جامعة قاصدي مرباح –ورقلة–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي

الميدان : الحقوق

تخصص: القانون العام للأعمال

من إعداد الطلبة: شيخي عبد الله – مخلوفي محمد علي

بعنوان:

آليات القانونية للشراكة بين القاعين العام والخاص

نوقشت وأجيزت علنا بتاريخ: 2018/06/10

أمام اللجنة المكونة من السادة:

د / زرقات عيسى.....(أستاذ محاضر (أ) – جامعة ورقلة) رئيسا.

د/ بالطيب محمد بشير .....(أستاذ محاضر(أ) – جامعة ورقلة) مشرفا ومقررا.

د/ خوخي خالد .....(أستاذ مساعد (أ) –جامعة ورقلة) مناقشا.

السنة الجامعية 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــداء

إلى من كله الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء دون إنتظار إلى **والدي الكريم**

إلى ملاكي في الحياة إلى معنى الحب إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى **أمي**

إلى من تعينني وترافقني في كل حين ولا تكل **زوجتي**

إلى رفقاء دربي في الحياة إخوتي وأخوالي وأصدقائي

شيخي عبد الله

الإهـــــداء

إلى ينبوع العطاء الذي زرع في نفسي الطموح والمثابرة .....**(والـــــدي العزيز)**

إلـــــى منبع الحنان الـــــــــــــذي لا ينضب **(أمـــي الغاليـــــــــــــة)**

إلـــــــى يعينني ويـــــــــــــرافقني في حياتـــــــــي **زوجـــــــــــــتي**

إلـــــــى مـــن يحملون فـــــــــي عيونهم ذكـــــــــريات طفولتي إخـــوتي

إلـــــــى من ضاقت السطـــــــور بذكـــــــــرهم فوسعهم قلـــبي أصدقائي

مخلوفي محمد علي

الإهـــــداء

الحمد الله الذي تتم به بنعمته الصالحات والصلاة والسلام على الرسول محمد صلى الله عليه وسلم معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أشكر الله العلي القدير الذي أنعم عليّ بنعمة العقل والدين القائل في محكم التنزيل **"وفوق كل ذي علم عليم"** سورة يوسف آية 76.

وقال رسول الله صل الله عليه وسلم **"من صنع إليكم معروف فكافئوه ، فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى ترو أنكم كافأتموه"** رواه أبو داود.

أتوجه بجزيل الشكر للدكتور **بالطيب محمد البشير** لقبوله على الإشراف على هذه المذكرة والذي لم يدخر أي جهد في إرشادنا وتوجهنا أثناء البحث.

إلى اللجنة لقبولها مناقشة هذا العمل المتواضع وتصحيحه.

أستاذ الدكتور: **زرقاط عيسى** والأستاذ: **خوخي خالد**

إلى أساتذة الحقوق بجامعة قاصدي مرباح الذين اجتهدوا في توصيل المعلومة وبلوغنا هذا المقام.

إلى عمال مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية الذين ساعدونا طيلة هذا العمل المتواضع.

إلى مدير الخدمات الجامعية ورقلة السيد: **زرقون محمد حسين** الذي أتاح لنا الفرصة لتكملة الدراسة

ملخص الدراسة:

أخذ موضوع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في السنوات الأخيرة حيزا كبيرا من اهتمامات الحكومة، بعدها اتضح أن تسير العديد من الموافق العامة التي تعني بتقديم الخدمات العام والخاص، بعد عجز القطاع العام عن توفير الخدمة بجودة عالية.

لتحقيق شراكة ناجحة خالية من العيوب التي تشوب العقد، على اعتبار عقد الشراكة من العقود الحديثة يمتاز بخصائص تجعله متميزا عن العقود التقليدية المعروفة، وصع لها المشرع آليات قانونية لتنظيمها.

الكلمات المفتاحية:

عقود الشراكة، الصفقات العمومية، الخدمة العمومية، عقد الامتياز، القطاع العام، القطاع الخاص.

Résumé de l'étude:

La question du partenariat public-privé ces dernières années est devenue une préoccupation majeure du gouvernement, après quoi il est devenu évident que de nombreuses approbations générales liées à la fourniture de services publics et privés découlent de l'incapacité du secteur public à fournir un service de haute qualité.

Pour parvenir à un partenariat réussi sans défauts dans le contrat, compte tenu du contrat de partenariat des contrats modernes a des caractéristiques qui le distinguent des contrats conventionnels connus, et mettre le législateur des mécanismes légaux de réglementer.

les mots clés:

Contrats de partenariat, transactions publiques, service public, contrat de concession, secteur public, secteur privé.

Study Summary:

The issue of public-private partnership in recent years has become a major concern of the government, after which it became apparent that many general approvals related to the provision of public and private services follow the inability of the public sector to provide high quality service.

To achieve a successful partnership free of defects in the contract, in view of the contract of the partnership of modern contracts has characteristics that make it distinct from conventional contracts known, and put the legislator legal mechanisms to regulate.

key words:

Partnership contracts, public transactions, public service, concession contract, public sector, private sector.

الفهرس

1	**الإهـــــداء**	
2	**التشكـرات**	
3	**قائمة المختصرات**	
4	الفصل الأول	**01**
5	ماهية الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ومرجعيتها القانونية	**02**
6	المبحث الأول ماهية الشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**03**
7	المطلب الأول مفهوم الشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**03**
8	الفرع الأول: التعريف اللغوي للشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**03**
9	الفرع الثاني: التعريف الاقتصادي للشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**04**
10	الفرع الثالث: التعريف القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص	**06**
11	المطلب الثاني خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأنواعها	**07**
12	الفرع الأول: خصائص عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص	**08**
13	أولا: تعدد الأطراف المشتركة في تنفيذ العقد	**09**
14	ثانيا: تعدد مراحل الشراكة بين القطاع العام والخاص وطبيعتها المركبة	**09**
15	ثالثا: ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على اقتسام المخاطر	**10**
16	رابعا: تعدد مجالات تطبيق عقود الشراكة بن القطاعين العام والخاص	**10**
17	الفرع الثاني : أنواع الشراكة بين القطاعين العام والخاص	**11**
18	أولا: الشراكة التعاقدية	**11**
19	ثانيا: الشراكة التعاونية	**12**
20	المطلب الثالث تمييز الشراكة بين القطاعين العام والقطاع الخاص عن العقود المشابهة لها	**12**
21	الفرع الأول: تمييز الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن عقد الصفقات العمومية	**12**
22	الفرع الثاني: تمييز الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن الخصخصة	**13**
23	الفرع الثالث : تمييز عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص عن عقود الأشغال العمومية	**15**
24	الفرع الرابع : تمييز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن عقد تفويض المرفق العام	**16**
25	الفرع الخامس: تمييز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن عقد البوت	**17**
26	المبحث الثاني أهداف الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومرجعيتها القانونية في التشريع الجزائري	**18**
27	المطلب الأول أهداف الشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**18**

28	المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ومرجعيتها القانونية في التشريع الجزائري	**20**
29	الفرع الأول: التكييف القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**21**
30	الفرع الثاني: القوانين المنظمة للشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر	**22**
31	أولا: القوانين الصادرة ما بين 1963 – 1982	**23**
32	1- حصر الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في قطاعات محددة	**23**
33	2- اعتماد الدولة على الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار الشركات ذات الاقتصاد المختلط	**24**
34	3- الاعتماد على الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن طريق المناقصات التي تعرضها الدولة	**25**
35	ثانيا: الفترة ما بين 1982 – 1990	**25**
36	ثالثا: مرحلة الإصلاحات الاقتصادية	**28**
37	خلاصة الفصل	**35**
38	الفصل الثاني	**36**
39	الوسائل القانونية لتجسيد الشراكة بين القطاعين العام والخاص	**37**
40	المبحث الأول الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام كآلية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**38**
41	المطلب الأول الصفقات العمومية كآلية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص	**38**
42	الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية	**39**
43	أولا: التعريف اللغوي	**39**
44	ثانيا: التعريف الاصطلاحي	**39**
45	ثالثا: التعريف التشريعي	**40**
46	أ/ تعريف الصفقة العمومية حسب قانون الصفقات الأول أمر 67-90	**40**
47	ب/ تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم 82-145	**40**
48	ج/ تعريف الصفقة في ظل المرسوم التنفيذي 91-434	**40**
49	د/ تعريف الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 02-250	**41**
50	هـ/ تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم 10-236	**41**
51	و/ تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15-247	**41**
52	رابعا: التعريف القضائي	**42**
53	خامسا: التعريف الفقهي	**42**
54	الفرع الثاني: خصائص الصفقات العمومية	**42**

55	أولا: الإدارة أحد طرفي العقد	42
56	ثانيا: استخدام أساليب القانون العام	43
57	ثالثا: ارتباط العقد بتسيير وخدمة المرافق العامة	43
58	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للصفقات العمومية	43
59	أولا: الجوانب التعاقدية للصفقات العمومية	44
60	ثانيا: الجوانب التنظيمية للصفقات العمومية	45
61	المطلب الثاني تفويضات المرفق العام كآلية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص	46
62	الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام	47
63	الفرع الثاني: أشكال تفويض المرفق العام	48
64	أولا: عقد الإمتياز	48
65	ثانيا: الإيجار	49
66	ثالثا: الوكالة المحفزة	50
67	رابعا:التسيير	50
68	المبحث الثاني عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص	51
69	المطلب الأول عقود شراكة يتحمل فيها القطاع العام المخاطر التجارية	52
70	الفرع الأول: عقود الخدمة	52
71	الفرع الثاني: عقود الإدارة	53
72	الفرع الثالث: عقود التأجير	54
73	المطلب الثاني عقود شراكة يتحمل فيها القطاع الخاص المخاطر التجارية	55
74	الفرع الأول: عقود الإمتياز	55
75	الفرع الثاني: عقود البوت "BOT"	56
76	أولا: ماهية عقود الـ B.O.T	57
77	1- تعريف عقود الـ B.O.T	57
78	أ/ تعريف الفقه الفرنسي لعقد الـ B.O.T	58
79	ب/ تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعقد الـ B.O.T	59
80	ج/ تعريف الفقه المصري لعقد الـ B.O.T	59
81	2- الأساس القانوني لعقد الـ B.O.T	60
82	الفرع الثالث: عقود نقل الملكية	62
83	خلاصة الفصل	63

84	الخاتمة	**65**
85	قائمة المصادر والمراجع	**71**
86	الملاحق	**79**
87	الفهرس	**83**

مقدمة عامة

المقدمة

إن مهمـة تحقيـق الخـدمات العموميـة مـن المهـام الملقـاة علـى الدولـة، نظـرا للأهميـة القصـوى التـي تتسـم بهـا بالنسـبة للعامـة، حيـث عملـت الدولـة علـى تمويـل المشـاريع الكبـرى التـي تهـدف إلـى تـوفير الخـدمات العامـة مـن ميزانيتهـا وذلـك لسـببين، همـا تـوفر الخبـرة الطويلـة لـدى الحكومـات فيمـا يتعلـق بتـوفير الخـدمات العامـة وأيضـا تعـدد مصـادر الإنفـاق العـام، ممـا أدى بزيـادة أعبـاء الدولـة وتفهقـر جـودة الخـدمات العامـة هـذا مـن جهـة، و توجـه حكومـات العـالم الثالـث إلـى سياسـة تحريـر الاقتصـاد سـعيا منهـا إلـى اللحـاق بركـب التقـدم فـي مختلـف المجـلات الاقتصـادية والاجتماعيـة مـن جهـة أخـري، كـل هـذا أدى بالحكومـات إلـى البحـث عـن طـرق أخـرى حديثـة كبـديل للطـرق التقليديـة لتـوفير التمويـل الـلازم لتمويـل هـذه المشـاريع، وتحقيقـا لـذلك لجـأت الدولـة إلـى الخصخصـة عـن طريـق ملكيـة المرافـق العامـة إلـى القطـاع الخـاص أو عـن طريـق الامتيـاز، إلا أن التطـور الحاصـل فـي هـذه العقـود أدى إلـى ظهـور نـوع جديـد مـن التعاقـدات كوسـيلة لتمويـل مشـاريع البنيـة الأساسـية فـي كـل المجـالات التي تفي بتقديم الخدمات العامة تسمى بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

ترجـع نشـأت عقـود الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص إلـى القـرن الماضـي فـي بدايـة التسـعينات، حيـث أن القـانون الإنجليـزي هـو أول مـن اسـتعمل مثـل هـذه الشـراكات، ومـا لبثـت أن انتشـرت فـي العديـد مـن الـدول لأهميتهـا كوسـيلة لتمويـل المشـاريع الكبـرى دون إثقـال ميزانيـات الـدول بنفقات مالية كبيرة .

وبالرجوع إلى الوضعية الاقتصادية في الجزائر نجد أن القطاع الحكومي يتحمل عبئ العديد من الخدمات العمومية الموجه إلى خدمة الجمهور، حيث شهدت هذه الخدمات تراجعا كبيرا في نوعيتها بسبب الضغط الكبير والطلب المتزايد عليها، مما أدى بزيادة الانتقادات على هذه الخدمات من طرف المواطنين الأمر الذي دفع بالحكومة إلى اللجوء إلى القطاع الخاص للاستفادة من خبراته وإمكانياته التي يمكن أن تساهم في إحداث قفزة نوعية في تقديم هذه الخدمات، و نقل الخبرات عن طريق الشراكة بين القطاعين العام والخاص مع احتفاظ الدولة بمسؤوليتها العامة كالرقابة.

ويكـون ذلـك باسـتعمال آليـات قانونيـة ناجعـة لأحـداث هـذه الشـراكة التـي تسـمح بإدخـال الخبـرات التي يمتاز بها القطاع الخاص إلى القطاع العام في ظل غياب تقنين ينظم مثل هذه الشركات .

أهمية الدراسة

تكتسي دراسة موضوع الآليات القانونية للشراكة بين القطاعين العام والخاص أهمية بالغة تختلف مابين السياسية والاقتصادية والاجتماعية .

-الأهمية السياسة :

إن اعتماد الدولة علي آليات قانونية لعقد شراكة ناجحة بينها وبين القطاع الخاص بغض النظر أجنبيا كان أو وطنيا يؤدي حتما الي نتائج إيجابية تنعكس علي تقديم خدمة عمومية متميز ترضي الجمهور ويقلل من انتقاداته للحكومة، الأمر الذي يزيد من ثقة بين الحاكم والمحكوم ، كما أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد من الإصلاحات التي تعتمدها الحكومة في تطوير اقتصادها .

الأهمية الاقتصادية:

إن تحقيق الشراكة الناجحة بين القطاعين العام والخاص لا تتأتى إلا بإتباع آليات قانونية فعالة، كل ذالك يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية عن طريق تشيد المشاريع العملاقة الموجهة إلي خدمة الجمهور بموارد القطاع الخاص، وبالتالي التخفيف من أعباء المالية العامة خاصة في الدول النامية التي تعاني من عجز في ميزانيتها العامة بسبب تمويلها لمثل هذه المشاريع .

الأهمية الاجتماعية:

وتتحقق من خلال إقامة مشاريع البنية الأساسية عن طريق الشراكة، مما يُؤدي إلى الرفاهية والراحة و تحسين الخدمات العامة التي يتلقاها الجمهور من هذه المشاريع، وكذا توفير مناصب عمل والقضاء على البطالة والفقر.

الإشكالية.

تسعي دول العالم وخاصة النامية منها إلى البحث عن طرق أخري لإقامة مشاريع تهدف إلى تقديم خدمات عامة الموجهة إلى الاستغلال العام من طرف الجمهور، دون أن تكهل ميزانياتها بنفقات كبيرة تؤدي إلى عجزها، ومن بين الطرق الجديد المنتهجة من طرف هذه الدول هو الاعتماد

علـي القطـاع الخـاص وإشـراكه فـي تمويـل هـذه المشـاريع، **فـإلى أي مـدى عملـت الشـراكة بـين القطاعين العام والخاص في تحقيق الخدمة العمومية ؟**

أسباب اختيار الموضوع

إن الأهميـة البالغـة للعمـل بهـذه العقـود نظـرا للنتـائج الواعـدة منهـا خاصـة فـي تحقيـق خدمـة عموميـة متميـزة، يجعـل مـن موضـوع الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص والآليـات القانونيـة المسـتعملة فيهـا، حقـل مهـم للدراسـة، حيـث هنـاك عـدة أسـباب أدت إلـى الخـوض فـي دراسـة الموضـوع تنوعت مابين الأسباب الموضوعية وأخري ذاتية ويمكن تلخيصها في النقاط التالية :

الأسباب الموضوعية

مـن أهـم الأسـباب الموضـوعية لاختيـار موضـوع الآليـات القانونيـة للشـراكة بـين القطـاعين العام والخاص نوجزه فيما يلي :

- التوجـه الحكـومي للعمـل بالشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، وإعتبـاره الحـل الوحيـد لرفـع الغبن عن بعض الخدمات العامة الموجهة للجمهور.
- تطور القطاع الخاص وإكتسابه لخبرات تقنية وفنية تسمح له بتسيير مرافق مهمة .
- حداثـة موضـوع الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، مـع كثـرة العمـل بـه فـي الواقـع الاقتصادي الحديث .
- تركيز الهيئات الدولية على موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

الأسباب الذاتية

أمـا عـن الأسـباب الذاتيـة التـي أدت إلـى اختيـار موضـوع الآليـات القانونيـة للشـراكة بـين القطاعين العام والخاص تكمن في :

- الرغبـة الشخصـية فـي دراسـة التحـولات الاقتصـادية والانفتـاح نحـو اقتصـاد السـوق، عـن طريق إتباع مثل هذه الشركات .

- تعلق موضوع الآليات القانونية للشراكة بين القطاعين العام والخاص بلب التخصص في الماستر القانون العام للأعمال .
- دعم الدراسات السابقة التي تطرقت للشراكة بين القطاعين العام والخاص من الناحية القانونية .

أهداف الدراسة.

نحاول من خلال دراستنا لموضوع الآليات القانونية للشراكة بين القطاعين العام والخاص تحقيق مجموعة من الأهداف وذلك من خلال :

- البحث عن النصوص القانونية التي تناولت عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري مع تبيان موقف المشرع منها.
- دعم الدراسات السابقة التي تطرقت لهذا الموضوع .
- إبراز العلاقة التعاقدية مابين القطاع العام والقطاع الخاص من خلال دراسة الآلية القانونية التي تحكمها .

المناهج المتبعة في الدراسة .

بهدف الوصول إلى النتائج المرجوة، والإجابة على إشكالية الموضوع تم الاعتماد على المنهج التحليلي والوصفي وذلك من خلال محاولة جمع مختلف النصوص القانونية المعتمدة من العديد من القطاعات المختلفة التابعة للدولة الجزائرية والتي تطرقت لموضوع الشراكة، والمنهج الوصفي الذي تم توظيفه في بعض المفاهيم والمميزات الخاصة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص، دون إغفال المنهج التاريخي وذلك من خلال إبراز جذور الشراكة..

معوقات الدراسة .

- قلة المراجع التي عالجت موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص خاصة من الناحية القانونية .
- تشتت النصوص القانونية المتعلقة بالشراكة بين القطاعين العام والخاص وتوزعها علي القطاعات الاقتصادية المختلفة.

تقسيمات الدراسة

للإجابة على الإشكالية ارتأينا تقسيم الدراسة إلى فصلين وفق الأتي :

الفصـل الأول خصصـناه لدراسـة الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص ومرجعيتهـا القانونيـة، حيث تم تقسيم الفصل إلى مبحثين.

المبحـث الأول بعنـوان ماهيـة الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، وتناولنـا فيـه ثلاثـة مطالـب المطلـب الأول مفهـوم الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، أمـا المطلـب الثـاني تضـمن أنـواع عقـود الشـراكة بـين القطـاعين العـام و الخـاص، وأخـر مطلـب خصـص للتميـز بـين عقـود الشـراكة والعقود المشابهة لها .

أمـا المبحـث الثـاني فكـان بعنـوان أهـداف الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص ومرجعيتهـا القانونيـة، وقسـمناه إلـى مطلبـين، الأول لدراسـة أهـداف الشـراكة بـين القطـاعين أمـا الثـاني فيتنـاول المرجعية القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

والفصـل الثـاني المعنـون بـ الآليـات القانونيـة للشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، والـذي جـزء إلـى مبحثـين، حيـث خصـص المبحـث الأول لدراسـة الصـفقات العموميـة وتفويضـات المرفـق العـام كآليـة للشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، تضـمن مطلبـه الأول الصـفقات العموميـة كآليـة للشـراكة ، والمطلـب الثـاني تفويضـات المرفـق العـام كآليـة ثانيـة للشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص، وحـددنا المبحـث الثـاني لدراسـة عقـود الشـراكة بـين القطـاعين العـام والخـاص فقسـم إلـى مطلبـين، الأول لعقـود الشـراكة التـي يتحمـل فيهـا القطـاع العـام المخـاطر التجاريـة والمطلـب الثـاني لعقـود الشـراكة التـي يتحمـل فيها القطاع الخاص المخاطر التجارية .

الفصـــل الأول

ماهية الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ومرجعتيها القانونية

الفصل الأول

ماهية الشراكة بين القطاعين العام و الخاص ومرجعيتها القانونية

ظهر توجه جديد في أواخر القرن الماضي و يتمثل ذلك في إشراك القطاع الخاص لتوفير متطلبات الطلب العمومي، والذي يهدف إلى تحقيق خدمة عمومية في مختلف القطاعات بغض النظر عن نوعيتها، صحية كانت أو اتصالات أو نقل..... الخ، و ذلك رغبة في كثير من الدول لتحسين هذه الخدمة، و يتعلق الأمر بالشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

حيث أن هذا النوع من الشراكة، حظي باهتمام كبير من قبل الاقتصاديين و القانونيين من حيث دراسة الأنظمة القانونية التي تحكم مثل هذه الشراكات.

و عليه سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من خلال تحديد مفهومها و خصائصها وأنواعها في المبحث الأول، ثم دراسة أهداف الشراكة و مرجعيتها القانونية في التشريع الجزائري من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول

ماهية الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

إن الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، تصنف من ضمن المفاهيم الجديدة التي ظهرت مع نهاية الثمانينات و بداية التسعينات من القرن الماضي، و التي أعتبرت كخيار جديد لتوفير متطلبات عامة، وعليه سندرس في هذا المبحث مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المطلب الأول، ثم خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأنواعها في المطلب الثاني، و في المطلب الثالث سنتناول أهم الخصائص التي يتميز بها عقد المشاركة عن بقية العقود المشابهة له.

المطلب الأول

مفهوم الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الحديثة نسبيا، ونظرا لحداثتها ولصعوبة إيجاد تعريف دقيق يحيط إحاطة كاملة ودقيقة بمفهومها الشامل، و الذي يضم عدد كبير من العناصر التعاقدية المختلفة، فقد كان هذا النوع من العقود محلا للدراسة من جانب المهتمين، حيث عرضت عدد كبير من التعاريف بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بعضه وضعه رجال الاقتصاد والمنظمات الدولية المهتمة بهذا المجال، وتعاريف أخرى وضعها رجال القانون، وسنعرض فيما يلي أهم التعاريف التي قيلت بهذا الصدد:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للشراكة بين القطاعين العام و الخاص

الشراكة لغة، مأخوذة من لفظ مشاركة أي كان شريكه، و يقال فلان يشارك في علم كذا، أي له نصيب منه، و أشترك فلان في كذا أي دفع أجر مقابل الانتفاع به، و تشارك أي اشترك الرجلان كل منهما شريك للأخر، و أشركه في أمره أي أدخله فيه، و الشريك هو المشارك غيره في تجارة أو نحوها [1]

الفرع الثاني: التعريف الاقتصادي للشراكة بين القطاعين العام و الخاص

حيث ظهرت عدة تعاريف في هذا الصدد نذكر منها:

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، ص 20.

" الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هي عبارة عن أوجه التفاعل و التعاون المتعددة بين القطاعين العام و الخاص، و ذلك فيما يتعلق بتوظيف إمكانياتهما البشرية و المالية و الإدارية و التنظيمية و التكنولوجية و المعرفية، على أساس من المشاركة و الالتزام بالأهداف، حرية الاختيار، المسؤولية و المساءلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية التي تهم العدد الكبير من أفراد المجتمع، و لها تأثير بعيد المدى على تطلعاتهم، حيث يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة و تحقيق وضع تنافسي".[1]

كما عرفت الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، الشراكة مع القطاع الخاص "هي علاقة طويلة الأجل بين الجهات الإدارية للدولة و القطاع الخاص، تهدف إلى قيام القطاع الخاص بتقديم خدمات أو تنفيذ مشروعات كانت أجهزة الدولة منوطة بتنفيذها، و ذلك دون الإخلال بدور الحكومة في النهوض بالخدمات و المشروعات العامة و الإشراف عليها، و لكن فقط من خلال نظام جديد للتعاقد و تقديم الخدمة "[2]

وعرف صندوق النقد الدولي الشراكة بين القطاعين العام و الخاص "بالترتيبات التي تسمح للقطاع بتقديم أصول و خدمات البنية التحتية و التي كانت تقدم تقليديا من خلال الحكومة ".[3]

كما عرفت الشراكة "بأنها الأداة الاقتصادية المرنة الديناميكية، التي يمكن أن تحقق العديد من الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية و البيئية كالتنمية المستدامة و التشغيل " و هذا حسب ما جاء في تعريف المجلس الاقتصادي و الاجتماعي الأوروبي ".[4]

كما عرفتها الأمم المتحدة بـ " التعاون و الأنشطة المشتركة بين القطاعين العام و الخاص، بغرض تنفيذ المشروعات الكبرى، بحيث تكون الموارد و الإمكانيات لكلا القطاعين مستخدمة معا و ذلك بالطريقة التي تؤدي إلى اقتسام المسؤوليات و المخاطر بين القطاعين، بطريقة رشيدة لتحقيق التوازن الأمثل لكل شريك.[5]

أما الشراكة بين القطاعين العام والخاص حسب حكومة دبي: " الشراكة هي أحد أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص، يتم من خلالها وضع ترتيبات يستطيع بمقتضاها القطاع العام توفير السلع والخدمات العامة،

---

[1] . وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008، ص 285

[2] محمد متولي دكروري محمد، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، وزارة المالية – إدارة البحوث والتمويل، مصر، 2008، ص 5.

[3] FMI. PUBLIC.PRIVOTE PAQTNER SIMPS- The.fiscol.affoirs. devlopment.

[4] عادل محمود الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص – المفاهيم و الناهج – التطبيقات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006، ص 04.

[5] عبدالله رمضان توفيق، الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في البنية الأساسية و أثرها على النمو الإقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الفلسفة في الإقتصاد، جامعة حلوان مصر، 2012، ص 38.

والاجتماعية من خلال السماح للقطاع الخاص بتقديمها، بدلا أن يقدمها القطاع العام بنفسه أي بصورة مباشرة؛ وبشكل أكثر تحديدا، فإن هذا المفهوم يشير إلى السيناريوهات التي بمقتضاها يكون للقطاع الخاص دورا أكبر في تخطيط وتمويل وتصميم وبناء وتشغيل وصيانة الخدمات العامة" .[1]

الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي آلية عمل تهدف لتنفيذ مشاريع التنمية الضخمة بكفاءة وفاعلية، والتي لا يمكن تنفيذها من طرف واحد، وإنما من خلال أداة لا تمثل بشكل مطلق القطاع الخاص أو بشكل مطلق القطاع الحكومي وإنما للاستفادة القصوى من ميزات كل قطاع للعمل معا[2]

ومن خلال التعاريف السابقة التي جاء بها الاقتصاديين والتي تشترك في مفاهيم واحدة للشراكة بين القطاعين العام والخاص، على أنها شكل من أشكال التعاون والتشارك وتبادل الخبرات التي يفتقر لها القطاع العام وتتوفر لدى القطاع الخاص، والتي تهدف إلى تقديم الخدمة العمومية، أو تنفيذ المشاريع الكبرى الموجهة لخدمة الجمهور، في أحسن صورة وبأقل تكلفة.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص

الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من وجهة رجال القانون هي عقد إداري، يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، للقيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال و التجهيزات الضرورية للمرفق العام، و إدارتها و استغلالها و صيانتها طوال المدة المحددة، و ذلك في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية، مع اشتراكها في تحمل المخاطر الناتجة عن تنفيذ العقد [3]

و يرى البعض أن الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، هي بمثابة علاقة طويلة الأجل بين الجهات الإدارية للدولة و القطاع الخاص، تهدف إلى قيام القطاع الخاص بتقديم خدمات، أو تنفيذ مشروعات كانت أجهزة الدولة منوطة بتنفيذها، و ذلك دون الإخلال بدور الحكومة في النهوض بالخدمات و المشروعات العامة و الإشراف عليها، ولكن فقط من خلال نظام جديد للتعاقد وتقديم الخدمة[4]

---

1 إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، دائرة المالية، الشراكة بين القطاع العام (الحكومة)والقطاع الخاص، حكومة دبي، الامارات العربية المتحدة أفريل 2010، ص 04

2 أمجد غانم، دراسة حول: الشراكات القطاعية القائمة في تقديم الخدمات العامة والبلدية علي مستوي الهيئات المحلية، شركة اللجنة المحلية للاستثمارات، فلسطين، ص 09.

3 نمديلي رحيمة، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد01، مكتبة الرشاد للطباعة وانشر، الجزائر، جانفي 2015، ص 175.

وفاء عثمان، المرجع السابق، ص 4.285

كما عرفها الأستاذ حمادة عبد الرزاق حمادة بأنها، "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام، إلى أحد أطراف القانون الخاص، للقيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال و التجهيزات الضرورية للمرفق العام، و إدارتها و استغلالها و وصيانتها طوال مدة العقد، في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة التعاقد، فهو عقد يجمع بين قطاعين عام و خاص، يتمثل في قيام المتعاقد الخاص بإنشاء و صيانة أحد المشروعات البنية الأساسية مقابل عوض"[1]

وعرفت الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في مشروع قانون يتعلق بالشراكة بين القطاعين العام والخاص في المغرب، بأنها " شكل من التعاون، تعهد من خلاله الدولة و الجماعات الإقليمية أو هيئاتها و المؤسسات العمومية و المنشآت العامة، و عموما كل شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام، لشركائها الخاضعين للقانون الخاص يسمى بالشريك الخاص، بمسؤولية القيام بمهمة شاملة تتضمن التصميم و التمويل الكلي أو الجزئي أو الإنجاز أو إعادة توظيف أو صيانة أو استغلال منشأة أو بنية تحتية ضرورية لتوفير خدمة عمومية، و ذلك بواسطة عقد إداري محدد المدة يسمى عقد شراكة بين القطاعين العام و الخاص [2].

أو هي اتفاقية بين القطاعين، العام و الخاص لاقتسام المخاطر و الفرص في العمل التجاري المشترك، الذي ينطوي على تقديم خدمات عامة[3]

كما تعرف على أنها، مختلف أوجه التعاون و التفاعل بين القطاعين العام و الخاص، المتعلقة باستثمار و توظيف مواردها البشرية و الإدارية و التنظيمية و التكنولوجية، على أساس من المشاركة و الشفافية و الالتزام بالأهداف و المسؤولية المشتركة، بحيث تؤدي إلى تطوير المجتمع بجميع فئاته.[4]

أما في فرنسا فقد عرفت بأنه عقد إداري، يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام، إلى أحد أشخاص القانون الخاص، للقيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال و التجهيزات الضرورية للمرفق العام،

---

[1] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 20

[2] مشروع قانون يتعلق بالشراكة بين القطاعين العام و الخاص المملكة العربية المغرب، ص 1، متوفر على الموقع www.sgg.gov.ma/ تاريخ التصفح 2018/03/02.

[3] ليث عبد الله القهيوي ، بلال محمود الوادي، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص (الإطار النظري والتطبيق العلمي)، الطبعة الأولي، الأردن، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، ص 19.

[4] عبد السلام أحمد هماش، يوسف عبد الحميد المراشدة، عقود المشاركة وسيادة الدولة، مؤتمر عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008 ، ص ص189 ، 215.

وإدارته و استغلاله و صيانته طوال مدة العقد المحددة، وفقا لطبيعة الاستثمار أو طرق التحويل، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية [1]

وكذلك هي عقود إدارية تعهد بموجبها الدولة، أو احد هيئاتها إلى شخص خاص لمدة محددة حسب حجم الاستثمار المراد إنجازه، و عليه فمن الناحية العضوية تجمع الشراكة صنفين و هما القطاع العام و الخاص؛ و من الناحية المادية، تتميز الشراكة بشمولية المهام الملقاة على عاتق المتعاقد و المتمثلة في التمويل و البناء و الاستغلال، ومن الناحية المالية المقابل المالي الذي يتقاضاه الشخص المتعاقد مع القطاع العام مدة العقد [2]

و من خلال التعاريف القانونية السابقة، يتضح أن الشراكة بين القطاع العام و الخاص هي، عبارة عن عقود ذات طبيعة إدارية، تجمع بين طرفين أحدهما يحكمه القانون العام، وطرف أخر تابع للقطاع الخاص ويحكمه القانون الخاص، يتميز هذا العقد بطول المدة، و يهدف إلى تقديم خدمة عمومية في مختلف المجالات الاجتماعية، و الاقتصادية أو البنية التحتية، مضمونه تمويل الاستثمارات والقيام بالتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد والتي تكون محددة مسبقا في العقد ومتفق عليها، بمقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة العامة بدفعها بطريقة مجزأة طوال تلك المدة.

المطلب الثاني

خصائص عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأنواعها

من خلال استعراض مفهوم الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، والتي هي عبارة عن عقد طويل الأجل بين طرفين، أحدهما عام و الثاني شخص خاص يهدف إلى تحقيق خدمة عمومية، يمكن أن نستنتج مجموعة من الخصائص التي يمتاز بها هذا العقد والتي تميزه عن العقود الأخرى.

الفرع الأول: خصائص عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمجموعة من الخصائص تميزه عن العقود العامة الأخرى نوجزها فيما يلي:

[1] المنظمة العربية أعمال المؤتمرات (عقود ppp سمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين في النظام الفرنسي، ورقة عمل في ندوة عقود المشاركة المشاركة بين لقطاعين العام والخاص)، منشورات المنظمة العربية للتنمية، مصر 2008، ص 142.

[2] أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية نحو أداء متميز في القطاع الحكومي أيام 1 و 4 نوفمبر 2009، معهد الإدارة العامة المملكة العربية السعودية، ص 4.

أولا: تعدد الأطراف المشتركة في تنفيذ العقد

فنجد العقد يتكون من الأطرف التالية: الطرف الأول الشخص العام والممثل للجهة الحكومية، والطرف الثاني مكون من الشريك الخاص وشركة المشروع، والجهات الممولة للمشروع سواء كانت محلية أو أجنبية، وشركات المقاولات التي تتولي تشييد المشروع، وشركات الإدارة التي تتولى تشغيل واستغلال المشروع، وموردوا المواد والمعدات اللازمة لكل ذلك، الأمر الذي يجعل من هذه العقود وسيلة للتوفيق بين المصالح المتباينة لأطراف العقد. [1]

يهدف القطاع العام إلى تحقيق الصالح العام من خلال تقديم أفضل الخدمات للجمهور وبأقل التكاليف وبشكل مستمر ودون انقطاع، كما يسعى إلى التخفيف من أعبائه المالية المفروضة عليه، عن طريق إنشاء وتشغيل المرافق العامة بتمويل من القطاع الخاص، كذلك يسعى إلى فرض اكبر قدر ممكن من الرقابة على شركة المشروع، واستعادة المشروع بحالة جيدة في الآجال المحددة.

أما بالنسبة لشركة المشروع فهي تسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الأرباح و بأقل تكلفة، مع الاحتفاظ بسلطة اتخاذ القرار المتعلقة بإدارة المشروع وتشغيله وفق الآليات التي يشاء، كما يسعى إلى التخفيف قدر الإمكان من المخاطر التي تحف بالمشروع.

أما الجهات الممولة فإنها تسعى بدورها لتحقيق الأرباح وذلك عن طريق سداد مبلغ القرض من الأقساط النقدية التي يدرها تشغيل المرفق، الأمر الذي يستدعي إبرام عقود تعمل على تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، وتوفق بين مصالحها المتباينة. [2]

ثانيا: تعدد مراحل الشراكة بين القطاع العام والخاص وطبيعتها المركبة

يعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود المركبة ومتعدد المراحل، ابتداء من مرحلة التصميم مرورا بمرحلة التشييد والتشغيل، انتهاء بنقل الملكية، كما أن تنفيذ عقود الشراكة يحتاج إلى إبرام العديد من العقود، ففضلا عن الاتفاق المبرم بين الجهة الحكومية والشريك الخاص، يوجد العديد من الاتفاقيات الأخرى،

[1] سيف الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص –مفهومها وطبيعتها- المجلة الدولية للقانون، ص 06، متوفرة على الموقع www.qsciemece.con02، تاريخ التصفح ماي 2018

[2] نفس المرجع، ص 07.

منها الاتفاق المبرم بين شركة المشروع وشركات المقاولة التي يعهد إليها بناء المشروع، والموردين الذين يزودون المشروع بالمعدات والأدوات اللازمة، وهذا ما يبرر طول مدة العقد من حيث الزمن. [1]

ثالثا: ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على اقتسام المخاطر

حيث يعتبر عنصر اقتسام المخاطر من المبادئ الأساسية في عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، يقوم على إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي تقوم على تنظيم المخاطر التي تم دراستها مسبقا من حيث تحديدها وتحليلها وذلك من أجل تجنبها أو التقليل من آثارها التي تنعكس سلبا على أهداف العقد، وغايته الأساسية، وجودته خصوصا عندما يتعلق الأمر بعقد إداري محله مرفق عام، وذلك من خلال تدوين هذه المخاطر في بنود العقد للحصول على أعلى درجة من ثبات العقد.

رابعا: تعدد مجالات تطبيق عقود الشراكة بن القطاعين العام والخاص

يمكن تنفيذ صور مختلفة من المشاريع المختلفة من خلال إتباع نظام الشراكة بين القطاع العام والخاص، فمثلا المشرع الأردني قد جعل جميع القطاعات الاقتصادية محلا لمشاريع الشراكة بين القطاع العام والخاص، ماعدا التي يستثنيها مجلس الوزراء، ويمكن اللجوء إلى الشراكة لتنفيذ مشاريع أخرى كبناء المجمعات الصناعية، والمراكز التجارية، ومواقف السيارات، وغيرها من المرافق التي لا تشكل بالضرورة مرافق بنية تحتية.

أما المشرع المصري فقد حدد في المادة الثانية من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص موضوع الشراكة في تمويل وإنشاء وتجهيز وتطوير وصيانة مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وإتاحة خدماتها للجمهور، وتقديم التسهيلات والخدمات اللازمة ليصبح المشروع صالحا للاستخدام والإنتاج. [2]

الفرع الثاني : أنواع الشراكة بين القطاعين العام والخاص

أشرنا في تعرفينا للشراكة بين القطاع العام الممثل في الدولة والقطاع الخاص، والذي يستوجب تكوين علاقة تعاونية بين شريك أو أكثر من الجهات الحكومية وشريك أو أكثر من القطاع الخاص، وتتنوع بحسب المعايير المعتمدة والنمط المعتمد مثل التنظيم المعتمد في اتخاذ القرار، نوع القرار ونوع القطاع وكذا طبيعة النشاط وتنوع

[1] سيف الفواعير، المرجع السابق، ص 08.
[2] نفس المرجع، ص 09.

أساليب الشراكة مع القطاع الخاص ودرجة مساهمته ومسؤولياته فيها طبقا لكل أسلوب، حيث تتدرج تلك الأساليب بدءا بعقود الخدمات التي تقوم الدولة فيها بتحمل المسؤولية الكاملة في التمويل وتحمل المخاطر، وانتهاء بالخصخصة أو البيع والتي يقوم القطاع الخاص فيها بالبناء والتشغيل والإدارة والملكية لأصول المشروع .[1]

وأكثر الأنواع قبولا والتي تم الإجماع عليها بين الباحثين هي الشراكة التعاقدية والشراكة التعاونية [2].

أولا: الشراكة التعاقدية

وهي تلك الشراكة القائمة بموجب عقد بين طرفين، قصد توصيل خدمات عامة أو توريد، حيث تكون هذه الشراكة عمودية، تحتفظ الدولة بموجب هذه الشراكة دوما بعنصر الرقابة على سير الأعمال المنوط بها الشريك الخاص، كما تملك القدرة على فسخ العقد الذي يحكم العلاقة بين القطاعين العام والخاص [3].

ويأخذ هذا النوع من الشراكة أشكالا عديدة منها التأجير والإدارة والخدمة العمومية وعقد الامتياز وهو ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني.

ثانيا: الشراكة التعاونية

وهي الشراكة القائمة على أساس تشاركي بين القطاعين العام والخاص، حيث تكون العلاقة بين أطراف العقد بصفة أفقية، ويتم اتخاذ القرار بين أطراف العقد بالإجماع، ويشترك جميع الأطراف في أداء المهام والواجبات ولا يوجد إشراف منفرد لأي طرف على الأخر عكس الشراكة التعاقدية، فكلا الطرفين يتحملان المخاطر ويحصلان على المنافع المحققة من النشاط.

[1] ، المركز الإستشاري الدولي للبحوث، القاهرة ، 1999، ص BOT177 محمد سمير زكي، نظام التشييد و الإدارة و التحول
[2] محمد متولي دكروري محمد، المرجع السابق، ص 8
[3] نفس المرجع و الصفحة.

المطلب الثالث

تمييز الشراكة بين القطاعين العام والقطاع الخاص عن العقود المشابهة لها

بعد التعرف على أهم الخصائص لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي تجعل منه عقدا إداريا ذو طبيعة خاصة، وبالتالي يمكن أن نميزه عن بعض العقود المشابهة له.

الفرع الأول: تمييز الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن عقد الصفقات العمومية

تعرف الصفقة العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بأنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات ".[1]

فالصفقة بهذا المفهوم هي عقد يبرم بين الإدارة العمومية و شخص طبيعي أو معنوي (مقاول أو مقدم خدمات)، بهدف إنجاز أشغال أو التزود بمواد أو خدمات أو انجاز دراسات أو توريد مستلزمات، و تحمل المخاطر المتعلقة بعقد الصفقة العمومية على كاهل الشخص العام (الدولة) الذي يبقى صاحب المشروع، كما أن تمويل المشروع ينقسم إلى أقساط تدفع من طرف الشخص العام مقابل إنجاز فعلي.

فمن خلال هذا التعريف يمكن استخلاص أن عقد الشراكة يتشابه مع عقد الصفقة العمومية في الأطراف، وهو أن كل من طرفي العقد يجمع بين شخصين أحدهما تابع للقانون العام والأخر تابع للقانون الخاص، في حين أن عقد الصفقة العمومية يتعارض مع ما هو معمول به في عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، من حيث تحمل المخاطر ومدة العقد وطريقة التمويل والانجاز والجهة التي تدفع المقابل المالي .

الفرع الثاني: تمييز الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن الخصخصة

يعد مصطلح الخصخصة من المفاهيم الحديثة نسبيا، إذ يرجع استخدامها إلى الثمانينات من القرن العشرين سنة 1983، وقد شاع استخدام هذا المصطلح منذ عام 1948 في قاموس ويستر(Webster) ، وقد قام الكاتب (Peter Drucker) باستخدامه في كتابه سنة 1968، لكن لم يستخدمه بصورة مكثفة إلا في السبعينات من القرن العشرين، وذلك عندما قامت بريطانيا سنة 1979 بقيادة السيدة " **تاتشر**" رئيسة الوزراء البريطانية في ذلك

[1] مرسوم رئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 يتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر عدد 50.

الوقت بنقل ملكية الأنشطة العامة المختلفة في الصناعة والنقل والاتصالات وغيرها إلى القطاع الخاص، وذلك من أجل تحقيق نقلة نوعية وكمية في إدارة تلك المشاريع وتجنيب الخزينة العامة العبئ المالي من جراء تلك المشاريع[1].

ومع تغير البيئة السياسية والاقتصادية العالمية في أوائل التسعينيات، اقتنع العديد من الدول ذات القطاعات العامة الضخمة والدول ذات الاقتصاد المختلط بإتباع هذه السياسة أملا في تحقيق ذات النتائج، ولقد ساعد على انتشار هذه السياسية أيضا ظهور مشكلة الديون الأجنبية والتشوهات الاقتصادية في الدول المتخلفة اقتصاديا، مما جعلها في حاجة ماسة إلى مساعدات المؤسسات الاقتصادية الدولية كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير، واللذان لعبا دورا هاما في تقديم سياسة الخصخصة لتلك الدول كإحدى أهم سياسات الإصلاح الإقتصادي الأكثر ملائمة لها.[2]

كما وعرفت في مناسبة أخرى:" الخصخصة هي سياسة من سياسات التحرر الاقتصادي، تستهدف تحقيق الكفاءة الاقتصادية، من خلال تحويل المشروعات العامة إلى مشروعات خاصة سواء من خلال نقل الملكية أو الإدارة باستخدام العديد من الأساليب المتاحة والملائمة" .

الخصخصة هي تقليص دور الدولة في الاقتصاد من خلال: تحرير النشاط الاقتصادي من المعوقات القانونية والبيروقراطية، وهذا يتطلب مراجعة القوانين القائمة والحد من المتطلبات الإدارية التي تقف عثرة في طريق تنفيذ الاستثمار، و السماح بقيام نشاطات اقتصادية منافسة للنشاطات القائمة التي يمتلكها القطاع الخاص، وقيام القطاع الخاص بتقديم بعض الخدمات التي يقوم بها القطاع العام حاليا.[3]

أما النظام القانوني الجزائري فقد عرف الخوصصة بنقل الملكية من القطاع العمومي إلى القطاع الخاص وذلك بتحويل كل أو جزء من الأصول المادية أو المعنوية أو الرأسمال الاجتماعي للمؤسسات العمومية لصالح أشخاص ماديين أو معنويين خواص، وهذا الصنف من الخوصصة يعرف بخوصصة الملكية.[4]

---

[1] أحمد صقر عاشور، التحول إلى القطاع الخاص – تجارب في خصخصة المشروعات العامة، سلسلة البحوث و دراسات رقم 344، المنظمة العربية للتنمية الإدارية. القاهرة، مصر، 1996، ص 3.

[2] المرسي سيد حجازي ، الخصخصة – إعادة ترتيب دور الدولة و دور القطاع الخاص، الدار لجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، ص 09

[3] خالد الفايز، دور المؤسسات المالية العربية في الخصخصة – تجارب عربية أجنبية، إتحاد البورصات و هيئات سوق المال، العربية، الكويت 1996، ص 93

[4] قويدر بوطالب، إشكالية الخوصصة، المفهوم و طرق التنفيذ و شروط النجاح، مداخلة ضمن ملتقى دولي "اقتصاديات الخوصصة الدور الجديد للدولة" جامعة فرحات عباس، سطيف، 03 – 07 أكتوبر 2004.

حيث نصت المادة الأولى من الأمر 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 على مايلي:" ... تعني الخوصصة القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد:

- إما في تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو جزء منها، أو كل رأسمالها أو جزء منه، لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص.
- وإما في تحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كيفيات تحويل التسيير و ممارسته و شروطه."[1]

و من خلال التعاريف السابقة للشراكة بين القطاعين العام و الخاص، و كذا تعريف الخصخصة، يتبين أن المفهومين مختلفين، ففي الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يبقى القطاع العام مسؤولا أساسا عن تقديم الخدمات العمومية للمجتمع، أما العكس ففي الخصخصة فإن القطاع الخاص تناط إليه مسؤولية تقديم الخدمات العمومية للمجتمع، و الملكية تنتقل للقطاع الخاص، كما أن المشروعات التي تم خصخصتها تخضع للقواعد التنظيمية و الإجراءات المصاحبة للخصخصة، أما مشروعات الشراكة فتخضع لشروط التعاقد.

الفرع الثالث : تمييز عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص عن عقود الأشغال العمومية

تعرف الأشغال العمومية على أنها " العقود التي يتعهد بمقتضاها المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة لعقار لحساب شخص معنوي عام، تحقيقا لمصلحة عامة وذلك في مقابل مالي تلتزم الإدارة به.[2]

ورغم تشارك عقد الشراكة مع عقود الأشغال العامة كونهما من العقود الإجمالية التي تشمل عملية البناء والتشييد والتصميم والصيانة، وفي مصدر حصول المتعاقد على حقوقه المالية، حيث تلتزم الإدارة بدفع مقابل على شكل أموال سواء ارتبط بالأعمال التي نفذها المتعاقد فعلا في عقود الأشغال العامة، أو حصل عليها على شكل أموال دورية كما في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

إلا أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقود الأشغال العامة يختلفان في عدة نواحي، في كون الثمن في عقود الأشغال العامة يخضع لقاعدة عدم الدفع المجزأ أو المؤجل التي يمكن اللجوء إليها في عقد المشاركة، حيث يلتزم المتعاقد بالإنشاء والتشغيل والصيانة خلال مدة زمنية طويلة قد لا تتجاوز ثلاثين سنة لذا يكون الدفع بشكل دوري نصف سنوي أو سنوي.

---

[1] الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 1995/08/26 يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ج ر رقم 48 المؤرخة في 1995/09/03.

[2] رجب محمود طجين، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 15.

كما يختلف عقد الأشغال العامة وعقد المشاركة في مدة العقد، حيث أن من سمات عقود الأشغال العامة أنها قصيرة المدة، بينما مدة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص تتراوح مدتها بين خمس سنوات إلى ثلاثين سنة، لارتباطها بمشروعات البنية الأساسية كالنقل والصرف الصحي والطاقة والمياه حتى ينتهي المتعاقد من إقامة المشروع واسترداد ما أنفقه مع تحقيق هامش الربح.

وأهم فرق بين عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص وعقد الأشغال العمومية في مبدأ توزيع المخاطر الذي بين الجهة الإدارية و المتعاقد معها والتي يتميز بها عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وهذا بقصد ضمان آمن ومتكامل للالتزامات المتبادلة تحقيقا للمصلحة العامة، وعلى عكس من ذلك فلا يوجد هذا المبدأ في عقود الأشغال العمومية، حيث يتحمل المتعاقد كليا أو جزئيا مخاطر العقد وفقا لما هو منصوص عليه في النظرية العامة للعقد الإداري أو ما اتفق عليه المتعاقدين [1].

الفرع الرابع : تمييز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن عقد تفويض المرفق العام

يقصد بعقد تفويض المرفق العام، بأنه عقد بمقتضاه تعهد جهة الإدارة إلى المتعاقد بإدارة المرفق العام، في نظير مقابل مالي محدد يرتبط بنتائج الاستغلال تقوم بدفعه الجهة الإدارية، وبموجبه تفوض سلطاتها للملتزم وتمنحه بعض إمتيازات السلطة العامة [2].

وعليه يتشابه كل من عقد التفويض للمرافق العامة وعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في كونهما عقود إدارية بنص القانون الفرنسي ويخضعان للمبادئ العامة لهذه العقود، ويعتبران كذلك من العقود الإجمالية التي تشمل على إدارة وبناء وتشغيل المرافق العامة خلال مدة زمنية في العقد.

إلا أن عقود تفويض المرفق العام تختلف عن عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، كون الأولى من عقود الإدارة التي تلتزم فيها الجهة الإدارية بتفويض المتعاقد معها على مسؤوليتها، بينما عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص هي في الأصل من عقود التمويل لإنشاء وتشغيل وحتى صيانة مشروعات البنية الأساسية. والمخاطر في عقود تفويض المرفق العام يتحملها في الأساس المتعاقد مع الإدارة طبقا للنظرية العامة للعقد، عكس عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص حيث يتم توزيع المخاطر بين الإدارة وشركة المشروع.

[1] رجب محمود طجين ، المرجع السابق، ص 49.
[2] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 112.

الفرع الخامس: تمييز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن عقد البوت

يعرف عقد البوت بأنه عقد تعهد بمقتضاه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إلى أحد المستثمرين بتمويل وتصميم وتطوير وإنشاء وتجهيز المرافق العامة أو مشروع من مشروعات البنية الأساسية، خلال مدة زمنية تكفي لتغطية نفقات المشروع وتحقيق الأرباح من عائدات تشغيل المشروع من المنتفعين.[1]

بهذا التعريف تعتبر عقود البوت شكل من أشكال الشراكة بين القطاع العام والخاص، فهما يتفقان من ناحية الأطراف والمهام المقدمة في كلا العقدين، وطول مدة العقد باعتبارهما من قبيل عقود تمويل البنية التحتية.

إلا أن هناك اختلاف بين العقدين في المقابل المالي، ففي عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مرتبط بتكلفة الاستغلال أكثر من نتائجه، حيث لا تنشأ أي علاقة بين شركة المشروع والمنتفعين بخدمات الإنشاء، بينما في عقد البوت يدفع المنتفعون رسوما إلى المتعاقد مع الإدارة خلال مدة العقد.

كذلك هناك اختلاف آخر في تقسيم المخاطر والأرباح بين شركة المشروع والجهة الإدارية على خلاف عقد البوت، حيث يقع على عاتق شركة المشروع تحمل المخاطر المالية ومخاطر التشغيل والإدارة، على أن تمتلك كل العائدات من المشروع طوال مدة العقد.

وعليه نخلص إلى أن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتميز عن بقية العقود المشابهة له، حيث أنه عقد من عقود تمويل مشاريع البنية التحتية لمدة زمنية تتميز بالطول، يتحمل خلالها المتعاقد مع الإدارة أو أحد أشخاصها كل مخاطر الإدارة ، والإنشاء والتجهيز مناصفة مع الإدارة في مقابل مالي يدفع له بشكل مجزأ.

[1] ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ص BOT105 عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام

المبحث الثاني

أهداف الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومرجعيتها القانونية في التشريع الجزائري

بعد التطرق لدراسة ماهية الشراكة بين القطاعين العام والخاص من حيث مفهومها، والتوصل إلى أنها عقد ادري يجمع بين طرفين أحدهما عام والآخر خاص، والتعرف على خصائص هذه الشراكة والتي تعتبر ذات طبيعة خاصة تتميز عن العقود الأخرى التي تجمع بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة مثل الصفقات العمومية والخصخصة؛ سوف نتناول دراسة أهداف الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المطلب الأول ثم المرجعية القانونية للشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أهداف الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تسعى الحكومة من خلال إقامة الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى تحقيق جملة من الأهداف نوجزها فيما يلي:

01- تهدف بشكل أساسي إلى تحقيق الكفاءة والفعالية لإستغلال الأموال فيما يتعلق بالإنفاق العام، بمعنى السعر الأمثل على أساس التكلفة على مدار مدة العقد وجودة الخدمة المقدمة والمخاطر التي يتحملها المشارك، فالسعر الإجمالي لمناقصة القطاعين العام والخاص المقدمة من الشريك يجب أن يكون أقل من التكلفة التي تتحملها الحكومة لو قامت بتوفير نفس مستوى الخدمة، متضمنة التكاليف الإضافية للمخاطر، تجاوز التكلفة، التأخيرات...الخ، التي يمكن أن تواجهها الحكومة. [1]

02- تهدف الشراكة إلى خدمة الدولة وأجندتها الوطنية، الرامية إلى تحقيق اقتصاد مستدام يستند على المعرفة و التنافسية و الخبرة و التنوع، و بالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و نتائج و مخرجات أفضل مما يستطيع أن يحققه كل فريق بمفرده، و يتم ذلك عن طريق التفاوض و تبادل الخبرات و التوصل إلى معايير أفضل و توسيع الموارد المالية المتاحة نتيجة لتعاون الأطراف.[2]

03- تساعد الشراكة بين القطاع العام والخاص على إبراز الدولة، و التركيز على رسم السياسات و الإستراتيجيات لقطاع البنية الأساسية، و مراقبة مقدمي الخدمات و تنظيمها، إضافة إلى توظيف

[1] محمد مصطفى محمد الخياط و ماجد كريم الدين محمود، سياسات الطاقة المتجددة أقليما و عالميا، أكتوبر، 2008، ص 05.

[2] مجلة سودان فاوندوشن، برنامج عمل قطاع الشركات بالدائرة ورقة رقم(01)، رؤية تطويرية لتعزيز الدور التنموي للشركات بين القطاعين العام و الخاص بالسودان، مارس 2015، ص 31.

رأس مال القطاع الخاص و معارفه و خبراته في إدارة المشاريع مما يساهم في تقليل المدة الزمنية للتنفيذ و خفض تكلفة الخدمات و تحسينها.[1]

04- حظي موضوع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص باهتمام كبير من قبل الحكومات و المجتمعات ومراكز البحث في مختلف أنحاء العالم، بعد أن اتضح أن عملية التنمية الاقتصادية و الاجتماعية تعتمد على حشد و جمع كافة إمكانيات المجتمع، بما فيها من طاقات و موارد و خبرات كل من القطاع العام و الخاص لتشارك في تنظيمات مؤسسية تتولى إنشاء و تشغيل المشاريع بمختلف أنواعها، بعد أن واجهت صعوبات في تحقيق الأهداف التنموية.[2]

05- تحقيق قيمة أفضل مقابل النقود فيما يتعلق بالإنفاق العام، بمعنى السعر الأمثل للعميل على أساس التكلفة على مدار مدة العقد، وجودة الخدمة المقدمة، والمخاطر التي يتحملها المشارك، فالسعر الإجمالي لمناقصة القطاعين العام والخاص المقدمة من الشريك يجب أن يكون أقل من التكلفة التي تتحملها الحكومة لو قامت بتوفير نفس مستوى الخدمة، متضمنة التكاليف الإضافية للمخاطر. [3]

06- تغيير نشاط الحكومة من التشغيل للبنية الأساسية و الخدمات العامة بحيث تستطيع بدلا من ذلك التركيز على وضع السياسات لقطاع البنية الأساسية و كذلك وضع الأولويات لأهداف و مشروعات البنية الأساسية و مراقبة مقدمي الخدمات و تنظيم الخدمة.

07- إدخال الإدارة و الكفاءات التي لدى القطاع الخاص إلى مجال الخدمة العامة شراكة في حمل المخاطر.

08- تنفيذ مشروعات الاستثمار في الوقت المحدد و بالميزانية المحددة.

09- تفادي تدهور الأصول و المنشآت الضرورية للخدمات العامة نتيجة للصيانة الغير الفعالة أو التشغيل القاصر.

10- إدخال الابتكارات على تصميم المشروعات بالنسبة للأصول و التشغيل و الصيانة.

11- نقل المخاطر التي يمكن إدارتها أفضل بواسطة القطاع الخاص [4].

---

[1] الوحدة المركزية لشراكة القطاعين العام والخاص، البرنامج القومي لشراكة القطاعين العام والخاص، الإصدار الثاني، وزارة المالية مصر، 2008، ص 14.

2. نفس المرجع والصفحة.

3. نفس المرجع والصفحة.

[4] محمد متولي دكروري محمد، المرجع السابق ص ص 6.7.

12- التقاء أهداف المتعاملين على الأقل في مجال النشاط المعين بالتعاون، و التي ينبغي أن تؤدي إلى تحقيق نوع من التكامل و المعاملة المماثلة على مستوى مساهمات الشركاء و المتعاملين.

المطلب الثاني

المرجعية القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في التشريع الجزائري

عقد الشراكة هو عقد يبرم بين الدولة وبين الأشخاص الخاصة، سواء كانت وطنية أو أجنبية في إطار قانوني يثير العديد من التساؤلات حول القوانين الواجبة التطبيق، الأمر الذي أدى إلى خلافات فقهية وقضائية حول تكييفها القانوني، خاصة في ظل حداثة النظام القانوني لهذه العقود، وكذا تشابهها مع بعض العقود كما اشرنا سابقا؛ حيث سنتطرق لدراسة التكييف القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص و المرجعية القانونية لاعتمادها في الجزائر.

الفرع الأول: التكييف القانوني لعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

اختلف كل من الفقه والتشريع الإداري، والقضاء في تكييف عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، هل هي عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص أو ذات طبيعة مختلفة.

حيث يرى جانب من فقهاء القانون العام أن هذه العقود هي عقود إدارية؛ وأيد هذا الرأي التشريع الفرنسي الخاص بعقود المشاركة، وحجتهم في ذلك أن عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص هي عقود امتياز بصورة جديدة، أو صورة من صور عقود الأشغال العمومية التي يعرفها القانون الفرنسي بالصفقات العمومية.

كما أن عقود الشراكة تتضمن العناصر التي يتكون منها العقد الإداري، باعتبار أن احد أطراف العقد شخص عام من أشخاص القانون العام، وتتعلق أساسا بتنفيذ وتنظيم وتسيير المرفق العام، وتتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. [1]

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من عقود القانون الخاص، وحجتهم في ذلك الصفة الاقتصادية لهذه العقود، وإتباع أسلوب الخصخصة يفرض على الدولة الاستناد إلى قواعد القانون الخاص انطلاقا من قاعدة "**العقد شريعة المتعاقدين**" ووجود الأطراف في مستوى أفقي متساوي.

[1] نمديلي رحيمة، المرجع السابق، ص 196.

كما أن الدولة قد تضطر إلى الانصياع إلى شركة المشروع التي قد تتمسك بتطبيق قانون معين على العقد وتغير نظامها القانوني سعيا منها لجلب الاستثمارات الأجنبية.

ويرى طرف ثالث أن عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص عقود ذات طبيعة خاصة يتطلب عقدها وفق نظم قانونية مختلفة، فلكل عقد ظروفه وشروطه الخاصة حيث يصعب القول أن عقد المشاركة من عقود القانون العام أو القانون الخاص، إذ يتوجب فحص كل عقد على حدا لاختلاف النظام القانوني واختلاف النتائج القانونية بينهما.

أما في الجزائر مع دخولها في اقتصاد السوق وفتح استثماراتها الأجنبية وتبنيها لشراكة بين القطاع العام والخاص في عدت مجالات، وفي قطاعات مختلفة مثل المياه والطاقة والاتصالات عن طريق امتياز المرافق العامة، ذهب إلى اعتبار هذا النوع عقد من عقود القانون العام مطبق عليها القانون العام مثال ذلك المادة 76 من قانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه. [1]

كما اعتبرت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مناسبات أخرى من قبيل القانون الخاص مطبقا عليها قوانين خاصة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 81 من قانون المياه رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 على تطبيق قواعد الاستثمار على العقود المتعلقة بمنح امتياز إنجاز واستغلال المياه ونزع الأملاح والمعادن، وباعتبار أن هذه الشراكة التي تبرمها الدولة في مجال الاستثمار هي عقود القانون الخاص، لذا نجد أن المشرع اعتبرها تابعة للقانون الخاص،[2]طبقا للمادة 01 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار[3] .

الفرع الثاني: القوانين المنظمة للشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر

بما أنه لا يوجد تقنين ينظم الشراكة بين القطاعين العام و الخاص إلا أنه توجد مجموعة من القرارات و المراسيم و الأوامر الموزعة بين القطاعات التابعة للدولة الجزائرية بغض النظر عن طبيعة هذه القطاعات صناعية

---

[1] تنص المادة 76 من القانون رقم: 05-12 المتعلق بالمياه **" يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم."**، ج ر عدد 60 الصادرة في 2005/09/04.

[2] تنص المادة 81 من القانون رقم: 05-12 المتعلق بالمياه **" يمكن بموجب هذا القانون، منح امتياز إنجاز و استغلال هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية، طبقا لأحكام الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1425 الموافق 20 أوت سنة 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار."** ج ر عدد 60 المؤرخة في 2005/09/04.

[3] تنص المادة 01 من الأمر 01-03 على ما يلي **"يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة "**.ج ر رقم 47 الصادرة في 22 أوت 2001؛ وتجدر الإشارة إلى أن الأمر رقم 01-03 الغي بموجب القانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عـدد 46 مؤرخـــــــــــة في 03 أوت 2016.

كانت أو زراعية أو اتصالات.... إلخ، حيث انه من هذه القوانين يمكن أن نستخلص الطبيعة القانونية للشراكة، وكيفية تنظيمها بحسب كل قطاع، حيث يُمكن تقسيم هذه القوانين إلى ثلاثة مراحل كالتالي:

أولا: القوانين الصادرة ما بين 1963 – 1982

وهي الفترة ما بعد الاستعمار أو الاقتصاد الموجه و تميزت هذه الفترة بظهور العديد من التحولات على الصعيد السياسي و الاقتصادي فرضتها ظروف الاستعمار، [1] و تميزت بصدور عدة قوانين متضمنة مواد تُنظم مثل هذه الشركات والتي من بينها الشراكة بين القطاعين العام والخاص، و نوجزها في التالي:

1- حصر الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في قطاعات محددة

إهتمت الدولة الجزائرية أساسا بفكرة الاستقلال الاقتصادي، فبدأت بتأميم الشركات الاقتصادية الكبرى التي كانت تابعة للمستعمر، فكرست مبدأ الأولوية للاستثمار العمومي لتمويل الاقتصاد الوطني؛ وبالتالي كانت الدولة منوطة بمهمة التسيير للاقتصاد العمومي ومراقبته وتجسد ذلك في تقليص تدخل المستثمر الأجنبي في الاقتصاد الوطني وحال دون تدفق رؤوس الأموال الأجنبية لأنها تتعارض مع فكرة الاستقلال الاقتصادي، حيث خصص المشرع مجالات ثانوية لتدخل المستثمر الأجنبي فأصدر القانون 277-63 [2] والأمر 284-66 [3] و الذي حدد بموجبهما المشرع الجزائري الحالات التي لا تعتبر ذات أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني، والتي يمكن الاستثمار فيها، وبالرغم من أن المشرع لم يُعرف هذه القطاعات المهمة و المستثناة من الاستثمار، إلا أنه بين طرق تدخل الدولة فيها عن طريق استعمال أموالها فيها وإنشاء شركات وطنية[4]، وكذلك من خلال تكريس نظام الاحتكارات الذي مُنح لهذه الشركات، وبالتالي لم يعطي لرأس المال الخاص أي استثمار في هذه المجالات ماعدا المتعلقة بالصناعة والسياحة.

وبناءاً على ما تقدم ذكره فإنه لا يمكن للقطاع الخاص وطني كان أو أجنبي أن يستثمر إلا في قطاعي الصناعة والسياحة، مع مراعاة شروط الترخيص أو الاعتماد.

[1] امينة ركاب، مداخلة بعنوان الشراكة كوسيلة قانونية لتفعيل الاستثمار الأجنبي، الملتقي الوطني حول الإطارات القانونية لإستثمار الأجنبي في الجزائر، manifist.univ.ouargla.dzمأخوذة من الموقع 3 المنعقد يومي 18 و 19 نوفمبر 2015 ، ص

[2] قانون رقم 63 - 277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الإستثمارات، ج.ر.ع. 53 المؤرخة في 20 أوت 1963

أمر رقم 66 -284 المؤرخ في 15 ديسمبر 1966 المتضمن قانون الإستثمارات ج.ر.ع.80 المؤرخة في 17 سبتمبر 3.1966

[4] عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 60.

إلا أن هناك استثناء جاءت به المادة الثانية من الأمر 66-284 المؤرخ في 15 ديسمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمار تنص على ما يلي" أن المبادرة الخاصة بتحقيق مشاريع الاستثمارات في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني تعود للدولة و للهيئات التابعة لها.

إلا أن الدولة يمكنها أن تقرر دعوة الرأس مال الخاص لإنجاز هذه المشاريع، فيتعين عندئذٍ لكل حالة كيفيات تدخل الرأسمال الخاص الوطني أو الأجنبي في تلك الاستثمارات".[1]

يتضح من نص هذه المادة أنه بالرغم من تقليص مجالات تدخل الاستثمارات الأجنبية المباشرة، و الاقتصار على المشاريع الحيوية إلا أنه وفقا لهذه المادة يمكن أن يسمح للقطاع الخاص التدخل في بعض المشاريع لكن بصفة قليلة جدا، حيث لا يمكن القيام باستثمارات أجنبية مباشرة إلا في المجالات التي لا تعتبر ذات أهمية أو حيوية اقتصادية بالنسبة للاقتصاد الوطني مثل قطاعي الصناعة و السياحة مع مراعاة شروط الترخيص أو الاعتماد و من أمثلة ذلك القرار الوزاري المشترك الصادر في 08 جوان 1966 الذي أعطى اعتمادا و ترخيص بالاستثمار للمركز الصناعي للملابس الجاهزة .[2]

2- اعتماد الدولة على الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إطار الشركات ذات الاقتصاد المختلط

تميزت هذه المرحلة باعتماد الدولة على الشركات ذات الاقتصاد المختلط، أي الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في إطار الاقتصاد المختلط، و ذلك بموجب المادة 23 من قانون 63-277 و الذي أجاز من خلاله المشرع الجزائري للدولة للاشتراك مع الرأس المال الخاص الأجنبي أو الوطني لتأسيس هذا النوع من الشركات، حيث تسمح هذه الشراكة بإزالة التعارض ما بين النظام الاشتراكي الذي يركز على سيطرة الرأسمال العمومي في الاستثمارات، و النظام الاستثماري الأجنبي الذي يسعى إلى بناء قطاع خاص قوي، كذلك تسمح هذه الشراكة بفرض رقابة دائمة على حركة رؤوس الأموال الأجنبية بصفتها مساهمة في رأسمالها الاجتماعي.

إلا أن هذه الشراكة هي الأخرى كانت بصفة محدودة، حيث اشترطت الدولة شروطا غير مألوفة كالحصول على تراخيص في حالة قيام الشريك الأجنبي ببيع أو تحويل أو التنازل عن حصة أو سهم في الشركة المختلطة وهذا حسب نص المادة (03) من الأمر 66-284 أو إمكانية الدولة إعادة شراء كل الحصص و الأسهم التي

[1] الأمر 66-284 المؤرخ في 15 ديسمبر 1966،ج ر عدد 80المؤرخة في 17 سبتمبر 1966.
[2] أمينة ركاب، المرجع السابق، ص 5 .

يملكها الشريك الأجنبي و مثال هذه الشراكة، الشركة الفرنسية الجزائرية صيدال لإنجاز الغاز الطبيعي 1971 .1

3- الاعتماد على الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن طريق المناقصات التي تعرضها الدولة

حيث تنص المادة (5) من الأمر 66-284 "عندما يتطلب إنجاز المشاريع الاقتصادية الوطنية في أي قطاع كان الرأسمال الخاص فيمكن للدولة إجراء مناقصات لإحداث مؤسسات معينة، لهذا الرأس مال و تكون أهدافها الإنتاجية و تأسيسها الجغرافي و الشروط الأخرى الخاصة بالاستغلال موضوع دفتر الشروط يجرى عليها الاستثمار..."[2]

و حسب هذه المادة فإنه يمكن للمستثمر الأجنبي أن يدخل في شركات عن طريق المناقصات التي تعرضها الدولة، وذلك تنفيذا لمخططاتها الاقتصادية التنموية في كل القطاعات الاقتصادية، و بالتالي إنشاء مؤسسة اقتصادية والتقييد بمقتضيات دفتر الشروط والذي ينظم عملية الاستثمار ويحدد الأهداف الإنتاجية للمؤسسة المراد إحداثها.

ثانيا: الفترة ما بين 1982 – 1990

و تميزت هذه الفترة بصدور قانونين 82 – 13 [3] و المتعلق بالشركات المختلطة الاقتصاد و المنظم للاستثمارات الأجنبية، و القانون رقم 82-11 [4] المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني و المنظم للاستثمارات الوطنية، ما يميز هذه الفترة تميز المشرع بين الاستثمارات الوطنية والاستثمارات الأجنبية، حيث خص لكليهما قانون مستقل، و بالتالي تكون الجزائر بدأت تخطو نحو اعتماد الاستثمارات الوطنية بعد ما كانت معتمدة كليا على الاستثمارات الأجنبية.

حيث أخضع المشرع الجزائري الشركات المختلطة للاقتصاد إلى هيمنة المؤسسات العمومية الوطنية و ذلك ما جاء في نص المادة 22 من القانون 82- 13 " لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقل بنسبة مساهمة المؤسسة أو المؤسسات الاشتراكية عن 51%... ".

أمينة ركاب، المرجع السابق، ص 1.05

[2] نفس المرجع والصفحة.

[3] قانون رقم 82 – 13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة للإقتصاد و سيرها، ج ر عدد 35، المؤرخة في 31 يوليو 1988 المعدل و التمم بموجب قانون رقم 86- 13 المؤرخ في 19 أوت 1986 ج ر عدد 35 المؤرخة في 27 أوت 1986.

[4] قانون رقم 82-11 المؤرخ في21 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار والاقتصاد الوطني الخاص، ج ر عدد 34 المؤرخة في 24 أوت 1982.

كما فرض المشرع على كل من يريد تأسيس شركة ذات الاقتصاد المختلط احترام ثلاثة إجراءات و هي:

– إبرام برتوكول اتفاق وفقا للمادة 2 من قانون 82 – 13 حيث يتم إنشاء الشركة ذات الاقتصاد المختلط بموجب برتوكول اتفاق موقع عليه من أطراف العقد، ويجري التفاوض بشأنه في إطار لجنة مختلطة مشكلة من ممثلي المؤسسة وممثل الشركة الأجنبية، حيث يعتبر هذا البرتوكول بمثابة تصرف قانوني يكشف عن نية الشريك في إنشاء مؤسسة.

– صدور قرار وزاري عن الوزير المشرف عن القطاع وغالبا ما يكون وزير المالية أو وزير الصناعة وكذا الوزير المكلف بالتخطيط، حيث أن وزير المالية يتدخل في الجانب المالي للاستثمار خاصة ما تعلق منها بنظام الصرف والجباية، في حين أن وزير التخطيط له دور مركزي في تنظيم السياسة الاقتصادية للدولة.

– إصدار القانون الأساسي للشركة، حيث حدد المشرع الجزائري شكل الشراكة المختلطة للاقتصاد بشركة مساهمة، وهذا وفقا للمادة 20 من قانون 13–82 وبالتالي لم يترك المشرع للأفراد حرية اختيار الشكل القانوني للشركة.

كما تميزت هذه الفترة بولوج الشراكة بين القطاعين العام والقطاع الخاص لقطاع المحروقات، وجاء هذا ثمرة للإصلاحات التي مست هذا القطاع الحساس، حيث صدر القرار الوزاري المشترك رقم 86 –14 [1]والذي تضمن أهم البنود الخاصة لفتح القطاع أمام الاستثمار الأجنبي المباشر، وحدد الإطار القانوني للشراكة بين شركة سوناطراك والشركات الأجنبية، وقد تضمن هذا القانون العديد من الإصلاحات في قطاع المحروقات منها:

1) السماح لأول مرة بأربع صيغ للشراكة وهي:
   - الشراكة في صيغة عقد خدمات.
   - الشراكة في صيغة شركة تجارية تخضع للقانون الجزائري مقرها الجزائر ولكنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية.
   - الشراكة في صيغة شركة أسهم تخضع للقانون الجزائري مقرها الجزائر.

[1] قانون رقم 86-14 المؤرخ في 1986/08/19 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب ج ر رقم:35 المؤرخة غي 1986/08/27.

2) جعل الشركات الوطنية الفاعل الأصلي في القطاع من خلال حيازتها على نسبة 51% من نسبة الشراكة، و أن لا تتجاوز نسبة الشركات الأجنبية 49% و ذلك طبقا للمادة 24 و 25 من القانون.
3) قصر منح الشهادات المنجمية (تراخيص الاستكشاف أو الاستغلال)علي الشركة الوطنية سونطراك وحدها، والتي تعمل لحساب الدولة وتمارس الاحتكار علي نشاط الاستكشاف والاستغلال.
4) حصر المشرع مجال تطبيق القانون في مجال النفط فقط، مما يستنتج بمفهوم المخالفة استثناء قطاع الغاز من هذا القانون، وعليه فإن كل الاكتشافات الغازية التي تتم أثناء التنقيب عن النفط يتم تعويض الأجنبي عليها على أن تستأثر الدولة الجزائرية على الحقل، وفقا للمادة 23 من ذات القانون.
5) وضع مسألة نقل المحروقات خارج إطار الشراكة، وأبقي على احتكار سوناطراك لشبكات النقل وذلك بموجب المادة 04 من نفس القانون.[1]

ثالثا: مرحلة الإصلاحات الاقتصادية

أمام تدهور الأوضاع الاقتصادية في الجزائر و ما عانته من أزمات، و التي تمثلت في المديونية الخارجية و الانخفاض الشديد في تصدير المواد الأولية، كان حتميا على الدولة أن تدخل إصلاحات جذرية في اقتصادها و التي من بينها انتهاج نظام اقتصاد السوق و إشراك القطاع الخاص في إدارة الشؤون الاقتصادية.

حيث ظهرت الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في الجزائر بشكل واضح، خاصة مع الإصلاحات الاقتصادية في التسعينات من القرن الماضي، و عزز ذلك صدور القانون رقم 88 -25[2] المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية الذي حرر سقف الاستثمار الخاص و سمح له بالخوض في جميع المجالات الاقتصادية ما عدا القطاعات الإستراتجية.03-11

و كذلك صدور القانون 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد و القرض[3]، حيث أعتبر اللبنة الأساسية لتكريس و تفعيل القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي، و ألغى احتكار الدولة للاقتصاد و أصبحت المؤسسات العمومية أو الخاصة يخضعان لنفس المعاملة، و ألغيت الفوارق بين القطاعين العام و الخاص، و

[1] داودي محمد، السياسة المالية واثرها علي استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشرفي الجزائر، رسالة دكتوراء، تخصص ماليةعامة ،كلية العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بالقايد ، تلمسان ، 2012/2011 ، ص 149.
[2] السعيد دراجي، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (الية فعالة لتمويل التنمية المحلية) مجلة العلوم الإنسانية، عدد 41 جوان 2014، ص 315.
[3] قانون 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16 المؤرخة في 04 أفريل 1990.

قد عُدل هذا القانون بالأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 الذي سمح بإعادة النظر في تنظيم و سير القطاع البنكي خاصة فيما يتعلق بدور كل من بنك الجزائر و مجلس النقد و القرض.

ثم جاء القانون 93-12 ليجسد مبدأ حرية الاستثمار و هذا ما نصت عليه المادة 03 من نفس القانون " **تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع و التنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة و كون هذه الاستثمارات قبل إنجازها موضوع تصريح لدى وكالة ترقية الاستثمار**" [1]

كما جاءت هذه المادة متوافقة و مكرسة للمادة 183 من قانون النقد و القرض 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد و القرض.

و هذا المبدأ مستمد من الدستور في المادة 37 من الدستور 1996 و التي تنص على أن حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون.[2]

القانون 93- 01 بموجب هذا القانون أصبح بإمكان المستثمر الخاص الأجنبي أن ينشئ بنوكا في الجزائر أو فتح فروع للبنوك الموجودة في الخارج.

ثم جاء الأمر 01 -03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار الذي أعطى نفسا جديدا لتطوير الاستثمار من خلال إعطاء الحرية التامة و الضمانات اللازمة و الحماية الكاملة للاستثمارات التي يتم إنجازها و التي أخذت شكلين أساسين هما الامتياز أو الرخصة وهذا طبقا للمادة الأولى من الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار.

و المقصود بالاستثمار هنا اقتناء أصول تهدف إلى إنشاء مؤسسات أو مصانع أو وحدات إنتاجية... أو توسيع كيانات اقتصادية قائمة أو إعادة تأهيلها [3]، كذلك المساهمة في رأس مال مؤسسة سواء كانت المساهمة نقدية أو عينية.

ومن خلال ما سبق ذكره وباستقراء القوانين سالفة الذكر، نجد أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص شهدت انفراج لها في الدولة الجزائرية بعد ما كانت مقصورة على قطاعات معينة تفتقر للأهمية والحيوية، أو مقتصرة

---

[1] المرسوم التشريعي رقم: 93-12 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار ج ر عدد 4 المؤرخة في 10 أكتوبر 1993.

[2] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب استفتاء 1996/11/28، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في 1996/12/07، ج ر عدد 76 المؤرخة في 1996/12/08، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06، ج ر عدد 04 المؤرخة في 2016/03/07.

[3] السعيد دراجي، المرجع السابق، ص 316.

على نوع معين من الشركات كالشراكة ذات الاقتصاد المختلط، وهذا ما فرضته حتمية الاندماج في الاقتصاد العالمي ودخول الدولة الجزائرية في دوامة المديونية، حيث أن هذه القوانين أعطت الشرعية لاعتماد وزيادة الدور الذي يطلع به القطاع الخاص في إدارة الشؤون الاقتصادية حيث تم إقرار مبدأ حرية الاستثمار بموجب الأمر رقم 01-03 في مادته الرابعة والذي يتوافق مع المبادئ المُكرسة في الدستور والتي تنص على حرية الصناعة والتجارة، كما أن المادة الأولى من نفس الأمر أكدت على العمل بالنشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات ولم تذكر التخصيص الذي كان مكرسا في القوانين السابقة، ومن ثم منح المشرع الجزائري حرية أكثر للمستثمر الأجنبي في الاقتصاد، والسماح له بتأسيس شركات تابعة له بدون تحكم من الدولة بعد اقتناع المشرع بعدم جدوى التحديد التحكمي في بعض القطاعات الاقتصادية التي كانت تعتبر في الماضي قطاعات إستراتيجية يمنع على المؤسسات الخاصة الاستثمار فيها.

وتجدر الإشارة في هذا الصياغ إلى أن مبد أحرية الاستثمار لا يطبق على إطلاقه فقد تطبق شروط تنظم هذه الحرية، ونتيجة لذلك فان لحرية الاستثمار قيود متعلقة بطبيعة النشاط وأخرى متعلقة بصفة المستثمر؛ ومن أمثلة ذلك المادة الرابعة من الأمر 01-03 والتي تنص على ضرورة مراعاة التشريعات والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة والبيئة، فبالنسبة لنشاطات المقننة ينص المرسوم التنفيذي 97-40 [1]على أن كل نشاط أو مهنة خاضعة للقيد في السجل التجاري تتطلب بطبيعتها أو مضمونها توفر شروط خاصة حتى يتم الترخيص بممارستها كمهنة مقننة أو نشاط مقنن.

كما انه بموجب عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، أضحى للمستثمر الأجنبي إمكانية إنشاء بنوك أو فتح فروع في الجزائر لبنوك موجودة في الخارج، وهذا طبقا للمادة 93-01 [2]، كما يمكن له أن ينشئ مؤسسات مالية أو ممارسة الأنشطة المصرفية، وهذا طبقا للمادة 83 [3]من الأمر 11-03 [4] وهذا بعد أخذ ترخيص من مجلس النقد والقرض وفي هذا الإطار فتحت العديد من الدول فروع لها مثل بنك البركة السعودي وبنك الخليج.

وقد خطت الجزائر خطوة فعلية وعملاقة في مجال تطوير الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ويظهر ذلك من خلا ل صدور قوانين تشجع على الاستثمار في قطاعات إستراتيجية كانت حكرا على الدولة، مثل

[1] مرسوم تنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18يناير 1997 المتعلق بتحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجار وتأطير، ج ر عدد 5 مؤرخة في 19 يناير 1997.

[2] نظام 93-01 المؤرخ في 03 يناير 1993 يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية ج ر عدد 17 مؤرخة في 14مارس 1993.

[3] تنص المادة 83 من الأمر 03-11المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي" **يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة ، ويدرس المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضد".**

[4] أمر رقم 03-11 المؤرخ في 26أوت 2003 المتعلق بالقد والقرض، ج ر عدد 52 مؤرخة في 27أوت 2003.

قطاع المحروقات، حيث اصدر المشرع الجزائري القانون رقم 21-91 [1] الذي ابقى على البنود الرئيسية الواردة في القانون 86-14 وأضاف بنودا أخرى تمثلت فيما يلي:

وسع القانون 21-91 في مجال المحروقات خاصة فيما تعلق بقطاع الغاز بعد ما حصرها القانون السابق في مجال النفط وإلغاء المادة 23 من قانون 86-14 التي كانت تلزم الشريك الأجنبي بالتنازل عن احتياطات الغاز المكتشفة لفائدة سوناطراك في مقابل التعويض.

السماح للأجانب بالمشاركة في كل مراحل استكشاف المحروقات من بحث و تنقيب و استغلال و نقل بالأنابيب، و هو ما قلل من درجة الاحتكار الممنوح للمؤسسة الوطنية سوناطراك، بحيث صار للشريك الأجنبي تمويل استغلال المنشاة المرتبطة بنقل المحروقات و هذا لحساب المؤسسة الوطنية سوناطراك.

وما تجدر الإشارة إليه أن قانون المحروقات مر بعدة تعديلات كلها منصبة على تشجيع الشراكة في قطاع المحروقات، حيث صدر القانون 2005 ويعد القانون الذي أنهى الهيمنة الأحادية لشركة سوناطراك على قطاع المحروقات سواء في مجال الاستكشاف أو الإنتاج أو أنشطة اقتصادية ، وفتح المجال للاستثمار أمام الشركات الأجنبية الكبرى المختصة في النفط والغاز ، وأُنشئ بموجب هذا القانون وكالتين[2] : الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات، والوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات ؛ ويمكن القول أن قانون 2005 جاء بتعديلات جذرية تشجع على الشراكة حيث جاء بآليات جديدة في إبرام عقود المحروقات نتج عنها مجموعة من التغيرات نذكر منها[3]:

- يتم تقاسم كل المنتجات النفطية بين الأطراف المتعاقدة بعد تسديد كل الضرائب وتسديد حقوق الملكية لـ "النفط" (التي تمثل طرف الدولة في التعاقد)

- تمتلك سوناطراك نسبة 51% عن أية عقود تتم وفقا لآلية CRE عقود البحث و/ أو الاستغلال[4].

---

[1] قانون رقم 91-21 المؤرخ في 4 ديسمبر 1991 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر عدد 63 مؤرخة في 07 ديسمبر 1991.

[2] أنظر المادة 12 من الأمر 06-10، المؤرخ في 29 يوليو 2006، يعدل ويتمم القانون 05-07 المؤرخ في 28 أفريل 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 48 مؤرخة في 30 يوليو 2006.

[3] بوحنية قوي وخميس محمد ، قانون المحروقات في الجزائر واشكالية الرهانات المتضاربة – قراءة في تطور الأطر القانونية المؤسسات لقطاع المحروقات في الجزائر ، دفاتر السياسة والقانون ، العدد التاسع ، جوان 2013، ص 150 .

[4] تنص المادة 48 من نفس الامر رقم 06-10 **" يحدد كل عقد بحث و استغلال يبرم مع المتعاقد، نسبة مشاركة المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم، كما هي محددة في المادة 32 أعلاه وكذا كيفية تمويل استثمارات البحث و شروطها..."**، وبالرجوع للمادة 32 نجدها تنص **" ... وفي كلتا قبل كل مناقصة للمنافسة في هذه العقود".%الحالتين، تحدد نسبة مشاركة المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم، بنسبة لا تقل عن 51**

لقد فتح قانون 2005 المجال أمام الاستثمار الخارجي في مجال النقل بواسطة الأنابيب الذي لم يكن مسموحاً به إلّا للشركات الوطنية بحيث أصبح بإمكان الشركات الأجنبية الاستفادة من امتياز النقل بواسطة الأنابيب عن طريق تقديم طلب إلى سلطة ضبط المحروقات التي تطرح مناقصة بشأن منح أي امتيازات لإنجاز هياكل أو منشآت النقل بالأنابيب[1]. ويعطي هذا القانون لسوناطراك خيار المشاركة في أي امتياز يُمنح لنقل المحروقات إذا لم تكن طرفا متعاقداً. [2]

ثم جاء قانون 2013 الذي جاء بتعديلات للقانون 2005 حيث أن هذا القانون صدر في ظل أوضاع اقتصادية صعبة تصدرها تدني أسعار البترول حيث أن هذا القانون حاول تصحيح الإختلالات التي جاءت في قانون 2005 الذي اعتمد على نظام الامتياز.[3]

ولكن يرى الكثير من الخبراء أن التعديلات الجديدة على قانون المحروقات تبدو خجولة جدّا، وتخلو من أية تعديلات جذرية إذا ما قارناها بالتعديل القانوني لسنة 2006، وخاصة من خلال فشله في تعديل البند المتعلق بنسبة مساهمة شركات النفط العالمية بـ 49%، فضلا عن الضعف الشديد التي تعاني منه بيئة الاستثمار في الجزائر، بالإضافة إلى صعوبات أخرى يعاني منها قطاع المحروقات. [4]

ونخلص في الأخير إلى أن الدولة الجزائرية بدأت في تطبيق الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الاقتصاد الوطني، و من أمثلة عن الشراكات المعتمدة في الجزائر نذكر مايلي :

في قطاع البناء و الأشغال العمومية و الذي يساهم بشكل فعال في التنمية الاقتصادية حيث نجد شركة (لافارج) للإسمنت المختصة في إنتاج مواد البناء (الإسمنت ، الحصى، الخرسانة، الجبس) وهو نموذج لعقد

---

[1] بوحنية قوي وخميس محمد، المرجع السابق ، ص 151.

[2] تنص المادة 80 من نفس الأمر رقم 06-10" **عند انقضاء مدة عقد بحث و/او استغلال المحروقات، يتم تحويل ملكية كل المنشات التي تسمح بمواصلة النشاطات لصالح الدولة، وتبلغ الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) للمتعاقد قائمة الهياكل و المنشآت التي لا ترغب الدولة في تحويل ملكيتها خلال ثلاث (3) سنوات على الأقل قبل نهاية مدة عقد البحث و/أو الاستغلال.**

يتم هذا التحويل دون أية تكاليف تتحملها الدولة.

عند القيام بعملية التحويل، يجب أن تكون المنشآت التي يقوم المتعاقد بتحويلها عملية وفي حالة اشتغال جيدة.

فيما يخص كل المنشآت التي لا ترغب الدولة في تحويل ملكيتها، يتعين على المتعاقد التكفل بكل المصاريف المترتبة على عملية التخلي و/أو تجديد الموقع الذي ينص عليه العقد، طبقا للنصوص التنظيمية في مجال الأمن الصناعي و البيئة." بينما تنص المادة 81 :" **عند انقضاء مدة امتياز النقل بواسطة الأنابيب، تتحول ملكية جميع الهياكل و المنشآت التي تسمح بممارسة العمليات، إلى الدولة مجانا و بدون أعباء.**

تبلغ سلطة ضبط المحروقات صاحب الامتياز بقائمة المنشآت التي لا ترغب الدولة في تحويل ملكيتها خلال ثلاث (3) سنوات على الأقل قبل نهاية مدة الامتياز.

عند القيام بعملية التحويل، يجب أن تكون المنشآت التي يقوم المتعاقد بتحويلها عملية وفي حالة اشتغال جيدة.

فيما يخص كل المنشآت التي لا ترغب الدولة في تحويل ملكيتها، يتعين على المتعاقد التكفل بكل المصاريف المترتبة على عملية التخلي و/أو تجديد الموقع الذي ينص عليه العقد، طبقا للنصوص التنظيمية في مجال الأمن الصناعي و البيئة."

[3] بوحنية قوي وخميس محمد، المرجع السابق، ص158.

[4] نفس المرجع، ص 159.

شراكة بين القطاعين العام و الخاص حيث هو مجمع بالشراكة بين صناعات الإسمنت الجزائر – مصنع مفتاح بالعاصمة–، و كذا وحدة الجبس بالبويرة بالشراكة مع شركة كوسيدار الجزائر.

ويُسير مجمع لافارج بالجزائر منذ 2002 مصنعين المسيلة وعكاز بمعسكر للإسمنت اللذان يمثلان طاقة إنتاج سنوية تقدر بـ 15 مليون طن ويوظف 2600 عامل، وتبلغ حجم استثمارات شركة لافارج بالجزائر 24 مليار دينار جزائري أي ما يعادل قرابة 300 مليون دولار [1].

بنك البركة في الجزائر برأس مال مختلط بين القطاع العام والخاص، أنشئ في 20 ماي 1991 برأس مال قدره 500 مليون دج بدأ نشاطه في نفس السنة ، ويساهم فيه كل من بنك الفلاحة والتنمية الريفية الجزائري ومجموعة البركة السعودية ويخضع لأحكام قانون النقد والقرض رقم 90 10 المؤرخ في 14 أفريل 1990وتقوم جميع الأعمال المصرفية والتمويل والاستثمار وفقا للشريعة الإسلامية[2] .

إن إقامة مثل هذه الشراكة المتمثلة في بنك الجزائر ساهمت في تمويل التنمية علي المستوي المحلي والوطني ويتجلي ذلك من خلال تمويل مختلف المشاريع الاستثمارية في مختلف القطاعات الاقتصادية .

[1] لوك كاليبا، مدير عام مجموعة لافارج الجزائر، حوار خاص لجريدة الخبر الجزائرية بتاريخ 13 سبتمبر 2014.
[2] السعيد دراجي ، المرجع السابق ، ص 318.

خلاصة الفصل

من خلال ما تطرقنا له في الفصل الأول من حيث دراسة عامة للشراكة بين القطاعين العام والخاص ومرجعيتها القانونية في التشريع الجزائري فقد تم التعرف على مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها عقد إداري بموجبه تعهد الدولة أو أحد أشخاصها العامة إلى أحد أشخاص القانون الخاص في مدة محددة في العقد حسب طبيعة الاستثمار، أو التمويل مهمة إجمالية وذلك من أجل توفير خدمة عامة.

من التعريف السابق يمكن استخلاص مجموعة من الميزات التي تجعل عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يتميز عن العقود الأخرى، و منها تعدد الأطراف المشاركة في تنفيذ العقد، وتعدد مراحل الشراكة ابتداء من التخطيط والتصميم وانتهاء بالتنفيذ والاستغلال،في حين أن اقتسام المخاطر يعتبر أهم عنصر يميز عقد الشراكة عن العقود الأخرى المشابهة له مثل عقد الخصخصة.

بما أن عقد الشراكة عقد ذو طبيعة خاصة كما سبق وأشرنا، فقد اختلف الفقهاء في تكييفه القانوني فمنهم من أعتبره من قبيل القانون الخاص، في حين ذهب جانب من الفقه وطبق على الشراكة بين القطاعين العام والخاص القانون العام، وذهب جانب ثالث من الفقهاء وأعتبر الشراكة ذو طبيعة خاصة، أما في الجزائر فقد طُبق على الشراكة القانون العام كما طُبق عليها القانون الخاص وهذا حسب نوع الشراكة المبرمة.

وفي ظل غياب تقنين مستقل ينظم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر، فإنه توجد مجموعة متفرقة من القوانين موزعة على القطاعات المختلفة، والتي تدل في مجملها على تبني المشرع الجزائري لمبدأ الشراكة رغم عدم تخصيصه لقانون ينظمها.

الفصـــل الثانـــــي

الوسائل القانونية لتجسيد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

الفصل الثاني

الوسائل القانونية لتجسيد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

بعدما تناولنا في الفصل الأول دراسة مفاهيمية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص، فسوف نخصص هذا الفصل للتمعن أكثر و محاولة استقصاء بعض النصوص القانونية على اختلاف أشكالها، من أجل الوقوف على الوسائل التي أعتمدها المشرع من أجل تنظيم العلاقة بين القطاعين العام و الخاص، للنهوض بشراكة بناءة تدفع بعجلة الاقتصاد وترفع على كاهل الدولة مسؤولية تسيير المرافق العمومية، و التوجه نحو الاهتمام بالقطاعات الحساسة وذات البعد الاستراتيجي كالدفاع و الأمن و العلاقات الخارجية، و تسليم القطاعات الأخرى الأقل أهمية للقطاع الخاص – و بالأخص القطاع الاقتصادي– و ذلك بالنظر لتجارب بعض الدول الرائدة و السباقة في مثل هكذا نشاطات، و التي بدأت في جني ثمار شراكات فعالة و مفيدة وذات أهمية للنهوض بالاقتصاد.

وعليه سوف نتعرض لدراسة الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام كآلية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص من خلال المبحث الأول، ثم نستعرض تطبيقات هته الشراكة وذلك بعرض عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول

الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام كآلية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تعمد أغلب الدول النامية في توفير الخدمات العامة للجمهور عن طريق مرافقها العامة، والتي تتولى تسييرها مؤسسات وهيئات عامة تُنشئُها الدولة لهذا الغرض؛ إذ في هذه الحالات يتم تمويل تلك المرافق مباشرة من الميزانية العامة للدولة، ويخصص لها موارد بشرية عن طريق التوظيف في القطاع العام، وتتولى المرافق العامة توفير خدماتها للجمهور عن طريق تعاقد الإدارة العامة مع الغير ممثلا في القطاع العام أو الخاص على السواء وفق ما يسمى بالعقود الإدارية، حيث يتربع على عرش العقود الإدارية من حيث الأهمية عقود الصفقات العمومية. وهي ما سنتناوله بالشرح و التفصيل في المطلب الأول من هذا البحث.

ويلي في الترتيب بعد عقود الصفقات العمومية من حيث الأهمية في تسيير المرافق العامة عقوداً يطلق عليها "تفويضات المرفق العام" و التي أصبح لها اهتمام متزايد في السنوات الأخيرة من طرف تشريعات الدول النامية لما لها من آثار حميدة على الدولة بالشكل الذي يتيح لها التركيز على القطاعات الإستراتيجية و الحيوية، و العهدة بتسيير المرافق الأخرى –خاصة الاقتصادية منها– للقطاع الخاص. وهو موضوع بحثنا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

الصفقات العمومية كآلية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تتميز الصفقات العمومية في التشريع الجزائري بطبيعتها القانونية الخاصة فهي تضم نوعين من القواعد القانونية، الأولى منها تعطي انطباعا بأن للصفقات العمومية الصفة التعاقدية وبذلك فهي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة أي أن العقد شريعة المتعاقدين... والثانية منها إعطاء المشرع امتيازات السلطة العامة للإدارة من خلال بعض البنود حماية للصالح العام و المال العام.

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية

نظرا لأهمية الصفقات العمومية في الواقع العملي واعتبارها أهم العقود الإدارية شيوعا على الإطلاق فسوف نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الصفقات العمومية لغة ثم التعريف التشريعي ثم التعريف القضائي و أخيرا التعريف الفقهي وذلك للإلمام بأهم الجوانب الفنية لمثل هذه العقود. غير أننا التزمنا في استعراضنا لتعاريف الصفقات العمومية على التشريع و الفقه و القضاء الجزائري دونما غيره من التعاريف المقارنة، حفاظا منا على وحدة الموضوع من جهة، ولتجنب الإطالة و الإخلال بتوازن خطة الدراسة من جهة ثانية.

أولا: التعريف اللغوي

إن كلمة "صفقة" لغة هي العقد أو البيعة وهي ضرب اليد عند البيع علامة على إنفاذه، يقال "رجع بصفقة المغبون" أي خسر ورجع فارغ اليدين، عاد خائبا.[1] وكلمة صفقة جمعها صفقات يقال "عقد صفقة رابحة" أي نفذ بيعا وهو ما يعرف بضرب اليد عند البيع،[2] أما في الاصطلاح فكلمة صفقة دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحته احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال[3]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

أما الصفقات العمومية في المفهوم الاصطلاحي فهي عقد إداري باعتباره عمل قانوني صادر عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية، والعقد الإداري كما هو معلوم شأنه شأن كافة العقود المعروفة في القانون الخاص، إلا أنه يتميز عن هذه الأخيرة كون الإدارة طرفا جوهريا فيه، وهي تحوز امتيازات لا مثيل لها في الأحكام المتعلقة بالعقود الخاصة، إذ لا وجه للتساوي بين المراكز القانونية لطرفي العقد، فالإدارة تتمتع بجملة من الامتيازات القانونية في كافة المراحل التي تمر بها عملية إبرام العقود الإدارية إلى غاية تنفيذها أو إنهائها.

[1] معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي، متوفر على الموقع الإلكتروني www.almaany.com تاريخ تصفح الموقع: 2018/05/01.

[2] قاموس ومعجم الوسيط، اللغة العربية المعاصرة. قاموس عربي عربي، متوفر على الموقع الإلكتروني www.almaany.com تاريخ تصفح الموقع: 2018/05/01.

[3] جميلة حميدة ، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، الملتقى الوطني السادس حول قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، 02 ماي 2013،ص 3.

ثالثا: التعريف التشريعي

لقد عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية من خلال النصوص و التشريعات التي تناولت تنظيمها منذ الاستقلال على أنها "عقودٌ مكتوبة" تبرم وفق شروط:

أ/ تعريف الصفقة العمومية حسب قانون الصفقات الأول أمر 67-90

لقد عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 الصفقات العمومية: " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات و المكاتب العمومية قصد إنجاز أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".[1]

ب/ تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم 82-145

عرفت المادة الرابعة من هذا المرسوم على أن الصفقات العمومية ما يلي: " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد انجاز أشغال. أو اقتناء المواد و الخدمات ".[2]

ج/ تعريف الصفقة في ظل المرسوم التنفيذي 91-434

لقد عرف المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بأنها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقد ".[3]

1 المادة 04 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52 مؤرخة في 1967/06/27.

2 المادة 04 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 15 مؤرخة في 1982/04/13.

3 مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 1991/11/09، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 مؤرخة في 1991/11/13.

د/ تعريف الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 02-250

لقد عرفت المادة الثالثة من المرسوم 02-250 الصفقة العمومية بأنها:" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ".[1]

هـ/ تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم 10-236

لقد عرفت المادة الرابعة من المرسوم 10-236 الصفقة العمومية بقولها:" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ".[2]

و/ تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15-247

عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأنها:" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات". [3]

إذن من خلال التعريفات السابقة المعروضة يمكن القول أن المشرع الجزائري قد استقر في تعريفه للصفقات العمومية على أنها "عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو البلدية أو الولاية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وكذا المؤسسات العمومية لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات"، وذلك اعتبارا من آخر تعريف اعتمده المشرع من خلال المرسوم 15-247.

والصفقات العمومية هي صورة من صور العقود الإدارية، وتحتل أهمية كبرى في مجال المعاملات الاقتصادية، لذلك أولاها المشرع الجزائري أهمية خاصة من خلال استقلالها بتشريع خاص وأحكام فنية تتماشى مع طبيعة أهدافها.

1 المادة 04 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 مؤرخة في 2002/07/28.

2 المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 مؤرخة في 2010/10/07.

3 المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 مؤرخة في 2015/09/20.

رابعا: التعريف القضائي

لقد عرف القضاء الجزائري الصفقات العمومية على غرار المشرع، وذلك من خلال قرار مجلس الدولة – غير منشور– مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 في ما يعرف بقضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية بسكرة ضد "ق أ" تحت رقم 6215 فهرس 873 بقوله: "... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...". حيث أبدى الأستاذ الدكتور عمار بوضياف ملاحظته بخصوص استعمال مجلس الدولة لمصطلح "**مقاولة**" ذي المفهوم المدني وذلك بالرجوع للمادة 549 من القانون المدني الجزائري.[1] والتي عرفت عقد المقاولة على أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" حيث اقترح الأستاذ استعمال مصطلح "**الأشغال العامة**" بدلا من مصطلح "**مقاولة**" وذلك تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية.[2]

خامسا: التعريف الفقهي

الفقه لم يعرف الصفقة العمومية بصفة مباشرة، لكن أقر معايير خاصة بالعقود التي تبرمها الإدارة، فالإدارة تبرم عقود عادية تخضع للقانون الخاص وعقود إدارية تخضع للقانون العام وهذه العقود الإدارية لابد أن تحتوي على معايير.[3]

الفرع الثاني: خصائص الصفقات العمومية

باعتبار الصفقات العمومية من العقود الإدارية.. فإن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، بحيث تظهر نية الإدارة في الأخذ بقواعد القانون العام من خلال تضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.
إذن، من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص أهم خصوصيات هذا العقد.

أولا: الإدارة أحد طرفي العقد

حتى يعتبر العقد إداريا يجب أن يكون أحد طرفيه شخصا من أشخاص القانون العام، سواء تعلق الأمر بالدولة أو بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أو المرفقية.[4] وهذا ما يميزه عن العقود الخاصة التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص، رغم وجود استثناءات عن هذه القاعدة، وهو اعتبار أحد طرفي العقد شخصا إداريا،

1 أنظر المادة 549 من الأمر 75–58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 2005/06/20، ج ر عدد 44 مؤرخة في 2005/06/26.

2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيعن الطبعة الرابعة، الجزائر، 2011، ص 39.

3 محمد العيد عماري، الصفقة العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيد التشريعي، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014–2015، ص 19.

4 جميلة حميدة، المرجع السابق، ص 06.

حيث قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير صادر بتاريخ 08 جويلية 1863 بأنه يعتبر "عقد إداري" العقد الذي يبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين متعلقة بمسائل تعد من الأشغال العامة[1]، وعليه فإن الأخذ بالمعيار العضوي ليس على إطلاقه إذا كان الهدف من إبرام العقد هو تسيير المرافق العامة، فهذا من شأنه أن يضفي الصبغة الإدارية على العقد.

ثانيا: استخدام أساليب القانون العام

حينما تتعاقد الإدارة بهدف تسيير المرافق العمومية فإنها تلجأ في ذلك إلى أساليب القانون العام وتظهر هذه الأخيرة من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص وتمتع الإدارة بامتياز السلطة العامة التي تظهر في إصدار أوامر و تعليمات لتنفيذ العقد الإداري.

ثالثا: ارتباط العقد بتسيير وخدمة المرافق العامة

إن موضوع العقد الإداري يتعلق بنشاط المرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق احتياجات المصلحة العامة، و عليه فالعقود الإدارية لا تكتسب هذه الصفة إلا إذا اتصلت بنشاط مرفق من المرافق العمومية وهي الفكرة الأساسية التي اعتمدتها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع لاسيما في كل من قضية Rotsehild الصادرة في 1855/09/06[2] وقضية Blanco بتاريخ 1973/02/08.

بمفهوم المخالفة إن لم يتصل العقد على هذا النحو بنشاط المرافق العمومية فلا يعد عقدا إداريا كأن يتعلق بإدارة بعض الأموال الخاصة للإدارة.

في حقيقة الأمر إن استخدام الإدارة لأساليب القانون العام لا يتحقق إلا خدمة و تسييرا للمرافق العمومية.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للصفقات العمومية

إذا كان العقد الإداري هو عمل قانوني صادر عن تطبيق إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث آثار قانونية، فهو بهذا التعريف عقد كسائر العقود المتعلقة بالقانون الخاص، لأنه لا ينعقد إلا بوجود إرادة حرة تُلزم كلا الطرفين. وهو الرأي الذي اتجه إليه الفقيه الفرنسي Duguit بأنه لا فرق بين العقد الإداري و بين العقود الخاصة من حيث القوة الإلزامية والآثار التي يرتبها لكلا المتعاقدين، إلا أن الإختلاف الجوهري بين نوعي العقود (العقود الخاصة و العقود الإدارية) يكمن في وجود الشخص المعنوي كطرف في العقد و تعلقه بتسيير المرافق العمومية، لكن المتعمق في مختلف المراحل التي يمر بها العقد الإداري من مرحلة انعقاده إلى مرحلة نفاذه تتجلى له العديد من الفروق الجوهرية بينه وبين العقود الخاصة، و الصفقة العمومية باعتبارها صورة من

1 جميلة حميدة، المرجع السابق ، ص 06.

2 نفس المرجع والصفحة.

صور العقود الإدارية لا تخلو من الكثير من الإشكالات القانونية، أهمها مسألة تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية، هل يمكن اعتبارها عقدا يخضع لكافة الشروط و المعطيات التي تحكم العقود بصفة عامة، أم أنها تتضمن في أحكامها فكرة القرار الإداري بكل خصوصياته ؟

من خلال هذه الإشكالية نتساءل عن الطبيعة القانونية للصفقات العمومية على غرار ما ورد من أحكام تشريعية، هل تعتبر بمثابة عملية تعاقدية بكل ما تحتويه هذه العبارة من أحكام و آثار؟ أم أن هذه الصفة لا تطبق عليها شكلا فقط لتطغى عليها الجوانب التنظيمية على كافة مراحلها.[1]

أولا: الجوانب التعاقدية للصفقات العمومية

من خلال عرض النصوص القانونية التي تناولت تعريف الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، لاحظنا أنها تضمنت مبدءا هاما، و هو اعتبار الصفقة العمومية عقودا مكتوبة في مفهوم هذا التشريع، وتبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة... وهذه المصطلحات بمحتواها الشكلي لا تنطبق إلا على التصرفات القانونية ذات الطابع التعاقدي التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة باعتبارها المصدر الأساسي للالتزامات التعاقدية، ومن جهة أخرى فإن البعض من هذه المصطلحات تلزم الأطراف المتعاقدة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية كما وردت في بنود العقد، لذلك نتساءل عن مكانة مبدأ سلطان الإرادة في مجال الصفقات العمومية و الآثار المترتبة عليه.

إن أساس التعاقد استنادا إلى القواعد العامة هو التوافق بين إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني ما، بمعنى توافر الإرادة المشتركة لطرفي العقد، وهذه الإرادة هي التي تحدد الالتزامات التي ترتبها العقود ووجوب احترام حرية المتعاقدين في إبرام العقد من جهة، واحترام القوة الملزمة للعقد التي تستمد طبيعتها من مشيئة طرفيه فلا يجوز بالتالي نقض العقد أو فسخه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه.[2]

كما يقتضي مبدأ سلطان الإرادة عدم تدخل المشرع في كافة مجالات العقد وإلا تحول هذا الأخير إلى تنظيم قانوني يفرض على المتعاقدين، وبرجوعنا إلى الأحكام العامة في المعاملات التعاقدية فإن المشرع الجزائري أولى أهمية خاصة لهذا المبدأ، وهذا ما تضمنته صراحة القواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون [3]، ويترتب عن هذا المبدأ مجموعة من النتائج أهمها:

---

1 جميلة حميدة، المرجع السابق، ص 09.

2 نفس المرجع، ص 10.

3 أنظر المادة 06 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المعدل والمتمم بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 44.

01- اعتبار الالتزامات التعاقدية هي الأصل في التعاقد بما تمليه إرادة الطرفين من بنود هي التي تتحدد بها القيمة القانونية للعقد.

02- إرادة الأطراف هي التي تحدد الآثار القانونية المترتبة عن العقد.

إن المادة الرابعة من قانون الصفقات العمومية تقضي بأن الصفقات العمومية عقود مكتوبة... ولا شك أن هناك مجموعة من القيود القانونية واردة على تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية يمكن إيجازها فيما يلي:

01- اعتبارها عقودا مكتوبة (والشكلية المنصوص عليها هنا هي الشكلية للانعقاد)

02- ابرام الصفقات العمومية وفقا للشروط المنصوص عليها في المرسوم (حيث أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تمنح الحرية الكاملة للأطراف في تحديد شروط التعاقد بخلاف كيفيات إبرام الصفقات فهي محددة تشريعيا بصفة تفصيلية)

03- ضعف مركز المتعامل المتعاقد (فللإدارة العديد من الوسائل القانونية للضغط على المتعامل المتعاقد من خلال جملة من الامتيازات كامتياز الرقابة و الإشراف، وامتياز تعديل بنود العقد، وسلطة توقيع الجزاء)

ثانيا: الجوانب التنظيمية للصفقات العمومية

الملاحظ أن المشرع لم يفرض قيودا على المتعاقد مع الإدارة فحسب باعتباره المتعامل مع الإدارة و من يقع عليه عبئ انجاز الصفقة بالشكل المتفق عليه في العقد، و إنما شملت هذه القيود و الضوابط التشريعية المصلحة المتعاقدة أيضا، مما جعل الصفقات العمومية تعتبر بمثابة عقود ذات طبيعة خاصة، ما دام أن الجانب التعاقدي محاط بالعديد من القيود و الضمانات التشريعية.[1]

لذلك فإن أهم الضوابط التشريعية التي فرضها المشرع الجزائري على المصلحة المتعاقدة لتحقيق الحماية القانونية للأموال العامة و استغلالها بأساليب عقلانية تظهر من خلال الرقابة على الصفقات العمومية وذلك كما يلي:

01- الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية (وذلك من خلال: لجنة فتح وتقييم العروض).

02- الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية (وذلك من خلال: اللجنة الوطنية للصفقات العمومية و اللجنة الوزارية، اللجنة الولائية و البلدية، و كذا اللجان القطاعية لبعض القطاعات).

03- الرقابة الوصائية (وذلك من خلال مراجعة التقرير التقويمي الذي ترسله المصلحة المتعاقدة للوصاية من خلال السلطة التي يمنحها القانون للسلطة العليا عند مراقبتها لهيئاتها اللامركزية حماية للمصلحة العامة).

04- التحديد التشريعي لكيفيات و أساليب إبرام الصفقات العمومية.

1 جميلة حميدة، المرجع السابق، ص 14.

05- تضمين الحماية التشريعية للصفقات العمومية بآليات مكافحة الفساد.

المطلب الثاني

تفويضات المرفق العام كآلية للشراكة بين القطاعين العام و الخاص

تقوم السلطة الإدارية، كما هو معروف، بمهمة أساسية في المجتمع ذات شقين؛ إذ تتمثل من ناحية في إقامة و صيانة النظام العام، ومن ناحية أخرى في إدارة و تسيير المرافق العامة. [1]

ودفعت فكرة المرافق العامة جانب كبير من الفقه و في أعقابه القضاء – في غالبية أحكامه إلى تأسيس القانون الإداري عليها، ولم يكن ذلك إلا لوضع هذه المرافق في حياتنا اليومية الجارية، فمعظم حاجاتنا الاجتماعية تشبع من خلال هذه المرافق، وتأتي النشاطات الخاصة بجانبها لتساعد لا لتغني بل وهي نفسها لا تستغني عنها، وحماية كيان الدولة و سلامتها و أمنها يتم من خلال المرافق العامة فالدولة على حد تعبير أستاذنا الفقيه مصطفى أبو زيد ما هي إلا "جسم خلاياه من المرافق العامة. [2]

ويلاحظ في هذا الصدد أن النفع العام ليست صورته الوحيدة هي المرفق العام. فالدولة في نشاطها بصفة عامة ينبغي أن تستهدف النفع العام، وسواء ذلك في مشاريعها العامة أو في المشاريع الخاصة التي تقام على إقليمها، فالمشروعات الخاصة تنشأ بالمبادرة الخاصة وقد تسعى لتحقيق أوجه معينة من أوجه النفع العام وهي ما يسمى المرافق الخاصة ذات النفع العام وهي مشروعات أو شركات وقد تكون جمعيات أو مؤسسات خاصة وفي جميع الأحوال تستهدف ذلك على سبيل المثال المدارس و المستشفيات و الملاجئ الخاصة.[3]

ولذلك فإن إمكانية الربح من المفروض ألا تكون مستبعدة، ومن باب أولى بالنسبة لنشاط المرافق الاقتصادية وهو الأقرب لنشاط الأشخاص الخاصة. ولا ننسى أنه في المرافق التي تدار بطريق الامتياز لم يتقدم الملتزم لإدارتها إلا لرجحان كفة الربح الذي ينتظره من ذلك على كفة الخضوع لإمتيازات وحقوق السلطة العامة التي يتيحها عقد الالتزام للإدارة المتعاقدة معه. [4]

إن تسيير المرافق العمومية بطريقة غير مباشرة لم يعد مقتصرا على التنظيم القطاعي لكل مرفق منفصلا عن بقية المرافق في قطاعات أخرى، بل هو خاضع لسلسلة من التشريعات تباين فيها تسمية أسلوب التفويض انطلاقا من الامتياز و الإيجار وصولا إلى مصطلح موحد جديد هو تفويضات المرفق العام كما أشار إلى ذلك

[1] محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 09.

[2] نفس المرجع، ص 10.

[3] نفس المرجع، ص 14.

[4] محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 16.

المشرع في المرسوم 15-247 سابق الذكر، وبذلك يكون المشرع تجنب نوعا ما عبئ التسيير المباشر ومخاطره بالنسبة للدولة و جماعاتها المحلية.

هذه النظرة المستحدثة لعقود تسيير المرفق العام كانت نتيجة لاجتهادات فقهية و قضائية توجت بإصدار نص قانوني في فرنسا وانتقلت إلى الجزائر من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويض المرفق العام حيث يعتبر المرسوم مولد نظام قانوني جديد يؤطر مجموعة من العقود كُرست قديما، وموازي لعقود الصفقات العمومية ويختلف عنها في العديد من النقاط الجوهرية.

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام

لقد حملت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 تعريفا لتفويض المرفق العام، و الذي يشتمل على أسس محددة ما إن توفرت نكون أمام عقود تفويض مرفق عام، أما المادة 210 حددت مجموعة من العقود تندرج تحت مفهوم تفويض المرفق العام ولكن ليس على سبيل الحصر بل المشرع أعطى الحرية المطلقة للسلطة المفوضة في إنشاء صور للتفويض وذلك وفق أسس.

لقد عرف المشرع تفويض المرفق العام بأنه "يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب الشخص المعنوي خاضع للقانون بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد إلى المفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام".[1]

الفرع الثاني: أشكال تفويض المرفق العام

بالرجوع للمادة 210 من المرسوم 15-247 سابق الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد عدد الأشكال التي قد يأخذها عقد تفويض المرفق العام وذلك على سبيل الحصر على النحو التالي:

[1] أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص 46.

أولا: عقد الإمتياز

حيث تنص المادة 210 سابقة الذكر "... الامتياز: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام.

يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام بنفسه." [1]

يعرف الفقه عقد امتياز المرافق العامة " بأنه عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز.

أو أنه طريقة تعهد بمقتضاها الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة وذلك عن طريق عمال و أموال يقدمها الملتزم و على مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام. [2]

وجاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي:" أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز المستغل المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"

فمن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري و الطابع العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لحصة الإدارة تمارسها تجاه الطرف المتعهد. [3]

ينشأ عقد الامتياز من توافق إرادتي السلطة مانحة الامتياز و الملتزم من خلال تبادل الإيجاب و القبول الذي ينصب على إدارة و استغلال مرفق معين يفترض قيامه على سبب معلوم مشروع، و الرضائية كافية لتكوين العقود كمبدأ عام و أصيل لكن عقد الامتياز يحيد عن هذه القاعدة نظرا لما يستلزمه من وثائق و إجراءات لعملية إبرامه ليتطلب إلى جانب ذلك ركنا مكملا ألا وهو ركن الشكلية.

---

[1] أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر.

[2] أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت bot، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 124،

[3] عمار بوضياف، عقد الإمتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية و القطاع الخاص، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، متوفر على الموقع www-ao-academy-orgddc/3aqd-alemtiyaz، تم فحص الموقع يوم 2018/04/28.

ويتميز عقد الامتياز بخصائص عدة نذكرها تباعا:

- أنه عقد إداري يربط سلطة إدارية بأحد الأفراد أو الشركات على أنه يمكن أن يربط عقد الامتياز شخصا إداريا بشركة من القطاع العام.
- أن الإدارة في هذا العقد بالذات تتمتع بسلطات استثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، وهذا يفرض حماية فئة المنتفعين.
- يتحمل الملتزم في عقد الامتياز النفقات الناتجة عن تسيير المشروع ويضمن له سير منتظما ومطردا، و بالمقابل تلتزم جهة الإدارة في حال اختلال توازنه المالي بأن تعيد له هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن

ثانيا: الإيجار

تنص المادة 210 سابقة الذكر "... الإيجار: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام. ويدفع أجر المفوض له من خلال التحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام." [1]

والإيجار كأسلوب لتسيير المرافق العامة توجه انتهجه المشرع الجزائري من خلال إصدار وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري التعليمة رقم 842/3.94 بتاريخ 1994/12/7، والمتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، والموجهة للسادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية البلدية، رؤساء المندوبيات التنفيذية. و التي جاءت ترجمة للتحول نحو الليبرالية الاقتصادية سنة 1989، غير أنه من 1994 تاريخ صدور التعليمة و حتى سنة 2000 لم يكن اللجوء إلى الامتياز و التأجير من قبل البلديات بنفس الإقبال الذي عرفه – وخاصة بالنسبة للتأجير – بعد مشروع الإنعاش الاقتصادي الذي جاء من ضمن ما جاء فيه الحث على استعمال هاتين الطريقتين في تسيير المرافق العمومية. حيث كثرت إعلانات المزايدات فيما يخص تأجير الأسواق الأسبوعية، حقوق التوقف، المذابح البلدية...و يرجع سبب اللجوء إلى التأجير دون الامتياز بسبب وجود هذه المرافق مسبقا و بالتالي التأجير يبقى الوسيلة الوحيدة لتسييرها من قبل الخواص.

[1] أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الذكر.

ثالثا: الوكالة المحفزة

حيث عرفها المشرع كذلك من خلال المادة 210 كما يلي: "...الوكالة المحفزة: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح، عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية." [1]

رابعا: التسيير

عرفت المادة 210 كذلك النسيير:"... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير و صيانة المرفق العام. و يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام و تحتفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام وتحتفظ بالأرباح. و في حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية." [2]

[1] أنظر المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الذكر.

[2] أنظر المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الذكر.

المبحث الثاني

عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص

سوف نتناول في هذا المبحث دراسة مفاهيمية لعقود الشراكة كآلية للتشارك بين القطاعين العام و الخاص من خلال المطلب الأول، ثم سنتطرق فيما بعد لتعداد وشرح لأنواع عقود الشراكة المتداولة في المجال الاقتصادي وذلك بذكرها مع إعطاء لمحة عن كل واحدة منها من خلال المطلب الثاني.

تتجه أغلب الدول في الوقت الحالي، و خاصة دول العالم الثالث إلى إتباع سياسة تحرير الاقتصاد سعيا منها إلى اللحاق بركب التقدم في مختلف المجالات الاقتصادية و الاجتماعية، وتحقيقا لهذه الغاية لجأت إلى إتباع سياسة الخصخصة سواء عن طريق بيع ملكية المرافق العامة الاقتصادية عن طريق عقود التزام المرافق العامة.[1]

إلا أن التطور الحاصل في هذه العقود، أدى إلى ظهور نوع جديد منها كوسيلة لتكوين مشاريع البنية الأساسية في مجال الطاقة و المياه و الموانئ و المطارات و غيرها، تسمى بعقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص أو " partenariat public" [2].

كانت النشأة الأولى لعقود الشراكة " ppp" في المملكة المتحدة (بريطانيا) وظهرت تحت مسمى PFI (privatefinanceintiative)[3] وقد كان ذلك عندما أوصت بعض الدراسات في حكومة "**مارجريت تاتشر**" بضرورة السماح للقطاع الخاص بتمويل الإنشاءات العامة لتخفيف العبء عن الموازنة العامة، ثم تقدم الجهة الإدارية حقوق القطاع الخاص بطريقة مجزأة لا ترتب أعباء كبيرة على الموازنة العامة، ولكن التطبيق العملي لهذه العقود لم يبدأ إلا عام 1995، لأنه قبل هذا التاريخ كانت عقود التصميم و البناء و التمويل (design build finance (DBFO– كشكل من أشكال عقود البوت BOT– هي السائدة بصورة أساسية في مجال مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالطرق، حيث كانت الدولة تتولى بنفسها لا المنتفع دفع رسوم استخدام هذه الطرق.[4]

---

[1] نمديلي رحيمة، المرجع السابق، ص177.

[2] نفس المرجع، ص178.

[3] وردت هكذا في المرجع ، وواضح انه خطأ مطبعي لعدم ترك مسافات بين الكلمات الثلاث و يصح المعنى عندما تكون الكتابة على النحو التالي : (private finance initiative) والتي تشير إلى مضمون مشاركة القطاع العام للقطاع الخاص في الإنشاءات و الإستغلال ...، أنظر: نمديلي رحيمة، نفس المرجع، ص 202.

[4] نفس المرجع، ص180.

المطلب الأول

عقود شراكة يتحمل فيها القطاع العام المخاطر التجارية

سنتناول في هذا المطلب دراسة مجموعة من عقود الشراكة والتي تتميز بأن للقطاع العام فيها الجزء الكبير من المسؤولية في تسيير المرافق العامة و كذا تحمل المخاطر التجارية الناجمة عن علاقة الشراكة هته، وتتمثل هذه العقود في عقود الخدمة و الإدارة و عقود التأجير.

الفرع الأول: عقود الخدمة

في هذه العقود تحتفظ الجهة العامة (الحكومية) بمسؤوليتها الكاملة عن تشغيل و إدارة المرفق بالكامل و لكنها تتعاقد مع القطاع الخاص لتقديم بعض الخدمات التي تحددها مثل قراءة العدادات وتحصيل الفواتير للكهرباء و المياه و التلفونات و القيام بأعمال الصيانة البسيطة مع مراعاة أن هذه النشاطات تمنح في العادة لشركات القطاع الخاص المؤهلة و المقتدرة للقيام بمثل هذه الأعمال. و في العادة تتراوح مدة هذه العقود بين سنة و ثلاث سنوات قابلة للتجديد.[1]

من مزايا هذه العقود توفير الفرص لدخول عنصر المنافسة من خلال التعاقد مع أكثر من شريك من القطاع الخاص و الاستفادة من خبرة القطاع الخاص في النواحي الفنية، مما يجعل المرفق يقوم بالتركيز على مهامه الأساسية. ولأن فترة العقد تكون قصيرة يزداد التنافس بين المقاولين مما يشجع على العمل على تحقيق كفاءة الأداء و تخفيض تكاليف العقود.[2]

ومن عيوبها أن تظل أعباء التشغيل و الصيانة على عاتق الحكومة (القطاع العام)، كما تظل مسئولية الاستثمارات الرأسمالية و المخاطر التجارية المرتبطة بتشغيل المرفق ملقاة بكاملها على عاتق القطاع العام. كما يعتمد نجاح الأعمال بالعقد على خبرة الشركة التي تقوم بالأعمال، كما أن تلك النوعية من العقود تؤثر تأثير

[1] عبد القادر ورسمة غائب، (عقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص، ورقة عمل مقدمة في ندوة "عقود المشاركة (PPP) و التحكيم في منازعاتها"، و المنعقدة في المنامة –مملكة البحرين، في إبريل 2008)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عقود المشاركة (PPP) بين القطاعين العام و الخاص،منشورات المنظمة العربية للتنمية،مصر الجديدة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2008، ص 219.

[2] إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، حكومة دبي، المرجع السابق، ص 11.

مباشر على عمالة التشغيل وتجعلهم عمالة زائدة عن الحاجة إذا لم يتم الاستعانة بهم ضمن أعمال عقد الخدمة.[1]

الفرع الثاني: عقود الإدارة

في هذه العقود تقوم الجهة العامة (الحكومية) بنقل مسؤولية إدارة مجموعة من الأنشطة في قطاع معين إلى القطاع الخاص كإدارة المطارات أو المستشفيات وغيرها من مرافق الخدمات مثلا. وفي هذه الحالة تقوم الجهة العامة الحكومية بتمويل رأس المال العامل الاستثماري to finance woking & investment capital كما تقوم الحكومة بتحديد أسس وسياسة رد النفقات و التكاليف التي تم تكبدها من أجل تنفيذ المشروع. و في العادة تتراوح مدة عقود الإدارة هذه بين 3 إلى 5 سنوات.[2]

من مزاياها أنها تُستخدم هذه الطريقة في الحالات التي تريد فيها الدولة تنشيط شركات خاسرة وذلك بإدخال طرق إدارة القطاع الخاص من أجل رفع قيمة هذه الشركات و أسعارها حين تعرض للبيع. وقد ظهر نجاح هذه العقود في عدد من القطاعات بدول عديدة ففي لبنان مثلا طبقت عقود الإدارة في ثلاثة مشروعات هي جمع النفايات و تشغيل و إدارة محرق النفايات و مصنع معالجة النفايات، وفي غينيا بيساو استخدمت هذه الطريقة في قطاع الكهرباء في عام 1986 عندما طلبت الدولة مساعدة فنية من فرنسا لتطوير هذا القطاع، وبعدها تعاقدت مع هيئة الكهرباء الفرنسية لإدارة هذا القطاع وجددت التعاقد عام 1991 وكانت النتيجة زيادة في الطاقة الكهربائية وتحسن في أداء التشغيل و الكفاءة المالية.

الميزة الرئيسية لعقد الإدارة من وجهة نظر الدولة، أنه يسمح لها بالاحتفاظ بالملكية، كما انه يمكنها من حل القصور الإداري وذلك بالحصول على أحسن الخبرات الإدارية وفي الوقت نفسه التحكم في نطاق واستخدام هذه الخبرات من خلال عقد الإدارة.[3]

وتكمن عيوب عقود الإدارة في ازدواجية الإدارة الخاصة و الملكية العامة فالمتعاقد مع الدولة لا يتحمل المخاطر حيث تتحمل الدولة أي خسائر ناجمة عن عمليات الشراكة، وتلتزم الجهة الحكومية في ظل اشتراطات هذه العقود بسداد مقابل أو أتعاب الإدارة إلى القطاع الخاص في شكل أتعاب محددة وثابتة Lump sim Fees

[1] إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، حكومة دبي، المرجع السابق، ص 11.

[2] عبد القادر ورسمة غائب، المرجع السابق، ص 219.

[3] إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، حكومة دبي، المرجع السابق، ص 12.

أو في شكل نسبة من أرباح المشروع أو كلاهما معا وذلك بقصد تحفيز شركة الإدارة على زيادة فعالية المرفق وزيادة كفاءته.[1]

الفرع الثالث: عقود التأجير

في هذه العقود تقوم الشركات الخاصة و القطاع الخاص بتأجير Lease المرفق من الجهة العامة (الحكومة) لمدة محددة وتتحمل مسؤولية تشغيل و إدارة المرفق وتحصيل الرسوم وغيرها من الضرائب. ويقوم المستأجر Leaseholder بشراء الحق في الإيرادات وبالتالي يتحمل قدرا كبيرا من المخاطر التجارية Commercial Risks وذلك لأن الإيرادات قد لا يتم تحصيلها لأي سبب أو قد يتم تحصيل قدر قليل منها لا يؤدي الغرض المنشود منه. وهناك تنامي متزايد في اللجوء إلى التأجير أو الإجارة لأنها توفر الكثير من المال الذي يمكن استخدامه في أغراض أخرى. مثلا شركات الطيران تقوم بإيجار طائرات حديثة لاستخدامها في عملياتها بدلا من شراء طائرات جديدة بمبالغ كبيرة جدا قد تقضي على كل ما تملكه شركة الطيران، وبذا فإن التأجير يمكنها من العمل مع الاحتفاظ بمبالغ لاستخدامها في مجالات أخرى قد تكون الشركة في حاجة ماسة لها وهناك عقود تأجير عديدة بين القطاعين العام و الخاص. في العادة تتراوح مدة هذه العقود بين 5 إلى 15 سنة ويمكن تمديدها بموافقة الطرفين.[2]

من بين المزايا التي يقدمها التأجير للدولة توفير نفقات التشغيل بدون التخلي عن الملكية، وكذلك الحصول على دخل سنوي بدون التعرض لمخاطر السوق علاوة على وقف الدعم و التحويلات المالية الأخرى. كما يسمح التأجير بجذب مهارات تقنية و إدارية متطورة مما يساهم في استخدام أصول الشركة بدرجة أكبر من الكفاءة.[3]

المشكلة الرئيسية المرتبطة بعقود الإيجار هي انه طالما لا يتم فيها تحويل لملكية الأصول فليس لدى الشركة الخاصة المتعاقدة مع الحكومة أي حوافز لرفع قيمة الأصول أكثر من الحد الذي يضمن لها عائد

[1] إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، حكومة دبي، المرجع السابق، ص12.
[2] عبد القادر ورسمة غائب، المرجع السابق، ص 220.
[3] إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، حكومة دبي، نفس المرجع، ص 13.

مناسب على استثماراتها خلال فترة التأجير، ولهذا فهذا النوع من العقود مناسب في المشروعات التي في حاجة إلى رفع كفاءة التشغيل وليست في حاجة إلى توسعات أو تحسينات.[1]

المطلب الثاني

عقود شراكة يتحمل فيها القطاع الخاص المخاطر التجارية

كما سبق وتناولنا في المطلب السابق عقود الشراكة التي تتحمل الإدارة فيها المخاطر التجارية، فعلى العكس من ذلك سنخصص هذا المطلب لبقية العقود التي يكون على عاتق القطاع الخاص فيها تحمل المخاطر التجارية المحتملة، وذلك كنتيجة للمزايا التي يتمتع بها القطاع الخاص في مثل هاته العقود مقارنة بما تناولناه من عقود في المطلب الأول من هذا المبحث.

الفرع الأول: عقود الإمتياز

في هذه العقود تتحمل الشركات الخاصة مسؤولية التشغيل و الإدارة و الاستثمار في حين تظل الجهة العامة مالكة لأصول المرفق. وقد تقدم هذه الامتيازات على مستوى الدولة بأكملها أو على مستوى مدينة أو منطقة معينة و هذه العقود كانت في البداية تستخدم لاستخراج البترول و مشتقاته حيث تمنح شركة البترول منطقة امتياز Concession Area لمدة محددة لاستخراج ما بها من البترول أو الثروات الطبيعية الأخرى ومقابل هذا الاستثمار كان يتم منح مبالغ زهيدة للدولة المضيف، ولكن مع تطور الزمن تم استحداث علاقة إنتاج جديدة بين الدول المنتجة و الشركات المنتجة للبترول و الآن يتم استخدام عقود الامتياز في بعض المشاريع الزراعية الكبيرة و المشاريع المشابهة لها. وفي العادة تتراوح مدتها بين 25 إلى 30 سنة.[2]

تمكن الميزة الأساسية لهذه الطريقة في أن صاحب الامتياز يبقى المسئول عن النفقات الرأسمالية و الاستثمارات مما يخفف الأعباء المالية عن الدولة، ولكن ولنفس السبب تواجه الكثير من الدول صعوبات في إيجاد مستثمرين نظرا للحجم الكبير لبعض الاستثمارات التي يتطلبها هذا النوع من العقود.

[1] إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، حكومة دبي، المرجع السابق ، ص 14.

[2] نفس المرجع ، ص 221.

والفكرة الأساسية في هذا الامتياز هي قيام شركة خاصة بتمويل وبناء و تشغيل مشروع خدمي جديد في مجال (الاتصالات، الكهرباء، المياه و الري، النقل وغيرها) لفترة محدودة ترجع عند نهايتها الأصول للدولة، كما تقوم الدولة خلال فترة الامتياز تلك بتنظيم و مراقبة العملية الاستثمارية و الجودة و الأسعار.[1]

و بصفة عامة لا توجد عيوب واضحة لأسلوب الامتياز إلا أنه يجب مراعاة أن تحدد العقود بكل وضوح نطاق وطبيعة الخدمات التي سيقدمها المتعاقد مع الحكومة وكذلك صلاحيات الطرفين خلال فترة التعاقد وبالتالي يجب على الحكومة أن تحرص على عدم التدخل في إدارة الشركة حتى تضمن نجاح هذا الأسلوب من أساليب الشراكة.[2]

الفرع الثاني: عقود البوت "BOT"

تستخدم عقود الانتفاع طويل الأجل لشراء مشروعات البنية الأساسية الضخمة كالطرق العابرة و المستودعات التجارية و غيره. ويطلب من الشركة الخاصة تمويل و بناء و تشغيل المرفق لفترة معينة (تتراوح بين 20 إلى 30 سنة) ينتقل بعدها المرفق إلى القطاع العام. ويأخذ هذا التعاقد أشكالا متعددة يمكن استخدامها أيضا لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية. وهناك عقود البوت و البووت BOT & BOOT وغيرها ولقد تبين أن مثل هذه المشاريع المشتركة بين القطاعين العام و الخاص لعبت دورا ملموسا في تنمية و تطوير الخدمات و المرافق الأساسية مما كان له أثر كبير في حياة المواطنين و تطوير و تنمية المجتمع.[3]

تعد عقود الـ B.O.T، صورة جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية تهدف إلى إنشاء مشاريع ضخمة، تعهد بها الحكومة إلى القطاع الخاص، لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابه لفترة من الزمن، على أن يلتزم بإعادة المشروع في نهاية المدة إلى الدولة، بدون مقابل معين متفق عليه.[4]

ويعتبر نظام الـ B.O.T نظاما جذابا ومغريا، كون الحكومات تلقي بالتبعات المالية لإنشاء المرافق العامة، على كاهل القطاع الخاص، و بالتالي تتخلص من المخاطر المالية لإنشاء مثل هذه المشاريع، التي عادة ما تكون كبيرة، كما يساعد الحكومات على اختصار الوقت لإنشاء مثل هذه المشاريع، التي لا يتوفر

[1] إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، حكومة دبي، المرجع السابق، ص15.

[2] نفس المرجع، ص 15.

[3] عبد القادر ورسمة غائب، المرجع السابق، ص 220.

[4] وضاح محمود الحمود ، عقود البناء و التشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتقاعدة و التزاماتها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2010، عمان الأردن، ص 29.

التمويل الكافي لإنشائها في فترات قصيرة، و إنما لابد من رصد موازنات طويلة الأمد لإنشائها، وعليه فإن الدول تلجأ لهذا النظام لتوفير الوقت و المال، و بالتالي لدفع عجلة التقدم الاقتصادي و الاجتماعي فيها. ومن الدول التي اتجهت إلى الأخذ بعقود الـ B.O.T لتفعيل دور القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية المملكة الأردنية الهاشمية.[1]

أولا: ماهية عقود الـ B.O.T

ذكر بعض الكتاب أن الجذور التاريخية لنظام الـ B.O.T ترجع للامتياز الذي إنتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين ويذهب البعض الآخر إلى أن نظام الـ B.O.T يختلف جوهريا عن الإمتياز القديم، و أنه كان في ظل عقد الامتياز القديم يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرافق محل الامتياز مما حدا بالبعض إلى تسميته "إستغلال" للمرفق فقد كان دور الحكومة المعنية في إدارته محدودة للغاية وواقع الحال أنها لم تكن تمارس أي سلطة عليها.[2]

وينسب البعض اصطلاح B.O.T إلى الراحل / **تورجوت أوزال** رئيس الوزارة التركي إذ كان أول من أطلق هذا التعبير في أوائل الثمانينيات غداة اجتماعه مع رجال الأعمال و المستثمرين و أصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات، حيث شرح إستراتيجيته الجديدة في مجال البنية الأساسية إلى القطاع الخاص على أساس نظام الـ B.O.T فضلا عن خصخصة شركات القطاع العام طبقا للبرنامج الانتخابي الذي كان قد تقدم به ونجح على أساسه، وهكذا صار نظام الـ B.O.T تعبيرا عن المنهج الاقتصادي الجديد في تركيا.[3]

1- تعريف عقود الـ B.O.T

اشتق من مفهوم الـ B.O.T تعبيرات كثيرة تعدت العشرين مفهوما و تسمى بالـ (BOT FAMILY) وهي عبارة عن مجموعة من النظم التي تستخدم في تنفيذ و إنشاء المشروعات وأهمها مشروعات البنية الأساسية وتتكون من استخدام ثلاثة حروف باللغة الإنجليزية تعبر عن المصطلح وهي:

[1] وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 29.
[2] محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 45.
[3] نفس المرجع، ص 46/45.

1- حرف الـ B مختصر كلمة BUILD وتعني الإنشاء أو البناء، وأحيانا ما يدخل فيها من تصميم ورسم وتقديم اقتراحات، أي أنها في كثير من الحالات ترتبط بصناعة التشييد.

2- حرف الـ O مختصر لكلمة Operate وتعني التشغيل و الإدارة، وتقديم الخدمة أو المنفعة فحق الملكية هنا للجهة مانحة الامتياز، ويدفع المشروع مقابل الانتفاع بها (في شكل إيجار أو نسبة من العوائد). أما حالة الـ B.O.N وتعني (O) هنا حق الملكية OWN فيمتلك صاحب الامتياز للمشروع في هذه الحالة ولا يدفع مقابل للدولة باعتباره مالكا للمشروع فقط، وتختلف المعاملة المالية لمشروعات الـ B.O.T أو الـBOOT على حساب ما يتم الاتفاق عليه بين أطراف المشروع، و العقد هو الذي يحدد هذه العلاقة.

3- حرف الـ T مختصر لكلمة Transfer وتعني النقل و المقصود بها في هذا المصطلح نقل ملكية المشروع إلى الدولة في نهاية المدة. وبهذا يعني المصطلح عملية منح امتياز لبناء أو تشييد أو تطوير بنية أساسية ثم إدارته و تشغيله و تقديم خدماته إلى المنتفعين لمدة زمنية محدودة مع الحصول على عوائد، ثم إعادته إلى الدولة في حالة جيدة صالحة للاستمرار.[1]

ونظرا لحداثة هذا النظام على المستوى الدولي وكونه يظم عددا من العناصر التعاقدية المختلفة، فإنه و لغاية الآن لم يتم وضع تعريف موحد جامع و مانع لتعريف هذا النظام وتحديد ماهية العقود التي تندرج تحت هذا المسمى من غيرها من العقود.[2]

وحري بنا في هذا المقام وبالنظر لأهمية عرض الاختلاف حول تعريفات هذا النظام فنعرض فيما يلي لبقية التعاريف الفقهية.

أ/ تعريف الفقه الفرنسي لعقد الـ B.O.T

عرف الأستاذ J.M.Loncle عقد امتياز البوت بأنه عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل و إنشاء و استغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد.[3]

[1] محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 50/45.
[2] وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص32.
[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص66.

وقد عرفه الأستاذ J.B. auby بأنه عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولى الملتزم تمويل إنشاء المشروع (البناء) ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الاستغلال) وفي نهاية المدة يلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة المانحة (تحويل). [1]

ب/ تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعقد الـ B.O.T

(مشاريع "بوت" هي أساسا شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين امتيازا لصوغ مشروع بعينه وتشغيله و إدارته و استغلاله تجاريا... وبالرغم من تنوع التسميات فإن جميع هذه الترتيبات المختلفة تتضمن مخططات لتمويل المشاريع وتمنح حكومة ما بموجبها امتيازا إلى كيانات خاصة تتعهد بتمويل مشروع معين و الاضطلاع به و إدارته. كما تستخدم في بعض الأحيان ترتيبات مماثلة بين جهة مرخصة من القطاع الخاص وواضع المشروع.)[2]

ج/ تعريف الفقه المصري لعقد الـ B.O.T

فقد عرف جانب من الفقه المصري عقود البوت، بأنها تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات، وطنية كانت أو أجنبية سواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص وتسمى شركة المشروع، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم تنقل ملكيته إلى الدولة، وإن كان ليس هناك مانعا من أن يقوم شخصا طبيعيا بإنشاء و تطوير وتحديث أحد المرافق الاقتصادية و تمويله على نفقته الخاصة وعلى أن يمتلك هذا المرفق أو يشغله بنفسه أو عن طريق الغير مقابل حصوله على عائد تشغيل المرفق طيلة مدة العقد.[3]

وقد عرف الدكتور سامي عبد الباقي عقد امتياز البوت بأنه العقد الذي بمقتضاه تقوم السلطة المانحة (أحد أشخاص القانون العام) بتكليف أحد أشخاص القانون الخاص – شخص طبيعي أو معنوي، وطني أو أجنبي –، بمهمة إنشاء أو استغلال المرفق العام وعلى مسؤوليته ولمدة محددة ويحصل على مقابل الانتفاع من المنتفعين بالمرفق، وفي نهاية مدة الالتزام يلتزم بإعادة المرفق بحالة جيدة وبدون مقابل إلى الجهة المانحة.[4]

---

[1] نفس المرجع، ص 66.

[2] تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) الدورة التاسعة و العشرون بعنوان الأعمال المقبلة الممكنة "مشاريع البناء و التشغيل ونقل الملكية"، نيويورك، 1996، ص3، متوفرة على الموقع https://documents-dds-ny.un.org ، تاريخ التصفح 2018/04/28.

[3] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص13.

[4] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 27.

وما يلاحظ على تعريف عقد البوت أن الفقه قد توسع في ذلك رغم حداثة نظام البوت كما سبق و ذكرنا، إلا أننا وفي هذا الصدد نوافق الأستاذ وضاح محمود الحمود فيما ذهب إليه حين أخذ بالتعريف الذي تبناه الدكتور محمود الروبي وذلك بعد صياغته لعديد التعاريف إذ يقول:"... وحقيقة الأمر أن الأخذ بأي من التعريفات السابقة على إطلاقه يؤدي إلى تداخل المفاهيم، وعدم وضوح في المعنى الحقيقي لمثل هذه العقود، وعليه فإننا نميل إلى الأخذ بالتعريف الذي أورده الدكتور محمد الروبي في مؤلفه عقود التشييد و الاستغلال و التسليم، حيث عرفها بأنها " عقد يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، وطرف خاص أجنبي عادة ما يتخذ شكل شراكة، يطلق عليها شركة المشروع، بغرض تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية، على حساب تلك الشركة، وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق و الحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل، وخاليا من كافة الأعباء وبحالة جيدة"."[1]

2- الأساس القانوني لعقد الـ B.O.T

تعتبر عقود الـ B.O.T تطورا حديثا لعقود التزام المرافق العامة ومن ثم فإن القواعد التي تحكم عقد التزام المرافق العامة تطبق على عقود البوت بالقدر الذي يتفق مع هذا التطور فهي تمثل إطارا عاما لهذه العقود. ففي مصر ينظم قانون امتياز المرافق العامة رقم 129 الصادر عام 1947 و المعدل بالقانون رقم 61 لعام 1958، عقود البوت وتطبق أحكامه على هذا النوع من عقود امتياز المرافق العامة. [2]

أما في الأردن وعلى الرغم من الاندفاع المتزايد للأخذ بعقود الـ B.O.T إلا أن ما يؤسف له هنا أنه لا يوجد تشريع خاص و مستقل ينظم هذه العقود وتتجلى بصدوره احترام رغبة المشرع الدستوري، الذي أبدى حرصه على إدارة و تشغيل المرافق العامة منذ صدور النظام الأساسي لعام 1928، مرورا بالدستور الأردني لعام 1946، وانتهاء بالدستور الصادر عام 1952، حيث نصت جميع هذه الدساتير على كيفية استثمار و إدارة المرافق العامة، وعلى النحو الذي سنأتي على بيانه لاحقا...[3]

وبالرجوع للمشرع الجزائري فيمكن القول أنه هو الآخر لم يرقى إلى منح هذا النوع من العقود –رغم أهميته– تشريعا خاصا به ينظمه، وكل ما في الأمر أن عقود البوت في الجزائر تبرم وفقا لقواعد القانون العام،

[1] وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 34.
[2] نفس المرجع، ص 39.
[3] وضاح محمود الحمود، المرجع السابق ، ص 40/39.

فبالرجوع للمادة 21 من دفتر الشروط الخاص بمنح امتياز توزيع الكهرباء و الغاز وسحبها، نجدها تنص:" **يمكن للأشخاص المؤهلين لممارسة الرقابة، المعينين من طرف الوزير المكلف بالطاقة أو رئيس لجنة ضبط الكهرباء والغاز، أن يقوموا بكل الفحوص المفيدة في أداء مهمتهم وعلى وجه الخصوص أن يجروا التجارب و القياسات الضرورية وأن يطلعوا في عين المكان على جميع الوثائق التقنية وأن يحتفظوا بنسخة منها...**" وكذلك نص المادة 10 من الأمر رقم 08-04 التي تنص:" **يكرس الامتياز المذكور في المادة 04 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز**"[1]. وأخيرا نجد المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 تنص:" **يمنح الامتياز موضوع هذا المرسوم، عن طريق المزايدة**".

إذن ومن خلال استقراء المواد سابقة الذكر يمكن استنتاج أن المشرع الجزائري لا زال يصنف عقود البوت على أنها من عقود القانون العام انطلاقا من اعتبارها من نضير عقود الامتياز وخضوعها لرقابة مباشرة من الوصاية، كما في المادة 21 أعلاه، إضافة إلى تضمينها خصائص ومميزات العقود الإدارية كاشتراط المنح بطريق المزايدة. أو عن طريق النص صراحة على الطبيعة العامة لعقود الامتياز كاشتراط إفراغ عقود منح امتياز الأراضي الفلاحية في عقود إدارية مثل ما منصوص عليه في المادة 10 المشار إليها آنفا.

الفرع الثالث: عقود نقل الملكية

بموجب هذا العقد يتم نقل الملكية ويصبح القطاع الخاص مالكا ومسؤولا عن المرفق العام ولكنه في نفس الوقت يخضع لهيأة رقابية من جهة حكومية مختصة ... أو من جهة تتعاقد معها الدولة للقيام بهذه السلطة الرقابية وفق ما تحدده سياسات الدولة و القوانين و التشريعات ذات العلاقة وذلك بغرض ضمان نوعية الخدمة التي يتم تقديمها و الحرص الدائم على التزامها بالمعايير المحددة لحماية المواطن و المستهلك و كافة قطاعات المجتمع.[2]

[1] أمر رقم 08-04، مؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح امتياز على الأراضي التابعة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 49، لسنة، 2008.

[2] عبد القادر ورسمة غائب، المرجع السابق، ص 221.

خلاصة الفصل

من خلال دراستنا لهذا الفصل " الوسائل القانونية للشراكة بين القطاعين العام والخاص" يمكن استخلاص ما يلي:

اعتمد المشرع الجزائري العديد من الوسائل القانونية في سبيل الوصول إلى تحقيق شراكة بين القطاعين العام و الخاص، حيث تنوعت صيغ الشراكة تلك بحسب أهمية المرفق العمومي وكذا نوع الخدمة المقدمة للجمهور.

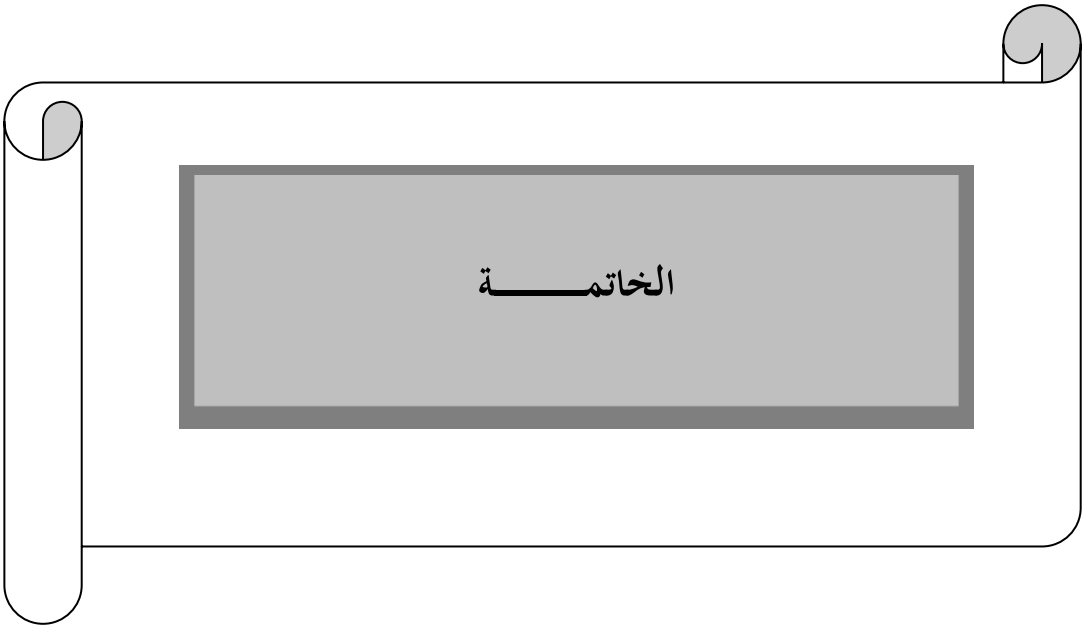
حيث نُظمت الشراكة بين القطاعين العام و الخاص والتي يكون المرفق العام فيها ذا أهمية من خلال قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، باعتبار أن عقود الصفقات العمومية أقدم وأهم أشكال مشاركة القطاع العام للقطاع الخاص بالمفهوم الواسع لمعنى الشراكة، ويمكن الإشارة في هذا المقام إلى أن عقود الصفقات العمومية من العقود الإدارية التي تتميز عن غيرها من عقود القانون الخاص ببنود خاصة تعطي الإدارة صلاحيات واسعة في تغيير العقد أو حتى مراقبة المتعامل معها أو معاقبته؛ ما يعتبر حيدا عن المبدا العام "العقد شريعة المتعاقدين"، و رغم ذلك تبقى عقود الصفقات العمومية تشكل صورة فعالة وعملية من صور الشراكة وذلك من خلال إعمال مبادئ الصفقات العمومية؛ كمبدأ شفافية الإجراءات و المساواة في المعاملة و مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي ... و التي تجعل من المنافسة ممكنة بين الخواص لتقديم أحسن الخدمات وبأسعار تنافسية هذا فضلا عن الخبرة التي يكتسبها القطاع الخاص في بعض المجالات.

كما وتبقى عقود تفويضات المرفق العام كذلك أحد الطرق الناجعة التي أثبتت مكانتها بين العقود الإدارية، و التي يُسمح من خلالها للقطاع الخاص بالإشراف على تسيير المرافق العامة، وتولي مهمة تقديم الخدمة العمومية نيابة عن الإدارة العامة؛ وبالرجوع لنص المادة 210 من المرسوم 15-247 سابق الذكر نجد أن المشرع عدد أساليب تفويض المرفق العام حيث تجدر الإشارة إلى أن عقود الامتياز تعد الأكثر موائمة حاليا و الأكثر استعمالا من طرف الدول النامية لدرجة الاعتراف بها لدى المنضمة التجارية للأمم المتحدة "يونسيترال" كأحد أنجع الطرق في تسيير المرافق العامة من طرف الخواص.

إضافة لما سبق تجدر الإشارة كذلك إلى أن العقود الخاصة أو ما يسمى بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد أثبتت فعاليتها، ويليق الإشارة إليها لعل المشرع الجزائري يتدارك النقص ويخصص لها تقنين

خاص بها يزيل اللبس عن التعاملات مع القطاع الخاص ويثري مجال الاستثمار ليجعل منه خصبا. ونذكر منها عقود البوت و البووت و كذا عقود الخدمة وعقود الإدارة وعقود الامتياز وعقود الانتفاع طويلة الأجل.

وفي الأخير يمكن القول أن التشريع الجزائري في حاجة ماسة إلى نظام قانوني خاص بموضوع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بعيدا عن تشريعات الاستثمار أو القوانين الخاصة بتسيير المرافق العامة كالماء و الكهرباء وغيرها، وحري بالمشرع الجزائري سلوك سبيل الدول الرائدة في مجال الشراكة – كفرنسا ومصر– بصيغها الحديثة كالبوت و البووت وغيرهما من عقود الشراكة التي ترمي بكل مخاطر الاستثمار على عاتق القطاع الخاص الذي اثبت جدارته في أكثر البرامج الرائدة والتجارب الناجحة كما نشاهد ذلك في دول الخليج وشرق آسيا التي أصبحت وتيرة النمو الاقتصادي لديها تضاهي العالم الأول وتشكل ثورة اقتصادية و سياحية منقطعة النظير.


الخاتمـــــــة

الخاتمة

إن الحاجة الماسة لدى الدول النامية لرأس المال الضخم الواجب توفيره من أجل تغطية الخدمات العامة عن طريق إنشاء مرافق عمومية، والتي تعددت أنواعها بزيادة مستوى رفاهية الفرد في السنوات الأخيرة، وكذا تنوع الحاجات وكثرتها، الأمر الذي دفع بتلك الدول إلى استحداث طرق مرنة و حيوية تنطلق من مشاركة القطاع الخاص في التكفل بتسيير المرافق العمومية نيابة عن الإدارة العامة، والتي تعتبر طريقة تقليدية نوعا ما إذا ما قورنت بطرق أكثر فاعلية، وأكثر إسهاما للقطاع الخاص في تحمل عبئ تمويل وإنشاء المرافق العمومية وتحمل الأخطار الناجمة عن ذلك، ثم تسييرها لمدة معينة متفق عليها في العقد تكون كافية لاسترداد ما أنفق من أموال لإنشاء ذلك المرفق، تدفع من طرف الجمهور.

والمشرع الجزائري كغيره من تشريعات الدول النامية حاول إعطاء توازن وضمانات للقطاع الخاص في العلاقة التشاركية مع القطاع العام، خاصة في مجال الاستثمار والبنى التحتية رغم الطابع المحتشم وغير واضح المعالم الذي ظل يلازم تقنين المشرع الجزائري في هذا الشأن.

وبعد دراسة الموضوع من جميع الجوانب يمكن تلخيص نتائج البحث والتوصيات فيما يلي:

<u>نتائج البحث.</u>

- ✓ الشراكة مصطلح حديث النشأة نسبيا لدى فقهاء القانون رغم ذلك لازالت الكتابات جارية بشأنها، لذا اختلفت التعريفات لهذا المصطلح فعرفها الإقتصاديون " الشراكة بين القطاعين العام و الخاص هي عبارة عن أوجه التفاعل و التعاون المتعددة بين القطاعين العام و الخاص، و ذلك فيما يتعلق بتوظيف إمكانياتهما البشرية و المالية و الإدارية و التنظيمية و التكنولوجية و المعرفية، على أساس من المشاركة و الالتزام بالأهداف، حرية الاختيار، المسؤولية و المساءلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية التي تهم العدد الكبير من أفراد المجتمع، و لها تأثير بعيد المدى على تطلعاتهم، حيث يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة و تحقيق وضع تنافسي". بينما عرف رجال القانون بأنها "هي عقد إداري، يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، للقيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال و التجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارتها و استغلالها و صيانتها طوال المدة المحددة، و ذلك في مقابل مبالغ مالية

تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية، مع اشتراكها في تحمل المخاطر الناتجة عن تنفيذ العقد".

حيث من خلال التعاريف السابقة يمكن إستخلاص تعريف للشراكة بين القطاعين العام و الخاص بأنها " هي، عبارة عن عقود ذو طبيعة إدارية، تجمع بين طرفين احدهما يحكمه القانون العام، وطرف أخر تابع للقطاع الخاص ويحكمه القانون الخاص، يتميز هذا العقد بطول المدة، و يهدف إلى تقديم خدمة عمومية في مختلف المجالات الاجتماعية، و الاقتصادية أو البنية التحتية، مضمونه تمويل الاستثمارات والقيام بالتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد والتي تكون محددة مسبقا في العقد ومتفق عليها، بمقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة العامة بدفعها بطريقة مجزأة طوال تلك المدة".

- ✓ ولعقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص مجموعة من الميزات تجعل منها مختلفة عن باقي العقود تتمثل في:

* تعدد الأطراف المشتركة في تنفيذ العقد

* تعدد مراحل الشراكة بين القطاعين العام و الخاص وطبيعتها المركبة.

* ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص على اقتسام المخاطر.

* تعدد مجالات تطبيق عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.

وانطلاقا من هذه الميزات يمكن القول أن عقود الشراكة تتميز عن باقي العقود المشابهة لها، كقعود الصفقات العمومية وعقود الخصخصة أو عقود الأشغال العامة وكذا عقود تفويض المرفق العام وعقود البوت.

- ✓ إن المعايير المعتمدة في تحديد نوع الشراكة عديدة، الأمر الذي جعل نوع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص محل جدل بين فقهاء القانون، غير أن أكثر الأنواع إجماعا بين الفقهاء هي:

- الشراكة التعاقدية والتي هي شراكة قائمة بموجب عقد بين طرفين، قصد توصيل خدمات عامة أو توريد، حيث تكون هذه الشراكة عمودية، تحتفظ الدولة بموجب هذه الشراكة دوما بعنصر

الرقابة علي سير الأعمال المنوط بها الشريك الخاص، كما تملك القدرة علي فسخ العقد الذي يحكم العلاقة بين القطاعين العام والخاص.

- الشراكة التعاونية والتي هي الشراكة القائمة علي أساس تشاركي بين القطاعين العام والخاص، حيث تكون العلاقة بين أطراف العقد بصفة أفقية ويتم اتخاذ القرار بين أطراف العقد بالإجماع، ويشترك جميع الأطراف في أداء المهام والواجبات ولا يوجد إشراف منفرد لأي طرف على الأخر عكس الشراكة التعاقدية، فكلا الطرفان يتحملان المخاطر ويحصلان على المنافع المحققة من النشاط.

✓ إن الأهداف المرجوة من الشراكة مع القطاع الخاص بالنسبة للحكومات تختلف إلا أنه يمكن إيجازها أهمها في الآتي:

- الشراكة تهدف لخدمة أجندة الدولة من خلال تحقيق اقتصاد مستدام
- تساعد الشراكة الدولة في رسم السياسات والاستراتيجيات لقطاع البنية التحتية وتوفير رأس المال.
- عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية تتطلب تكاثف خبرات وجهود كلا القطاعين العام والخاص.
- تحقيق قيمة أفضل مقابل النقود في الإنفاق العام.
- تركيز الدولة على وضع السياسات لقطاع البنية التحتية بدلا من القيام بتشغيلها.

✓ ثار جدل فقهي بخصوص الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، حيث يرى جانب من الفقه بأنها عقود إدارية، بينما يرى جانب آخر من الفقه أنها عقود من القانون الخاص في حين أن المشرع الجزائري وتناسبا مع دخوله اقتصاد السوق وفتح استثمارات أجنبية وتبنيها لشراكة بين القطاع العام والخاص في عدة مجالات، ذهب إلى اعتبار هذا النوع من العقود من القانون العام كما في المادة 76 من قانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، كما اعتبرها في مناسبات أخرى عقود من قبيل القانون الخاص، مثال ذلك نص المادة 81 من قانون رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار والتي نصت على تطبيق قواعد الاستثمار على العقود المتعلقة بمنح امتياز إنجاز واستغلال المياه ونزع الأملاح والمعادن...

- ✓ يمكن القول أن المشرع الجزائري تبنى مبدأ الشراكة بين القطاعين العام والخاص لكن من خلال مجموعة من النصوص المتفرقة بين القطاعات المختلفة وهو ما يفسر غياب تقنين خاص منفرد كما فعل المشرع الفرنسي و المصري.
- ✓ تعتبر الصفقات العمومية من آليات الشراكة بين القطاعين العام و الخاص حيث عرفها المشرع الجزائري بأنها "عقودا مكتوبة تبرمها الدولة أو البلدية أو الولاية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وكذا المؤسسات العمومية، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات" وللصفقات العمومية خصائص جعلت منها الطريقة الأكثر شيوعا بين العقود الإدارية الأخرى كسبيل لإشباع حاجات المرافق العمومية بالاعتماد على خبرات القطاع الخاص سواء في الدراسات أو الأشغال أو اللوازم أو الخدمات والتي تصب في خانة تقديم الخدمات العامة للجمهور.
- ✓ إن تسيير المرافق العامة لم يقتصر على الصفقات العمومية بل دأب المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية الجديد 15-247 إلى تخصيص جانب منه لتفويضات المرفق العام كآلية لتسيير المرافق العامة وفق عدة أشكال (منها عقد الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة، التسيير).
- ✓ غير أن التشريع المقارن قد خصص تعريفات لعديد العقود التي يمكن إدراجها في خانة الشراكة بين القطاعين العام والخاص رغم بعض التداخل فيما بينها، وذلك كنتيجة لوتيرة التطور السريع في هذا المجال و التي نذكرها تباعا: عقود لبوت، عقود الإدارة، عقود الخدنة ، عقود التأجير، عقود الانتفاع طويل الأجل و التي تضم (عقود الامتياز، عقود نقل الملكية).

ومن خلال ماتم دراسته تم التوصل إلى جملة من الاقتراحات وهي :

- ✓ ضرورة إصدار تنظيم قانوني موحد لعمليات الشراكة بين القطاعين العام و الخاص وفق آليات قانونية واضحة ومحددة ، وذلك من أجل توضيح قانون يحكم الشراكة في الجزائر.
- ✓ ضرورة تنويع مجالات الشراكة في الجزائر وفق نظام البوت وذلك لفاعليته من أجل تحقيق الطلب العمومي.
- ✓ ضرورة إنشاء هيئة أو كيان خاص بالشراكة بين القطاعين العام والخاص يكون تحت وصاية وزارة معينة وذلك من أجل تسهيل الجانب الإداري للمشروعات ومراقبتها والتأكد من مطابقة المشروع لبنود العقد.

- ✓ إقامة ملتقيات دولية تعالج موضوع الشراكة بين القطاعين العام و الخاص.
- ✓ الاهتمام بدراسة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) كأهم آلية لإقامة مشروعات عملاقة تهدف لتحقيق الطلب العمومي.

أفاق الدراسة

يعد موضوع الشراكة من المواضيع الجديدة والذي يعد مادة دسمة للدراسة والبحث فيها لذا نطرح بعض المواضيع منها :

- ✓ دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تشجيع الاستثمار.
- ✓ دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في نقل التكلونوجيا .
- ✓ الشراكة بين القطاعين العام كآلية لتحقيق الطلب العمومي الخاص.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

المراجع باللغة العربية

01- أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية نحو أداء متميز في القطاع الحكومي أيام 1 و 4 نوفمبر 2009، معهد الإدارة العامة المملكة العربية السعودية.

02- أحمد صقر عاشور، التحول إلى القطاع الخاص – تجارب في خصخصة المشروعلت العامة، سلسلة البحوث و دراسات رقم 344، المنظمة العربية للتنمية الإدارية. القاهرة، مصر، 1996.

03- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت bot، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

04- إدارة الدراسات الإقتصادية والمالية، دائرة المالية، الشراكة بين القطاع العام (الحكومة) والقطاع الخاص، حكومة دبي، الامارات العربية المتحدة أفريل 2010.

05- الوحدة المركزية لشراكة القطاعين العام والخاص، البرنامج القومي لشراكة القطاعين العام والخاص، الإصدار الثاني، وزارة المالية مصر، 2008.

06- أمجد غانم، دراسة حول: الشراكات القطاعية القائمة في تقديم الخدمات العامة والبلدية علي مستوي الهيئات المحلية، شركة اللجنة المحلية للاستثمارات، فلسطين.

07- حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة .

08- خالد الفايز، دور المؤسسات المالية العربية في الخصخصة – تجارب عربية أجنبية، إتحاد البورصات و هيئات سوق المال، العربية، الكويت 1996.

09- رجب محمود طجين، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

10- . سمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين في النظام الفرنسي، ورقة عمل في ندوة عقود المشاركة ppp المنظمة العربية أعمال المؤتمرات (عقود المشاركة بين لقطاعين العام والخاص)، منشورات المنظمة العربية للتنمية، مصر 2008.

11- سيد حجازي ، الخصخصة – إعادة ترتيب دور الدولة و دور القطاع الخاص، الدار لجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان.

12- عادل محمود الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام و الخاص – المفاهيم و الناهج – التطبيقات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2006.

13- عبد السلام أحمد هماش، يوسف عبد الحميد المراشدة، عقود المشاركة وسيادة الدولة، مؤتمر عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008.

14- عبد القادر ورسمة غائب، (عقود المشاركة بين القطاعين العام و الخاص، ورقة عمل مقدمة في ندوة "عقود المشاركة (PPP) و التحكيم في منازعاتها"، و المنعقدة في المنامة –مملكة البحرين، في إبريل 2008)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عقود المشاركة (PPP) بين القطاعين العام و الخاص،منشورات المنظمة العربية للتنمية،مصر الجديدة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2008.

15- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

16- عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

17- ليث عبد الله القهيوي ، بلال محمود الوادي، الشراكة بين مشاريع القطاعين العام والخاص (الإطار النظري والتطبيق العلمي)، الطبعة الأولي، الأردن، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع .

18- محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T، المكتب الجامعي الحديث، الإسنكدرية، 2009.

19- محمد سمير زكي، نظام التشييد و الإدارة و التحول BOT، المركز الإستشاري الدولي للبحوث، القاهرة ، 1999.

20- محمد متولي دكروري محمد، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، وزارة المالية – إدارة البحوث والتمويل، مصر، 2008.

21- محمد مصطفى محمد الخياط و ماجد كريم الدين محمود، سياسات الطاقة المتجددة أقليما و عالميا، أكتوبر، 2008.

22- وضاح محمود الحمود ، عقود البناء و التشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتقاعدة و التزاماتها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2010، عمان الأردن.

23- وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي و الخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008.

المراجع بالغة الفرنسية

FMI. PUBLIC.PRIVOTE PAQTNER SIMPS- The.fiscol.affoirs. development.

النصوص القانونية

01- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب استفتاء 1996/11/28، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07، ج ر عدد 76 المؤرخة في 1996/12/08،المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06،ج ر عدد 04 المؤرخة في 2016/03/07.

02- القانون رقم 63 – 277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الإستثمارات، ج.ر.ع. 53 المؤرخة في 20 أوت 1963.

03- القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار والاقتصاد الوطني الخاص، ج ر عدد 34 المؤرخة في 24 أوت 1982.

04- القانون رقم 82 – 13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة للإقتصاد و سيرها، ج ر عدد 35، المؤرخة في 31 يوليو 1988 المعدل و التمم بموجب قانون رقم 86- 13 المؤرخ في 19 أوت 1986 ج ر عدد 35 المؤرخة في 27 أوت 1986.

05- القانون رقم 86-14 المؤرخ في 1986/08/19 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب ج ر عدد 35 المؤرخة في 1986/08/27.

06- القانون رقم 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16 المؤرخة في 04 أفريل 1990.

07- القانون رقم 91-21 المؤرخ في 4 ديسمبر 1991 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر عدد 63 مؤرخة في 07 ديسمبر 1991.

08- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه ، ج ر عدد 60 الصادرة في 2005/09/04.

09- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 مؤرخة في 03 أوت 2016.

10- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار ج ر عدد 4 المؤرخة في 10 أكتوبر1993.

11- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 مؤرخة في 2002/07/28.

12- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 مؤرخة في 2010/10/07.

13- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 مؤرخة في 2015/09/20.

14- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 مؤرخة في 1991/11/13.

15- المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 يناير 1997 المتعلق بتحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطير، ج ر عدد 5 مؤرخة في 19 يناير 1997.

16- المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 15 مؤرخة في 1982/04/13.

17- الأمر رقم 66 -284 المؤرخ في 15 ديسمبر 1966 المتضمن قانون الإستثمارات، ج ر عدد 80 المؤرخة في 17 سبتمبر 1966.

18- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52 مؤرخة في 1967/06/27.

19- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، ج ر عدد 44 مؤرخة في 2005/06/26.

20- الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 1995/08/26 يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ج ر رقم 48 المؤرخة في 1995/09/03.

21- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار،ج ر عدد 47 الصادرة في 22 أوت 2001.

22- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003.

23- الأمر رقم 06-10، المؤرخ في 29 يوليو 2006، ج ر عدد 48 مؤرخة في 30 يوليو 2006.

24- الأمر رقم 08-04، المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح امتياز على الأراضي التابعة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 49، لسنة، 2008.

25- نظام رقم 93-01 المؤرخ في 03 يناير 1993 يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية ج ر عدد 17 مؤرخة في 14 مارس 1993.

المواقع الإلكترونية

01- امينة ركاب، مداخلة بعنوان الشراكة كوسيلة قانونية لتفعيل الاستثمار الأجنبي، الملتقي الوطني حول الإطارات القانونية لإستثمار الأجنبي في الجزائر، المنعقد يومي 18 و 19 نوفمبر 2015 ، ص3 مأخوذة من الموقع manifist.univ.ouargla.dz.

02- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) الدورة التاسعة و العشرون بعنوان الأعمال المقبلة الممكنة "مشاريع البناء و التشغيل ونقل الملكية"، نيويورك، 1996، ص3، متوفرة على الموقع https://documents-dds-ny.un.org ، تاريخ التصفح 2018/04/28.

03- سيف الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص –مفهومها وطبيعتها– المجلة الدولية للقانون، ص 06، متوفرة على الموقع www.qsciemece.con تاريخ التصفح 02، ماي 2018.

04- عمار بوضياف، عقد الإمتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية و القطاع الخاص، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، متوفر على الموقع www-ao-academy-orgddc/3aqd-alemtiyaz، تم فحص الموقع يوم 2018/04/28.

05- قاموس ومعجم الوسيط، اللغة العربية المعاصرة. قاموس عربي عربي، متوفر على الموقع الإلكتروني www.almaany.com تاريخ تصفح الموقع: 2018/05/01.

06- مشروع قانون يتعلق بالشراكة بين القطاعين العام و الخاص المملكة العربية المغرب، متوفر على الموقعwww.sgg.gov/ma. ، تاريخ التصفح 2018/03/02.

07- معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي، متوفر على الموقع الإلكتروني www.almaany.com تاريخ تصفح الموقع: 2018/05/01.

الرسائل الجامعية

الدكتوراه

01- داودي محمد، السياسة المالية واثرها على استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، رسالة دكتوراء، تخصص مالية عامة ،كلية العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بالقايد ، تلمسان ، 2011.

02- 2012عبدالله رمضان توفيق، الشراكة بين القطاعين العام و الخاص في البنية الأساسية و أثرها على النمو الإقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الفلسفة في الإقتصاد، جامعة حلوان مصر، 2012.

الماجستير/ الماستر

01- محمد العيد عماري، الصفقة العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيد التشريعي، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014-2015.

مجلات، مقالات و بحوث

01- السعيد دراجي، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (الية فعالة لتمويل التنمية المحلية) مجلة العلوم الإنسانية، عدد 41 جوان 2014 .

02- بوحنية قوي وخميس محمد ، قانون المحروقات في الجزائر واشكالية الرهانات المتضاربة – قراءة في تطور الأطر القانونية المؤسسات لقطاع المحروقات في الجزائر ، دفاتر السياسة والقانون ، العدد التاسع ، جوان 2013.

03- جميلة حميدة ، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، الملتقى الوطني السادس حول قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، 02 ماي 2013.

04- قويدر بوطالب، إشكالية الخوصصة، المفهوم و طرق التنفيذ و شروط النجاح، مداخلة ضمن ملتقى دولي "اقتصاديات الخوصصة الدور الجديد للدولة" جامعة فرحات عباس، سطيف، 03 – 07 أكتوبر 2004.

05- لوك كاليبا، مدير عام مجموعة لافارج الجزائر، حوار خاص لجريدة الخبر الجزائرية بتاريخ 13 سبتمبر 2014.

06- مجلة سودان فاوندوشن، برنامج عمل قطاع الشركات بالدائرة ورقة رقم(01)، رؤية تطويرية لتعزيز الدور التنموي للشركات بين القطاعين العام و الخاص بالسودان، مارس 2015.

07- نمديلي رحيمة، عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد01، مكتبة الرشاد للطباعة وانشر، الجزائر، جانفي 2015.

الملاحـــــق

الملحق رقم 01

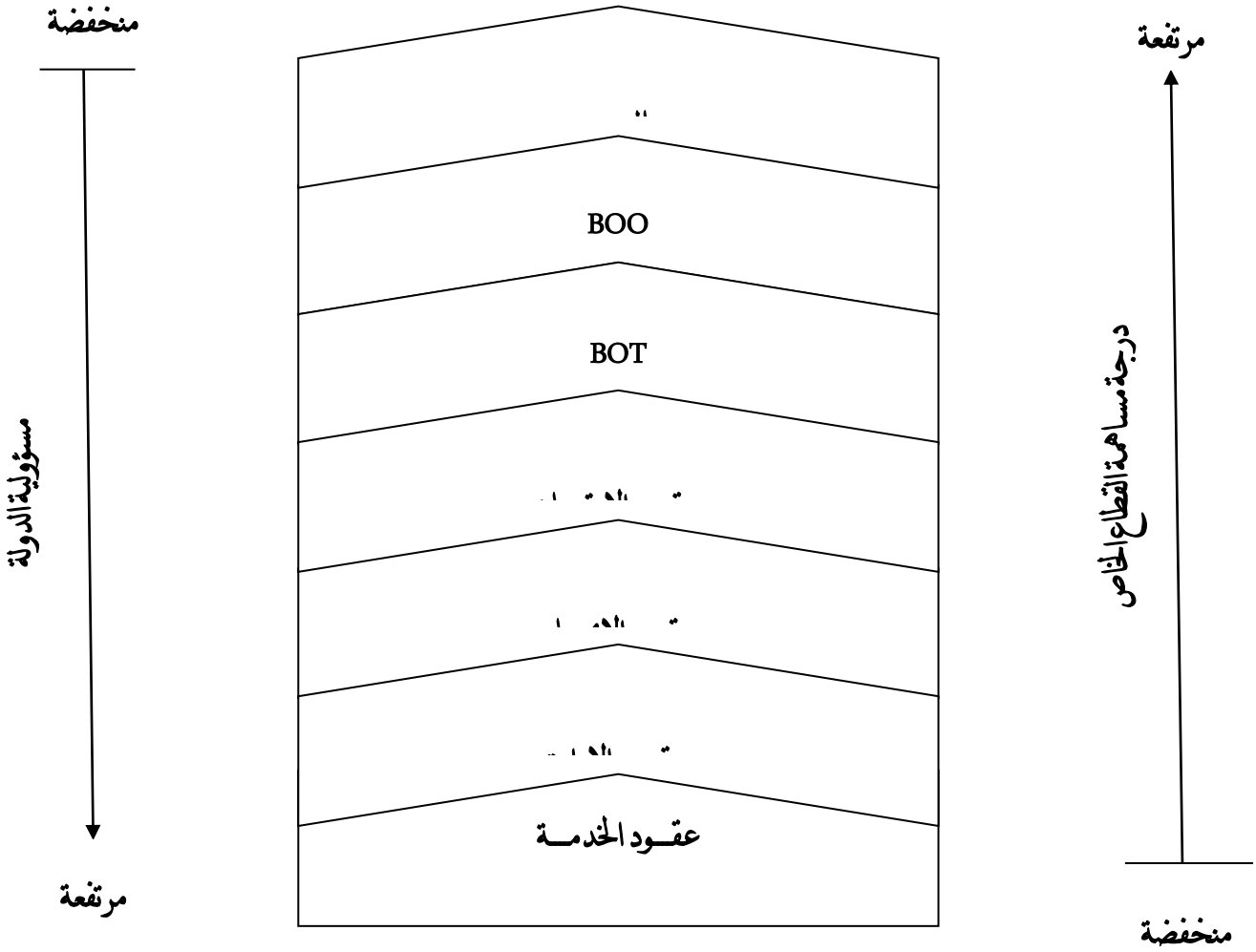
جدول يعرض بعض الأساليب الرئيسية لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية

الأسلوب	ملكية الأصل	التشغيل و الصيانة	رأس المال الاستثماري	المخاطر التجارية	مدة التعاقد
عقود الخدمة	عامة حكومية	عامة خاصة	عام	عام	1-2-3 سنوات
عقود الإدارة	عامة حكومية	خاصة	عام	عام	3-5 سنوات
عقود تأجير	عامة حكومية	خاصة	عام	مشترك بين العام والخاص	8-15 سنوات
عقود الإمتياز	عامة حكومية	خاصة	خاص	خاص	25-30 سنوات
عقود الإنتفاع طويل الأجل	عامة حكومية	خاصة	خاص	خاص	20-30 سنوات
ود نقل الملكية	خاصة أو عامة وخاص	خاصة	خاص	خاص	غير محددة أو محددة بمدة الترخيص

المصدر: عبد القادر ورسمة غالب، المرجع السابق، ص 222.

الملحق رقم 02

أساليب شراكة الدولة مع القطاع الخاص و درجة مساهمته فيها



المصدر: هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2000، ص 08.

الملحق رقم 03

جدول يوضح عدد المشاريع الاستثمارية عن طريق الشراكة في الفترة 2004-2008

السنة	عدد المشاريع	القيمة (مليون دينار)
2004	43	27975
2005	49	93813
2006	44	165848
2007	64	94304
2008	37	372602
المجموع	237	754542

المصدر: السعيد دراجي، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (الية فعالة لتمويل التنمية المحلية) مجلة العلوم الإنسانية، عدد 41 جوان 2014، ص 317.