

دراسة تأصيلية في الازدواجية القانونية لعقد الشراكة بين

القطاعين العام والخاص

منير سلمان⁽¹⁾،

⁽¹⁾ أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

عبد الرحمان ميرة - بجاية الجزائر.

البريد الإلكتروني: mounir.slamani@univ-bejaia.dz

الملخص:

صاحب فكر القانون الإداري عدة أزمات في بنیان قواعده القانونية، فمن الاستقلالية عن القواعد القانونية الخاصة مروراً بشخصه المعنوي وأزمة المرفق العام وقضائه، وصولاً لقواعده الإجرائية. يصطدم واقع ميلاد الفكر الانعزالي والتأصيلي للقانون الإداري عن القانون الخاص بتحول فكر الإدارة اليوم إثر التحولات الاقتصادية الراهنة حيث أصبحت تبحث عن شريك خاص لتسيير مرافقها العمومية، وذلك عبر مزوجة قواعدها بقواعد القانون الخاص في عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

الكلمات المفتاحية:

عقد الشراكة، الازدواجية القانونية، التحولات الاقتصادية، القانون الخاص، القانون الإداري.

تاريخ إرسال المقال: 2026/03/27، تاريخ قبول المقال: 2026/05/06، تاريخ نشر المقال: 2026/06/30

المؤلف المراسل: منير سلمان، mounir.slamani@univ-bejaia.dz

A Foundational Study on the Legal Dualism of Public–Private Partnership Contracts

Abstract:

Administrative law has faced several crises in the structure of its legal framework, ranging from its autonomy from private legal rules, through its legal personality and the crisis of public service and its judiciary, up to its procedural rules.

The reality of the birth of an isolationist and foundationalist thought of administrative law from private law collides with the transformation of the current administrative thought due to ongoing economic changes, as it has come to seek a private partner to manage its public services, through combining its rules with the rules of private law in partnership contracts between the public and private sectors.

Keywords:

Partnership contract, legal duality, economic transformations, private law, administrative law.

Etude fondamentale de la dualité juridique des contrats de partenariat public-privé

Résumé :

La pensée du droit administratif a été marquée par de multiples crises ayant affecté la structure de ses règles juridiques, depuis les débats relatifs à son autonomie à l'égard du droit privé, en passant par la question de sa personnalité juridique, ainsi que par les crises du service public et de la juridiction administrative, jusqu'à celles touchant ses règles procédurales.

C'est dans ce contexte qu'est née une pensée isolationniste et originaliste du droit administratif, fondée sur son émancipation à l'égard du droit privé. L'intérêt de cette recherche réside dans l'étude de l'évolution de la conception de l'action administrative à la lumière des mutations économiques contemporaines. En effet, l'administration tend désormais à recourir au partenariat avec les personnes privées pour la gestion des services publics, à travers des mécanismes juridiques combinant les règles du droit public et celles du droit privé, notamment dans le cadre des contrats de partenariat entre les secteurs public et privé.

Mots clés :

Contrat de partenariat, dualité juridique, transformations économiques, droit privé, droit administratif.

مقدمة

سائر بنیان القانون الإداري عدة أزمات باحثا عن قواعد قانونية يركز عليها، فمن النقاش الفقهي حول استقلاليته عن قواعد القانون الخاص مروراً بنظرية الشخص المعنوي وأزمة المرفق العام والانتقادات التي طالت بنیان قضائه وقواعده الإجرائية، جاء الدور على التحولات الاقتصادية المتسارعة، ليجد بنيانه محل إشكالات عملية قائمة حول تكيف قواعده وأفكاره مع سعي الإدارة للتزواج مع أشخاص القانون الخاص في تسيير مرفقها العمومي.

ظهرت مع التحولات الاقتصادية الحديثة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تحمل طابعاً اقتصادياً بحثاً يعيد توزيع الأدوار بين الدولة والسوق في حقيقة الأمر، حيث يجسد واقع ازدواجية القانونية في تنظيم هذه العقود، بما يعبر عن أزمة جديدة في فكر القانون الإداري، لأن الذي رفض الخضوع للقواعد القانونية الخاصة يوماً، وبحث عن بنيانه منفرداً ساقته الضرورة ليستجد بغريمه التقليدي لإيجاد مخرج للتغيرات والمستجدات الاقتصادية المفروضة، بحثاً عن تعايش في الفترة القائمة المستجدة.

يلاحظ الدارس للقانون عامة والقانون الإداري خاصة، أن هذا القانون دائماً ما يقع ويوقع مشرعه في أزمة، وإن أردنا إن صح التعبير أن نسميه "قانون أزمات" فقد يكون كذلك، على اعتبار مرور بنائه بعدة مواجهات، أزمة المرفق العام وشخصه المعنوي، أزمة بناء قضائه وقواعده الإجرائية، أزمة استعارة القواعد القانونية العادية، الأزمة الحالية التي يتقاطع بيانه بالتحول الاقتصادي.

هو الواقع الذي فرض على الإدارة صاحبة الامتياز البحث عن شريك من أشخاص القانون الخاص حامل لقواعد قانونية خاصة في معاملاته بعدما كانت الإدارة رافضة لأي تدخل لهذه القواعد في عملياتها الإدارية والمنازعات الناجمة عنها، وهو ما يعكس في الحقيقة الازدواجية القانونية في هذه العلاقة، ويضع الإدارة وقواعدها القانونية في إشكالية التوفيق بين متطلبات المصلحة العامة واستقلاليته التاريخية عن القواعد الخاصة، بما يؤثر في تنظيم عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص؟

حقيقة أزمة كلاسيكية حديثة، يقتضي البحث في الجانب التاريخي وتحليل الجانب القانوني المستجد الذي يعتري ركائز ومقومات القاعدة القانونية الإدارية ومواكبتها للتحولات الاقتصادية المفروضة، فمن الاستقلالية النسبية إلى البحث عن شراكة مع قواعد القانون الخاص في تسيير المرفق العام بآلية عقود الشراكة

(المبحث الأول)، حتما ستبرز تجليات في هذه الشراكة بين القاعدتين الإدارية والخاصة في هذا النوع من العقود المستحدثة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: من الاستقلالية النسبية إلى الشراكة بين القاعدتين الإدارية والخاصة في عقد الشراكة

واكب ظهور ونشأة القانون الإداري عديد الانتقادات في بناء قواعده القانونية ومركزه بالمقارنة مع القواعد القانونية الخاصة، حيث تعرض لعدة أزمات باحثا عن استقلاليته وعزلته عن غريمه التقليدي (المطلب الأول)، فكلما ظهرت مستجدات على الساحة القانونية والاقتصادية للدولة إلا وتعرض لنوع من الإشكالات تجعل أفكاره وأسسها محل انتقادات في استقلاليته، وهو الواقع الذي طاله إثر التحول الاقتصادي الراهن وبحثه عن شراكة قانونية لتسيير المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الخلفية الفكرية والقانونية لعزلة القانون الإداري عن القاعدة الخاصة

غالبا ما يتكرر الحديث عن الخلفية الفكرية لقواعد القانون الإداري وملامح ظهوره في فرنسا، حيث يتجدد النقاش والإشكال في بؤادر فكره، مبادئه ومقوماته كلما طرأ جديد وتحولات اقتصادية، اجتماعية أو إدارية في الدولة (الفرع الأول)، هذا النقاش في الحقيقة يبرر بفكرة ودواعي اللجوء للازدواجية القضائية بقواعد قانونية يمكن القول أنها غير مكتملة، حيث أنه وفي غالب الأحيان يتم اللجوء إلى استعمال أو إدخال قواعد القانون الخاص في مجال تطبيقات القانون الإداري، وهو الواقع الذي يجعل المنظومة القانونية الإدارية محل إشكالات إزاء هذه التحولات ويجعل بناء قواعده غير مستقر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عزلة الفكر الإداري عن القواعد القانونية الخاصة

لا يمكن البحث في موضوع الازدواجية القانونية في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمعزل عن استحضار الجذور الفكرية والتاريخية التي مهدت لهذا التزاوج بين القاعدتين، فقد أسس حاملو فكر القانون الإداري تاريخيا انغلاق ونزعة تحمل في طياتها الاستقلالية القانونية لقواعده، طبعت عليها مضامين السلطوية

وامتياز الإدارة مقابل المتعامل معها مصاحبة معها قواعد قانونية غير مألوفة استثنائية عن قواعد القانون الخاص¹.

حقيقة أمام هذه الانطلاقة العرجاء للفكر الإداري الذي حاول إيجاد وعزل بنيانه القانوني عن قواعد القانون الخاص، أنشأ قضاء إداريا موازيا للقضاء العادي، أين رفضت الإدارة إخضاع منازعاتها لقواعد القانون الخاص أو بالأحرى للقضاء العادي، وهو ما شابه عديد الانتقادات من طرف الباحثين، حيث مر بسلسلة من المراحل سواء تعلق الأمر بفكرة القضاء المحجوز، الإدارة القاضية، ثم ميلاد مجلس الدولة الفرنسي الذي أسس لفكرة الازدواجية القضائية في موطن ميلاده بفرنسا².

كل هذه الأزمات التي طالت ميلاد الفكر الانعزالي للقانون الإداري عن غريمه القانون الخاص، طبعت حقائق جديرة للانتباه إليها حيث أن ميلاد قضاء جديد يحتاج لا محال إلى قواعد قانونية لا العكس، فكيف يمكن أن نفسر تواجد قاضي بدون قواعد قانونية، ناهيك إن استحضرننا أهم مبدأ من مبادئ القانون وهو مبدأ الفصل بين السلطات الذي يكرس أهم أسس دولة القانون، وكيف نبني قضاء مستقلا إن صح القول بقضاة متشعبين بقواعد قانونية خاصة³.

يندرج هذا النقاش في فكر القانون الإداري ومرحلة بنائه، وهو الواقع الذي يبرر مناقشتنا لهذا الموضوع المستجد الذي يجعل فكر الإدارة اليوم يبحث عن شريك بقواعدها القانونية الاستثنائية مع شخص من أشخاص القانون الخاص، سعيا منها لإيجاد حلول لتسيير مرفقها العمومي إثر التحول الاقتصادي للدولة، فحتما ستثير الازدواجية القانونية في هذه العقود المستحدثة أثارا يمكن أن نسميها أزمة جديدة أو تحول للقاعدة القانونية الإدارية في مواجهتها للقواعد القانونية الخاصة.

¹ للمزيد من التفصيل حول فكرة الامتياز في الفكر الإداري التقليدي راجع:

-عمار عوايدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 63.

² Pour plus voir : WEIDENFELD Katia, *Histoire du droit administratif du xiv^e siecle à nos jours*, Edition Economica, Paris, 2010, p. 47.

³ للمزيد من التفصيل حول فكرة ميلاد الفكر الانعزالي للقانون الإداري راجع:

- سلماني منير، "قواعد الإجراءات الإدارية في مواجهة القواعد الإجرائية العادية"، مداخلة قدمت في الملتقى الثامن حول: التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون، جامعة حمة لخضر، الوادي 07/06 مارس 2018، ص ص 522-523.

الفرع الثاني: أزمة القاعدة القانونية الإدارية في مواجهة القانون الخاص

نظام الامتياز، السلطة العامة، الاستقلالية، هي قواعد قانونية استثنائية، كل هذه الأفكار أسست لمنظومة قانونية إدارية خارج القانون الخاص وقضائه الذي رفضته الإدارة ودعت لعدم البث في منازعاتها مع الأفراد، حيث كانت الانطلاقة في بنیان قواعد القانون الإداري على يد إداريين "قضاء مجلس الدولة" باحثًا عن أسس وركائز له بعيدة عن القانون الخاص.

لكن سرعان ما وقع بناء قواعد القانون الإداري في هشاشة كتبعت لهذا الانفصال، إذ ظهر ذلك جليا في مختلف النظريات التقليدية للقانون الإداري، أزمة المرفق العام، المسؤولية الإدارية، معايير الخطأ والتعويض، حتى أن موضوع الإجراءات الإدارية واستعارتها لأغلب قواعد الإجراءات العادية⁴، جعلت من المنظومة القانونية الإدارية محل نقاش وانتقادات حادة، تفضي إلى التساؤل عن جدوى اللجوء للازدواجية القضائية بدون قواعد قانونية قادرة على بناء منظومتها دون الرجوع للقاعدة القانونية الخاصة.

ولكي لا يخفى على أحد فكما تعرض القانون الإداري إلى أزمة في بناء قواعده القانونية المستجدة، يرجع إلى غريمه التقليدي من أجل استعارة القواعد القانونية الخاصة ليساير التحولات الاقتصادية والإدارية في الدولة، وكذا المستجدات في جانب المنازعات الإدارية.

أكدت ظهرت بعض ملامح بناء نقاش موضوع الازدواجية القانونية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث أن لجوء الإدارة التي رفضت يوما تطبيق قواعد القانون الخاص في معاملاتها ومنازعاتها، تحولت اليوم إلى البحث عن شريك يزوجها الأزمة الحالية التي تطل مرفقها العام من جراء التحولات الاقتصادية الراهنة، أين عجزت عن تسييرها بقواعدها القانونية العامة وهو الواقع الذي جعل القانون الإداري يبحث عن قواعد قانونية تفكر فكره الانعزالي في خضم هذه المرحلة الراهنة.

⁴ للمزيد من التفصيل حول فكرة الاستعارة لقواعد الإجراءات العادية في بناء الإجراءات الإدارية راجع:

- بوجادي عمر، مدى ضرورة سن قانون إجرائي إداري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 11، العدد 02، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص ص 12-14.

المطلب الثاني: التحول الاقتصادي: من فكر الاستقلالية إلى شراكة ضرورية

إن المتأمل في خصوصية القاعدة القانونية الإدارية والفكر الاقتصادي المعاصر، يستنبط عدة إشكالات في فكر القانون الإداري المنغلق على قواعده الانفرادية والامتيازية، مقارنة بالفكر الاقتصادي الذي يركز على النجاعة والفاعلية، يحتاج بذلك إلى قواعد قانونية مرنة تخدم التحول الاقتصادي في الدولة وتتزامن مع هذه التطورات الرقمية والتكنولوجية الهائلة.

حتما فالاستقلالية المفروضة من قبل الإدارة جعلت قواعدها القانونية في توتر دائم إزاء التحولات الاقتصادية الإدارية في الدولة (الفرع الأول)، حيث أن المواجهة مع التحولات الاقتصادية صارت حتمية والبحث عن فكر وخيار استراتيجي جديد يتكيف مع هذه التطورات أمر لا مفر منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فكر الانغلاق الإداري في تنظيم المرفق العمومي

يواجه الملاحظ لتطورات فكر القانون الإداري عدة عوائق في فهم ومسايرة تحولاته، على أساس حركية بنیان قواعده القانونية والمراكز المتغيرة والمتعددة للإدارة، وكذا مسايرة قضائه الإداري لهذه التحولات المستجدة، فالأكيد أن الانطلاقة كان بفكر سلطوي منغلق على نفسه، حيث أن خاصية امتيازات السلطة العامة لطالما كانت روح حركية القاعدة القانونية وجوهر القانون الإداري الكلاسيكي الذي يتمثل في إصدار القرارات وامتيازات الإدارة في العقود الإدارية، وسلطاتها الاستثنائية تجاه المتعاملين معها، وصعوبة الوصول للمعلومة بغياب الشفافية والمساءلة، وكذا غموض إجراءاته وقضائه، حمل على اعتباره قانونا حاملا في طياته السلطوية والانفرادية.

لقد عجلت التحولات الاقتصادية في تغير دور الإدارة فمن التسيير المباشر إلى ضرورة الانفتاح على السوق في تسيير شؤون المرفق العام، حتى أضحت على الإدارة بفعل التحول الاقتصادي والعولمة وكذا التغيرات الرقمية، وعجز الإدارة في تسيير مرافقها، ضرورة البحث عن شريك من أشخاص القانون الخاص في تسيير مرافقها العامة، وهو ما يطلق عليه بالعقود المستحدثة مثل تفويض المرفق العمومي والشراكة بين القطاعين العام والخاص.

حتمًا فالانغلاق والسلطة المفرطة أصبحت اليوم من الماضي، على أساس رهانات مواكبة التطورات والتحوللات الاقتصادية والمطالب المحققة لجودة الخدمات، الشفافية، المشاركة، ومبدأ المساءلة، لذلك فواقع الشراكة حتمي، والبحث عن خيار وفكر جديد للقانون الإداري أمر لا بد منه، بطابع ومنطق المرونة والموازنة بين المصلحة العامة ومنطق السوق.

الفرع الثاني: تجسيد الشراكة كخيار استراتيجي أصيل في فلسفة القانون الإداري

تمتاز طبيعة المجتمعات أو الدول بخاصية التطور والتحوللات في جميع المجالات الاقتصادية، الاجتماعية والإدارية، لكن لم يحدث وأن ظهر مستجدات مثل عصرنا هذا، والحديث هنا عن الذكاء الاصطناعي والرقمنة، الواقع الذي صاحب تطورات هائلة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، بل حتى أضحت المطالب الدولية والشعبية في نفس الوقت تضغط لمواكبة هذه المستجدات في الساحة الدولية⁵.

جلّ هذه الاعتبارات مست بطبيعة الحال المجال القانوني للدول، بما في ذلك انعكاسه على الجانب الإداري أين أضحت الإدارة مطالبة بنوع من المرونة والتحول في تسيير نشاطها المرفقي، الواقع الذي أدى إلى ظهور عقود إدارية مستحدثة في طبيعتها مثل عقود تفويض المرفق العام وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كنماذج للمرونة في التسيير وكبح نوعا ما للسيطرة والامتياز الإداري الذي كان سائدا في العقود التقليدية لفكر القانون الإداري.

حيث أصبحت الإدارة اليوم أمام ظرف جديد ألا وهو انفتاحها على السوق وبحثها عن شريك اقتصادي يندرج ضمن أشخاص القانون الخاص يعينها في تسيير نشاطها المرفقي ويخفف عنها الأعباء المالية وتقاسم المسؤوليات والمخاطر والسعي نحو التسيير بالأهداف، لتلتقي بذلك القاعدتان الإدارية والخاصة في تنظيم عقود المرفق العمومي.

⁵ للمزيد من التفصيل حول هذه التحولات الاقتصادية راجع:

- بن موفق زروق، قادري محمد الطاهر، "تفعيل استراتيجية الشراكة بين القطاع العام والخاص كخيار لتحفيز التنوع الاقتصادي على ضوء بعض التجارب الدولية"، مجلة البديل الاقتصادي، المجلد 05، العدد 01، جامعة الجلفة، الجزائر، 2018، ص ص 118-119.

فالقانون الإداري شديد الحساسية بما يجري في البلاد من تغيرات وتطورات اقتصادية، فيلزم أن تكون قواعده قابلة للتطور السريع حتى تتجاوب مع الظروف المتغيرة وحتى لا تعيق النشاط الإداري أو تشل يد السلطة الإدارية، فالمرونة التي تتسم بها قواعد القانون الإداري وما تؤدي إليه قابلية هذه القواعد للتطور السريع، قد ساعدت على استجابتها لكل تغير ومواجهة التقدم العلمي والتقني، والتحول في المذاهب الاقتصادية والاجتماعية⁶.

وبالتالي يتضح أن فكر القانون الإداري وجد خاصية المرونة كأساس لبناء فلسفته، حيث أن قواعده تتسم بتأقلمها مع التحولات والتطورات المستجدة داخل الدولة، وهي من أهم الركائز التي تجعل قواعده تتماشى مع الوقائع والظروف المستجدة، ولكن بفكر جديد وتحول في قواعدها القانونية.

المبحث الثاني: تجليات الشراكة بين القاعدتين الإدارية والخاصة في عقد الشراكة

ظهرت فكرة الشراكة بين القاعدتين الإدارية والخاصة بفضل الانفتاح الاقتصادي للإدارة على السوق والبحث عن النجاعة وجودة الخدمة العمومية، إذ يعتبر عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أهم العقود المستحدثة والتي تثير تحولا فكريا في القانون الإداري، إذ تتقاطع القواعد القانونية العادية والإدارية بأهداف متباينة، فالإدارة تسعى لتقديم الخدمة العمومية لتحقيق المصلحة العامة، أما بالنسبة للخواص فالهدف هو الربح باعتباره قاعدة السوق (المطلب الأول).

يشغل فكر الباحث التأصيل القانوني لهذا التحول العميق في فلسفة القانون الإداري من خلال المفارقة بين القاعدتين الإدارية والخاصة، وكذا بين منطق الربح والمصلحة العامة، وفي الاتجاه ذاته يواجه القاضي الإداري أزمة كلاسيكية مستجدة في فكره القانوني وتأقلمه مع منازعات عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص (المطلب الثاني).

⁶ للمزيد راجع: سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص ص 59-61.

المطلب الأول: تحول الإدارة إلى ضابط اقتصادي باحث عن شريك

ساد في فقه القانون الإداري التقليدي فكرة المرفق العام كركيزة لتعريف القانون الإداري ورسم نطاقه واختصاص قضائه، غير أن التحولات الاقتصادية والتكنولوجية وكذا ازدياد المطالب الشعبية، أفرزت واقعا جديدا وتصورا وظيفيا مرنا يلزم الإدارة أن تتماشى مع منطق السوق والجودة في الخدمات (الفرع الأول)، الأكيد أن هذا التحول في فكر وتصور القانون الإداري يقتضي مراجعات جوهرية في بنيته، وذلك بسبب تباين منطق الامتياز الإداري ومصلحة الشريك الاقتصادي في تسيير المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دوافع توجه الإدارة للمشاركة مع القطاع الخاص

لجأت الحكومات المعاصرة في العديد من الدول إلى تبني سياسات التحول نحو القطاع الخاص، بإعطاء هذا الأخير دور أكبر في تقديم الخدمة العمومية والتنمية، أو من خلال إدارة الأنشطة العامة خاصة المحلية منها⁷، حيث يشير ذلك إلى التحول من الإدارة الكلاسيكية إلى الإدارة الحديثة، بما يجسد أيضا الانتقال من الفكر أو منطق السلطة في تسيير المرفق العام إلى منطق الجودة والخدمة، وهو ما يعرف اليوم بالإدارة العمومية الحديثة (New Public Management - NPM).

تعود أفكار التسيير العمومي الجديد إلى الأفكار الليبرالية وذلك في عز الأزمة الاقتصادية التي حلت بالدول الصناعية، والتي جعلت أهم سبب لذلك هو تدخل الدولة في الاقتصاد بشكل مفرط، وبذلك أصبح التسيير العمومي الحديث مرجعية للحكومات في تغيير نمط تسيير مرافقها العمومية وإصلاحها⁸، بهدف تحديث أساليب تسيير القطاع العام عبر آليات القطاع الخاص، وكذا التركيز على النتائج والجودة في تقديم الخدمات.

الأكيد أن هذه التحولات الاقتصادية التي مست فكرة التسيير الكلاسيكي للمرفق العام، وما يعرف في فقه القانون الإداري بالتحول إلى المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسة العامة الاقتصادية

⁷ محمد محمود الطعمانة، سمير محمد عبد الوهاب، الحكم المحلي في الوطن العربي واتجاهات التطور، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2005، ص 371.

⁸ بشير عبد العالي، "التسيير العمومي الجديد كآلية لإصلاح الإدارة العمومية في الجزائر"، مجلة البحوث الاقتصادية المتقدمة، المجلد 07، العدد 01، جامعة الوادي الجزائر، مارس 2022، ص 383.

ومختلف التحولات التي طرأت على المرفق العام، أدى بالإدارة للتدارك وأضحت ملزمة بالانتقال إلى استعمال أساليب التسيير الحديث للمرفق العام⁹.

ومن بين هذه الأساليب المستجدة في التسيير الحديث فكرة الشراكة بين القطاع العام والخاص، سعيًا من الإدارة مقاسمة القطاع الخاص في تسيير شؤون المرفق العام ومقاسمة المخاطر والمسؤولية، وكذا تقديم خدمات ذات جودة وبشفافية بما يعزز الثقة بين المواطن والإدارة.

الفرع الثاني: تباين منطق الامتياز في الفكر الإداري ومصلحة الشريك الاقتصادي

بني الفكر الإداري، كما تم التطرق إليه سالفًا، على مصطلحات تحمل في طياتها السلطوية في التسيير الكلاسيكي مثل: السلطة العامة، امتيازات السلطة، قواعد قانونية غير مكتوبة، لكن مع التحولات الاقتصادية الحديثة وفكر الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وجب إعادة النظر في فكر القانون الإداري على أساس تقاطعه مع منطق السوق الذي لا يقبل بالامتياز والسلطوية.

إن التباين بين منطق الامتياز في فكر القانون الإداري ومصلحة الشريك الاقتصادي في عقد الشراكة واضح وجلي، إذ أن القطاع الخاص في الحقيقة لا يقبل أن تطبق عليه قواعد القانون الإداري لأن الأهداف مختلفة، لذلك فدخل الإدارة السوق وبحثها عن شريك اقتصادي في إدارة مرفقها، يقتضي عليها المرونة في العقود والانفتاح على قواعد السوق، إذ تبقى فقط تحتفظ على السلطة التنظيمية والإشرافية.

إذ تختلف عقود الصفقات العمومية عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في كون الصفقات العمومية تخضع لقواعد القانون الإداري التقليدي، السلطة العامة، الرقابة الصارمة المتشددة، أي أن الإدارة هي الطرف الممتاز في العقد وبشروط مسبقة دون مناقشتها، بينما عقد الشراكة يقتضي المرونة في تضمين العقد إذ يعتمد على منطق السوق وتقاسم المخاطر والمسؤوليات، وهذا دون نسيان المصلحة العامة كمعيار للإدارة، لذلك فالتحول للشراكة يستدعي قواعد قانونية مرنة تجسد التوازن بين المنطقين السوق والمصلحة العامة، بما يجسد

⁹ لقد عبر الأستاذ أحمد محيو بأن هذه التحولات الاقتصادية تسببت بأزمة حقيقية في مفهوم المؤسسة العامة، بعدما كان نشاط الإدارة بسيطًا يحتكم لقواعد القانون الإداري التقليدي، للمزيد من التفصيل حول تحولات المرفق العام راجع: - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 447-451.

الحوكمة والشفافية والمساءلة، فالشراكة في الحقيقة فكر اقتصادي بحت يقتضي الانفتاح من قبل الإدارة من أجل تحقيق التنمية وتقديم الخدمات للأفراد.

المطلب الثاني: تقاطع القاعدتين الإدارية والخاصة: مقارنة فقهية وقضائية في عقد الشراكة

أدت فكرة الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص إثر التحولات الاقتصادية والتكنولوجية والإدارية، إلى بروز عدة نماذج من العقود المنظمة للفكرة، مثل عقود تفويض المرفق العام وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

الواقع الذي صاحب النقاش الفقهي حول الطبيعة القانونية للعقد محل الشراكة، وذلك على اعتبار ازدواجية القاعدتين الإدارية والخاصة في العقد (الفرع الأول)، حتى أن هذا الموضوع قد فتح أبعادا أخرى تتعلق بالاختصاص القضائي في منازعات هذا النوع من العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

أثار عقد الشراكة¹⁰ بين القطاعين العام والخاص سجلا فقهيا حول طبيعته القانونية، فمنهم من يعتبره من عقود القانون الخاص والبعض الآخر يدرجه ضمن عقود القانون العام.

حيث أن الجانب الفقهي الذي يصنفه ضمن عقود القانون الخاص، يستدلون على أن هذا العقد يخضع لسلطان الإرادة، ولمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ ينعقد بذلك الاختصاص للقاضي العادي، كما أن القول بأنه عقد إداري هو تقليل من مركز القطاع الخاص، إذ يجعله مجرد عامل أجير لا دور له، في حين أن دور القطاع الخاص شريك في التنمية الاقتصادية¹¹.

بالمقابل يرى جانب من الفقه بانتفاء خضوع عقد الشراكة إلى القانون الخاص، لأن ذلك سيؤثر سلبا على المرفق العام الذي سيكون ذا علاقة متساوية بين الإدارة والمتعاقد، والذي يضر المرفق والمنفعة ولا يحقق

¹⁰ يجب أن نفرق بين الشراكة كتوجه فكري يندرج ضمنها عقود الشراكة وعقود الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وكذا عقد الشراكة كمصطلح قانوني بحت ينظم قانونا يندرج في فكرة الشراكة.

¹¹ عمران عائشة، بوحوية أمال، "الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد السابع، العدد 01، مارس 2022، الجزائر، ص ص 832/831.

بذلك موضوع العقد الذي أنشئ من أجله في إشباع الحاجات العامة وتحقيق الصالح العام، كما لا يمكن القول بوجود دور للقطاع الخاص في عقود الشراكة بأنه ينتقص من سلطات الإدارة أو يقيد استعمالها، فهي تملك إزاء المتعاقد معها إذا ما أخل بالصالح العام وعطل سير المرفق العام، تعديل شروط العقد أو استرداده قبل انتهاء مدة العقد تحقيقا للصالح العام¹².

بالرجوع للمشرع الفرنسي في الأمر رقم 559/2004 المتعلق بعقود الشراكة والمعدل بالقانون رقم 179/2009 الصادر في 17 فيفري 2009 وفي نص المادة 01 منه يعتبرها صراحة عقودا إدارية.

"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 retenues¹³".

وبهذا التوجه التشريعي في ضبط التكييف القانوني لعقود الشراكة بأنها من العقود الإدارية، يمكن القول أن هذا التكييف يجعل من ممارسات وأساليب الإدارة التقليدية حاضرة بامتيازات السلطة العامة في العقد، وكذا بنوع من فرض الهيمنة في عقد الشراكة بينها وبين القطاع الخاص، وبما يكرس الاختصاص للقضاء الإداري في حل منازعات هذه العقود.

حيث أنه وبالعودة إلى أصول نشأة القانون الإداري وبالضبط في مسألة استقلاليته عن القواعد القانونية الخاصة، نجد أن الإدارة أثبت أن تخضع أعمالها ومنازعاتها العقدية أو الانفرادية لرقابة القاضي العادي على أساس أن قواعده القانونية تضع الطرفين في نفس الميزان لحل النزاع دون أن يراعي مسألة المصلحة العامة، لذلك لا يمكن اعتباره عقدا خاصا على أساس أن الإدارة لا يمكن أن تخضع نشاطها لقواعد القانون الخاص الذي يساوي بين الطرفين، وبالتالي فالقانون الإداري لابد أن يحافظ على أسسه ولا يمكن أن يستغني عن خصائصه وأسس تسيير المرفق العام.

¹² نقلا عن: محمد صباح علي، "الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاع العام والخاص"، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، جوان 2019، ص ص 320-321.

¹³ Ordonnance n° 04-559 du 17 Juin 2004, portant création du contrat de partenariat public-privé. www.legifrance.gouv.fr

الفرع الثاني: القاضي الإداري في مواجهة الازدواجية القانونية لعقد الشراكة

يبدو الجمع بين القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص متناقضا أو على وجه الدقة غير متجانس، لأن تاريخ القانون الإداري هو تاريخ الفصل الجذري مع النظام القضائي العادي والتخلص من قواعد القانون الخاص، فتطور القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص من حيث الانطباع السائد يوجدان في مدارين متقابلين دون إمكانية لقائهما، وهو ما أخذ به العميد فيدل إلى أن يعتبر أن القانون الإداري استمد كل أصالته عندما لم يجد القاضي الإداري في قواعد القانون الخاص-التي أعدت أصلا لتسيير العلاقة بين الخواص- الحل بالنسبة للمنازعات الناشئة عن تسيير المرافق العامة المتمتعة بامتيازات السلطة العامة، فالقانون الإداري تشكل على حد تعبير جانب كبير من الفقه الفرنسي عبر مجهود كبير للتمييز عن قواعد القانون الخاص¹⁴.

يطرح موضوع المنازعات الناشئة عن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص نقاشا مهما، على اعتبار المواجهة بين القاضي الإداري وهذا النوع الجديد من المنازعات، وما يبرر هذه المواجهة طبيعة عقد الشراكة في حد ذاته لأن مكوناته خليط بين قواعد القانون الخاص والقانون الإداري.

حيث تعتبر الأنظمة التي تركز الازدواجية القضائية محل إشكالات في اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقد الشراكة ويتعب كاهل قاضي القانون الإداري، لكن الأكيد أن القاضي الإداري قد تواجه مع هذه الأزمات في عدة مناسبات سواء تعلق الأمر بالمسؤولية الإدارية وما استوحاه من قواعد القانون الخاص، الإجراءات الإدارية التي يطبقها على المنازعة والتي استلهم معظمها من قواعد الإجراءات العادية، جانب من منازعات قانون المنافسة.

إن تكريس أصالة القانون الإداري لا يعني التحرر من تأثير فقه القانون الخاص على الفقه الإداري، بالإضافة إلى ذلك توجد نوع من الليبرالية القانونية أدت بفقه القانون العام إلى مقارنة القانون الإداري بواسطة

¹⁴ أناس المشيشي، القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، 2005، ص 04.

مفاهيم ومناهج مستمدة من ثقافة القانون المدني، مما يجعل الحديث ممكنا عن استقلال المادة الإدارية عن القانون الخاص دون الاستقلال الثقافي الذي ظل عالقا في عقول كتاب القانون العام¹⁵.

بالرجوع إلى تكييف الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنه عقد إداري، فالاختصاص بالمنازعات الناشئة عنه تؤول للقاضي الإداري مثله مثل العقود الإدارية المختلفة، رغم طبيعتها الخاصة، حيث يبقى الاختصاص في رقابة المشروعية للقرارات الإدارية المرتبطة بالعقد، كما يتدخل القاضي الإداري بصفته قاضيا للتعويض عندما تتعلق المنازعة بتنفيذ العقد أو اختلال التوازن المالي للعقد.

لكن تبقى الطرق البديلة لحل المنازعات بين القطاع الخاص والعام من بين الآليات المطروحة مثل التحكيم على أساس مرونة وسرعة الإجراءات بما يتوافق مع طبيعة وهدف اللجوء للشراكة في حد ذاته لأن الشراكة في الأصل فكرة اقتصادية بحتة تحتاج المرونة والسرعة لتحقيق التنمية الاقتصادية والغرض الذي أنشئ العقد من أجله.

خاتمة

لقد أفرزت التحولات الاقتصادية والتكنولوجية جملة من التقاطعات بينها وبين القانون بصفة عامة، والقانون الإداري بصفة خاصة، وذلك على أساس محاولة مواكبة الإدارة للفكر الاقتصادي الراهن وحتمية الانفتاح على نظام السوق، الذي يتميز بالمرونة والسرعة والائتمان في اتخاذ التدابير الاقتصادية اللازمة بهدف الربح.

كما هو معلوم سائر الفكر الإداري الانعزالي على قواعد القانون الخاص أثناء بنيانه جملة من الأفكار مثل امتيازات السلطة العامة، امتيازات في العقود الإدارية، قواعد قانونية غير مألوفة، التسيير المباشر للمرفق العام، لكن سرعان ما فتئت هذه الأفكار تنكمش أمام التحولات الاقتصادية بظهور المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومن ثم المؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا واقع جديد من عقود تفويض المرفق العام وعقد الشراكة محل الدراسة، الذي يمزج في طبيعته بين القواعد القانونية الخاص، وذلك بمثابة استجد للقانون الإداري بغريمه التقليدي القانون الخاص في تسيير المرحلة الآنية التي تضفي على الانفتاح الاقتصادي.

¹⁵ المرجع نفسه، ص 05.

تبين من القراءة التأصيلية للازدواجية القانونية لعقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، ظهور خليط من القواعد القانونية في هذه العقود، بما يثبت أزمة جديدة في فكر بنیان القانون الإداري الذي يستعمل قواعد القانون الخاص في تسيير مرفقه العام، لكن لم يكن جديدا على دارسي القانون الإداري على أساس استعمال الإدارة لقواعد القانون الخاص أو قضائها من أجل حل الأزمات التي تعترضه، ويمكن أن نعبر عنه بخصخصة القانون الإداري إن صح التعبير ولما لا التعايش بين القانونين والتكامل بالرغم من وجود الازدواجية القضائية والأفكار الانعزالية على قواعد القانون الخاص، لكن يبقى القانون الإداري بالمقابل يحتفظ بأسسه بتكييف العقد بأنه إداري وتبقى المرونة والتغير والتحول من أهم مرتكزاته.

لذلك ينبغي على المشرع الانتباه إلى تضمين العقد بأحكام تتضمن نصوصا قانونية واضحة المعالم بما يكرس الطبيعة القانونية للعقد والجهة المختصة في المنازعات، وكذا تحديد الحقوق والالتزامات بين الشركاء تخدم مصالح الطرفين، وكذا تأطيره بآليات قانونية فعالة في تسوية المنازعات مثل التحكيم والوساطة.