آليات القطاع الخاص لإنشاء وتسيير مشاريع البنية التحتية والمرافق العامة

Mechanisms of the private sector to establish and run infrastructure and public utilities

د / خوجة حسينة

جامعة الجزائر– كلية الحقوق –

hassina.khodja3@gmail.com

h.khodja@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال2019/11/06 تاريخ القبول2019/12/19 تاريخ النشر :2020/01/16

ملخص:

إن فكرة مشاركة القطاع الخاص في إنشاء و تسيير البنية التحتية و المرافق العامة ليست بالفكرة الحديثة لان جذورها تمتد إلى منتصف القرن التاسع عشر عندما لجأت الإدارة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص لإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري ، إلا انه عاد الاهتمام مرة أخرى بهذا النوع من إدارة و تسيير المرافق العامة بعودة أفكار التحرر الاقتصادي التي قامت عليه الصيغ المختلفة لعقود المرفق العام و من بين العقود عقد الامتياز ، عقد تفويض المرفق العام ، عقد البوت و عقد الشراكة ، إن هاته العقود أصبحت تمثل في أن واحد وسيلة للدولة لإنشاء المرافق العامة و تسييرها دون أن ترهق كاهل ميزانيتها كما أنها تعد في نفس الوقت آليات للقطاع الخاص للقيام بالمهام التي تسندها له الدولة .

الكلمات المفتاحية : القطاع الخاص ، المرفق العام ،البنية التحتية ، العقد ، تسيير.

Abstract

The idea of private sector involvement in the construction and operation of infrastructure and public utilities is not a modern idea because the gorges extend back to the mid-nineteenth century when the french administration delegated to the peopele of private law the management of some industrial and commercial facilities., the stat however was the retun of ideas of economic liberalization that form the basis for the various forms of general facility contract , among these are the contracts or contracts of the concession contract , contract of authorization of the general facility , contract of the bot and parthnership contract.,These contracts have become one way for the state to establish and operate public utilities withont burdening its budget and at the same time preparing private sector mechanisms to carry the tasks entrusted to it by the state .

Keywods : private sector, public utilities, infrastructure **,** contract,state

مقدمة

تحتل مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة في كل دولة أهميتها الخاصة حيث تختلف و تتعدد الوسائل التي يتم من خلالها إنشاء و استغلال و إدارة هاته المشاريع فكل دولة تعمل على ذلك وفقا لمقتضيات المصلحة العامة و لطبيعة الظروف المحيطة و الموجودة في الدولة سواء كانت ظروف اقتصادية ، سياسية أو اجتماعية كذلك اخذ الاعتبارات المالية الإدارية و الفنية ذات التأثير المباشر على هاته المشاريع و المرافق العامة ، لهذا اختلفت الدول في الطرق التي تتخذها لإنشاء مثل هذه المشاريع كذلك كان الاختلاف من حقبة تاريخية إلى أخرى [1]ففي فترة زمنية معينة لجأت الدول إلى الأخذ بالأسلوب الاشتراكي لإنشاء ، تسيير و استغلال مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة و ذلك بإنشاء مرافق صناعية ، تجارية و خدماتية تشرف عليها الدولة إشرافا كاملا .

و لما كانت مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة تتطلب الخبرات الفنية و التكنولوجية الحديثة بالإضافة إلى رأس مال ضخم كمشاريع الكهرباء الطرق، الصحة الإسكان ...الخ، و نتيجة لاستنزاف تلك المشاريع لكثير من الأموال و التي تعجز ميزانية الدولة أن توفرها بالإضافة إلى ما يتبع ذلك من دخول الدولة في الاستدانة و القروض بفوائدها و التي تجعلها عاجزة عن القيام بمهامها الأساسية و التقليدية ، و نظرا للطفرة الاقتصادية و الفكرية التي شهدها العالم بأسره و في إطار الشفافية القانونية و الاجتماعية الجديدة نتيجة العولمة أصبحت الدول تتجه إلى البحث عن طرق أخرى لتمويل هاته المشاريع و ركزت تلك الأخيرة على دور القطاع الخاص في المعاملات الاقتصادية في مجال البنية التحتية و المرافق العامة و هو أمر ملح في الوقت الحاضر مع تفاقم الأزمة المالية العالمية و الكوارث الطبيعية[2]

و على تقدير أن الاستثمارين العام و الخاص شريكان متكاملان لا يتزاحمان أو يتعرضان في إطار مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة بل يتولى كل منهما مهاما يكون مؤهلا لها و اقدر عليها لذلك فان القطاع الخاص أصبح هو المنقذ و الضالة المنشودة للدولة ، و لتحقيق ذلك الغرض تلجا الدولة إلى أساليب تعاقدية مختلفة مع هذا الأخير (القطاع الخاص) توازن فيها بين مصلحة القطاع الخاص في الربحية و مصلحتها في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، و من بين هاته الأساليب العقود التي تبرمها الدولة مع القطاع الخاص لإنشاء ، تسيير ، و استغلال مشاريع البنية التحتية و المرافق

[1]جهاد زهير ديب الحرازين : عقود الامتياز ، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات و الكهرباء ، مكتبة الوفاء القانونية ، سنة 2013 صفحة 9.

[2]احمد سيد احمد محمود : التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دار النصر ، سنة 2013 ، صفحة 3.

العامة و أهم هذه العقود عقد الامتياز عقد تفويض المرفق العام ، عقد البوت ، عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

و تعد هاته العقود من أهم و أشهر عقود مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة فعن طريقها يتم تمويل ، إنشاء تجهيز ، تطوير ، استغلال و صيانة هاته المشاريع نظرا لحاجة الدولة إليها رغم عجز ميزانيتها العامة ، فيقوم القطاع الخاص و دون الرجوع إلى الدولة و على مسؤوليته توفير التمويل اللازم لإنشاء مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة و التي تحتاج إلى تمويل ضخم و نفقات باهظة تعجز عنه ميزانية الدولة و كذلك من خلال هاته العقود يتحمل القطاع الخاص وحده مخاطر التمويل و التنفيذ وفقا لإطار زمني متفق عليه، و منه فالسؤال الذي يطرح هنا هو متى يمكن للدولة أن تلجا لإبرام واحد من هاته العقود مع القطاع الخاص ؟ و ماهي الحقوق التي تنشا و الواجبات التي تترتب للقطاع الخاص عند إبرامه لهاته النوعية من العقود مع الدولة ؟

المبحث الأول: عقد الامتياز أو تفويض المرفق العام في حالة وجود المرفق لكن يحتاج إلى تسيير واستغلال

في غالب الأحيان تقوم الدولة بإنشاء المرافق العامة و هي التي تقوم بتسييرها و استغلالها و تقديم الخدمات إلى المواطنين ، كإنشاء محطات الكهرباء ، المياه الطرقات ، المستشفيات إلا أن الدولة قد تعجز في الاستمرار في تسيير و استغلال و تقديم خدمات تلك المرافق التي انشاتها لأنه في بعض الأحيان تكون الأموال التي يتطلبها التسيير و الاستغلال باهظة مقارنة بالأموال التي يتطلبها الإنشاء فتعجز ميزانية الدولة عن مواصلة الاستغلال و التسيير ، كما أن تسيير و استغلال المرافق العامة قد يحتاج إلى كفاءات و تكنولوجية عالية قد لا تتوفر لدى القطاع العام أو الدولة فتلجا هذه الأخيرة إلى القطاع الخاص للقيام بتلك المهام بدلا عنها و أحسن حل هنا للقطاع الخاص للقيام بهذه المهمة أي مهام التسيير و الاستغلال هو اللجوء إلى آليتين و هما عقد الامتياز أو عقد تفويض المرفق العام .

المطلب الأول: عقد الامتياز

يعد عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية وخاصة في ظل التطور الحديث للنظام الاقتصادي المالي، بحيث أصبح يشكل أهم العقود الموجودة في هذا المجال لارتباطه بالمرافق التجارية و الصناعية.

و عقد الامتياز هو "عقد تعهد الإدارة بمقتضاه إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة و استغلال مرفق عام اقتصادي لمدة محددة من الزمن و تحت إشراف و رقابة الإدارة و يقوم الملتزم بإدارة المرفق العام على مسؤوليته و على نفقته و بعماله مقابل مزايا مادية و عينية أهمها الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين بالمرفق "[1].

[1] جهاد زهير ديب الحرازين : عقد الامتياز ، مرجع سابق ، صفحة 24

كما قيل أن عقد الامتياز هو " عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه و على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي أو استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لإدارة عقد الامتياز""[1] .

المشرع الجزائري لم يضع تعريفا عاما و شاملا لعقد الامتياز مثل ما فعل المشرع المصري في المادة 668 من القانون المدني و التي تنص على انه " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذو صفة اقتصادية و يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق و بين فردا أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن " بل وضع تعريفات لهذا العقد في عدة قوانين و تعليمات نذكر منها على سبيل المثال و ليس الحصر ما جاء في القانون المدني قي المادة الأولى من الفصل الأول مكرر 1 تحت عنوان عقد التسيير القسم الأول عقد التسيير حيث تنص "عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها يسمى مسيرا إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها و لحسابها مقابل اجر و يضفي عليها علامته حسب مقاييسه و معاييره و يجعلها تستفيد من شبكته الخاصة بالترويج و البيع " .

كذلك ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 96- 308 المؤرخ في 8 سبتمبر 1996 و المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة [2] حيث جاء في المادة 1 منه على انه " عملا بأحكام المادة 166-167 من الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 و المتضمن قانون المالية لسنة 1996 يخضع انجاز الطرقات السريعة و ملحقاتها و تسيرها و صيانتها و أشغال تهيئتها أو توسيعها إلى منح امتياز كما ينص عليه هذا المرسوم " و قد عرف عقد الامتياز المرفق العام في المادة 2 منه على انه " اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة و بين صاحب الامتياز " كما عرفت الاتفاقية في هذا المرسوم " تخول الدولة بمقتضى هذه الاتفاقية للشركة صاحبة الامتياز التي تقبل القيام لاستغلال و الصيانة (حسب الحالة) للطرق السريعة أو مقاطع من الطرق السريعة" كذلك ما جاء في التعليمة رقم 394/ 842 المؤرخة في 07 ديسمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها " عقد تكفل بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام و استغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال و أموال يقدمها صاحب الامتياز على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته و ذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له المرفق"[3]

---

[1] سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة الإدارية ، دار الفكر العربي سنة 1990 ، صفحة 108.

[2] الجريدة الرسمية رقم 55 المؤرخة في 25 سبتمبر 1996

[3] منور فريدة : عقود الامتياز في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود و المسؤولية سنة 2012 ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، صفحة 15

و عليه فان عقد الامتياز هو عقد إداري بطبيعته و هذا لارتباطه بالمرفق العام يمكن للدولة السماح من خلاله للقطاع الخاص أن يقوم بإدارة أو استغلال أو تسير مرفق عام موجود أصلا أي أن الدولة قامت بانشاءه لكن يحتاج إلى تلك المهام السابق ذكرها.

و منه فان الشخص مانح الامتياز هو إدارة عامة أي الدولة أو إحدى وحداتها المحلية أما الشخص ممنوح الامتياز أو الذي منح له الامتياز هو شخص أخر مختلف عن الشخص العام مانح الامتياز و غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص و حديثا أصبح بعض أشخاص القانون العام يشاركون في ذلك [1] و يتم منح الملتزم مهمة استغلال مرفق لحسابه الخاص و يتحمل المخاطر إلا أن الدولة تبقى لها حق الرقابة إذا تم عقد الامتياز بهذا الشكل فانه يكون للقطاع الخاص حقوق تتمثل في الحصول على المقابل المالي و هو ما تم الاتفاق عليه بينه و بين الجهة الحكومية سواء كان ذلك في الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين بالمرفق أو أقساط تدفعها الجهة الحكومية أو الطريقتين معا ، كذلك له الحق في التوازن المالي للعقد أي إذا وقع خلل اقتصادي أو كارثة طبيعية أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد الحق ضرر به فله الحق في مطالبة الدولة أن تتحمل معه جزء من الضرر أو تقدم له تعويض و يكون ذلك حسب جسامة الضرر و أسباب و ظروف وقوع الضرر(تطبيق نظرية عمل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة) كما يحق للقطاع الخاص المطالبة بالحصول على المزايا و التي كانت الدولة قد تعهدت بتقديها أثناء إبرام العقد كإعفاء الضريبي أو السماح باستغلال الطرقات ....الخ .

المطلب الثاني: عقد تفويض المرفق العام

قد تفضل الدولة منح مهام تسيير و إدارة و استغلال مرفق من المرافق التي انشاتها إلى القطاع الخاص عن طريق عقد تفويض المرفق العام ، و يقصد بتفويض مرفق عام "عقد يبرم بين شخص عام و شخص خاص و يقوم على الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفق عام " كما يقصد به " ذلك العقد الذي يعهد فيه إلى شخص أخر يسمى صاحب التفويض تنفيذ مهمة مرفق عام و القيام بالاستغلال الضروري للموفق و يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق واستغلاله و إقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدى إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة و يقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الاستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها" [2]

و يمكن أن تكون المرافق العامة بحسب طبيعتها مرافق عامة إدارية كمرفق التعليم الصحة ، السجون أو مرافق عامة اقتصادية ، و يتوقف تفويض المرفق على طبيعته ذلك أن الدستور أو التشريع قد يمنع مشاركة أو تفويض تنفيذ بعض المرافق العامة للقطاع الخاص كالمرافق العامة التي ترتبط بسيادة

[1] جهاد زهير ديب الحرازين : عقد الامتياز ، مرجع سابق ، صفحة31

[2] أبو بكر عثمان: عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2015، صفحة 80

الدولة كمرفق القضاء و الذي يعتبر من المرافق الدستورية السيادية التي تختص بها الدولة حصريا ، كذلك مرفق الشرطة فانه يعد كذلك من المرافق الدستورية التي تتصل بسيادة الدولة إذ تولى حفظ الأمن و الأمان في البلاد و لهذا تحضر دساتير اغلب الدول تفويض مرفق الشرطة للقطاع الخاص .

***الإطار التشريعي لتفويض المرفق العام :**

إن هاته النوعية من العقود لم تعرف لها تنظيما تشريعيا سوى من وقت قريب جدا و أردت أولا أن أتكلم عن الإطار التشريعي في القانون الفرنسي لان مشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة قد ارتبط نشأة و تطورا بالتاريخ الفرنسي .

أولا : في فرنسا

استحدث هذا النوع من العقود في فرنسا من خلال التشريعات التي صدرت ابتداء من سنة 1992 و التي يمكن ترتيبها كما يلي:

- القانون رقم 92-135 المؤرخ في 6 فيفري 1992 و الخاص بالإدارة المحلية للجمهورية الفرنسية و المسمى بقانون LOI JOXE إذ استخدم لأول مرة تعبير التفويض في إدارة المرافق العامة.
- القانون رقم 92-122 المؤرخ في 29 فيفري 1992 و المسمى بقانون سابان LOI SAPAINوالمتعلق بالوقاية من الفساد و احترام الشفافية في الحياة الاقتصادية و يشكل هذا القانون مع التعديلات التي خضع لها الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام .
- قانون 8 فيفري 1995 بشان العقود العامة و تفويض المرفق العام.
- القانون رقم 69-11 المؤرخ في 11 ديسمبر2001 المسمى بقانون مرسيف MURCEF .

فكل هذه القوانين أدت إلى وضع لأول مرة تسمية لهاته النوعية من العقود كما وضعت عدد من القواعد التي تخضع لها عقود تفويض المرفق العام .

ثانيا : في التشريع الجزائري

بداية الاهتمام بتسيير المرفق العام عن طريق القطاع الخاص أي إسناد مهمة تسيير و استغلال المرفق العام للقطاع الخاص عن طريق التفويض كان من خلال بعض القوانين المنظمة للمرافق العمومية ذات الطابع الاقتصادي و التجاري و من ابرز تلك القوانين قانون المياه الصادر سنة 2005 حيث ينص في المادة 101 الفقرة الثانية منها على " يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية ، كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون

الخاص بموجب اتفاقية " كما نظم في القسم الثاني من هذا القانون تفويض الخدمة العمومية و تسيرها و ذلك من المادة 104 إلى 110 [1]

إلا أن المشرع الجزائري لم يقف عند هذا الحد و اصدر في سنة 2015 قانون الصفقات العمومية [2]حيث ادمج تنظيم الصفقات العمومية مع تفويض المرفق العام حيث نص في المادة 207 من الباب الثاني تحت عنوان الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام على " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ، و يتم التكفل باجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام و تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية ، و بهذه الصفة يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشات أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير عمل المرفق العام

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي "

و بالفعل اصدر المشرع الجزائري مرسوم تنفيذي [3] ينظم أحكام تطبيق تفويض المرفق العام يتكون من 58 مادة ، و ينص في المادة الثانية من الفصل الأول تحت عنوان أحكام تمهيدية " يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه بهدف الصالح العام "

كما نصت المادة 6 منه على " اتفاقية تفويض المرفق العام عقد إداري يبرم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما وأحكام هذا المرسوم "

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد وضع نظام قانونيا يحدد فيه شروط و كيفية تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية خاصة حيث سمح هذا المرسوم للجماعات الإقليمية (الولاية ، البلدية .....) أن تفوض أو تحول جزء من المهام إلى القطاع الخاص عن طريق عقد إداري يكون في صورة امتياز، تأجير ، تسيير أو الوكالة المحفزة و هذا حسب ما جاء في المادة 52 من هذا المرسوم [4] و يكون لمدة محددة ، و بما أن عقد تفويض المرفق العام هو عقد إداري فانه يمنح نفس الحقوق للمفوض له و يرتب عليه نفس الالتزامات التي ترتبها باقي العقود الإدارية كحقه في المقابل المالي و التوازن المالي للعقد و التزامه باحترام مدة تنفيذ العقد إلى غير ذلك من الحقوق و الالتزامات التي ترتبها العقود الإدارية الأخرى .

---

[1]القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه

[2]مرسوم رئاسي رقم 75-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

[3]مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام .

[4]ارزيل الكاهنة : استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، مقال منشور في مجلة أبحاث قانونية و سياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل – الجزائر ، العدد 3 جوان 2017 ، صفحة 13

المبحث الثاني: عقد البوت أو عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في حالة عدم وجود المرفق أصلا وتحتاج الدولة لانشاءه أولا

في بعض الأحيان قد تعجز ميزانية الدولة عن إنشاء بعض المرافق العمومية التي تحتاج إلى أموال ضخمة و كبيرة و تكنولوجية عالية و خبرة كبيرة كمشاريع الطاقة و المترو الأنفاق ، الموانئ و المطارات إلى غير ذلك من المرافق التي يحتاج انجازها إلى أموال كبيرة ، فلا تجد الدولة بديلا غير القطاع الخاص و الذي قد ينوب عنها في القيام بانجاز أو إنشاء مثل هاته المشاريع أولا ثم تسييرها و استغلالها خاصة إذا كان هذا المتعامل الخاص ذو كفاءة مالية كبيرة و له خبرة واسعة في مثل هذه المجالات ، و هنا لا يكون للقطاع الخاص أحسن من عقد البوت أو عقد الشراكة للقيام بعملية الإنشاء التي تعتبر هي الأساس حيث يكون المرفق غير موجود أصلا ثم تأتي في مرحلة ثانية عملية التسيير و الاستغلال .

المطلب الأول : عقد البوت BOT

على الرغم من أن ظهور نظام البوت على المستوى الدولي و المحلي كان منذ مدة قصيرة إلا انه اكتسب أهمية خاصة نظرا لانتشار هذا النظام في مختلف دول العالم لما يمثله من طريق نجاة لكثير من دول العالم خاصة النامية منها باعتباره وسيلة تمكنها من إنشاء المرافق العمومية التي تتطلب أموال باهظة دون الاعتماد على الميزانية العامة .

و قد كان أول ظهور لهذا النظام بهذه التسمية على يد رئيس الوزراء التركي في منتصف الثمانينات من القرن العشرين (20) غير أن البعض يرد هذا النظام إلى عهد الدولة الرومانية ، إلا أن الشيء الأكيد هو أن هذا النظام لم يظهر بهذه التسمية إلا منذ فترة قصيرة لا تتجاوز العشرين عام ، و هناك من يعتبره الصورة المتطورة لعقد الامتياز .

و يتكون مصطلح BOT من أحرف ثلاثة هي اختصار لكلمات ثلاثة باللغة الانجليزية و هي :

B : و هي اختصار لكلمة Build و تعني البناء ، التشييد أو إقامة المشروع.

O: و هي اختصار لكلمة Operateو هي تعني التشغيل أو التسيير أو الإدارة.

T: و هو الحرف الأول من كلمة Transfer و تعني نقل الملكية أو المنفعة أو الحيازة أو حتى نفل التكنولوجيا في نهاية مدة العقد.

و هذه الكلمات الثلاثةاختصرت في مصطلح BOT و هو ما شاع استخدامه بمعنى البناء، التشغيل و نقل الملكية أو الإنشاء، التشغيل و إعادة المشروع [1].

[1]طه محيميد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء ، التشغيل و نقل الملكية و تطبيق قواعد التحكيم في تسوية النزاعات هذه العقود ، مطابع نشأت ، دار الكتب القانونية ، سنة 2013 ، صفحة 27

و عقد البوت يتكون من طرفين أساسين هما الحكومة أو احد ممثليها و تسمى السلطة المانحة ، أما الطرف الثاني فيمثل احد أشخاص القطاع الخاص و يسمى الملتزم أو شركة المشروع ، و بمقتضى هذا العقد يقوم الطرف الأول أي الحكومة بمنح الطرف الثاني أي شركة المشروع امتياز لفترة زمنية محددة و ذلك لبناء أو إنشاء ، تمويل و تشغيل احد مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة بشروط معينة و تحت إشراف الحكومة على أن تنقل الشركة إلى الحكومة ملكية المشروع في نهاية مدة العقد و في حالة جيدة .

كما يعتبره البعض نظام من نظم تمويل المشاريع البنية التحتية أو الأساسية حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل شركة المشروع بموجب اتفاق بينهما يسمى اتفاق الترخيص تلتزم شركة المشروع بمقتضاه تصميم و بناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي و يرخص لشركة المشروع تملك أصول هذا المشروع و تشغيله بنفسها أو عن طريق الغير و يكون عائد التشغيل خالصا لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع و تحقيق هامش من الربح[1] .

و عليه يلاحظ أن هذا النظام يقوم على ثلاثة مراحل، مرحلة البناء أو التشييد أي إقامة المشروع ثم مرحلة تشغيل المشروع و استغلاله و أخيرا مرحلة نقل الملكية المشروع في نهاية مدة العقد ، و يجب أن يكون المشروع في حالة جيدة و قابل للاستمرارية كما أن المقابل المادي هنا يكون منحصر في نتائج الاستغلال أي في الرسوم التي يدفعها جمهور المستفيدين أو أية مداخيل تنتج عن الاستغلال و تكون من حق شركة المشروع وحدها (ناتج الاستغلال) دون أن تكون الجهة الحكومية ملزمة بدفع أي مبلغ مقابل تقديم الخدمة .

و عقد البوت له عدة صور تتمثل في :

- BOOT : و تعني البناء ، تمللك ، تشغيل ، و نقل ملكية.
- BLT : و يعني عقد البناء ، التأجير و نقل الملكية.
- BOO : و هو عقد البناء ، تملك و تشغيل.
- BTO : عقد البناء ، التحويل و التشغيل.
- BOR : عقد البناء ، التشغيل و إعادة التصميم و التجديد.

لكن قد يرى القطاع الخاص أن هذه النوعية من العقود فيها مغامرة خاصة من الناحية الربحية و الذي يعتبر الغرض الأساسي من إبرام مثل هاته العقود أي أن نسبة الربح فيه تكون قليلة خاصة و أن

[1] هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ، سنة 2001 ، صفحة 47

المقابل المالي يكون عبارة عن رسوم يتقاضاها من المنتفعين أو المستفيدين مثل إنشاء الطرق السريعة و الذي يكون فيها مقابل المرور قليل و بالتالي يفضل القطاع الخاص إنشاء مثل هاته المشاريع أو المرافق بالآلية الثانية و التي تفعل في مثل هاته الحالات و هو عقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص .

المطلب الثاني: عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

قد يفضل القطاع الخاص أو الحكومة اللجوء كما قلنا سابقا إلى عقد الشراكة لتنفيذ المشاريع التي تتطلب بناء المرفق أولا بدلا من عقد البوت و عقد الشراكة لا يختلف عن هذا الأخير في تكوينه أو الآثار المترتبة عليه ، فعقد الشراكة هو عقد إداري يعهد بمقتضاه احد أشخاص القانون العام إلى احد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال و التجهيزات الضرورية للمرفق العام و إدارته و صيانته و استغلاله طوال المدة المحددة في العقد في ضوء الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية[1].

و بدا العمل بها في بريطانيا تحت مسمى مبادرة التمويل الخاصة للمشاريع حيث كانت تعتبره الدولة البريطانية و التي لا تعترف بنظام القانون الإداري انه عملية تعاقدية من خلالها تجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل ، إنشاء و استغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال فترة معينة و بموجب هاته العملية التعاقدية أي مبادرة التمويل الخاصة يشارك القطاع الخاص في تصميم ، بناء ، تمويل ، و تشغيل المشاريع الاقتصادية مقابل تحصيله عوائد الخدمات المقدمة أو تدفعها له الجهة الحكومية على شكل أقساط مجزاة طوال فترة العقد أو الطريقتين معا ثم انتقل إلى فرنسا عن طريق أمر 17 جوان 2004 و منه إلى دول العالم واغلب الدول العربية إلا أن المشرع الجزائري لم يتبنى نظام قانوني ينظم هاته النوعية من العقود رغم انه يعد المنفذ و النافذة إلى إنشاء كل المشاريع دون إرهاق كاهل الميزانية العامة للدولة .

وعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص مثله مثل عقد البوت أطرافه الجهة الحكومية صاحبة المشروع ومانحة الترخيص من جهة والشريك الخاص أو شركة المشروع والذي تعهد إليه مهمة القيام ببناء المشروع تصميمه، استغلاله و إدارته ثم إعادته إلى الجهة الحكومية عند نهاية مدة العقد بحالة جيدة و قابل للاستمرار أو الاستغلال من جهة أخرى.

كما أن كلا من العقدين يعتبران مصدران من مصادر تمويل مشاريع المرافق العمومية أي رفع التكاليف الباهظة التي يتطلبها إنشاء مثل هاته المشاريع من على كاهل الميزانية العامة .

[1] المادة الأولى من القانون الفرنسي المتعلق بعقد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص .

كما أن كلا العقدين ذو طبيعة مركبة تنطوي على مجموعة متعاقبة من المراحل تبدأ بالتصميم ثم الانتشاء، التمويل، الصيانة، التسيير الاستغلال و الإدارة، كما يتفق العقدان في أن كل منهما يعتبر وسيلة من وسائل نقل التقنية التكنولوجية في الدولة حيث تكون الأفضلية في الترسية على الشركات ذات الخبرة التي تعتمد على الوسائل التكنولوجية الحديثة .

كما أن عقد الشراكة يتقاسم أو يتشارك مع عقد البوت في الآثار من حيث الحقوق التي تنشا للقطاع الخاص و الالتزامات التي تترتب عليه ، فللقطاع الخاص الحق في التوازن المالي للعقد و الحصول على المزايا التي تتعهد الجهة الحكومية بمنحها له .

و رغم وجود أوجه شبه كبيرة بين العقدين أي عقد BOT و عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP إلى درجة أن البعض يعتبرهما أو يقولون أنهما وجهان لعملة واحدة [1]، إلا أنهما يختلفان في عدة أمور أساسها الثمن أو المقابل المالي ، فأساس المقابل المالي في عقد الشراكة هو عبارة عن ثمن تدفعه الجهة الحكومية إلى شركة المشروع في صورة أقساط سنوية أو نصف سنوية و من الممكن أن تكون أقساط شهرية و يمكن أن يكون المقابل المالي في هذه العقود جزء عبارة عن أقساط مجزاة على طول فترة العقد و الجزء الأخر عبارة عن رسوم يتقاضاها الشريك الخاص من المنتفعين و هذا حسب الاتفاق بين الطرفين كما انه لا يرتبط بنتائج الاستغلال كما انه يكون معروفا مسبقا و يتم تحديده في الوثيقة العقدية بينما المقابل المالي في عقود البوت فهو عبارة عن رسوم يدفعها المنتفعين بالخدمة لشركة المشروع نظير أداء الخدمة إليهم و هو يرتبط هنا بنتائج الاستغلال كما انه ليس مقابل سعر يحدد في العقد و إنما لقاء استخدام المنشأ العام و الانتفاع به.

الخاتمة:

يمكن للدولة أو الجهة الحكومية التي أثقل كاهل ميزانيتها المبالغ الضخمة التي يتطلبها إنشاء المشاريع العمومية و المرافق العامة و استغلالها و تسييرها أن تلجا إلى القطاع الخاص للقيام بهاته المهام بدلا عنها ، و يكون ذلك عن طريق إحدى هذه العقود ، عقد تفويض المرفق العام أو عقد الامتياز و هو الصيغة الكلاسيكية في هذا المجال إذا كان المرفق موجود لكن يحتاج إلى استغلال أو تسيير أي أن القطاع الخاص أو المتعاقد مع الإدارة يقوم باستغلال و تسيير و إدارة مرفق عام تم إنشاءه من طرف الدولة للرفع من كفاءته أو تحسن مستوى الخدمات و الاستمرار في استغلاله لفائدة المواطنين ، بينما تلجا الدولة إلى عقد البوت أو الشراكة إذا كان المرفق غير موجود أصلا و تحتاج الحكومة أولا إلى إنشاءه ثم استغلاله و تسييره باعتبار هذان العقدان من عقود التمويل من الطراز الأول ، فالشريك الخاص هنا يقوم بتمويل إنشاء ، تجهيز و تشغيل المشاريع العامة بنفسه و على نفقته الخاصة بجميع مراحل المشروع بداية من التصميم و انتهاء بالتشغيل ثم إعادة المشروع عند نهاية مدة العقد للجهة الحكومية .

[1] عبد الرزاق حمادة عبد الرزاق : عقود الشراكة ، دار الجامعة الجديدة،سنة 2014، صفحة 185

وبهذا أصبح أمام الحكومات والدول أكثر من وسيلة و آلية لتنفيذ كل مشاريعها العمومية الضخمة و التي تحتاج إلى أموال باهظة دون أن تقع في مشكل التمويل أو التسيير أو الإدارة، و يكون ذلك بتكنولوجيات عالية و كفاءة كبيرة و التي يتمتع بها القطاع الخاص.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

- المرسوم الرئاسي رقم 75-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 اوت 2005 المتعلق بالمياه.
- المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 اوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام.

ثانيا / قائمة المراجع

أ- الكتب

- سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة الإدارية ، دار الفكر العربي سنة 1990
- جهاد زهير ديب الحرازين: عقود الامتياز ، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات و الكهرباء مكتبة الوفاء القانونية ، طبعة 2013.
- احمد سيد احمد محمود : التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص، دار النصر طبعة 2013 .
- عبد الرزاق حمادة عبد الرزاق : عقود الشراكة ، دار الجامعة الجديدة طبعة 2014 .
- هاني صلاح سري الدين : التنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ، طبعة 2001 .
- أبو بكر عثمان: عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2015.
- طه محيميد جاسم الحديدي : النظام القانوني لعقود البناء ، التشغيل و نقل الملكية و تطبيق قواعد التحكيم في تسوية النزاعات هذه العقود ، مطابع نشأت ، دار الكتب القانونية ، طبعة 2013.

ب/ الرسائل الجامعية

- خوجة حسينة : عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق –سعيد حمدين جامعة الجزائر 1، سنة 2018.

- منور فريدة: عقود الامتياز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية سنة 2012 ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 .

ج/ المقالات في المجلات

- ارزيلالكاهنة: استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة أبحاث قانونية و سياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل – الجزائر ، العدد 3 جوان 2017.

- صالح زمال بن علي: أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة القانون–المجتمع و السلطة جامعة وهران 2 ، العدد 6 سنة 2017.