نفسه، ص142.

[3]– د. هاني فرحات حمدان صبحي، مرجع سابق، ص142.

[4]– المرجع نفسه، ص 142.

قبل صدور قانون الشراكة :

ان قانون المناقصة له ولاية عامة على كافة العقود وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون المناقصة مهلة 30 يوم من اول تاريخ إعلان في الصحف القومية وتنتهي المدة يوم الثلاثين في الساعة الثانية عشر ويظل ساري المفعول طوال المدة المحددة بالإعلان ويوقع العطاء من أصحابه ويقدم في ظرفين مغلقين للعرض المالي والفني ويتم فتح الظروف المالية بعد قبول الفنية منها والظرف المالي يحتوي على القيمة المالية للعرض والتي يحتوي على البيانات والمستندات ويتم تقديمها إلكترونيا للسرية التامة.[1]

بعد صدور قانون الشراكة :

يطرح المشروع وفقا لقانون الشراكة ولائحته التنفيذية على عدد من المراحل نتناولها فيما يلي :

- مرحلة إختيار مستشاري الطرح.
- مرحلة دراسة المشروع.
- مرحلة التأهيل السابق.
- مرحلة التقدم العطائات.[2]

تقديم العطاءات النهائية :

بعد إنتهاء مرحلة الحوار التنافسي تقوم لجنة تقوم لجنة إعداد الشروط بدراسة الشروط النهائية وتوجه دعوة للمترشحين المؤهلين لتقديم عطاءاتهم ليتم البت فيها في المظروف المالي قبل الفني، وتطلب جهة الإدارة مدة سريان العطاءات لمدة لا تزيد عن ستين يوما بعد

[1]– د. هاني فرحات حمدان صبحي، مرجع سابق، ص144.

[2]– د هاني عرفات صبحي حمدان، ص144.

انتهاء المدة المنصوص عليها شرط ان يكون قبل فتح المظروف المالي وتتلقى الجهة الإدارية بالتنسيق مع وحدة المشاركة تحديد موعد للرد على المستثمرين المؤهلين.[1]

ثالثا: اجراءات إبرام العقد في المملكة العربية السعودية :[1]

تتعاقد الجهات الحكومية مع القطاع الخاص من خلال طرح مشاريع للمنافسة العامة، مما يمنح جميع الراغبين فرصة متساوية، ويمك أيضا طرح المشاريع بوسائل أخرى مثل المنافسة المحدودة أو التعاقد المباشر، يتم اعتماد مشاريع البنية التحتية أو الخدمات العامة من قبل مجلس الشؤون الاقتصادية والتنمية، استنادا إلى توصية من مجلس إدارة المركز الوطني للتخصيص، طرح المنافسة يتم عبر عدة مراحل وإجراءات سنتطرق اليها.[2]

1-مرحلة إبداء الرغبة :

الجهة التنفيذية تصدر ملخصا للمشروع وجدول زمني ،يحدد موعد استقبال رغبات الجهات الخاصة لمدة 17 يوما ثم تنشر قائمة المتنافسين، وتبدأ مرحلة التأهيل المسبق تقوم الجهة التنفيذية بقبول خطابات التعهد من المتنافسين المؤهلين بإلتزام بإجراءات طلب تقديم المؤهلات وضمان دقة الوثائق وعدم التواطؤ أو الرشوة ،وتحمل الشركة المتقدمة مسؤولية تقديم وثائق المؤهلات.[3]

2-التأهيل المسبق :

يتضمن الطلب الذي تصدره الجهة التنفيذية بعد إنتهاء المهلة الزمنية المحددة للتسجيل طلب تقديم المؤهلات للمتنافسين مع ضرورة توفير البيانات المطلوبة، ينشر هذا الطلب على موقع الجهة الحكومية والمركز الوطني للتخصيص، بالإضافة إلى الإعلان عنه في ثلاث وسائل اعلام محلية ودولية وعبر وسائل التواصل الاجتماعي، يشتمل الطلب على تعليمات

[1]- د هاني عرفات صبحي حمدان، ص145.

[2] -subaiefirm.com.sa 2024/ 05/01. 22:37.

[3] -subaiefirm.com.sa.2238/01/06/2024

محددة حول المحتوى المطلوب والجدول الزمني لتقديم الوثائق، بالضافة إلى الصيغة المطلوبة والمستندات الداعمة ،والموعد النهائي لتقديم وثيقة المؤهلات مع بيان يفيد بأنه لم يتم قبول أي تقديم بعد التاريخ والوقت المحددين، يتوفر مركز إتصال موحد للرد على إستفسارات المتقدمين وتوضيح متطلبات الحد الأدنى للتقديم مع وصف لعملية تقديم الاستيضاحات قبل تقديم وثيقة المؤهلات والجدول الزمني لذلك تم تحديد طلبات معينة يجب إدراجها في وثيقة المؤهلات، الخبرة المطلوبة تتضمن تنفيذ مشاريع سابقة في مجال التخصيص بما في ذلك تمويل تصميم بناء تملك تشغيل وصيانة القدرة على إدارة المخاطر وضمان جودة الخدمات والبنية التحتية.[1]

3-تقديم العروض :

المرشحون يقدمون عروضا تقنية ومالية منفضلة ومختومة مع الاقرارات المطلوبة مؤكدين عدم تغيير تشكيلهم أو هيكل تنظيمهم وفي حال حدوث تغييرات يجب توضيحها وتقديم الوثائق المتعقلة الجهة الحكومية قد تطلب عروضا مبدئية غير ملزمة للتقييم قبل العرض النهائي الذي يختار على أساس الفائز.[2]

4-فتح العروض :

لجنة تقييم العروض الفنية واللجان الفرعية تقوم بفحص العروض الفنية بشكل موضوعي وتنفذ إجراءات محددة بعد ذلك تقوم لجنة فتح العروض المالية للتحقق منها، يتم إعلان نتائج المنافسة بعد ذلك ويتم التفاوض مع صاحب أفضل عرض قبل الترسية وتوقيع العقد في الحالات الطارئة يمكن تنظيم منافسة محدودة لضمان السلامة العامة والصحة العامة.[3]

[1] -subaiefirm.com.sa.2238/01/06/2024

[2] - مرجع نفسه.

[3] - مرجع سابق.

4-تحديد الأولوية في مشاريع الشركة :

تحديد مشاريع التعاون والشراكة بين القطاعين وفق معايير معينة حددت على النحو التالي :

أ-القدرة المالية :

يجب توفر القدرة المالية للدخول إلى عقد شراكة بحيث تستطيع تحمل تكاليف المشروع بالكمال دون الحاجة للوصول إلى دعم من الدولة.

ت- الجدوى الاقتصادية :

لابد أن يكون المشروع مجديا إقتصاديا وتعود بالنفع العام والتنمية الاقتصادية لاستقطاب المستثمرين.

ث-قدرة السوق :

يجب توافر قدرات في السوق لتستوعب طرح المشروع كما للمستثمرين القدرة والكفاءة على تنفيذ المشروع والرغبة في المنافسة.[1]

د- القابلية للتمويل :

يجب على المصادر المحلية أو الدولية أن تمول المشروع وتلبي متطلباته كما يجب ان تكون لها الرغبة في التمويل.

و- طبيعة المشروع :

تتوفر نماذج مماثلة للمشروع محلية أو دولية وتكون طبيعته قابلة للتطبيق الناجح والمخاطر تعتبر من الاثار البيئية للمشروع والتأخر في التنفيذ أيضا والمخاطر الإدارية والمالية للقطاع الخاص التحقق منها بكفاءة وفعالية.

[1] -subaiefirm.com.sa.2238/01/06/2024

المطلب الثاني: الاثار القانونية المترتبة عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

عقود الشراكة من العقود الملزمة لجانبين، تولد مجموعة الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، يعتبر كل عقد مرتب لاثار القانونية، وقد ارتأينا ان نقسم هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول الاثار المترتبة في ذمة الشريك العام، وخصصنا الفرع الثاني اثار عقد الشراكة بالنسبة للشريك الخاص ،ونخص بذلك الدول المعنية بموضوع بحثنا.

الفرع الأول : اثار عقود الشراكة بالنسبة للشريك العام.

الاثار القانونية المتمثلة في الحقوق والالتزامات بالنسبة لشريك في القطاع العام والخاص، ونذكر فيها الفرع حقوق الشريك العام المتعددة ,وسعي الشريك العام لتحقيق المصلحة العامة و نتطرق بعدها ال اهم الالتزامات.[1]

أولا:حقوق الشريك العام.

تعدد وتتنوع حقوق الشريك العام في اطار لجوئه إلى عقد الشراكة في :

أ-حق الشريك العام في الرقابة والاشراف والتوجيه:

للإدارة الحق في الرقابة والاشراف على المتعاقد معها، وذلك لتحقيق المصلحة العامة وعدم تعسفها في ممارسة الحقوق، والهدف من الرقابة التأكد من الشريك في تنفيذه لالتزاماته العقدية.

وهذا يعتبر ضمانا لأداء الشريك الخاص لالتزاماته التعاقدية، وتكون الرقابة عبارة عن رقابة فنية بهدف التأكد من استغلال المرفق وتسييره وفقا للشروط الفنية المتفق عليها، والرقابة الإدارية فتعين الإدارة مندوبين عنها ولهم الحق في حضور اجتماعات لجان و مجلس إدارة المرفق، وتكون الرقابة المالية بالتفتيش على حسابات شركات المشروع لمختلف أنواعها ،ويمكن للإدارة ان تلزم الشريك الخاص بمسك دفاتر حسابات منتظمة وفقا لقواعد المحاسبة

[1]- د- احمد حرير، المرجع السابق، ص 150.

وحق الاشراف يكون عن طريق الاشراف على الكيفيات والوسائل التي يقوم بها الشريك الخاص عن طريق توجيه قرارات وأوامر ،و بعد شروط الرقابة والاشراف من الشروط اللائحية وهو شرط أساسي.[1]

ب-حق الشريك العام في تعديل بعض شروط العقد:

يكون التعديل بالزيادة والنقصان ويصب في مصلحة الصالح العام،بحيث أن نطاق هذا الحق يمتد إلى الشروط و بنود العقد ولا يمتد إلى موضوع العقد نفسه، وقد اختلف البعض في إن ماكان هذا التعديل تقوم به الإدارة العامة لإرادتها المنفردة أو قائم على اتفاق الطرفين فالقسم الأول يرى على عدم الإدارة في التعديل الانفرادي ،وقد ايد هذه النظرية الفقيه الفرنسي لوبيه، اما الاتجاه الثاني فانه ينكر وينقض الراي الأول ويعتبر ان تعديل بنود العقد من امتيازات السلطة العامة، و في رأينا أن باعتبار عقد الشراكة عقد اداري والعقود الإدارية تبيح للإدارة الحق في تعديل بنود العقد بمراعاة كل عقد ،الهدف من استعمال هذا الحق هوان العقد يمتاز بطول مدته ،فقد يطرأ تغييرات وظروف تصعب هاته العملية ،مما يستلزم التغيير في بعض البنود. [2]

ج- حق الشريك العام في توقيع الجزاءات :

إن القانون الجديد للشراكة يتضمن نصوصا تتعلق بالجزاءات التي يمكن للجهة الإدارية فرضها على شركة المشروع في حال عدم الالتزام بالالتزاماتها وتعتبر عقود الشراكة أداة لتحقيق التنمية المستدامة وتحتوي على جزاءات متوازنة تضمن الالتزام بالعقود دون المساس بحقوق الشركة على تنفيذ المشروع بشكل غير عادل وإعادة النظر إذا لزم الامر، ونعرض هاته الصور :[3]

[1]-د- احمد حرير، مرجع سابق، ص 150إلى 153.

[2]-مرجع نفسه، ص 153 إلى 155.

[3]- د.هاني عرفات صبحي حمدان، مرجع سابق، ص199.

- **الجزاءات المالية :**

الجهة الإدارية للمشروع لها الحق في فرض غرامات تأخير على المتعاقد أو مصادرة التأمين النهائي إذا لم تلتزم الشركة بإلتزاماتها، بالإضافة إلى فرض تعويضات لتعويض الأضرار التي قد تكبدتها الجهة الإدارية نذكر منها : غرامات التأخير، التعويضات.[1]

-الجزاءات الضاغطة :

تعتبر الجزاءات الضاغطة وسيلة لفرض الالتزامات التعاقدية على المتعاقد مع الإدارة العامة لحقيق سير المرفق العام تختلف هذه الجزاءات بين العقود الإدارية.

حيث تشمل عقود الامتياز وضع المشروع تحت الحراسة، وفي الصفقات العمومية تشمل حلول الإدارة محل المتعاقد في تنفيذ الاعمال على حسابه وفي عقود التوريد تتمثل في شراء المتعاقد لصالح الإدارة العامة. [2]

د- حق الشريك العام في فسخ وإنهاء العقد :

يصنف كأخطر الحقوق تملكها الإدارة لمواجهة المتعاقد معه، بدوره يؤدي لإنهاء الرابطة التعاقدية ويعد من امتيازات السلطة العامة، سنتناول أولا حق الإدارة في الفسخ ثم الحق في إنهاء العقد.

1-حق الشريك العام في فسخ العقد :

يفسخ العقد بحل الرابطة العقدية كجزاء لإخلال الطرف الأخر بالتزاماته ويكون هذا الاخلال خطيرا، نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام " اذ لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد...يمكنها ان تقوم بفسخ الصفقة العمومية..."[3]

---

[1]- د.هاني عرفات صبحي حمدان، مرجع سابق، ص199 إلى 200.

[2]- د. احمد حرير، مرجع سابق، ص157.

[3]-قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مادة 149، فقرة ثانية.

ويتم الاتفاق على فسخ العقد في مرحلة المفاوضات ولا يلزمها اللجوء إلى القاضي وقد نص المشرع في المادة 150 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفة العقدية عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد وقد تكون دوافع الفسخ [1]خارجة عن إرادة المتعاقد يمكنه الفسخ هذا ماجات به المادة 151 من نفس القانون السابق.

2-حق الشريك في إنهاء العقد :

" إذا كان حق الإدارة العامة في فسخ تعاقدها مع الشريك الخاص ناجم عن خطأ من هذا الأخير فإن حقها في إنهاء العقد يكون بدون خطأ من الشريك الخاص المتعاقد معها وتلجأ اليه بإرادتها المنفردة دون توقف عن رضا المتعاقد معها ".ويعتبر هذا حق ثابت من إمتيازات السلطة العامة.[2]

ثانيا :إلتزامات الشريك العام :

الشريك العام على الرغم من حصوله على حقوق كثيرة بوصفه الطرف الأول في عقد الشراكة لا يزال ملزما ببعض الالتزامات، ويسعى من خلال الإدارة العامة إلى دعم شركة المشروع لتحقيق أهدافها، بما في ذلك :

- الالتزام بإحترام بنود العقد وتنفيذها بحسن نية.
- الالتزام بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية ومنح المزايا.
- الالتزام بتقديم ضمانات للشريك الخاص.[3]

[1]- د- احمد حرير، مرجع سابق، ص161.

[2]- مرجع نفسه، ص160 إلى 161.

[3]- مرجع نفسه، ص 162إلى 167.

الفرع الثاني: أثار عقد الشراكة بالنسبة للشريك الخاص :

الشريك الخاص في عقد الشراكة يتمتع ببعض الحقوق ويتحتمل بعض الالتزامات وعلى الرغم من ذلك يعتبر الشريك الأقل تمتعا بالحقوق والأكثر تحملا للالتزامات، هذا يعود إلى دوره الرئيسي في تنفيذ وإدارة المشروع، ولكن هذا لا يؤثر عادة في نجاح تنفيذ العقد. وسنتناول جزئيين أولا حقوق الشريك الخاص ثم إلتزاماته.[1]

أولا : حقوق الشريك الخاص :

الشريك الخاص في عقد الشراكة لديه حق في الحصول على مقابل مالي والاستفادة من المزايا القانونية للقطاع الاستثماري ولديه أيضا الحق في المطالبة بتعويضات إذا تأثر التوازن المالي للعقد بسبب ظروف غير متوقعة. [2]

أ- حق الشريك الخاص في الحصول على المقابل المالي :

تعاقدات شركة المشروع مع جهة الإدارة لتقديم خدمات مقابل مبلغ مالي وعادة يدفع هذا المبلغ نقدا ومن الجدير بالذكر أنه لايحق للشريك إستلام المبلغ إلا بعد أن تصدر جهة الإدارة شهادة تثبت جودة الخدمة المقدمة.[3]

ب-حق الشريك الخاص في التمتع بحوافز الاستثمار:

تشجع الحكومة المستثمرين على الاستثمار في مجالات معينة من خلال الالتزام بدفع مبلغ ثابت من تكاليف الخدمة سنويا لشركة المشروع، هذا الإجراء يهدف إلى ضمان إستقرار الإيرادات الشهرية المتوقعة من المشروع وتحفيز المستثمرين على تحمل نفقاتهم.[4]

[1]- د- احمد حرير، مرجع سابق، ص168.

[2]- مرجع نفسه، ص168.

[3]- مرجع نفسه، ص168إلى 170.

[4]- مرجع نفسه، ص170.

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

عندما تقوم الإدارة العامة بعمل غير مشروع يتسبب في ضرر للمتعاقد، فإنها ملزمة بتعويضه وإذا رفضت التعويض يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، حتى إذا كان العمل الذي قامت به الإدارة مشروعا ولكن سبب ضررا للمتعاقد.[1]

ثانيا : التزامات الشريك الخاص :

يفرض على الشريك الخاص في عقد الشراكة مجموعة من الالتزامات التي تختلف عن تلك الالتزامات في العقود الإدارية الأخرى، حيث يتعين عليه تنفيذ العقد بنفسه وفقا للشروط المتفق عليها وكذلك نقل التكنولوجيا الحديثة وتشغيل وصيانة المرفق ونقل ملكية بعد إنتهاء المدة المحددة وتتميز هذه الالتزامات بتواجدها في عقود الشراكة بسبب مدتها لطويلة والعمليات المعقدة المتضمنة فيها مثل البناء والتجهيز والصيانة والإدارة.

-الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد وفقا للشروط المتفق عليها.

-الالتزام بتنفيذ العقد في المدة المحددة.

-الالتزام بالتكنولوجيا الحديثة.

-الالتزام بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق العام.

-الالتزام بنقل ملكية المشروع.[2]

[1]- د- احمد حرير، مرجع سابق، ص171الى173.

[2]- مرجع نفسه، ص176الى185.

المبحث الثاني: كيفية تسوية منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

نتطرق في هذا المبحث إلى كيفية تسوية المنازعات التي قد تنشأ من عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.بعد تحليل إجراءات إبرام العقد وآثاره على الطرفين، ننتقل إلى الطرق القانونية المتبعة في حل هذه المنازعات.يمكن حل النزاع بإحدى طريقتين: إما عرض النزاع أمام القضاء الوطني للدولة المضيفة، وهو ما قد يرفضه الشريك الخاص لخوفه من إنحياز القضاء لصالح الحكومة ،أو اللجوء إلى هيئة تحكيمية مستقلة تتصف بالنزاهة والحياد ،وهو الخيار الذي يفضله الشريك الخاص ويشترطه عند إبرام العقد، لذا يعد التحكيم المستقل الحل الأمثل لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود الشراكة ،وهذا ما سنبينه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى ماهية التحكيم ،أما المطلب الثاني فسنقوم بدراسة شروط اللجوء إلى التحكيم ،والإجراءات المتبعة في ذلك بهدف تسوية النزاع.

المطلب الأول : ماهية التحكيم.

في هذا المطلب ،سندرس مفهوم التحكيم من خلال فرعين ،الفرع الأول يتناول تعريف التحكيم وطبيعته القانونية، بالإضافة إلى مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة بعض الاحكام الخاصة بالتحكيم، حيث نعرض انواعه، والقانون الواجب تطبيقه في تسوية المنازعات التي تخضع للتحكيم، بالإضافة إلى مزايا وعيوب التحكيم.

الفرع الأول : مفهوم التحكيم.

سنبدأ أولا في إطار هذا العنوان بتناول تعريف التحكيم ،متطرقين إلى التعريف اللغوي ثم الاصطلاحي، الذي ينقسم بدوره إلى تعريف فقهي وتشريعي وقضائي ،بعد ذلك سنناقش الطبيعة القانونية للتحكيم، وأخيرا نناقش مبررات اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات عقود الشراكة.

أولا: تعريف التحكيم :

أ-التعريف اللغوي :

التحكيم في اللغة مصدر حكم ،يقال"حكمته في مالي ،إذا جعلت الحكم فيه، فإحتكم علي في ذلك. وإحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى، ويقال: حكمت فلانا في كذا وكذا تحكيما ،أي : جعلته حكما وفوضت الامر إليه".[1]

ب-التعريف الاصطلاحي (القانوني):

سنتعرض من خلال التعريف القانوني إلى أهم التعريفات التشريعية وكذا الفقهية.

1-التعريف التشريعي :

سنناقش في هذا السياق التعريف التشريعي لكل من الجزائر وفرنسا والسعودية.

-تعريف المشرع الجزائري :تناول المشرع الجزائري التحكيم في القسم الثاني من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات في القانون رقم 09/08 والذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]عرف المشرع الجزائري التحكيم بموجب المادة 1007من القانون السابق الذكر.[3]

كما تنص المادة 1006 من نفس القانون أنه في العقود التي يمتلك فيها أحد الأطراف سلطة الموافقة ،يحق لها اللجوء إلى التحكيم. [4]

---

[1]-qadha.org.sa.2024/05/18 ،20:12 .

[2]-د.أحمد حرير، مرجع سابق ،ص 190.

[3]-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 28 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج ر رقم 21 لسنة 2008 الصادرة في 23 أفريل 2008.

نص المادة 1007: شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ،لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

[4]- نص المادة 1007.

-تعريف المشرع الفرنسي: تحدد المادة 1442 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي أن التحكيم كإتفاق يتعهد بموجبه الأطراف بإحالة النزاعات الناشئة إلى التحكيم.[1]

-تعريف المشرع السعودي :عرفت المادة الأولى في الفقرة 01 من نظام التحكيم السعودي التحكيم على أنه :"هو إتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي تنشأ أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة...أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة ".[2]

كما أنه يوجد قاعدة أساسية في جميع قوانين التحكيم الخليجية أنه ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم ونصت على ذلك المادة 02 من نظام التحكيم السعودي.[3]

2-التعريف الفقهي :

تنوعت وتعددت التعاريف التي قدمها فقهاء القانون للتحكيم حيث نجد فقهاء القانون الجزائري أعطوا العديد من التعاريف، حيث عرف الأستاذ لزهر بن سعيد أنه نظام قضائي خاص يعتمد على اختيار الأطراف للحكم في نزاعاتهم بموافقتهم وتوثيق ذلك بإتفاق مكتوب ،يتولى التحكيم مسؤولية فصل النزاعات التي تنشأ بين الأطراف بشأن العقود، ويسعى إلى تحقيق العدالة وتطبيق مبادئ القانون، ويصدر قرارا ملزما ينهي النزاع بشكل نهائي.

كما يعرفه جانب من الفقه أنه يهدف إلى تقديم حلول للقضايا المتعلقة بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص ،حيث يستخدم القضاة سلطتهم للفصل في المنازعات وفقا للاتفاقات الخاصة بين الأطراف دون تدخل الدولة.

---

[1]-د.أحمد حرير، مرجع سابق ، ص189.

[2]- نظام التحكيم، الصادر بالمرسوم ملكي رقم :م/34 وتاريخ: 23جمادى الأولى 1433.

[3]-د.محمود عمر محمود ،التحكيم علما وعملنا وفقا لقوانين التحكيم بدول المجلس التعاون الخليجي دراسة مقارنة، دار القرار منظمة دولية إقليمية متخصصة، الطبعة الأولى 2020،ص 22.

كما يعرفه فقهاء القانون الفرنسي بأن التحكيم مؤسسة خاصة للتسوية القضائية ،حيث يتم إستبعاد المنازعات من إختصاص المحاكم العادية ويكلف أفراد محكمين ملائمين بمهمة التحكيم لفصل النزاعات بناءعلى معرفتهم وخبرتهم في الموضوع.[1]

تعريف التحكيم في السعودية وفقا للفقه الإسلامي فنجد تعريفات عديدة، فقد عرف علماء الحنفية التحكيم بأنه :"تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"، وعرفته المالكية بأنه: " تولية الخصمين حاكما يرتضيانه ليحكم بينهما "، كما عرفته الشافعية بأنه: "أن يحكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه"، عرفته أيضا الحنابلة ب:"تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما".[2]

في عام 1985 أقرت لجنة القانون التجاري الدولي المنبثقة عن الجمعيات العامة للأمم المتحدة قواعد (اليونسترال) وتسمى القانون النموذجي للتحكيم، الذي يهدف إلى مساعدة الدول بالاسترشاد للقواعد وذلك لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي، لان القانون يتضمن جميع مراحل التحكيم ابتدأ من إتفاق التحكيم حتى تنفيذه،تأخذ جميع الدول بالقانون السالف الذكر مع بعض التعديل،[3] الجزائر وفرنسا يشتركان في القوانين لان القانون الجزائري مأخوذ من القانون الفرسي وبذلك فإن الجزائر تسير على النهج الفرنسي.

ثانيا: الطبيعة القانونية للتحكيم

على الرغم من إتفاق الفقهاء على أن التحكيم هو وسيلة فعالة لحل المنازعات بدل من القضاء، إلا أن هناك جدلا مستمرا بينهم بشأن الطبيعة القانونية لعملية التحكيم، ومع ذلك فإن تحديد هذه الطبيعة أمر بالغ الأهمية نظرا للأثار الكبيرة التي تترتب على عملية

[1]–د.أحمد حرير، مرجع سابق، ص 193.

[2]– د.أ. عبد الرحمن بن محمد بم سليمان الجهني، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، الجمعية العلمية القضائية السعودية،مجلة قضاء /مجلة علمية محكمة ،العدد السابع والعشرون، شوال 1443هـ/مايو 2022،ص554الى555.

[3] –uncitral.un.org.01:00.22/05/202.لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

التحكيم، وبالتالي لايمكن تقديمها إلا من خلال فهم وتحديد الطبيعة القانونية لهذه العملية مسبقا، حيث اتضح في الفقه 3 نظريات وآراء هي : أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، وأخرى بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية، وآخر بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة.[1]

أ-التحكيم ذو طبيعة تعاقدية :

يشير جانب من الفقه إلى الطبيعة التعاقدية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية المختلفة، حيث يعتبر التحكيم أحد العقود الرضائية بين الأطراف المتعاقدة.

يمنح قرارات التحكيم، خاصة في منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حجية إتجاه أطرافها، ويهدف إلى الموازنة بين المصالح المشتركة دون الحاجة للقضاء الوطني ،وبالإضافة إلى ذلك تكون أحكام التحكيم محلا لدعاوى البطلان الأصلية المتعلقة بالحقوق ،مما يساهم في تنفيذها من دون اللجوء للقضاء.[2]

ب-التحكيم ذو طبيعة قضائية:

يؤكد أنصار هذا الرأي ان التحكيم يجمع بين عناصر العمل القضائي، حيث يعتبر المحكم قاضيا يمارس وظيفته في فصل المنازعات، وليس فقط بإستناده إلى إتفاق التحكيم، بل أيضا بإعتباره يستمد سلطته من إدارة الطرفين. ووفقا لهذه النظرية ،يعد التحكيم نوعا من أنواع القضاء إلى جانب قضاء الدولة، ويعتبر ما يصدره المحكم من حكم جزاءا من الأعمال القضائية، وبالرغم من ذلك فإن إتفاق التحكيم لايزال يحتفظ بطابعه التعاقدي، حيث يخضع

[1]– د. بسام شيخ العشرة، التحكيم التجاري، الاجازة في الحقوق، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص 04.

[2]–د.بالجيلالي نور الهدى، منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غليزان، الجزائر. 2023/222. ص 133إلى 134.

في إبرامه وتأثيراته للنظرية العقدية، بينما يضاف الطابع القضائي على حكم التحكيم الناتج عن عمل هيئة التحكيم. [1]

ج-التحكيم ذو طبيعة مركبة :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن التحكيم يمكن أن يخرج عن طبيعته المركبة، حيث يجمع بين الطابع التعاقدي والقضائي، فالتحكيم يعتمد على تراضي الأطراف المتنازعة وإختيارهم للمحكم أو المحكمين لحل النزاع بينهم. كما أن التحكيم يتمتع بصفة قضائية من حيث الإجراءات المتبعة وعمل المحكم، الذي يستخدم القوانين الوضعية لفصل النزاع بطريقة مشابهة لدور القاضي.

يهدف هذا الإتجاه إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين ليمنح التحكيم موقعا وسطا بينهما.[2]

ثالثا: أنواع التحكيم

نظام التحكيم لايتبع صورة واحدة عندما يتفق الأطراف على استخدامه لتسوية نزاعهم، بل يتنوع ويتعدد بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها إليه.

يقسم التحكيم من حيث إلزاميتهإلى تحكيم إختياريوإجباري، ومن حيث نطاقه إلى تحكيم وطني ودولي، ومن حيث الجهة التي تفصل في النزاع إلى تحكيم حر ومؤسسي، ومن حيث الأساس الذي يستند إليه المحكمون إلى تحكيم بالصلح وبالقانون[3]، وهذا ما سنقوم بدراسته.

أ-من حيث الإلزامية :

تنقسم عملية التحكيم من حيث الإلزامية إلى تحكيم إختياري وتحكيم إجباري.

---

[1]-د. بسام شيخ العشرة، مرجع سابق ،ص 05.

[2]-د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص196إلى 197.

[3]- د. أحمد حرير، مرجع نفسه، ص197.

1-تحكيم إختياري:

التحكيم الإختياري هو نوع من التحكيم يتم الإتفاقعليه بحرية من قبل الطرفين في النزاع، يمكن أن يتم التحكيم بواسطة جهة معينة مثل منظمة أو مركز دائم للتحكيم، أو يمكن أن يتم بدون جهة محددة.

يمكن أن يتم الاتفاق مستقلا أو جزءا من عقد محدد، كما يمكن الاتفاق على التحكيم بعد حدوث النزاع، ولكن في بعض الحالات، قد يكون هناك قيود على هذا الاتفاق إذا تم تقديم دعوى أمام محكمة بالفعل.[1]

كما نصت المادة 25 من نظام التحكيم السعودي على أنه:" لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم... أن تختار إجراءات التحكيم التي ترها مناسبة".[2]

2-تحكيم إجباري:

يصبح التحكيم إجباريا عندما يفرضه القانون بوضوح وهذا إستثناء عن التحكيم الذي يكون إختياريا، ينطبق ذلك في حالة نزاعات معينة ومحددة نظرا لطبيعتها الخاصة، في هذه الحالة لاتلعب إرادة الأطراف دورا في اللجوء إلى التحكيم، حيث يفرض المشرع التحكيم عليهم، يمكن أن يحدد المشرع كيفية إختيار المحكم وإجراءات التحكيم، أو يترك هذه الأمور لحرية الأطراف، تنظم القواعد والنصوص القانونية أحكام التحكيم الإجباري ومثال على ذلك قرار القانون الجزائري رقم 71-80 الصادر في 1971/12/19، يفرض التحكيم الإجباري في المنازعات بين الشركات الوطنية.[3]

---

[1]-أ.دريس كمال فتحي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الاعمال، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، الجزائر، سنة 2022/2021 ، ص 09.

[2]- نظام التحكيم السعودي، المادة 25 ص9.

[3]-د. أحمد حرير، مرجع سابق ،ص 200.

ب-من حيث نطاقه :

ينقسم التحكيم من حيث نطاقه إلى تحكيم وطني دولي :

1-التحكيم الوطني :

يعرف أنه يتمحور حول العلاقات والنزاعات ضمن الحدود الوطنية، بما يشمل الأطراف المعنية والأسباب والقضايا، ويرى البعض انه يجب أن تكون الجوانب الأساسية المرتبطة بدولة معينة ليصنف التحكيم وطنيا.[1]

حكم التحكيم يجب أن ينفذ داخل حدود الدولة، ويعتبر التحكيم وطنيا حتى في حالة وجود أطراف أجنبية مثل الشريك الخاص في عقود الشراكة، حيث يتم تحديد مكان إجراءات التحكيم لأنه المعيار المتبع في التحكيم الوطني.[2]

2-التحكيم الدولي :

التحكيم الدولي يتعلق بحل النزاعات التي تنشا بين دولتين على الأقل فيما يتعلق بالمصالح الاقتصادية، مثل النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية وتحويل الأموال القيم الاقتصادية والخدمات عبر الحدود، يعتمد هذا التحكيم على المعايير الاقتصادية الحديثة لحل النزاعات بشكل عادل وفعال.[3]

نص نظام التحكيم السعودي في المادة الثالثة على ذلك.[4]

إن التحكيم الدولي الذي يجري خارج الدولة المضيفة لتنفيذ الحكم التحكيمي، يتعلق بالنزاعات بين الأطراف في العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي في المجالات التجارية والمالية، يطبق فيه القوانين الدولية وإتفاقيات دولية مثل الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام

[1]-أ-دريس كمال فتحي ،مرجع سابق، ص 10.

[2]- د. أحمد حرير، مرجع سابق ،ص 201.

[3]-أ. دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 10ز

[4]- نظام التحكيم السعودي ،الصادر بالمرسوم ملكي رقم :م/34 وتاريخ 24 جمادى الأولى 1433هـ.

1975، ويمكن أيضا اللجوء إلى القانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أو اتفاقية الأطراف المتنازعة.[1]

ج-من حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع :

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

1-التحكيم الحر :

التحكيم الحر يعتبر النمط التقليدي لعملية التحكيم ،حيث يتفق الأطراف المتنازعة على تنظيم الإجراءات وإختيار المحكمين الذين سيقومون بالبت في النزاع، وتحديد القوانين المعمول بها في النزاع ،إنه نوع من التحكيم المنظم الذي يهدف إلى الفصل في النزاع معين بموجب اتفاقه محددة.

ولهذا السبب يطلق عليه البعض اسم تحكيم الحالات الخاصة.[2]

2-التحكيم المؤسسي :

مع تفصيل التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات انتشرت المراكز والمنظمات واسع، سواء على المستوى الوطني أو الإقليمي أو الدولي، وقد وضعت هذه المؤسسات لوائحها وقواعدها الخاصة بها ن وعندما يختار الأطراف اللجوء اليها ،فأنهم يوافقون على الالتزام بتلك اللوائح والقواعد، وتصبح هذه العملية جزءا لايتجزأ من إتفاقهم، ويعرف التحكيم الذي تديره هذه المؤسسات بالتحكيم المؤسسي (او النظامي).[3]

[1]-د. أحمد حرير ن مرجع سابق، ص201.

[2]- د. بسام العشرة، مرجع سابق، ص18.

[3]-المرجع نفسه، ص ص18.

د-من حيث الأساس الذي يستند اله المحكمون :

تنقسم عملية التحكيم من حيث الأساس الذي يستند اليه المحكمون إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح.

1-التحيكم بالقانون :

يعني ان المحكم الذي يتم اختياره من قبل الأطراف أو الهيئة التحكيمية يكون ملتزما بأحكام القانون المحدد الذي يتم اختياره بموافقة الطرفين ،يحدد هذا القانون الإجراءات والأحكام المتعلقة ،بموضوع النزاع ويجب على المحكم الالتزام بالقواعد والأحكام التي ينص عليها هذا القانون وتطبيقها في جميع مراحل التحكيم.[1]

2-التحكيم بالصلح :

هو النوع الذي يعفي المحكم من التقيد بأحكام القانون، حيث يقرر بناءا على مايراه محققا للعدالة وفقا لمصالح المتنازعين ،حتى لو تناقض ذلك مع القانون الذي يحكم النزاع، يتميز هذا النوع من التحكيم بالمرونة في إيجاد حلول وسط بين المصالح المتنازعة مع الالتزام بالمبادئ الأساسية مثل احترام حقوق الدفاع مما يجعل قرار التحكيم له قوة تنفيذية أمام المتنازعين.[2]

ينفرد القانون السعودي بتحكيم بالإشارة ونصت عليه المادة09 من نظام [3]التحكيم.

[1]-د.أ حمد حرير، مرجع سابق، ص204.

[2]-أ. د ريس كمال فتحي، مرجع سابق ،ص11.

[3]- نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

الفرع الثاني : التحكيم وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

نخصص هذا الفرع لبيان مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاع بين الشريكين في عقد الشراكة، نبدأ بدراسة الأسباب والعوامل التي تدفع الشريكين لاختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع، ثم ندرس مزايا وعيوب اللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة.

أولا : مبررات اللجوء إلى التحكيم

تعتبر عقود الشراكة، سواء كانت تتعلق بالتجارة الدولية أو الاستثمار، ذات طبيعة خاصة ،خصوصا عندما يكون أحد الشركاء من جنسية أجنبية، في هذه الحالات يعد التحكيم الوسيلة الأمثل والطريق الأفضل لتسوية المنازعات الناشئة عنها، تعود أسباب ذلك إلى عدة مبررات منها:[1]

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

انعدام الثقة في المحاكم الوطنية للدولة المضيفة يعتبر من بين الأسباب التي تدفع الشريك الخاص نحو إعتماد الطريقة الخاصة بالتحكيم، حيث يتيح التحكيم بشكل مختلف عن القضاء إختيار خبراء محددين لفض النزاعات، بالإضافة إلى إنعدام الثقة الذي يشعر به المستثمرين الأجانب تجاه المحاكم الوطنية.[2]

2-بساطة إجراءات التحكيم :

يتسم التحكيم بالبساطة والفعالية حيث يتم تحديد إجراءاته بواسطة الأطراف المتنازعة، بهدف توفير الوقت وتقليص الإجراءات المعقدة أمام الجهات القضائية ،التي تتسم ببطء إجراءاتها وتأخير قراراتها، مما يؤثر سلبا على مصالح الأطراف بالإضافة إلى ذلك يساهم التحكيم في

[1]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 206.

[2]- أ. مريني فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية -دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ،الجزائر، المجلد الحادي عشر، العدد الأول ،ص 424.

تقليص درجات التقاضي، حيث يصدر الحكم بشكل نهائي، مما يؤدي إلى تسريع إصدار القرارات.[1]

3-المحافظة على إستمرارية العلاقات المستقبلية بين أطراف النزاع :

يعد هذا الأمر بالغ الأهمية، حيث تقوم هيئة التحكيم بأداء دور حاسم في هذا الصدد، حيث تقوم بفصل النزاع بشكل عادل وبطريقة تحافظ على العلاقات والتعاملات بين الأطراف، يعتبر اللجوء إلى التحكيم خطوة إستراتيجية تظهر أن الأطراف تضع مستقبل العلاقة بينهم في الإعتبار.

تحقق العدالة من خلال التحكيم، يتم ذلك بطريقة تتجاوز تلك التي تتخذ أمام القضاء مما يبعد عن الخصومة وميلهم في إيجاد حلول مرضية للطرفين. [2]

4-التحكيم يعتبر كضمانة للتشجيع على الاستثمار :

يعد التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار وتفادي المخاطر المتعلقة بالسيادة مثل فقدان حيادية القضاء الوطني، هي أحد الأسباب التي تدفع الش،صرار على شرط التحكيم عند إبرام العقد مع الشريك العام، بالإضافة إلى ذلك، يستخدم الشريك العام التحكيم كوسيلة لجذب الاستثمارات ويتضمن ذلك من خلال تضمين تشريعات تؤكد قبول التحكيم كوسيلة لتعزيز الاستثمار.[3]

[1]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 207.

[2]- د. بسام العشرة، مرجع سابق، ص 22.

[3]- المرجع نفسه، ص 424.

ثانيا : مزايا ومساوئ عقد الشراكة بين القطاعين

التحكيم وسيلة أساسية ومهمة لتسوية النزاعات بين طرفي عقد الشراكة، وخاصة بالنسبة للشريك الخاص الذي قد يشترط على الشريك العام تقديم النزاع لجهة تحكيمية بالعديد من المزايا ومع ذلك ،فإنه يحمل بعض المساوئ، هذا ماسوف نقوم بدراسته.[1]

أ-مزايا التحكيم :

نستعرض من أهم مزايا التحكيم انه يمتاز بسرعة إجراءاته وسرية النزاع وكذالك يمتاز بكفاءة المحكمين.

1-سرعة الفصل في النزاع :

تحقيق السرهة والبساطة في لإجراءات هو نتاج تسوية المنازعات بواسطة التحكيم، وقد إشترطت معظم أنظمة ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي وضع مدة محددة يجب أن يتم فيها إصدار الحكم.[2]

2- الحفاظ على أسرار الخصوم :

إحاطة الإجراءات التحكيمية بالسرية تعد ميزة أساسية من مزايا التحكيم، حيث يختلف هذا عن الإجراءات القضائية التي تتم أمام المحاكم العلنية، تعد جزءا أساسيا من المبادئ القائمة على النظام القضائي، مما يوفر ضمانات للعدالة.

جلسات التحكيم تجري بسرية تامة، حيث لا يحضرها سوى الأطراف المتنازعة أو ممثلوهم، وتعتمد السرية أيضا إلى القرارات التي تصدرها لجان التحكيم، مما يحافظ على خصوصية النزاعات والحكم النهائي الذي يصدر فيها.[3]

---

[1]-د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 209.

[2]-أ د. كمال دريس فتحي، مرجع سابق، ص 12.

[3]-د. بسام شيخ العشرة، مرجع سابق، ص 20إلى 21.

3- كفاءة المحكمين:

المحكمون في التحكيم يعتبرون خبراء في مجالات تخصصهم، ويتم تعيين محكم خبير عند وقوع نزاع بين أطراف عقد الشراكة، مما يسمح للأطراف بإختيار الخبير المناسب لتحكيم النزاع بأسرع وقت ممكن، وتواجد محكمين متعددين يسهم في إتخاذ قرارات أفضل، يشترط في المحكم أن يكون متعلقا بشكل شامل في المجال القانوني وغيره من المجالات ذات الصلة بالنزاع، مع القدرة على فهم تفاصيل النزاع بشكل دقيق[1]، المادة 14 من نظام التحكيم السعودي نصت على ان يكون حاصل على شهادة جامعية أو شريعة القانون[2].

ب-عيوب التحكيم :

رغم ما يملكه التحكيم من مزايا إلا أنه لايخلو من العيوب ومن بين أهمها نجد:

1- كثرة المصاريف:

إن تكلفة التحكيم تتجاوز تكلفة القضاء العادي بسبب أن الدولة تتحمل مرتبات القضاء، بينما يتحمل طرفا النزاع تكاليف المحكمين ومصاريفهم، بالإضافة إلى الرسوم القضائية، وبما في ذلك تكاليف الإنتقال والإجتماعات، والمصاريف الإدارية في حالة التحكيم مؤسسيا (أي نظاميا).[3]

2- التحكيم آلية من آليات الدول الصناعية المتقدمة :

يعد التحكيم أحد أدوات الدول الصناعية المتقدمة لتأمين مكانتها الريادية، حيث تهدف في الغالب إلى إستبعاد القضاء الوطني في الدول النامية ومنعه من التدخل في المنازعات المتعلقة بعقود التنمية الاقتصادية ،هذا الأمر يعزز حماية المستثمرين الأجانب والشركات

[1]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 213.

3- نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[3]-د. بسام شيخ العشرة، مرجع سابق، ص 22.

الكبيرة، مما قد يؤدي إلى فرض شروط غير عادلة وتطبيق قوانين تخدم مصالح الدول المتقدمة دون مراعاة للأطراف الضعيفة في العقود.[1]

3- إفتقاد قرارات التحكيم إلى القوة الإلزامية :

عدم تنفيذ حكم التحكيم يفتح المجال أمام مشاكل جديدة، حيث قد يتجاهل من صدر الحكم في حقه قرار التحكيم، مما يضع من كسب القضية في وضعية صعبة حيث يجب عليه العودة إلى القضاء إلى تأخير في تحقيق العدالة.[2]

وقد أدرج المشرع الجزائري هذا ويظهر ذلك في نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الأولى : "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها... الطرف الذي يهمه التعجيل".

كما نصت المادة 1051 من نفس القانون التي تتعلق بالإعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها في الجزائر "تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم...خارج الإقليم الوطني".[3]

4-عدم موضوعية وكفاءة المحكمين في بعض الحالات :

الهدف الأساسي من التحكيم هو ضمان الحياد والنزاهة والموضوعية، لكن في بعض الأحيان قد يتعرض المحكمون للضغوطات لصالح جهة معينة (مثل شركات دولية كبرى) مما يؤثر سلبا على نزاهة الهيئة التحكيمية ويثير مخاوف الأطراف المتنازعة لذلك يتوجب

[1]- د. بسام شيخ العشرة، مرجع سابق، ص22.

[2]- المرجع نفسه، ص23.

[3]-د.أحمد حرير، مرجع سابق، ص 216.

إختيار مراكز التحكيم التي تضمن إختيار محكمين محايدين ونزيهين وموضوعيين، للحفاظ على نزاهة العملية التحكيمية وثقة الأطراف فيها.[1]

المطلب الثاني :إجراءات التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

في هذا المطلب سنتناول إجراءات العملية التحكيمية بدءا من تشكيل هيئة التحكيم والشروط الضرورية لها، وكذلك المتطلبات التي يجب توافرها في المحكمين، وسنركز على هذه النقاط في الفرع الأول، أما الفرع الثاني، سنقوم بدراسة سير إجراءات التحكيم، بدءا من تحديد القانون الواجب التطبيق وصولا إلى إنتهاء النزاع.

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

في هذا الفرع، سنركز أولا على عملية تشكيل هيئة التحكيم، ثم سنناقش الشروط الضرورية التي يجب توافرها في العملية التحكيمية وفي الهيئة التحكيمية.

أولا: تشكيل هيئة التحكيم

إن هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد أو عدة محكمين ،وتتولى مهمة الفصل في النزاعات الناتجة عن عقود الشراكة، نصت على عدد الهيئة المادة 13من نظام التحكيم السعودي، وإذا كان المحكم فرد نصت عليها المادة 15.[2]

يمكن إختيار المحكمين بطريقتين الأولى هي الاتفاق المباشر بين الأطراف، والثانية هي تعيين المحكمين من قبل القضاء في حال عدم التوصل إلى إتفاق بين الأطراف.[3]

[1]– د.أحمد حرير، مرجع سابق، ص 214.

[2]– نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[3]–د. أحمد حرير، مرجع سابق ،ص 218الى219.

أ- إختيار الهيئة التحكيمية بإتفاق الطرفين :

تتفق الأطراف مباشرة على إختيار المحكمين بما في ذلك عددهم وطريقة تشكيل هيئة التحكيم بالطريقة المطلوبة، سواء كان ذلك من خلال التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي.[1]وقد نص المشرع الجزائري على

ذلك في المادة 1041من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك.[2]

ب- إختيار المحكمين عن طريق اللجوء إلى القضاء :

القضاء يلعب دورا إحتياطيا في تشكيل هيئة التحكيم، حيث لايلجأ إليه إلا في حالة إختلاف الأطراف وعدم إتفاقهم على تشكيل الهيئة.

يمكن أن تكون للمحاكم الوطنية دور أساسيا إذا إتفقت الأطراف على أن المحكمة المختصة تقوم بتشكيل الهيئة.[3]

يراعي المشرع تدخل القضاء بالقدر المطلوب وفقا لظوابط وأسباب محددة في تشكيل الهيئة [4]، كما نصت المادة 1009على ذلك.[5]

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في إتفاق التحكيم

نعرض في هذا الجزء شروطا محددة لضمان صحة عملية التحكيم، حيث تحتوي الشروط صحة إتفاق التحكيم والشروط التي يجب توفرها في الهيئة التحكيمية.

---

[1]-أ كمال دريس فتحي، مرجع سابق، ص 33.

[2]- المادة 1041:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم ،اوالمحكمين ،او تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم".

[3]- أ. كمال دريس فتحي، مرجع سابق، ص 38.

[4]-د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 220.

[5]-المادة 1009:"إذا أعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

أ- شروط صحة إتفاق التحكيم :

يتضمن إتفاق التحكيم شروطا تنقسم إلى شروط شكلية وموضوعية.

1-الشروط الموضوعية:

ضرورة أن يستند أتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى مبدأ الرضائية بين الأطراف المعنية واتجاه إرادتهم لحل خلافاتهم بالتحكيم ،نصت عليها المادة 1 الفقرة الأولى من نظام التحكيم السعودي[1]، دون اللجوء إلى القضاء، باعتباره شرطا أساسيا لصحة إتفاق التحكيم، حيث يؤدي تخلفه إلى إفتقاد إتفاق التحكيم لقيمته القانونية، حيث أكدت المادة 1442من إجراءات المدنية الفرنسي على ضرورة وجود الرضا بين الأطراف المتعاقدة وصحة إتفاق التحكيم كوسيلة أساسية لتسوية النزاعات بالتحكيم، كما أكدت الجزائر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1006 على ضرورة توافر الرضا لصحة إتفاق التحكيم والتطابق بين إرادتي الأطراف المعنية وإتجاهها نحو حل النزاع.

كما يتطلب صحة إتفاق التحكيم في منازعات تنفيذ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، توفر محل يحدد موضوع الاتفاق بين الأطراف المعنية وطبيعة النزاعات التي يتم حلها بالتحكيم، يجب أن يكون مضمنا في العقد الأصلي أو وثيقة ملحقة ولايجوز إلا إذا كان مبنيا على محل مشروع قانونيا، وممكن تطبيقه عمليا ومحدد النطاق دون خرق للقواعد القانونية السائدة، يجب أن يكون محل التحكيم مقتصرا على النزاعات التي تتأثر بها العلاقات الاقتصادية الدولية ومجال الصفقات العمومية، وفقا لما جاء في نص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.[2]

[1]- المادة 1 من نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[2]-د. بالجيلالي نور الهدى، مرجع سابق ،ص 273.

كما يتطلب إتفاق التحكيم صحته توفر ركن السبب أي يكمن في رغبة الأطراف في العقد في حل النزاعات بطريقة بديلة عن القضاء، ويعتبر هذا مشروعا إذا كان الهدف منه إيجاد حلول للنزاع بطريقة عادلة، ومن الناحية القانونية يعتبر إتفاق الأطراف على التحكيم بموافقتهم على إستبعاد القضاء من فض نزاعاتهم أمر مشروعا طالما لم يكن الهدف من ذلك تجنب تطبيق القانون، في حالة إستخدام التحكيم لتجنب الالتزامات القانونية، فإن السبب يصبح غير مشروعا ويمكن أن يعرض صحة الاتفاق على التحكيم للنقاش.[1]

2-الشروط الشكلية:

من شروط صحة إتفاق التحكيم ان يكون مكتوبا، حيث يعد إتفاق التحكيم عقدا شكليا لاينتج أثر قانونيا إلا إذا كان مكتوبا سواء كشرطفي عقد أو كمشاركة تحكيمية أو كإحالة إلى وثيقة أخرى.

يجب أن يكون الاتفاق واضحا ويظهر رغبة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم.

تشترط الكتابة كشرط جوهري أساسي لصحة إتفاقالتحكيم، ويكفي أن يدون بطريقة تثبت وجود التصرف القانوني، دون الحاجة لشكل أو صياغة محددة أو لغة معينة، يمكن أن يتم ذلك عبر مراسلات أو خطابات أو بإستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

وجود التحكيم يستبعد إختصاص القضاء العادي، لذا يجب أن يكون الشرط واضحا في التعبير عن إرادة الطرفين، وألا يترك لوسائل الاثبات البديلة، تفرض معظم الأنظمة القانونية الكتابة كشرط لصحة الاتفاق، ويعتبر الاتفاق باطلا إذا لم يستوفي هذا الشرط، حيث تعد الكتابة شرطا للإنعقاد وليس للإثبات.[2]

[1]- د. أحمد حرير، مرجع سابق ،ص 226الى227.

[2]- WWW.e-basel.com 22:18 ،2024/05/19، شروط صحة إتفاق التحكيم

نصت على شرط الكتابة المادة 09 الفقرة ثالثة من نظام التحكيم السعودي.[1]

ب-الشروط الواجب توافرها في الهيئة التحكيمية:

الشروط القانونية تمثل الاتفاق الملزم للطرفين، حيث لايمكن لهما الاتفاق على خرقها، فهي تفرضها القوانين، يعتبر التحكيم جزءا من القضاء، وبالتالي يجب أن يتمتع المحكم بشروط معينة، مثل الحياد والنزاهة والإستقلالية[2]، كما يجب أن يكون لديه كامل الأهلية المدنية، ولا ينبغي أن يكون قاصرا أو محجوزا عليه، أو يفتقر إلى حقوقه المدنية[3]، أي أن يكون قادرا على التفكير السليم دون أي عيوب عقلية أو جسدية تؤثر على قراراته، هذه الشروط ضرورية لضمان سلامة عملية التحكيم وصحة القرارات الصادرة عنها [4]، وهذا ما نصت عليه المادة 1014من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[5]

1-الشروط القانونية:

هي شروط لا يتدخل الطرفين المتنازعين على الاتفاق عليها، لأنها شروط لا يجوز لهما مخالفتها [6]، ينص القانون على ضرورة أن يكون المحكم ذا أهلية قانونية، أكد على أهمية استقلاله وحياده كشرطين أساسيين. تعتبر هذه الشروط من النظام العام، إذ لم يترك المشرع مجالا للتهاون في توافرها لدى من يتولى هذا الدور.

يشترط في المحكم التمتع بالأهلية القانونية وأن لايصيبه عارض من عوارض الأهلية، يتم تحديد الاهلية مع شروطها وفقا لأحكام القانون الواجب التطبيق. حيث نصت

---

[1]– نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[2]–د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 227إلى 228.

[3]–د. بسام شيخ العشرة، مرجع سابق، ص57.

[4]– د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 228.

[5]–للمادة 1014: "لاتسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية ".

[6]–د.أحمد حرير، مرجع سابق، ص 227.

المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ذلك. ونصت أيضا المادة 10 من نظام التحكيم السعودي على ذلك.[1]

كما يجب أن تتوفر في المحكم الحيدة والاستقلالية عن الخصوم ونصت المادتين 1015و1016 من القانون السابق الذكر على هذا.[2]

2-الشروط الاتفاقية :

تمنح الأنظمة والتشريعات الأطراف المتحكمة حرية كاملة في تحديد شروط ومعايير متنوعة لإختيار المحكمين، بما في ذلك الجنسية، والجنس، والديانة، والكفاءة، والخبرة المهنية.

حيث أن الجزائر لم تشترط تحديد الجنس أو الجنسية، مما يتيح لأطراف النزاع التوافق على ذلك وفقا لحريتهم، أما بعض الأنظمة تميزت ومثلت الفرق بين جنسية المحكمين المعينين بواسطة الأطراف، وجنسية المحكم الرئيس أو رئيس هيئة التحكيم، حيث إشترطت أن ينتمي المحكم الرئيس إلى جنسية مختلفة عن جنسية الخصوم لضمان الحياد، وهذا ما اتبعه نظام التحكيم السعودي.

يمكن أيضا للأطراف الاتفاق على إشتراط خبرة وكفاءة المحكم الذي سيدير العملية التحكيمية، يعتبر البحث عن محكم يمتلك المهارات المتخصصة والكفاءة أمرا مهما لأطراف النزاع، حيث يفضلون التحكيم على القضاء، لذا يجب أن يتمتع المحكم بالكفاءة والخبرة القانونية والفنية المناسبة.[3]كما اشترط نظام التحكيم السعودي شرط خاص في المادة 14 [4].

[1]- المادة 10 من نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[2]-أ. دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 40الى41.

[3]- أ. دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 42إلى 43.

[4]- نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

3-رد المحكمين :

رد المحكم يعد واحد من أهم الضمانات التي يوفرها التحكيم للأطراف المتنازعة، بهدف ضمان نزاهة وحيادية العملية التحكيمية، يترتب على المحكم الإلتزام بالكشف عن أي ظروف قد تعيقه عن قبول مهمته في فصل النزاع، ويجب أن يفعل ذلك قبل بدء أي إجراء في العملية التحكيمية. تعد حالات رد المحكمين متعددة ومتنوعة، وقد نص عليها التشريع الجزائري في المادة 1015من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1] ونصت عليها المادة 16 من نظام التحكيم السعودي.[2]

الفرع الثاني: سير العملية التحكيمية

التحكيم كنظام قضائي التحكيم كنظام قضائي إستثنائي يهدف إلى تسوية النزاعات في عقود الشراكة، ويتميز بتحديد قواعد تنظيمية بعد مناقشة إختيار المحكمين والشروط اللازمة في إتفاق التحكيم [3]، سندرس كيفية تحديد القانون المعمول به أولا، وثانيا إنتهاء الخصومة أمام الهيئة التحكيمية.

أولا : تحديد القانون الواجب التطبيق

يمكن أن يتفق المحكمون على تطبيق قوانين إجرائية مختلفة، سواء كانت من قانون الدولة المضيفة للتحكيم، أو قانون جنسيتهم، ا حتى قانون جنسية أحد الأطراف أو حتى دولة أخرى. نصت المادة 38 من نظام التحكيم السعودي على القانون الواجب التطبيق.[4]

بالإضافة إلى ذلك، يمكن لهم وضع قواعد إجرائية خاصة بهم، إذا لم يتم تحديد قانون إجرائي يترك الامر لهيئة التحكيم أو مركز التحكيم لتحديده، تحديد القانون المطبق يكون

[1]- د. أحمد حرير، ص 230الى231.

[2]- المادة 16 من نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[3]-المرجع نفسه، ص 232.

[4]- المادة 38 من نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

ضروريا لتحديد بعض المسائل المهمة مثل بدء الإجراءات وإختيار اللغة، [1]نصت المادة 28 على مكان التحكيم والمادة 29 على لغة التحكيم وهذا في نظام التحكيم السعودي.[2]

أ- في حالة إتفاق الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق (قانون إرادة الأطراف):

يعتمد القانون الذي يطبق على النزاع في الأساس على إختيارالطرفين، وذلك مبنيا على مبدأ سلطة الإدارة وإرادة الأطراف في العقود الدولية، حيث يتمتعون بحرية تحديد القانون الذي يعتبرونه مناسبا لحل النزاع.[3]

يتبنى معظم مراكز التحكيم العالمية هذا المبدأ حيث أن المشرع الجزائري تبنى ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادتين 1019و1043، ونص على ذلك أيضا قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ذلك في المادة 19.

بهذا يمكن للأطراف الاتفاق على أي قانون يرونه مناسبا لحل النزاع، سواء كان القانون الوطني أو قانون دولة معينة أو قوانين دولية، مثل قواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي.[4]

ب- في حالة إتفاق الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق:

في حالة عدم التوصل إلى إتفاق حول القانون المطبيقفي النزاع، يتولى تحديد القانون الهيئة التحكيمية، لكن سلطتها في هذا الشأن ليست مطلقة بل مقيدة، يمكن للهيئة التحكيمية أن تطبق قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التي نشأ فيها النزاع وتم توقيع العقد الأصلي بها، وقد تلجأ أيضا إلى إستخدام قوانين مراكز التحكيم المعترف بها، مثل

[1]-أ. دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 56.

[2]- نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[3]- د.أحمد حرير، مرجع سابق، ص 232الى234.

[4]-أ. دريس كمال فتحي، مرجع سابق، ص 57.

قانون الاونسيترال كما المادتان 19و28منه إلى أنه في حال عدم وجود إتفاق بين الأطراف بشأن تحديد هيئة تحكيم محددة، يسمح للهيئة التحكيمية بإتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة للتحكيم ،بما في ذلك إختيار القانون المناسب لتطبيقه على النزاع المعروض أمامها.

في القانون الجزائري يتم التفريق بين التحكيم الوطني والدولي في حالة عدم التوصل إلى إتفاق بين الأطراف بشأن القانون المعمول به في التحكيم الوطني، إذا لم يتم التوصل إلى إتفاق بين الأطراف حول تشكيل هيئة تحكيمية، يتم تطبيق الإجراءات المدنية والإدارية وهذا مانصت عليه المادة 1019،حيث أن المشرع الجزائري يحدد سلطات الهيئة التحكيمية في تحديد القانون المناسب لتطبيقه في النزاعات التحكيمية المحلية، بينما يمنح الحرية في إختيار القانون في التحكيم الدولي إذا لم يتفق الطرفان على القانون المطبق ونصت على ذلك المادة 1043من قانون إجراءات المدنية والإدارية.[1]

ثانيا :إنتهاء الخصوصة

في هذا الجزء، سنناقش كيفية إنتهاء الخلافات أمام الهيئة التحكيمية، بعد إتفاق الطرفين على تعيين المحكمين وتحديد القانون المعمول به، تبدأ الهيئة التحكيمية في إستعراض الموضوع عبر جلسات مرافعات تجري بسرية مختلفة عن المحاكم العادية، نصت المادة 41 من نظام التحكيم السعودي على إنقطاع الخصومة وإنتعاء إجراءات التحكيم.[2]

تتولى الهيئة التحكيمية كافة الصلاحيات في هذه العملية، ويتم ختمها بإصدار قرار الهيئة التحكيمية، سنتناول أهم متطلبات هذا القرار والبيانات الأساسية فيه، وبعد ذلك، سنناقش كيفية تنفيذ هذا القرار وسبل الطعن فيه.[3]

أ- حكم التحكيم :

[1]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 235.

[2]- نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[3]-المرجع نفسه، ص 235.

حكم التحكيم يعتبر النتيجة النهائية لأعمال الهيئة التحكيمية، ويصدر في مواعيد قانونية يتفق عليها الطرفان، أو تحددها القوانين، لاينبغي لحكم التحكيم تجاوز هذه المواعيد، إلا إذا قررت الهيئة التحكيمية تمديدها بموافقة الطرفين ،نصت على ذلك المادة 1018.كما نصت عليها ايضا المادة 39الفقرة 01 من نظام التحكيم السعودي.[1]

كما أنه تصدر أحكام المحكمين بغالبية الأصوات أو برأي غالبية المحكمين، مما يجب أن يكون الحكم بموافقة معظمهم، أي لن يصدر حكم الابموافقة إثنين على الأقل مقابل واحد، نصت المادة 1026 على ذلك.

كما يشترط وجود بعض الشروط الموضوعية والشكلية، الشروط الموضوعية تعني ان يتضمن الحكم فصلا نهائيا لموضوع النزاع، بدلا من مجرد توجيه الأطراف لتنفيذ طرف معينة لحل النزاع، أما الشروط الشكلية فيتطلب أن يصدر الحكم مكتوبا، ويتضمن ملخصا لإدعاءات الأطراف، ويكون الحكم مسببا، نصت على ذلك المادة 31 من قانون الاونسيترال وأخذ به المشرع الجزائري.

كما أنه على غرار هذه الشروط يجب أن يتضمن حكم التحكيم بعض البيانات ورد ذلك في المادة 1028.

يتطلب في حكم التحكيم أن يكون موقعا من قبل جميع المحكمين ليكون له تأثير قانوني على الأطراف المعنية، بعد صدور الحكم، يعتبر النزاع قد فصل فيه المادة 1029،ويتخلون المحكمون عن النزاع تلقائيا، مما يعني أن مهمتهم تنتهي بمجرد الفصل في النزاع، نصت على ذلك 1030، بعد صدور الحكم، يمكن للمحكم إصدار تفسير للحكم أو تصحيح الأخطاء إذا طلب ذلك، نصت المادة 1031 على ذلك، ثم يجب على الأطراف تنفيذ الحكم دون مزيد من الإجراءات.[2]

[1]– المادة 39 من نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[2]– د.أحمد حرير، مرجع سابق، ص 236الى238.

ب- تنفيذ حكم التحكيم :

نظام التحكيم في التجارة الدولية أصبح أساسيا لفض النزاعات، ويعتبر التنفيذ لحكم التحكيم خطوة حاسمة في هذه العملية، على الرغم من الطابع الرضائي المفترض للتنفيذ، يمكن لأحد الأطراف أن يتقاعس، مما يستدعي التنفيذ الجبري عن طريق القضاء الوطني، الذي يتولى ضمان تنفيذ الحكم دون تدخل في جوهره، في الجزائر، تم تحديد إجراءات دقيقة للتنفيذ الجبري لحكم التحكيم، مما يوفر الضمانات اللازمة للطرف الفائز لطلب تنفيذ حكمه بشكل فعال وسلس[1].كما نصت المادة 53 على إصدار حكم المحكمين، والمادة 43 نصت على تسليم نسخة طبق الأصل من الحكم للطرفان.[2]

ج- الطعن في حكم التحكيم:

يمكن للأطراف المتنازعة التفاهم على التنازل هن حق الاستئناف في حكم التحكيم وفقا للمادة 1034من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حال عدم التوافق، يمكن إستئناف حكم التحكيم أمام المجلس القضائي في غضون شهر واحد من تاريخ النطق به، وفي حالة الفصل في الاستئناف، يجوز الطعن في القرار بالنقض، ويقدم الطعن أمام المحكمة العليا في غضون شهرين من تاريخ التبليغ إذا كان التبليغ شخصي، وفي أجل ثلاثة أشهر إذا كان التبليغ في الموطن، نصت على ذلك المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على ذلك ميعاد الطعن بالنقض.[3]

نصت على الطعن المادة 49من نظام التحكيم السعودي على كيفية الطعن، والمادة 50 التي نصت على بطلان الحكم.[4]

---

[1]-dspace.univ-setif2.dz..2024/05/07، 19:45 تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي

[2]- نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

[3]- د. أحمد حرير، مرجع سابق، ص 240الى241.

[4]- المادة 49 من نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق.

خاتمـــة

أخذ موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص ،في السنوات الأخيرة حيزا كبيرا من إهتمامات الحكومات والمجتمعات في شتى أنحاء العالم، بعد أن تبين بأن التنمية المحلية تعتمد على الجمع بين دور القطاع العام والخاص في إطار تشاركي، يتولى مهمة إنشاء وبناء وتشغيل مختلف المشاريع الإستثمارية، من خلال التعاقد وفق عدة أنواع من عقود الشراكة التي أثبتت جدواها وفعاليتها على المستوى الميداني.

وتعتبر عقود الشراكة عقود إدارية، تعهد من خلالها الدولة أو أحد مؤسساتها العامة تسمى في هذا الإطار بالشريك العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص ؛الذي يسمى الشريك الخاص، بحيث يتولى في إطار هذا العقد بتحمل العديد من المسؤوليات وإنجاز أحد المشاريع المرتبطة بالبنى التحتية، والتي تمثل دعامة أساسية في دفع عجلة التنمية في أي دولة كانت ،غير أن ضخامة التمويل الذي تحتاجه صار يشكل عبئا كبيرا على ميزانية الدولة ؛ مما توجب على هذه الأخيرة البحث عن طرق بديلة لتمويل وتشييد هذه المشروعات بداية بالقيام بتصميم الشروع موضوع العقد وتمويله تمويلا كليا من ذمته المالية.

بعد الإنتهاء من الإنجاز يتكلف هذا الشريك بعملية إدارة وتشغيل المرفق العام المنجز موضوع مشروع عقود الشراكة، فضلا عن الصيانة الدورية لهذا المرفق وتحديثه وتطويره بهدف مواكبة التطورات في حالة ما إذا إستدعى الأمر ذلك وصولا إلى نقل ملكية هذا المرفق العام إلى الشريك العام الذي يعتبر المالك الأصلي، ويكون ذلك بمقابل مالي يمنحه الشريك العام إلى الشريك الخاص في شكل أجرة دورية تكون بعد مرور كل مدة زمنية يتفق عليها بين الطرفين في العقد.

عقود الشراكة التي تبرم بين الشخص العام وكذا الشخص الخاص، تخضع لإجراءات معينة لا تختلف عن تلك الإجراءات المعهودة والمعروفة في عملية إبرام العقود الإدارية، لتتوج هذه الإجراءات في النهاية بعملية إبرام العقد، الذي يتفق من خلاله الطرفان على جمع المسائل المتعلقة به، منها الأثار القانونية التي يبرمها في ذمتها والمتمثلة في حقوق و

واجابات كل طرف ،وكذا تبيين الطريقة أو الوسيلة التي يلجئان إليها بهدف تسوية نزاعاتهما التي قد تثور أثناء عملية تنفيذ العقد، وهي التحكيم.

يعتبر التحكيم آلية فعالة لحل النزاعات فيلجأ اليه لبساطة إجراءاته فهو يوفر حلا سريعا ومرنا يتميز بالحفاظ على أسرار الخصوم وسرعة الفصل في النزاع، ويعاب لإفتقار قراراته للقوة للإلزامية.

بما أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد أداة إستراتيجية لتعزيز التنمية الاقتصادية والبنية التحتية، في الجزائر وفرنسا والمملكة العربية السعودية، فقد استنتجنا :

في الجزائر، تأتي عقود الشراكة كجزء من الجهود المبذولة لتحفيز الاستثمار الأجنبي وتعزيز البنية التحتية، خاصة في قطاعات الطاقة والنقل، ان التحديات أو ما يعاب عقود الشراكة في الجزائر عدم وجود قانون خاص ينظمها.

اما في فرنسا، فإن عقود الشراكة تعد جزءا من إستراتيجية تطوير البنية التحتية والنقل، حيث تملك فرنسا تاريخا طويلا من الشراكات الناجحة في هذا المجال، حيث توفر البيئة القانونية والتنظيمية القوية دعما لجذب الاستثمار الخاص وضمان بكفاءة عالية.

وفي المملكة العربية السعودية، تتكامل عقود الشراكة مع رؤية 2030 التي تهدف إلى تنويع الاقتصاد وتخفيض الاعتماد على النفط، للسعودية شراكات ناجحة ذو مرتبة عالية في عقود الشراكة، الشراكات التي تعتمدها تمس قطاعات الصحة، والتعليم، والمواصلات، مما يعزز من كفاءة الخدمات العامة وجودتها.

تطبيق عقود الشراكة يستلزم توفير عدد من المتطلبات القانونية والهيكلية والاقتصادية والاجتماعية، وبعد هذا العرض فإنه من حقنا وضع بعض التوصيات لتعزيز فعالية عقود الشراكة بين القطاعين، في الجزائر وفرنسا والسعودية

- تحسين الأطر القانونية والتنظيمية، في الجزائر لابد من وضع قانون ينظم هاته العقود لضمان الشفافية وجذب الاستثمارات الأجنبية، لضمان حماية حقوق المستثمرين، أما في

فرنسا فلابد من الاستمرار في تحديث الأطر القانونية لتعزيز الابتكار، وفي السعودية يجب تعزيز اللوائح بما يتماشى مع رؤية 2030 لضمان تنفيذ المشاريع بكفاءة وشفافية.

- تعزيز الشفافية والمساءلة، بتطوير أليات رقابة صارمة لضمان تنفيذ المشاريع وفقا للمواصفات المتفق عليها.

- توفير بيئة استثمارية جاذبة، في الجزائر؛ تقديم حوافز مالية وضريبية للمستثمرين الأجانب والمحليين، في فرنسا؛ استمرارية تقديم الدعم الحكومي والتمويل المسير للمشاريع المشتركة، أما في السعودية؛ فتعزيز المناخ الاستثماري من خلال تحسين إجراءات تراخيض المشاريع وتقديم تسهيلات للمستثمرين.

- تشجيع الابتكار والتكنولوجيا الحديثة في تنفيذ وإدارة المشاريع لزيادة الكفاءة والفعالية.

- إشراك المجتمع المحلي في عمليات التخطيط والتنفيذ لتحقيق قبول ودعم محلي للمشاريع.

- تعزيز التعاون الإقليمي والدولي مع مؤسسات دولية ومنظمات إقليمية لتبادل الخبرات وأفضل الممارسات.

يمكن من هاته التوصيات تحقيق تحسينات كبيرة في تنفيذ وإدارة عقود الشراكة بين القاعين العام والخاص، مما يسهم في تحقيق التنمية المستدامة والازدهار الاقتصادي، في الجزائر وفرنسا والسعودية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

أولا : باللغة العربية

1- الكتب

- د- الأستاذ أحمد حرير، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر والتوزيع، الطبعة يناير 2019.

- د- هاني عرفات صبحي حمدان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص(ppp) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 33ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، مصر.

- د- يونس سلامي، الشراكة قطاع عام- قطاع خاص(التوجه المغربي على ضوء التجارب المقارنة)،دار النشر طوب بريس الرباط، الطبعة الأولى، المغرب، رقم الإيداع القانوني 2011MO2825.

- د- أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

- د- شهاب فاروق عبد الحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية القاهرة، مصر ،سنة 2014.

- د- محمود عمر محمود، التحكيم علما وعملنا وفقا لقوانين التحكيم بدول المجلس التعاون الخليجي دراسة مقارنة، دار القرار منظمة دولية إقليمية متخصصة، الطبعة الأولى 2020.

- د- بسام شيخ العشرة، التحكيم التجاري، الإجازة في الحقوق من منشورات الجامعة الإفتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018.

- مصطفى محمد عبد الله وعصام الخوري وبوطالب قويدر وآخرون، الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخوصصة في البلدان العربية، بحوث الندوة الفكرية، التي نظمها المركز الوطني للدراسات والتحاليل الخاصة بالتخطيط، مركز الوحدة العربية، الطبعة الثانية،

الجزائــر.

2- الرسائل والمذكرات

- بالجيلالي نور الهدى، منازعات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غليزان، الجزائر، سنة 2023/2022.

- أنفال سريدي، واقع الشراكة عام خاص في الجزائر دراسة حالة كل من مؤسسة CYCMAو ETER ALGERIR، مذكرة تخرج لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، تحت إشراف بن قيراط عبد العزيز، كلية الحقوق الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة 08ماي 1945، الجزائر، سنة 2018/2017.

3- المقالات

- سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مفهومها وطبيعتها القانونية دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، الدوحة، قطر، سنة 2017.

- لكصاسي سيد أحمد، أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دكتوراه علوم في القانون ،
جامعة أدرار الجزائر، تاريخ النشر 2019/02/28.

- د. سعيد الدراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية فعالة لتمويل التنمية المحلية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر.

- مها ناصر السدره، ناصر الدوسري، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، العدد 5 المجلد 3، مايو 2019.

- د. هشام مصطفى محمد سالم الجمل، الشراكة بين القطاعين العام والخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، قسم القانون العام تخصص إقتصاد والمالية العامة، 1437هـ/2016م. بطنطا، مصر.

- د. هدى محمد عبد الرحمن السيد، دور عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP) في تقدم الدول النامية، مجلة العلوم القانونية، المجلد 38، العدد الثاني، جامعة دار العلوم، سنة 2023.

- أ. مريني فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية الدولية – دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، الجزائر.

- د.أعبد الرحمان بن محمد بن سليمان الجهني ،التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، الجمعية العلمية القضائية، قضاء مجلة علمية محكمة العدد السابع والعشرون، شوال 1433هـ/مايو 2022.

4- محاضرات

- أ. دريس كمال فتحي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون أعمال، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2022/2021.

5- النصوص القانونية

أ- القوانين:

- القانون رقم 09/08 المؤرخ في فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رقم 21 لسنة 2008 الصادرة في 23 أفريل 2008.

- نظام التحكيم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم : م/34 وتاريخ : 23 جمادى الأولى 1433.

ب- المراسيم:

- المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المؤرخ في سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفريض المرافق العامة، جريدة رسمية، عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

- المرسوم التنفيذي رقم 355/06 المؤرخ في 16 رمضان 1427 الموافق ل 09 أكتوبر 2006، المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للإستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية، عدد 64، الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 2006.

6- مواقع الكترونية

- Mawdoo3.com
- Dspace. Univ- setif2. dz
- www. e-basel.com
- e-learning. Cu-tipaza. dz
- www. Pppu. Gov.jo
- www. asjp. cerist. dz
- subaiefirm. com. com
- classifications(qadlh.org.sa
- uncitral. un.org
- Jll-mena.com

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

- Ordonnance N2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats. Jorf N0141 du 19 juin 2004.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون – تيارت.

كلية الحقوق والعلوم السياسية

فريق ميدان التكوين :

إذن بالإيـــــــداع

أنا الممضي أسفله الأستاذ: صدوق كمال

المشرف على المذكرة الموسومة بـ : حقوق الأم الحاضنة في القطاع العام والخاص دراسة مقارنة الجزائر - فرنسا - المملكة العربية السعودية.

من إعداد الطالب (01) : زروقي نسرين

الطالب (02): عروسي وئام

تخصص : القانون الإداري

امنح الإذن للطلبة بإيداع المذكرة على الأرضية الرقمية لاستكمال إجراءات المناقشة .

الأستاذ المشرف