

الدراسة الرابعة: الأحكام القانونية الضامنة لحقوق المتعاقدين في عقود الشراكة

د. رنا القزي⁽¹⁾



المقدمة

تعتبر الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص حجر الزاوية لأي مشروع تنمية مستدامة في العالم. فالدولة بإداراتها ومؤسساتها العامة، لا تستطيع القيام بتحقيق ذلك لوحدها إلا من خلال إشراك الأفراد أو القطاع الخاص بمشاريعها التنموية لأي مرفق من مرافقها العامة، نظراً للتكاليف المالية الضخمة التي ستثقل كاهل خزينة الدولة. وبالتالي تستطيع الدولة بهذه الشراكة تنفيذ الخطط الموضوعة لمشاريعها الاقتصادية، سواء من بنى تحتية، أو اتصالات أو كهرباء، وغيرها من المشاريع التنموية لبناء الدولة.

فدور القطاع العام⁽²⁾ ينبغي أن يقتصر على وضع الدراسات والتشريعات اللازمة لإمكانية تنفيذها، ومن ثم مراقبة من يعهد إليه أمر تنفيذها، كي لا يخرج أثناء عمله عن إطار القوانين النافذة ودفتر الشروط وعقد الشراكة.

(1) أستاذ مساعد في الجامعة اللبنانية، متخصصة في قانون الأعمال.

(2) يقصد بالقطاع العام الدولة أو المؤسسات العامة بما فيها الهيئات المنظمة أو البلديات أو اتحاد البلديات وسائر أشخاص الحق العام.

لكن قد تتطلب بعض المشاريع إشراك القطاع العام لبعض الالتزامات المحددة في عقد الشراكة، إلا أن ذلك يبقى في إطار المشاركة الفعالة والحكم الرشيد والمنفعة المتبادلة⁽¹⁾. وبالتالي فإن عقود الشراكة ترمي إلى التخفيف عن كاهل الإدارة العامة الأعباء المالية والفنية وغيرها من الأعباء المطلوبة في إنشاء وإدارة وتسيير المرافق العامة وتهيئة البنية التحتية وإقامة المنشآت الحيوية، وذلك لتمويلها وبناء وتجهيز المشاريع أو تطويرها لإتاحة خدماتها للجمهور، مما يساهم في رفع مستوى التنمية وحسن إدارة المخاطر من التعاقد الذي لديه الخبرة الكافية في التعامل معها، مما يعزز الشراكة والثقة.

والسؤال الذي يطرح، إلى أي مدى تمكنت الأحكام القانونية النازمة من ضمان تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين في عقود الشراكة؟ وما هي الأشكال القانونية التي يمكن أن تتخذها عملياً الشراكة بين القطاعين العام والخاص أي ما هي أنواع عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص؟

وبناء على ما تقدم، يقتضي دراسة التنظيم القانوني لعقود الشراكة بشكل عام (المطلب الأول)، والأحكام القانونية الخاصة بكل نوع من أنواع عقود الشراكة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم القانوني العام لعقود الشراكة

إذا كان المبدأ القانوني أن الإدارة تقوم بإبرام العقود بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، متبعة أحكام ومبادئ القانون الإداري. وهذا الأخير نشأ في كنف القضاء الإداري، إذ يتضمن ما توصل إليه القضاء الإداري من أحكام.

إلا أن طبيعة العلاقة تغيرت في بعض العقود بين الدولة وأفراد القطاع الخاص بحيث أصبحت عملياً علاقة تعاونية بين شريكين⁽²⁾. لا بل توفر الفرص لدخول عنصر المنافسة⁽³⁾

(1) حاتم غائب سعيد، "تشريعات التحول نحو القطاع الخاص المتوارثة والاستثمار المبعثر"، منشور في مجلة جامعة تكريت، كلية الحقوق، الجزء الأول، سنة 2016، ص 263.

(2) فيصل أكرم نصوري وفصيل زيدان، "الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين التشريع والتطبيق"، منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 21، العدد 82، سنة 2015، ص 289.

(3) حكم محكمة العدل العليا الاردنية، رقم 108/72، نقلاً عن عبد الرؤوف جابر، "ضمانات المشاريع الانشائية العامة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003، ص 205.

من خلال التعاقد مع أكثر من شريك من القطاع الخاص⁽¹⁾ الأمر الذي ينعكس إيجاباً على المواطنين وعلى المرفق على حد سواء. ذلك لأن المنافسة تشجع على العمل المقترن بكفاءة الأداء مع تخفيض تكاليف ورسوم تأمين الخدمات للمجتمع، والمرفق سيتطور مستفيداً من الكثير من الخبرات الخاصة والطاقت البشرية المتخصصة⁽²⁾، سواء من الناحية الفنية أو من الناحية الإدارية للشركة التي تقوم بالأعمال.

فما هي الأحكام القانونية النازمة لحقوق وموجبات المتعاقدين في عقود الشراكة، أي بالنسبة للشريك الخاص من ناحية (الفرع الأول) وبالنسبة للقطاع العام المتعاقد من ناحية أخرى (الفرع الثاني)، والتي تضمن بذلك تحقيق التوازن بين المصلحة العامة التي يصبو إليها القطاع العام والمصلحة الخاصة والأرباح التي يسعى إليها دوماً الشريك الخاص.

■ الفرع الأول: حقوق وموجبات الشريك الخاص

بادئ ذي بدء يتوجب على الشريك الخاص المختار أن يتهياً لتوقيع عقد الشراكة ولبدء العمل عبر تأسيس شركة مغفلة لبنانية للمشروع تسمى "شركة المشروع". تكون كافة أسهم هذه الشركة أسهماً إسمية تخضع لأحكام قانون التجارة الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 304 بتاريخ 1942/12/24، وتغفى من شرط الجنسية المنصوص عليه في المادتين 78 و 144 منه ومن موجب تعيين مفوض مراقبة إضافي (بحسب المادة 9 من قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم 48 تاريخ 2017/9/7).

يجوز للشخص العام المشاركة في تأسيس شركة المشروع والمساهمة في رأسمالها، وتغفى مقدماته العينية من معاملة التحقق المنصوص عليها في المادة 86 من قانون التجارة على أن يتم التخمين من قبل جهة مستقلة ذات خبرة دولية.

(1) محمد الرجو، "النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2007، ص 24.

(2) محمد صباح علي، "الاطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص"، منشور في مجلة الفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 6، سنة 2019، ص 309.

ويتم اختيار أعضاء مجلس الإدارة من قبل الجمعية العمومية على أن يمثل الشخص العام طيلة مدة مساهمته في الشركة بعضو على الأقل يُعيّن من قبل مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص. لا تخضع شركة المشروع لرقابة ديوان المحاسبة. وبعد الانطلاق في تنفيذ المشروع، ومن أجل ضمان حسن سير العمل يقتضي تحديد حقوق وموجبات الشريك الخاص من الناحيتين المادية والعملية.

أولاً - فيما يتعلق بالمقابل المالي والتعويضات

بالمبدأ فإن الشريك الخاص يتحمل عبء تمويل المشروع دون أن يحصل على أية مبالغ مالية من قبل الإدارة العامة، ما لم ينص عقد الشراكة على خلاف ذلك⁽¹⁾. لذلك يجب ضمان حصول الشريك الخاص على حقوقه المالية مقابل أعماله. والمقابل النقدي الذي يستحقه الشريك الخاص يأخذ أشكالاً عديدة:

- كالرسم الذي يدفع دورياً كما هو الحال في عقود الامتياز. ونصت المادة 10 فقرة 5 من القانون 2017/48 على وجوب تحديد في عقد الشراكة الرسوم والبدلات والبعالات العائدة للمشروع المشترك التي تجيز الحكومة أو المجلس البلدي أو مجلس الاتحاد استيفائها من قبل شركة المشروع باسم الشخص العام المعني ولحسابه.
- أو كالثمن⁽²⁾ الذي يدفع بعد انتهاء العمل المطلوب منه⁽³⁾ كما هو الحال في عقود الأشغال العامة، إذ إن القاعدة العامة المعمول بها هو أن يدفع الثمن إلى المتعاقد الخاص مباشرة بعد تنفيذ الأشغال⁽⁴⁾ ويدفع الثمن أيضاً نظير السلع التي ورّدها (كما هو الحال في عقود التوريد).

(1) يتم تمويل مشاريع الشراكة بعدد من الأساليب ومنها: 1- التمويل بنظام الملكية والتي تمثل الاستثمارات الأولية التي يسخنها أصحاب المشروع بأنفسهم فلا يحصلون على حصص ملكيتهم إلا بعد أن يتم تسديد كافة المستحقات الواجب تسديدها لأصحاب بقية أنواع رؤوس الأموال. 2- بنظام الاقتراض من البنوك.

(2) محمد قدرتي حسن، "العقود الإدارية"، مكتبة الآفاق المشرقة، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2016، ص 156.

(3) سليمان محمد الطماوي، "مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة 2002، ص 880.

(4) علي الدين زيدان ومحمد السيد أحمد، "الموسوعة الشاملة في القانون الإداري"، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة 2002، ص 880.

وبديهي القول بالتالي أن الشكل الذي يتخذه المقابل النقدي يرتبط بطبيعة المشروع المتعاقد عليه. فإذا تمثّل المشروع بتقديم خدمة للمواطنين، يكون المقابل رسمًا مقابل خدمة يدفعه المنتفع⁽¹⁾.

أما إذا كان المشروع من مشروعات البنية التحتية (كمشاريع الري والسدود وإمدادات المياه وشبكات الصرف الصحي والموانئ والمطارات وخطوط السكك الحديدية والطرق البرية والجسور والأنفاق والمخازن العامة ووسائل المواصلات والاتصالات كشبكات الهاتف والانترنت والبريد وخطوط نقل القدرة الكهربائية والأنابيب النفطية وإمدادات الغاز الطبيعي وغيرها)، فيقتضي التمييز هنا بين أن تقوم الإدارة العامة بتشغيل واستغلال هذا المشروع فيما بعد أو أن يقوم الشريك الخاص بذلك.

ففي الحالة الأولى يتوجب على الإدارة العامة أن تدفع للشريك الخاص مستحقته المالية بشكل دوري في صورة مبالغ متفق عليها في العقد "شهريًا أو ثلاثة أشهر أو نصف سنوية..." طيلة فترة العقد التي لا تتجاوز خمسة وثلاثين عامًا من تاريخ توقيع عقد الشراكة، ذلك لأن الإدارة العامة هي من سيحصل على المقابل من المنتفعين من المشروع ولا يتحمل الشريك الخاص مخاطر الاستغلال.

أما في الحالة الثانية، فإنه يحق للشريك الخاص استيفاء الرسوم من المنتفعين بصفته وكيلًا عن الإدارة العامة يقوم بالتصرف عنها، كما قد ينص عقد الشراكة أيضًا على حصوله على ثمن تدفعه الإدارة العامة في عقود الأشغال العامة عند انتهاء التشغيل وتسلمها المشروع منه⁽²⁾.

ويكون للإدارة العامة الحق في التدخل بإرادتها المنفردة⁽³⁾ لتعديل الرسوم المتفق عليها في العقد وعلى كيفية تحصيلها، لكن عليها أن تعوض على الشريك الخاص عما أصابه من ضرر

(1) علياء سيف سالم سيف الجابري، "ضوابط التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص - دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019، ص 93.

(2) حمادة عبد الرزاق حمادة، "التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013، ص 661.

(3) عبد الكريم الشاطر، "التطورات القانونية والتشريعية لعقود الشراكة"، مركز الدراسات العربية، مصر، سنة 2019، ص 306.

جراء ذلك التعديل⁽¹⁾، لأن الرسم يصنّف محاسبياً كنفقات تشغيل يرتبط بنتائج الاستغلال وليس كدين⁽²⁾. لكن لا يجب أن يصل تعديل القطاع العام لعقد الشراكة بالإرادة المنفردة إلى حدّ الإخلال بالتوازن المالي للعقد إنما يجب ضمان التوازن المالي للعقد⁽³⁾.

تجدر الإشارة أخيراً إلى أنه لا يتم أداء أية مستحقات مالية للمتعاقد الخاص إلا بعد قيام الإدارة العامة بإصدار شهادة قبول بمستوى جودة الأعمال⁽⁴⁾ أو الخدمات المتاحة أو المنتجات Key Performance Indicators (المادة 10 فقرة 6 من القانون 2017/48). وهذا أمر منطقي طالما أن الغرض من اللجوء إلى الشراكة مع القطاع الخاص هو تقديم خدمات ومنتجات ذات جودة فنية وتقنية عالية، وتحسين أداء وإنتاجية القطاعات التي كانت تعاني من الضعف والتراجع المستمر في ادائها وإنتاجيتها في ظل عجز الدولة الدائم عن تمويله المستمر من الموازنات العامة من دون أن يكون لها أي مردود مالي يذكر.

- أما فيما يتعلق بالتعويضات، فإنها تستحق للشريك الخاص عن عدة أمور نذكر منها:
- الأعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة في العقد شرط أن تكون ضرورية لحسن تنفيذ المشروع. وتكون مكالبتها في هذه الحالة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب⁽⁵⁾.
 - كل ضرر تتسبب له به الإدارة العامة المتعاقدة معه، كعدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية.
 - الصعوبات المادية الاستثنائية التي تعترضه أثناء تنفيذ العقد بشرطين هما: أولاً عدم دخولها في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد لكونها لم تكن متوقعة (كالكوارث الطبيعية أو الحروب أو الأزمات الوطنية) وثانياً جعلها تكلفه التنفيذ أعلى من الكلفة التي قدرها في ظل الظروف العادية وأن تكون شديدة الوطأة على الشريك الخاص بحيث أنها تلحق

(1) عبد العزيز عبد المنعم، "الأسس العامة للعقود الإدارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004، ص 254.

(2) رجب محمود طاجن، "عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2010، ص 146.

(3) إيلي مسعود خاطر، "المفهوم القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص وأهميته الحيوية للاقتصاد اللبناني"، المجلة القضائية اللبنانية، سنة 2020.

(4) بنفس المعنى المادة 2 من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 والمادة 11/د من القانون الفرنسي رقم 559 المعدل، والمادة 18 من مشروع قانون الشراكة العراقي...

(5) سليمان محمد الطماوي، "مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2007، ص 970.

اضطرابًا في التوازن المالي للعقد⁽¹⁾. والقضاء الإداري⁽²⁾ يطبق هنا نظرية غير المنظور أو الظروف الطارئة. فقد اعتبر مجلس شورى الدولة اللبناني⁽³⁾ في هذا الصدد أنّ "تعليق مدة عقد امتياز لاستثمار مرفق عام لإحدى عشر سنة استنادًا للقانون رقم 91/50 المتعلق بتعليق المهل، يرتبط بوجود الصعوبات ذات الطابع الأمني المولدة ارتباكًا واضطرابًا بحسن سير المرفق السياحي موضوع الامتياز على نحو طبيعي ومألوف، منسجم مع غايات وقدرات الاستثمار، مما يحول دون الإخلال بحق صاحب الامتياز بالتوازن المالي لمشروع الاستثمار". وقد أعاد مجلس شورى الدولة التوازن المالي لعقد الامتياز في هذه القضية عبر تجديد مهلة الامتياز بسبب ظروف التنفيذ غير الطبيعية إبان الاضطرابات الأمنية في لبنان، حيث عوّض صاحب الامتياز بذلك عن الضرر المالي المباشر والخسائر التي مُني بها خلال الأحداث الأمنية، بأن قضى بتمديد مدة الامتياز كي يستفيد صاحب الامتياز من المدة الجديدة لإعادة التوازن المالي للعقد⁽⁴⁾.

ثانيًا - فيما يتعلق بالأعمال المنجزة ومراقبتها

يتوجب على المتعاقد من القطاع الخاص أن يقوم بجميع الأعمال المحددة في عقد الشراكة بأعلى كفاءة وجودة ممكنة وبأقل المصاريف التشغيلية، على اعتبار أن الإدارة العمومية قد اختارته بالتحديد⁽⁵⁾ بالنظر إلى مهاراته وقدراته الفنية والمالية والتكنولوجية المتطورة، التي عليه تجسيدها في نتائج أعماله المتمثلة في تحسين مستوى تقديم الخدمات العامة. لذلك فرضت المادة 10 فقرة 7 من القانون رقم 2017/48 على الشريك الخاص أن يُعدّ التقارير حول تنفيذ المشروع المشترك وأن يحيلها حكمًا إلى الشخص العام والمجلس الأعلى للخصخصة والشراكة.

(1) ماجد راغب الحلو، "القانون الإداري"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، صفحة 450.

(2) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم 195، سنة 2004، منشور في مجلة القضاء الإداري، العدد الحادي والعشرون، بيروت، 2009.

(3) قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، رقم 215 تاريخ 2007/12/6، منشور على موقع الجامعة اللبنانية الإلكترونية، <http://77.42.251.205/ViewRulePage.aspx?ID=82973&selection>

(4) F.Marty et S. Trosa et A. Voisin, "Les partenariats public- privé", Edition La découverte, Paris, 2006.

(5) جهاد زهير ديب، "عقود الامتياز"، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2013، ص 114.

وبالمقابل فرضت المادة 11 على الشخص العام أن يتولى مراقبة تنفيذ المشروع المشترك من كل نواحيه بحسب الأحكام المنصوص عليها في عقد الشراكة. تتم المراقبة على ذلك على مرحلتين، المرحلة التأسيسية والمرحلة التشغيلية.

في المرحلة التأسيسية يتوجب على الشخص العام وفور التوقيع على عقد الشراكة من قبل أطرافه أن يعين لجنة توجيهية يرأسها ممثل عن الشخص العام وتضم أيضًا ممثلين عن الوزير المختص في حال كان الشخص العام غير الدولة، وعن الأمانة العامة للمجلس وعن وزارة المالية وعن الهيئة المنظمة للقطاع في حال وجودها. وأن يعين أيضًا مكتبًا لإدارة المرحلة التأسيسية يضم بالإضافة إلى أفراد المعينين من يلزم من الخبراء والاستشاريين من ذوي الاختصاص المحليين أو الدوليين وذلك بحسب طبيعة المشروع المشترك ويكون مكتب إدارة المشروع صلة الوصل بين اللجنة التوجيهية وشركة المشروع.

يقوم مكتب إدارة المشروع باستلام وتقييم التقارير المتعلقة بالتنفيذ والتقدم بالأعمال المعدة من قبل شركة المشروع، وبوضع تقارير مراقبة فصلية وتقديمها إلى اللجنة التوجيهية. يجب أن تبين تقارير المراقبة مدى التزام شركة المشروع بالجدول الزمني لتنفيذ الأعمال المحددة في العقد وأن تتضمن الاقتراحات بالنسبة للمسائل الطارئة التي تقتضي معالجتها.

تجتمع اللجنة التوجيهية فصليًا ولدى حصول أي طارئ بهدف مراجعة تقارير المراقبة المقدمة من مكتب إدارة المشروع واعطاء التوجيهات الضرورية ورفع التقارير إلى الشخص العام، والوزير المختص في حال كان الشخص العام غير الدولة، والأمانة العامة للمجلس. للشخص العام من غير الدولة، وبعد موافقة الوزير المختص، أن يتخذ التدابير والقرارات اللازمة بناء على تقارير اللجنة التوجيهية ومكتب إدارة المشروع.

أما في المرحلة التشغيلية فيتوجب على الشخص العام أن يعين مكتبًا لإدارة المرحلة التشغيلية يضم بالإضافة إلى أفراد المعينين ممثل عن الهيئة المنظمة للقطاع في حال وجودها، ومن يلزم من الخبراء والاستشاريين من ذوي الاختصاص المحليين أو الدوليين.

يتولى مكتب إدارة المرحلة التشغيلية على سبيل التعداد وليس الحصر المهام التالية:

- مراقبة العمليات التي تقوم بها شركة المشروع لناحية المخرجات ومستويات وجودة الخدمات المطلوبة بالنسبة للمعايير الموضوعية وتوزيع المخاطر.

- تقديم الاقتراحات العائدة لخطة مواجهة إخلال شركة المشروع بموجباتها وفرض العقوبات المنصوص عليها في عقد الشراكة.
- المساهمة في إدارة تسوية النزاعات القائمة.
- التأكد بشكل عام من انطباق عمليات شركة المشروع على الشروط المنصوص عليها في عقد الشراكة.

يضع مكتب إدارة المرحلة التشغيلية تقارير نصف سنوية بنتائج المراقبة، وكلما دعت الحاجة. تبلغ نسخة عن هذه التقارير إلى الشخص العام لاتخاذ القرارات المناسبة بشأنها، وإلى الوزير المختص في حال كان الشخص العام غير الدولة، وإلى الأمانة العامة للمجلس وذلك للاطلاع وإبداء الرأي وإحالتها إلى المجلس كلما دعت الحاجة.

■ الفرع الثاني: حقوق وموجبات القطاع العام

نصت المادة 10 من القانون رقم 2017/48 على أنه يجب أن يتضمن عقد الشراكة موجبات الأطراف على أنواعها وحقوقهم، ذلك لأن عقود الشراكة تعدّ من العقود الطويلة الأجل حيث تمتد إلى أكثر من ثلاثين سنة. والفترة التعاقدية الطويلة كفيلة بأن تشهد العديد من التغيرات الطارئة على كافة المستويات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. ونتيجة لذلك فإنها معرضة للعديد من المخاطر التي قد لا تكون متوقعة عند التعاقد. وفي حال عدم الاتفاق مسبقاً على كيفية تقاسم المخاطر، سيصل الأمر إلى منازعات بشأن تنفيذ العقد تحتاج إلى تسوية.

بناءً على ما تقدم، سوف نسلط الضوء هنا على المخاطر المصاحبة لكل مشاريع الشراكة الاستثمارية والتي تؤثر على التعاقد من القطاع العام أكثر مما تؤثر على التعاقد من القطاع الخاص، نظراً لما يتسم به المرفق العام من خصوصية وبالتالي ضرورة سير العمل فيه بنظام واستمرارية (أولاً). ومن ناحية أخرى على حق اللجوء للوساطة والتحكيم الداخلي والدولي لحل النزاعات المرتبطة بالمشروع (ثانياً).

أولاً - فيما يتعلق بالمخاطر

من أهم خصائص عقد المشاركة هي خاصية "تقاسم المخاطر"، وعدم تحميل المستثمر وحده المخاطر المرتبطة بالمشروع، تحفيزاً له على المغامرة في إبرام عقود الاستثمارات التي

تكون عادةً محفوفة بالمخاطر وتكريسًا للشراكة التي لا خاسر فيها أو ما يعرف " Win - Win Partnership".

وقد أكدت على هذه الميزة المادة 10 فقرة 8 من القانون رقم 2017/48 بنصها على ضرورة أن يحدد عقد الشراكة كيفية توزيع المخاطر بين الشخص العام وشركة المشروع، بالإضافة إلى التدابير والإجراءات التي يجب إتباعها للحد من وقع تلك المخاطر، إذ إنه أحد العوامل الرئيسية في نجاح مشروع الشراكة. فضلاً عن ضرورة تحديد الأملاك العائدة إلى الشخص العام والتي توضع طيلة مدة عقد الشراكة بتصرف شركة المشروع لتنفيذ موجباتها، إذ يجوز للشخص العام وخلافًا لأي نص آخر أن يضع بتصرف شركة المشروع العقارات العائدة له واللازمة لتنفيذ المشروع المشترك وذلك طيلة مدة عقد الشراكة.

وإذا تطلب تنفيذ المشروع المشترك استملاك عقارات خاصة، يمكن لشركة المشروع أن تطلب من الشخص العام استملاك تلك العقارات. تطبق في هذه الحالة أصول الاستملاك ويجب أن تصدر قرارات وضع اليد ونقل الملكية في مهلة أقصاها ستة أشهر من تاريخ صدور مرسوم إعلان المنفعة العامة. تسجل العقارات المستملكة في السجل العقاري بإسم الشخص العام وتعطى شركة المشروع حق إشغالها طيلة مدة عقد الشراكة. ويجاز لشركة المشروع أو للشريك الخاص المساهمة كلياً أو جزئياً مع الشخص العام في تمويل كلفة تعويض الاستملاك للعقارات المطلوب استملاكها، وعلى أن تعتبر هذه المساهمة عنصراً لا يتجزأ من عناصر تمويل المشروع المشترك (بحسب المادة 13 من قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص).

كما يكون من الضرورة بمكان أن تحدد في عقد الشراكة حقوق وموجبات الشريك الخاص فيما خص هذه الأملاك والأموال، ومن ثم كيفية تحويل المشروع المشترك عند حلول أجله إلى الشخص العام عندما تقتضي ذلك طبيعة المشروع. على أن تذكر إجراءات تأمين استمرارية المشروع والأعمال موضوع عقد الشراكة لدى انتهائه بحلول أجله أو بفسخه أو في حال إخلال شركة المشروع في تنفيذ موجباتها التعاقدية.

وسوف نورد بعض الأمثلة على المخاطر كتضرر أو هدم واحترق أو تخريب الأملاك العائدة إلى الشخص العام والتي وضعت طيلة مدة عقد الشراكة بتصرف شركة المشروع سواء

بسبب الحرب أو الاضطرابات الأمنية أو الكوارث الطبيعية التي تنسم بالقوة القاهرة أو ربما تعرضها للسرقة⁽¹⁾ أو لوضع اليد بقرار قضائي. وقد تتمثل بشل أعمال شركة المشروع بسبب حصار مفروض على البلد⁽²⁾ أو بسبب مقاطعة التعامل معها لانتمائها إلى دولة أجنبية معينة وذلك لسبب سياسي ما مثلاً فيضعف الطلب على الخدمة أو بسبب تقلبات أسعار المواد الأولية اللازمة لتنفيذ المشروع أو تقلبات أسعار العملات المتداولة⁽³⁾. فهذا يطبق ما ورد في عقد الشراكة بخصوص تقاسم المخاطر. وإذا لم يرد أي نص بهذا الخصوص، فقد استقر العمل على تحميل الإدارة العامة الجزء الأكبر من هذه المخاطر⁽⁴⁾.

وقد تكون المخاطر تشريعية كأن تصدر قانوناً جديداً يطل عقد الشراكة المبرم ويكون من شأنه زيادة الضريبة على المستثمر أو المساس بأحد حقوقه المكترسة في العقد والحل يكون بتعويض الشريك الخاص عن كافة الأضرار التي لحقته بسبب التشريعات الجديدة.

لذلك من الأفضل استدراك هذا الأمر مسبقاً عبر وضع "شرط الثبات التشريعي" في عقد الشراكة بحيث لا يسري على هذا الأخير سوى القانون النافذ وقت إبرام العقد⁽⁵⁾. هكذا شرط يجذب المستثمر لكونه يؤمن الاستقرار ليعمل بطمأنينة سيما وأن عقد الشراكة يمتد لأجيال يصعب خلالها عدم حصول أي تعديل وعدم اصدار أية قوانين جديدة في مثل هكذا فترة⁽⁶⁾. يجدر القول أخيراً أن عقد الشركة ينبغي أن يحدد بوضوح المخاطر التي سوف يتم اقتسامها والشروط التي سيتم وفقاً لها التقاسم وأيضاً تحديد المخاطر التي سيتحملها أحد الطرفين بمفرده.

(1) Uncitral.un.org ، "منشورات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص".

(2) Nur Alkaf Abd Karim, "Risk Allocation in Public- Private Partnership PPP Project: A Review on Risk Factors", International Journal of Sustainable Construction Engineering & Technology (ISSN: 2180- 3242), Vol 2, Issue 2, December 2011, available on www.researchgate.net.

(3) عادل عبد العزيز السن، "المعايير الواجب تطبيقها في مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، سنة 2012، ص238.

(4) عبد الكريم الشاطر، المرجع السابق، ص 224.

(5) كاميليا صلاح الدين، "الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأسترتال النموذجي والتشريعات العربية- دراسة تحليلية"، منشورات المنظمة العربية للتنمية، سنة 2012، ص 143.

(6) غسان عبيد محمد المعموري، "عقد الاستثمار الأجنبي للعقار"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2015، ص

ثانيًا - فيما يتعلق بحق اللجوء للوساطة والتحكيم

أيضًا يعتبر اللجوء إلى الوسائل البديلة للقضاء من أهم المحفزات التي تشجع المستثمرين على الدخول في عقود الشراكة مع القطاع العام.

وهذا ما قصده المادة 10 فقرة 8 من القانون رقم 2017/48 بنصها على "ضرورة أن يحدد عقد الشراكة الإجراءات والجزاءات التي تلحق بأطراف العقد في حال إخلال أحدهم بأي من موجباته التعاقدية والآليات التفصيلية لتطبيق تلك الجزاءات، دون أن يأتي على ذكر القضاء أو تسمية الوسائل البديلة له".

فإذا كانت القاعدة العامة هي اختصاص القضاء الوطني في تسوية المنازعات⁽¹⁾، إلا أن هذا الأمر لا يستقيم عمليًا مع الشركات المستثمرة التي تشترط عادةً أن يتضمن عقد الشراكة بندًا تحكيميًا يعطي هيئة تحكيمية محددة في العقد صلاحية البت في كل نزاع يتعلق بتنفيذ العقد⁽²⁾.

وبالتالي إذا لم يكن ثمة بند في عقد الشراكة يحدد آلية حل النزاعات الناشئة جرّاء تطبيقه، فيكون القضاء الوطني هو المختص حتى لو كان أحد أطرافه عنصرًا أجنبيًا يخضع لقانون آخر، على اعتبار أن الدولة أو أحد أشخاص القطاع العام طرفًا فيه ولن يتخلوا عن مبدأ السيادة الوطنية ولأن العقد قد أبرم داخل حدود الدولة⁽³⁾.

لذلك يصّر الشريك الخاص على الاتفاق مسبقًا على استبعاد هذا الأمر، سواء أكان العقد متمسًا بالطابع الأجنبي وله تأثير على مصالح التجارة الدولية أم لا، ففي النهاية إن شركة المشروع هي شركة مساهمة، والشركات المساهمة هي شركات تجارية تخضع لأحكام القانون الخاص. والتجارة تبغي السرعة والبساطة والسرية في بت النزاعات ولا تلائمها إطلاقًا الاجراءات

(1) محمد ابراهيم موسى، "التوفيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية"، دار الجامعة الجديدة، بيروت، سنة 2005، ص 36.

(2) طلعت دويدار، "ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم - دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات العربية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2009، ص 33.

(3) حنان أحمد ضيا، "وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقود BOT - دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بيروت العربية، سنة 2016، ص 101.

الطويلة والمعقدة للمحاكمات العادية⁽¹⁾ والتي تمسّ بآئتمان هذا المستثمر وأيضًا بسمعته بسبب علنيّتها.

ومن أجل استبعاد هذا الأمر بحيث يتم نزع الاختصاص من القضاء وعدم قبول الدعوى المرفوعة أمامه، هناك طرق لهم الخيار في سلوكها، نختصرها بالآتي:

1- الخبرة أو التوفيق أو الوساطة:

إذا تم الاتفاق على التوفيق أو الوساطة، فيجب أن يعين عقد الشراكة الموفق أو الوسيط المختص. عكس الخبرة التي يمكن لأطراف العقد اللجوء إليها في كل حين لتوضيح بعض النقاط الفنية المتنازع عليها.

أما الموفق فإن دوره يقتصر على تقديم المقترحات التي ستساهم في مساعدة الفرقاء على تسوية الخلاف موضوع النزاع. وبالتالي هو لا يملك صلاحية الفصل في النزاع⁽²⁾. وتتم التسوية وديًا إذا ما اقتنع الطرفين بمقترح الموفق.

أما الوسيط فيتركز دوره في جمع الفرقاء ويعمل على إعادة المفاوضات وفتح باب الحوار فيما بينهم وتبادل الآراء ويحفّزهم على الوصول إلى حلول مرضية ومن ثم إيجاد تسوية ودية مناسبة لطرفي النزاع. ثم يقوم بتحرير هذه التسوية ويتعهد أطراف العلاقة بالالتزام بمضمونها⁽³⁾.

2- التحكيم:

في السابق كان التحكيم غير جائز في العقود الإدارية (إلا بإجازته بمرسوم من الحكومة أو من سلطة الوصايا⁽⁴⁾). إلا أنه في عقود الشراكة فالتحكيم جائز بشأنها من أجل تسوية المنازعات الناشئة، وذلك سندًا للمادة 762 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني المعدلة

(1) حفيظة السيد حداد، "العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002، ص 809.

(2) محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 23.

(3) Benoit Aubert et Michel Patry, "Les Partenariats Public- Privé: une option à considérer", Revue HEC, Montréal, 2004/2, volume 29.

(4) سامي منصور، "النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 33، سنة 2005، ص 43.

بالقانون رقم 2002\440، حيث ورد في تعديل هذه المادة "أنه يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أيا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم". وقد تضمن هذا التعديل أنه: "لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص...". ولكن وفقاً للفقرة 3 من المادة 113 من قانون الشراء العام رقم 2021\244، تمّ تعديل هذه المادة من قانون أصول محاكمات مدنية حيث أن صيغة المرسوم لم تعد مطلوبة، بل المطلوب فقط قرار معلل من مجلس الوزراء. والشرط لإمكانية سلوك طريق التحكيم هو أن ينص عقد الشراكة على اللجوء إلى التحكيم لفصل النزاعات التي قد تنشأ بين أطرافه سنداً للمادة 10 فقرة 8 المذكورة أعلاه أو أن يكون البند التحكيمي مكتوباً في وثيقة يحيل إليها هذا العقد. كما يقتضي أن يعين عقد الشراكة المحكم إذا كان منفرداً أو هيئة التحكيم (على أن يكون عددهم وترّاً وأن يكونوا أشخاصاً طبيعيين تحت طائلة البطلان)، بأشخاصهم أو صفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء تحت طائلة البطلان (مادة 763 و 771 أصول محاكمات مدنية).

لكن لا شيء يمنع الفرقاء برأينا من الاتفاق لاحقاً أي بعد حصول النزاع، بموجب عقد تحكيمي على حلّ النزاع عن طريق تحكيم شخص أو عدة اشخاص طبيعيين يعينون بأشخاصهم أو بصفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء.

ويمكنهم الاتفاق على أن يكون الحل وفق أحكام قانون أجنبي أو عرف أجنبي. ويجوز أن يتفقوا على أن يكون التحكيم عادياً أو مطلقاً، كما يجوز تفويض المحكم أو المحكمين التوفيق بين الخصوم. وفي حال الشك في وصف التحكيم فإنه يعتبر تحكيميا عادياً. في التحكيم العادي يطبق المحكم أو المحكمون قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية باستثناء ما لا يتفق منها مع أصول التحكيم. يجوز للخصوم اعفاء المحكم أو المحكمين من تطبيق أصول المحاكمة العادية أو بعضها، باستثناء تلك التي تتعلق بالنظام العام وبشرط أن تكون متفقة مع قواعد وأصول التحكيم (كوجوب قيام المحكمين بمهمتهم على وجه السرعة خلال ستة أشهر على الأكثر قابلة للتمديد بشروط).

أما في التحكيم المطلق، يعفى المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى الانصاف. تستثنى من هذا الاعفاء قواعد القانون المتعلقة

بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة لا سيما المتعلقة بحق الدفاع وتبجيل الحكم وأيضاً القواعد الخاصة بنظام التحكيم. لا يثبت التحكيم المطلق الا بمقتضى نص صريح في اتفاقية التحكيم أو في اتفاقية مستقلة. تجري المداولة بين المحكمين سراً، ويصدر القرار بإجماع الآراء أو بغالبيتهم. ووفقاً للمادة 790 من قانون أصول المحاكمات المدنية، يجب أن يشمل القرار التحكيمي على:

- اسم المحكم أو أسماء المحكمين الذين أصدره.
- مكان وتاريخ اصداره.
- أسماء الخصوم والقابهم وصفاتهم وأسماء وكلائهم.
- خلاصة ما ابداه الخصوم من وقائع وطلبات وادلة مؤيدة لها.
- أسباب القرار.
- وفقرته الحكمية.

تبقى للمحكم صلاحية تفسير القرار وتصحيح ما يقع فيه من سهو أو أغلاط وإكماله في حال اغفاله والفصل بأحد الطلبات. لكن القرار التحكيمي الذي ينهي الخصومة ليس له حجية بمجرد صدوره وغير قابل للتنفيذ الإجباري كما هو حال الأحكام والقرارات القضائية إلا بعد التصديق عليه من القضاء المختص في الدولة المراد تنفيذ القرار فيها⁽¹⁾، إذ أكدت المادة 795 على ذلك بنصها على أن القرار التحكيمي لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بأمر على عريضة يصدره رئيس الغرفة الابتدائية التي أودع أصل القرار في قلمه، بناء على طلب من ذوي العلاقة، وذلك بعد الاطلاع على القرار واتفاقية التحكيم. أما حجية القضية المحكوم بها فتقتصر على النزاع الذي فصل فيه. والقرار التحكيمي لا يقبل الاعتراض، إنما الطعن بطريق الابطال والاستئناف وإعادة المحاكمة. على أن مهلة كل من الاستئناف والطعن بطريق الابطال توقف تنفيذ القرار، ما لم يكن القرار التحكيمي معجل التنفيذ. ونشير أخيراً إلى أنه إذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الإداري تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة. وفي حال رفضها يعترض على قراره لدى مجلس القضايا. والنزاع المقصود هنا

(1) اسماعيل نبيل عمر، "التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2004، ص 206.

هو الذي يمكن أن ينشأ بين المتعاقدين في العقد الإداري عن تفسير هذا العقد أو تنفيذه دون طلبات الإبطال بسبب تجاوز حد السلطة التي تبقى حصراً من صلاحية القضاء الإداري.

المطلب الثاني: أنواع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

هناك أنواع متعددة من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، منها المعروفة باسم PPP. لذلك تتنوع عقود الشراكة وتختلف عن بعضها انطلاقاً من عدة عناصر أهمها: نوع المشروع (على سبيل المثال طريق أو مدرسة)، مصدر التمويل، تحمّل المخاطر، مستوى الاستثمار والنتيجة المرجوة. وسوف نستعرض هذه العقود مع تحديد التنظيم القانوني الخاص بكل منها في الفرع الثاني، بعد أن نكون قد استكملنا دراسة عقد BOT في الفرع الأول على اعتبار أنه يعتبر من أهم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

■ الفرع الأول: النظام القانوني لعقد BOT

تعرف عقود البوت "B.O.T" وفق دليل الأونستيرال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأنه: "مشاريع البناء والتشغيل فنقل الملكية عندما تختار السلطة المتعاقدة شريكاً خاصاً لتمويل وتشيد مرفق أو نظام للبنية التحتية، وتعطي هذا الكيان الخاص حق صيانته أو تشغيله على أساس تجاري لفترة معينة، تنقل ملكية المرفق بعد انقضائها إلى السلطة المتعاقدة".

يعد عقد البوت B.O.T من عقود الاستثمار ويقوم على إشراك القطاع الخاص في تنفيذ المشروع بموجب اتفاق محدد بدقة مع القطاع العام عبر استخدام استثماراته وخبراته لإنشاء البنية التحتية وغيرها من المشروعات المطلوبة مقابل الاستفادة من عائدات المرفق العام لفترة محدّدة من الزمن، وفق شروط وقواعد خاصة. وقد أصبح نظاماً عالمياً لتحقيق الخطط والمشاريع الاقتصادية، تلجأ إليه الدول التي تعاني عجزاً في موازنتها العمومية يمنعها من تحقيق خطط الإصلاح والنمو الاقتصادي وتلبية احتياجات شعوبها.

ويستخدم نموذج البناء والتشغيل والنقل (Build – Operate – Transfer) عادةً لتطوير أصول منفصلة أي مشروع محدد بدلاً من شبكة كاملة، مثل طريق برسوم مرور. يوفر هذا

العقد البسيط أكبر قدر من الحرية لشريك القطاع الخاص أثناء الإنشاء، كما تمنحه الدولة الحق في التصميم والبناء والتشغيل وإدارة المشروع بالإضافة إلى حق الاستغلال التجاري لعدد من السنوات تحدد بشكل أن تكون كافية ليسترد المتعاقد الخاص تكاليف البناء إلى جانب ما قد يحققه من أرباح مناسبة من عائدات المشروع فضلاً عن المزايا الأخرى التي يمنحها عقد BOT وسيصار الى بحثها بالتفصيل (أولاً). إضافة الى بحث المساوئ التي قد تنجم عن هذا العقد (ثانياً).

أولاً - مزايا عقد BOT

هذا النوع من عقود الشراكة له مزايا عديدة ومنها:

1. تمويل المشروعات الكبرى التي تتميز بعوائدها المرتفعة والمستمرة، الجاذبة للقطاع الخاص. وأهم المجالات التي تقوم الحكومة باستخدام عقود B.O.T فيها هي مشاريع البنية التحتية، المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية التي تحقق عائداً اقتصادياً والتي يتعين عليها الاضطلاع بها. ولكن نظراً لعدم قدرة الحكومة على تمويل تلك المشروعات من إيراداتها العامة فإنها تعهد بها إلى القطاع الخاص، نظير تحقيق عائد معقول. وتعرف مشاريع البنية التحتية بأنها "مجموع الخدمات التي تتولى الدولة تقديمها، والمنشآت التي تتولى تشييدها إضافة إلى الخدمات التي تعتمد على العمالة الكثيفة كجمع النفايات، وتقديم خدمات النقل. وتشكل البنية التحتية من الطرق والمطارات والموانئ والسكك الحديدية ومحطات مياه الشرب وشبكتها، ومحطات توليد الكهرباء وشبكتها، وشبكات الغاز الطبيعي والصرف الصحي والاتصالات ومرافقها، بالإضافة إلى الخدمات الصحية". ويتضح من هذا التعريف أهمية مشاريع البنية التحتية وضخامة الأموال التي يجب أن توفرها الدولة لإنشائها وتشييدها، كما أنه يمكن تمييز نوعين من مشاريع البنية التحتية وهما؛ مشاريع البنية التحتية الاقتصادية كالنقل والموانئ وغيرها، ومشاريع البنية التحتية الاجتماعية كالتعليم والرعاية الصحة وغيرها.

2. تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة، بحيث يساعد إنشاء هذه المشروعات بطريق الـ BOT في تنظيم العائد من استغلال أملاك الدولة الخاصة. ومن أمثلة ذلك مشروعات التخطيط ومشروعات استصلاح الأراضي البور أو المشاعات.
3. توفير موارد مالية من القطاع الخاص لصالح مشاريع استثمارية، ما يساهم في تحويل الاقتصاد الوطني الى اقتصاد منتج.
4. توفير فرص عمل جديدة والحد من مشكلة البطالة. فضلاً عن اكساب اليد العاملة الوطنية خبرات متقدمة في مواكبة التطور ونقل التكنولوجيا العالمية في المجالات كافة. فتنشكّل لدينا ما يعرف باليد العاملة الماهرة.
5. إدخال استثمارات جديدة، مما يؤدي إلى تحسين ميزان المدفوعات وتخفيض العجز في الموازنات العامة للدولة والاستغناء عن الاقتراض الداخلي أو الخارجي وما يتبعهما من أعباء خدمة الدين العام والضغط السياسي والمالية. كما يؤدي إلى تحريك رأس المال المحلي والخارجي وجذبه وتوفير السيولة النقدية.
6. التخفيف من الضغوط على الموازنة العامة للدولة في بند النفقات، من خلال توجيه الموارد المالية المخصصة لتنفيذ مشاريع البنية التحتية نحو استخدامات أخرى في حاجة للتمويل والتي تتكفل الدولة بها وتتحمل أعباء تمويلها.
7. يتحمّل الملتزم وحده مهمة تأمين التمويل اللازم لدفع تكاليف إنشاء المرفق العام ومصاريف إدارته وصيانته طوال مدة العقد.
8. تطوير القطاع العام وتحسينه: إذ يسمح نظام عقد الـ B.O.T بتطوير أداء المرافق العامة وسرعة تلبية حاجات المستهلكين والمتعاملين مع هذه المرافق. كما يساهم في نقل المعلومات التكنولوجية المتطورة في إنشاء المرافق العامة وتشغيلها إلى الدولة المتعاقدة، حيث تلتزم الشركات المتعاقدة بموجب نقل التكنولوجيا المعروف بحق المعرفة، وتدريب العاملين عليها لكي تستطيع الدولة متابعة إدارة المرفق العام وتشغيله بعد انتقال ملكيته إليها عند انتهاء مدة العقد. كما يستفيد القطاع العام من خبرة القطاع الخاص لإنجاح إدارة وصيانة المشاريع ولتطويرها.

9. المحافظة على ملكية المشروع للقطاع العام. بحيث تنتقل ملكية هذا المشروع إلى الجهة المانحة دون مقابل أو بمقابل يتم الاتفاق عليه مسبقاً⁽¹⁾.
10. يتحمل المتعاقد من القطاع الخاص مخاطر التنفيذ أي مخاطر البناء والتشغيل والإدارة.

ثانياً - عيوب عقد BOT

أما عيوبها فتتصب على أنها:

1. تتطلب الاستقرار السياسي والاقتصادي والنقدي وبيئة قانونية وتنظيمية محددة، وكل هذه المتطلبات غير ثابتة ومتغيرة طبقاً للظروف الدولية والإقليمية والمحلية. وبالتالي قد يكون من الصعوبة بمكان توافرها في العديد من دول العالم ولا سيما الدول النامية التي تحتاج أكثر من غيرها لتأهيل بنيتها التحتية ومرافق الخدمات فيها عبر عقود BOT.
2. تحويل الأرباح إلى الخارج: حيث يقوم القطاع الخاص ببناء المنشأة وتملكها طوال مدة العقد، ثم يقوم باسترداد تكاليف البناء (وغيرها) خلال مرحلة التشغيل⁽²⁾ ومن بعدها تقوم غالبية الشركات المتعاقدة في عقد B.O.T التي تكون شركات أجنبية أو عالمية، بتحويل الأرباح الناتجة عن المشاريع المنفذة إلى الخارج من دون قيود تفرض على المستثمر باستثمار جزء من هذه الأرباح داخل الدولة المتعاقدة، ما يؤدي إلى اختلال ميزان المدفوعات، وهذا يفرض على الدولة الحرص على معالجة هذه الناحية من خلال وضع ضوابط قانونية ومالية للحد من سيئات تحويل أرباح الشركات إلى الخارج.

■ الفرع الثاني: الأنواع الأخرى لعقود الشراكة

هناك أنواع عديدة من العقود تعتبر أساليب ناجحة للشراكة بين القطاعين العام والخاص، نذكر منها:

(1) دائرة المالية، "الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص"، إدارة الدراسات الاقتصادية والمالية، حكومة دبي، أبريل 2010، ص 15.

(2) فيصل أكرم نصوري وفيصل زيدان سهر، "الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين التشريع والتطبيق"، منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 21، العدد 82، سنة 2015، ص 300.

أولاً - عقود الإدارة

بموجب عقد الإدارة تتفق هيئة أو مؤسسة حكومية مع شركة خاصة لإدارة عدد من الأنشطة في هذه المؤسسة، فتتحول حقوق التشغيل للشركة الخاصة ويظل حق الملكية للمؤسسة الحكومية.

تقوم الجهة العامة باستخدام هذه العقود لتنشيط وتطوير الشركات العامة الخاسرة بما يؤدي إلى زيادة قيمتها السوقية عندما تعرض للبيع، وفي هذه الحالة تقوم الجهة العامة بتمويل رأس المال، وبدفع أتعاب ثابتة ومحددة مسبقاً للشركة المتعاقدة معها لا ترتبط بمستوى الأرباح أو الخسائر المحققة. وبالمقابل يحظى القطاع الخاص بجزء كبير من مسؤولية التشغيل والصيانة وإدارة الخدمة دون تحمل أي مخاطر تتعلق بالملكية. وفي معظم الأحيان تتضمن عقود الإدارة حوافز مالية في حالة تحقيق كفاءة عالية في الأداء والتشغيل ولا سيما متى تحققت الأهداف الموضوعية من قبل الجهة الحكومية.

وقد ظهر نجاح عقود الإدارة في عدد من القطاعات في دول عديدة ومنها لبنان، حيث طبقت عقود الإدارة في مشاريع جمع وتشغيل محرق النفايات ومصانع معالجة النفايات، وكذلك استخدمت في قطاع الكهرباء عام 1986 في دولة غينيا بيساو.

الميزة الرئيسية لعقود الإدارة أنها تسمح للدولة بالاحتفاظ بالملكية، كما أنها تمكن الدولة من حل الفشل الإداري وذلك بالحصول على أفضل الخبرات الإدارية الخاصة. أما عيوب عقود الإدارة أنها تحمّل الدولة كافة المخاطر، بينما يحصل شريكها في القطاع الخاص على أتعاب محددة وثابتة بصرف النظر عن تحقيق أرباح أو خسائر في المشروع أو المرفق.

ثانياً - عقود الإيجار (Leasing Contracts)

في هذا النوع من العقود تقوم الجهة الحكومية بالتعاقد مع القطاع الخاص لفترة زمنية محددة، يقوم خلالها المستثمر بسداد مبلغ معين متفق عليه للجهة الحكومية مقابل تأجير أصول المرفق أو الشركة. على أن يتحمل المستثمر مسؤولية التشغيل والصيانة ومخاطرها. لذلك تلجأ الدولة بشكل متزايد إلى عقود التأجير لما فيها من توفير لأموال طائلة يمكن استثمارها

في أغراض ومشروعات أخرى. ويحصل المستثمر في مقابل ذلك على الدخل من وراء تشغيل المرفق دون أية مسؤولية عن تمويل الاستثمارات الرئيسية⁽¹⁾.

في هذا النوع من العقود تظل مسؤولية التخطيط والتمويل في يد الدولة. وفي حال زيادة الاستثمارات في الشركة أو المرفق تقوم الدولة بوضع برنامج التشغيل⁽²⁾ بالتنسيق مع القطاع الخاص.

من مزايا عقود الإيجار أنها توفر نفقات التشغيل بدون تخلي القطاع العام عن الملكية. كذلك الحصول على دخل سنوي بدون التعرض لمخاطر السوق ووقف الدعم والتحويلات المالية.

ومن عيوبها أنها لا تعطي أية حوافز للشركة الخاصة المتعاقدة مع القطاع العام لرفع قيمة الأصول خلال فترة التأجير طالما أنه لا يتم تحويل ملكية الأصول. لذلك فإن هذا النوع من العقود يكون مناسباً للمشاريع التي تحتاج لرفع كفاءة التشغيل وليست بحاجة إلى توسيعات أو تحسينات.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن هناك نوعين من عقود التأجير⁽³⁾ هما عقود التأجير التشغيلي وعقود التأجير التمويلي. يقوم المستأجر في النوع الأول باستغلال المشروع وأصوله ملتزماً بإجراءات الصيانة خلال فترة زمنية محددة لا تمتد إلى نهاية العمر الافتراضي للمرفق أو المشروع. أما في النوع الثاني، يلتزم المستأجر أيضاً بإدارة المشروع وإجراء الصيانة له لكن لفترة زمنية قد تمتد إلى نهاية العمر الافتراضي على أن تكون هناك بدلات مقابل التأجير تغطي تكلفة الأصل وهامش ربح محدد⁽⁴⁾.

(1) عادل الرشيد، "إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المفاهيم - النماذج - التطبيقات)"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الكويت، سنة 2006، ص 28.

(2) فيصل أكرم نصوري وفيصل زيدان سهر، المرجع السابق، ص 298.

(3) عبد القادر ورسمه غالب، "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، ورقة عمل مقدمة في ندوة عقود المشاركة PPP والتحكيم في منازعاتها، البحرين، سنة 2008، ص 220.

(4) فيصل أكرم نصوري وفيصل زيدان سهر، مرجع سابق، ص 299.

ثالثاً - عقود الامتياز (Concession Contracts)

وهي العقود التي يتم بموجبها قيام شركة خاصة بتمويل وبناء وتشغيل مشروع خدماتي جديد. وتتضمن تحديداً دقيقاً لمواصفات التأجير، بالإضافة إلى النفقات الرأسمالية والاستثمارات التي يتحملها القطاع الخاص. أما حقوق الملكية فإنها ترجع إلى القطاع العام في نهاية المدة التعاقدية التي تكون طويلة نسبياً وتتراوح بين 15 و 30 سنة⁽¹⁾.

كانت بداية استخدام عقود الامتياز في كثير من دول العالم في مجال استخراج النفط ومشتقاته، حيث تُمنح الدولة شركة ما امتياز لاستخراج ما بها من ثروات طبيعية ومنها النفط لفترة زمنية معينة، ومقابل هذا الامتياز تحصل الدولة على مبلغ معين يتم الاتفاق عليه. ومع التطورات التي شهدتها العالم وبدايات القرن التاسع عشر امتدت عقود الامتياز لتشمل مشاريع أخرى من أهمها المشاريع الزراعية.

واستخدمت عقود الامتياز بنجاح في معظم الدول مثل الأرجنتين حيث طبقت في مجال النقل والمواصلات وخاصةً السكك الحديدية. وبالعودة إلى الثمانينات، وعلى المستوى الدولي فقد مثّلت عقود الامتياز في مشاريع الخدمات حوالي 80% من إجمالي العقود. واستمر انتشار هذا النوع من التعاقد أيضاً في مجالات متعددة من أهمها خدمات المياه والصرف الصحي والكهرباء. وانتشار عقود الامتياز امتد ليشمل الكثير من الدول النامية مثل تونس وماليزيا⁽²⁾. وتعد الحكومات عادةً إلى القطاع الخاص بتمويل وإنشاء وإدارة المجمعات الصناعية عن طريق عقد امتياز يحصل القطاع الخاص بموجبه على عائد المشروع خلال فترة زمنية معينة، وتنتقل بعدها ملكية هذه المجمعات إلى الحكومة بدون مقابل. ومن أمثلة ذلك مصانع الكيماويات والورق والألمنيوم.

ومن مزايا عقود الامتياز أن صاحب الامتياز يبقى المسؤول عن النفقات الرأسمالية والاستثمارات الأمر الذي يخفف الأعباء المالية عن الدولة. وليس ثمة عيوب لهذه العقود،

(1) فيصل أكرم نصوري وفيصل زيدان سهر، المرجع السابق، ص 300.

(2) حسن عبد المطلب العلوان، "مشاركة القطاع الخاص في إدارة خدمات مياه الشرب والصرف الصحي في مصر"، بحث مقدم ضمن مشروع بحثي مشترك بعنوان: "دور الدولة في عالم متغير"، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، إصدار مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، سنة 2004، ص 18.

شرط أن تتضمن بكل وضوح نطاق وطبيعة الخدمات التي سيقدمها المتعاقد مع الحكومة وحقوق وموجبات الطرفين خلال فترة التعاقد.

رابعًا - عقود التصميم والبناء

يُمنح العقد لشريك من القطاع الخاص لتصميم وبناء منشأة أو بنية تحتية تُلبّي مواصفات الأداء المنصوص عليها في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص. يُسهم هذا النوع من الشراكة في اختصار الوقت وتوفير المال، وتوفير ضمانات أقوى (حيث يُنفذ العمل مع جهة واحدة بدلًا من تحالف)، وتوزيع مخاطر إضافية على القطاع الخاص.

خامسًا - عقود التصميم والبناء والتمويل

يقوم القطاع الخاص بإنشاء الأصول وتمويل تكلفة رأس المال خلال فترة البناء فقط. وقد يلتزم بالتصميم - البناء - التمويل - التشغيل (يسمى DBFO). أو قد يتضمن التصميم - البناء - التمويل - الصيانة (ويسمى DBFM). أو بالتصميم - البناء - التمويل - الصيانة - التشغيل (فيسمى DBMFO).

على غرار BOOT، يُستخدم نظام (DBFO وأنواعه المختلفة) بشكل أكبر في المملكة المتحدة لمشاريع مبادرة التمويل الخاص (PFI). يقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وتمويل وتشغيل الأصول، ثم إعادة تأجيرها للحكومة، عادةً لمدة تتراوح بين 25 و30 عامًا. يُقلل هذا النظام من مخاطر القطاع العام على المدى الطويل، كما أن الدفعات المنتظمة تجعله خيارًا جذابًا للقطاع الخاص.

سادسًا - عقود التصميم والبناء والصيانة والتمويل (DCMF)

التصميم والإنشاء والصيانة والتمويل مُشابهة جدًا لإدارة المرافق العامة (DBFM). تُنشئ الجهة الخاصة المنشأة بناءً على مواصفات الجهة الحكومية، ثم تُؤجرها لها. هذا هو المُتبع عادةً في مشاريع سجون الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

سابعًا - عقود الخدمة (Service Contracts)

يقوم الشريك من القطاع الخاص بتقديم بعض الخدمات التي يتم الاتفاق عليها⁽¹⁾، على سبيل المثال تجديد أو إضافة وحدات تشغيلية لأداء خدمة ما أو خدمات محددة مقابل رسوم يدفعها المستفيدين منها. كأعمال صيانة أو تجديد شبكات مياه الشرب أو محطات رفع مياه الصرف الصحي وتحصيل الفواتير وقراءة العدادات وقد استخدمت هذه الوسيلة في كل من ماليزيا والهند وتشيلي. ويتحمل القطاع العام بالمقابل وبصورة تامة أعباء الاستثمارات الرأسمالية والمخاطر التجارية المرتبطة بتشغيل المرفق⁽²⁾.

ثامنًا - عقود التشغيل والصيانة

في عقود التشغيل والصيانة، يقوم مُشغل خاص بتشغيل وصيانة الأصول لصالح شخص الحق العام، وذلك بمستوى أداء مُتفق عليه والتزامات مُحددة. وغالبًا ما يُعهد بهذا العمل من الباطن إلى شركات صيانة مُتخصصة. يُدفع ثمن هذا العقد إما برسوم ثابتة، حيث يُدفع مبلغ إجمالي للشريك الخاص، أو برسوم مُرتبطة بالأداء، وهذا الأخير هو الأكثر شيوعًا. في هذه الحالة، يُحفر الأداء من خلال آلية تقاسم المخاطر وتقاسم الربح، والتي تُكافئ الشريك الخاص على الأداء المُتفوق (وفقًا لاتفاقيات مستوى الخدمة المُتفق عليها)، وبالمقابل تُجبره على دفع غرامة عن العمل الذي لم يُنجزه⁽³⁾.

الخاتمة

رغم مرور ثماني سنوات على صدور قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم 48 تاريخ 2017/9/7 في لبنان، إلا أن تطبيقه على أرض الواقع لا يزال خجولًا ولم يُعطَ

(1) هشام مصطفى الجمل، "الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كأداة لتحقيق التنمية المستدامة"، منشور في مجلة جامعة الأزهر، العدد 31، الجزء 4، سنة 2016، ص 1716.

(2) Gilles J Guglielmi, "L'expérience française des contrats de partenariat : par ordonnance", 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 Bouregrage, Rabat, 2014.

(3) Jean- Jacques L'avenue, "PPP, Service public rôle et réforme fr. L'état : externalisation ou stratégie des chocs?", Revue Lexis Nexis, du 25 janvier 2021.

فرصة حقيقية للنهوض بأي قطاع من القطاعات العامة كنموذج إصلاحي، رغم أن الأزمات تحيط بغالبية المرافق العام التي تعاني من فساد إداري، عجز مالي وخدماتها العامة شبه غائبة والبنية التحتية متهاكة...

كما أن فكرة إشراك القطاع الخاص في تسيير أعمال هذه المؤسسات والإدارات العامة لا تزال غير مقبولة كفايةً في مجتمعنا بسبب عدم القدرة على التمييز بين مفهومي الخصخصة والشراكة بين القطاعين العام والخاص. فالخصخصة هي عملية تحويل ملكية المؤسسات العامة والأصول التابعة للقطاع العام إلى الشركات التجارية (التي لا تبغي سوى الربح الخاص). وهذا البيع قد يكون كلي أو جزئي وبشكل نهائي، فينعدم بالخصخصة دور الدولة فيما تمت خصصته.

لذلك لم تنجز مشاريع الخصخصة بل استمرّ العمل بنظام عقود الشراكة بما تعنيه من كونها اتفاق قانوني على تطوير وتمويل وتشغيل مشروع عام تحت إشراف وتنظيم الدولة. الأمر الذي يطور ويعزز المرافق العامة لأن الأصول تبقى مملوكة للدولة وسوف تعود إليها فور انتهاء مدة عقد الشراكة. هذه التوعية ضرورية للقطاع الخاص من شركات وأفراد، كي يدرك مدى أهمية الشراكة ودورها الرائد في عملية الإصلاح والتنمية المستدامة، لأنه هو من سيشارك في تنفيذ المشاريع الاستثمارية عبر إبرام عقود الشراكة مع القطاع العام التي لا يجوز أن تبقى حكراً على الدولة المركزية. وإنما يجب فتح باب المنافسة الحقيقية والشفافة أمام كافة الشركات الخاصة المتخصصة والمتمتعة بالقدرات الفنية والتكنولوجية على تشغيل المرافق العامة التي تبقى ملكيتها للقطاع العام.

والمثال على ذلك قطاع الاتصالات الذي لا يزال حتى اليوم مملوك من الدولة بنسبة 100% والشركات الخاصة مرتبطة بعقود تشغيل فقط عبر شبكات الدولة، كما أن التعرّفة تحددها الدولة. لكن المشكلة تكمن في عدم فتح باب المنافسة في هذا القطاع، عبر تحرير السوق وإدخال شركات خاصة أخرى تستثمر بشبكات جديدة وبتقنيات حديثة ومنصات إلكترونية جديدة. والأمر نفسه ينطبق على باقي القطاعات كالطيران المدني والكهرباء.

من هنا تبرز أهمية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تساهم في تفعيل القطاعات العامة وتحقيق حلم اللبنانيين بالحصول على الخدمات العامة كافةً بتقنية فنية عالية

الجودة وبأقل كلفة ممكنة. ناهيك عن أنها تساهم في الحد من البطالة عبر اشراك اليد العاملة في تشغيل المشاريع، واكسابها الخبرة والمهارة نتيجة التدريب والتطوير لتصبح كوادر محلية متمكنة من استلام المشاريع بعد انتهاء فترة العقد.

وقد درسنا بالتفصيل أن الأحكام القانونية النازمة لحقوق المتعاقدين في عقود الشراكة استطاعت ضمان تحقيق مصلحة جميع أطراف العلاقة، بشكل مختلف عن العقود الادارية بمفهومها التقليدي. وتوصلنا بالنتيجة الى خلاصة مفادها أنها تمكنت من توفير ضمانات كافية للمستثمر تقنعه بالتعاقد. وذلك من أجل تحفيز الدولة للقطاع الخاص بدور أكبر في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية لتوسيع قاعدة الانتاج وتحسين نوعيته وتقليل كلفته وتمويل المشاريع والبرامج بطرق استثمارية حديثة تكفل المنافسة الخارجية.

لكن المطلوب تطبيق هذه الأحكام القانونية التي استعرضناها بحسن نية وبشفافية. فالشفافية Transparency تعني التنسيق بين الشركاء من خلال رؤية واضحة للأساليب التي ينتهجها كل شريك لتنفيذ الأهداف الموضوعة، مع التعامل بصدق ووضوح مع المتغيرات الداخلية والخارجية التي تحدث خلال فترة الشراكة. لذلك إذا ما طبقت تكون كفيلة بإنجاح عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على كافة الصعد وبالارتقاء بלבnan إلى بلد التقدم والازدهار.