

تفعيل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كآلية لتحفيز الاستثمار: دراسة مقارنة

أ. د. علال فالي

أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، المغرب

الملخص:

مرت العلاقة بين القطاعين العام والخاص بثلاث مراحل أساسية، بدأت الأولى بموجات الخصخصة التي شملت العديد من القطاعات والأنشطة والمؤسسات العمومية، والتي تم بموجبها نقل ملكية هذه الأخيرة بشكل نهائي إلى القطاع الخاص، ثم تميزت الثانية بالتخفيف من حدة الخصخصة عن طريق اللجوء بالأساس إلى عقود الامتياز وشركات الاقتصاد المختلط وعقود التدبير المفوض، في حين بدأت المرحلة الثالثة بظهور ما يسمى بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تستهدف توفير خدمات وبنيات تحتية اقتصادية واجتماعية وإدارية ذات جودة وبأقل تكلفة، وتنمية نماذج جيدة لحكامه المرافق العمومية داخل الإدارات العمومية؛ ولهذا تولت العديد من الدول العربية والغربية تنظيم هذا النوع من العقود بمقتضى نصوص قانونية خاصة، ومنها التشريع المغربي والكويتي والأردني والمصري والفرنسي.

بالنظر إذن للخصوصيات والمميزات التي تؤطر هذه الآلية من آليات التعاون بين القطاعين العام والخاص، يمكن التساؤل من ناحية عن أهم المزايا أو المحفزات القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية التي توفرها والتي من شأنها تشجيع القطاع الخاص على إبرام عقود الشراكة مع أشخاص القانون العام، وبالتالي الاستثمار في العديد من المجالات الحيوية وذات الأهمية في الدولة. ومن ناحية أخرى، يُثار التساؤل عن بعض مكامن الخلل والقصور أو النقائص التي تعترى التنظيم القانوني لهذه الآلية، سواء في دولة الكويت أو في المملكة المغربية أو في غيرها من التشريعات العربية والأجنبية الأخرى، والتي مازالت تجعل العديد من الشركاء الخواص يترددون كثيراً في ممارسة هذا النوع من المغامرات الاستثمارية الطويلة المدى والمحفوفة بالمخاطر.

وبالتالي يحاول هذا البحث الإجابة عن هذه التساؤلات، من خلال التطرق أولاً للدور بعض خصوصيات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تشجيع الاستثمار، وثانياً لبعض المؤثرات التي تحد من فاعلية هذه التقنية في ذلك، مع اقتراح بعض التوصيات والحلول.

كلمات دالة: الخصخصة، عقود الامتياز، الاقتصاد المختلط، عقود التدبير المفوض، تشجيع الاستثمار.

المقدمة:

اضطرت العديد من الدول، أمام عجزها بجميع مكوناتها، وأجهزتها ووسائلها وإمكانياتها المتنوعة والمتعددة، عن توفير كل الحاجيات والخدمات العمومية، وعن تسيير وتدبير المرافق العمومية المقدمة لها، وأمام الصعوبات التي تواجهها بالنسبة لتلك التي تتكفل بها بسبب محدودية الموارد المالية المتوفرة، إلى اللجوء إلى القطاع الخاص من أجل سد هذا العجز، وتغطية الخصاص (الخلل) المسجل على مستوى العديد من الخدمات والحاجيات التي تبقى من المسؤوليات التي تقع على كاهلها، وذلك من خلال العديد من التقنيات والآليات والتركيبات الإدارية والمالية والتدبيرية التي تختلف من دولة لأخرى، والتي يراعى في وضعها - في الغالب - طبيعة النظام القانوني والسياسي لهذه الدولة من جهة، ونوعية وحجم الخدمات أو الحاجيات المقدمة من جهة ثانية، وهاجس حماية المرتفقين (المنتفعين) والمصلحة العامة من جهة ثالثة.

مراعاة لهذه الاعتبارات التي تحاول التوفيق بين مصلحة القطاع الخاص وبين مصلحة الدولة بجميع مكوناتها وبين مصلحة المرتفقين، مرت العلاقة بين القطاعين العام والخاص بثلاث مراحل أساسية، بدأت الأولى بموجات الخصخصة التي شملت العديد من القطاعات والأنشطة والمؤسسات العمومية والتي تم بموجبها نقل ملكية هذه الأخيرة بشكل نهائي إلى القطاع الخاص، ثم تميزت الثانية بالتخفيف من حدة الخصخصة، عن طريق اللجوء بالأساس إلى عقود الامتياز، وشركات الاقتصاد المختلط، وعقود التدبير المفوض⁽¹⁾، في حين بدأت المرحلة الثالثة بظهور ما يسمى بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص⁽²⁾ التي تستهدف توفير خدمات وبنيات تحتية اقتصادية واجتماعية

(1) علال فالي، خصوصيات آلية التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحث مقدم في إطار المؤتمر العلمي الثالث عشر الذي عقدته كلية الحقوق بجامعة جرش بالأردن، تحت عنوان «التحكيم والوسائل البديلة في حل المنازعات»، يومي 6 و7 نونبر/نوفمبر 2019. انظر في هذا الإطار: القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.15 بتاريخ 14 فبراير 2006، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5404 بتاريخ 16 مارس 2006؛ وكذا المرسوم التطبيقي له رقم 2.06.362 بتاريخ 9 غشت/أغسطس 2006، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5454 بتاريخ 7 شتنبر/سبتمبر 2006.

(2) تطلق عبارة «الشراكة بين القطاعين العام والخاص» من طرف بعض الفقه في بعض الأحيان على كل أشكال وأنواع الشراكة بين القطاعين، وليس فقط عقود الشراكة بالمفهوم الضيق، بحيث تشمل كل أشكال التعاون بين القطاعين المذكورين من أجل ضمان اشتغال المرفق العام أو جزء منه فقط في إطار عقود طويلة المدى، وبالتالي يشمل حتى عقود التدبير المفوض وغيرها.

F. Marty et S. Trosa et A. Voisin, Les partenariats public-privé, Edition La découverte, Paris, 2006, p. 3.

وإدارية ذات جودة وبأقل تكلفة، وتنمية نماذج جيدة لحكامه المرافق العمومية داخل الإدارات العمومية على أساس الفعالية⁽³⁾.

وهكذا انتقل دور الدولة من الفاعل إلى دور المنظم المراقب، ومن دور الدولة الخدمية أو المقدمة للخدمات إلى الدولة الكافلة لها⁽⁴⁾.

وقد نظمت العديد من الدول الغربية والعربية حديثاً هذه العقود باعتبارها آلية جديدة للتشارك والتعاقد، وتحمل المسؤوليات وتقاسم المخاطر بين القطاعين العام والخاص، بحيث صدر في فرنسا المرسوم رقم 2004/559 سنة 2004 الذي تم تعديله سنتي 2008 و2009؛ وفي مصر صدر قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم 67 لسنة 2010، وفي دولة الكويت صدر قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم 116 لسنة 2014، وفي الأردن صدر قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم 31 لسنة 2014.

أمّا في المغرب، فقد تبلورت فكرة التعاقد على إنشاء شركات بين القطاعين العام والخاص واقعاً لأول مرة في العديد من المجالات، قبل أن تخضع للتأطير القانوني بمقتضى القانون

(3) للمزيد من التفاصيل حول هذه التقنية في التشريع المغربي، يرجى الرجوع إلى:

- يونس سلامي، الشراكة قطاع عام - قطاع خاص: التوجه المغربي على ضوء التجارب المقارنة، ط1، مطبعة طوب بريس، الرباط، 2011.

- يوسف بلشهب، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على ضوء القانون رقم 86.12، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، دار السلام، الرباط، العدد 121، سنة 2015، ص97، 135.

- قبل صدور القانون رقم 86.12: أعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمها فريق البحث في تحديث القانون والعدالة يومي 10 و11 فبراير 2012 في موضوع «نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص»، ط1، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2014.

(4) عبد الجبار عراش، أي تأطير قانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحث منشور بأعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمها فريق البحث في تحديث القانون والعدالة يومي 10 و11 فبراير 2012 في موضوع «نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص»، دار أبي رقرق، الرباط، ص9.

Voir: Jean-Jacques Lavenue, PPP: service public role et réforme fr l'Etat: externalisation ou stratégie des chocs? Revue LexisNexis.

وإن كانت جائحة كورونا التي سببها فيروس كوفيد 19، والتي رتبت أزمات اقتصادية واجتماعية وصحية في أغلب الدول التي تعاني منها، بما فيها القوى الاقتصادية الكبرى في العالم، ستدفع العديد من دول العالم إلى إعادة النظر في سياساتها وفي الأدوار التي تقوم بها، وتحديد الأولويات في القطاعات التي يتعين التكفل بها بشكل مباشر وجدي، وخصوصاً منها ما يتعلق بقطاعات التعليم، والبحث والصحة، وأنظمة الحماية الاجتماعية.

رقم 86.12⁽⁵⁾ والمرسوم المطبق له⁽⁶⁾.

وقد أشارت الدراسة المعدة من صندوق النقد العربي إلى أن المشاريع المنفذة في إطار الشراكة في الدول العربية تغطي عدة قطاعات اقتصادية وخدمية، ومنها بالخصوص قطاعات الطاقة والنقل والاتصالات والصحة، وبدرجة أقل الزراعة والتعليم والصناعة والبيئة. ففي دولة الكويت مثلاً، اقتصر إبرام عقود الشراكة على قطاع الطاقة، وذلك في شكل عقود الخدمة وعقود الإدارة وعقود الإيجار وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، في حين شملت في المغرب قطاعات الصحة والنقل والمياه والطاقة والزراعة، وذلك فقط في شكل عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية⁽⁷⁾. أما فيما يتعلق بالأردن، فشملت قطاعات التعليم والصحة والاتصالات والنقل والمياه والبيئة وقطاعات أخرى. وفي مصر شملت هذه العقود قطاعات التعليم والصحة والاتصالات والنقل والمياه والطاقة⁽⁸⁾، وذلك في شكل عقود الخدمة، وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية⁽⁹⁾.

وبالنظر إلى أهمية وجدة هذا النوع من العقود، فإننا سنتولى أولاً في هذه المقدمة تحديد تعريف له، قبل أن نتطرق للأهمية النظرية والعملية لموضوعنا.

أولاً: تعريف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

عرّفت أغلب التشريعات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص استهداءً بالتعريفات التي وضعتها بعض المؤسسات الدولية لهذه التقنية كصندوق النقد الدولي ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، بحيث عرّفه المشرع المغربي بأنه: «عقد محدد المدة، يعهد

(5) يتعلق الأمر بالقانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.192 بتاريخ 24 دجنبر/ ديسمبر 2014، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 6328، بتاريخ 22 يناير 2015، والذي تم تغييره وتتميمه مؤخراً بمقتضى القانون رقم 46.18، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.04، بتاريخ 6 مارس 2020، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 6866، بتاريخ 19 مارس 2020.

(6) يتعلق الأمر بالمرسوم رقم 2.15.45 الصادر في 13 ماي/ مايو 2015 بتطبيق القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 6365، بتاريخ 1 يونيو 2015. انظر أيضاً: قرار رئيس الحكومة رقم 3.71.19 الصادر في 9 شتنبر/ سبتمبر 2019 بتعيين أعضاء اللجنة الدائمة المحدثة لدى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية، والمكلفة بالقضايا المتعلقة بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقود التدبير المفوض.

(7) من ذلك مثلاً بناء محطة تحلية مياه البحر سنة 2017 بقيمة 1.2 مليون درهم مغربي، ومشروع إنتاج الكهرباء بقيمة 88.163 مليون درهم.

(8) ومنها مشروع قطاع النقل بقيمة 1.800 مليون جنية، ومشروع في قطاع المياه بقيمة 2.400 مليون جنية.

(9) أحمد أبو بكر بدوي وطارق عبد القادر إسماعيل، أطر الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول العربية، منشورات صندوق النقد العربي، الدائرة الاقتصادية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، دجنبر/ ديسمبر 2020، ص 10 و 11.

بموجبه شخص عام (الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها والمقاولات العمومية) إلى شريك خاص (شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص بما في ذلك الذي يمتلك شخصاً عاماً رأسماله كلياً أو جزئياً)، مسؤولية القيام بمهمة شاملة، تتضمن التصميم والتمويل الكلي أو الجزئي، والبناء أو إعادة التأهيل، وصيانة و/ أو استغلال منشأة أو بنية تحتية أو معدات أو ممتلكات غير مادية، أو تقديم خدمات ضرورية لتوفير مرفق عمومي»⁽¹⁰⁾.

من جهته، عرّف المشرع الكويتي نظام الشراكة بأنه: «نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة - متى تطلب المشروع ذلك - في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ، أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية، وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة، ويأخذ إحدى الصورتين:

(1) أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل، يتحصل عليه المستثمر - عن الخدمة أو الأعمال المنفذة - من المستفيدين، أو من الجهات العامة التي يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها والتي قامت بالتعاقد معه، أو من كليهما.

(2) أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني، واستثماره لمدة محددة، ويدفع مقابلاً لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع - متى وجدت - في الحاليتين.

وعرّف عقد الشراكة بكونه: «مجموعة الاتفاقيات التي يتعين إبرامها بشأن تنفيذ أحد مشروعات الشراكة بين الجهة العامة وشركة المشروع وفقاً لهذا القانون»⁽¹¹⁾.

أمّا المشرع الأردني، فعرّف عقد الشراكة بأنه: «اتفاق الشراكة الذي يبرم بين أي وزارة، أو دائرة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة، أو هيئة أو مجلس أو سلطة أو بلدية، أو شركة مملوكة بالكامل للحكومة، أو التي تساهم فيها (الجهة الحكومية) بنسبة لا تقل عن 50%، وأي من جهات القطاع الخاص والذي تحدد فيه الشروط والأحكام والإجراءات وحقوق والتزامات الطرفين وفقاً لأحكام القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه».

وحدّد أهدافه في إنشاء البنية التحتية العامة، وإعادة تأهيلها وتشغيلها وصيانتها، من خلال تشجيع القطاع الخاص على الدخول في مشاريع الشراكة الاستثمارية مع الجهة الحكومية، إضافةً إلى إيجاد التمويل اللازم لدعم مشاريع الجهة الحكومية ذات الجدوى،

(10) وذلك وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم 86.12 المعدلة بمقتضى المادة الأولى من قانون 46.18.

(11) وذلك وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم 116 لسنة 2014.

وأخيراً الاستفادة من الخبرة والمعرفة الفنية، والتقنية الحديثة التي يملكها القطاع الخاص في إنشاء المشاريع وإدارتها.

في حين عرّفه المشرع المصري بأنه: «عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع، وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وإتاحة خدماتها، أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج، أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد».

أما على مستوى التشريعات الغربية، فقد عرّفه التشريع الفرنسي بأنه: «عقد إداري تعهد بمقتضاه الدولة، أو إحدى مؤسساتها العمومية إلى الطرف الآخر، ولفترة زمنية محددة، ووفقاً لمدة استهلاك الاستثمارات وشروط التمويل المعتمدة، بمهمة إجمالية تتعلق بالتمويل والبناء أو التحويل أو الصيانة أو الاستغلال أو تدبير المرفق العام»⁽¹²⁾.

وعلى المستوى الدولي، لا يوجد تعريف موحد ومتفق عليه لهذا النوع من الشراكات، بحيث وضعت المفوضية الأوروبية في الكتاب الأخضر الصادر بتاريخ 30 أبريل 2004 أربعة معايير لها تتمثل في مدة العقد التي تكون طويلة نسبياً، وفي طريقة تمويل المشروع الذي يمول جزء منه القطاع الخاص، وفي الدور الهام الذي يلعبه الفاعل الاقتصادي في تصميم المشروع وإنجازه وتفعيله وتمويله، بينما يتركز اهتمام الشريك العمومي على تحديد الأهداف التي ينبغي بلوغها (المصلحة العمومية وجودة الخدمات وسياسة التسعير)، وفي تقاسم المخاطر.

وعرّفها صندوق النقد الدولي بأنها: «الاتفاقيات التي يوفر بموجبها القطاع الخاص بنيات تحتية وخدمات كانت عادة من مسؤوليات الدولة». في حين عرّفتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بأنها: «اتفاقيات يتم إبرامها ما بين الدولة، وبين شريك أو شركاء متعددين من القطاع الخاص، يقوم بموجبها الشركاء الخواص بتوفير خدمات، بحيث إن أهداف مردوديتهم ترتبط بالنقل الكافي للمخاطر إلى الشريك الخصوصي»⁽¹³⁾.

(12) Pour plus de détails sur l'historique de l'adoption de l'ordonnance française de 2004. Voir Gilles J Guglielmi. L'expérience française des contrats de partenariat: depuis les montages acceptés par la jurisprudence jusqu'à la législation par ordonnance. In actes du colloque international organisé le 10 et le 11 février 2012 par l'équipe de recherche sur la modernisation du droit et de la justice sous thème «vers un cadre juridique des contrats de partenariat public-privé au Maroc», Edition Bouregrag, Rabat, 2014, p. 47.

(13) رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بخصوص إحالة تخص مشروع القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، منشور بالجريدة الرسمية، العدد 6324، بتاريخ 8 يناير 2015.

ثانياً: الأهمية النظرية للموضوع

تتجلى الأهمية النظرية للموضوع في كونه يعتبر من المواضيع الجديدة والحديثة التي تحتاج إلى الكثير من الدراسة والتحليل والتمحيص لجميع الجوانب المتعلقة بها، وذلك بما يُمكن من تقييم مدى أهميتها وفائدتها، وكذا تحديد أهم الإيجابيات التي تحققها، مقارنة مع باقي طرق استغلال وتسيير المرافق العمومية، وأيضاً تبيان أهم السلبيات التي يمكن أن تنتج عن هذه العقود، وخصوصاً على مستوى ضمان الحماية الفعالة والكافية للمواطن المرتفق.

ثالثاً: الأهمية العملية للموضوع

تظهر هذه الأهمية على الخصوص في أنّ تشجيع الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية في بلد معين يمر بالأساس، من خلال توفير العديد من الآليات والتقنيات القانونية والتعاقدية، الكفيلة بجذب المستثمر وتشجيعه على مغامرة الاستثمار، بما يحقق مصلحته ومصلحة الشخص العام ومصلحة المرتفق، وهذا ما يصدق بشكل مباشر على تقنية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تشكل آخر إبداعات التعاون والتشارك بين القطاعين العام والخاص، من أجل خلق استثمارات طويلة الأمد، تحقق الغايات المرجوة منها.

رابعاً: منهج البحث:

في ضوء ما سبق، سنعتمد في بحثنا على المنهج الوصفي الاستقرائي، من خلال دراسة جميع النصوص القانونية المؤطرة لهذه التقنية، واستجلاء ما يتعلق منها بموضوع الدراسة فقط، ثم أيضاً على المنهج المقارن، من خلال تقييم موقف العديد من التشريعات المقارنة من هذه التقنية، وذلك على مستوى جلب وتشجيع الاستثمارات، كما سوف نعتمد على المنهج الإحصائي، من خلال دراسة بعض الإحصائيات المتعلقة بالموضوع، وذلك بالرغم من ندرتها وصعوبة الوصول إليها.

خامساً: خطة البحث

بالنظر إذن للخصوصيات والمميزات التي تُوَطر هذه الآلية من آليات التعاون بين القطاعين العام والخاص، يمكن التساؤل من ناحية عن أهم المزايا أو المحفزات القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية التي توفرها، والتي من شأنها تشجيع القطاع الخاص على إبرام عقود الشراكة مع أشخاص القانون العام، وبالتالي الاستثمار في العديد من المجالات الحيوية وذات الأهمية في الدولة، كما نتساءل من ناحية أخرى، عن بعض

مكامن الخلل والقصور، أو النقائص التي تعتري التنظيم القانوني لهذه الآلية، سواء في دولة الكويت أو في المملكة المغربية، أو في غيرهما من التشريعات العربية والأجنبية الأخرى، والتي مازالت تجعل العديد من الشركاء الخواص يترددون كثيراً في ركوب هذا النوع من المغامرات الاستثمارية الطويلة المدى والمحفوفة بالمخاطر.

وللإجابة عن هذه التساؤلات، سوف نقسّم بحثنا إلى مبحثين: نتناول في الأول دور بعض خصوصيات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تشجيع الاستثمار، وفي الثاني سنتطرق للمؤثرات الداخلية والخارجية التي تحد من فاعلية هذه التقنية في جلب استثمارات القطاع الخاص الوطني والأجنبي.

المبحث الأول دور خصوصيات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تشجيع الاستثمار

تعتبر آلية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من آخر التركيبات والإبداعات التي اهتدى إليها ممثلو القطاعين معاً، من أجل تنفيذ مشروعات تستهدف تقديم خدمات عامة، لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية، أو حتى تتعلق بتحسين الخدمات العامة القائمة، أو تطويرها ورفع كفاءتها، والاستفادة من الخبرة والمعرفة الفنية والتقنية الحديثة في إنشاء المشاريع وإدارتها⁽¹⁴⁾.

إنّ العلاقة بين القطاعين لتحقيق هذه الأهداف، أو تدبير بعض المرافق العمومية، مرت بالعديد من المحطات التي بدأت بما يسمى بالامتيازات، التي كانت تخوّل القطاع الخاص تدبير بعض المرافق العمومية، ثم تم الانتقال إلى إحداث شركات اقتصاد مختلط بين القطاعين، ثم إلى اعتماد تقنية التدبير المفوض التي أظهرت التجربة في العديد من الدول، بما فيها المغرب⁽¹⁵⁾، عن عدة مظاهر للقصور فيها، تتمثل على الخصوص في ضعف الخدمات، وارتفاع أثمانها، وطغيان الهاجس الربحي على أنشطة الشركات التي أبرمت معها هذه العقود.

وبالنظر لقصور أو فشل الآليات التقليدية في تدبير المرافق العمومية من طرف القطاع الخاص، وذلك سواء بشكل مطلق أو نسبي، تم الاهتمام إلى آلية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كتقنية حديثة نسبياً، ولدت من رحم بعض المؤسسات المالية والاقتصادية الدولية وبعض التشريعات الأجنبية، قبل أن تنتقل إلى جل الدول العربية تقريباً كتمارس أولاً، ولو تحت مسميات أخرى، ثم ثانياً كتقنية مؤطرة بنصوص قانونية، استفادت بالأساس من التنظيمات القانونية والاسترشادية الأجنبية والدولية.

(14) بخصوص الطبيعة القانونية لهذه العقود والتي كانت موضوعاً للعديد من النقاشات والجدل الفقهي والقضائي بين من يعتبرها عقوداً إدارية، وبين من يعتبرها عقوداً خاضعة للقانون الخاص، وبين من يجعلها عقوداً هجينة مختلطة ذات طبيعة خاصة، يرجى الرجوع إلى: علاء فالي، مرجع سابق؛ سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون المقارن، العددان 1 و3، سنة 2017، عبد الرحمان الشرفاوي، تكييف عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، بحث منشور بأعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمها فريق البحث في تحديث القانون والعدالة، يومي 10 و 11 فبراير 2012 في موضوع «نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص»، ط 1، دار أبي رقراق، الرباط، 2014.

(15) خصوصاً ما يتعلق بالتدبير المفوض لقطاعات الكهرباء والماء والتطهير ونظافة المدن.

تشكّل هذه الآلية إذن نوعاً من التعاون والاستفادة المتبادلة بين القطاعين العام والخاص المبنية على قاعدة «فائز فائز»، بحيث حاولت جميع النصوص القانونية المؤطرة لها في أغلب الدول العربية والأجنبية ضمان نوع من التوازن والمصالح المشتركة بين مختلف الأطراف المعنية، حتى تشكّل آلية محفزة للقطاع الخاص على مخاطرة الاستثمار في أنواع المشاريع التي يمكن إنشاؤها أو دعمها بواسطة هذه التقنية، وعلى تجاوز مختلف السلبات التي طبعت طرق التعاون التقليدية، وخصوصاً منها في مجال الطاقة والمياه والصرف الصحي والاتصالات والنقل والإنشاءات وغيرها⁽¹⁶⁾.

من هذا المنطلق تظهر أهمية التساؤل عن الإيجابيات والمزايا التي تميّز هذه الآلية والتي من شأنها تحفيز القطاع الخاص على إبرام عقود شراكة في هذا الإطار مع القطاع العام، بما يعود بالنفع على جميع الأطراف، والتي يمكن من خلال النصوص القانونية الوطنية والمقارنة المؤطرة لهذه الآلية، إجمالها بالخصوص في تكفل الشريك الخاص بالمشروع منذ بدايته إلى نهايته، وتوليه أداء الخدمة وتلبية حاجيات المرتفقين، وفي طول مدة العقد، وفي تقاسم المخاطر بين الشريك الخاص والشريك العام، وفي تحريك العجلة الاقتصادية لضخامة المشاريع موضوع هذه العقود، وإمكانية تعاقد الشريك الخاص من الباطن مع مقاولات أخرى لتنفيذ المشروع، وفي وجوب إخضاع النزاعات المرتبطة بعقد الشراكة للوسائل البديلة لحل المنازعات، وفي بعض المزايا والإعفاءات الضريبية والجمركية وغيرها التي يمكن أن يتمتع بها الشريك الخاص الفائز بالمشروع⁽¹⁷⁾.

وبالنظر إلى تعدد هذه الخصوصيات التي تميّز عقود الشراكة، والتي من شأنها تحفيز المستثمرين الخواص على إبرامها مع الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها والمقاولات العمومية، فإنّه يمكننا تقسيمها إلى خصوصيات مرتبطة بالطبيعة المباشرة لعقد الشراكة في حد ذاته، وأخرى مرتبطة بالخصوصيات المحيطة بهذا العقد.

(16) خاصة وأن العديد من الدول العربية تواجه تحديات على صعيد توفير التمويل اللازم للإنفاق الحكومي من أجل تطوير وتوسيع البنية التحتية لتلبية للطلب المتزايد على الخدمات العامة. أحمد أبو بكر بدوي وطارق عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 1.

(17) لن نتحدث هنا عن خصوصيات عقود الشراكة غير المرتبطة بإشكالية البحث كالكتابة والمصادقة على العقد، والشروط الواجب توفرها في المستثمر، أو تلك التي يتعيّن عليه احترامها في تنفيذ العقد أو غيرها من الخصوصيات العامة، والتي نحيل بخصوصها على المراجع العامة التي تناولت هذا الموضوع.

المطلب الأول

محفزات الاستثمار المرتبطة بطبيعة عقد الشراكة

تضمن التنظيم القانوني لآلية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص العديد من الخصوصيات التي تميّز هذه العقود، والتي حاولت من خلالها جل التشريعات ضمان مجموعة من المحفزات التي من شأنها دفع المستثمرين الخواص إلى ممارسة هذا النوع من المغامرات الاستثمارية طويلة المدة والمحفوفة بالمخاطر، والتي يتطلب إنجازها في أغلب الأحوال رساميل ضخمة وإدارة مهيكلية، وعدة شروط أخرى لا تتوفر إلا عند مستثمرين من نوع خاص⁽¹⁸⁾.

الفرع الأول

خضوع إبرام عقد الشراكة لمبادئ المساواة

والمنافسة والشفافية

يعتبر ضمان مبادئ حرية الولوج والمساواة في المعاملة والموضوعية والمنافسة والشفافية في عملية إبرام عقود الشراكة من الضمانات الرئيسية والأساسية التي من شأنها تشجيع المستثمرين الخواص على المشاركة في مختلف طرق إبرام هذه العقود، سواء تعلق الأمر بمسطرة⁽¹⁹⁾ الحوار التنافسي⁽²⁰⁾، أو بمسطرة طلب العروض المفتوح أو

(18) في هذا الإطار، تشير التقديرات إلى أنّ قيمة مشاريع الشراكة بين القطاعين قيد التنفيذ وصلت إلى 224 مليار دولار في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا في عام 2019.

Middle East Business Intelligence MEED. PPP in the Middle East and North Africa 2019.

أورده أحمد أبو بكر بدوي وطارق عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 10.

(19) «المسطرة» مصطلح قانوني يستخدم بكثرة في المغرب، وهو يعني: «مجموعة القواعد القانونية المنظمة لمختلف الإجراءات والمساطر والشكليات الواجب اتباعها واحترامها في مجال من المجالات القانونية المختلفة. انظر في ذلك: معنى «قانون المسطرة» في المعاجم العربية والأنطولوجيا....، موقع جامعة بيرزيت، فلسطين المحتلة. <https://ontology.birzeit.edu/term>

(20) تمكن هذه المسطرة الشخص العام، على أساس برنامج عملي ونظام دعوة إلى المنافسة يعده بنفسه، وبعد إعلان إشهاري، بإجراء مناقشات مع مترشحين للتعرف على الحل أو الحلول التي من شأنها تلبية حاجياته. ويجوز للشخص العام أن يلجأ إلى هذه المسطرة في حالة ما إذا لم يستطع بمفرده، بكل موضوعية وبصفة مسبقة، تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجيات المشروع موضوع عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أو إعداد تركيبته المالية أو القانونية.

طلب العروض بالانتقاء المسبق⁽²¹⁾، أو بالمسطرة التفاوضية⁽²²⁾.

وتزداد أهمية ضمان هذه المبادئ وحضورها القوي خلال جميع مراحل إبرام عقود الشراكة خصوصاً متى تعلق الأمر بمستثمرين أجانب، بحيث يعتمد هؤلاء في العديد من الأحيان على مجموعة من المؤشرات والمعايير المرتبطة بهذه المبادئ من أجل تقرير المشاركة من عدمها في مساطر إبرام هذه العقود.

وبالنظر إلى هذه الأهمية، نصت مختلف التشريعات الوطنية على وجوب الحرص على توفر هذه المبادئ في عملية إبرام العقد، من أجل ضمان تنافسية حقيقية وشريفة بين مختلف مقدمي العروض أو العطاءات، وبما يضمن أيضاً حياد الشريك العام، وقطع الطريق على العديد من التصرفات والأفعال التي ترافق غالباً تقديم العطاءات بمختلف أنواعها من قبيل الرشوة والمحسوبية واستغلال النفوذ وغيرها.

وفي هذا الإطار، نصت المادة الثالثة من القانون المغربي رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه: «يخضع إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمبادئ حرية اللوج والمساواة في المعاملة والموضوعية والمنافسة والشفافية، واحترام قواعد الحكامة الجيدة. يجب أن تكون مسطرة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص موضوع إشهار مسبق، وتخضع كل مسطرة من مساطر إبرام عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص لنظام الدعوة إلى المنافسة».

وفي الإطار نفسه، نصت المادة الثامنة من القانون الكويتي رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه: «يجب أن يخضع اختيار المستثمر لمبادئ الشفافية والعلانية، وحرية المنافسة، وتكافؤ الفرص والمساواة، وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في هذا القانون ولائحته التنفيذية»، وهو ما نصت عليه بالعبارات نفسها المادة (19) من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010.

(21) طلب العروض المفتوح مسطرة يقوم الشخص العام بموجبها، بعد دعوة للمنافسة، باختيار العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية، أما طلب العروض بالانتقاء المسبق، فهي مسطرة تمكن الشخص العام من التحديد المسبق لللائحة المترشحين المقبولين لإيداع العروض.

(22) يمكن اللجوء إلى هذه المسطرة التفاوضية في الحالات التالية: - عدم إمكانية إنجاز الخدمة أو استغلالها لاعتبارات تقنية أو قانونية إلا من قبل فاعل وحيد من القطاع الخاص، - حالة الاستعجال الناجمة عن أحداث غير متوقعة بالنسبة إلى الشخص العام، - دواع تتعلق بالدفاع الوطني أو الأمن العام. وبالنظر إلى طبيعتها، فإنه يمكن أن لا تخضع للإشهار المسبق أو لنظام الدعوة للمنافسة أو هما معا.

الفرع الثاني

طول مدة العقد

يعتبر طول مدة عقد الشراكة من أهم مميزات هذا العقد عن غيره من العقود التي يمكن للدولة ومؤسساتها العامة إبرامها مع المستثمرين الخواص، بحيث يُراعى في تحديد هذه المدة قيمة المشروع الذي تولى الشريك الخاص إنجازَه، والتكاليف العامة والخاصة التي أنفقها في سبيل ذلك، وكذا هامش الربح المرتقب تحقيقه من ذلك.

وتعتبر مدة المشروع من بين أهم البيانات الإلزامية التي يتم تضمينها في عقد الشراكة، والتي تكون موضوع تفاوض شرس في بعض الأحيان بين طرفي العقد، بحيث يحاول الشريك الخاص قدر الإمكان الرفع من هذه المدة، بما يكفل له استرجاع التكاليف التي أنفقها، وتحقيق هامش ربحي مهم، في حين يحاول الشريك العام بالمقابل التخفيض قدر المستطاع من هذه المدة من أجل تملك المشروع وأيلولته إليه، قصد استغلاله بشكل مباشر مما يحقق الغايات المرجوة من إبرام العقد.

ورغم أن تحديد مدة عقد الشراكة يبقى من النقاط التي تخضع للتفاوض المباشر والصريح بين الشريك الخاص الراغب في الاستثمار وبين الشريك العام، والتي تتأثر بطبيعة المشروع وآليات تمويله، وطبيعة وثمان الخدمات التي سيتولى تقديمها وغيرها من المؤثرات الأخرى، وبالتالي يكون من الصعب تحديد حد أقصى لها، فإن أغلب التشريعات تبنت مواقف مختلفة من وضع هذا الحد الأقصى والذي يمنع من استئثار الشريك الخاص بالمشروع لمدة طويلة جداً يصعب معها حتى ضمان مراقبة فعالة لمدى تحقيق المشروع للأهداف المرجوة منه، ويحول دون أيلولة المشروع للشخص العام.

وفي الوقت الذي نصت فيه المادة (18) من القانون الكويتي رقم 116 لسنة 2014 على أن: «مدة الاستثمار تطرح في وثائق الطرح بما يتفق مع طبيعة المشروع ومتطلباته، وأن الحد الأقصى لهذه المدة هو خمسون سنة، تبدأ من التاريخ المحدد في العقد لاكمال أعمال البناء والتجهيز أو لإتمام أعمال التطوير»، دون أن تتحدث هذه المادة عن إمكانية تمديد هذه المدة لما بعد هذا الحد الأقصى، أو عن حد أدنى لمدة العقد، اعتبرت المادة (13) من القانون المغربي رقم 86.12 أنه يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد هذه المدة نوع الاستثمارات التي سيتم إنجازها، وكيفية التمويل المعتمدة، وطبيعة الخدمات المقدمة، وأن هذه المدة تتراوح ما بين خمس سنوات وثلاثين سنة يمكن تمديدها، بصفة استثنائية إلى خمسين سنة، وذلك حسب الطبيعة المعقدة للمشروع، وخصوصياته التقنية والاقتصادية والمحاسبية والمالية.

في مقابل موقف المشرعين الكويتي والمغربي بهذا الخصوص، نصت المادة (13) من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2014 على حد أقصى لمدة عقد الشراكة محدد في 35 سنة فقط، دون أي إشارة إلى إمكانية تمديدها، أو لحد أدنى لمدة هذا العقد.

وخلالاً لمواقف التشريعات أعلاه، نصت المادة الثانية من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 على حد أدنى لمدة العقد وهو خمس سنوات، وعلى حد أقصى وهو ثلاثون سنة، ومنحت الفقرة الثالثة منها لمجلس الوزراء - بناء على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة - الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة دون أي تحديد، إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.

الفرع الثالث

تقاسم المخاطر والحفاظ على توازن العقد

تعتبر هذه الخاصية المميزة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من المحفزات التي من شأنها تشجيع المستثمرين الخواص على إبرام عقود شراكة مع الشريك العام، على اعتبار أن ذلك يضمن عدم تحمل المستثمر وحده للمخاطر المرتبطة بالمشروع، بما فيها تلك الناجمة عن الحادث فجائي أو القوة القاهرة. ويجب أن يتم بعقد الشراكة تعريف وتفصيل المخاطر التي سيتم تقاسمها بين الطرفين، وكذا الشروط التي سيتم وفقها هذا التقاسم، وتكريس ما يسمى بالشراكة التي لا خاسر فيها (Win-Win Partnership).

وفي هذا الإطار، نصت المادة (16) من القانون المغربي رقم 86.12 على أن: «عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص يحدد الشروط التي يتم وفقها تقاسم المخاطر بين الشخص العام والشريك الخاص، بما في ذلك تلك الناجمة عن حادث فجائي أو قوة القاهرة، مع احترام توازن العقد المذكور، وأنه يجب تعريف وتفصيل المخاطر المرتبطة بمختلف مراحل المشروع، ويتحمل هذه المخاطر الطرف المؤهل لذلك قصد التقليل من تكلفتها، مع مراعاة المصلحة العامة وخصوصيات المشروع». كما نصت المادة (17) منه على أن: «العقد يحدد الشروط التي تخول لكل من الشخص العام والشريك الخاص الحق في الحفاظ على توازن العقد عند وقوع أحداث مفاجئة غير متوقعة، أو في حالة قوة القاهرة».

الفرع الرابع إمكانية اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض منازعات عقود الشراكة

يعتبر اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات - من صلح ووساطة اتفاقية وتحكيم - من أهم المحفزات التي يمكن أن تدفع المستثمرين الخواص إلى ركوب مغامرة إبرام عقود الشراكة مع الأشخاص العامة، بحيث لا يستحسن هؤلاء غالباً اللجوء إلى القضاء الوطني والخضوع لمختلف المساطر القضائية، المتسم أغلبها بالبطء والتعقيد وبالمساس المباشر، في بعض الأحيان، حتى بسمعة وائتمان المستثمر، خاصة متى كان ينوي إبرام عقود شراكات أو التعامل مع عدة جهات في عدة دول⁽²³⁾.

وقد تنبّهت جل التشريعات إلى هذا الأمر، بحيث نظمت، بطرق مختلفة أحياناً، اللجوء إلى هذه الوسائل البديلة في عقود الشراكة، وحددت طبيعتها ونطاقها ومداهها والآثار المترتبة عليها. ومن ناحيتهما، فقد وسّع التشريعان المغربي والأردني من هذا النطاق، وجعلاه قابلاً للتطبيق لفض المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ عقد الشراكة، في حين اختزل التشريع الكويتي هذه الوسائل البديلة فقط في التحكيم.

فبالرجوع إلى المادة (27) من القانون المغربي رقم 86.12، نجد بأنها تنص على أن: «عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ينص على اللجوء إلى مساطر الصلح، والوساطة الاتفاقية، أو التحكيم أو المساطر القضائية، ويمكن لهذا العقد أن ينص على مسطرة الصلح قبل اللجوء إلى المساطر الأخرى، وأنه يتعين أن يحدد العقد أيضاً الوسيط المختص أو هيئة التحكيم ذات الاختصاص في حالة اللجوء إلى مسطرة الوساطة الاتفاقية أو التحكيم».

وفي الإطار نفسه تقريباً، نصت المادة (16) من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2014 على أن: «القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة هو القانون الأردني، ويجوز أن يتم الاتفاق على تسوية النزاعات المتعلقة بعقود مشاريع الشراكة بالوسائل البديلة لتسوية النزاعات وفقاً لاتفاق الطرفين في عقد الشراكة».

وخلالاً لهذا التوسيع، نصت المادة (29) من القانون الكويتي رقم 116 لسنة 2014 على أنه: «يجوز، بالاستثناء من الأمر الأميري الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 1960 المشار إليه، وبعد موافقة اللجنة العليا لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الاتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم».

(23) علال فالي، مرجع سابق.

فقط، دون غيره من الوسائل البديلة الأخرى.

ويتضح من موقف جميع التشريعات أعلاه أنها لم تجعل من اللجوء إلى التحكيم (التشريع الكويتي)، أو إلى الوسائل البديلة جميعها (التشريعين المغربي والأردني)، أمراً إلزامياً لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين الشريك العام والشريك الخاص في عقود الشراكة المبرمة بينهما، بحيث يتضح من الصياغة أنه يمكن لطرفي العقد أن يتفقا على اللجوء إليها⁽²⁴⁾؛ كما يمكن لهما أن يضمنا العقد وجوب اللجوء إلى المساطر القضائية لحل النزاعات دون أي إمكانية للجوء إلى الوسائل البديلة.

ورغم أن أساس التحكيم هو الإرادة الحرة للطرفين، إلا أن طبيعة بعض العقود تشهد أحيانا تحكيمياً يضطر فيه أحد الطرفين إلى قبوله بسبب القوة الاقتصادية للطرف الآخر، وحاجة الطرف الأول إلى إبرام العقد الأصلي معه لما يقدمه له من تمويل. وقد يقبل الطرف ليس فقط التحكيم، بل أيضاً شروطاً غير ملائمة له، كإجراء التحكيم في بلد أجنبي، أو وفقاً لنظام مركز تحكيم باهظ التكاليف، أو الاتفاق على محكم لا يرغب فيه، ولكن يفرضه الطرف الآخر، أو يفرضه مركز التحكيم⁽²⁵⁾. وهذا ما يلاحظ بخصوص عقود الشراكة، خصوصاً منها المبرمة مع بعض المستثمرين الأجانب، ذوي القوة الاقتصادية أو حتى السياسية أحياناً.

وعموماً، يرتب تضمين عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص شرط التحكيم أو غيره من الوسائل البديلة، نزع الاختصاص من القضاء للبت في النزاع الناشئ بين طرفي هذا العقد، بحيث لا يجوز لهؤلاء رفع دعاوهم أمام القضاء مباشرة، وإنما لا بد من اللجوء إلى مسطرة التحكيم أو غيرها من الوسائل البديلة الأخرى، وذلك تحت طائلة عدم قبول هذه الدعاوى⁽²⁶⁾.

(24) ويمكن أن يتم تضمين هذا النوع من العقود وجوب اللجوء إلى مسطرة الصلح قبل اللجوء إلى مسطرة الوساطة الاتفاقية، أو إلى التحكيم أو إلى القضاء.

Voir: Zakaria Laghzaoui et Hajar Rhomija, Aspects pratiques liés à la conclusion de contrats de partenariat public-privé, Revue LexisNexis du 25 janvier 2021.

(25) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 32.

(26) وفي هذا الإطار نص قرار للمجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حالياً) رقم 1/240 بتاريخ 13/02/2002 في الملف التجاري رقم 98/1/6/1021 على ما يلي: «حقاً حيث إنه بالرجوع إلى المقال الافتتاحي للدعوى يتبين أن المطلوب في النقض في معرض سرده للوقائع، أوضح بأن الطاعنة امتنعت عن تنفيذ العقد الذي أبرمته معه، بحيث لم تقم بتسديد ما التزمت به لفائدته، مما اضطره للجوء إلى القضاء مطالباً بفسخ هذا العقد، ويستخلص من ذلك أن سبب إقامة هذه الدعوى هو النزاع القائم بين الطرفين في تنفيذ العقد، وأنه بالرجوع إلى الفصل 8 من هذه الاتفاقية، تبين أن الطرفين اتفقا على إسناد الأمر أولاً إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع بشأن تنفيذ العقد، والعقد شرعية المتعاقدين حسب الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود (ق ل ع)، والمحكمة عندما قبلت الدعوى التي تقدم بها

المطلب الثاني

محفزات الاستثمار المرتبطة بالخصوصيات المحيطة بعقد الشراكة

إلى جانب الخصوصيات أعلاه المرتبطة بطبيعة ومضمون عقود الشراكة، والتي رأينا أنها يمكن أن تشكل محفزات لتشجيع المستثمرين الخواص على إبرام هذه العقود بما يضمن تحقيق مصلحة جميع الأطراف، وبشكل غير مباشر مصلحة المواطن، فإن هناك عدة خصوصيات محيطة بهذه العقود تمكن بدورها من تشجيع الاستثمار، وتحريك عجلة الاقتصاد، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، والتي يمكن إجمالها في المزايا والإعفاءات الضريبية والجمركية التي يمكن أن يتمتع بها المستثمر أو الشريك الخاص، وفي النشاط الاقتصادي المباشر الذي يحدثه إنجاز أعمال بناء المشروع وتجهيزه أو أعمال تطويره، وكذا خلال مدة تنفيذ المشروع، وما يرتبه ذلك من لجوء إلى التعاقد من الباطن مع العديد من المقاولات الوطنية والأجنبية في المرحلتين معاً.

الفرع الأول

تمتع المستثمر ببعض المزايا والإعفاءات

يعتبر تمتع المستثمر الفائز بالمزايا والإعفاءات الضريبية والجمركية، أو غيرها من المحفزات التي من شأنها تشجيعه على المشاركة في العطاءات والعروض التي تطرحها الجهات العامة، خاصة متى كان من شأنها التقليل من التكاليف التي سيتحملها في أعمال البناء أو التجهيز أو التطوير، أو حتى خلال تقديم الخدمات، وكذا من رفع هامش الربحية في المشروع.

الطاعن مباشرة إلى القضاء متجاوزاً شرط التحكيم الذي التزم به، تكون قد خرقت القانون، فكان ما بالوسيلة وارداً علي القرار، مما يستوجب نقضه».

وهو ما جاء أيضاً في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2005/852 بتاريخ 2005/03/17 في الملف رقم 4/2004/3606 من أنه: «حيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف، يتبين أنّ العلاقة بين طرفي الدعوى المعروضة على هذه المحكمة ينظمها العقد المحرر بتاريخ 2002/06/01؛ حيث إنه بمراجعة بنود هذا العقد يتضح بأنه تم التنصيص فيه على لجوء طرفيه إلى التحكيم بالنسبة لجميع النزاعات التي يمكن أن تقع بين الطرفين ولو بعد نهاية العقد؛ حيث إن لجوء المستأنف إلى التقاضي العادي رغم وجود شرط التحكيم على نحو ما ذكر أعلاه يجعل دعواه معيبة شكلاً؛ حيث لأجله يبقى الأمر المستأنف سليم المبنى؛ الأمر الذي يستوجب التصريح بتأييده لمصادفته الصواب فيما ذهب إليه». قراران مشار إليهما في مؤلف عبد الكبير العلوي الصوصي، رقابة القضاء على التحكيم: دراسة في القانون المغربي والمقارن، ط1، مطبعة دار القلم، الرباط، 2012، ص 12.

ولهذا يراهن العديد من المستثمرين غالباً على طبيعة هذه المزايا والإعفاءات، ونوعيتها وحجمها، من أجل الدخول في عطاءات، أو عروض عقود الشراكة، أو حتى متى تعلق الأمر بتفاوض مباشر مع الجهة العامة المعنية؛ ولذلك غالباً ما يسبق عمليات المشاركة البحث في المنظومة القانونية للبلد المعني من أجل الاطلاع على هذه المزايا والإعفاءات، سواء أكانت مضمنة بالقوانين المتعلقة بتشجيع الاستثمار، أم تلك المتعلقة بالمناطق الاقتصادية الحرة، أم تلك المتعلقة بالمدونات العامة للضرائب، أم تلك المتعلقة بمدونات الجمارك أو غيرها من النصوص الأخرى.

ومن أجل اطلاع المستثمرين الراغبين في المشاركة في العطاءات أو العروض وتشجيعهم على ذلك، نصت المادة (28) من القانون الكويتي رقم 116 لسنة 2014 على أنه: «يجب أن تتضمن الشروط المرجعية التي يتم طرحها على المستثمرين لتقديم عروضهم المزايا التي يتمتع بها المتعاقد الفائز، بما في ذلك الإعفاء من ضريبة الدخل أو أي ضرائب أخرى، أو رسوم جمركية أو أي رسوم أخرى، بناء على قرار من اللجنة العليا لعقود الشراكة، فضلاً عن أي من المزايا الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم 116 لسنة 2013 بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت». في المقابل لم يتضمن التشريعان المغربي والأردني أي مقتضى من هذا النوع، وبالتالي لا مناص من الرجوع إلى النصوص التي ذكرناها أعلاه والمتعلقة بالاستثمار والضرائب والجمارك؛ من أجل الاطلاع على نوعية وحجم ومدة هذه المزايا والإعفاءات⁽²⁷⁾.

في الإطار نفسه المتعلق بتشجيع المستثمرين على المشاركة في العروض أو العطاءات، نصت الفقرة السابعة من المادة (5) من القانون المغربي رقم 86.12 على أنه: «يجوز للشخص العام أن يخصص منحاً للمترشحين الذين لم يتم اختيارهم، وحظيت عروضهم بالمراتب الأولى، ويجب أن لا يفوق المترشحين الذين يتلقون المنح ثلاثة مترشحين، ويتم بنص تنظيمي بيان كيفية تحديد هذه المنحة».

الفرع الثاني

تنشيط عقود الشراكة لعجلة الاقتصاد

يرتب إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تنشيط عجلة الاقتصاد بشكل مباشر، بالنظر إلى حجم المشاريع التي يتم بناؤها أو تجهيزها أو تطويرها وفقاً لهذه التقنية، وكذا بالنظر لأهمية وحجم الخدمات التي سيتولى الشريك الخاص تقديمها خلال

(27) لمزيد من التفاصيل بخصوص الحوافز المالية والتشجيعية لمشاريع الشراكة في عدد من الدول العربية، يرجى الرجوع إلى: أحمد أبو بكر بدوي وطارق عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 24.

مدة تنفيذ المشروع، أو بشكل غير مباشر من خلال عمل مختلف المقاولات والمنشآت الاقتصادية المرتبطة بالمشاريع موضوع عقود الشراكة.

ترتب المشاريع المهمة التي تنشئها هذه الشركات إذن رواجاً اقتصادياً ملحوظاً، إما في الدولة بكاملها أو على الأقل في الجهة التي يتم فيها إنجازها، بالنظر إلى ما تحتاجه من مواد أولية وتجهيزات ومعدات وأدوات ويد عاملة يكون المستثمر الفائز ملزماً بتوفيرها من أجل تنفيذ المشروع في الآجال المتفق عليها، والبدء في استغلاله وتحقيق الغايات والحاجيات العمومية المرجوة منه، وبما يعود بالنفع على طرفي العقد، وعلى المواطن المستهلك الذي يتم توفير الخدمة له⁽²⁸⁾.

وتزداد هذه الأهمية بالنظر إلى الإمكانية المخولة للشريك الخاص المستثمر، تحت مسؤوليته، في التعاقد من الباطن على جزء من المهام المتعلقة بالمشروع التي عهد بها إليه ضمن الشروط المضمنة في العقد، وبالتالي ضمان نوع من الحركية الاقتصادية لدى المتعاقد معهم من الباطن أيضاً، سواء من حيث النشاط الاقتصادي أو من حيث التشغيل، أو من حيث التنمية بوجه عام. وبالتالي، فإن في إبرام هذه العقود مصلحة اقتصادية لجميع أطرافها المباشرين، وجميع المرتبطين بهم بشكل مباشر أو غير مباشر.

وفي هذا الإطار، جاء في المادة (20) من القانون المغربي رقم 86.12 أنه: «يجوز للشريك الخاص التعاقد من الباطن على جزء من المهام المتعلقة بالمشروع التي عهد بها إليه، وليس كل المشروع، وذلك ضمن الشروط المتضمنة في العقد، إلا أنه يجب عليه أن يطلع الشخص العام على عقود التعاقد من الباطن التي أبرمها طيلة مدة تنفيذ عقد الشراكة، وذلك قبل الشروع في تنفيذ تلك العقود، كما لا يمكن له التعاقد من الباطن إلا مع المقاولات التي تحترم القوانين الجاري بها العمل، وخصوصاً المتعلقة بالالتزامات الضريبية والاجتماعية، ويبقى المسؤول الوحيد عن التزاماته أمام الشخص العام، سواء تلك التي نفذها بنفسه، أو تلك المنجزة عن طريق متعاقدين من الباطن».

(28) لمزيد من التفاصيل حول هذه العلاقة الثلاثية والأهداف التي يصبو لها كل طرف يرجى الرجوع إلى: Benoit Aubert et Michel Patry, Les partenariats public-privé: une option à considérer, Revue HEC Montréal, 20042/, volume 29, Pp. 74 - 85.

المبحث الثاني

حدود فعالية عقود الشراكة بين القطاعين العام

والخاص في جلب الاستثمار

يحمل التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين ثناياه العديد من المحفزات المميّزة لهذه الآلية والتي من شأنها تشجيع المستثمرين على ركوب مغامرة إبرامها مع الجهات العامة، إلا أنّه في الوقت نفسه، فإنّ هذا التنظيم القانوني يتضمن بعض الخصائص المميّزة لهذه العقود، التي من شأنها ثني بعض المستثمرين عن الاستثمار وفقاً لها، أو على الأقل خلق نوع من التردد لديهم قبل إقدامهم على هذه الخطوة المحفوفة بالمخاطر.

ومن بين هذه الخصائص، يمكن الإشارة على سبيل المثال لا الحصر، إلى التدخل السيادي للجهات العامة أو للشريك العام في جميع مراحل حياة العقد، بدءاً من طريقة إبرام هذه العقود، مروراً بطول مدة تنفيذه، وانتهاءً بوضع حد له وإنهائه. بالإضافة إلى بعض المؤثرات الخارجية، وبعض الظواهر الجانبية المرتبطة بالإطار العام الذي تبرم فيه هذه العقود.

المطلب الأول

المؤثرات المرتبطة بالتدخل السيادي

للشريك العام في العقد

بالرغم مما يمكن أن يوحي به التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من مظاهر للمساواة بين الطرفين، وتمتع كل منهما بالآليات نفسها والوسائل، سواء في إبرام العقد أو عند الرغبة في تعديل بنوده، أو حتى فسخه بشكل يجعل من هذه العقود شبيهة بالعقود المبرمة في إطار القانون الخاص بين طرفين متعادلين ومتساويين في الحقوق والواجبات، وبشكل من شأنه تشجيع المستثمرين على إبرامها، فإن دراسة متأنية لهذا التنظيم القانوني في مختلف التشريعات تبين باللموس طغيان الطابع الإداري على هذه العقود، بحيث يبرز الطابع السيادي وغير العادي لتدخلات الجهات العامة (الدولة ومؤسساتها العامة والمقاولات العمومية) في مختلف مراحل حياة العقد.

وبأخذ هذا التدخل عدة مظاهر، يمكن إجمالها في مراقبة تنفيذ عقد الشراكة، والحلول محل الشريك الخاص في حالات خاصة، وفي إمكانية تغيير عقد الشراكة، وكذا في إمكانية فسخ العقد وتطبيق بعض الجزاءات في حالة عدم احترام بنود العقد.

الفرع الأول

التحكم في إسناد المشروع إلى المستثمر المرغوب فيه

بالرغم من أنّ النصوص القانونية المؤطرة لإسناد المشروع تنص على وجوب أن يتم ذلك في إطار احترام مبادئ حرية الولوج والمساواة في المعاملة والموضوعية والمنافسة والشفافية واحترام قواعد الحكامة الجيدة، فإنّ تنظيم التشريعات لمختلف مساطر الإسناد، سواء تعلق الأمر منها بالحوار التنافسي المباشر، أو بطلب العروض أو بالمسطرة التفاوضية، تترك للشخص العام سلطة كبيرة في اختيار المستثمر الفائز، حيث إنّ هذا الاختيار يستند إلى معايير واسعة من قبيل العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية، وهو ما يفتح المجال للعديد من الاعتبارات الشخصية التي يجب أن تتوفر في الشريك الخاص الذي سيسند إليه المشروع.

الفرع الثاني

إمكانية المبالغة في مراقبة تنفيذ العقد

تتضمن جميع النصوص القانونية المؤطرة لتقنية عقود الشراكة في مختلف التشريعات، مقتضيات تخوّل للشخص العام أو للجهة العامة صلاحية مراقبة تنفيذ عقد الشراكة، ومدى احترام الشريك الخاص/المستثمر، لاسيما لأهداف حسن الأداء، وجودة الخدمة المتفق عليها، وكذلك الشروط المتعلقة بلجوء الشريك الخاص لمقاولات أخرى من أجل تنفيذ العقد. ومن أجل هذا، يتعيّن على الشريك الخاص أن يضع رهن تصرف الشخص العام أي وثيقة أو معلومة ضرورية لمراقبة تنفيذ عقد الشراكة، ويطلع به بصفة منتظمة عن تقدم تنفيذ العقد، عبر تقرير يوجهه سنوياً إلى الشخص العام⁽²⁹⁾.

وتعتبر هذه المراقبة - خاصة متى تم تفعيلها بشكل مبالغ فيه - من الأمور التي لا يحبذها المستثمرون الخواص، والتي تؤثر بشكل مباشر على طبيعة القرار المتخذ من طرف المستثمر في المشاركة والترشح إلى العطاءات والعروض التي تطرحها الجهات العامة، على اعتبار أنّ ذلك يؤثر على طريقة التنفيذ وحتى على هامش ربحية المشروع، من خلال التدخل كل مرة من أجل فرض التزامات إضافية أو تحسين خدمات معينة أو غيرها.

وتزداد حدة هذه المراقبة متى عمد الشخص العام إلى فرض التزامات جديدة، وتغيير عقد

(29) وهذا ما نصت عليه المادتان (18 و19) من القانون المغربي رقم 86.12، والمادة (31) من القانون الكويتي رقم 116 لسنة 2014.

الشراكة، وتهديد المستثمر بفسخ هذا الأخير عند عدم تنفيذها واحترامها، وكذا بتطبيق بعض الجزاءات نتيجة الإخلال بها، ولاسيما في حالة عدم احترامه لأهداف حسن الأداء الذي يبقى مفهوماً عاماً صعب التحديد، وقابلاً لعدة تفسيرات وتأويلات يمكن التوسع فيها بشكل من شأنه أن يؤثر بشكل كبير على مصالح الشريك الخاص وعلى استمرار العلاقة التعاقدية بينه وبين الشريك العام.

الفرع الثالث

ضرورة الموافقة المسبقة للشخص العام

على كل تغيير لعقد الشراكة

إذا كانت التشريعات المؤطرة لإمكانية تغيير بعض بنود عقد الشراكة تضمن لكلا الطرفين الاتفاق على تحديد تلك التي يمكن أن تخضع للتغيير، وكذا التقدم بطلب لذلك يبين الشروط التي يتم وفقها إدخال التغييرات، فإنها في الغالب توقف إجراء أي تغيير على الموافقة المسبقة للشخص العام. ويجب أن يكون كل تغيير موضوع عقد ملحق تتم المصادقة عليه بالطريقة نفسها التي تتم بها المصادقة على العقد الأصلي⁽³⁰⁾.

ويتضح بمفهوم المخالفة من شرط الموافقة المسبقة للشخص العام أن التغييرات التي يروم هذا الأخير إدخالها على العقد لن يجد صعوبة في تمريرها، خلافاً لتلك التي يتم اقتراح إدخالها من طرف الشريك الخاص.

الفرع الرابع

إمكانية فسخ عقد الشراكة بشكل منفرد

من قبل الشخص العام

بالرغم من أن مختلف التشريعات تضمن لطرفي عقد الشراكة، إمكانية فسخ هذا العقد قبل انتهاء مدته باتفاق بينهما بالتراضي، أو في حالة القوة القاهرة، أو اختلال توازن العقد، أو لسبب تقتضيه المصلحة العامة، فإنها تخول للشخص العام/الجهة العامة فسخ العقد بشكل أحادي، في حالة ثبوت خطأ جسيم من جانب الشريك الخاص⁽³¹⁾، أو

(30) وهذا ما نصت عليه المادة (23) من القانون المغربي رقم 86.12، والمادة (36) من القانون الكويتي رقم 116 لسنة 2014، والمادة (37) من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010، والمادة (14) من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2014.

(31) وذلك وفقاً للمادة (26) من القانون المغربي رقم 86.12.

لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁽³²⁾.

ومما يزيد من حدة وخطورة هذا الفسخ الانفرادي، هو أنّ تحديد مفهوم وحدود هذا الخطأ الجسيم أو مفهوم المصلحة العامة يخضع للسلطة التقديرية للشخص العام، وذلك بالرغم من أنّ القانون أوجب أن يحدد عقد الشراكة أو صاف هذا الخطأ الجسيم، وكذا حالات القوة القاهرة، واختلال توازن العقد وشروط فسخه، وأسباب اتخاذ هذا القرار.

وتشكّل هذه الإمكانية المخوّلة للشخص العام من النقاط التي يمكن أن تثني المستثمر عن الترشح والمشاركة في العطاءات والعروض المتعلقة بعقود الشراكة، وذلك لتخوفه من الآثار المالية والاقتصادية الوخيمة التي يربتها الفسخ.

المطلب الثاني

الأثر السلبي لبعض المؤثرات الخارجية

على إبرام عقود الشراكة

سبقت الإشارة أعلاه إلى أنّ تحديد موقف المستثمر الوطني أو الأجنبي من المشاركة في العطاءات أو العروض المتعلقة بعقود الشراكة، تتحكم فيه عدة مؤثرات منها ما هو مرتبط بطبيعة التنظيم القانوني الذي خصت به التشريعات هذا النوع من العقود، ومنها ما هو مرتبط بمجموعة من المؤثرات الخارجية التي تؤثر بقوة في هذه العقود، والتي تتمثل بالأساس في المناخ العام للأعمال والاستثمار في أي بلد، وترتيب هذا الأخير في العديد من المؤشرات الدولية، كمؤشر الفساد ومؤشر التنمية ومؤشر تنفيذ الأعمال doing business الخاص بمدى سهولة القيام بالأعمال.

إنّ أهم الخصائص التي جاء التنظيم القانوني لعقود الشراكة متميزاً بها على مستوى جلب وتشجيع الاستثمار، سواء منها المتعلقة بالشفافية والمنافسة والمساواة وتقاسم المخاطر وتمتع الشريك الخاص بالامتيازات والإعفاءات وغيرها، يبقى أثر تطبيقها على أرض الواقع متوقفاً على العديد من الضمانات المرتبطة بالمؤشرات المشار إليها أعلاه، بحيث تتدخل بقوة في تحديد الموقف النهائي للمستثمر الخاص، وخاصة منه الأجنبي الذي لا تكون لديه فكرة واضحة عن البلد الذي يريد الاستثمار فيه.

(32) وذلك وفقاً للمادة (19) من القانون الكويتي رقم 116 لسنة 2014 التي نصت على أنّه: «يجوز إنهاء العقد بقرار من اللجنة العليا بناء على طلب الهيئة أو الجهة العامة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مع التزام اللجنة بتسبب قرارها، وبيان المنفعة المترتبة على هذا الإنهاء، وتقدير تعويض عادل يدفع للمستثمر المتعاقد وفقاً لما تنص عليه وثائق عقد الشراكة».

وما يلاحظ بخصوص العديد من الدول العربية، هو أنّها بالرغم من تحسن ترتيبها عالمياً على مستوى بعض المؤشرات الاقتصادية فإنّه، للأسف، مازالت تحتل مراتب غير مشجعة في العديد من المؤشرات الأخرى المرتبطة بجاذبيتها للاستثمار والأعمال، ومنها خصوصاً مؤشر الفساد ومؤشر التنمية، بشكل لا يشجع العديد من المستثمرين المؤسسيين، المعروفين على الصعيد الدولي في العديد من القطاعات والأنشطة الاقتصادية والمتوفرين على خبرة تديرية عالية الجودة، على المشاركة في العطاءات التي تطرحها هذه الدول، وذلك بالرغم من الجهود الحثيثة والمحوظة التي تبذلها، بعضها من أجل تحسين ترتيبها، وجذب هؤلاء المستثمرين للاستثمار فيها، بما يحقق مصالحها ومصالح مواطنيها.

ففي المغرب مثلاً، تم العمل منذ سنة 2012 على تحسين الترتيب في مؤشر قياس أنظمة أنشطة الأعمال الذي يعد من الآليات المعتمدة من طرف البنك الدولي والتي يتم بمقتضاها ترتيب اقتصاديات دول العالم (190 دولة)، ويعني الترتيب الأعلى أنّ المناخ والبيئة القانونية والتنظيمية للاقتصاد أكثر ملاءمة لإحداث وتأسيس الشركات وتشجيع الاستثمار فيها⁽³³⁾، بحيث أصبح ترتيب المغرب 50 عالمياً في سنة 2021، بعد أن كان في المرتبة 53 سنة 2020، وفي المرتبة 60 سنة 2019، وفي المرتبة 69 في سنة 2018، والمرتبة 115 سنة 2011، وهو بذلك جاء في المرتبة الثالثة بعد الإمارات العربية المتحدة (المرتبة 16 عالمياً) والبحرين (المرتبة 43 عالمياً) في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، تليه السعودية (المرتبة 62)، ثم عُمان (المرتبة 68)، ثم الأردن (المرتبة 75)، ثم قطر (المرتبة 77)، ثم تونس (المرتبة 78).

واحتل المغرب المرتبة الثالثة مقارنة مع دول إفريقيا جنوب الصحراء، بعد كل من موريشيوس (المرتبة 13) وروندا (المرتبة 38). ويراهن المغرب على النصوص التشريعية التي تم تبنيها مؤخراً من أجل تحسين تصنيفه في بعض المؤشرات الأخرى، وذلك من أجل الوصول إلى المرتبة 50 عالمياً، وهو التحسن نفسه الذي لوحظ عموماً بخصوص دولة الكويت التي انتقلت من المرتبة 97 عالمياً سنة 2019 إلى المرتبة 83 عالمياً في سنة 2020، وكذا الأردن التي انتقلت إلى المرتبة 75 عالمياً سنة 2020.

في المقابل مازال ترتيب العديد من الدول العربية غير مشجّع على مستوى مؤشرات التنمية والفساد، وهو ما ينعكس سلباً على جاذبيتها للاستثمارات، خصوصاً منها

(33) ويتم تحديد الترتيب عن طريق فرز نتائج الأداء التجميعية لعشرة مواضيع يتكون كل منها من عدة مؤشرات، وتتمثل هذه المواضيع في: 1. بدء النشاط التجاري؛ 2. استخراج تراخيص البناء؛ 3. الحصول على الكهرباء؛ 4. تسجيل الملكية؛ 5. الحصول على الائتمان؛ 6. حماية المستثمرين الأقلية؛ 7. دفع الضرائب والرسوم؛ 8. التجارة عبر الحدود؛ 9. إنفاذ العقود؛ 10. تسوية حالات الإعسار.

الأجنبية، وعلى قبول المستثمرين الانخراط في العطاءات التي تطرحها الدولة في إطار عقود الشراكة، وذلك بالرغم من تبني جلها لمنظومات قانونية متطورة نوعاً ما، كما تبذل جهوداً لا بأس بها.

فبالرجوع إلى تقرير منظمة الشفافية العالمية بخصوص مؤشر مكافحة الفساد لسنة 2019، نجد بأن دولة الكويت قد حلت في المرتبة 85 عالمياً، في حين جاء المغرب في المرتبة 80 عالمياً، والأردن في المرتبة 60 عالمياً، وتشاركت مصر والجزائر المرتبة 106 عالمياً. كما أظهر مؤشر الأمم المتحدة للتنمية البشرية لعام 2019 المراتب المتأخرة للعديد من الدول العربية عام 2018، حيث احتلت دولة الكويت المرتبة 57 عالمياً، والأردن المرتبة 102 عالمياً، ومصر المرتبة 116 عالمياً، في حين احتل المغرب - للأسف - المرتبة 121 عالمياً.

وبالتالي، يتضح من الإحصائيات التي توفرها المؤسسات المكلفة بهذه المؤشرات، أن العديد من الدول العربية جاءت في مراتب متأخرة لا تساعد كثيراً في تحسين صورتها أمام المستثمرين الراغبين في إبرام عقود شراكات معها، ولهذا مازال ينتظر هذه الدول الكثير من الجهود من أجل تحسين ترتيبها الدولي، بشكل ينعكس إيجاباً على جاذبيتها للاستثمار، وعلى اهتمام المستثمرين سواء منهم الوطنيون أو الأجانب بالعطاءات والعروض التي يطرحونها، سواء في إطار عقود الشراكة أو في غيرها من العقود الأخرى، بما يعود بالنفع على هذه الدول وعلى مواطنيها.

وفي هذا الإطار، جاء في دراسة أعدها صندوق النقد العربي سنة 2020 أنه يتعين تعزيز مناخ الأعمال والبيئة الاقتصادية الكلية، بما يؤدي إلى استقطاب المستثمرين من القطاع الخاص الوطني والأجنبي، متضمناً ذلك إيجاد المحفزات المناسبة، وتطوير منظومة التشريعات والقوانين والنظم التي تشجع القطاع الخاص، والتوسع من مجالات مشاركته في القطاعات ذات الأولوية؛ كذا توفير الدعم الحكومي رفيع المستوى من أجل طمأنة القطاع الخاص، وتأمين الثقة بالمنظومة القانونية، وضماناً للوفاء بالالتزامات والتعهدات⁽³⁴⁾.

(34) أحمد أبو بكر بدوي وطارق عبد القادر إسماعيل، مرجع سابق، ص 30.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث، يمكن التأكيد على أنّ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد آلية حديثة نوعاً ما من آليات التعاون بين هذين القطاعين تستهدف توفير خدمات وبنيات تحتية اقتصادية واجتماعية وإدارية، ذات جودة وبأقل تكلفة، وكذا تنمية نماذج جيدة لحكامه المرافق العمومية، وذلك على أساس قاعدة «فائز فائز».

وفي هذا الإطار، تميّز التأطير القانوني لهذه العقود في أغلب التشريعات موضوع البحث بمحاولة تشجيع القطاع الخاص، سواء منه الوطني أو الأجنبي، على إبرام هذه العقود الاستثمارية، وذلك من خلال تمتيع هذه الأخيرة ببعض الخصائص الفريدة التي تحاول إقامة توازن بين مصالح الشخص العام ومصالح المستثمر الخاص من جهة، وكذا إقناع هذا الأخير بالاستثمار والمغامرة في هذا النوع من العقود الجديدة الطويلة الأمد والصعبة الحسم في نتائجها وعواقبها وآثارها من جهة أخرى.

وما يلاحظ بخصوص المنظومة القانونية لهذه العقود في الدول العربية موضوع البحث أنّ هناك تشابهاً كبيراً من حيث تعريف وخصائص وشروط إبرام العقود وآليات تنفيذها وطرق إنائها، مع بعض الاختلافات غير الجوهرية التي تميّز كل تشريع على حدة. ويرجع هذا بالأساس إلى وحدة المصدر المعتمد في ذلك، والمتعلق أساساً بالتأطير الذي حظيت به هذه العقود من طرف بعض المؤسسات الدولية والتشريعات الغربية.

إلا أنّ الواقع والتجربة العملية يفيدان بتواضع حجم وقيمة، وطبيعة عقود الشراكة المبرمة بين القطاعين العام والخاص في أغلب الدول موضوع البحث، وكذا انحسارها في قطاعات محدودة جداً، وهذا ما تؤكده الإحصائيات المتوفرة على هذا المستوى.

ويرجع ذلك بالأساس إلى بعض العوامل والخصائص التي جاء التنظيم القانوني لهذه العقود متضمناً لها، من قبيل التدخل السيادي للشخص العام في جميع مراحل إبرام وتنفيذ وإنهاء هذه العقود، وكذا إلى العديد من المؤثرات الخارجية المرتبطة ارتباطاً عضوياً ووثيقاً بهذه العقود، وخصوصاً منها التصنيف الحالي للدول موضوع البحث في بعض المؤشرات الدولية المتعلقة بالفساد والتنمية والفقير، وسهولة القيام بالأعمال وغيرها.

لهذا، فإنّ الاستفادة من الإيجابيات التي يوفّرها هذا النوع من العقود، باعتبارها من أحدث الآليات الموجودة حالياً لتنظيم وتأطير التعاون والشراكة بين القطاعين العام والخاص؛ وذلك على مستوى جلب وتشجيع الاستثمار الخاص، وكذا الاستفادة من

الإمكانيات المالية الهائلة المتوفرة لدى القطاع الخاص الوطني والأجنبي، ومن التجارب المهنية والعملية والتدبيرية لهذا الأخير، يتطلب بالنسبة لأغلب الدول موضوع الدراسة، أخذ التوصيات التالية بعين الاعتبار:

1. ضرورة إعادة النظر في التنظيم القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بما يضمن جعلها أداة أساسية في جذب وتشجيع المستثمرين الخواص على إبرامها مع الشركاء العاميين؛
2. ضرورة ضمان تخفيف المراقبة والتدقيق في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بشكل يجنب نفور المستثمرين الخواص، ويضمن فعالية وفاعلية لهذه العقود يكون من شأنها تحقيق الأهداف المتوخاة منها؛
3. ضرورة التخفيف من الطابع الإداري لعقود الشراكة، وذلك بالنظر إلى أن هذه الأخيرة تعتبر عقوداً ذات طبيعة خاصة، تقترب بشكل كبير في كثير من بنودها وخصائصها من العقود العادية التي تتسم بطابع المساواة في القوة الاقتصادية بين طرفي العقد؛
4. ضرورة التنصيص على اللجوء الإلزامي إلى التحكيم المؤسساتي وإلى غيره من الوسائل البديلة لفض المنازعات في هذا النوع من العقود لما يوفره من ضمانات لكافة الأطراف، وبما يوفره من اقتصاد في الوقت والمصاريف؛
5. ضرورة قيام الدول العربية بالعمل بجدية وواقعية وحزم على تحسين ترتيبها في المؤشرات العالمية المرتبطة من قريب أو بعيد بالاستثمار، وخصوصاً منها مؤشر قياس أنشطة الأعمال ومؤشر مكافحة الفساد.

المراجع:

أولاً: باللغة العربية

- أحمد أبو بكر بدوي وطارق عبد القادر إسماعيل، أطر الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول العربية، منشورات صندوق النقد العربي، الدائرة الاقتصادية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، دجنبر/ ديسمبر 2020.
- يونس سلامي، الشراكة قطاع عام - قطاع خاص: التوجه المغربي على ضوء التجارب المقارنة، ط1، مطبعة طوب بريس، الرباط، 2011.
- يوسف بلشهب، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على ضوء القانون رقم 86.12، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، دار السلام، الرباط، العدد 121، 2015.
- سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون المقارن، كلية القانون، جامعة قطر، العددان 1 و3، 2017.
- عبد الجبار عراش، أي تأطير قانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحث منشور بأعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمها فريق البحث في تحديث القانون والعدالة يومي 10 و11 فبراير 2012 في موضوع «نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص»، ط1، دار أبي رقرق، الرباط، 2014.
- عبد الكبير العلوي الصوصي، رقابة القضاء على التحكيم: دراسة في القانون المغربي والمقارن، ط1، مطبعة دار القلم، الرباط، 2012.
- عبد الرحمان الشرقاوي، تكييف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحث منشور بأعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمها فريق البحث في تحديث القانون والعدالة يومي 10 و11 فبراير 2012 في موضوع «نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص»، ط1، دار أبي رقرق، الرباط، 2014.
- علال فالي، خصوصيات آلية التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بحث مقدم في إطار المؤتمر العلمي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، «التحكيم والوسائل البديلة في حل المنازعات»، يومي 6 و7 نونبر/ نوفمبر 2019.

- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- Benoit Aubert et Michel Patry, Les partenariats public-privé: une option à considérer, Revue HEC montréal, 20042/, volume 29.
- F. Marty et S. Trosa et A. Voisin, Les partenariats public-privé, Edition La découverte, Paris, 2006.
- Gilles J Guglielmi, L'expérience française des contrats de partenariat : depuis les montages acceptés par la jurisprudence jusqu'à la législation par ordonnance. In actes du colloque international organisé le 10 et le 11 février 2012 par l'équipe de recherche sur la modernisation du droit et de la justice sous thème «vers un cadre juridique des contrats de partenariat public-privé au Maroc», Edition Bouregrag, Rabat, 2014.
- Jean-Jacques Lavenue, PPP: service public role et réforme fr l'Etat: externalisation ou stratégie des chocs? Revue LexisNexis.
- Zakaria Laghzaoui et Hajar Rhomija, Aspects pratiques liés à la conclusion de contrats de partenariat public-privé. Revue LexisNexis du 25 janvier 2021.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
475	الملخص
476	المقدمة
483	المبحث الأول: دور خصوصيات عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تشجيع الاستثمار
485	المطلب الأول: محفزات الاستثمار المرتبطة بطبيعة عقد الشراكة
485	الفرع الأول: خضوع إبرام عقد الشراكة لمبادئ المساواة والمنافسة والشفافية
487	الفرع الثاني: طول مدة العقد
488	الفرع الثالث: تقاسم المخاطر والحفاظ على توازن العقد
489	الفرع الرابع: إمكانية اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض منازعات عقود الشراكة
491	المطلب الثاني: محفزات الاستثمار المرتبطة بالخصوصيات المحيطة بعقد الشراكة
491	الفرع الأول: تمتيع المستثمر ببعض المزايا والإعفاءات
492	الفرع الثاني: تنشيط عقود الشراكة لعجلة الاقتصاد
494	المبحث الثاني: حدود فعالية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في جلب الاستثمار
494	المطلب الأول: المؤثرات المرتبطة بالتدخل السيادي للشريك العام في العقد
495	الفرع الأول: التحكم في إسناد المشروع إلى المستثمر المرغوب فيه
495	الفرع الثاني: إمكانية المبالغة في مراقبة تنفيذ العقد

الصفحة	الموضوع
496	الفرع الثالث: ضرورة الموافقة المسبقة للشخص العام على كل تغيير لعقد الشراكة
496	الفرع الرابع: إمكانية فسخ عقد الشراكة بشكل منفرد من قبل الشخص العام
497	المطلب الثاني: الأثر السلبي لبعض المؤثرات الخارجية على إبرام عقود الشراكة
500	الخاتمة
502	المراجع

