

الجامعة اللبنانية

المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق
والعلوم السياسيّة والإداريّة والإقتصاديّة

النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص -
دراسة مقارنة

رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام

إعداد

مايا أنطوان طربيّه

لجنة المناقشة

- | | | |
|--------|----------------|-----------------------------|
| رئيساً | الأستاذ المشرف | - الدكتور محيي الدين القيسي |
| عضواً | أستاذ | - الدكتور فوزت فرحات |
| عضواً | أستاذ مساعد | - الدكتور وفيق ربحان |

التصميم

المقدمة

القسم الأول : مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص

- الفصل الأول: تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص
- الفصل الثاني: خصائص الشراكة بين القطاعين العام والخاص
- الفصل الثالث: عقود الـ BOT (Build- Operate- Transfer)

القسم الثاني: النطاق القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص

- الفصل الأول: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة
- الفصل الثاني: خصائص النظام القانوني الذي يحكم عقود الشراكة
- الفصل الثالث: التنازع القضائي لعقود الشراكة

القسم الثالث : أبعاد مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص

- الفصل الأول: شروط نجاح الشراكة
- الفصل الثاني: المخاطر والتحديات

الخاتمة

المقدمة

تُشاهد اليوم الدولة وهي تذوب أمام أعيننا ليس فقط لأن سيادتها ناقصة أو لأنها عاجزة عن ممارسة سلطاتها أو القيام بدورها على كامل أراضيها، بل لأنها تتعرض لعملية إفقار منظّمة بحيث أنها أضحت صندوقاً فارغاً ليس لها القدرة على تمويل ذاتها لتأمين الخدمات الأساسية للمواطنين أو تأمين العدالة الإجتماعية أو الإستثمار في البنية التحتية. لهذه الدولة العاجزة يصفون اليوم علاجاً وحيداً ولا مفرّ منه وهو ما يسمّى بالـ " Public Private Partnerships - P.P.P" وما معناه باللغة العربية "المشاركة بين القطاعين العام والخاص" أو فنّ الإستدانة¹.

مقاربة الأستاذ أديب طعمة هذه للشراكة بين القطاعين العام والخاص بوصفها وسيلة إستدانة، تستطيع الدولة من خلالها معالجة عجزها وعدم قدرتها على تأمين الخدمات الأساسية للمواطنين، تطرح علامات إستفهام كثيرة إن من ناحية تعريف الشراكة العامة - الخاصة وإن من ناحية تأثيرها على الوضع الإقتصادي والإجتماعي والمالي العام.

يمكن تعريف الشراكة العامة - الخاصة، بشكلٍ موجز، بأنها عقود طويلة الأمد تُكّلف من خلالها شركة خاصة بمهام التصميم والبناء وإدارة الخدمات مقابل ثمن يُدفع لها من قبل الشخص العام.

“Les partenariats public-privé (PPP) peuvent être sommairement présentés comme des contrats de longue durée, à paiement public, confiant à une entreprise privée des missions de conception, de construction et de gestion de service”²

وقد أعطى الأستاذ أديب طعمة، في مقالته، وصفاً عملياً للشراكة العامة - الخاصة فإختصرها بما يلي:

بدلاً من الإستدانة بهدف الإستثمار في مشروع معين كبناء معمل لإنتاج الطاقة وتوزيعها أو جسر أو موقف للعموم، تنشئ الدولة بالمشاركة مع شركة أو عدة شركات خاصة تم إختيارها، شركة تجارية يكون موضوعها القيام حصرياً بتنفيذ المشروع. ومن ثمّ تبادر هذه الشركة إلى

¹ أديب يوسف طعمة، زوال الدولة، جريدة الديار، العدد ٧٩٤٣ تاريخ ٢٨ آذار ٢٠١١.

² F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, Le guide opérationnel des PPP, 2^{ème} éd., Le Moniteur, Paris 2007, p.15.

الإستدانة من المصارف وتضع المداخل المرتقبة من المشروع كضمانة لتسديد الدين إضافة إلى الكفالات الشخصية ورهن أسهمها. وتسدد الدولة لهذه الشركة لقاء خدماتها (بناء وصيانة وإدارة وتشغيل المرفق العام) بدلات مالية سنوية خلال مدة يمكن أن تطول عشرات السنوات. هكذا تكون الدولة قد سددت بدلات لقاء خدمات معينة دون أن تلجأ إلى الإقتراض وبالتالي إلى تسجيل دين جديد في موازنتها. في المقابل تكون المصارف قد أقرضت شركة تجارية خاصة، الأمر الذي حدّ من مخاطر تعرضها المباشر للدين العام. ومن الطبيعي أن تحقق الشركة صاحبة الإمتياز نسبة ربحية على إستثمارها يفوق كثيراً نسبة المخاطر التي تواجهها (على إعتبار أن الدولة تضمن المخاطر المتعلقة بالسلطة العامة في حين أنه يمكن للشركة تحديد بدقة المخاطر والمداخل الناتجة عن العمليات)."

وهذه التعاريف (القانونية والعملية) للشراكة العامة - الخاصة وإن كانت حديثة فهي لا تخفي حقيقة أن الشراكة العامة - الخاصة لها جذور قديمة تعود إلى العصر الروماني.

فالإمبراطورية الرومانية، ومن خلال "البلديات" ("Les municipes")، لجأت إلى أشخاص خاصين من أجل تنفيذ أشغال في قطاعات مختلفة كالطرق والأسواق والمرافق. ونذكر على سبيل المثال العقود المسماة "manceps" التي كانت تقوم من خلالها "البلديات" بتكليف شخص خاص، ولمدة خمس سنوات، بناء وصيانة محطات بريد على طول طرق الإمبراطورية. والمتعاقد الخاص لم يكن يتقاضى أجره (من الإدارة) إلا عند تنفيذ إلتزاماته بشكل كامل وصحيح. وفي القرن السابع عشر (خلال عهد الملك هنري الرابع) لجأت الدولة الفرنسية إلى القطاع الخاص من أجل تنفيذ أعمال تبليط الطرقات في باريس وإزالة النفايات المنزلية³ (طوال مدة عشرين سنة) مقابل ثمن يُدفع للشخص الخاص من قبل الملك شخصياً.

وقد لاقت عقود الشراكة إنتشاراً واسعاً في النصف الثاني من القرن التاسع عشر خصوصاً في قطاع التنظيم المدني وسكك الحديد.

"La ville de Marseille signa en 1890 un contrat de concession de cinquante ans confiant à un inventeur le soin de préfinancer, réaliser et

³ Baux de Claude Voisin en 1604 et de Le Duchat en 1607.

entretenir les égouts de la ville pendant cette longue période. Aujourd'hui ce contrat serait qualifié de partenariat".⁴

أما في عصرنا هذا فقد باتت تشكل الشراكة العامة - الخاصة، بمفهومها الحديث، إحدى الإستراتيجيات التي تقوم عليها ظاهرة العولمة فقد أصبح التماشي معها ضرورياً لا سيما من قبل الدول النامية.

فللشراكة العامة-الخاصة منافع عديدة أهمها:

- إستخدام أموال القطاع الخاص كمصدر أساسي في تمويل المشروع مما يخفف من اللجوء الى سياسة الإقتراض أو من الإنتظار لفترات طويلة لتأمين الإعتمادات اللازمة لتنفيذ مشاريع التنمية.

« *Face à des ressources budgétaires limitées, il apparaît que les PPP sont actuellement le seul moyen de combler les besoins énormes en investissements publics* ».⁵

- الإستعانة بخبرات وفعالية القطاع الخاص في إدارة وإستثمار وصيانة المشروع والتي ستنقل لاحقاً إلى الدولة وذلك عبر تبادل التكنولوجيا وتدريب العمال المحليين، بالإضافة الى تحمّل القطاع الخاص لمخاطر وأعباء المشروع والتي كان من الممكن أن يتحملها القطاع العام وحده.

«*Ces partenariats comportent aussi de nombreux avantages autres que financiers. Ils se fondent sur une gestion de type privé, plus efficace qu'une gestion publique* ».⁶

⁴ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.20.

⁵ Rita Waked, Le phénomène de Partenariat Public Privé et les besoins de la reconstrution, El Adel 2007 II, p. 632.

⁶ Ibid.

ويمكن ان نستخلص مما سبق أنّ منافع الشراكة العامة-الخاصة وأسباب تطورها يمكن إختصارها من ناحية، بمشكلة عدم كفاية موارد الدولة المالية (L'insuffisance des ressources financières de l'Etat) ومن ناحية أخرى، بفاعلية القطاع الخاص في إدارة المشروع (L'efficacité de la gestion privée).

ومن هنا تكمن أهمية دراسة مفهوم الشراكة العامة - الخاصة وتأثيرها على الأوضاع الاقتصادية والمالية والاجتماعية العامة؛ إلا اننا وفي دراستنا هذه سنقارب مفهوم الشراكة بين القطاعين العام - والخاص من الناحية القانونية البحتة دون التطرق الى الجوانب الاقتصادية والمالية والاجتماعية للشراكة العامة - الخاصة، إذ إنّ دراسة أطر الشراكة وتأثيرها على الأوضاع العامة (السياسية منها والاقتصادية والمالية والاجتماعية) تتطلب دراسة تقنية موسعة نظراً لضخامة مشاريع الشراكة وتعقيدها. فلا بدّ من دراسة آلية تنظيم الشراكة العامة-الخاصة من الناحية القانونية خصوصاً وأنّ معظم الدول الأجنبية وبعض الدول العربية (كمصر^٧ والأردن^٨) قد باشرت في وضع قوانين لتنظيم الشراكة ما بين القطاعين العام والخاص.

والمشترع الفرنسيّ، وبهدف وضع آلية عامة لتمويل وتنفيذ وصيانة وإدارة المرافق العامة، سمح للحكومة الفرنسية، بموجب المادة ٦ من القانون رقم ٢٠٠٣-٥٩١ تاريخ ٢ تموز ٢٠٠٣، إتخاذ التدابير اللازمة لإنشاء أنواع جديدة من العقود يكون موضوعها تصميم وتنفيذ وتحويل وإستثمار وإدارة مشاريع ومرافق عامة.

« Le législateur a entendu doter le droit français d'un outil général, à la disposition de l'Etat comme des collectivités locales et permettant d'offrir, à l'instar de nombreux pays européens, des prestations globales aux collectivités publiques.

C'est dans ce cadre que l'article 6 de la loi No 2003-591 du 2 juillet 2003 habilite le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour créer de nouvelles formes de contrats pour la

^٧ قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٨ مايو سنة ٢٠١٠.

^٨ مشروع قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص ٢٠١٠.

conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions.»⁹

وتطبيقاً لذلك، أصدرت الحكومة الفرنسية المرسوم الإشتراعي (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ تاريخ ١٧ حزيران ٢٠٠٤ الذي أنشأ عقود الشراكة العامة-الخاصة في فرنسا.

أما في لبنان، ربما لتعقيدات الوضع اللبناني العام، فلا يوجد لغاية الآن نصوص قانونية تنظم العلاقة وأسس الشراكة ما بين القطاعين العام والخاص. إلا أنّ الحكومة اللبنانية، وبهدف "وضع لبنان في مصاف الدول التي وضعت قوانين لتنظيم الشراكة ما بين القطاع العام والخاص مما يعزز مكانته ويحفز القطاع الخاص المحلي والأجنبي على الدخول في مشاريع شراكة منتجة"^{١٠}، تقدمت بمشروع قانون يرمي إلى تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص؛ وقد أصدر مجلس الوزراء قراره رقم ٢ تاريخ ٢٥/٦/٢٠٠٧ المتضمن الموافقة على مشروع المرسوم الرامي إلى إحالة مشروع القانون الى مجلس النواب، إلا أنّ رئيس الجمهورية في وقتها ردّ قرارات مجلس الوزراء المتخذة بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٥/٦/٢٠٠٧. فلم يكن لمجلس الوزراء إلا أن لجأ الى تقنية المراسيم النافذة حكماً المنصوص عنها في المادة ٥٦ من الدستور.

وبناءً عليه، أُحيل مشروع القانون إلى مجلس النواب بالمرسوم النافذ حكماً رقم ٨٤٠ تاريخ ٢٠/١٠/٢٠٠٧^{١١}. إلا أنّ القانون هذا لم يقرّه المجلس النيابي بعد. كما وتقدم النائب علي حسن خليل الى مجلس النواب في نيسان ٢٠١٠ بإقتراح قانون يرمي الى تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص. ومؤخراً أعدّ المجلس الأعلى للخصخصة مسودة مشروع قانون (غير منشور) لتنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص أُحيل الى مجلس الوزراء في شهر شباط ٢٠١٣ من أجل دراسته. وقد تبيّن أن مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة هو أكثر وضوحاً ودقّة من مشروع القانون المحال الى المجلس النيابي في ٢٠/١٠/٢٠٠٧ ومن إقتراح القانون المقدم من النائب علي حسن خليل. فهذين الأخيرين، لا سيّما مشروع القانون

⁹ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.25.

^{١٠} نبذة عن الأسباب الموجبة التي رافقت المرسوم رقم ٨٤٠ تاريخ ٢٠/١٠/٢٠٠٧ النافذ حكماً والذي احال مشروع قانون إلى مجلس النواب يرمي إلى تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

^{١١} الجريدة الرسمية، العدد ٦٦، تاريخ ٢٥/١٠/٢٠٠٧.

المحال الى المجلس النيابي، قد تضمننا العديد من المغالطات القانونيّة ولم يحددا بشكلٍ واضحٍ وصحيح ماهية الشراكة العامة والخاصة وآلية تنظيمها.

أما مسوّد مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة فهي تشكّل أرضيةً قانونيّة جيّدة يمكن أن نبني عليها دراستنا المقارنة حول الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وبالرغم من أنّ الشراكة العامة-الخاصة تلقى في أيّامنا هذه إنتشاراً واسعاً وإهتماماً كبيراً من قبل الدول خصوصاً النامية منها، إلاّ أنّ مفهوم الشراكة العامة-الخاصة ما زال مبهماً وغير واضح المعالم بحيث أنّ البعض يرى صعوبةً في التفريق بين الشراكة والمفاهيم القانونية المشابهة كالصفقات العامة والإمتياز والBOT مثلاً.

من هذا المنطلق لا بدّ لنا من دراسة الشراكة العامة-الخاصة من مفهومها القانوني العام من أجل عرض وشرح ماهيتها وخصائصها ونطاقها القانوني. وإنتظاً من ذلك سنعالج الإشكالية التالية: ما هو النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

ومن أجل معالجة هذه الإشكالية لا بدّ أولاً من دراسة مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص (القسم الأوّل) ومن ثمّ النطاق القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص (القسم الثاني) وأخيراً أبعاد مفهوم الشراكة العامة-الخاصة (القسم الثالث).

القسم الأوّل: مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص

من أجل دراسة مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا بدّ لنا أن نقوم أولاً بتعريف الشراكة العامة - الخاصة ومن ثمّ بعرض خصائصها. غير أنّ دراستنا لماهية الشراكة لن تقتصر على الجانب النظري منها بل سنتطال أيضاً أحد أوجهها وهو عقد الBOT.

الفصل الأول: تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص

في إطار دراستنا المقارنة سنتطرق لتعريفات الشراكة الواردة في النصوص الأجنبية (الفرنسية والعربية) ومن ثمّ في النصوص اللبنانية.

الفقرة الأولى: في النصوص الأجنبية

أ- النص الفرنسي

لم يعط القانون الفرنسي أي تعريف واضح وقانوني للشراكة العامة- الخاصة وذلك إلى حين صدور المرسوم الإشتراعي (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ تاريخ ١٧ حزيران ٢٠٠٤ المتعلق بعقود الشراكة. فالمادة الأولى من المرسوم الإشتراعي (Ordonnance) المذكور أعطت تعريفاً وظيفياً واضحاً لعقود الشراكة وقد نصّت على ما يلي:

« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. (...)

La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'usager final de prestations revenant à cette dernière ».

عرّفت إبدأً المادة الأولى من المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٥٥٩-٢٠٠٤ عقد الشراكة بأنّه عقد إداريّ تقوم من خلاله الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة بتكليف شخصٍ ثالث ولمدّة محدّدة بمهمّة شاملة تقضي، على سبيل التعداد لا الحصر، بتمويل وإنشاء وتأهيل وصيانة وتشغيل أو إدارة منشآت وتجهيزات ضروريّة للمرفق العام على أن يتقاضى الشخص الثالث أجره من الشخص العام وذلك طيلة مدّة العقد.

ب- النصوص العربيّة

لم يعط القانون المصريّ (قانون رقم ٦٧/٢٠١٠) تعريفاً واضحاً للشراكة العامة - الخاصة بل إكتفى في مادته الثانية بتعداد الأعمال التي تقع على عاتق الشخص الخاص (شركة المشروع) ألا وهي تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسيّة والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الإلتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للإستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بإنتظام واضطراد طوال فترة التعاقد.

كما نصّت المادة الثالثة منه أنّه "يجوز أن يتضمن عقد المشاركة بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في المادة الثانية قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المنتفعين.

ويجوز (...) قيام شركة المشروع بإستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإداريّة."

عرّف مشروع قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص ٢٠١٠ الأردنيّ في مادته الثالثة عقد الشراكة بأنه:

" الإتفاق المكتوب بين السلطة المتعاقدة والشريك من القطاع الخاص، وكذلك أي طرف آخر تعتبره السلطة المتعاقدة مناسباً والذي يبين شروط وأحكام مشروع الشراكة ".

وقد عرّف مشروع الشراكة بأنه:

الإتفاق طويل الأمد نسبياً بين السلطة المتعاقدة وشريك من القطاع الخاص لبناء وتشغيل منشآت جديدة أو صيانة و/أو تحديث وتوسيع وتشغيل المرافق القائمة و/أو تقديم خدمة حيث يتم توزيع المخاطر الناتجة عن أمور مثل التمويل والبناء والإدارة والمخاطر التقنيّة والتوفر والطلب الناتجة عن ذلك وفقاً لعقد الشراكة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر:

- أ- إنشاء القطاع الخاص للمشروع لإستغلاله وتشغيله لمدة زمنيّة محددة والتنازل عنه للسلطة المتعاقدة المعنية عند إنتهاء هذه المدة (BOT).
- ب- إنشاء القطاع الخاص للمشروع والتنازل عن ملكيته للسلطة المتعاقدة المعنية مع الإحتفاظ بحق إستغلاله وتشغيله لمدة زمنيّة محددة (BTO).
- ج- إنشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه وإستغلاله وتشغيله لحسابه (BOO).
- د- إنشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه وإستغلاله وتشغيله ثمّ التنازل عنه ونقل ملكيته للسلطة المتعاقدة المعنية (BOOT).
- هـ- يستأجر القطاع الخاص مشروعاً من السلطة المتعاقدة المعنية ويستغله ويشغله لمدة معينة (الإستئجار).
- و- يقدم القطاع الخاص الخدمات الإداريّة للسلطة المتعاقدة (عقد إدارة). مشروع الشراكة لا يشمل الخصخصة".

ومن هنا عرّف مشروع القانون الأردنيّ عقد الشراكة بأنه إتفاق مكتوب وطويل الأمد نسبياً بين السلطة العامة وشخص من القطاع الخاص يهدف إلى بناء وتشغيل منشآت جديدة أو صيانة و/أو تحديث وتوسيع وتشغيل المرافق القائمة و/أو تقديم خدمة على أن يتم توزيع المخاطر (المخاطر التقنيّة والمخاطر المتعلقة بالتمويل والبناء والإدارة والطلب) وفق عقد الشراكة. غير أنّ هذا التعريف أتى ناقصاً لجهة تمويل مشروع الشراكة فلم يلحظ، أسوةً بالنصّ الفرنسيّ، أنّ التمويل يقع على عاتق الشريك الخاص كما أنّه إسترسل في تعداد أمثلة لعقود الشراكة كعقد الـ BOT وعقد الإدارة والإستئجار علماً أنّ تصنيف هذه العقود كعقود شراكة قد يحمل، كما سنشرح لاحقاً، بعض الإلتباس وعدم الدقة في التكييف.

غير أنّ المادة المذكورة أعلاه قد نصّت صراحةً على أنّ المخاطر المتعلقة بالمشروع تُوزع وفقاً لعقد الشراكة أيّ أنّها لا تقع فقط على عاتق السلطة العامة أو الشخص الخاص بل تُوزع فيما بينهما.

الفقرة الثانية : في النصوص البنائية

عرّفت المادة الثانية من مشروع القانون المحال إلى مجلس النواب بموجب المرسوم النافذ حكماً رقم ٨٤٠ تاريخ ٢٠/١٠/٢٠٠٧ والذي يرمي إلى تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الشراكة بما يلي: " تشمل (الشراكة) كافة أنواع التعاون بين كل من القطاع العام ومؤسسات القطاع الخاص لتمويل أو إنشاء أو تحديث أو تطوير أو ترميم أو صيانة أو إدارة مشاريع لها الصفة العامة. ويشمل هذا التعاون على سبيل المثال لا الحصر "التشييد والتشغيل والتمويل BOT" أو "إعادة التأهيل والتشغيل والتمويل ROT" أو "التصميم والتشييد والتشغيل والتحويل DBOT".

غير أنّ هذا التعريف غير دقيق بحيث يُفهم من النصّ أنّه من غير الضروريّ أن يقوم الشريك الخاص بتمويل وإدارة المشروع المشترك إذ يمكن أن يقتصر موضوع الشراكة على ترميم وصيانة المشروع مثلاً دون أن يُكَلّف الشريك الخاص بتمويله وإدارته وهذا المفهوم خاطئ إذ، وكما سنرى لاحقاً، إنّ تمويل المشروع وإدارته أو إستثماره من قبل الشخص الخاص يدخلان في صلب موضوع عقد الشراكة. وهذا ما نصّت عليه صراحةً المادة الأولى من مسودة المشروع المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة لتنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص إذ عرّفت المشروع المشترك بأنّه أيّ مشروع عام ذو طبيعة إقتصادية يساهم فيه القطاع الخاص عن طريق التمويل والإدارة وإحدى العمليات التالية على الأقلّ: الإنشاء، التشييد، التطوير، الترميم، التجهيز، الصيانة، التأهيل والتشغيل".

كما أنّ المادة الأولى من إقتراح القانون المقدم من النائب علي حسن خليل قد عرفت مشاريع الشراكة أنّها "أيّ عملية تشمل أولاً تمويل، وثانياً إنشاء و/أو تطوير و/أو ترميم و/أو تجهيز و/أو صيانة، وثالثاً إستثمار و/أو إدارة مشاريع لها طبيعة إقتصادية وذات منفعة عامة، كما يمكن أن تتضمن إعداد الدراسات والتصاميم المتعلقة بتلك المشاريع".

إلا أنّ هذه المادة كما والمادة الأولى من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة أعطتا تعريفاً للشراكة العامة- الخاصة بعيداً عن كلّ إشارة إلى المرفق العام؛ إذ عرّفتا المشروع المشترك بأنه "مشروع عام ذو طبيعة إقتصادية" و"ذات منفعة عامة" دون ذكر المرافق العامة وذلك خلافاً للنص الفرنسي (المادة الأولى من المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩) الذي ذكر بوضوح المرافق العامة معتبراً أنّ المهمّات التي قد يتولاها الشريك الخاص تتمحور جميعها حول تنفيذ وإدارة المرفق العام.

« (...) *une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement (...)* »

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

كما أنّ التعريف الذي أعطاه القانون المصريّ ومشروع القانون الأردنيّ للشراكة العامة - الخاصة قد تضمن عبارات صريحة تتعلق بالمرفق العام ومنها: "مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة" (المادة الثانية من القانون المصريّ) و "المرافق القائمة" (المادة الثالثة من مشروع القانون الأردنيّ) تأكيداً على تواجد المرفق العام في صلب مشروع الشراكة.

فضلاً عن ذلك حصرت المادة الأولى من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة والمادة الأولى من إقتراح القانون المقدم من النائب خليل مشروع الشراكة بالمشروع ذو الطبيعة الإقتصادية؛ وهذا الحصر يندرج ضمن إطار الخطأ في توصيف الشراكة العامة - الخاصة التي يمكن أن تتناول أيضاً، بالإضافة إلى المشاريع العامة ذات الطبيعة الإقتصادية، مرافق عامة إدارية ومشاريع غير إستثمارية كبناء الجسور وإنشاء شبكات المياه والكهرباء وغيرها من مشاريع البنية التحتية.

ومن هنا نجد أنّ النصوص الفرنسيّة والعربيّة واللبنانيّة الوارد ذكرها سابقاً تعرّف مفهوم الشراكة من خلال المهمّات والعمليات التي يجب على الشريك الخاص القيام بها في إطار عقد الشراكة

دون التطرق فعلياً إلى معايير وخصائص الشراكة، وهذا ما يضيف على هذه التعريفات طابعاً وظيفياً أكثر منه قانوني.

الفصل الثاني: خصائص الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تتمتع الشراكة بشكل عام بمقومات ومعايير خاصة بها ولا يمكن فهم ودراسة هذه المقومات والمعايير إلا عن طريق شرح الخصائص التي تميّز عقد الشراكة عن العقود الإدارية والمفاهيم المشابهة.

الفقرة الأولى: تمييز عقد الشراكة عن العقود الإدارية والمفاهيم المشابهة

أ- عقد الصفقات العامة (Contrat de marchés publics)

يندرج تحت عقود الصفقات العامة ما يعرف بعقد إلّتزام الأشغال العامة (Adjudication de travaux publics) وهو "عقد بمقتضاه يقوم شخص عام بتكليف متعهد بتنفيذ شغل عام يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة لقاء مقابل هو الثمن أو السعر".^{١٢}

ولعلّ ما يميّز عقود إلّتزام الأشغال العامة أنّها خاضعة لمبدأ الدفع المباشر والجزائي (Forfaitaire).

فقد نصّت المادة ٩٦ من قانون الصفقات العامة الجديد الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٢٠٠٦ - ٩٧٥ تاريخ ١ آب ٢٠٠٦ على ما يلي:

« Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé »

فبموجب هذه المادة يُمنع إدخال أي بند في عقود الصفقات العامة من شأنه أن يشرّع تأجيل الدفع. وكان قد إعتبر مجلس شوري الدولة الفرنسي^{١٣} أنّ هذا المبدأ (أي منع تأجيل الدفع) هو من الإلتزام العام ولا يمكن الإلتفاق على مخالفته من قبل الفرقاء.

^{١٢} محاضرات د. محيي الدين القيسي ملقاة أمام طلاب الدراسات العليا في الحقوق في المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق، الجامعة اللبنانية، سنة ٢٠١٠.

وانطلاقاً مما تقدّم يمكننا أن نتصور أين يكمن الإختلاف الكبير بين عقود الصفقات العامة وعقود الشراكة. فبالإضافة إلى كون عقد الصفقات العامة عقداً قصير الأمد نسبياً (٣ إلى ٦ سنوات)، خلافاً لعقد الشراكة الذي يمكن أن يمتد على أكثر من عشرين سنة، يختلف عقد الصفقات العامة عن عقد الشراكة في طريقة الدفع والتمويل.

فتمويل الأشغال العامة يقع على عاتق الدولة، ولذلك يرصد له اعتماد في الموازنة. ويقوم المتعاقد مع الدولة (المتعهد) بقبض أتعابه مباشرةً منها.

(Paiement public immédiat non étalé)

*« Dès lors que la rémunération de l'exploitant est assurée (...) par une rémunération forfaitaire versée par l'administration, il s'agit (...) d'un marché soumis au code des marchés publics ».*¹⁴

أما في المقابل فإنّ تمويل مشروع الشراكة هو على عاتق الشريك الخاص الذي يتحمّل وحده تكاليف تنفيذ المشروع على أن يدفع له الشخص العام أتعابه تبعاً وطيلة مدّة العقد.

(Préfinancement privé et paiement public étalé)

كما يختلف عقد الشراكة عن عقد الصفقات العامة كون موضوع هذا الأخير يقتصر في أغلب الأحيان على قيام المتعهد بمهمّة واحدةٍ ألا وهي تنفيذ أشغال عامة بهدف تشييد وبناء منشأ عام معدّ لتلبية حاجات جماعيّة أو مخصص للمنفعة العامة على أن يكون الشخص العام هو المالك الوحيد للمنشأ العام الذي تمّ تشييده. (Objet monofonctionnel)

أما موضوع عقد الشراكة فهو أوسع بحيث يشمل بشكلٍ عام التمويل والتشييد والصيانة والتشغيل والإدارة، وهذه المهام تقع جميعها على عاتق طرفٍ واحد هو الشريك الخاص.

« Ils (les partenariats public-privé) se différencient par conséquent des marchés publics, où les rôles des différents intervenants font l'objet d'un contrat distinct et dans lesquels la relation entre le titulaire du contrat et

¹³ CE, 8 février 1999, Préfet des Bouches – du Rhône c/ commune de la Ciotat, Lebon, p.19 / AJDA 1999, p.364, concl. Bergeal, solution implicite.

¹⁴ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, Le guide opérationnel des PPP, op.cit, p.32.

la personne publique se fonde sur la fourniture d'un service ou la réalisation d'un ouvrage sans réel partage de risques »¹⁵

« Les PPP instaurent une architecture contractuelle différente de celle des marchés publics classiques dans la mesure où le titulaire du contrat, devant gérer l'ouvrage pendant une longue période de temps, n'intervient pas en tant que simple entrepreneur mais aussi en investisseur ».¹⁶

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ المتعهد في عقد الصفقات العامة يتحمل وحده المخاطر التقنيّة المتعلقة بالبناء (Risques de construction) خلافاً لما هو عليه في عقود الشراكة حيث يتم توزيع المخاطر بين الشخص العام والشريك الخاص وفق مندرجات عقد الشراكة.

ب- عقد الإمتياز (Contrat de concession)

إنّ المقارنة بين عقد الإمتياز وعقد الشراكة لها أهميّة كبيرة. فالعقدين يحملان الكثير من أوجه الشبه مما دفع بعض الفقهاء إلى إعتبار أنّ عقد الإمتياز هو عقد شراكة تقليديّ (Contrat de partenariat traditionnel ou classique). فقد عرفت عقود الإمتياز إنتشاراً واسعاً في الدول الخاضعة للقانون الرومانيّ، كفرنسا ولبنان، حيث قامت هذه الدول من خلالها بتفويض إدارة وإستثمار المنشآت العامة والمرافق العامة إلى أشخاص من القانون الخاص وهذا ما عرف "بالإدارة المفوّضة" (La gestion déléguée).

بُنيت تجربة عقود الإمتياز عن طريق الإجتهاد الفرنسيّ الذي حدد خصائصها ومعاييرها مستنداً إلى واقع الحال وإلى ضرورة إشراك القطاع الخاص في خدمات ووظائف القطاع العام.

فقد أعطى مفوض الحكومة Chardenet تعريفاً لعقد الإمتياز¹⁷ وأعتبر أنّه عقد يتمّ بموجبه تكليف فردٍ أو شركة بتنفيذ منشأ عام أو بتحقيق مرفقٍ عام، على نفقته الخاصة، مع أو من دون إعانة ماليّة و/أو ضمانات، لقاء أجرٍ يستوفيه عن طريق إستثمار المنشأ العام أو تشغيل المرفق العام مع الحقّ بتقاضي جعالات من المستفيدين من المنشأ العام أو من المنتفعين من المرفق العام.

¹⁵ Ibid, p.15.

¹⁶ Ibid, p.76.

¹⁷ CE, 30 mars 1916, Affaire du gaz de Bordeaux, RDP 1916, 213.

« *C'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public.* »

ومن هنا تكمن ضرورة التمييز بين إمتياز الأشغال العامة وإمتياز المرفق العام. فالتوجيه رقم 2004/18/CE الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس في ٣١ آذار ٢٠٠٤ قد شبّه عقد إمتياز الأشغال العامة بعقد الصفقات العامة إنّما مع إختلاف يتمثل إمّا في إمكانية إستثمار المتعاقد للمنشآت العامة الناتجة عن الأشغال العامة وإمّا في إستعمال هذا الحقّ مع ثمن.

Les concessions sont des contrats « *présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* »

يمكن إذاً تعريف عقد إمتياز الأشغال العامة على أنّه " *اتفاقية يقوم بمقتضاها شخص عام بتكليف شخص آخر بتنفيذ شغل عام وبإستثمار المنشأ العام المنجز وذلك لقاء أجر تحدده النتائج المالية للإستثمار.*"^{١٨}

أمّا عقد إمتياز المرفق العام أو ما يعرف أيضاً بعقد إلّتزام المرفق العام فهو " *عقد إداري، تعهد الإدارة بمقتضاه، إلى فرد أو شركة خاصة، إدارة مرفق عام إقتصادي، وإستثماره لمدة من الزمن، تحت إشراف الإدارة ورقابتها. فيقوم الملتزم بإدارة المرفق العام، على مسؤوليته ونفقاته، وبواسطة عماله، مقابل بدلات مادية وعينية، من أهمها: الرسوم التي يتقاضاها الملتزم مباشرة من المنتفعين والمرفق العام.*"^{١٩}

^{١٨} محاضرات د. محيي الدين القيسي ملقاة أمام طلاب الدراسات العليا في الحقوق في المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق، الجامعة اللبنانية، سنة ٢٠١٠.

^{١٩} إلياس ناصيف، عقد الـ BOT، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، ٢٠٠٦، ص ٤٢.

خلا القانون الفرنسي من أيّ نصّ قانوني يعرّف عقود الإمتياز إلى حين صدور القانون رقم ٢٠٠١-١١٦٨ تاريخ ١١/١٢/٢٠٠١ (Loi Murcef)^{٢٠} الذي أدخلت مواده إلى القانون رقم ٩٣-١٢٢ تاريخ ٢٩/١/١٩٩٣ (Loi Sapin)^{٢١} والذي عرّف في مادته الثالثة^{٢٢} عقد تفويض المرفق العام على أنه عقد يقوم من خلاله أحد الأشخاص المعنويين من القانون العام بتفويض شخصاً من القانون العام أو الخاص إدارة مرفق عام ويكون أجر هذا الأخير مرتبطاً بشكلٍ أساسي بنتائج تشغيل المرفق العام. ويمكن أن يُطلب من الشخص المفوض بناء المنشآت أو تملك أموال لازمة للمرفق.

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle à la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

أمّا في القانون اللبناني فلا يوجد أيّ نصّ أو قانون خاص بعقود الإمتياز إلاّ أنّ الدستور اللبناني نصّ في المادة ٨٩ منه أنّه " لا يجوز منح أيّ إمتياز لإستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعيّة أو مصلحة ذات منفعة عامة أو أيّ إحتكار إلاّ بموجب قانون وإلى زمن محدود".

فبمقتضى هذه المادة يجب صدور قانون عن المجلس النيابي من أجل إبرام أيّ عقد إمتياز مرفق عام يسمح بإستثمار المرفق عام من قبل القطاع الخاص ولمدّة محدودة.

إنطلاقاً مما تقدّم، يمكن تحديد أوجه الشبه والإختلاف بين عقود الإمتياز وعقود الشراكة كما يلي:

عقد الشراكة وعقد الإمتياز متشابهان في كونهما عقدان طويلا الأمد نسبياً إذ يمكن أن تتراوح مدّة العقد ما بين العشرين والخمسة والعشرين سنة.

²⁰ Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

²¹ Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

²² Article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

ويكمن وجه الشبه أيضاً في موضوع العقد. ففي كلا العقدين لا يقتصر الموضوع على القيام بعمل واحد، كتشييد منشأ عام كما هو الحال في عقود التزام الأشغال العامة مثلاً، بل يتعدى ذلك ليطال أيضاً الصيانة والإدارة والتشغيل.

(Objet multi-fonctionnel: conception, construction, maintenance, gestion et exploitation).

أما الفارق الرئيسي بين عقد الشراكة وعقد الإمتياز فيتمثل في طريقة الدفع. ففي حين أنّ التمويل يقع على عاتق الشخص الخاص في كلا العقدين (Financement privé) إلا أنّ الشريك الخاص (في عقد الشراكة) يقوم فيما بعد بإستيفاء أتعابه من الشخص العام تبعاً وطيلة مدة العقد (Paiement public étalé). أما في عقد الإمتياز فإنّ المتعاقد مع الدولة يعطى له الحقّ بتقاضي جعالات (Redevances) من المستفيدين والمنفعين من المنشآت العامة أو المرفق العام مباشرةً مع إمكانية أن يتقاضى أيضاً ثمن من الشخص العام (Paiement par l'usager ou mixte).

« La concession, et plus généralement la DSP (Délégation de Service Public), reste par définition une formule réservée au cas où la rémunération par l'exploitation est possible, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un service marchand.

La DSP ne répond donc pas aux besoins lorsque les caractéristiques du service obligent à une rémunération directe par l'administration donneuse d'ordre : construction et gestion de prisons, de stations d'épuration, d'installations de traitement d'ordures ménagères, de bâtiments scolaires ou administratifs, ou en général d'installations et de bâtiments qui sont le support de services publics administratifs ».²³

ومن الأمثلة على ذلك، مشروع الطرقات الرئيسية العامة الكبرى التي تسلكها مركبات الجمهور لقاء بدل معين (Péage) وهو رسم يدفعه المنتفع لدى البدء بسلوك الطريق الرئيسية. فالمال

²³ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.28.

المحصل من المنتفعين هو الذي يستند إليه الشخص الخاص لإسترداد نفقاته وحصوله على الأرباح وليس أموال الدولة.

*« Ainsi en va-t-il du critère relatif au financement : C'est en principe l'usager du service ou de l'ouvrage qui le paye, sous la forme de redevances ou de péages. Ce mode de rémunération du concessionnaire diffère de celui, plus ponctuel et forfaitaire, par lequel la collectivité publique paye un prix convenu avec un fournisseur avec lequel elle a passé un marché public ».*²⁴

ويكمن الفارق أيضاً بين العقدين في مدى تحمّل الشخص الخاص المخاطر المتعلقة بالعقد. ففي حين تكون المخاطر موزعة بين الشخص العام والشريك الخاص في عقد الشراكة حيث يتحمّل الأخير إجمالاً مخاطر البناء والتشغيل فقط (Risque de construction et de performance)، يتحمّل المتعاقد مع الدولة في عقد الإمتياز، بالإضافة إلى مخاطر البناء والتشغيل، مخاطر الطلب (Risque de demande).

ج- الخصخصة (La privatisation)

لا بدّ لنا في إطار دراستنا لمفهوم الشراكة أن نتطرّق إلى الخصخصة.

فالخصخصة، وإن كانت تبعد كلّ البعد عن الشراكة العامة- الخاصة، إلّا أنّها تتناول أموالاً عامة تعود للدولة يجري تملكها للقطاع الخاص.

عرّفت المادة الأولى من القانون رقم ٢٢٨ تاريخ ٣١ أيار سنة ٢٠٠٠، المتعلق بتنظيم عمليات الخصخصة وتحديد شروطها ومجالات تطبيقها^{٢٥}، الخصخصة على أنها "تحويل المشروع العام كلياً أو جزئياً أو تحويل إدارته كلياً أو جزئياً بإحدى الطرق القانونية الى القطاع الخاص، بما فيه نظام الإمتياز أو الأنظمة الحديثة المشابهة له لإقامة وإدارة مشاريع إقتصادية لمدة معينة" وقد

²⁴ D. Brault, LA GESTION DÉLÉGUÉE un concept à promouvoir, Institut de la Gestion déléguée, Juillet 2000, p.14.

^{٢٥} الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢.

نصت المادة الثانية من القانون عينه على أنه "يتم تحويل ملكية المشروع العام أو إدارته إلى القطاع الخاص بقانون ينظم القطاع الإقتصادي المعني بعملية التحويل".

وبذلك يعتبر عقد الخصخصة عقداً إدارياً تبرمه الإدارة مع القطاع الخاص وتقوم بمقتضاه بنقل ملكية مشروع مملوك منها (خصخصة مشروع) أو إدارة هذا المشروع (خصخصة إدارة مشروع) إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً، وفي حال نقل ملكية المشروع كلياً إلى القطاع الخاص تنقطع عندها صلة الإدارة نهائياً بالمشروع.

ومن هنا يختلف عقدا الشراكة والخصخصة في المسائل الآتية:

* يهدف عقد الشراكة إلى تسيير مرفق عام لمدة محددة من قبل الشريك الخاص، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط وقواعد تتصل بإنشائه وتشغيله، فضلاً عن الحق في الرقابة والإشراف على المشروع حتى إعادة ملكيته إليها في نهاية مدة العقد. أما في عقد الخصخصة فتنتقل ملكية المشروع نهائياً إلى القطاع الخاص وتنقطع صلة الدولة به، ولا يحق لها بعدئذ مراقبته والإشراف عليه.

* في عقد الشراكة، لا بدّ من إستعادة الدولة لملكية المشروع عند إنتهاء مدة العقد (الشريك الخاص هو مالك للمشروع بموجب عقد الشراكة فقط وطيلة مدة العقد)، بينما في عقد الخصخصة تنتقل ملكية المشروع إلى القطاع الخاص بشكل دائم وتنقطع علاقة الدولة به نهائياً.

"إنّ الملكية في الخصخصة تؤول ونهائياً للمالك الجديد، وبهذا الأمر الجوهري والخاصية المختلفة عن جميع العقود الباقية والتي تفرق الخصخصة عن غيرها من العقود"^{٢٦}.

« La privatisation conduit fatalement à une perte du contrôle stratégique d'un service public, ce qui est par essence politiquement sensible.

La privatisation (...) s'analyse en un transfert définitif de l'intégralité des risques et des profits ».²⁷

^{٢٦} رثيف خوري، عقد البي أوتي وعقود الخصخصة في القانون المقارن، المنشورات الحقوقية صادر، ص.

²⁷ D. Brault, op. cit, p.21.

* تطل الخصصة مشاريع عامة ومرافق ذو طبيعة إقتصادية فقط كالمرافق العامة الصناعية والتجارية (Les services publics industriels et commerciaux) (SPIC) التي تعود بالربح والمنفعة على الشركة الخاصة. أمّا الشراكة العامة - الخاصة فيمكن أن تطل أيضاً بالإضافة الى المشاريع العامة ذو الطبيعة الإقتصادية مرافق عامة إدارية (Services publics administratifs) ومشاريع غير إستثمارية.

الفقرة الثانية: المعايير الخاصة بالشراكة

أ- المعيار الشكلي أو العضوي

يمكن أن تأخذ الشراكة بين القطاعين العام والخاص شكلاً تعاقدياً (Les partenariats contractuels) أو شكلاً مؤسساتياً (Les partenariats institutionnels). وهذا الشكل الأخير يتمثل عادةً بالشركات المختلطة (Les sociétés d'économie mixte) التي يساهم في رأسمالها شخصٌ عام بالإضافة إلى شريكٍ خاص، إلا أن الشكل المؤسساتي للشراكة بين القطاعين العام والخاص لا يدخل ضمن مفهوم الشراكة المنبثق عن تجربة "الإدارة المفوضة" (La pratique de la gestion déléguée) التي تفرض على الشخص العام تفويض بعض الخدمات والوظائف العامة إلى القطاع الخاص. ومن هذا المنطلق لا يمكن تصوّر الشراكة العامة - الخاصة إلا من خلال علاقة تعاقدية تربط الشخص العام بالشريك الخاص وتحدد حقوق وواجبات الطرفين.

وبالفعل إذا عدنا الى تعريف الشراكة في النصوص الفرنسية والعربية واللبنانية نجد أنّها تنصّ جميعها على وجود "علاقة تعاقدية بين الشخص العام وشركة المشروع والأطراف الأخرى المعنية"^{٢٨} و"إتفاق مكتوب بين السلطة المتعاقدة والشريك من القطاع الخاص"^{٢٩} متمثل بعقد الشراكة وبالملحقات والتعهدات والضمانات التابعة والمتمة له.

ومن خصائص عقود الشراكة أنّها عقود طويلة الأمد قد تتجاوز مدتها العشرين سنة. إلا أنّ المادة الثانية عشرة من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة

^{٢٨} المادة الأولى من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة.

^{٢٩} المادة الثالثة من مشروع قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص ٢٠١٠ الأردني.

إشترطت ألا تتجاوز مدّة العقد خمسة وثلاثون عاماً. أمّا القانون المصري^{٣٠} فقد نصّ في مادته الثانية أنّه " لا يجوز أن تقل مدّة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ إكمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير (...). ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة (...). الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدّة تزيد على ثلاثين سنة إذا إقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية".

أما طرفي عقد الشراكة فيتمثلان من جهة بأشخاص القانون العام، أي الدولة (الإدارة) أو المؤسسة العامة أو البلدية أو إتحاد البلديات ومن جهة أخرى بشركة أو تكتل شركات محلية أو أجنبية من القطاع الخاص. وقد أوجبت المادة الحادية عشرة من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة على الشريك الخاص " تأسيس شركة المشروع وهي شركة مغفلة لبنانية تخضع لأحكام قانون التجارة وتعفى من شرط الجنسية المنصوص عليه في المادتين ٧٨^{٣١} و ١٤٤^{٣٢} منه ومن موجب تعيين مفوض مراقبة إضافي، ويعفى رئيس مجلس الإدارة المدير العام غير اللبناني من موجب الحصول على إجازة عمل".

وبرأينا أنّ هذا البند أساسي وضروري بحيث أنّه يفرض على الشريك الخاص تأسيس شركة ذات شخصية معنوية خاصة تكون مستقلة إدارياً ومالياً عن الشركة الأم ويختصر موضوعها بتنفيذ مشروع الشراكة.

^{٣٠} قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بموجب القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر (أ)، ١٨ مايو سنة ٢٠١٠.

^{٣١} المادة ٧٨ من قانون التجارة اللبناني (كما تعدلت بموجب المرسوم الإشتراعي رقم ٥٤ تاريخ ١٦/٦/١٩٧٧): "تخضع لقانون التجارة وأعرافها كل شركة مغفلة أياً كان موضوعها. يجب أن يكون لجميع الشركات المغفلة المؤسسة في لبنان مركز رئيسي في الأراضي اللبنانية وتكون هذه الشركات حكماً رغم كل نص مخالف، من الجنسية اللبنانية. يجب أن يكون ثلث رأسمال الشركات المغفلة التي يكون موضوعها استثمار مصلحة عامة أسهماً إسمية لمساهمين لبنانيين ولا يصح التفريغ عن هذه الأسهم بأية صفة كانت إلا لمساهمين لبنانيين وذلك تحت طائلة البطلان".

^{٣٢} المادة ١٤٤ من قانون التجارة اللبناني (كما تعدلت بموجب القانون المنفذ بالمرسوم رقم ٩٧٩٨ تاريخ ٤/٥/١٩٦٨): "يقوم بإدارة الشركة المغفلة مجلس إدارة يؤلف من ثلاثة أعضاء على الأقل وإثني عشر على الأكثر. مع الإحتفاظ بما قد تسنه شرعة خاصة ببعض الشركات المغفلة يجب أن تكون أكثرية أعضاء مجلس الإدارة من الجنسية اللبنانية. على مجلس الإدارة أن يعين أحد أعضائه للرئاسة".

كما أن المادة الحادية عشرة من مسودة مشروع القانون نصّت على منع الشريك الخاص من التفرّغ عن أسهمه في شركة المشروع قبل بلوغ المشروع المرحلة التشغيلية دون موافقة مجلس الوزراء.

ومن هنا تجدر الإشارة إلى أنّه، وإن كان من البديهيّ والضروريّ أن يلجأ الشريك الخاص إلى الإستعانة بمؤسساتٍ ماليّةٍ أو ببنوكٍ من أجل تمويل المشروع وبشركات تأمين وبمقاولين ثانويين (إن لزم الأمر) من أجل تنفيذه، إلّا أنّه، أي الشريك الخاص، يبقى وحده المسؤول تجاه الشخص العام عن تنفيذ مشروع الشراكة.

« *Quelles que soient la taille ou la nature du projet, l'entité titulaire du contrat de PPP est l'interlocuteur unique de la personne publique pour tout ce qui touche la mise en œuvre du projet* ».³³

ب- المعايير الموضوعية أو المادية

(1) موضوع عقد الشراكة

نصّت المادة الأولى من المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٩٥٥ تاريخ ١٧ حزيران ٢٠٠٤ المنظم لعقود الشراكة، على أنّ الشريك الخاص يُكفّف بموجب عقد الشراكة بمهمّة شاملة (« Mission globale ») تطلّ أموالاً غير ماديّة ومنشآت وتجهيزات ضرورية للمرفق العام («ouvrages, équipements ou biens immatériels nécessaires au service public ») وتشمل بشكلٍ أساسي:

* التمويل. (Le financement)

* الإنشاء و/أو التشييد و/أو التطوير و/أو الترميم و/أو التجهيز و/أو الصيانة و/أو التأهيل.

(La construction et/ou la transformation et/ou l'entretien et/ou la maintenance)

* الإدارة و/أو التشغيل. (La gestion et/ou l'exploitation)

³³ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.132.

فشمولية موضوع عقد الشراكة هي من مميزات الأساسية إذ أنّها تضع على عاتق الشريك الخاص (وعلى عاتقه وحده) مهاماً متعددة تشكل جميعها ما يسمّى "بمشروع الشراكة" أو "المشروع المشترك". وإنطلاقاً مما سبق لا بدّ من أي يقوم الشريك الخاص بمهام صاحب المشروع (Le maître d'œuvre) لكي يتمكّن من تنفيذ المشروع.

« *Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.* »³⁴

ومن هنا يُطرح السؤال عن مصير المنشآت والتجهيزات موضوع عقد الشراكة وذلك طيلة مدّة العقد وعند إنتهائه. فهل تكون هذه المنشآت والتجهيزات ملكاً للشخص العام أم الشريك الخاص؟

في المبدأ يقوم عقد الشراكة بتحديد الشروط والآلية التي يتمّ من خلالها وضع المنشآت والتجهيزات موضوع عقد الشراكة، بتصرف الشريك الخاص. فالمادة الثانية عشرة من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة نصت على ضرورة أن يحدد عقد الشراكة "الأموال والأموال العائدة إلى الشخص العام والتي توضع طيلة مدّة عقد الشراكة يتصرّف شركة المشروع لتنفيذ موجباتها، بالإضافة إلى حقوق وموجبات شركة المشروع فيما خصّ هذه الأموال والأموال".

لذا من الضروريّ من أجل الإجابة على السؤال المطروح أعلاه أن نفرّق بين حالتين:

* الحالة الأولى تفرض أن يكون الشخص العام قد وضع تحت تصرف الشريك الخاص عقارات أو منشآت قائمة عائدة له. في هذه الحالة تكون هذه التجهيزات والمنشآت القائمة أو التي سيتمّ تشييدها على عقارات عائدة للشخص العام ملكاً لهذا الأخير وتبقى كذلك طيلة مدّة العقد على أن تُعطى شركة المشروع حقّ إشغالها طيلة مدّة عقد الشراكة.

« *Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les*

³⁴ Article 1 de l'Ordonnance N° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public ». ³⁵

وفي هذا السياق أتت المادة الخامسة عشرة من مسودة المشروع المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة تنص على ما يلي: " خلافاً لأي نص آخر، يجوز للشخص العام أن يضع بتصرف شركة المشروع العقارات العائدة له واللازمة لتنفيذ المشروع المشترك مهما كانت طبيعتها القانونية وذلك طيلة مدة عقد الشراكة. إذا أوجب تنفيذ المشروع المشترك إستملاك عقارات خاصة، يمكن للمجلس (المجلس الأعلى للخصخصة) أو لشركة المشروع أن يطلب من الشخص العام إستملاك تلك العقارات. تطبق في هذه الحالة أصول الإستملاك على أن تصدر قرارات وضع اليد ونقل الملكية في مهلة أقصاها ستة أشهر من تاريخ صدور مرسوم إعلان المنفعة العامة. تُسجل العقارات المستملكة في السجل العقاري بإسم الشخص العام وتُعطي شركة المشروع حقَّ إشغالها طيلة مدة عقد الشراكة". فهذه المادة أتت لتؤكد ما سبق ونقدّمنا به لاحظةً أيضاً الحالة التي يطلب فيها الشريك الخاص من الشخص العام إستملاك عقارات خاصة تُسجل بعد إستملاكها على إسم الشخص العام على أن تُعطي شركة المشروع حقَّ إشغالها.

وعند إنتهاء عقد الشراكة ينتقي حقَّ الشريك لخاص في إشغال العقارات والمنشآت الموضوعة بتصرفه طيلة مدة عقد الشراكة دون أن يكون هنالك أيّ نقل للملكية من الشريك الخاص إلى الشخص العام.

* الحالة الثانية تفرض أن يكون الشريك الخاص مالكاً للعقار القائم عليه المشروع ففي هذه الحالة تكون المنشآت والتجهيزات المشيّدّة ملكاً للشخص الخاص وذلك طيلة مدة العقد، على أن تنتقل ملكيتها إلى الشخص العام عند إنتهاء العقد ووفق مندرجاته (قد ينصّ العقد على تعويض يُدفع للشريك الخاص من قبل الشخص العام).

³⁵ Article 13 de l'Ordonnance N° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

(٢) طريقة التمويل والدفع

يقع تمويل مشروع الشراكة على عاتق الشريك الخاص حصراً على أن يقوم هذا الأخير لاحقاً بتقاضي أجره مباشرةً من الشخص العام بشكل جعالات تُدفع له طيلة مدّة العقد وخاصةً في مرحلة التشغيل.

ومن هذا المنطلق تُلاحظ نفقات المشروع المشترك التي تقع على عاتق الدولة في موازنة الدولة العامة.^{٣٦}

وطريقة التمويل والدفع هذه هي ميزة الشراكة العامة - الخاصة. فهي تميّزها بشكلٍ خاص، وكما رأينا سابقاً، عن عقد الصفقات العامة وعقد الإمتياز. فالشريك الخاص لا يمكنه تقاضي جعالات من المستفيدين والمنتفعين من المنشآت العامة أو المرفق العام موضوع عقد الشراكة (إلا اذا تقاضى هذه الجعالات باسم ولحساب الدولة) كما هو حال المتعاقد مع الدولة في عقد الإمتياز.

«*On a limité la définition des partenariats public-privé aux montages aux termes desquels le privé préfinance l'investissement et est remboursé sur toute la durée du contrat, en particulier pendant la phase d'exploitation. Cette dernière exigence est fondamentale*».³⁷

«*La caractéristique des partenariats public-privé est que le cocontractant de l'administration est rémunéré directement par celle-ci, sous la forme d'une redevance*».³⁸

وتجدر الإشارة إلى أنّ دفع الجعالات من قبل الشخص العام يمكن أن يرتبط بنتائج الإستثمار ممّا يحثّ الشريك الخاص إلى العمل على زيادة الإيرادات.

«*Pour les contrats de partenariat, il est prévu que la redevance peut être liée à des objectifs de performance. Par exemple, si les prestations du partenaire privé ont une incidence sur la fréquentation de l'ouvrage rien*

^{٣٦} المادة السادسة عشرة من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة والمتعلق بالشراكة بين القطاعين العام والخاص.

³⁷ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.28.

³⁸ Ibid, p.174.

*n'interdit d'intéresser le partenaire privé à l'augmentation des recettes attendues de la mise en place du projet ».*³⁹

٣) توزيع المخاطر

من أحد شروط نجاح الشراكة العامة - الخاص هو مبدأ توزيع المخاطر بين القطاعين العام والخاص.

*« La majeure participation de l'Etat dans le cadre du PPP est au niveau du partage du risque. Pareille répartition est légitime et nécessaire. Légitime d'abord, du fait qu'elle aura sa part des bénéfices en cas de succès. Nécessaire ensuite pour assumer les risques considérables en cause ».*⁴⁰

فنظراً لأهمية مشاريع الشراكة من جهة ولمدة العقد الطويلة من جهة أخرى، لا بد للشخص العام أن يساهم مع الشريك الخاص في تحمّل المخاطر التي قد تنتج عن التمويل (Risque financier) والبناء (Risque de construction) والتشغيل (Risque d'exploitation) وتلك المتعلقة بالعرض والطلب (Risque du marché) وبالوضع السياسي (Risque politique) والقانوني (Risque de changement de la législation) والنقدي والأمني.

*« L'un des objectifs visés par le PPP fut de réintroduire le principe de la responsabilité du partenaire public dans la répartition des risques. »*⁴¹

ومساهمة الشخص العام تكون إما عن طريق مقدمات مالية بشكل إعانات و/أو مقدمات عينية و/أو دفع قروض قابلة للرد للشريك الخاص وإما عن طريق المساهمة في رأسمال شركة المشروع.

« La forme de l'intervention de la personne publique peut consister soit en des apports financiers sous forme de subventions, d'avances

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Rita Waked, le phénomène de Partenariat Public Privé et les besoins de la reconstruction, op.cit, p. 635-636.

⁴¹ Ibid, p.623.

remboursables ou encore de participation en capital. Elle peut être en nature, comme par exemple l'apport d'une chaussée existante ».⁴²

وقد يلجأ الشخص العام، من أجل المساهمة في تحمّل المخاطر، إلى إبرام ما يسمّى "بعقد ضمان التشغيل" يتعهد بموجبه بضمان جزء معين من الخسائر سواء على مستوى الإنتاج أو الأرباح، كقيامه مثلاً بدفع قيمة إنتاج لم يتمّ توزيعه لإنخفاض الطلب عليه.

ومن أجل مساندة ودعم الشريك الخاص يمكن للشخص العام أن يلجأ إلى تمديد مدّة عقد الشراكة من أجل تعويض النقص في العائدات التي يكون قد تكبّدها الشريك الخاص خلال السنوات الأولى للتشغيل.

« Il convient d'ajouter qu'eu égard de l'importance de la durée du contrat, et du lien entre celle-ci et l'amortissement économique du bien, le partenaire privé pourrait ressentir le besoin de refinancement en cours d'exploitation. L'appui de la personne publique pourrait consister à ce niveau par le prolongation de la durée du contrat pour compenser la faible rentabilité d'une opération dans ses premières années d'exploitation ».⁴³

الفصل الثالث: عقود الـ BOT (Build-Operate- Transfer)

تاريخياً يعود استخدام تعبير الـ BOT لأول مرّة إلى السبعينات من القرن الماضي عندما لجأ رئيس وزراء تركيا تورغوت أوزال (Turgat Ozal) إلى نظام الـ BOT من أجل تنفيذ مشروعات البنية الأساسية في تركيا. لذلك تُعدّ تركيا من أولى الدول التي وضعت تشريعاً خاصاً بالـ BOT.

⁴² Ibid, p.636.

⁴³ Ibid.

الفقرة الأولى: تعريف الـ BOT

إنّ نظام الـ BOT لا يرتبط بتعريفٍ موحد. فالدكتور غالب محمصاني عرّف الـ BOT بأنه "طريقة تمويل مشروع تعطي الحكومة بموجبه إمتيازاً لمُدّة معينة لشركة خاصة تضمّ مجموعة المقاولين وموظفي الأموال من أجل تحقيق وتطوير مشروع هام من البنى التحتية. تتولى هذه الشركة على نفقتها بناء وإنجاز الأشغال وإستثمار المشروع طيلة عدد من السنين فتسترجع بطريق الإستثمار كلفة المشروع والأرباح المرتقبة من العملية ثم تنقل المشروع إلى الحكومة في نهاية مدّة الإمتياز." ^{٤٤}

والأستاذ Jean Marc Loncle يعرّف الـ BOT بأنه "إجتماع لمجموعة أشخاص من القانون الخاص في شركة مشروع تُجاز من قبل الدولة وفقاً لأحكام العقد الموقع بينهما في تمويل وبناء وإستثمار مشاريع لمُدّة تكون كافية لسداد الإلتزامات من خلال عائدات الإستثمار، وأيضاً السماح للمستثمر الأساسي من تحقيق غاياته الإستثمارية". ^{٤٥}

أما الأستاذ Bruno de Gazalet فيعرف الـ BOT بأنه " نظام ممول بصورة أساسية من القطاع الخاص، ينتج عنه كيان أو مجموعة تهدف إلى إستثمار نشاط في الصناعة أو البنى التحتية، تحت شكل إمتياز أو أي شكل آخر لمُدّة محدودة، يحصل خلالها المستثمر على عائدات تعطي نفقات الإستثمار". ^{٤٦}

إلا أن تعريف الـ BOT لم يقتصر على رجال الفقه فحسب بل أصبح محور إهتمام المنظمات الدولية أيضاً فقد عرّفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (United Nations Industrial Development Organization UNIDO) في أعمالها نظام الـ BOT بالتالي:

« Le BOT est un mécanisme complexe basé sur une idée relativement simple permettant aux gouvernements d'étendre et d'améliorer leur infrastructure à l'aide de ressources extérieures au budget et sans aggraver la dette publique. Dans un contrat de BOT des investisseurs

^{٤٤} غالب محمصاني، دراسة أعدت لمؤتمر الإتحاد الدولي للمحامين، بيروت، أيار ١٩٩٧.

^{٤٥} Jean Marc Loncle, Grands projets d'infrastructures: le montage build operate transfer (BOT), RDAI 1997, p. 945.

^{٤٦} Bruno de Gazalet, le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT-RDAI 1988, p. 405.

*privés nationaux ou étrangers construisent une infrastructure, l'exploite sur une base commerciale pendant une certaine période et la livre ensuite au gouvernement selon les termes prédéfinis de leur contrat ».*⁴⁷

فعلى ما تقدّم نستطيع أن نعرّف الـ BOT بأنه عقد تمنح من خلاله الدولة إمتيازاً لمُدّة محددة لشركة (أو إنتلاف شركات) من القطاع الخاص من أجل تمويل وبناء وإستثمار مشاريع البنى التحتية والتي قد ترتبط أيضاً بمهمّة مرفقيّة، ويقوم الشخص الخاص بإسترداد كلفة المشروع عن طريق إستثماره وجني الأرباح المرتقبة منه على أن تنتقل ملكية المشروع إلى الدولة في نهاية مدّة الإمتياز.

وقد لجأ لبنان إلى تقنية الـ BOT من أجل تلزيم بعض مشاريع البنى التحتية. ومثالاً على هذه المشاريع نذكر مشروع تجهيز وإستثمار مغارة جعيتا، حيث أصدر وزير السياحة بتاريخ ١٨/١١/١٩٩٣ قراره رقم ١٨٦ الذي يتعلق بإستثمار مرفق جعيتا السياحي. وقد أعطيت بموجب هذا القرار شركة "ماباس" الألمانية حقّ إستثمار مرفق جعيتا السياحيّ المكوّن من مغارتين وإستراحة ومطاعم ومواقف للسيارات وتلفريك وخط حديديّ، وغيرها من التجهيزات والوحدات الإنتاجيّة للمرفق المذكور، وذلك لمُدّة ثمانية عشرة سنة.

كما أنّه وبتاريخ ٢٨/٦/١٩٩٤ و ٣٠/٦/١٩٩٤ أبرمت الدولة اللبنانية - وزارة الإتصالات والبريد والبرق - عقدين مع شركتيّ ف.ت.م.ل (ش.م.ل) (F.T.M.L. SAL) وليبانسيل ش.م.ل (Libancell S.A.L) يتعلّقان بإعادة تجهيز بنية الهاتف الخليوي على أساس تقنية الـ BOT. وقد تمّ هذان العقدان على إثر صدور القانون رقم ٢١٨ تاريخ ١٣ أيار ١٩٩٣^{٤٨} الذي أجاز لوزارة البريد والمواصلات السلكيّة واللاسلكيّة إجراء إستدراج عروض عالمية لتحقيق مشروع النظام الراديو الخليوي الرقميّ.

كما تمّ التعاقد بين الدولة اللبنانية - وزارة البريد والإتصالات السلكيّة واللاسلكيّة من جهة وشركة "ليبان بوست" من جهة أخرى من أجل القيام بالخدمات البريديّة في لبنان، لمُدّة إنتنيّ عشرة سنة. وأيضاً نذكر من مشاريع الـ BOT في لبنان مشروع إنشاء وتشغيل مرآب مطار بيروت الدوليّ المعطى لشركة الخرافي الكويتية.

⁴⁷ Christian Bettinger, la Concession consacrée par les Nations-Unies, RCDSP 2001, pp. 76 s.

^{٤٨} قانون رقم ٢١٨، تاريخ ١٣ أيار ١٩٩٣، الجريدة الرسميّة، العدد ٢٠، تاريخ ٢٠/٥/١٩٩٣.

وفي ١ حزيران ٢٠٠٢ صدر قانون رقم ٣٩٣^{٤٩} الذي يجيز للحكومة منح رخصتين لتقديم خدمات الهاتف الخليوي عن طريق مزايده عموميّة عالميّة ولمدّة أقصاها عشرون سنة.

كما صدر القانون رقم ٥٤٩ تاريخ ٢٠ تشرين الأول ٢٠٠٣^{٥٠} المتعلق بتصميم وتمويل وتطوير وإعادة إعمار مصفاةي طرابلس والزهراني وتشغيلهما وبناء محطة نهائيّة لتصدير وإستيراد الغاز الطبيعيّ السائل وبناء تجهيزات لتخزين الغاز الطبيعيّ وإنشاء شبكات لبيعه وتوزيعه.

وقد نصّت المادة الأولى منه أنّ تصميم وتمويل وتطوير وإعادة إعمار وتشغيل مصفاةي طرابلس والزهرانيّ سيّتم على أساس التمويل الذاتي وفقاً لمبدأ "التصميم، التشييد، التشغيل والتحويل" « Design, Build, Operate and Transfer (DBOT) » .

ومؤخراً حُكي^{٥١} عن مشروع بين إتحاد بلديات صيدا وشركة IBC الخاصة من أجل إنشاء معمل ذات تقنيّة متقدمة لمعالجة النفايات الصلبة.

الفقرة الثانية: خصائص الـ BOT

أ- التمويل الذاتي من قبل القطاع الخاص

ينحصر نظام الـ BOT على مبادرة من القطاع الخاص حصراً؛ إذ يقوم على فكرة التمويل الذاتي للمشروع، أي أنّ تمويل المشروع يقع على عاتق الشركة الخاصة على أن يكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يمكنها من إسترداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدّة الترخيص.

إنّ الميزة الرئيسيّة لعمليّة تمويل أحد المشاريع وفق نظام الـ BOT، والتي تفرّقها عن قاعدة التمويل التقليديّة، هي إرتكاز هذه العمليّة على المردود الناتج عن تشغيل مشروع معين، لأجل إسترداد نفقات التوظيف وتسديد الديون المقترضة لتمويل هذه المشاريع، والحصول على الربح المأمول^{٥٢}. الأمر الذي يعني حكماً أنّ المستثمر في نظام الـ BOT يستوفي حقوقه الماليّة من المنتفعين مباشرةً.

^{٤٩} قانون رقم ٣٩٣، تاريخ ٢٠٠٢/٦/١، الجريدة الرسميّة، عدد ٣١، تاريخ ٢٠٠٢/٦/١.

^{٥٠} قانون رقم ٥٤٩، تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٠، الجريدة الرسميّة، عدد ٤٨، تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٢.

^{٥١} زياد حايك، شراكة القطاع العام والخاص تفعل اللامركزيّة، جريدة النهار، تاريخ ٢٠٠٩/٦/٥، ص ١٦١.

^{٥٢} الياس ناصيف، عقد الـ BOT، سلسلة أبحاث قانونيّة مقارنة، ٢٠٠٦، ص ٨٩.

ب- نظام ثلاثي المراحل

يقوم نظام الـ BOT على ثلاث مراحل: البناء (Build)، التشغيل أو الإستغلال (Operate) والنقل أو التحويل (Transfer).

- مرحلة البناء: لا يمكن تصوّر نظام الـ BOT من دون تشييد منشآت. فالغاية من إتباع هذا النظام هو الحاجة إلى بناء منشآت تكون أساسية لوجود المشروع موضوع الإستغلال أو التشغيل.

- مرحلة إستغلال أو تشغيل المنشآت: تتمثل هذه المرحلة بتغطية النفقات والتوظيفات الماليّة التي يتطلبها المشروع من خلال عائداته، وذلك بتسديد قيمة القروض وفوائدها إلى المقرضين من ناحية، وتحصيل المُشغّل لأرباحه المنتظرة من ناحية أخرى. إنّ إستغلال المشروع قد يتمّ إمّا مباشرةً من قبل الشركة أو إئتلاف الشركات المتعاقد مباشرةً مع الدولة، والتي تسمّى بشركة المشروع، أو بصورة غير مباشرة بواسطة مشغل تكون شركة المشروع قد تعاقدت معه.

- نقل أو تحويل المنشآت: عند نهاية مدّة التشغيل تنتقل موجودات ومنشآت المشروع من شركة المشروع إلى الدولة.

ومن المهمّ الإشارة هنا أنّ نظام الـ BOT لا يتضمن فكرة الملكيّة، لذلك من الخطأ القول بأنّ انتقال ملكيّة الموجودات والمنشآت لأنّ المشغّل طيلة فترة التشغيل لا يمكن اعتباره مالكاً للمنشآت وأدوات الإنتاج الأخرى التي يقيمها، إذ أنّ ملكيتها تعود بالأصل للدولة أو أشخاص القانون العام. فالشخص العام قد يضع تحت تصرّف الشريك الخاص عقارات أو منشآت قائمة عائدة له، وبذلك تكون هذه التجهيزات والمنشآت القائمة أو التي سيتمّ تشييدها على عقارات عائدة للشخص العام ملكاً لهذا الأخير وتبقى كذلك طيلة مدّة العقد على أن تُعطى شركة المشروع حقّ إشغالها طيلة مدّة عقد الشراكة. لذلك من الأفضل في هذه الحالة استخدام تعبير "الإعادة (Retour)"⁵³ بدلاً من تعبير "النقل (Transfer)".

لكن هناك حالة يتمّ فيها نقل الملكيّة، وهي عندما تكون شركة المشروع مالكة للعقارات القائم عليها المشروع. ففي هذه الحالة لا تنتقل ملكيتها إلاّ مقابل تعويض تدفعه الدولة أو أشخاص

⁵³ Pascal Grangereau, les projets privés d'infrastructure dans les pays émergents, l'approche des prêteurs, RDAI 2001, p. 115.

القانون العام. ما خلا هذه الحالة، يتم إعادة المنشآت والموجودات إلى الدولة حكماً عند إنتهاء مدّة العقد ودون أي تعويض للشخص الخاص، وهذا أمر منطقي يتوافق مع دوافع لجوء الدولة إلى نظام الـ BOT، وهي نقل عبء نفقات المشروع على عاتق القطاع الخاص دون سواه، بحيث أنه عند إنتهاء مدّة التشغيل يكون بيد الدولة مشروعاً جاهزاً لم يكلفها أي تكاليف تُذكر.

وتدليلاً على ذلك، فقد نصّت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٠٣/٥٤٩ المتعلّق بتصميم وتمويل وتطوير وإعادة إعمار مصفاةي طرابلس والزهرانيّ وتشغيلهما على أنه: " في نهاية فترة عقد الـ DBOT تنتقل ملكيّة جميع المنشآت والتجهيزات والموجودات القائمة والتي ستقام إلى الحكومة وذلك دون أي مقابل".

ج- إنحصار المخاطر بالقطاع الخاص:

ينحصر عبء المخاطر في عقود الـ BOT بالقطاع الخاص دون أيّة مشاركة للدولة والتي إن وجدت عدت ثانوية وغير مؤثرة.

الفقرة الثالثة: الإشكاليّة حول التكييف القانوني لعقود الـ BOT

إختلفت الآراء حول التكييف القانوني لعقود الـ BOT. البعض إعتبر أنّ عقود الـ BOT هي مجرد عقود إمتياز وفق التعريف المحدد في المادة ٨٩ من الدستور اللبناني، أمّا البعض الآخر فقد رأى في عقود الـ BOT تطبيقاً للشراكة العامة - الخاصة.

أ- عقد الـ BOT: عقد إمتياز

يذهب البعض^{٥٤} إلى إعتبار عقد الـ BOT عقد إمتياز وهو عقد إداري بطبيعته.

« *Les BOT sont bien des concessions conçues pour des opérations qui nécessitent de nouveaux investissements* ».⁵⁵

^{٥٤} غالب محمصاني، محاضرة في المؤتمر الثاني للإتحاد الدولي للمحامين، أيار ١٩٩٧.

سامي منصور، نظرة في التحكيم الدولي، المجلة اللبنانية للتحكيم العدد ١٧ سنة ٢٠٠١ ص ٥-١١.

⁵⁵ Christian Bettinger, la gestion déléguée des services publics dans le monde, Répertoire Dalloz, Droit international, p. 97.

وفي هذا السياق صدر قرار رقم ٥٨٥ عن مجلس شورى الدولة اللبنانيّ عام ١٩٩٦^{٥٦} قضى فيه المجلس بأنّ عقد الـ BOT هو إمتياز لأشغال عامة، إذ إنّ الشخص الخاص مكلف من قبل الدولة بتنفيذ شغلٍ عام وإستثمار المنشأ العام المنجز.

ففي ١٩٩٦/٥/٩ وبموجب المراجعة رقم ٦٥٠٣، إدّعى على الدولة اللبنانيّة أمام مجلس شورى الدولة لإبطال قرار وزير السياحة رقم ١٨٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١١/١٨ المتعلق بإستثمار مرفق جعيتا السياحيّ والقرار رقم ٦ الصادر عن مجلس الوزراء في ١٩٩٥/٦/١٥ المتعلق بتمديد مدّة الإستثمار لمرفق جعيتا السياحيّ لكون القرار رقم ١٨٦ المذكور منح شركة "ماباس" إمتيازاً لإدارة مرفق عام، الأمر الذي يخالف المادة ٨٩ من الدستور، وقد تجاوز وزير السياحة صلاحياته الدستوريّة والإداريّة، وذلك لأنّ العقد موضوع المراجعة يخضع لتصديق السلطة التشريعية. وقد جاء في حيثيّات القرار رقم ٥٨٥ ما يلي:

"بما أن موجبات الشركة "ماباس" تتلخص بتمثلت يتكوّن من العناصر والركائز الآتية:

١- إعادة تأهيل وإصلاحات وترميم وبناء.

٢- تشغيل المرفق العام وإستثماره.

٣- نقل الملكيّة في نهاية العقد.

وبما أن العناصر المذكورة أعلاه أي:

- البناء Build.

- والتشغيل Operate.

- ونقل الملكيّة Transfer.

تشكل مكونات عقد الـ BOT الحديث العهد والساري المفعول في جميع دول العالم.

^{٥٦} مجلس شورى الدولة، قرار رقم ٥٨٥ تاريخ ١٩٩٦/٥/٩، غسان نصير مختار قرية جعيتا، نادر بشارة صفيّر ومنصور يوسف عقيقي وشاكر سلامة/ الدولة (غير منشور).

وبما أنّ العقد الـ BOT يختلف تمام الإختلاف عن إمتياز المرافق العامة، ولا يحتاج إلى تصديق السلطة التشريعيّة، ولم يصدر بموجب قانون، بل يخضع للأصول المرعية الإجراء بالنسبة إلى العقود الإداريّة العادية.

وبما أنّ العقد الـ BOT ليس هو إمتياز مرفق عام، بل يدخل في عداد إمتيازات الأشغال العامة".

وخلافاً لما تقدّم، أكّد مجلس الشورى الدولة في قراره رقم ٦٣٨^٧ و ٦٣٩^٨ الصادرين بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٧ في النزاع بين الدولة وشركتي لبيانس ل ش.م.ل و ف.ت.م.ل (ش.م.ل)، المكلفتان إدارة وإستثمار مرفق الهاتف الخليويّ، على الصفة الإداريّة لعقود الـ BOT لكن مع وصفها بأنّها إمتيازات لمرفق عام وليس إمتيازاً لأشغال عامة.

وقد جاء في القرارين:

"وبما أنّ هذا العقد، هو عقد إمتياز لإستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة، مُنح وفق أحكام المادة ٨٩ من الدستور، وإن تسميته الأنجلو- ساكسونيّة (Transfer B.O.T و Operate و Build) لا تؤثر في وصفه القانونيّ بأنّه عقد إمتياز لأن هذه العناصر التي يضمنها: البناء والإستثمار ونقل الملكية إلى الدولة عند نهاية العقد، هي العناصر ذاتها التي يتضمنها عقد الإمتياز وفق التعريف المحدد في المادة ٨٩ من الدستور: منح إمتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعيّة أو مصلحة ذات منفعة عامة أو إحتكار إلى زمن محدد". وأضاف المجلس في القرار رقم ٦٣٩ أنّ "الإجازة لوزارة البريد والمواصلات السلكيّة إجراء إستدراج عروض عالميّ لتحقيق نظام الراديو الخليوي الرقمي تمت بموجب قانون (القانون رقم ٢١٨ تاريخ ١٣/٥/١٩٩٣)، وبالإستناد إلى أحكام الدستور ضمناً، وهذا ما يعزّز القول إن العقد موضوع المراجعة هو إمتياز مُنح بموجب تفويض المشترع".

^٧ مجلس شوري الدولة، قرار رقم ٦٣٨ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧، الدولة / شركة لبيانس ل ش.م.ل. مجلة القضاء الإداري في لبنان لعام ٢٠٠٤ ص. ٩٩٨.

^٨ مجلس شوري الدولة، قرار رقم ٦٣٩ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧، الدولة / شركة ف.ت.م.ل. (FTML) مجلة القضاء الإداري في لبنان لعام ٢٠٠٤ ص. ١٠٠٩.

ب- عقد الـ BOT: عقد شراكة عامة-خاصة

إعتبر القاضي الدكتور إلياس ناصيف أن "عقد الـ BOT ليس عقد التزام مرافق عامة بصورته التقليدية الأساسية، وإن كان يشكّل وجهاً متطوراً منه تسهياً لتسيير إدارة مرفق عام، واقتصاداً في النفقات العامة، وتحسيناً في الإنتاج وحسن الإدارة".^{٥٩}

فقد إعتبر البعض^{٦٠} أنّ عقد الـ BOT يختلف عن عقد الإمتياز في نقاطٍ عديدة منها أنّه:

- في عقد الإمتياز تملك الإدارة حرية إختيار معاقدها إذ إنّها تتمتع بسلطة تقديرية كاملة في إختيار الملتزم الذي تراه قادراً مالياً وفنياً وإدارياً واقتصادياً على حسن إدارة المرفق العام، لكن هذه الحرية منقّية في عقد الـ BOT. غير أنّ البعض^{٦١} يعتبر أنّ تلتزم مشاريع الـ BOT وإن كان يتمّ عبر إستدراج عروض إلا أنّ اللجوء إلى أسلوب التعاقد بالتراضي يبقى ممكناً لا سيما في الحالة التي يتمّ فيها عرض المشروع على الدولة وجماعاتها العامة من قبل المستثمرين. كما أن اللجوء إلى إستدراج العروض في عقود الإمتياز يبقى ممكناً وغير مستحيل. وقد جاء في قراري مجلس شورى الدولة رقم ٦٣٨ و ٦٣٩ ما يلي: "وبما أن توسيع دائرة الحق في المنافسة على حساب الخيار الحر المطلق للإدارة في إختيار الطرف الآخر في عقد الإمتياز لا ينفى إمكان إجتماع الطابع التنافسيّ - عن طريق إستدراج عروض مثلاً - مع طابع الإمتياز".

ومن هذا المنطلق نجد أنّ هذا المعيار ليس حاسماً للتفريق بين عقد الـ BOT وعقد الإمتياز.

- في عقد الإمتياز يستطيع صاحب الإمتياز أن يطالب الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد والتعويض عليه في حال قامت الإدارة بزيادة موجباته التعاقدية، بينما لا يمكن للمشغل في عقد الـ BOT المطالبة بالتوازن المالي لأنّ ليس للإدارة أصلاً أن تزيد الأعباء والموجبات التعاقدية عليه.

^{٥٩} إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ١٣٨.

^{٦٠} رثيف خوري، مرجع سابق، ص ٣٦ - ٨٠.

^{٦١} وليد جابر، نظام الـ BOT: تطبيق للشراكة العامة-الخاصة، مجلة القضاء الإداري، العدد ١٧، ٢٠٠٥،

- في عقد الإمتياز لصاحب الإمتياز مزايا السلطة العامة (Prerogatives de puissance publique) بينما حائز عقد BOT يفتقد هذه المزايا.

- يمكن إعفاء صاحب الإمتياز من بعض الضرائب والرسوم، الأمر المتعذر مع حائز عقد الـ BOT.

وقد ذهب البعض إلى الإعتبار أنّ الفارق بين نظام الـ BOT وعقد الإمتياز يكمن أيضاً في أنّ نظام الـ BOT يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرفق العام موضوع العقد بحيث يكون دور الدولة، المعنوية في إدارته، محدوداً للغاية، فلا تكاد تمارس أية سلطة عليه.^{٦٢} أما في عقد الإمتياز فتمارس الإدارة رقابة قوية وإشراف فعّال على الشخص الخاص.

لكنّ هذا القول غير دقيق إذ أنّ عقود الـ BOT تحفظ عادةً حقّ الدولة في ممارسة سلطتها الرقابية على الشريك الخاص.

فقد أعطيت وزارة السياحة (في العقد الذي أبرم بينها وبين شركة "ماباس" صاحبة حقّ إستثمار مرفق جعبتا السياحيّ) حقّ مراقبة الإدارة وسير العمل والإشراف الدائم على تنفيذ المشروع.

كما أنّ وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية لم تتردد في توجيه تعليمات خطية إلى شركتي ليبانسل ش.م.ل وف.ت.م.ل (ش.م.ل) على إثر ارتكابهما عدّة مخالفات أثناء تنفيذ المشروع موضوع عقد الـ BOT.

ولم يكتفِ القاضي الدكتور وليد جابر بإبعاد صفة عقد الإمتياز عن عقد الـ BOT إذ إنّهُ إعتبر في مقالته بعنوان "نظام الـ BOT : تطبيق للشراكة العامة-الخاصة" أنّ نظام الـ BOT يعدّ من "أهم التطبيقات الدولية والواسعة الإنتشار، ضمن المفهوم الحديث للشراكة العامة-الخاصة".^{٦٣} وبذلك فقد إعتبر أنّ عقد الـ BOT هو عقد شراكة بين القطاعين العام والخاص.

أما من وجهة نظرنا فإننا نعتبر أنّ نقاط الإختلاف بين عقد الـ BOT وعقد الإمتياز، والتي سبق وذكرناها، ليست جوهرية ولا تشكّل أداةً حاسمةً للتمييز بين عقدي الـ BOT والإمتياز. فهذين العقدين متشابهين الى حدّ بعيد وتتنطبق عليهما العديد من المعايير المشتركة التي تشكّل أداةً تفريقاً حاسمةً بين عقدي الـ BOT والإمتياز من جهة وعقد الشراكة العامة - الخاصة من جهة أخرى. فخلافاً لما هو عليه في عقد الشراكة العامة- الخاصة فإنّ خصائص وميزات عقد

^{٦٢} دليل منظمة اليونيدو، ص ٤.

^{٦٣} وليد جابر، مرجع سابق، ص ٨٦.

الإمتياز تنطبق جميعها على عقد الـ BOT إن من ناحية إستيفاء المستثمر الخاص لحقوقه المالية من المنتفعين مباشرةً دون أي مساهمة من قبل القطاع العام وهذا ما أكدته منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international- CNUDCI) عندما إعتبرت أنّ نفقات تنفيذ مشروع الـ BOT لا تُلاحظ في موازنة الدولة:

"Direct funds from the public budget are not required, the project will have little impact on public debt" ⁶⁴

وإنّ من ناحية تحمّل القطاع الخاص وحده عبء المخاطر المتعلقة بالمشروع.

« Certes, il peut y avoir quelques différences entre la concession classique du droit administratif français et le B.O.T (...) Mais de telles différences n'affectent pas la similitude d'ensemble des deux concepts. Qu'on les regarde sous l'angle économique ou sous l'angle juridique, ils présentent les mêmes principaux traits caractéristiques ». ⁶⁵

أمّا هذه النزعة في إعتبار الـ BOT عقد شراكة مرّده إلى كون نظام الـ BOT قد إبتكرته الدول التابعة لتيّار القانون الأنكلو- سكسونيّ (Le droit anglo-saxon) وهذه الدول لا تعرف القانون الإداريّ لذا إعتبرت أنّ عقد الـ BOT هو عقد شراكة عامة - خاصة إذ إنّ الدولة تلجأ من خلاله إلى القطاع الخاص من أجل تمويل وتنفيذ وإدارة مشاريع عامة. غير أنّ هذا المنطق في مقارنة مفهوم الشراكة لا يمكن الإعتداد به في الدول التابعة لتيّار القانون الروماني، كفرنسا ولبنان، وذلك لكون هذه الدول تميّز بين مفهوم الشراكة العامة - الخاصة كما هو محدد في فرنسا في المرسوم الإشتراعي رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ تاريخ ١٧ حزيران ٢٠٠٤ (Contrat de partenariat de type français) من جهة، وبين عقود الإمتياز المنظمّة بالقانون رقم ٩٣-١٢٢ تاريخ ١٩٩٣/١/٢٩ (Loi Sapin) من جهة أخرى. ومن هذا المنطلق وبالنسبة للدول التابعة لتيّار القانون الروماني فإنّ الـ BOT هو مجرد مصطلح أنكلو- سكسونيّ لعقود الإمتياز وقد يصلح إعتباره عقد شراكة فقط في المفهوم الأنكلو- سكسونيّ للكلمة (Contrat de partenariat de type anglais) .

⁶⁴ United Nations Commission on International Trade Law, twenty-ninth session, Build-Operate-Transfer projects, A/CN.9/424, New York, 19 April 1996, p.3.

⁶⁵ Dominique Brault, Op.cit, p.12.

« Dès 1992, la Grande Bretagne engageait un vaste programme qualifié de « Private Finance Initiative » (PFI), qui consistait à créer ce type de contrat (le contrat de partenariat public-privé) afin de rénover les services publics britanniques. La politique britannique s'inspirait des modèles français de la concession et du marché d'entreprise de travaux publics (METP) ». ⁶⁶

ومن هنا لا يمكن إعتبار نظام الـ BOT نظاماً مبتكراً في كليته حيث ترجع جذوره إلى عقد الإمتياز المطبق في الدول التابعة لتيار القانون الروماني.

« Ce mode de financement et d'exploitation de projets d'infrastructures est aujourd'hui largement promu sous des appellations anglo-saxonnes, « Build Operate transfer » (BOT), « Private Finance Initiative » (PFI) ou encore « Public Private Partnership » (PPP). C'est la réinvention anglo-saxonne de pratique séculaire en France ». ⁶⁷

القسم الثاني: النطاق القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص

سنتطرق في هذا القسم إلى النظام القانوني المطبق على عقود الشراكة العامة - الخاصة. لذا لا بدّ من أن نحدد أولاً الطبيعة القانونية لهذه العقود.

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لعقود الشراكة

الفقرة الأولى : في القانون الفرنسي

لا تطرح الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص أيّ إشكالية في فرنسا إذ إنّ المسألة محسومة بمقتضى المادة الأولى من المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم

⁶⁶ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.21.

⁶⁷ Dominique Brault, op.cit, p. 12.

٢٠٠٤ - ٥٥٩ تاريخ ١٧ حزيران ٢٠٠٤ المتعلق بعقود الشراكة. فقد نصّت هذه المادة على أنّ عقود الشراكة هي عقود إدارية:

« *Le contrat de partenariat est un contrat administratif ...* »

وبهذا تكون عقود الشراكة في فرنسا من العقود الإدارية بتحديد القانون (Les contrats administratifs par détermination de la loi) أي العقود التي تنصّ القوانين على طبيعتها الإدارية وبالتالي على إختصاص القضاء الإداري حصرياً بالنظر فيها.

« *L'ensemble des actes contractuels qui constituent les partenariats public-privé sont des contrats administratifs par détermination de la loi. La compétence de la juridiction administrative est donc exclusive* ».⁶⁸

الفقرة الثانية: في القانون اللبناني

لم يحدد مشروع القانون المحال إلى مجلس النواب بموجب المرسوم رقم ٨٤٠ تاريخ ٢٠/١٠/٢٠٠٧ ومسوّدة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة وإقتراح القانون الذي تقدم به النائب علي حسن خليل الطبيعة القانونية لعقود الشراكة؛ ممّا شرّع الباب على إشكالية واسعة حول تفسير وتحديد الطبيعة القانونية لها. فهل تُعتبر عقود الشراكة عقود خاصة (Des contrats de droit privé) أم هي عقود ذو طبيعة إدارية؟

إنّ أنصار^{٦٩} الإتّجاه القائل بأنّ عقود الشراكة هي عقود خاصة بينون وجهة نظرهم على مفهوم التجارة الدولية؛ إذ أنّهم يعتبرون بأنّ عقود الشراكة هي عقود تجارة دولية أي عقود خاصة ذات طابع تجاري ودوليّ وذلك لكون مشاريع الشراكة العامة - الخاصة تقوم بالدرجة الأولى على إستقطاب الإستثمارات الأجنبية نظراً لأهميتها وكلفتها العالية وللأهداف التي تتوخاها.

فقد فسرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاريّ الدوليّ عبارة التجارة بأنّها تعني: أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، إتفاقات التوزيع، التمثيل التجاريّ أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير، الشراء، تشييد المصانع، الخدمات الإستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الإستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، إتفاق أو إمتياز

⁶⁸ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.282.

^{٦٩} رثيف خوري، مرجع سابق، ص ٨٨ - ١٠٢.

الإستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الرّكاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.^{٧٠}

أمّا معنى الدولية فقد كان للعلم والإجتهد دور في توضيحه. فقد إعتبر المدعي العام Paul Matter في مرافعته بقضية Pelissier du Besset^{٧١} الشهيرة بأنّ العقد يعتبر دولياً عندما ينتج عنه تدفقاً لرؤوس الأموال والسلع والخدمات عبر الحدود.

« Pour qu'un contrat soit qualifié d'international, il faut qu'il produise comme un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières et des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre ».

وهذا التعريف حصر معنى الدولية بالمعيار الإقتصادي المتمثل بانتقال رؤوس الأموال والخدمات بين الدول دون المعيار القانوني المتجسد بوجود عنصر أجنبي في العلاقة. وهذا ما كان معتمداً من قبل الإجتهد الفرنسي في البداية.

فقد قضت محكمة التمييز في قضية Pelissier du Besset بأنّ العقد يعتبر دولياً متى تترتب عليه مدفوعات دولية ولو كان خالياً من العنصر الأجنبي، والعقد الذي لا ينطوي على هذا الأساس يعدّ عقداً داخلياً.^{٧٢}

كما رأى الأستاذ Gaudemet بأنّ المعيار القانوني ليس شرطاً ضرورياً، لإضفاء الوصف الدوليّ على العقد، فالعبرة تبقى للعملية الإقتصادية موضوع العقد وما إذا كانت تدل على وجود لحركة إنتقال أموال وخدمات.^{٧٣}

غير أنّه ظهر إتجاه آخر في الفقه^{٧٤} والإجتهد الفرنسي^{٧٥} قضى بضرورة الأخذ بالمعيار القانوني إلى جانب المعيار الإقتصادي. فالعقد الموقّع بين أطراف ينتمون إلى جنسية البلد الواحد لا يدخل في مفهوم التجارة الدولية.

⁷⁰ Cité par Guy Robin-Arbitrage international et personnes morales de droit public RDAI 2002, p.871.

⁷¹ Cass Civ. 17 mai 1927, D, p. 1928.

⁷² Dans le même sens: Cass Civ. 21 juin 1950, D.1951, p.749, note J. Hamel.

⁷³ Yves Gaudemet, Consultation pour la part de société FTML-SAL sur la validité de la clause compromissoire à l'article 30 du contrat, le 19 fev. 2001.

⁷⁴ Fouchard : quant un arbitrage est-il international, Rev. Arb. 1970, p.20.

⁷⁵ CA de Paris, 10 sept. 1997, Rev. Arb. 1999. p.121.

أمّا في لبنان فإنّ المستقرّ عليه في العلم^{٧٦} والإجتهد^{٧٧} هو في تبني المعيارين الإقتصاديّ والقانونيّ معاً لإكتساب العقد الصفة الدوليّة. ومن هنا عرّف الدكتور وليد جابر^{٧٨} عقد التجارة الدوليّة بأنّه "العقد المبرم بين الدولة أو إحدى جماعاتها العامة وشخص أجنبيّ يرتبط بوضعيّة تشتمل على عناصر أجنبيّة مؤثرة على العمليّة الإقتصادية محل العقد تجعل نتائجها تتعدى حدود الدولة".

وإنطلاقاً مما سبق إرتكز مؤيدو الطبيعة الخاصة لعقود الشراكة على وصفها بعقود تجارة دوليّة. فالقانون الدوليّ لا يعرف التمييز بين العقد الإداريّ وغيره من العقود وهو بالتالي ينكر وجود ما يسمّى بنظريّة "العقد الإداريّ الدوليّ". فالطابع الدوليّ للعقود يجردها من طبيعتها الإداريّة كون العقود الإداريّة تكون حصراً داخلية. وتدلّياً على ذلك إعتبر الأستاذ Leboulanger^{٧٩} بأنّ القوانين المتعلقة بالإستثمارات في مختلف الدول لا تكيف العقود الموقعة بين الدول والأطراف الأجنبيّة كعقود إداريّة، بل هي على العكس تبحث، في سبيل جلب الإستثمارات، على إبعاد عقود الدولة عن نظريّة العقد الإداريّ من خلال توفير ضمانات للمستثمرين الأجنبيّين من جهة والحد من سلطات الدولة من جهة أخرى.

وبالفعل فالبعض يعتبر أنّ مصالح التجارة الدوليّة تستلزم عدم التمسك بوسائل القانون العام في إطار التعاقد. فالدولة، عندما تدخل في علاقة التجارة الدوليّة، تفقد امتيازاتها الممنوحة لها وفقاً للقانون الداخلي مما يمنعها من التمتع بأية سلطات أو إمتيازات تتفوق فيها على الطرف الأجنبيّ (إلاّ باستثناء ما تسمح به الإلتزامات التعاقدية).

غير أننا وإن كنا نؤكد عدم التسليم بوجود "عقود إداريّة دوليّة" إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من إخضاع العقد الذي تبرمه الدول مع شخص خاص أجنبيّ لأحكام القانون الإداريّ.

ففي الواقع نجد أن الفقه الفرنسيّ يلجأ إلى إعتقاد نظريّة عقود الدولة (Les contrats d'Etat-State contracts) بدلاً من نظريّة "العقود الإداريّة الدوليّة".

⁷⁶ Nasri Antoine Diab, le contentieux judiciaire interne de l'investissement international, Droit Libanais, la revue libanaise de l'arbitrage 2001, p.19.

⁷⁷ إستئناف مدني قرار رقم ١٢٥ تاريخ ١٧/١٢/١٩٤١، النشرة القضائية ١٩٤١، ص. ١٤٠.

⁷⁸ وليد جابر، موقع عمليات إدارة واستثمار المرافق العامة من مفهوم التجارة الدوليّة، مجلّة القضاء الإداريّ، العدد ١٩، ٢٠٠٧، ص. ٢٤.

⁷⁹ Philippe Leboulanger, les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, Paris 1985, p.217.

فقد عرّف Bernard Audit عقود الدولة بأنها العقود التي تربط الدولة أو السلطات العامة بشخص خاص أجنبيّ.

« *Ce sont les contrats qui unissent un Etat ou une autorité publique à une personne privée étrangère* ». ⁸⁰

وقد إعتبر Delvolvé أن عقود الدولة هذه إمّا أن تكون عقوداً تخضع للقانون الخاص إذا تعلقت بمصالح التجارة الدوليّة وإمّا أن تكون عقوداً إداريّة.

« *Les marchés internationaux peuvent être soit des contrats privés, soit des contrats administratifs. Pour les premiers, l'arbitrage est possible si les contrats touchent aux opérations de commerce international tandis que pour les seconds, ce qui compte, c'est le caractère administratif qui anéantit la référence aux opérations du commerce international et à la notion des investissements* ». ⁸¹

ومن هنا يمكن القول بأن العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى جماعاتها العامة مع أشخاص أجنبان وتستهدف تحقيق مرفق عام هي عقود إداريّة تخضع للقانون العام السائد في الدولة صاحبة المشروع لأنّ العقد يكون في هذه الحالة مستجمعاً لمعايير العقد الإداريّ.

فالعقد يعتبر إداريّاً إمّا بنص القانون (Par détermination de la loi) وإمّا بطبيعته (Par nature) إذا توافرت فيه ثلاث شروط: ⁸²

١- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

٢- أن يستهدف العقد إنشاء أو إدارة أو تنفيذ مرفق عام أو تحقيق المصلحة العامة.

⁸⁰ Bernard Audit, l'arbitrage transnational et les contrats d'Etat, cours de l'Académie de Droit de la Haye, 1987, pp.30 s.

⁸¹ P. Delvolvé, communication au colloque du 17-9-1990, publication de l'AFA (Association Française d'Arbitrage), pp 26 et 27.

⁸² وهي معايير قضائيّة (Critères jurisprudentiels) من صنع الإجتهد الإداريّ الفرنسيّ تبناها الإجتهد اللبنانيّ.

٣- أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة أو إستثنائية أو خارقة أو مفرطة (Clauses exorbitantes du droit commun)

وقد إستقرّ الإجتهد الفرنسي^{٨٣} واللبناني^{٨٤} على إعتبار أنه يكفي أن يكون احد أطراف العقد من أشخاص القانون العام وأن يكون موضوع العقد تنفيذ مرفق عام من أجل إعتبار العقد عقداً إدارياً. فهذا الشرط الأخير (أي تنفيذ مرفق عام) هو معيار كافٍ بحد ذاته لإعتبار العقد إدارياً. فشرط وجود بنود خارقة وإستثنائية في العقد هو مجرد شرط تخييري وليس إلزامي (Critères alternatifs et non cumulatifs). ومن هنا لا يمكن التذرع مثلاً بعدم وجود بنود خارقة أو إستثنائية في العقد الذي تبرمه الدولة مع الشخص الخاص من أجل إنكار الطبيعة الإدارية لهذا العقد.

فقد أكدّ الأستاذ Weil على الطابع الإداري للعقود المبرمة بين الدولة وإحدى جماعتها العامة من جهة، والشخص الخاص الأجنبي من جهة أخرى بالقول أن عقود الدولة هي عقود يبرمها الشخص العام من أجل تحقيق مصلحة عامة وهي بذلك لا تختلف عن العقود الإدارية التي تتم على الصعيد الداخلي.^{٨٥}

وفي الإطار نفسه تقول الأستاذة Toubiana إنّ هناك عقوداً تبرمها الدولة مع أشخاص أجنب من القانون الخاص تتعلق بتنفيذ أشغال وإستثمار لثروات طبيعية ولمرافق عامة لا يمكن أن تكون إلا ذات طابع عام، وإن تمت على المستوى الدولي.^{٨٦}

وعليه لا يكفي، لمجرد وجود إنتقال لقيم عبر الحدود، القول بوجود عقد تجارة دولية، فيجب أولاً البحث في ما إذا كانت معايير العقد الإداري (المتتملة بوجود إدارة وإستثمار لمرفق عام أو بوجود بند خارق) متوفرة. فقد إعتبر الدكتور وليد جابر " إنّ فكرة الإنتقال لقيم عبر الحدود

⁸³ CE, 20 avril 1956, Epoux Bertin, GA N° 91.

TC, 8 juillet 1963, Entreprise Peyrot, GA N° 101.

^{٨٤} قرار مجلس شوري الدولة تاريخ ١٣ تموز ١٩٥٥، ثابت ضد الدولة، النشرة القضائية ١٩٥٥، ص ٦٢٨
قرار مجلس شوري الدولة رقم ٣٨ تاريخ ٢٨/٢/١٩٨٦، مدرسة الآباء الأنطونيين، مجلة القضاء الإداري، العدد الثالث ص ٥٤.

⁸⁵ Prosper Weil, les contrats passés par un Etat avec une personne privée étrangère, ed. Aledone Paris 1981, p.549.

⁸⁶ Annie Toubianna, contrats administratifs, Répertoire Dalloz, Droit international, p. 574.

كـمـعـيـار لإـضـفـاء الـصـفـة الـدـوـلـيـة عـلـى العـقـد تـضـعـف لـا بـل تـزـول مـتـى تـوـافـرت مـعـايـير العـقـد الإـدـارـيـيـ ومنـها تـنـفـيـذ لـمـرفـق عـام فـي إـطـار تـقـنـيـة التـفـويـض".^{٨٧}

ومن هنا تكون عقود الشراكة هي عقود إدارية بطبيعتها بحيث تتوافر فيها الشروط التي يتطلبها القضاء الإداري لإعتبار العقد إدارياً.

« *Il n'est guère possible d'imaginer un régime qui s'applique aussi au partenariat public-privé, en dehors des règles générales applicables au contrats administratifs* ». ⁸⁸

إنّ دراسة الطبيعة القانونية لعقود الشراكة ليست مجرد دراسة نظرية. فالعقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه ضرورة تسيير وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. ومن هنا تكمن أهمية تكييف العقد من أجل تحديد النظام القانوني الذي يحكم إبرامه وتنفيذه وانتهائه.

ففي العقود الإدارية يتمتع الشخص العام بسلطات (غير معروفة في نطاق القانون الخاص) تتعلق بالنظام العام بحيث لا يجوز له التنازل عن ممارستها كلياً أو جزئياً.

ومن بين هذه السلطات نذكر:

- سلطة التوجه والمراقبة (Les pouvoirs de contrôle et de direction): يحق للإدارة مراقبة نشاط المتعاقد معها للتأكد من حسن تنفيذه لإلتزاماته كما يحق لها إصدار أوامر وتعليمات إليه.

- سلطة فرض العقوبات (Le pouvoir de sanction): يحق للإدارة في حال قصر المتعاقد معها في تنفيذ إلتزاماته بأن توقع عليه جزاءات بهدف حثه على تنفيذ العقد من دون تراخ. وهذه الجزاءات تكون إما عبارة عن عقوبات مالية أو إكراهية (للضغط على المتعاقد والحفاظ على سير المرفق العام كإكمال التنفيذ على حساب المتعاقد) وإما

^{٨٧} وليد جابر، مرجع سابق، ص. ٣٣.

⁸⁸ Gérard Marcon, le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique?, publié dans Partenariat public-privé et collectivités territoriales, les séminaires de la Caisse des Dépôts, Paris 2002, p.23.

عقوبات فاسخة (عندما تضع الإدارة حداً للعقد بإرادتها المنفردة في حال الخطأ الفادح من قبل المتعاقد معها).

- سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة (Le pouvoir de modification unilatéral).

- سلطة فسخ العقد (Le pouvoir de résiliation).

سنتطرق للسلطتين الأخيرتين بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا القسم.

ومن جهة أخرى، يتمتع المتعاقد مع الإدارة بمزايا لا توجد عادةً في العقود المدنية فله الحق في الوصول إلى التوازن المالي للعقد (Le droit à l'équilibre financier) أي إلى توازن عام بين حقوق الطرفين والتزاماتهما خصوصاً في حال استخدام الإدارة سلطة التعديل الممنوحة لها، في هذه الحالة تقتضي ضرورات العدالة إعادة التوازن المالي الذي أبرم العقد على أساسه وذلك بمنح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عن الأضرار التي تكون قد لحقت به على إثر زيادة الأعباء عليه خلال تنفيذه للعقد.

لا يمكن التذرع إذاً بعدم وجود مساواة في العلاقة التعاقدية بين الشخص العام والشريك الخاص لإبعاد الوصف الإداري عن عقد الشراكة، وذلك لكون العقد الإداري يبقى خاضعاً لمبدأ التوازن المالي، وبالتالي لفكرة التعويض العادل لمصلحة الشريك الخاص إزاء ممارسة الشخص العام لإمتهاداته التعاقدية، كما أنّ ممارسة تلك الإمتيازات تبقى خاضعة لرقابة القضاء وهي لا تُستخدم إلا بقصد تحقيق المصلحة العامة.

الفصل الثاني: خصائص النظام القانوني الذي يحكم عقود الشراكة

الفقرة الأولى: خصائص إبرام عقود الشراكة

إنّ الآلية والإجراءات المعتمدة لإبرام عقود الشراكة محددة بصورة واضحة في القوانين (الفرنسية والعربية واللبنانية) التي ترعى عقود الشراكة العامة - الخاصة. إنّ أهمية هذه العقود من حيث مدتها وموضوعها، ألا وهو بناء وإستثمار وإدارة منشآت عامة أو مرافق عامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، تفترض إذاً أن تكون آلية إختيار الشريك الخاص خاضعة لمبادئ وأصول واضحة.

أ- في القانون الفرنسي

نظّم المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٩٥٥ أصول إبرام عقود الشراكة، وقد نصّ في مادته السابعة على أنّ تلزيم مشاريع الشراكة يتمّ عن طريق إستدراج عروض تُحدد أصولها بمراسيم.

واشترطت المادة الثالثة منه على إخضاع إبرام عقود الشراكة إلى مبادئ حرية الإشتراك والمساواة بين المرشحين والشفافية في الإجراءات والعلنية بغية تأمين المنافسة المطلوبة.

« *La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. (...) Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret* ».

إلا أنّ ما يميّز آلية إبرام عقود الشراكة في القانون الفرنسي هو إخضاع اللجوء الى هذا النوع من العقود إلى شرطين وهما: التعقيد (La complexité) وعنصر العجلة (L'urgence). فقد نصّت المادة الثانية من المرسوم الإشتراعي رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ على ما يلي:

« *Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret⁸⁹, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat (...). Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement*

⁸⁹ L'un de ces organismes experts est la Mission d'Appui à la réalisation des contrats de Partenariat Public - Privé (MAPPP), placée auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie; organisme de l'Etat à compétence interministérielle pour l'ensemble des projets, hors secteur défense (qui dispose de son propre organisme-expert).

durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte.

Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère:

1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet;

2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible;

3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage».

بمقتضى هذه المادة أصبح الشخص العام ملزماً بإجراء تقييم مسبق (Evaluation préalable) قبل اللجوء إلى إبرام عقد الشراكة. وهذا التقييم يهدف، من جهة، إلى التأكد من أن معيار المشروعات متوفر مما يسمح باللجوء إلى عقود الشراكة، ومن جهة أخرى إلى عرض الدوافع الإقتصادية والمالية والقانونية والإدارية التي تبرر اللجوء إلى عقد الشراكة العامة - الخاصة دون

غيرها من العقود (عقود الصفقات العامة، عقد الإمتياز، إلخ). فمعيار المشروعية متمثل إما بتوفر عنصر العجلة (Le caractère d'urgence du projet) وإما بعدم قدرة الإدارة على تنفيذ المشروع بوسائلها التقنية والقانونية وبقدراتها التمويلية الذاتية وذلك بالنظر لتعقيد المشروع (L'incapacité objective de la personne publique en considération de la) (complexité du projet).

وقد فرض القانون الفرنسي توفر أحد هذين الشرطين (العجلة أو التعقيد) كمبرر للجوء إلى إبرام عقود شراكة بين القطاعين العام والخاص. وبالإضافة إلى ذلك، فرضت هذه المادة على الشخص العام عرض الدوافع التي تجعل من الشراكة العامة - الخاصة الوسيلة الأكثر ملائمة من أجل تنفيذ المشروع العام.

« *Le législateur, conscient de la portée de l'engagement de la personne publique à travers ces contrats de longue durée, et du surcoût financier immédiat qu'entraîne le recours au financement privé, a ainsi imposé une grande rigueur à l'autorité contractante en lui demandant de justifier le choix du contrat de partenariat au regard des conclusions du rapport d'évaluation préalable.* »⁹⁰

ومن الأسئلة التي يجب أن تُطرح من أجل تحديد ملائمة أو عدم ملائمة اللجوء إلى الشراكة العامة - الخاصة:

- ١- هل الحاجة شاملة (تصميم وبناء وتمويل وتشغيل) وهل يمكن تلبية هذه الحاجة عن طريق شريك خاص بموجب عقد خدمات طويل الأمد؟
- ٢- هل هنالك إمكانية لأن يدفع المستخدم وهو العميل النهائي جزء أو كامل كلفة هذه الخدمة أم أنّ هذه الخدمة مقدّمة الى السلطة العامة التي يجب أن تتحمل وحدها كلفتها؟ (في حال وجود مستخدم نهائي مليء، يجب النظر أولاً في إمكانية اللجوء الى عقود إمتياز المرافق العامة).
- ٣- هل من الممكن وضع مؤشرات لقياس وتحديد ثمن الخدمة المقدمة فعلياً؟ بمعنى آخر، هل يمكن تحديد بوضوح شروط ومتطلبات الجودة؟

⁹⁰ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.59.

٤- هل يتمتع المشروع بالإمكانات الإقتصادية الكافية لجذب شركاء مرشحين من القطاع الخاص؟

٥- هل يتمتع القطاع الخاص المعني بالقدرات الفنيّة والماليّة اللازمة لتنفيذ المشروع في الوقت المحدد؟

« 1^o- Le besoin est-il global (conception, réalisation, financement, exploitation) et peut-il être satisfait par un partenaire privé sous forme d'un contrat de service de longue durée?

2^o- Y a-t-il possibilité de faire payer tout ou partie du service à un usager-client final identifié ou bien ce service est-il rendu à la collectivité publique et doit-il corrélativement être payé par elle ?

(S'il y a usager final solvable, la solution DSP – Délégation de Service Public doit être examinée en priorité).

3^o- Est-il possible de concevoir des indicateurs pertinents pour mesurer et rémunérer le service réellement rendu ? C'est-à-dire peut-on définir clairement des exigences de qualité de service ?

4^o- Le projet a-t-il suffisamment de potentiel économique pour attirer les candidats partenaires privés?

5^o- Le secteur privé concerné a-t-il les capacités techniques et financières de mener à bien un tel projet sur la durée ? »⁹¹

ب- في القانون اللبنانيّ

حددت مسوّدّة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة، من المادة الرابعة منها إلى المادة العاشرة، آلية إختيار الشريك الخاص وقد أخضعت إجراءات إختياره لمبادئ

⁹¹ Ibid, pp. 60-61.

الشفافية وحرية الإشتراك والمساواة والعلنية وضرورة تأمين المنافسة الشريفة بين المشتركين (تحديداً المادة السابعة).

وقد أعطى مشروع القانون صلاحيات واسعة للوزير المختص (وهو الوزير الذي يدخل المشروع المشترك في نطاق صلاحيات الإدارات التابعة له أو المؤسسات العامة أو البلديات أو إتحادات البلديات الخاضعة لرقابته) وللمجلس الأعلى للخصخصة^{٩٢} في تحديد مشروع الشراكة واختيار الشريك الخاص، بالإضافة إلى نصّه على تأليف ما يسمّى بـ "لجنة المشروع".

فلرئيس المجلس الأعلى للخصخصة كما للوزير المختص أن يقترح المشاريع المشتركة وذلك بتقديم دراسة أولية للمشروع إلى المجلس الأعلى للخصخصة. فيقوم المجلس بدراسة مدى قابلية وملاءمة اللجوء إلى الشراكة من أجل تنفيذ هذا المشروع. ويمكن القول أنّ هذه المرحلة هي نوع من التقييم المسبق وهي مشابهة لتلك المفروضة على الشخص العام في فرنسا بمقتضى المادة الثانية من المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٩٥٥.

فقد نصّت المادة الرابعة من إقتراح القانون الذي تقدم به النائب علي حسن خليل على المبادئ التي يجب أن يراعيها المجلس الأعلى للخصخصة في دراسته لمدى قابلية وملاءمة تنفيذ المشروع المقترح عن طريق الشراكة العامة - الخاصة، ألا وهي:

"١- مدى تحقيق المشروع للمنفعة العامة.

٢- حاجة القطاع العام للمشروع لسد ثغرة قائمة في تقديم الخدمات العامة.

٣- جدوى المشروع الإقتصادية وتناسب النتائج المرجوة من تنفيذه مع كلفته.

٤- حسنات تنفيذ المشروع عبر الشراكة والأسباب التي تدعو إلى ذلك".

إذا قرر المجلس تنفيذ المشروع عن طريق عقد شراكة تُؤلف عندها "لجنة المشروع" التي تضم:

- أمين عام المجلس الأعلى للخصخصة - رئيساً.

^{٩٢} أنشئ المجلس الأعلى للخصخصة بموجب المادة الثالثة من القانون رقم ٢٢٨ تاريخ ٣١ أيار ٢٠٠٠ المتعلق بتنظيم عمليات الخصخصة وتحديد شروطها ومجالات تطبيقها (الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢) وهو مؤلف من رئيس مجلس الوزراء (رئيساً) ووزراء العدل والمالية والعمل والإقتصاد والتجارة (أعضاء)؛ وقد نصّت المادة الثالثة من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة على إستبدال تسمية "المجلس الأعلى للخصخصة" أينما وردت بتسمية "المجلس الأعلى للخصخصة والشراكة".

- ممثلاً عن الشخص العام المعنيّ (بسميّه الوزير المختص) - عضواً.

- ممثلاً عن وزارة الماليّة (بسميّه وزير الماليّة) - عضواً.

- مستشارين ماليين وقانونيين وفنيين - أعضاء.

ويقوم فريق عمل يضمّ مندوبين عن المجلس الأعلى للخصخصة والشخص العام المعنيّ ووزارة الماليّة وخبراء ومستشارين، بمساندة لجنة المشروع في إعداد دراسة أوليّة حول المشروع المشترك تتناول جوانبه الفنيّة والإقتصاديّة والقانونيّة والتمويليّة. فترفع بنهايتها اللجنة تقريراً يتضمن توصيتها بشأن المشروع إلى المجلس الأعلى للخصخصة.

في حال موافقة المجلس على السير بالمشروع المشترك يحال الملف إلى مجلس الوزراء، وإذا وافق هذا الأخير على تنفيذ المشروع تطلق لجنة المشروع إجراءات إختيار الشريك الخاص.

وقد حددت المادة الثامنة من مشروع القانون آلية الإختيار التي تبدأ بالإعلان عن دعوة عامة إلى من يؤد أن يترشح للفوز بالمشروع المشترك.

ترؤد لجنة المشروع المرشحين بالمعلومات والتعليمات اللازمة وتطلب منهم تقديم طلب تأهيل. فتقوم لجنة المشروع، بمعاونة فريق العمل، بدراسة وتقييم طلبات التأهيل المقدمة وترفع تقريراً معللاً إلى المجلس الأعلى يتضمن إقتراحاً بأسماء المرشحين المؤهلين والمرشحين غير المؤهلين. وعندما يأخذ المجلس القرار المناسب بهذا الشأن تبلغ اللجنة كل مرشح نتيجة تأهيله.

بعدها تتولى لجنة المشروع، بمعاونة فريق العمل، إجراء حوار مع المرشحين المؤهلين والجهات الممولة بهدف التوصل إلى تصوّر متكامل لتحديد المتطلبات التقنيّة والوسائل العمليّة والهيكلية الماليّة الفضلى لتحقيق المشروع المشترك. وعلى إثر هذا الحوار تقوم لجنة المشروع بمعاونة فريق العمل بإعداد دفتر الشروط الذي يتضمن مسودة عقد الشراكة ومعطيات المشروع وإجراءات تقديم العرض وعناصر المشروع الماليّة والفنية والإدارية.

ترفع لجنة المشروع دفتر الشروط الى الوزير المختص لأخذ موافقته تمهيداً لرفعه إلى المجلس الأعلى للخصخصة الذي إذا ما وافق عليه يرفع دفتر الشروط بواسطة رئيسه الى مجلس الوزراء لأخذ الموافقة النهائيّة عليه. ومن ثمّ يبلغ دفتر الشروط إلى المرشحين المؤهلين.

يقوم بعد ذلك المرشحون المؤهلون بإعداد عروضهم الفنيّة والمالية وتقديمها الى لجنة المشروع وفقاً للأصول المحددة في دفتر الشروط. تقضّ لجنة المشروع العروض الفنيّة المقدّمة وتختار

من بينها العروض المطابقة لمتطلبات دفتر الشروط وترفع بعد ذلك تقريراً الى المجلس الأعلى ترافقه بتوصيتها لجهة العرض الأفضل. وأخيراً يرسو العقد على المرشح الذي تقدم بالعرض الأفضل حسب تقييم لجنة المشروع وموافقة المجلس الأعلى للخصخصة.

الفقرة الثانية: البنود الأساسية الواردة في عقود الشراكة

أوجب المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ (المادة ١١ منه)، في فرنسا، ومسوّدة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة (المادة ١٢ منه)، في لبنان، إدراج عدد من البنود الإلزاميّة في عقود الشراكة.

فلا بد لعقد الشراكة من أن يحدد الأمور التالية:

١- مدّته.

٢- الأعمال التي يتوجب على كل من الشخص العام وشركة المشروع القيام أو الإمتناع عن القيام بها وحقوق كلّ فريق.

٣- أسس تمويل المشروع المشترك من قبل الشريك الخاص.

٤- البدلات التي ستتناقضاها شركة المشروع من الشخص العام لقاء قيامها بالأعمال الموكلة إليها وطرق تقاضي تلك البدلات.

٥- الأموال والأموال العائدة إلى الشخص العام والتي توضع طيلة مدّة العقد بتصرف شركة المشروع لتنفيذ موجباتها، بالإضافة الى حقوق وموجبات شركة المشروع فيما خص هذه الأموال والأموال.

٦- الضمانات والتعهدات والإلتزامات التي قد تعطى لتنفيذ المشروع من قبل شركة المشروع و/أو الشريك الخاص و/أو الشخص العام.

٧- كميّة توزيع المخاطر بين الشخص العام وشركة المشروع بالإضافة الى التدابير والإجراءات التي يجب إتباعها للحد من وقع تلك المخاطر.

٨- مؤشرات تقييم أداء شركة المشروع (Key performance indicators).

٩- التقارير التي تعدّها شركة المشروع حول تنفيذ المشروع.

١٠- كيفية وتوقيت تحويل المشروع إلى الشخص العام عند إنتهاء عقد الشراكة بحلول أجله أو بفسخه.

١١- الإجراءات والجزاءات التي تلتحق بشركة المشروع في حال إخلالها بأي من موجباتها التعاقدية.

١٢- إجراءات تأمين إستمرارية المشروع والأعمال موضوع عقد الشراكة لدى إنتهاء العقد بحلول أجله أو بفسخه أو في حال إخلال شركة المشروع في تنفيذ موجباتها العقدية.

١٣- الأصول المتبعة لحل النزاعات بما فيها الوساطة والتحكيم الداخلي والدولي.

غير أنّ النص الفرنسيّ، بالإضافة إلى البنود المذكورة أعلاه، قضى بضرورة تحديد إمكانية وشروط لجوء الشخص العام إلى تعديل بعض بنود العقد أو إلى فسخه عن طريق إتّفاق مع الشريك الخاص أو بإرادته المنفردة، وذلك تماشياً مع تطوّر حاجات ومتطلبات الشخص العام أو نتيجة تطوّر التقنيات المعتمدة أو تغيير في شروط تمويل المشروع المشترك من قبل الشريك الخاص.

« *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :*

h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant » .

وذكر النص الفرنسي إمكانية لجوء الشخص العام إلى تعديل بعض شروط العقد أو إلى فسخه، منطقيّ بحيث يكرّس حقّ الدولة، عملاً بمبدأ قابلية العقود الإدارية للتغيير (Le principe de la mutabilité des contrats administratifs) الذي يشكل قاعدة عامة في نظرية العقود الإدارية، بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل إنتهاء مدّته لدواعي المصلحة العامة، وبفرض تغييرات في طرق ومدى تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته. وقد صدر حكم عن مجلس شورى الدولة الفرنسيّ في

٩٣/٣/١٩٨٣^{٩٣} أكد صراحةً على أن سلطة الإدارة المنفردة في تعديل العقد تعتبر جزءاً من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية.

وفقاً لهذه النظرية، يحق للإدارة تعديل بنود وشروط العقود الإدارية بما من شأنه أن يضمن مصلحة الجمهور ويؤمن حسن سير المرافق العامة بانتظام وتكيفها حسب مقتضيات العصر وتطور العمل والفن والتكنولوجيا.

« *Contrats administratifs, les contrats de partenariat public-privé obéissent aux règles traditionnelles applicables lorsque le contrat ou son environnement viennent à se modifier* ».⁹⁴

إلا أنّ ممارسة الإدارة لسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو في فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة مشروط، كما ذكرنا في الفصل السابق من هذا القسم، بتعويض المتعاقد معها عملاً بمبدأ إعادة التوازن المالي للعقد.

من هنا تظهر ضرورة تحديد، في عقد الشراكة، الفرضيات التي قد تؤدي إلى إجراء تعديلات في بنود وشروط عقد الشراكة كورود عنصر فعل أميرٍ أو طارئٍ غير منظور أو قوّة قاهرة مؤقتة أو عارضة أو صعوبات مادية غير متوقعة أو بناءً على طلب الشخص العام وذلك تماشياً مع التطورات التكنولوجية والقانونية و/أو التنظيمية التي قد تؤثر بطبيعتها على شروط تنفيذ العقد. كما يجب على عقد الشراكة تحديد نتائج تعديل بنود وشروط العقد لناحية حقّ الشريك الخاص في التعويض عمّا سيلحق به من ضرر جراء هذا التعديل المحتمل. فالخطوات والقرارات التي قد يتخذها الشخص العام في نطاق ممارسته لسلطاته وحقوقه، عملاً بالنظرية العامة للعقود الإدارية، تدخل في إطار المخاطر التي يتحملها الشريك الخاص.

وبذلك يكون التعويض المتوجب له نتيجةً للتعديلات التي قد تطرأ على العقد بمثابة مساهمة من قبل الشخص العام بتحمل جزء من المخاطر وهذا ما يتوافق مع المبدأ السائد في عقود الشراكة (والذي تطرقنا إليه سابقاً) والمتعلق بتوزيع المخاطر بين القطاعين العام والخاص.

⁹³ CEF, 2 mars 1983, Union des transports publics, RDP 1984, p. 212, note Auby.

⁹⁴ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.181.

« Il peut arriver que les décisions de la puissance publique se traduisent par des charges supplémentaires pour le partenaire privé (...). De telles décisions représentent un risque pour le partenaire privé.

Le droit administratif français est en fait bien plus protecteur des droits des concessionnaires, par les conséquences qui s'attachent au principe de l'équilibre financier du contrat, ce que les juristes de Common Law continuent souvent d'ignorer »⁹⁵.

تجدد الملاحظة إلى أنّ سلطة الإدارة بتعديل العقد يجب أن لا تتجاوز الحدود الطبيعية العادية أو أن يكون من شأنها تغيير موضوع العقد تبديلاً شاملاً. فالتعديل الكبير والهام هو خاطئ ويمكن أن يعطي الشريك الخاص الحقّ في فسخ العقد على مسؤوليّة الشخص العام. كما أنّ التعديل لا يمكن أن يطال الشروط الماليّة للعقد لأنّ على الإدارة واجب إحترام المعادلة الماليّة للعقود.

ويتمتع الشخص العام في عقد الشراكة بسلطة فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة بغياب أيّ خطأ من قبل الشريك الخاص، تطبيقاً لنظرية قابليّة العقود الإداريّة للتغيير. من هنا يتحتم على عقد الشراكة تحديد شروط وآلية لجوء الشخص العام إلى ممارسة سلطته بوضع حدّ، وبشكل أحادي للعلاقة التعاقدية التي تربطه بالشريك الخاص.

« *Le contrat de partenariat est un contrat de longue durée, censé introduire les méthodes modernes de gestion. Il faut donc prévoir non seulement son évolution mais encore sa résiliation, car il n'est pas question que la collectivité publique se prive par exemple du progrès technique, ou de son pouvoir de reprendre l'équipement en régie.* »⁹⁶

ومن هنا نتساءل عن سبب سكوت النص اللبناني (المادة ١٢ من مسودة مشروع القانون) عن ذكر ضرورة أن يحدد عقد الشراكة شروط ونتائج لجوء الشخص العام إلى تعديل أو فسخ العقد، بإرادته المنفردة، تماشياً مع تطوّر حاجاته ومتطلباته. ومن المرجح أن يكون سكوته هذا مقصوداً

⁹⁵ Gérard Marcou, Op.cit, p. 46.

⁹⁶ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.203.

من قبل الذين تقدّموا بمسوّدة مشروع القانون وقد يعكس رغبتهم في إنكار الطبيعة الإداريّة لعقود الشراكة خصوصاً وأنّ مسوّدة المشروع لم تحدد الطبيعة القانونيّة لعقود الشراكة.

« Dans la description de l'objet du contrat de partenariat, le projet reste silencieux sur sa nature juridique. Il est vrai que les critères jurisprudentiels de détermination du contrat administratif suffiront pour combler cette lacune mais un tel silence (...) pourrait s'agir moins d'un oubli que d'une préméditation. »⁹⁷

الفصل الثالث: التنازع القضائي لعقود الشراكة

مما لا شك فيه أنّ أهميّة التحديات السياسيّة والإقتصاديّة والماليّة المتعلقة بإبرام عقود الشراكة العامة - الخاصة تعرّض تلك العقود لخطر التنازع القضائيّ حولها وذلك في جميع مراحل إبرامها و/أو تنفيذها.

إنّ تحديد القضاء المختص للنظر في النزاعات المتعلقة بعقود الشراكة لا يطرح أيّة إشكاليّة في القانون الفرنسيّ. فكما سبق وشرحنا في الفصل الأوّل من هذا القسم، فإنّ عقود الشراكة في فرنسا هي عقود إداريّة بتحديد القانون، وبذلك تكون المحاكم الإداريّة هي المختصة في البتّ بالنزاعات القائمة حول عقود الشراكة. إلّا أنّ المادة الحادية عشر من المرسوم الإستراتيجيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ التي عدت البنود الإلزاميّة الواجب إدراجها في عقد الشراكة قد ذكرت إمكانيّة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحلّ النزاعات على أن يكون القانون الفرنسيّ القانون الواجب التطبيق في التحكيم.

« Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

l) Aux modalités de prévention et de règlement de litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.»

⁹⁷ Lara Karam-Boustany, Evaluation du projet de la loi sur le partenariat public-privé au Liban, El Adel, 2009 I, p.88.

وذكر إمكانية اللجوء إلى التحكيم بشكلٍ صريحٍ في نص المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ له أهمية كبيرة كون القانون الفرنسيّ يمنع التحكيم في العقود الإداريّة بموجب المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنيّ التي تنصّ على ما يلي:

« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. »

إلاّ أنّه يمكن للمشتري مخالفة هذا المبدأ بموجب قانون يجيز بشكلٍ صريحٍ التحكيم، كما هو الحال مع المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩، كما أنّه يمكن للمؤسسات العامة الصناعيّة والتجاريّة اللجوء إلى التحكيم بموجب مرسوم.

« *Le recours à l'arbitrage est interdit aux personnes publiques. Ce principe peut cependant être écarté par la loi, et a ainsi connu une importante dérogation du fait de l'intervention de l'ordonnance du 17 juin 2004 qui prévoit, tant pour les contrats de partenariat de l'Etat que pour ceux des collectivités locales, des clauses obligatoires relatives aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.* »⁹⁸

أمّا في لبنان فالوضع مختلف إلى حدّ ما إذ إنّ التحكيم أصبح ممكناً في العقود الإداريّة بموجب القانون رقم ٤٤٠ الصادر بتاريخ ٢٩ تمّوز ٢٠٠٢⁹⁹ والذي عدّل بعض أحكام قانون أصول المحاكمات المدنيّة المتعلقة بالتحكيم. فنتيجةً لهذا التعديل أصبحت المادة ٧٦٢ أ.م.م. تنصّ في فقرتيها الثانية والثالثة على ما يلي:

ليجوز للدولة ولأشخاص القانون العام أيّاً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم.

⁹⁸ F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, op.cit, p.286.

⁹⁹ قانون رقم ٤٤٠ تاريخ ٢٩ تمّوز ٢٠٠٢، الجريدة الرسميّة، العدد ٤٣ تاريخ ٢٠٠٢/٨/١.

إعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي، لا يكون البند التحكيمي أو إتفاق التحكيم نافذاً في العقود الإدارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناءً لإقتراح الوزير المختص بالنسبة للدول أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام".

ومن هنا كرست المادة أعلاه مبدأ قابلية العقود الإدارية للتحكيم شرط إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء.

وبالفعل فقد نصت المادة الثانية عشر من مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة على ضرورة أن يحدد عقد الشراكة "الأصول المتبعة لحل النزاعات بما فيها الوساطة و التحكيم الداخلي والدولي".

وقد أقرت هذه المادة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم الداخلي والدولي على حدٍ سواء إلا أنها، وخلافاً للنص الفرنسي، لم تحدد القانون الواجب تطبيقه. غير أنه من المنطقي أن يكون القانون اللبناني هو القانون المطبق على النزاعات التي تربط الشخص العام بالشريك الخاص وذلك لكون مكان إبرام وتنفيذ العقد هو في لبنان.

أما التنازع أمام المحاكم الوطنية فهو يطرح إشكالية في لبنان كون تكييف عقود الشراكة غير محسوم بعد. فإذا إعتبرنا أن عقود الشراكة هي عقود تجارة دولية أي عقود من القانون الخاص تكون المحاكم المدنية هي المختصة في البتّ بالنزاعات الناتجة عن هذه العقود. أما إذا إعتبرنا أن عقد الشراكة هو عقد إداري (ونحن نؤيد هذا الرأي) فمن البديهي أن يكون القضاء الإداري هو القضاء المختص في حلّ النزاعات الناتجة عن عقد الشراكة.

غير أنه لا بدّ من الإشارة إلى أن النصين الفرنسي واللبناني قد أوجبا تحديد آلية في عقد الشراكة من أجل تدارك وقوع أيّ خلاف قد يطرأ بين الشخص العام والشريك الخاص.

ويمكن أن يتم ذلك عن طريق تنظيم لقاءات وإجتماعات دورية ومتكررة تضم ممثلين عن الفريقين من أجل التباحث والإطلاع على سير تنفيذ العقد وتسهيل الأمور الطارئة وحلّها فور نشوئها. وقد فرض النصان اللبناني والفرنسي أيضاً اللجوء إلى حلّ أيّ خلاف أو نزاع بطريقة حبيّة عن طريق المصالحة أو الوساطة وذلك قبل عرضه على التحكيم أو أمام المحاكم الوطنية.

وقد يتم ذلك عن طريق تعيين شخص من الغير بصفة مسهل أو وسيط أو إنشاء لجنة مشتركة تحال إليها المشكلات الناجمة عن تنفيذ المشروع فور حصولها من أجل العمل على حلّها وعدم تركها تتفاقم.

القسم الثالث: أبعاد مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص

الفصل الأول: شروط نجاح الشراكة

إنّ شروط نجاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتمثّل بشكلٍ أساسيٍّ في وضع نطاقٍ ملائمٍ لمشاركة القطاع الخاص، من الناحية القانونية والمالية والضريبية، وفي كيفية ومدى ممارسة الشخص العام لسلطته الرقابية.

الفقرة الأولى: وضع نطاق ملائم لمشاركة القطاع الخاص

إنّ تشجيع الإستثمارات الخاصة وتحفيزها على الدخول في مشاريع شراكة يتطلب من القطاع العام أن يقرّ للشريك الخاص ببعض الإمتيازات المالية والإعفاءات الضريبية وأن يؤمن له قوانين حامية وملائمة. الأمر غير المتوفر في مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة الذي لم ينص على أية إمتيازات وإعفاءات ضريبية للشريك الخاص تحته على الدخول في هذه الشراكة.

إنّ ما تقدّم يشكل عائقاً أمام مساهمة القطاع الخاص في مشاريع الشراكة نظراً لكون تمويل المشروع يقع على عاتق الشريك الخاص بشكلٍ أساسيٍّ، ومن هنا لا بدّ من منحه إمتيازات وإعفاءات ضريبية (كإعفاءه من الضريبة على القيمة المضافة مثلاً) تؤمن له إمكانية إسترداد الأموال التي إستثمرها.

وفي محاولة خجولة لتحفيز القطاع الخاص على الدخول في الشراكة إقتضت مسودة مشروع القانون على ذكر إمكانية تطبيق القانون رقم ٣٦٠ الصادر في ١٦ آب ٢٠٠١ والمتعلق بتشجيع الإستثمارات في لبنان، على عقود الشراكة (فيما لو توفرت بعض الشروط)، إذ بالفعل نصّت المادة الثامنة عشرة منها على ما يلي:

" لا تحول أحكام هذا القانون دون إستفادة الشريك الخاص وشركة المشروع من أحكام القانون ٣٦٠ الصادر بتاريخ ١٦ آب ٢٠٠١ والمتعلق بتشجيع الإستثمارات في لبنان".^{١٠٠}

هذه الإحالة إلى القانون رقم ٢٠٠١/٣٦٠ هي غير كافية ولا تلائم طبيعة عقود الشراكة فضلاً عن أنها لا تؤمن الشروط الملائمة لتطبيق هذا القانون. فهذه العقود قد تشمل قطاعات إقتصادية متنوّعة وقد تنتشر على مناطق عديدة على الأراضي اللبنانية. وهذا ما يتعارض مع أحكام القانون رقم ٢٠٠١/٣٦٠ الذي حصر إطار تطبيقه على قطاعات معينة ومحددة حصراً دون غيرها وإن كان القانون المذكور قد نصّ على إمكانية إخضاع قطاعات أخرى لأحكامه وذلك بموجب مرسوم صادر عن مجلس الوزراء.

"يسري هذا القانون على الإستثمارات العائدة للمستثمرين الراغبين في الإستفادة من أحكامه والتي تتناول قطاعات الصناعة والزراعية والتصنيع الزراعي والسياحة والمعلوماتية والتكنولوجيا والإتصالات والإعلام وغيرها من القطاعات التي يحددها مجلس الوزراء بموجب مرسوم يصدر بناءً على إقتراح رئيس مجلس الوزراء".^{١٠١}

بالإضافة إلى ذلك فقد صنّف القانون رقم ٢٠٠١/٣٦٠ (المادة العاشرة منه) المناطق اللبنانية ثلاث مناطق إستثمارية (منطقة (أ)، (ب) و(ج))، ونصّ على إعفاءات وتخفيضات وتسهيلات تختلف من منطقة إستثمارية إلى أخرى. ومن هنا تُطرح إشكالية تطبيق أحكام هذا القانون من ناحية الإعفاءات والتخفيضات والتسهيلات التي ينص عليها عندما يتعدى إطار تنفيذ مشروع الشراكة نطاق منطقة إستثمارية واحدة.

غير أنّ القانون رقم ٢٠٠١/٣٦٠ نصّ في مادته الخامسة عشرة على إمكانية إبرام ما يسمّى "بعقد سلة الحوافز" (Package Deal) وهو عقد يقوم بموجبه الشخص العام بمنح المستثمر الحوافز والإعفاءات والتخفيضات الضريبية من أجل تنفيذ المشروع. وقد حدد القانون المذكور في المادة السابعة عشرة منه حداً أقصى للحوافز التي قد تمنح للشخص الخاص بموجب عقد سلة الحوافز ونذكر منها: الإعفاء الكامل من الضريبة على الدخل وعلى توزيع أنصبة الأرباح الناتجة عن المشروع لفترة قد تصل إلى عشر سنوات، تخفيض رسوم إجازات العمل والإقامة بنسبة تصل

^{١٠٠} قانون رقم ٣٦٠ تاريخ ١٦/٨/٢٠٠١، تشجيع الإستثمارات في لبنان، الجريدة الرسمية، العدد ٤١ تاريخ ٢٠٠١/٨/١٨.

^{١٠١} المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٠١/٣٦٠.

إلى ٥٠% كحدٍ أقصى، تخفيض رسوم رخص البناء بالنسبة للأبنية المنوي تشييدها بنسبة تصل إلى ٥٠% كحدٍ أقصى، إلخ.

ولا شيء يمنع من تطبيق نظام عقود سلة الحوافز هذا على الشراكة العامة - الخاصة ولمصلحة الشريك الخاص أي شركة المشروع. ومن أجل تحقيق ذلك يتعين على لجنة المشروع أن تقوم بمعاونة فريق العمل على إعداد عقد سلة الحوافز الذي يشكلّ ملحقاتاً لدفتر الشروط الخاص بالمشروع ويتمّ المصادقة عليه من قبل مجلس الوزراء وتوقيعه من قبل الشخص العام والمرشح الذي رسا عليه عقد الشراكة.

أما من الناحية القانونية، فمسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة تنص على أن تحديد كيفية تطبيق القانون تتم بموجب مراسيم تتخذ في مجلس الوزراء.

"تحدد عند الإقتضاء دقائق تطبيق هذا القانون بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناء على إقتراح رئيس مجلس الوزراء المبني على إقتراح المجلس^{١٠٢} (أي المجلس الأعلى للخصخصة)".

ومن المعلوم أنّ أعمال وقرارات السلطة التنفيذية لا تؤمن بالضرورة الإستقرار القانوني المطلوب من أجل إنجاح الشراكة العامة الخاصة. فنجاح مشروع الشراكة يعتمد على ركيزتين وهما الإستقرار (La stabilité) والتطور (L'évolutivité).

*« Stabilité et évolutivité sont les deux conditions du succès du PPP qui appellent des instruments juridiques appropriés. Dans le jargon professionnel, la référence aux « clauses de paysage » (environnement législatif et institutionnel) et aux « clauses de rendez-vous » (réexamen des termes de l'accord en fonction de l'évolution des circonstances) rendent comptes de ces deux exigences. »*¹⁰³

فالإستقرار في الأوضاع القانونية (أو شرط الثبات التشريعي) يخلق مناخاً مؤاتياً وملائماً لمشاركة القطاع الخاص، إذ إنّ المستثمرين يخشون دائماً من تقلب في الأوضاع القانونية ما قد يعرقل أو يُصعّب تنفيذ المشروع أو يزيد الأعباء المالية عليهم. والإحالة المتكررة إلى المراسيم المتخذة في مجلس الوزراء من أجل تحديد دقائق تطبيق القانون المتعلق بالشراكة العامة - الخاصة قد

^{١٠٢} المادة التاسعة عشرة من مسودة مشروع القانون.

¹⁰³ Gérard Marcou, Op.cit, p. 27.

يهدد إستقرار الأوضاع القانونيّة وذلك ناهيك عن المشاكل والصعوبات (والتي لا تخفى على أحد) التي ترافق تشكيل الحكومات في لبنان وإِتخاذ القرارات داخل مجلس الوزراء فضلاً عن طول هذه المرحلة بالنظر إلى الصعوبات البيروقراطية التي ترافق هذه العملية.

ومن هنا على الدولة ان تعمل على توفير أرضية متينة قوامها إطار تشريعيّ ثابت وتنظيميّ فعّال يوفّر قدرة عالية من الشفافية والإستقرار في الأوضاع.

إلا أنّ ضرورة تأمين الإستقرار القانونيّ والمؤسّساتيّ يجب ألاّ تحول دون تكييف عقود الشراكة من أجل مواجهة الأوضاع المستجدة التي يفرضها طول مدّة العقد (٢٠-٣٠ سنة) كالتغيير في السياسة العامة للدولة أو في الظروف الإقتصاديّة. ومن هنا ينبغي على عقود الشراكة أن تتمتع بالمرونة اللازمة من أجل مواجهة أيّ تغيير في الظروف القانونيّة والواقعيّة التي أحاطت بظروف إنشاء العقد عند توقيعه. ومن هنا يمكن اللجوء إلى ما يسمّى بـ "les clauses de rendez-vous" أي بإدراج بند في عقد الشراكة ينصّ على ضرورة تنظيم لقاءات تجمع الشخص العام بالشريك الخاص وتهدف إلى إعادة النظر في بنود العقد بهدف تعديلها، عند الحاجة، للتماشي مع التطوّر الحاصل في الظروف الإقتصاديّة والماليّة والتقنيّة والخ، وذلك طيلة مدّة تنفيذ العقد.

وقد يلجأ الشخص العام إلى إستعمال سلطته في تعديل العقد بإرادته المنفردة وذلك من أجل تكييف المرفق العام حسب مقتضيات العصر وتطوّر العمل والفن والتكنولوجيا وذلك عملاً بالقواعد العامة المطبّقة على العقود الإداريّة (والتي ذكرناها بشكلٍ مفصّل في القسم السابق). إلا أنّ لجوء الشخص العام إلى ممارسة إمتيازاته تلك (Les prérogatives de puissance publique) مشروطٌ بضرورة تعويض الشريك الخاص عن كلّ خسارة أو عبء إضافيّ قد يتكبّده جرّاء ذلك وبضرورة عدم تعسّف الشخص العام في إستعمال حقه وسلطاته المستمدّة من النظام القانونيّ للعقود الإداريّة. فالهدف يبقى دائماً ضمان مصلحة الجمهور وتأمين حسن سير المرفق العام بانتظام.

الفقرة الثانية: سلطة الرقابة:

عملاً بالنظرية العامة للعقود الإداريّة يتمتع الشخص العام بسلطة توجيه ومراقبة تعطيه حق مراقبة أداء ونشاط المتعاقد معه للتأكد من حسن تنفيذه لإلتزاماته، كما وإصدار أوامر وتعليمات إليه.

وقد أقرت مسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة في مادتها الثالثة بسلطة الشخص العام في المراقبة والإشراف على تنفيذ مشروع الشراكة التي نصت على ما يلي:

"يتولى الشخص العام مراقبة تنفيذ المشروع المشترك من كل نواحيه. وفي حال كان الشخص العام مؤسسة عامة أو بلدية أو اتحاد بلديات، يقوم الوزير المختص بتعيين ممثلاً عنه يشرف على المشروع المشترك من قبله. يرفع الوزير المختص الى المجلس (أي المجلس الأعلى للخصخصة) تقارير دورية عن سير المشروع".

كما نصت المادة الحادية عشرة من المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ على ضرورة إدراج بندٍ في عقد الشراكة يحدد طرق مراقبة سير تنفيذ المشروع المشترك من قبل الشخص العام.

« *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :*

f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans ».

وقد أكدت هذه المادة على ضرورة مراقبة أداء الشريك الخاص من ناحية الأهداف المنوي تحقيقها بغية تأمين المصلحة العامة، ومن ناحية الخدمات المقدمة للشخص العام و/أو للجمهور من حيث الجودة والنوعية والتكلفة. وقد أكدّ النصّان الفرنسيّ واللبنانيّ (المرسوم الإشتراعيّ (Ordonnance) رقم ٢٠٠٤-٥٥٩ ومسودة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة) على ضرورة تحديد عقد الشراكة لمؤشرات تقييم أداء الشريك الخاص (Key Performance Indicators) لكي يتمكن الشخص العام من مراقبة مدى تقيّد الشريك الخاص بالمعايير المفروضة عليه بموجب عقد الشراكة.

« *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :*

c) aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation. »¹⁰⁴

وقد أقرّ الكتاب الأخضر المتعلق بالشراكة العامة - الخاصة (Le livre vert sur les partenariats public-privé) والصادر عن المجلس الأوروبي في ٣٠ نيسان ٢٠٠٤^{١٠٥} على أنّ الرقابة التي يمارسها الشخص العام على سير تنفيذ عقد الشراكة تشكل إحدى ركائز الشراكة العامة - الخاصة.

« Le partenaire public se concentre essentiellement sur la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public, de qualité de services offerts, de politique des prix, et assure le contrôle du respect de ces objectifs. »

فنظراً لكون مشاريع الشراكة تتناول في أغلب الأحيان مرافق عامة تقدم خدمة عامة للمواطنين وترتبط بالحاجات العامة الأساسية، فلا بدّ إذاً أن تكون الدولة قابضة على المشاريع ومتحكمة بمسارها من أجل أن تؤمن مراعاة الشريك الخاص في استثماره وإدارته إحترام المبادئ ذات القيمة الدستورية والتي نذكر منها إستمرارية المرفق في أداء الخدمة، والمساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق وحماية وتأمين المنافسة بما يؤمن مصالح المواطن من حيث مستوى الأسعار وجودة السلع وكلفة الخدمة ونوعيتها. ومن هنا لا بدّ من أن تبقى الدولة قابضة على المشروع ومتحكمة بمساره.

والمراقبة التي يمارسها الشخص العام يجب ألا تقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فقط بل يجب أن تشمل كلّ مراحل عملية الشراكة بدءاً من آلية إختيار الشريك الخاص (لا سيما من ناحية إحترام مبادئ الشفافية وحرية الإشتراك والمساواة بين المرشحين وعلنية الإجراءات والمنافسة الشريفة) إلى حين إنتهاء عقد الشراكة (Respect des principes directeurs et de procédure).

¹⁰⁴ Article 11 de l'Ordonnance N° 2004-559 du 17 juin 2004.

¹⁰⁵ COM/2004/327 final.

وقد نصّت مسوّدة مشروع القانون المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة في المادة الحادية عشرة منها على ما يلي:

"يجاز للشخص العام المشاركة في تأسيس شركة المشروع والمساهمة في رأسمالها بأية نسبة، وتعفى مقدماته العينية من معاملة التحقق المنصوص عنها في المادة ٨٦ من قانون التجارة على أن يتمّ التخمين من قبل جهة مستقلة ذات خبرة دولية. يتمّ إختيار أعضاء مجلس الإدارة من قبل الجمعية العمومية على أن يمثل الشخص العام طيلة مدة مساهمته في الشركة بعضو على الأقل يعين من قبل مجلس الوزراء".

وهذه الإمكانية التي أجزت للشخص العام المساهمة في شركة المشروع لها أهميّة كبيرة. فمن ناحية، يتمكن الشخص العام من ممارسة سلطته الرقابية بفاعلية أكبر ومن ناحية أخرى، يكتسب من خلال مساهمته في شركة المشروع الخبرة الكافية في مجال إدارة وإستثمار مشروع الشركة.

الفصل الثاني: المخاطر والتحديات

إنّ مقارنة مفهوم الشركة بين القطاعين العام والخاص في لبنان هي مجرد مقارنة نظرية إذ لم يصدر حتى تاريخه القانون المنظم لها ولم نشهد بعد أيّ تطبيق عمليّ يذكر للشراكة العامة - الخاصة بمفهومها المفصل في دراستنا هذه؛ ومن هنا يصعب علينا عرض حسنات وسيئات هذه التقنية من الناحية العملية. إلاّ أننا ومن خلال دراستنا لمسوّدة مشروع القانون الذي يتناول موضوع الشراكة العامة - الخاصة والتي تمّ إقترحها من قبل المجلس الأعلى للخصخصة يمكننا ان نستخلص بعض الملاحظات والانتقادات التي (وبرأينا) قد تهدد نجاح مشاريع الشراكة العامة - الخاصة وتبعدها عن الأهداف المرجوة منها.

ومن بين هذه الملاحظات والانتقادات نذكر:

- دور المجلس الأعلى للخصخصة:

أعطت مسوّدة مشروع القانون صلاحيّات واسعة للمجلس الأعلى للخصخصة في تنظيم ومراقبة عملية الشراكة العامة - الخاصة. فبالإضافة إلى دوره الفعّال في تحديد إمكانية تنفيذ مشروع عن طريق عقد شراكة وفي تنظيم آلية وإجراءات إختيار الشريك الخاص (وقد سبق وفصلنا هذه الإجراءات في القسم السابق من دراستنا)، يتمّتع المجلس الأعلى للخصخصة بصلاحيات مهمّة تتعدى مرحلة إبرام العقد لتتناول أيضاً طريقة وآلية تنفيذه.

فالمادة الرابعة عشرة من مسودة مشروع القانون أعطت المجلس الأعلى للخصخصة، بالإضافة إلى مهامه المحددة في القانون رقم ٢٢٨ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٣١^{١٠٦}، مهام "متابعة المشروع المشترك لناحية إلتزام الأطراف بشروط عقد الشركة، وله لأجل هذه الغاية أن يطلب من الشخص العام و/أو شركة المشروع تزويده بالمعلومات والوثائق والتقارير المرتبطة بتنفيذ عقد الشركة. وله "إبداء الرأي وتقديم الملاحظات بخصوص تنفيذ عقد الشركة في ضوء المعلومات والتقارير المتوفرة لديه إلى الشخص العام المعني والى مجلس الوزراء عند الإقتضاء".

وقد يظهر المجلس الأعلى للخصخصة من خلال هذا النص على أنه سلطة مستقلة (Autorité indépendante) عن الشخص العام والشريك الخاص تتولى مهام تنظيم ومراقبة سير عملية الشراكة. غير أنه إذا نظرنا إلى تكوينه نجد أنه أبعد ما يكون عن الإستقلالية كونه يتألف من رئيس مجلس الوزراء (رئيساً) ووزير العدل ووزير المالية ووزير الإقتصاد والتجارة ووزير العمل والوزير المختص (أعضاء)^{١٠٧}.

فيكون والحال ما تقدّم الخصم والحكم في آن معاً.

بالإضافة إلى ذلك، وخلافاً للقانون الفرنسي، لا يُلزم المجلس الأعلى للخصخصة بإجراء تقييم مسبق (Evaluation préalable) يعرض من خلاله الأسباب والدوافع الإقتصادية والمالية والقانونية والإدارية التي تبرر اللجوء إلى الشراكة العامة - الخاصة ولا يُلزم بتعليل قراراته من ناحية إستبعاد بعض المشتركين وإختيار شريكاً خاصاً دون غيره. فكيف يمكن في هذه الحالة مراقبة مدى إحترام المجلس الأعلى للخصخصة لمبادئ الشفافية والمساواة والعلنية والمنافسة الشريفة التي تشكّل أسس آلية إختيار الشريك الخاص؟

- موافقة مجلس الوزراء على دفتر الشروط وعقد الشراكة:

^{١٠٦} قانون رقم ٢٢٨ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٣١، تنظيم عمليات الخصخصة وتحديد شروطها ومجالات تطبيقها، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢.
^{١٠٧} المادة الثالثة من القانون ٢٠٠٠/٢٢٨.

من البديهي أن يخضع دفتر الشروط وعقد الشراكة لموافقة مجلس الوزراء إلا أنه ونظراً للأوضاع السياسية في لبنان قد يشكّل هذا الإجراء عائقاً أمام المضيّ بمشروع الشراكة. فالموافقة على المشروع قد يصطدم ببعض العراقيل داخل مجلس الوزراء نظراً لأهميّة وأبعاد هذه المشاريع من الناحية الماليّة والسياسيّة والإستراتيجيّة خصوصاً وأنّه من الصعب إتخاذ أيّ قرار في مجلس الوزراء إذا لم يحظَ بأغلبية إن لم يكن بإجماع التيارات والأحزاب والقوى الممثلة فيه.

- النقص في الخبرة والكفاءة:

إنّ النقص التي تعاني منه الأجهزة الحكومية على مستوى الخبرة والكفاءة وفقدانها لكادرات إداريّة وفنيّة متخصصة تحدّ من قدرتها على التعامل مع المشروع أثناء إستثماره وكذلك بعد إستلامه من الشريك الخاص عند إنتهاء العقد.

- الخشية من إحلال العمالة الأجنبية محل العمالة الوطنية بسبب الضرورات الفنية والإدارية التي لا تتوافر في العمالة الوطنية بإعتبار أنّ مشاريع الشراكة تتناول في معظمها بنى تحتية تتطلب تكنولوجيا عالية ومتطورة.

الخاتمة:

من المؤكد أنّ للشراكة العامة - الخاصة منافع كثيرة تتمثل في توزيع المخاطر بين القطاع العام والقطاع الخاص وضمان سرعة تنفيذ المشاريع وتحسين نوعية الخدمة وإستمرار الصيانة وإيجاد مصادر التمويل والإستفادة من الرساميل المحلية والأجنبية.

إلا أنّ المنافع المرجوة من مشاريع الشراكة العامة - الخاصة لا يمكن أن تتحقق إلا بتوفّر أرضية قانونية ملائمة تحفظ حقوق القطاع العام والقطاع الخاص وتحقق المصلحة العامة. من هذا المنطلق تكمن أهمية الآلية والإجراءات المعتمدة لإختيار الشريك الخاص التي يجب أن تركز دائماً وفي جميع مراحلها على مبادئ الشفافية والمساواة والعلنية والمنافسة الشريفة.

من هنا على مجلس الأعلى للخصخصة ومجلس الوزراء والوزير المختص أن يتقيدوا بهذه المبادئ لإختيار الشريك الخاص المناسب الذي يجب أن يتمتع بالقدرات المادية والمالية وبالخبرة الفنية والتقنية اللازمة لتنفيذ المشروع، وذلك بعيداً عن المحسوبيات السياسية والمصالح الشخصية. من هذا المنطلق يجب أن يحدّد قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص المرتقب، بشكلٍ مفصّل ودقيق، دور كلّ من المجلس الأعلى للخصخصة ومجلس الوزراء في إختيار الشريك الخاص وإعداد دفتر الشروط وذلك ضماناً لإحترام المبادئ العامة التي تخضع لها إجراءات إختيار الشريك الخاص وتجنباً لأية عراقيل سياسية و/أو إدارية قد تعيق السير بمشروع الشراكة.

ومن المهم والضروري أن ينص عقد الشراكة بشكلٍ مفصّل ودقيق على حقوق وموجبات كلّ من الشخص العام والشريك الخاص تجنباً لأية خلافات قد تنشأ بين الفريقين لاسيّما أنّ عقود الشراكة هي عقود طويلة الأمد ترعى مشاريع مهمة وضخمة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة. من هذا المنطلق يجب أن يكون عقد الشراكة شاملاً ومفصلاً ويجب أن يراعى بدقّة كافة مراحل المشروع ودور كل من القطاع العام والقطاع الخاص.

ومن الضروري أن ينص عقد الشراكة على آلية ترعى أي تغيير في المناخ السياسي و/أو القانوني أو أية تغييرات تقنية و/أو فنية و/أو لوجيستية قد تؤثر على تنفيذ مشروع الشراكة وتقرض بعض التعديلات على شروط العقد. من هنا تكمن أهمية الدور الرقابي للشخص العام الذي يجب أن يحرص دائماً على حسن تنفيذ المشروع العام وتقيّد الشريك الخاص ببند وشروط عقد الشراكة تحقيقاً للمصلحة العامة.

ولعلّ أهم عامل من عوامل نجاح الشراكة هو العلاقة التي تربط الشخص العام بالشريك الخاص. فمفهوم الشراكة العامة - الخاصة يختلف عن المفاهيم والأنظمة القانونية التي سبقته من حيث

العلاقة التي تربط الشخص العام بالشريك الخاص. فالشراكة تقوم على فكرتي الترابط (Association) والتضامن (Solidarité) بين الشخصين العام والخاص.

“L’élément le plus déterminant du PPP, ce n’est pas le recours au secteur privé, mais le maintien d’une responsabilité publique plus ou moins étendue dans le projet considéré. La première fonction du PPP est donc d’établir une interdépendance et une solidarité entre l’engagement de la puissance publique et celui du secteur privé.” ¹⁰⁸

ومن هنا يكمن مفهوم وميزة الشراكة العامة - الخاصة المتمثلة بالعلاقة التي تربط الشخص العام بالشريك الخاص والتي تركز على التعاون الدائم والمستمر بين الفريقين بغية المحافظة على حقوق كل من الشخص العام والشريك الخاص وتحقيق المصلحة العامة في آنٍ معاً.

“Dans l’association qui est ainsi suggérée entre l’administration publique et son “partenaire” privé, l’important n’est pas dans l’affirmation de cette association, mais dans la part qu’y tient chacune des parties et dans les objectifs que vise leur partenariat.” ¹⁰⁹

ختاماً، نأمل أن يصدر قانون الشراكة العامة - الخاصة من أجل إعطاء السلطة التنفيذية وسيلة إضافية (غير الإمتياز والـ BOT وغيرها من تجارب "الإدارة المفوضة") من أجل اللجوء إلى رساميل وقدرات وخبرات القطاع الخاص تحقيقاً للمصلحة العامة.

لائحة المراجع

¹⁰⁸ Gérard Marcou, Op. cit, p. 37

¹⁰⁹ Ibid p. 14

- BERGERE François, BEZANÇON Xavier, DERUY Laurent, FISZELSON Roger, FORNACCIARI Marc, **le guide opérationnel des PPP**, 2^{ème} éd., Le moniteur, Paris, 2007.
- BRAULT Dominique, **Le gestion déléguée un concept à promouvoir**, Institut de la Gestion Déléguée, Juillet 2000.
- GUISLAIN Pierre, **Les privatisations un défi stratégique juridique et institutionnel**, éd. De Boeck Université, 1995.
- MARCOU Gérard, « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique ? », publié dans **Partenariat public-privé et collectivités territoriales**, les séminaires de la Caisse des Dépôts, Paris, 2002, pp.13-50.
- RICHER Laurent, « La transcription des exigences du partenariat public-privé dans le droit », publié dans **Partenariat public-privé et collectivités territoriales**, les séminaires de la Caisse des Dépôts, Paris, 2002, pp. 195-218.
- KARAM-BOUSTANY Lara, « Evaluation du projet de loi sur le partenariat public privé au Liban », El-Adel, 2009 (I), pp. 85-93.
- WAKED Rita, « Le phénomène de Partenariat Public Privé et les besoins de la reconstruction », El-Adel, 2007 (II), pp. 621-637.
- FRILET Marc, « Le cadre légal et institutionnel des PPP : l'expérience internationale », présentation faite à Damas le 25 et 26 janvier 2009.
- FRILET Marc, « Les contrats de concession : Quels partenariats public-privé ? » présentation faite au Centre de Conciliation et d'Arbitrage de Tunis le vendredi 27 juin 2008.
- FRILET Marc, « Un outil essentiel pour l'investissement et le développement économique : le régime du partenariat public-privé », présentation faite lors du XXXIe congrès de l'IDEF le 19 novembre 2008, Lomé, Togo.

- Ordonnance n° 2004 -559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (Annexée).

بالإنكليزية:

- FRILET Marc, "Dispute Avoidance and Dispute Resolution for resilient PPP projects", 10ème Conférence Internationale Biennale de l'IFCAI Tunis, May 29th 2009.

- United Nations General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, 29th session, **Buil-Operate-Transfer projects**, A/CN. 9/424, New York, 19 April 1996.

بالعربية:

- خوري (رئيس)، عقود البي اوتي وعقود الخصخصة في القانون المقارن، المنشورات الحقوقية صادر، ٢٠٠٢.

- ناصيف (إلياس)، عقد ال BOT، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ٦، ٢٠٠٦.

- جابر وليد، نظام ال BOT، تطبيق للشراكة العامة - الخاصة، مجلة القضاء الإداري، العدد ١٧، ٢٠٠٥ ص ٨٦ - ١٠١.

- جابر وليد، "موقع عمليات إدارة وإستثمار المرافق العامة من مفهوم التجارة الدولية"، مجلة القضاء الإداري، العدد ١٩، ٢٠٠٧، ص ٢١-٣٩.

- طعمة أديب (يوسف)، "زوال الدولة"، جريدة الديار، العدد ٧٩٤٣، ٢٨ آذار ٢٠١١.

- محاضرات د. محيي الدين القيسي ملقاة أمام طلاب الدراسات العليا في الحقوق في المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق، الجامعة اللبنانية، سنة ٢٠١٠.

- مقابلة مع الأستاذ طارق دندشلي، باحث في الأمانة العامة للمجلس الأعلى للخصخصة، السراي الحكومي ٢٠١٠/١٢/٣١.

- المجلس الدستوري، قرار رقم ٢٠٠٠/٤ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٢ ضد القانون رقم ٢٢٨ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٣١ المتعلق بتنظيم عمليات الخصخصة وتحديد شروطها ومجالات تطبيقها،

الجريدة الرسمية، العدد ٢٨، تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٩.

- مجلس شوري الدولة، قرار رقم ٦٣٨ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧، الدولة / شركة ليبانسل ش.م.ل.، مجلة القضاء الإداري، ٢٠٠٤، ص ٩٩٨.

- مجلس شوري الدولة، قرار رقم ٦٣٩ تاريخ ١٧/٧/٢٠٠١، الدولة / شركة ف.ت.م.ل. (FTML)، مجلة القضاء الإداري، ٢٠٠٤ ص ١٠٠٩.
- مجلس شوري الدولة، قرار رقم ٢٠٠٥/٢٠ - ٢٠٠٦ تاريخ ٦/١٠/٢٠٠٥، شركة لبيانسيل ش.م.ل./ الدولة - وزارة المالية، العدل ٢٠٠٦ - عدد ١ ص ١٦٧.
- القانون رقم ٢١٨ تاريخ ١٣/٥/١٩٩٣، الإجازة لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إجراء إستدراج عروض عالمي لتحقيق مشروع النظام الراديو خليوي الرقمي معيار ج.أس.أم. أو ما يعادله، الجريدة الرسمية، العدد ٢٠، تاريخ ٢٠/٥/١٩٩٣.
- القانون رقم ٢٢٨ تاريخ ٣١/٥/٢٠٠٠، تنظيم عمليات الخصخصة وتحديد شروطها ومجالات تطبيقها، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤، تاريخ ٢/٦/٢٠٠٠.
- القانون رقم ٣٦٠ تاريخ ١٦/٨/٢٠٠١، تشجيع الإستثمارات في لبنان، الجريدة الرسمية، العدد ٤١، تاريخ ١٨/٨/٢٠٠١.
- القانون رقم ٣٩٣ تاريخ ١/٦/٢٠٠٢، الإجازة للحكومة منح رخصتين لتقديم خدمات الهاتف الخليوي، الجريدة الرسمية، العدد ٣١، تاريخ ١/٦/٢٠٠٢.
- القانون رقم ٥٤٩ تاريخ ٢٠/١٠/٢٠٠٣، تصميم وتمويل وتطوير وإعادة إعمار مصفاتي طرابلس والزهراني وتشغيلهما وبناء محطة نهائية لتصدير وإستيراد الغاز الطبيعي المسال وبناء تجهيزات لتخزين الغاز الطبيعي وإنشاء شبكات لبيعه وتوزيعه، الجريدة الرسمية، ملحق العدد ٤٨، تاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٣.
- القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر (أ)، تاريخ ١٨ مايو سنة ٢٠١٠.
- مشروع قانون المملكة الأردنية الهاشمية للشراكة بين القطاعين العام والخاص ٢٠١٠.
- مرسوم نافذ حكماً رقم ٨٤٠ تاريخ ٢٠/١٠/٢٠٠٧، إحالة مشروع قانون إلى مجلس النواب يرمي إلى تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الجريدة الرسمية، العدد ٦٦، تاريخ ٢٥/١٠/٢٠٠٧.
- إقتراح القانون المقدم من النائب علي حسن خليل الى مجلس النواب في نيسان ٢٠١٠ والذي يرمي الى تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص (ملحق).
- مسودة مشروع قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص المقترح من قبل المجلس الأعلى للخصخصة (ملحق).

الفهرس

٣المقدمة
٩ القسم الأول: مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص
٩ - الفصل الأول : تعريف الشراكة بين القطاعين العام والخاص
٩ - <u>الفقرة الأولى</u> : في النصوص الأجنبية
٩ أ- النص الفرنسي
١٠ ب- النصوص العربية
١٢ - <u>الفقرة الثانية</u> : في النصوص اللبنانية
١٤ - <u>الفصل الثاني: خصائص الشراكة بين القطاعين العام والخاص</u>
١٤ - <u>الفقرة الأولى</u> : تمييز عقد الشراكة عن العقود الإدارية والمفاهيم المشابهة
١٤ أ- عقد الصفقات العامة (Contrat de marchés publics)
١٦ ب- عقد الإمتياز (Contrat de concession)
٢٠ ج- الخصخصة (La privatisation)
٢٢ - <u>الفقرة الثانية</u> : المعايير الخاصة بالشراكة
٢٢ أ- المعيار الشكليّ أو العضويّ
٢٤ ب- المعايير الموضوعيّة أو الماديّة
٢٤ ١- موضوع عقد الشراكة
٢٧ ٢- طريقة التمويل والدفع
٢٨ ٣- توزيع المخاطر
٣٠ - <u>الفصل الثالث: عقود الـ BOT (Build – Operate – Transfer)</u>
٣٠ - <u>الفقرة الأولى</u> : تعريف الـ BOT
٣٢ - <u>الفقرة الثانية</u> : خصائص الـ BOT
٣٢ أ- التمويل الذاتي من قبل القطاع الخاص
٣٣ ب- نظام ثلاثي المراحل
٣٤ ج- إنحصار المخاطر بالقطاع الخاص
٣٤ - <u>الفقرة الثالثة</u> : الإشكالية حول التكيف القانوني لعقود الـ BOT

٣٥	أ- عقد الـ BOT: عقد إمتياز
٣٧	ب- عقد الـ BOT: عقد شراكة عامة- خاصة
٤١	<u>القسم الثاني: النطاق القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص</u>
٤١	- <u>الفصل الأول: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة</u>
٤١	- <u>الفقرة الأولى:</u> في القانون الفرنسي
٤١	- <u>الفقرة الثانية:</u> في القانون اللبناني
٤٨	- <u>الفصل الثاني: خصائص النظام القانوني الذي يحكم عقود الشراكة</u>
٤٨	- <u>الفقرة الأولى:</u> خصائص إبرام عقود الشراكة
٤٨	أ- في القانون الفرنسي
٥٢	ب- في القانون اللبناني
٥٤	- <u>الفقرة الثانية:</u> البنود الأساسية الواردة في عقود الشراكة
٥٩	- <u>الفصل الثالث : التنازع القضائي لعقود الشراكة</u>
٦٢	<u>القسم الثالث: أبعاد مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص</u>
٦٢	- <u>الفصل الأول: شروط نجاح الشراكة</u>
٦٢	- <u>الفقرة الأولى:</u> وضع نطاق ملائم لمشاركة القطاع الخاص
٦٥	- <u>الفقرة الثانية:</u> سلطة الرقابة
٦٨	- <u>الفصل الثاني: المخاطر والتحديات</u>
٧١	<u>الخاتمة</u>

الملاحق

Ordonnance No 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat
(ملحق رقم ١)

إقتراح القانون المقدم من النائب علي حسن خليل الى مجلس النواب في نيسان ٢٠١٠ والذي

يرمي الى تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص (ملحق رقم ٢).

مسودة مشروع قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص المقترح من قبل المجلس الأعلى
للخصخصة (ملحق رقم ٣).

لائحة المراجع