

## امتياز المرفق العام وعقد بوت (B.O.T)

د. رضوان بن صاري

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، bensari.redouane@univ-medea.dz

تاريخ الإيداع: 2020/01/27

تاريخ المراجعة: 2020/01/27

تاريخ القبول: 2021/12/08

## ملخص

خضع تسيير المرافق العامة إلى طرق وأساليب مختلفة، فقد تكون طرق عامة وذلك عن طريق الاستغلال المباشر أو المؤسسة العامة، كما يمكن أن تكون طرق خاصة وذلك عن طريق عقد الامتياز الذي أصبح الوسيلة الأكثر استعمالاً وعليه فإن عقد الامتياز هو من الطرق الخاصة في إدارة المرافق العامة، تلجأ إليها الإدارة العامة سواء كانت مركزية أو لامركزية إلى إسناد إدارة مرافقها إلى شخص آخر ويتم ذلك على نفقته وبأمواله وبطبيعة الحال للملتزم حقوق تتمثل في المقابل المالي الذي يتحصل عليه من المنتفعين بالخدمات وتعويض الأضرار التي تلحق به من تصرفات الإدارة مانحة الامتياز وأيضاً الحفاظ على التوازن المالي للالتزام وفي المقابل الإدارة مانحة الامتياز لها حقوق تتمثل في الإشراف والمتابعة وتعديل الالتزام بإرادتها المنفردة مراعاة للمصلحة العامة ولها أيضاً في سبيل ذلك حق توقيع الجزاءات كالغرامات والفسخ من جانب واحد.

الكلمات المفاتيح: مرافق عامة، عقد الامتياز، نظام بوت (B.O.T) طبيعة قانونية للمرفق العام.

*Public Service Franchise and B.O.T Contract***Abstract**

A public service franchise is a special privilege to do certain things that is conferred by the government on an individual or a company. It also refers to the body that is responsible for carrying out the service. This body may be an administration, a local authority, a public institution or a private company that has been entrusted with a public service mission. In the latter case, the public service mission may take the form of a franchise.

**Keywords:** Public utilities, franchise, B.O.T system, legal nature of the public service.

*La franchise du service public et le contrat BOT***Résumé**

La franchise du service public est un privilège spécial de faire certaines choses qui sont conférées par le gouvernement à un particulier ou à une société. Elle désigne aussi l'organisme qui a en charge la réalisation de ce service. Cet organisme peut être une administration, une collectivité locale, un établissement public ou une entreprise du droit privé qui s'est vu confier une mission de service public. Dans ce dernier cas, la mission du service public peut prendre la forme de franchise.

**Mots-clés:** Service public, franchise, contrat BOT, nature juridique du service public.

## توطئة (مقدمة):

إن المرفق العام هو نشاط منظم ومتناسق تمارسه مجموعة بشرية قيادية، توجيهية إدارية وتنفيذية بوسائل مادية وفنية وقانونية لتحقيق غرض محدد. والهدف الأساسي من وجود المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع الحاجات العامة، سواء كانت مادية أو معنوية لمواطني الدولة. وهذه المصلحة العامة تكون متلائمة مع الطبيعة الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية السائدة في كل مجتمع ودولة.

وحتى يكتسب أي جهاز إداري صفة مرفق عام لا بد وأن يرتبط بالدولة أو الإدارة العامة وذلك حسب الوظيفة التي يؤديها، وهذا الارتباط لا يكون إلا وفقا للعنصرين السابقين، وبالتالي نجد المرفق العام ما هو إلا أداة في يد الدولة لتحقيق النفع العام وعلى هذا الأساس يكون ارتباط المرفق العام مجرد خضوع للسلطة المختصة من حيث الإنشاء، والتنظيم، والتسيير، والرقابة.

كما أن المرفق العام هو مشروع يخضع لقانون خاص واستثنائي والمقصود بالنظام الاستثنائي هو الأحكام والمبادئ القانونية التي تختلف عن تلك التي تحكم وتنظم القانون العادي. ونشير في هذا السياق إلى أن النظام الاستثنائي الخاص الذي يحكم المرافق العامة له دور أساسي في تحديد مفهوم القانون الإداري كونه مستقلا ومختلفا تماما عن قواعد القانون العادي.

وتقسم المرافق العامة وفقا لأنشطتها إلى المرافق العامة الإدارية وهي المرافق التي تمارس النشاط الإداري انطلاقا من كونه وظيفة إدارية بحتة. وتدخل فيها المرافق التقليدية التي تعد أساسا، لمفهوم القانون الإداري، وتتصب على وظائف الدولة الأساسية في حماية الأمن الداخلي والخارجي. يخضع هذا النوع من المرافق لقواعد القانون العام، ومن أمثلتها: مرفق العدالة، ومرفق الصحة ومرفق التعليم...

أما المرافق العامة الاجتماعية فهي مجموعة المرافق العامة التي تمارس نشاطا اجتماعيا من أجل تحقيق أهداف اجتماعية ومن أمثلتها: مرفق الضمان الاجتماعي، ومرفق التأمينات... ويخضع هذا النوع من المرافق لقواعد القانون الإداري والقانون الخاص.

أما المرافق العامة الاقتصادية فيقصد بها المرافق التي تزاول نشاطا اقتصاديا بهدف تحقيق أهداف اقتصادية لإشباع حاجات عامة صناعية، أو تجارية، أو مالية، أو زراعية. وتخضع هذه المرافق لقواعد القانون الإداري والقانون الخاص (القانون التجاري وقانون العمل). ومن أمثلتها مرفق النقل بأنواعه، البري، والبحري، والجوي، وبواسطة السكك الحديدية.

وهناك المرافق العامة المهنية أو النقابية، حيث تتولى هذه المرافق توجيه النشاط المهني بواسطة هيئات يخولها القانون بعض امتيازات السلطة العامة كنقابات المهن الزراعية ونقابة المهندسين ونقابة الأطباء، وغرف التجارة وغيرها... حيث تلزم القوانين المشتغلين بإحدى هذه المهن أن يشتركوا في عضويتها، وأن يخضعوا لسلطتها. وكمثال على هذا النوع من المرافق نذكر: نقابة المحامين، ونقابة الأطباء... وتخضع هذه المرافق لمزيج من قواعد القانون الإداري والقانون الخاص.

تفاوتت واجبات الدولة ومسؤوليتها الإدارية بصفة عامة بين الدولة الحارسة وأخرى متدخلة بحسب المبدأ السياسي والاجتماعي الذي تسير عليه ويتولى المشرع حال تدخله تحديد مجالات النشاط التي يحق للإدارة ارتيادها وتلبية احتياجات عامة للمواطنين من تلك الأنشطة وذلك استنادا إلى فكرة المرفق العام.

وتبعاً للنشاط الذي يؤديه المرفق العام يتضح الأسلوب الذي يسير به هذا المرفق وبالتالي هناك عدة طرق وأساليب لتسيير المرافق العامة، خاصة بعد انتقال دور الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة، مما سمح بإنشاء عدة مرافق عامة.

وتمحورت هذه الأساليب في ما يلي:

- الامتياز (الالتزام)
- المؤسسة العامة
- الإدارة المباشرة

وما يهمنا حالياً هو الامتياز حيث تقوم الإدارة في هذا الأسلوب بمنح امتياز تسيير المرافق العامة لأحد الأشخاص سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، لمدة زمنية محددة بغرض تحقيق الأهداف التي أنشئ من أجلها المرفق العام. وفي هذه الحالة تكون الإدارة قد تخلت عن تسيير المرفق فقط بسبب اتساع نشاطها وكثرة أعبائها، ويتم ذلك بواسطة عقد الامتياز.

- والإشكالية المطروحة: التقدم الحاصل في الدولة ومؤسساتها هل صاحبه تطور لمفهوم عقد الامتياز؟

### 1- عقد الامتياز والنظرة التعريفية:

وفقاً للتشريع الفرنسي فهو: اتفاق تحمل فيه الإدارة الملتزم المتعاقد معها وهو شخص من أشخاص القانون الخاص مهمة إدارة وتسيير مرفق عام على مسؤوليته وبتحمل مخاطره مقابل الحصول على رسم من المنتفعين بخدمات المرفق<sup>(1)</sup>.

ويعرف الفقه الفرنسي امتياز المرفق العام بأنه:

**(La concession des services publics est définie comme un 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)<sup>(2)</sup>.**

كما عرفه الفقه الجزائري على أنه عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير مرفق عمومي في إطار احترام دفتر الشروط مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر وأعباء تسيير المرفق<sup>(3)</sup>.

ويعرفه الأستاذ أحمد محيو بأنه (أسلوب تسيير يتولى من خلاله شخص (شخص خاص بصورة عامة) يسمى صاحب الامتياز، أعباء المرفق خلال فترة من الزمن يتحمل خلالها النفقات ويتسلم الدخل من المنتفعين بالمرفق)<sup>(4)</sup>.

أما الفقه المصري فقد عرفه على أنه عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها عقد الامتياز أو أنه طريقة تعهد بمقتضاها الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة، وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام<sup>(5)</sup>.

يغطي المرفق العام مختلف الأنشطة والأجهزة الخاضعة للدولة والجماعات المحلية، ويعتبر المرفق العام وسيلة في يد الدولة لتنفيذ الخدمة العمومية من أجل تلبية الحاجات العامة، وتنوع هذا الأخير جعل من الطبيعي تنوع طرق تسيير المرفق من جهة، فكل نوع تناسبه طريقة تسيير من جهة أخرى، فهناك مرافق غير قابلة للتفويض ومرافق قابلة للتفويض جزئياً أو كلياً، والتي تتم إدارتها بأساليب وطرق متعددة من بينها عقد الامتياز الذي يعدّ محوراً ووجهاً لتفويض المرفق العام في الجزائر، كما يعدّ هذا الأخير أحد الطرق الثلاثة الكلاسيكية لتسيير المرافق العامة بعد التسيير المباشر والتسيير عن طريق المؤسسة العامة.

وقد تطورت فكرة المرفق العام حيث أقامت الدولة أو الهيئات أو المؤسسات العامة مشروعات مرافق عامة بهدف إشباع رغبة الجمهور وتأمين ما يحتاجونه من خدمات، وكثيراً ما يعهد إلى شخص عادي مهمة إدارة تلك المشروعات واصطلاح على تسمية ذلك: امتياز المرفق العام من الأمور المسلم بها أن إنشاء أو إلغاء المرافق العامة هو من سلطات الإدارة تتصرف فيه بمطلق حريتها وتقديرها وذلك حسب ما تراه يتفق والصالح العام، فلا يمكن للأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام بحجة كونه ضرورياً أو الاعتراض على إلغاء مرفق عام آخر استناداً إلى حق مكتسب يدعى به، ولقد كان تدخل الدولة في مجال نشاط خدمة الأفراد محدوداً في أول الأمر ثم صار تدخلها ينمو ويزداد عن طريق أنظمة المرافق العامة إلى أن إدارة هذه المرافق بصفة عامة تتطلب إمكانيات بشرية ومادية لا بأس بها لذلك ظهر ما يسمى بعقد الامتياز على المرفق العام<sup>(6)</sup>.

## 2- الطبيعة القانونية لعقد الامتياز:

يوصف القانون الإداري بأنه قانون قضائي لأن حرية القاضي الإداري في استخلاص قواعده أوسع بكثير من حرية القاضي العادي في سائر القوانين الأخرى، فقد استطاع القاضي الإداري أن يدخل في عالم القانون قواعد هي في حقيقة الأمر من صنعه حتى أصبح دوره مكملاً للتشريع لعدم وجود تقنين عام وشامل في مادة القانون الإداري، وما يزال باب الاجتهاد مفتوحاً ليوكب التطور، فالثبات يتنافى والكثير من قواعد القانون الإداري خاصة ما يتعلق بعقد الامتياز ذي الطبيعة التراكمية لتعرضه للتغيير والتطوير في جوانبه التنظيمية والتشريعية والاقتصادية حسب معطيات التقدم العلمي والتكنولوجي<sup>(7)</sup>، وفي ضوء ذلك يتسنى تكييف عقد الالتزام من خلال تقييم عناصره وخصائصه الذاتية ويرى الفقيه **DUGUIT** أن الالتزام عقد مركب يحتوي على نوعين من الشروط:

**1-2- شروط تعاقدية:** تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وتتناول الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام من ناحية والملتزم من ناحية أخرى وهي شروط لا تهم المنتفعين كمدة الالتزام وكيفية الاسترداد والأحكام الخاصة بتنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الالتزام<sup>(8)</sup>.

**2-2- شروط لائحية:** لا يقتصر أثرها على الملتمز بل تمتد إلى المنتفعين خاصة تلك المتعلقة بتنظيم المرفق العام وسيره كتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها والإجراءات الكفيلة بالمحافظة على سلامة المنتفعين وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق<sup>(9)</sup>.

وبالتالي فإن الدولة مكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة فإذا عهدت أمر القيام بها لشخص آخر ملتزم وجب أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام

كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولهذا فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزا لائحيا يخول الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة تقتضيها قيام المرفق واستغلاله لهذا المركز اللائحي هو الذي يسود العملية بأسرها. أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام، وأنه ولو أن الشروط اللائحية تنقرر باتفاق بين السلطة المانحة للالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ولا تترتب عليه التزامات دائنيه ومديونية، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا فإن حق الدولة في التعديل بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل.

وظل الرأي السائد في الفقه الفرنسي أن الالتزام وليد أمر انفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من ولاية أمره ويرضخ له الملتزم اختيارا لقبوله شروط الالتزام<sup>(10)</sup>.

وهذا الرأي وإن كان يحتفظ للإدارة بحقها في التدخل والتعديل في قواعد الالتزام وإلغائه إذا اقتضى الأمر ذلك دون ما حاجة لرضاء الطرف الآخر، إلا أنه يغفل جانب الملتزم ويهدر حقه كطرف ثاني في عقد الامتياز، لذا أهمل مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي والمستمد من فكرة السلطة العامة وأيد فكرة المرفق العام كما جاء في حكم **TERRIER** الصادر في 6 فيفري 1903<sup>(11)</sup>.

ثم اتجه الرأي بأن عقد الامتياز من عقود القانون المدني يخضع لما تخضع له هذه العقود من أحكام وحينذاك صاغ العميد (دوجي) نظرية المرفق العام فنالت القبول لدى كل من الفقه والقضاء ومبناها أن الالتزام هو عمل قانوني مركب يحتوي على نوعين من النصوص:

✓ **نصوص تعاقدية:** تشمل الأعباء المالية المتبادلة ومدة الالتزام وكيفية استرداد الالتزام وتنفيذ الأشغال العامة....

✓ **نصوص لائحية:** يمتد أثرها إلى المنتفعين والتي تتصل بتنظيم المرفق وسيره وتحديد الرسوم والإجراءات الكفيلة بسلامة الانتفاع وشروط الخدمة.

وبصفة عامة يعتبر من النصوص التعاقدية تلك القواعد التي يمكن الاستغناء عنها لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة المباشرة وتسري النصوص اللائحية والتعاقدية معا حين يدار المرفق العام عن طريق الملتزم

### 3- توجه الجزائر في منحها لعقد الامتياز لنظام (B.O.T):

نتيجة إتباع الدولة سياسة الاقتصاد الحر، وما يستتبع ذلك من مشاركة رأس مال الخاص في مشروعات السنة الأساسية، فقد ظهر نوع جديد من عقود التزام المرافق العامة والذي عرف بعقد البوت (BOT) أو عقد البناء والتملك ونقل الملكية، ونظرا لحدثة هذا النظام على المستوى الدولي وكونه يضم عدداً من العناصر التعاقدية المختلفة، فإنه ولغاية الآن لم يتم وضع تعريف موحد جامع ومانع لتعريف هذا النظام وتحديد ماهية العقود التي تندرج تحت هذا المسمى من غيرها من العقود. وعرف فقهاء القانون العام والخاص عقد BOT<sup>(12)</sup> بأنه عقد تعهد بموجبه الدولة إلى إحدى الشركات سواء كانت وطنية أم أجنبية من القطاع الخاص في الغالب أو العام، بامتياز أو ترخيص للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة وتقدمه شركة المشروع وغالبا ما يكون من المشاريع الأساسية للدولة والمتعلقة بمرفق من مرافقها العامة، وفي حالة الموافقة من قبل الحكومة تقوم شركة المشروع بتصميمه وبناءه وتملكه واستغلاله تجاريا لفترة معينة ينص عليها في العقد، وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف البناء بالإضافة إلى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا، وفي نهاية المدة المحددة

المتفق عليها بين الحكومة وشركة المشروع ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبحالة جيدة دون تحمل الحكومة لأي تكلفة<sup>(13)</sup>.

لم يورد المشرع الجزائري أي تعريف لعقد البوت، ولم يذكر أي تسمية له في مختلف القوانين والأنظمة، إلا أنه أتى بصيغة من صيغ عقد البوت، وذلك من خلال قانون المياه رقم 12/05<sup>(14)</sup>، أين استعملت الدولة هذه الصيغة خاصة في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة، حيث توصلت "الجزائرية للمياه" إلى إبرام عقد بصيغة BOT مع الشركة "BARNAINYSET/LEMNA" الإسبانية لإنجاز مصنع بسعة 100.000 م<sup>3</sup> بوهران<sup>(15)</sup>، وكذلك قانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة قنوات رقم 01/02 في المادة 02<sup>(16)</sup>.

من خلال استقراء المادتين السالفتي الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري تطرق إلى جميع مراحل تنفيذ عقود البوت وهي: الإنجاز أو البناء، والاستغلال، وبعدها رجوع المنشآت إلى الدولة بدون مقابل بعد تنفيذ عقد امتياز أو التفويض.

ويتضح لنا من هذه التعاريف عدم وجود إدماج حول طبيعة عقد البوت وتكييفه القانوني، فهناك من يقول إن عقد البوت من عقود الامتياز لأن الإدارة طرف فيه، وهناك من يعتبره من عقود القانون الخاص نظرا للسماح لأشخاص القانون الخاص المشاركة فيه، وجانب آخر يعتبره من طبيعة خاصة لاختلافه عن العقود الإدارية الأخرى.

وبالتالي يستلزم مراجعة كل عقد على حدة والتأكد من توافر عناصر العقد الإداري من عدمه ونحن نعتبر عقد البوت من عقود الامتياز، مع اختلاف في بعض الجوانب الفنية والمالية نظرا لضخامة المشروع وتركيبية هذا العقد المتكون من اتفاقيات بين الدولة وصاحبة المشروع من جهة، وبين صاحب المشروع ومقاول التشغيل من جهة أخرى.

نستخلص مما سبق أن عقود البوت هي من فئة العقود الإدارية، فالحقيقة أن هذا الأخير يحتوي على أغلب العناصر التي يحتويها عقود امتياز المرافق العامة، ولكن إلى أي مدى يقترب عقد البوت من عقود التزام المرافق العامة؟ وما هو الاختلاف والتباين الموجود بينهما؟

يتفق عقد البوت مع عقد امتياز المرافق العامة في بعض الجوانب المتمثلة في:

تعتبر الإدارة طرفا في العقد في كل من عقد البوت وعقد الامتياز حيث إن العنصر الرئيسي هي الدولة أو أحد أجهزتها ويقومون على تحقيق المنفعة العامة من جهة وتحقيق المنفعة الخاصة من جهة أخرى<sup>(17)</sup>.

أما المقابل المالي فإن الإدارة تقوم في عقود البوت بتحميل الملتزم بعض حقوق والتزامات السلطة العامة فيما يقتضيه قيام المرفق العام واستغلاله، وهذا ما نجده تماما في عقد التزام المرفق العام فقد تعطي الملتزم الحق في الحصول على المقابل المالي، وهذا الأخير مرتبط بالمقابل المالي الذي ينقضاء المتعاقد بنتائج الاستغلال، لتأخذ فكرة المخاطر المرتبطة بالتشغيل معنى واسعا، إذ يتحصل المتعاقد على خصومة مالية من المنتفعين بالخدمة، مما يربط نتائج الاستغلال بمستخدمي المرفق العام نتيجة العلاقة المباشرة التي تربط المتعاقد بالجمهور.

ومن حيث المدة يتميز عقد البوت كعقد الامتياز تماما بطول المدة المحدد له، وذلك حتى يتمكن المستثمر من تعويض ما تكبده من نفقات في سبيل إنشاء المرفق وإدارته وصيانته، وفي الغالب تتراوح عقود البوت ما بين 20 إلى 30 سنة، وقد تصل في بعض الأحيان إلى 50 أو 99 سنة.

وفي الأخير يتوافق عقد البوت مع عقد امتياز المرفق العام في مسألة إسناد إدارة المرفق العام وتشغيله إلى القطاع الخاص، ليتحمل في ذلك المستثمر أو الملتزم عبء ومخاطر التشغيل طوال مدة العقد المحددة.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الامتياز وعقد البوت من العقود الإدارية وهما من اختصاص القاضي الإداري ويخضعان للتحكيم إذا كان المستثمر طرفاً أجنبياً، غالباً ما ينص في صلب عقد البوت على اختصاص مركز التحكيم التجاري الدولي بدولة ما على حسم المنازعات الناتجة على هذا العقد<sup>(18)</sup> رغم تطابق عقد البوت مع عقد الامتياز في بعض الجوانب إلى أن الاختلاف يظل جوهرياً بينهما والمتمثل في:

- تملك الإدارة في عقد الامتياز حرية اختيار متعاقديها، ولكن هذه الحرية منتفية في عقد البوت، كما أن في عقد الامتياز لصاحب الامتياز مزايا السلطة العامة، بينما حائز لعقد البوت يفتقد لهذه المزايا.
- يحتوي عقد البوت على عنصر رئيسي وهو "البناء" أي تشييد المشروع وإقامته من ماله الخاص، والذي في الغالب ما يكون عبارة عن مبالغ مالية ضخمة واستثمارات كبيرة، في حين أن الملتزم في عقود التزام المرافق العامة يقتصر دوره فقط على إدارة واستغلال المشروع القائم فعلاً مع تحمل تكاليف الإدارة والاستغلال، ولكن ذلك لا يمنع من أن تقوم الإدارة بتضمين عقد الامتياز شرطاً يقتضي التزام صاحب الامتياز بالقيام بمنشآت مهمة، وهذا ما يقره من عقود الامتياز وهو شرط يقتضيه البوت<sup>(19)</sup>.
- إن عقد الامتياز المرافق العامة تكون الملكية للدول، ولا تكون لصاحب الامتياز سوى الحيازة بشروط تضعها الدولة على خلاف عقد البوت التي تنتقل الملكية إلى شركة المشروع التي تتعهد وتلتزم بإعادتها بحالة جيدة عند نهاية المدة المحددة في العقد، كذلك في عقد الامتياز المرفق يستطيع صاحب الامتياز أن يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد والتعويض عليه في حالة ما قامت الإدارة بالإخلال بموجباتها التعاقدية، بينما لا يمكن للمستثمر في عقد البوت المطالبة بالتوازن المالي لأن ليس للإدارة أصلاً أن تزيد الأعباء والموجبات التعاقدية عليه.
- كما يمكن إعفاء صاحب الامتياز في عقد امتياز المرفق العام من بعض الضرائب والرسوم وهذا الأمر متعذر من حائز عقد البوت.
- ينحصر محل عقد البوت في المرافق العامة الاقتصادية، أما محل عقد امتياز المرفق العام. فبيتها إلى المرافق العامة التجارية وإلى بعض المرافق العامة الإدارية<sup>(20)</sup>.

نستخلص من كل ما قدمناه أن عقود البوت ما هي في الحقيقة إلا صورة جديدة وحديثة من صور عقود امتياز المرافق العامة، وذلك لوجود عنصر جوهري مشترك بينهما، ألا وهو موضوع هذه العقود ويتمثل في إدارة واستغلال المرافق العامة، بالتالي يفترض خضوع عقود البوت لذات الأحكام التي تخضع لها عقود الامتياز من قواعد إبرام العقود الإدارية، كما يعتبر عقد البوت طريقة جديدة لإنشاء وتمويل المرافق العامة، وحلاً وسيطاً بين خصوصية المرافق العامة والتخلي عليها للخواص وبين تولي الدولة لهذه المرافق، فهو يجمع بين محاسن الأسلوبين.

#### 4- الاسترداد وفسخ عقد الامتياز بنظام B.O.T:

يقصد بالمدة في عقد الامتياز الفترة التي تمنح للملتزم لإدارة واستغلال المرفق العام ويعبر عنها بـ مدة الاستغلال وهي مدة طويلة نسبياً فلا يتصور أن ينعقد امتياز لبضع سنوات بل تتراوح مدته ما بين 20 و 99 سنة<sup>(21)</sup>، أما المشرع الجزائري فقد نص على مدة الانتفاع من خلال نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق التراضي للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة

لإنجاز مشاريع استثمارية، يمنح الامتياز لمدة أديها ثلاث وثلاثون 33 سنة قابلة للتجديد مرتين وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة<sup>(22)</sup> وبذلك فهو يتميز بطول المدة الزمنية المحددة لتنفيذ العقد ويراعى في ذلك أن تكون مدة الامتياز كافية لتغطية نفقات المشروع وذلك للسماح للملتزم بقدر معقول من الربح.

هذا ولما كان الامتياز من طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها فلا يمكن أن تكون المدة مؤبدة، إذ إنه بانقضاء المدة المتفق عليها في العقد تحل النهاية الطبيعية لعقد الامتياز وينقضي العقد بقوة القانون، وبالتالي يتحرر المتعاقد من التزام إدارة المرفق العام ذلك ما لم يتقرر تمديد العقد أو تجديده طبقا لحكم القانون الذي يخضع له عقد الامتياز.

قد تفرض مقتضيات المصلحة العامة على جهة الإدارة استرداد المرفق قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد شريطة أن تعوض الملتزم كل الأضرار التي لحقت به، وليس للملتزم أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب أو القوة الملزمة للعقد وهذا ما أكده الفقه والقضاء<sup>(23)</sup>.

إن استرداد الالتزام إجراء صادر من جانب الإدارة المانحة وحدها فأوضاع الاسترداد غالبا ما ينظمها عقد الامتياز ويطلق عليه في هذه الحالة الاسترداد التعااقدي، كما أن الاسترداد يختلف عن حالات انتهاء العقد بناء على طلب الملتزم أو بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة أو لانتهاء مدته أو انتهائه بالفسخ القضائي أو إسقاط الالتزام لأخطاء جسيمة ارتكبتها الملتزم.

ويستهدف القانون في مجال الاسترداد الموازنة بين اعتبارين أساسيين يتصلان بطبيعة عقد امتياز المرفق العام.

الاعتبار الأول هو أن للإدارة المانحة للامتياز الحق في إنهاء العقد وإدارة المرفق بالأسلوب المباشر، إذا ما ارتأت لذلك سببا ضروريا لحسن سير المرفق العام وكفالة أداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة.

أما الاعتبار الثاني فإن عقود الامتياز تتطلب تخصيص استثمارات مالية كبيرة لإنشاء وتشغيل المرفق العام وإدارته وهذه العقود بحكم طبيعتها طويلة المدة، ليتمكن الملتزم خلالها من تعويض النفقات التي تكبدها في سبيل ذلك، ولهذا يكون إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي عقد الامتياز أمرا لازما.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن الملتزم في حالة تكبده لنفقات كبيرة في عمليات الإنشاء والتشغيل، يتعين معه إقرار ضمانات لصالحه في مواجهة أي استرداد يطرأ قبل الأوان ومنحه تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب، ويحق للملتزم أن يطلب من القاضي إلغاء قرار الاسترداد في حالة عدم مشروعيته وكذلك إذا لم يستند القرار إلى أسباب جادة مستوحاة من المصلحة العامة<sup>(24)</sup>.

ويحدث أن يفسخ عقد الامتياز قبل نهاية مدته إما باتفاق طرفي الرابطة العقدية أو بحكم قضائي أو بقوة القانون، حيث يتم الفسخ باتفاق بين الإدارة والملتزم قبل نهاية مدة العقد ولهذا يختلط الفسخ مع طريقة الاسترداد حيث يختلفان من حيث الأساس القانوني، فحق الإدارة في الاسترداد حق أصيل سواء نص عليه في العقد أم لم ينص عليه، أما الفسخ فيتم عن تراض كامل بموجب اتفاق يتضمن تقدير التعويض المستحق للملتزم وكيفية سداه، وعادة ما تلجأ الإدارة إلى الفسخ الاتفاقي لصعوبة الالتجاء إلى الاسترداد.

أما الفسخ القضائي فهو لجوء الملتزم إلى القضاء طالبا إنهاء عقده قبل الأوان لأسباب نذكر منها خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ التزامات تعديل الإدارة لشروط عقد الامتياز على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد إخلالا

جسيما، بصورة تفوق إمكانات الملتزم الاقتصادية أو إذا اختل التوازن المالي نتيجة ظرف طارئ وثبت للملتزم أن اختلال التوازن المالي للعقد لن يعيده إلى نصابه.

وهناك أيضا الفسخ بقوة القانون ومن أمثلة ذلك حالة القوة القاهرة أو الحرب التي أدت إلى تدمير المرفق المدار بطريق الامتياز أو في حالة وفاة الملتزم إذا تضمن العقد ينقضي العقد بمقتضاه<sup>(25)</sup>.

### خاتمة

ينضح لنا مما سبق تحليله أن عقد الامتياز هو أحد الأساليب الكلاسيكية في تسيير المرافق العامة في الجزائر، إذ يعدّ من أشهر العقود الإدارية المسماة، كما يعدّ هذا الأخير من أنجع أساليب الفكر الليبرالي الحديث لبناء واستغلال المرافق العمومية، وهذا الأخير ينصب على تسيير الأملاك الوطنية العمومية، أو الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة أو للولاية أو للبلدية.

وفيما يتعلق بعقد امتياز المرفق العام وفق نظام (B.O.T) فإننا نرى ضرورة إنشاء هيئة أو جهاز بحوث يتألف من عناصر قانونية وإدارية وفنية ومالية من ذوي الخبرة في مجال دراسة وتقييم المشروعات للنهوض بالمشروعات المراد إنشاؤها بنظام (B.O.T)، كما أنه لا بد من توفير تأمين إضافي لدى شركات ومؤسسات التأمين ضد المخاطر المكفولة لمشروعات (B.O.T)، ووضع إطار تنموي يحدد مجالات الاستثمار وأبعاده الاقتصادية والاجتماعية، في ظل سياسة تعظيم دور القطاع الخاص وتقنين التشريعات التي تكفل جذب المستثمرين وحماية أموالهم في المشاريع، وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي من قواعد وأحكام مساندة لحسن إدارة منظماتهم ومؤسساتهم، والتأكيد على أن دور الدولة في ظل العولمة لا يغيب بل تزداد الحاجة إليه لتحفيز قوى الإنتاج ومضاعفته وإحكام الرقابة على سلامة الأعمال.

كما لا يجب إهمال أهمية الاستقرار القانوني والأمن التشريعي فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطورات ومتغيرات العصر وتحولاته، يعد مظهرا من مظاهر عدم الاستقرار بما يخلفه من أوضاع شاذة بين قانون مطبق وواقع جديد. ولا بد من إعلام المستثمر بالمميزات والعقبات التي تواجه مشروعه من خلال إمامه بالقوانين والتشريعات المنظمة لأنشطة الاستثمارية، ودعم دور جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على توازن حقوق والتزامات المنتفعين بخدمات مرافق الامتياز ومنحها الأدوات والمقومات اللازمة لمواجهة حالات رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة وغيرها.

### التهميش:

- 1- سعاد الشراوي، 1994، القانون الإداري وتحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 49.
- 2- G. Dupuis, Marie-José Guédon, Patrice Chrétien, Droit administratif, 2004, Paris, éditions Dalloz, p 401.
- 3- ZOUAIMIA Rachid, 2012, La délégation de service public (au profil des personnes privées), Edition Belkisse, Alger, p 74.
- 4- محيو أحمد، 1979، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 4.
- 5- محمد سليمان الطماوي، 1999، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، عين شمس- مصر، ص 96.
- 6- المرجع السابق نفسه، ص 96.
- 7- محمد سعيد حسين أمين، 1995، أحكام انقضاء عقد الامتياز المرفق العام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 22.
- 8- عصمت الشيخ، 1999، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 190.
- 9- محمد سعيد حسين أمين، نفس المرجع السابق، ص 104-105.

- 10- محمد أنس قاسم جعفر، 2000، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 68.
- 11- محمد سعيد حسين أمين، نفس المرجع السابق، ص 98.
- 12- تجدر الإشارة أن كلمة أل- BOT أصلها انجليزي وتتكون من ثلاثة حروف والتي تعني باختصار: (B) اختصار لكلمة ((BUILD))، وتعني بناء أو إقامة أو تشييد المشروع (O) اختصار لكلمة (Operate) وتعني تشغيل أو إدارة المشروع (T) اختصار لكلمة ((Transfer)) وتعني نقل ملكية المشروع إلى المصلحة المتعاقدة، ويقابلها باللغة الفرنسية مصطلح (C.E.F) وهي اختصار للكلمات (Construire) أي البناء (exploiter) أي الاستثمار (transférer) أي نقل الملكية. انظر/ وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة: للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 33.
- 13- البهجي عصام أحمد، 2008، عقود البوت B:O:T الطريق لبناء الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، ص 13.
- 14- القانون رقم 12/05، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، ج ر ج ج عدد 60، صادر في 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/08 المؤرخ في 04 أوت 2008، ج ر ج ج عدد 4، صادر في 27 جانفي 2008، والقانون رقم 02/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر ج ج عدد 26، صادر 26 جويلية 2009.
- 15- بوهالي نوال، الجزائرية للمياه مرفق عام، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات، العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 81.
- 16- قانون رقم 01/02، مؤرخ في 05 فيفري 2002، متعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة قنوات، ج ر ج ج عدد 08 صادر بتاريخ 06 فيفري 2002 تنص المادة 2 من المرجع نفسه على ما يلي: "الامتياز حق تمنحه الدولة يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات".
- 17- وضاح محمود حمود، المرجع السابق، ص 57.
- 18- آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 88.
- 19- وضاح محمود حمود، المرجع السابق، ص 58.
- 20- القيسي محي الدين، 2011، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام الخاص والتحكيم في منازعاتهما، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، ص 199.
- 21- محمد سعيد حسين أمين، 1995، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، طبعة 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 25.
- 22- الجريدة الرسمية، العدد 27 المؤرخة في 06 ماي 2009، ص 13.
- 23- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، طبعة الثانية، الطبعة المعدلة، جسور للنشر والتوزيع، ص 362.
- 24- صلاح عبد البديع، 1992، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، حقوق الزقازيق، القاهرة، ص 594.
- 25- سليمان الطماوي، 1984، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الفكر العربي، ص 698.

## قائمة المراجع:

- 1- القانون رقم 12/05، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، ج ر ج ج عدد 60، صادر في 04 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/08 المؤرخ في 04 أوت 2008، ج ر ج ج عدد 4، صادر في 27 جانفي 2008، والقانون رقم 02/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر ج ج عدد 26، صادر 26 جويلية 2009.
- 2- قانون رقم 01/02، مؤرخ في 05 فيفري 2002، متعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة قنوات، ج ر ج ج عدد 08 صادر بتاريخ 06 فيفري 2002 تنص المادة 2 من المرجع نفسه على ما يلي: "الامتياز حق تمنحه الدولة يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات".
- 3- الجريدة الرسمية، العدد 27 المؤرخة في 06 ماي 2009.

- 4- البهجي عصام أحمد، 2008، عقود البوت B:O:T الطريق لبناء الدولة الحديثة دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة.
- 5- القيسي محي الدين، 2011، الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتهما، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر.
- 6- الشرفاوي سعاد، 1994، القانون الإداري وتحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 7- الشيخ عصمت، 1999، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 8- الطماوي سليمان محمد، 1999، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، عين شمس - مصر.
- 9- صلاح عبد البديع، 1992، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، حقوق الزقازيق، القاهرة.
- 10- سليمان الطماوي، 1984، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الفكر العربي.
- 11- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، طبعة الثانية، الطبعة المعدلة، جسور للنشر والتوزيع.
- 12- محمد سعيد حسين أمين، 1995، أحكام انقضاء عقد الامتياز المرفق العام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 13- محيو أحمد، 1979، محاضرات في المؤسسة الإدارية، ترجمة عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 14- محمد أنس قاسم جعفر، 2000، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 15- محمد سعيد حسين أمين، 1995، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، طبعة 1995، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 16- وضاح محمود الحمود، 2010، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة: للنشر والتوزيع، الأردن.
- 17- بوهالي نوال، الجزائرية للمياه مرفق عام، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة ابن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
- 18- آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2013.
- 19- G. Dupuis, Marie-José Guédon, Patrice Chrétien, 2004, Droit administratif, Paris, éditions Dalloz, page 401.
- 20- ZOUAIMIA Rachid, 20012, La délégation de service public (au profil des personnes privées), Edition Belkisse, Alger, 2012, p 74.