**الأستاذ بلغول عباس**

**أستاذ بلغول عباس**

**أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية**

**جامعة وهران 2**

**ما تبقى من مقياس تفويضات المرافق العامة**

**موجه لطلبة الماستر 1**

**تخصص القانون الإداري**

**المبحث الأول :عقد الامتياز المرفق**

عقد امتياز المرفق يعتبر المرفق العمومي أحد أساليب إدارة المرافق العامة وأكثرها انتشارا وشيوعا تلجأ إليها الإدارة لتسيير مرافقها، ويعدّ عقد امتياز المرافق العمومية من أهم العقود الإدارية لأنّه يدير شركة واسعة من الخدمات، وهذا الأسلوب في الإدارة مطبق في معظم دول العالم.

**المطلب الأول :مفهوم الامتياز ونشأته**

**الفرع الأول: تعريف الامتياز**

قدّم لنا الفقه مجموعة كبيرة من التّعاريف تقوم على أنّ الامتياز هو: "عقد يعهد بمقتضاه بإدارة مرفق عام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص فردا أو شركة خاصة لمدّة محدودة على أن يدير هذا الشّخص المرفق، ويتعهد بحسن سيره في أداء الخدمات العامة التي أنشئ من أجلها على نفقته وعلى مسؤوليته مقابل الحصول على رسوم أو إتاوات التي تفرض على من ينتفعون بخدمات المرفق".

قدّم لنا الأستاذ "سليمان الطّماوي" تعريفا عن الامتياز: "الامتياز أن تعهد الإدارة (الدولة والجماعات المحلية) إلى أحد الأفاد أو الشركات بإدارة مرفق عمومي واستغلاله لمدّة محدّدة في مقابل تقاض رسوم من المنتفعين بهذا المرفق".

كما عرّفة الأستاذ "أحمد محيو" على أنّه: " الامتياز هو أسلوب تسيير يتولى من خلاله شخص غالبا ما يكون شخص خاص يسمى صاحب الامتياز أعباء مرفق عام خلال فترة من الزّمن، فيتحمل النّفقات ويتسلم الدّخل الوارد من المنتفعين بالمرفق".

لقد عرّف المشرع الجزائري في قانون الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المرسوم الرّئاسي 15-247 الفقرة الثالثة المادة 210 الامتياز: "تعهد السّلطة المفوضة للمفوض له إمّا إنجاز منشآت واقتناء ممتلكات ضرورية وإقامة مرفق عام واستغلاله، وإمّا تعهد له فقط باستغلال مرفق عام".

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السّلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول لمفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه، لقد سبق وأن عرّف المشرع الجزائري قبل إصدار هذا القانون في قانون المياه رقم 83-17 بما يلي: "يقصد بالامتياز بمفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان خدمة ذات منفعة عمومية"، وفي هذا الصّدد يمكن أن تمنح لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية والأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص، يجب أن تتوفر في هؤلاء الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص المؤهلات الضّرورية، يمكن أن يشمل هذا الامتياز إنجاز هياكل أساسية للرّي قصد استغلالها من طرف صاحب الامتياز ويكون الامتياز في جميع الحالات مرفقا بدفتر الشروط.

من خلال هذه التّعاريف يمكن لنا أن نستنج مميزات عقد الامتياز:

**الفرع الثاني :أطرافه**

عقد الامتياز فيه طرفين شخص عمومي مانح للإمتياز تطبيقا للقانون الجزائري قد يكون الدولة  
أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية، بينما الشّخص الذي يستفيد من الامتياز أو يسمى صاحب الامتياز قد يكون شخصا عاما أو خاصا.

**الفرع الثالث: موضوع الامتياز**

إنّ موضوع الامتياز هو تسيير مرفق عام واستغلاله وقد يكون بناء منشآت ضرورية لتسيير هذا المرفق وكذا التّجهيزات اللازمة لاستغلاله، فصاحب الامتياز لا يقتصر دوره على التّسيير فقط، وإنّما قد ينصب على إنشاء المرفق في حد ذاته، ثم إدارته "Bot" واستغلاله لتحصيل ما أنفقه في البناء، بمعنى أن يتحمل صاحب الامتياز كل الاستثمارات المتعلقة بالمرفق العام.

بخصوص المرافق العامة القابلة للتفويض عن طريق عقد الامتياز، فإنّ القوانين الجزائرية لم تحدد ولم تمنع تفويض أي مرفق بموجب عقد الامتياز، كما هو الحال عليه في فرنسا بيد المشرع الجزائري تدخل في المادة 207 حينما ربط عدم التّفويض بوجود نص تشريعي يمنع ذلك.

**الفرع الرابع :الطبيعة القانونية لعقد الامتياز**

1. **النّظرية الألمانية**

يرى أنصار هذه النّظرية بأنّ عقد الامتياز هو قرار إداري ذو طبيعة اتفاقية سواء تعلق الأمر بمرافق عامة أو بغيرها، وإنّ دور الملتزم فقط يقتصر على مجرد قبول الشروط الموجودة في وثيقة الامتياز.

وبالتالي فإنّ الالتزام بوصفه تصرف قانوني له طبيعة القرار الإداري، فيعاب على هذه النّظرية إغفالها لإرادة الملتزم، علما بأنّ هذا الأخير يلعب دورا مهما في تكوين عقد الامتياز ولم تلقى هذه النّظرية رواجا في فرنسا، غير أنّه نجد أنّ أغلب المشرعين أثنوا أسلوب التّفويض على أساس التّرخيص بقرار إدارة في حالة تعذر منح الامتياز أو وجدت ظروف طارئة.

1. **نظرية الطبيعة التّعاقدية لعقد الامتياز**

سادت هذه النّظرية في فرنسا خلال القرن 19 ومضمونها أنّ عقد الامتياز ليس إلا عملية تعاقدية بحثة توجب إنابة من السّلطة العامة، وتكمن آثارها في تمكين الملتزم من وضع يده على المال العام وجبايته للإتاوات من المنتفعين من خدمات المرفق، ولتبرير الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز يذهب أيضا انتصار هذه النّظرية إلى القول بأنّ الشروط التّنظيمية واللّوائح الموضوعة من طرف الإدارة لتنظيم المرفق قد وضعت في دفتر الشروط الذي حولها من طبيعة تنظيمية إلى تعاقدية بمجرد رضا الملتزم بمحتوى هذا الدفتر، وبالتالي متى اكتسب دفتر الشروط هذه الطبيعة عدّ مبرما، انتقدت هذه النّظرية من قبل المدرسة الواقعية وذلك أنّ عملية الالتزام تتطلب قواعد خاصة لتنظيم المرفق العام وتسييره وتسمى بقانون المرفق.

1. **نظرية الطبيعة المزدوجة للالتزام**

إزاء الانتقادات الموجهة للنّظرية السابقة حاول الفقه إيجاد نظرية تكون أكثر ملائمة في تكييف عقد الالتزام فتمّ اللّجوء إلى هذه النّظرية، كما أنّ هذه الأخيرة تجد أصولها في ملاحظات مفوض الحكومة Bloun ولهذه النّظرية مظهرين، مظهر تنظيمي ويتجلى في العلاقة بين المرفق والمنتفعين والأخر تعاقدي، يبدو خلال العلاقة بين الملتزم والإدارة، وبالتالي فإنّ كل الشروط التي يحتويها الالتزام تكون كلّها تعاقدية بين الملتزم والإدارة.

ونفسها تعد لائحة في مواجهة المنتفعين، وبذلك يصّح الالتزام ضمن كل شروطه عقدا في إطار العلاقة بين الإدارة المانحة والملتزم وهو ضمن كل شروطه أيضا يصبح تنظيميا في مواجهة المنتفعين.

لقد انتقدت هذه النّظرية على أساس قيام العلاقة التّعاقدية بين الملتزم والإدارة تؤدي النّتيجة   
إلى عدم إمكانية تعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق إلا باتفاق الطرفين وهذا ما يؤثر تأثيرا سلبيا على سير المرفق، ضف إلى ذلك هذه النّظرية تقترب من النّظرية التعاقدية على أساس أنّ الاختلاف بينهما في تكييف آثار الالتزام في مواجهة الغير على أساس الطّبيعة اللائحية للالتزام.

1. **نظرية العمل المختلط**

مؤدى هذه النّظرية أنّ الالتزام كطرف قانوني يقوم على أساس مركب من عناصر تنيظيمية وأخرى تعاقدية وبالتالي فإنّ الطبيعة المركبة تبرز وفقا لأنواع الشروط، فإذا كانت الشروط تتعلق بتنظيم المرفق وتسييره فهي شروط تنظيمية، أمّا الشروط الأخرى مثل تلك التي تتعلق بالأفضليات والامتيازات التي تعطيها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق فإنّها ذات طبيعة تعاقدية.

تؤخذ عليهم هذه النّظرية أيضا أنّ الطبيعة المركبة لرلتزام يؤدي إلى توقيف إبرامه على رضا الملتزم وذلك بالنّسبة للشروط التي تحتويها وثيقة الالتزام التعاقدية والتّنظيمية وهو أمر مستبعد، إلا أنّ الأستاذ Madiot رد على ذلك بأنّ الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق وتنظيمه تحدد في دفتر الشروط بصورة سابقة على إبرام العقد بشكل انفرادي ولا يكون إرادة الملتزم أي إرادة نهائية.

**الفرع الخامس:آثار عقد الامتياز**

يتفق عقد الامتياز مع عقود القانون الخاص كونها تنشأ حقوقا والتزامات متبادلة بين الأطراف، إلا أنّها تختلف من حيث تسميتها وبقاعدة المساواة بين المتعاقدين وشمول العقد على شروط غير مألوفة.

1. **سلطان الإدارة المانحة للالتزام**

**أ- سلطة الإشراف والمتابعة**

باعتبار عقد الامتياز عقدا إداريا فإنّه تخضع للرّقابة والمتابعة من طرف مانح الامتياز، فهو حق في مواجهة الملتزم وواجب عليها في اتخاذ المنتفعين في خدمة العام، كما لا يمكن للملتزم الاحتجاج على السّلطة المانحة للامتياز عند ممارستها للرّقابة بعدم النّص عليها في العقد، لأنّ الرّقابة حق ثابت للجهة الإدارية المختصة ولو لم ينص عليها العقد، وتنقسم الرّقابة إلى رقابتين تقنية كالإشراف على الأعمال البناء ودراسة التّقرير السّنوي الذي يمنحه الملتزم، ضف إلى ذلك رقابة الاستغلال للمرفق.

رقابة ثانية وهي الرّقابة المالية التي تطلب من الملتزم تقويم تقرير مالي سنوي فصلا عن النّفقات ومقارنتها مع السنة الماضية ويتعين على الملتزم التّعاون مع الإدارة بتمكينها الإطلاع على هذه الوثائق.

**ب- سلطة التعديل**

من المسلم به أنّ الإدارة تمتلك سلطة التعديل الانفرادي للعقد ترتبط بتنظيم وضمان سيره، غير أنّ الإدارة حينما تمارس هذا الحق فإنّها ملزمة بعدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد.

أن تكون هناك ظروف استحداث بعد إبرام العقد تثور التعديل.

مراعاة القواعد العامة للمشروعية كاحترام الإجراءات الشكلية المقررة قانونا.

سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم:

**ج- سلطة توقيع الجزاءات على الملتزم**

خضع عقود تفويض المرفق العام المتعلقة بفرض الجزاءات في العقود الإدارية ومن تم فإنّ المفوض له ما إذا أخلّ في التزاماته التعاقدية سواء بامتناعه عن تنفيذ العقد أو القيام بتنفيذه مخالفا الشروط والمواصفات المتفق عليها أو التأخير في تنفيذ التزاماته والتنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة، فإنّ هذه الأخيرة تملك حق توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة بقراراتها الإدارية.

تشترك الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها بمجموعة من الخصائص مع العقود الإدارية الأخرى، ولكنّها تستقل بصورة معينة الجزاءات تتناسب مع طبيعة عقد تفويض عقد عمومي.

**الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية**

تتميز هذه الجزاءات بخصائص تتمثل فيما يلي بخصائص تتمثل فيما يلي:

* حق الإدارة في توقيع الجزاء نفسها.
* حق الإدارة في توقيع الجزاء حتى ولو لم ينص عليه العقد.
* إنّ توقيع الإدارة للجزاء لا يحتاج إثبات من الإدارة.
* لوقوع ضرر معين، فبمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته ينشأ الجزاء فهو ليس موجود لمعاقبة المتعاقد وإنّما لضمان سير المرفق العام.
* لا تمتلك الإدارة سلطة توقيع العقوبات الجزائية، فهذه الأخيرة تبقى من اختصاص القضاء.
* خضوع هذه الجزاءات الإدارية لرقابة القاضي الإداري من حيث توافر شروط لتوقيع لجزاء وهل يتناسب الجزاء مع حجم الخطأ من طرف المتعاقد.

**الخصائص الخاصة في الجزاءات في عقود المرافق العمومية:**

تحدد الجزاءات في عقود تفويض المرفق العام في غرامات ووضع المرفق تحت الحراسة والفسخ.

**الغرامات**

هي مبالغ مالية تقدرها الإدارة منصوص عليها في العقد تلزمه الإدارة على المتعاقد حينما يخل بالتزاماته التعاقدية وتوقيع الغرامة يخضع للقواعد الآتية:

إنّ مصدر الغرامات هو العقد لذلك يجب أن تجدد فيها مسبقا ولا يمكن للإدارة الزّيادة فيها حتى ولو نتج ضرر بسبب التأخير يفوق مبلغ الغرامة المحددة في العقد، بالمقابل لا يملك المتعاقد الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أنّ الإدارة لم يصبها ضرر وأنّ الضّرر ضئيل لا يتناسب مع (الغاية) الغرامة.

هنا أيضا لا تلتزم الإدارة بإثبات الضرر بمجرد تقصير المتعاقد وينشأ الجزاء بمجرد الخطأ.

لابد من الإعذار قبل توقيع الجزاء المتمثل في الغرامة، غير أنّه ليست هذه القاعدة مطلقة، فلا ضرورة للإعذار بالغرامة إذا استخلصنا من مجموعة الظروف أنّ النّية مشتركة للأطراف قصد الالتزام بصرامة بمدى تنفيذ أو التّسليم أو ينتج ذلك من نصوص العقد ذاته.

يجوز للإدارة أن تعفي المتعاقد معها من دفع الغرامات التي فرضها عليه كلّها أو بعضها في حالة القوة القاهرة أو إذا كان عدم التّنفيذ راجعا إلى عدم قيام الإدارة بتعهداتها.

**وضع المرفق تحت الحراسة:**

نعني به حلول الإدارة محل التعاقد المفوض له بصورة مؤقتة لضمان تسيير المرفق العام من دون توقف وانقطاع على حساب المفوض له وعلى نفقته.

إنّ وضع المرفق تحت الحراسة يدخل ضمن الجزاءات الضّاغطة وليس المالية وبالتالي لا يؤدي إلى فسخ العقد وإنهاء الرّابطة العقدية وإنّما يؤدي إلى رفع يد المفوضة مؤقتا عن إدارة المرفق العام.

يمكن للإدارة اللّجوء إلى وضع المرفق تحت الحراسة حتى ولو لم يخأ المفوض له وذلك عندما تلاحظ الإدارة أنّ هناك تهديد بتوقف المرفق.

**النّتائج المترتبة عن وضع المرفق تحت الحراسة:**

**النّتيجة 1:** إلى رفع يد المفوض له عن المرفق بإبعاده عن إدارته طول فترة الحراسة، إذ تتولى الإدارة المفوضة إدارة المرفق العام بصورة مؤقتة بنفسها أو من يمثلها، غير أنّ المفوض له يبقى مسؤولا عن المرفق.

**النّتيجة 2:** يكون من حق الإدارة الاستيلاء المؤقت على ما يوجد في المرفق من منشآت ومعدات مملوكة للمفوض له كون لازمة لتشغيل المرفق على أن تعاد إليه فيما بعد تسليمه.

تلتزم الإدارة بتنظيم استغلا ل المرفق أثناء فترة الحراسة وفق شروط منصوص عليها في دفتر الشروط وعلى ذلك ليس من حق الإدارة اللّجوء إلى تخفيض رسوم الانتفاع أو أن تزيد في التّكاليف لاسيما أن تمنح لنفسها زيادات لا مبرر لها.

**الفسخ**

استعمل مجلس الدولة الفرنسي مصطلح إسقاط وخص به عقد الامتياز دون سائر العقود الإدارية الأخرى فهو يستعمل عبارة فسخ للعقود الإدارية الأخرى بينما في عقد الامتياز يستعمل كلمة الاسقاط تمتلك الإدارة حق إسقاط العقد حتى ولو لم ينص عليه العقد حتى ولو لم ينص عليه العقد، استناد لسلطتها في التّنظيم وتسيير المرافق الإدارية.

من النّاحية العملية نجد أنّ عقود الامتياز تنص دائما على موضوع الفسخ تلجأ الإدارة إلى الفسخ في حالا معينة هي:

يجب أن ترتكب المفوض له خطأ جسيما لا تنفع فيه جزاءات أخرى، إنّ مجلس الدولة الفرنسي كثيرا ما يرفض الحكم بإسقاط الالتزام على الرّغم من ثبوت الخطر، إذا رأى أنّ الخطأ لا يتلاءم وجسامة الجزاء، ففي كثير من أحكامه رفض الإسقاط واعتبر أن وضع المرفق تحت الحراسة جزاء يتلاءم وجسامة الخطأ دون فسخ العقد.

لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنّ الخطأ الذي يتناسب مع الإسقاط هو وقف استغلال المرفق   
أو توقف الاستغلال في فترات متلاحقة أو التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة، وأيضا عدم احترام أوامر الإدارة بخصوص إدارة المرفق العام وعدم وفائه بالتزاماته المالية.

يجب إعذار المفوض له قبل توقيع الجزاء إسقاط سواء نص عليه العقد ولو لم ينص عليه العقد، يجب أن يصدر حكما قضائيا بالفسخ وهذه الخاصية ينفرد بها عقد الامتياز للمرفق العام على خلاف القاعدة العامة التي تقضي حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها بدون الحاجة للجوء إلى القضاء.

**المطلب الثاني: مفهوم عقد البوتBOT**

**الفرع الثالث:تعريف عقد البوت BOT**

هو من العقود الحديثة يستهدف منها القيام بمشاريع ضخمة تعهدها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الدولية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيلها لحسابها الخاص مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة ، أو الهيئة العامة بعد انقضاء المدة المتفق عليها . إن حداثة عقود البوت لا تسمح بتقديم تعريف جامع ومانع ، لذلك نجد الفقه أعطى تعاريف متنوعة ، كلها تصب في أنه عقد مبرم بين الدولة وهيئاتها مع شخص خاص وطني أو أجنبي لإنشاء مرفق وتسييره لمدة تفوق 30 سنة ، ثم إرجاعه في أحسن حال يكون فيها . لقد عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية على أنه اتفاق تعاقدي تتولى بموجبه هيئة خاصة إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة ، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة . إن اصطلاح البوت يدل على أن المشاريع التي تمنحها الدولة عن طريق الامتياز ( البوت نوع من عقود الامتياز ) إلى القطاع الخاص بهدف إقامة وبناء المرفق الذي قررت الدولة أن يكون مرفق عام يجب ضمانه من طرف الدولة ، ثم تشغيل هذا المرفق واستغلاله وذلك لمدة معينة تسمح باسترجاع ما أنفق ، خاصة وأن في عقد البوت يتم بناء مرافق لها علاقة بالبنية التحتية وهياكل قاعدية ضخمة تنتقل بعد مدة زمنية ملكيتها إلى الدولة أو إحدى هيئاته.

**الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري من عقد البوت BOT**

إذا كانت القوانين الجزائرية لم تعرف تسمية عقد البوت ، فإنه بالرجوع إلى قانون المياه لسنة 2005 نستشف من صيغة المواد التي جاءت تحدد مكونات الأملاك العامة الصناعية للمياه :« تخضع للأملاك العامة الصناعية للمياه ، المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو تفويض للإيجار والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص».

لقد أدرج المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 10 الفقرة 3 منه عقد البوت دون تسميته واعتبره صورة من صور عقد الامتياز حينما عرف عقد الامتياز : « الامتياز : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له ، إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق عام واستغلاله ، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام ».

**الفرع الثالث : خصائص عقد البوت BOT**

من خلال التعاريف السابقة تتجلى لنا خصائص تتميز فيما يلي :

**1- من حيث أطرافه:** فهو يبرم بين الدولة المفوضة أو أحد أشخاص القانون العام و الطرف الثاني في غالب الأحيان يكون شخص خاص طبيعيا أو معنويا. 2- **من حيث أهدافه:** فهو يهدف إلى إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات عامة و تقديم خدمات ذات نفع عام.

**3- من حيث سلطة الجهة الإدارية في الإشراف و الرقابة خلال مرحلة الإنشاء و الاستغلال:**

يعتبر حق للجهة في الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد الذي تتم عبه الإدارة في كل العقود الإدارية فتبدأ رقابتها و إشرافها في مرحلة الإنشاء لتستمر في مرحلة الاستغلال.

**4- من حيث ملكية المرفق خلال مدة العقد**

تمت خلاف في الفقه القانوني حول تبوت الجهة الإدارية المتعاقدة أو الشركة الخاصة أو الشخص الخاص الذي ينشأ المشروع فالبعض من الفقه اعتبر إن الملكية أثناء عملية الإنشاء تكون لصالح الشخص الخاص إذا كان ذلك لا يتفق و فلسفة وجود عقود الامتياز ذلك إن بروز سلطة الإشراف و الرقابة يعني ان الملكية كانت دائما للجهة الإدارية المتعاقدة.

لقد اختلف الفقه حول الملكية البعض يعتبر إن بعض صور عقد البوتBOT تكون للشركة و البعض الأخر يكون للإدارة و البعض الأخر يقول إن كل المشروع ملك للشركة حتى يمكن لها التنفيذ في الإنشاء ثم الاستغلال ثم بعد ذلك تنقل ملكية إلى الشخص العام .

حقيقة الأمر هناك نوع من عقود البوتBOT يسمح بامتلاك الشخص الخاص للمرفق تم استغلاله ثم نقل ملكيته من جديد للشخص العام .

**5- أشكال عقود البوت BOT**

عقد البوت له عدة أشكال نذكر أهمها:

أ- البناء، الاستغلال، التحويل BOT

ب- البناء، التملك، التشغيل، نقل الملكية BOOT

ج- البناء، الإيجار، نقل الملكية BLT

د- الإيجار، التجديد، التشغيل، نقل الملكية LROT

ه- البناء ، نقل الملكية ، التشغيل BTO

**5- التكيف القانوني لعقود البوت BOT**

ثارت خلافات فقهية حول التكييف القانوني لعقد البوت BOT ، فذهب البعض إلى اعتباره من العقود الإدارية ، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتباره من عقود القانون الخاص وبين هذا وذاك نجد فريق آخر اعتبر عقد البوت BOT ذو طبيعة خاصة.

**الاتجاه الأول** - عقود البوت BOT من العقود الإدارية: إنطلاقا من رأي الاتجاه الغالب لبفه القانون العام الذي يعتبر عقود البوت BOT لا تخرج عن مسمى عقود الالتزام أو عقود تفويض المرفق العام ، وبالتالي فإنها بطبيعتها عقود إدارية من حيث الشكل ولا من حيث الموضوع.

**الاتجاه الثاني** - عقود البوت BOT من عقود القانون الخاص : يرى جانب من الفقه أن عقود البوت BOT من عقود الإدارة العادية ، ومن تم فهي تخضع لقواعد القانون الخاص، فالصفة الاقتصادية لعقود البوت BOT وأسلوب الخوصصة يفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد باستعمال أساليب القانون الخاص.

الاتجاه الثالث - عقود البوت BOT ذو طبيعة خاصة : يرى البعض من الفقه أن عقود البوت BOT يتم عقدها من خلال نظام قانوني مختلف ، فكل عقد له ظروفه الخاصة ، وبالتالي يصعب وضع قاعدة عامة مجردة تخضعه للقانون العام أو القانون الخاص.

**6- تقييم عقد البوت BOT**

**أولا – إيجابيات عقد البوت BOT**

في حقيقة الأمر ، لعقد البوت BOT إيجابيات كثيرة نلخصها في ما يلي :

أ- يقوم عقد البوت BOT على مبدأ التمويل الذاتي للمشروع ، أي على نفقة الشركة صاحبة المشروع ، وهو ما يخفف عجز الدولة ويرفع العبء على ميزانية العامة . فهو يخفض عجز الميزانية ويجنب المديونية الداخلية والخارجية.

ب- يمكن عقد البوت BOT من نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ويسمح أيضا بفرض التنمية الاقتصادية ، فعقود البوت BOT فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا للدول النامية ، لأن إدارة المشاريع من طرف الخواص لاشك أنه سيعطي فعالية وكفاءة.

ج- إن تعداد الأطراف المشاركة في بناء المشروع يساهم في توزيع المخاطر بين جهات ، وهذا الأمر يمكن شركة المشروع من الصمود أكثر في مواجهة الصعوبات.

**ثانيا – العيوب التي قد توجد في عقد البوت BOT**

قد توجد في عقد البوت BOTعيوب أهمها :

أ- عدم توافر الخبرة الفنية الكافية في القطاع العام لإدارة المشروع بعد انتهاء فترة الامتياز لاسيما إذا لم تحرص الدولة على تكوين إطاراتها في الشركة صاحبة المشروع .

ب- غياب النظام التشريعي الخاص لعقود البوت BOT في العديد من الدول.

ج- مثل هذه العقود تقوي النفوذ الأجنبي وتخلق أوضاع اقتصادية وسياسية في غير صالح الدولة.

د- توظف عائدات الاستثمار للخارج أو ما يعرف بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج .

ه- طول مدة العقد يكون لمصلحة المستثمر وليس لمصلحة الدولة لأن إنجاز الاستثمار بعد فترة زمنية طويلة يصبح متآكلا ويحتاج إلى صيانة مستمرة.

**المبحث الثاني : الإيجار**

بقي الإيجار ولمدة طويلة مرتبطا بالامتياز ، إنه العنصر الأساسي والمميز له هو عدم تحميل المستأجر لعمليات البناء والاستثمارات المتعلقة بالمرفق العام.

يعرفه الأستاذ BOITEAU:« هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عامة لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال المرفق العام ، مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات ، ويتم دفع المقابل عن طريق إتاوات يدفعها المنتفعون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق ». نكون أمام عقد إيجار إداري عندما تكون منشأة المرفق العام موجودة قبل العقد ويتولى المستأجر والهيئة العامة المؤجرة مسؤولية عن التجهيزات المحددة في عقد الإيجار ، فالهيئة العامة هي المسؤولة عن توسيع المرفق وتجديده وتجهيزه إذا كانت هذه التجهيزات ضخمة ، ويكون ذلك عن طريق إبرام الصفقة العمومية ضخمة .

تلجأ الدولة إلى الإيجار في المجال السياسي والثقافي والتسلية والترفيه لتقليص أعباء التسيير.

و للإيجار بصفة خاصة عدة مزايا فالإدارة تقوم ببناء و تجهيز المرفق لتفسح المجال للخواص و تسييره، و استعمال أساليب حديثة و تكنولوجيا عالية .

إن الإيجار يجلب اهتمام المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى الربح أكثر من الامتياز، لأن المستأجر لا يدفع أموالا ضخمة في البناء و يكتفي بالتسيير و الاستغلال، وهذا ما لا يكلفه بالكثير مقارنة بعقد الامتياز و مدة عقد الإيجار.

**ملاحظة:**يلتزم المستأجر ببعض أعمال الصيانةفقط و التجهيزات البسيطة.

نص المشرع الجزائري على الإيجار كعقد من عقود تفويض المرفق العام في المادة 210 في المطة 2: «الإيجار تعهد السلطة المفوضة للمفوض له تيسير المرفق العام و صيانته مقابل إتاوات تسوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه و على مسؤوليته . تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام و يدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام .

**المبحث الثالث: عقد الوكالة المحفزة**

**الوكالة المحفزةAFFIRMAGE: المشرع** الفرنسي يسميها ب Régie intéressé الترجمة لعقد مشاطرة الاستغلال. يعرف المشرع الجزائري بأنه: «العقد الذي من خلاله توكل السلطات العامة التي أنشأت المرفق العام تسيير و صيانة المرفق العام لشكل طبيعي أو معنوي يتولى تسيير لحساب الجماعة العامة المفوضة ، و لا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين بل بأجر محدد بنسبة مئوية مرتبط برقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة إلى علاوات إنتاجية و جزء من الأرباح. و من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص :

1-الاستغلال يكون للهيئة المفوضة .

2-الهيئة العامة هي المكلفة بأشغال البناء و الصيانة و التجهيزات الضرورية لتسيير المرفق العام.

3-استقلالية و حدودية المسير بالمقابل له صلاحيات واسعة في الإدارة .

4- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير المرتبط بالاستغلال و نسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات إنتاجية و أيضا مقابل أرباح و خسائر في تسيير المرفق.

في المادة 210 المطة الثانية .« تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير و صيانة المرفق العام. ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام و تحتفظ بإدارته و يدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفاوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية و حصة من الأرباح عند الاقتضاء . تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.

**المبحث الرابع :التسيير** يتم عقد التسيير بان يفوض لشخص من القانون العام للغير(شخصا طبيعيا أو معنويا) تسيير المرفق العام فقط لحساب الهيئة العامة بمقابل مالي جزافي فهو يضمن التسيير اليومي و العادي لمرفق بكل عناصره.

إن عقد التسيير هو عقد مبرم بين هيئة عامة و شخص من القانون الخاص هدفه ضمان سير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء و التجهيز بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق لا يتحمل إرباح وخسائر تسيير مرفق عام.

على حسب المشرع الجزائري في المادة 210 المطة 4 : «التسيير:تعهد السلطة المفوضة للمفوض لهه بتسيير و صيانة مرفق عام و يستغل المفوض له مرفق عام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام و تحتفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة إنتاجية».

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام و تحتفظ بالأرباح و في حالة العجز فان السلطة المفوضة بعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا و يحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.