

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الطرق المستندة لإدارة وتسيير المرافق العامة عقد البورت نمونجا

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون إداري

تحت إشراف الدكتور:

نسيغة فيصل

من إعداد الطالب:

زعيم إيمان

السنة الجامعية: 2014/2013

دعاء

ربِّي قوْنِي

ثُمَّ قوْنِي

ثُمَّ قوْنِي

حَنِي لَّا اِقْوَىٰ عَلَيَّ اِحَد

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب المعرفة وأعنانا على أداء هذا الواجب

ووفقنا في إنجاز هذا العمل.

أتوجه بجزيل الشكر والإمتنان إلى الأستاذ المشرف الدكتور

فيصل نسيغة الذي أعانني بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي

كانت لي عوناً في إتمام هذا البحث.

الإهداء

إلى نبع الحنان الذي لا ينضب

أُمِّي الحنونة

إلى من علمني الصبر وحب العلم رمز الأباء والصمود

والدي الحبيب

إلى اخوتي الاعزاء

اهدي هذا الجهد المتواضع

الطالبة

كان من الطبيعي وقد تنوع نشاط الدولة وازداد تدخلها في مختلف الأنشطة سعيا وراء إشباع الحاجات العامة وأن تتنوع تبعاً لذلك وسائل هذا النشاط المتمثل في المرافق العامة وأن يستهدف هذا النوع في المرافق العامة الاستجابة بشكل أكمل للأغراض العامة التي أنشئت من أجلها والحاجات العامة التي فرض عليها تأمينها وإشباعها مستخدمة مختلف الطرف لسير المرافق العامة، وعن ذلك ظهرت عدة تعريفات للمرفق العام وأدى تطور مفاهيم المرفق العام إلى تعدد وتنوع أساليب إدارته وتديبره حيث أخذت معظم الدول بتنوع طرق إدارة المرافق العامة سعياً وراء إشباع الحاجات العامة.⁽¹⁾ وفي اختيار طريقة إدارة مرفق من المرافق العامة فإن السلطة المختصة تأخذ باعتبارات متعددة سياسة واجتماعية واقتصادية... الخ، ذلك أن المرافق العامة التي تمس الدولة في كيانها كمرافق الدفاع والأمن تختلف عن مرافق العامة الأقل أهمية كمرفق توزيع الماء والكهرباء، كما أن المرافق العامة الاقتصادية تحتاج بطبيعتها نشاطها إلى وسائل تختلف عن الطرق في إدارة هذه الأنواع من المرافق فتعددت وفقاً لطبيعة ونوع الخدمة التي يؤديها المرفق العام و اختلفت درجة تدخل الدولة وفرض رقابتها بالتشديد أو التخفيف فمن الطرق ما تظهر فيها سيطرة الدولة وهيمنتها على المرفق العام من جميع نواحيه كما هو الشأن في طريقتي الاستغلال المباشر المؤسسة العمومية و لقد حرصت الدولة على أن تكون إدارة تلك المرافق بواسطة هيئاتها العمومية نظراً لأهمية أنشطة تلك المرافق و ارتباطها بمصالح الجمهور، ومن الطرق ما تكون فيها رقابة الدولة على المرفق ضئيلة و يكون للأفراد مجال كبير في تمويل المرفق و إدارته كما هو الحال في طريقة الامتياز. و بما أن هذه الطريقة تخفف العبء على الدولة إدارياً و مالياً فإنها قد عرفت التوسع في التطبيق العملي و ذلك في المجالات التي تتطلب الأخذ بها ، بالإضافة الى اسلوب التدبير المفوض وهو ايضا طريقة معتمدة في ادارة المرفق العامة .

(1) - طرق تدبير المرافق العمومية، مجلة القانون والعلوم الإدارية للتنمية، المغرب، 2004.

عن الموقع: www.Droit-arab.com ثم فحص الموقع يوم 18 مارس 2014 ، على الساعة 16:00.

كما ان هناك طرق اخرى اشتركت فيها الدولة مع الخواص في إدارتها كما هو الشأن في شركة الاقتصاد المختلط وهذه الطريقة تقوم عن التعاون المشترك ما بين الدولة و الخواص في التمويل و الإدارة.

و مع توسع دائرة العمل و تشعب الحياة الاقتصادية وعجز الدول الفقيرة عن توفير الاموال اللازمة لتمويل المشروعات الاقتصادية العملاقة أدى ذلك إلى الحاجة إلى عقود جديدة تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم و بين جهة الإدارة و من هذه العقود عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية (البوت B.O.T) فهذا العقد يعتبر من العقود الحديثة في المعاملات الجديدة المحلية و الدولية و هو جدير بالبحث المستمر و الدراسة المستفيضة وهذا لما يحققه من توازن بين المصلحة الفردية للمجتمع ، و عقد البوت يعني قيام جهة الإدارة بمنح الترخيص لشركة خاصة أو شركة قطاع عام و تبدأ شركة المشروع بعد أخذ الترخيص من الجهة الإدارية بتشديد المشروع من مالها الخاص ثم بعد ذلك تتولى إدارة المشروع بعد إتمام البناء و التشييد لمدة يتم الاتفاق عليها بين شركة المشروع و جهة الإدارة، وخلال هذه المدة تتحمل الشركة كافة التكاليف وجميع الرسوم والعوائد من الجمهور المستفيد من هذا المشروع و بعد انتهاء المدة المتفق عليها تنتقل ملكية المشروع من الشركة القائمة إلى جهة الإدارة بدون مقابل، فالهدف الأساسي لعقد البوت هو تحقيق المصلحة العامة و إشباع الحاجات الضرورية للأفراد أما بالنسبة لأسباب اختيارنا للموضوع فتمثل في أهمية التعاقد بنظام البوت و تكمن هذه الدراسة بالدور الذي تلعبه عقود البوت في التنمية الاقتصادية حيث بدأت الدول بالاتجاه نحو سياسة الاقتصاد الحر و الاعتماد على القطاع الخاص بالإضافة إلى اتجاه النظام الدولي إلى العولمة و تحرير التجارة الدولية بين الدول و كفالة حرية تداول رؤوس الأموال بين الدول المختلفة خاصة أن الحياة المدنية في العصر الحديث تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية و حيث أن هذه المشاريع التي تسعى لتلبية رغبات المواطنين قد تعجز عنها ميزانيات الدول و الخاصة الفقيرة فالحل الأمثل هو التوسع في هذه المشاريع عن طريق عقود البوت و تعاقد الدولة بنظام البوت له منافع اقتصادية تتمثل في زيادة الكفاءة الإنتاجية و تخفيف العبء عن الحكومة و الأخذ بآليات السوق و تشجيع القطاع الخاص لأداء دوره في التقدم الاقتصادي هذه الاعتبارات دفعتنا للاهتمام بالموضوع، و محاولة معالجته بالبحث عن الجوانب القانونية

المرتبطة بهذا النوع من العقود و كذلك البحث في مختلف المسارات التي سارت عليها طرق ادارة المرافق العامة ، من خلال تحليل الإشكالية التالية:

هل شكل عقد البوت منعطفًا جوهريًا في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية؟ وما الأهداف المتوخاة منه مقارنة مع الأساليب التقليدية لإدارة المرافق العامة التي أصبحت متجاوزة مع تأثير العولمة؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية إتباع منهج قانوني وصفي تحليلي، بحيث يتبع المنهج الوصفي من خلال تعريف بعض المصطلحات و توضيح بعض المفاهيم، ويتبع المنهج التحليلي في تحليل مختلف النصوص القانونية والمواقف و النظريات وبيان حجج وانتقادات النظريات.

وعليه عالجنا موضوع الطرق المستحدثة لإدارة و تسيير المرافق العامة- عقد البوت نموذجًا- إلى ثلاثة فصول و فصل تمهيدي تعرضنا خلاله إلى مفهوم المرفق العام أما الفصل الأول فتطرقتنا من خلاله إلى طرق إدارة و تسيير المرافق العامة المتمثلة في الأساليب العامة (الاستغلال المباشر و المؤسسات العامة) بالإضافة إلى الأساليب الخاصة (عقد الامتياز و التدبير المفوض و كذلك طريقة الاقتصاد المختلط).

أما الفصل الثاني فيتضمن دراسة لعقد البوت ابتداءً من مفهومه و كيانه القانوني و إجراءات إبرامه و من ثم الآثار التي يترتبها على أطرفه إلى غاية نهايته و فض المنازعات الناشئة عنه و كذا مزاياه و عيوبه.

نتكلم في هذا الفصل عن ماهية المرفق العام وما يرتبط به من مفهوم للمرفق العام الذي يركز على تعريفه وعناصره وكذلك أنواعه ثم نتطرق إلى مبحث ثاني وهو النظام القانوني للمرافق العامة والذي نوضح من خلاله إنشاء وإلغاء المرافق العامة وكذا تنظيمها والمبادئ التي تحكم سيرها.

المبحث الأول: مفهوم المرفق العام:

إن المرفق العام لا يعد من إفرات الإجهادات الحديثة بل إن له جذور قديمة لاسيما في الفكر الإداري الإسلامي الذي تطرق له في عدة مناسبات إلى الخدمة العمومية والمنفعة العامة، لكن الدولة بمفهومها الحديث لم تعرف هذا المصطلح إلا إنطلاقاً من أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ففي تلك المرحلة كان أساس القانون الإداري يستند إلى قادة السلطة العامة، وعقب أزمة مفهوم القوة العمومية برز مفهوم المرفق العمومي ليوحد نشاط الدولة ويصير له إطار واحد يتمثل في المرافق العمومية أي أن الدولة لم تعد بالآلة التحكيمية بقدر ما صارت ترمز إلى وحدة المجتمع وتضامنه .

المطلب الأول : تعريف المرفق العام

تعتبر فكرة النظام العام من أبرز المفاهيم الشائكة والغامضة في القانون الإداري رغم أهميتها كمعيار للنظام الإداري نظراً لإرتباطها بالمعطيات السياسية والإقتصادية والاجتماعية السائدة بالدولة فإن الفقه والقضاء عادة ما يلجأ إلى التعريف بإستعمال معيارين أساسيين هما المعيار الشكلي والمادي.⁽¹⁾

الفرع الأول : المعيار العضوي (الشكلي)

يولي أنصار المدلول العضوي للمرفق العام أهمية خاصة لعنصر السلطة العامة فقد عرف المرفق العام بأنه منظمة عامة تباشر قدراً معيناً من السلطات والإختصاصات التي تكفل وتضمن لها إشباع حاجة جماعية على نحو منتظم ومطرد، لذا قيل أنه يشترط لإعتبار نشاط معين مرفقاً معيناً أن يتولاه شخص معنوي عام بهدف تحقيق منفعة عامة للأفراد وإن المرفق العام أيضاً صورة من صور النشاط الإداري يتولى بمقتضاه شخص معنوي عام إشباع حاجة جماعية ولقد بلغ حماس أنصار المدلول العضوي لعنصر السلطة العامة أقصاه عند الأستاذ "Benoit" حيث عرف المرفق العام بأنه تعبير عن روح السلطة العامة وجوهرها.

(1)- محمد الصغير بعلي، الوجيز في القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة، 2002، ص 205 .

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي (المادي)

يولي أنصار المدلول المادي عند تعريف المرفق العام أهمية خاصة لعنصر النشاط نفسه وما ينطوي عليه من نفع عام فقد عرف الأستاذ دوجي المرفق العام بأنه عبارة عن نشاط ينظمه ويتولاه ويشرف عليه الحكام لأن إضطلاعهم بأمر هذا النشاط ضروري لتحقيق التضامن الإجتماعي وتطوره بحيث لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه إلا بتدخل السلطة الحاكمة⁽¹⁾ وعن الفقه الجزائري فقد أشار الأستاذ أحمد محيو عليه بقوله " مفهوم المرفق العام ليس ولا يمكن أن يكون مفهوما قانونيا مجردا وحياديا، وليس له معنى في ضوء محتواه والغايات الإقتصادية والإجتماعية التي إستندت له والتي يجب تحييدها مسبقا قبل إعداد النظام القانوني للمرفق، وتعيين الجهة المؤهلة لإحداث هذا المرفق أو ذلك"⁽²⁾

ولقد حاول جانب من الفقه الجمع والتوفيق بين المدلول الشكلي والمادي في تعريفهم للمرفق العام فيعرف على أنه " مشروع يعمل بانتظام وإطراد تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين"⁽³⁾

المطلب الثاني: عناصر المرفق العام:

من خلال تعريف المرفق العام تتضح عناصره المتمثلة في أنه مشروع عام ذو نفع عام مرتبط بالدولة والإدارة العامة أي خضوعه للسلطة العامة، إلى جانب خضوعه لنظام قانوني خاص وإستثنائي.

(1)- علي خطار شطناوي ، القانون الإداري الأردني الكتاب الأول، مبادئ القانون الإداري والتنظيم الإداري ، نشاط الإدارة العامة ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص 220 .

(2)- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص59.

(3)- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1979 ص 25 .

الفرع الأول: المرفق العام مشروع عام تنشئه الدولة ويحقق المصلحة العامة:

أولاً: المرفق العام مشروع عام تنشئه الدولة:

ويقصد بذلك أن الدولة هي التي تقدر إعتبار نشاط ما مرفق عام، وتقرر إخضاعه للمرافق العامة بناء على قانون معين، وليس من اللازم أن يكون كل مشروع تحدثه الدولة أن تتولى هي مباشرة إدارته فكثيرا ما تعهد الإدارة إلى الأفراد أو شركة خاصة بأداء خدمات عامة تحت إشرافها وهو الوضع الذي يجسده نظام الإمتياز أو الشركات المختلطة ويفترض في المرفق العام الذي تتولى الدولة إحداثه أن يكون على قدر من الأهمية وإلا لكان قد ترك الأفراد، وفي هذا المعنى قدم الفقيه ديجي وصفا للمرفق العام بإعتباره نشاطا بأنه: أنواع النشاط أو الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات وفي دولة معينة أن على الحكام القيام بها نظرا لأهمية هذه الخدمة للجماعة، ولعدم إمكانية تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام⁽¹⁾

ثانياً: هدف المرفق العام تحقيق المصلحة العامة : عرفنا سابقا أن المرفق العام مشروع يستهدف تحقيق مصلحة عامة، وهذا العنصر هو أكثر العناصر إثارة للجدل من جانب الفقهاء. ذلك أن مصلحة العامة هي هدف كل وظيفة إدارية بل وحتى المؤسسات التي تسيروها الدولة والتي تكون غايتها تجارية بحتة كالمؤسسات الإقتصادية' إنما تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة.

كما أن المصلحة العامة ليست حكرا على الإدارة فمن الوظائف التي يمارسها الأشخاص العاديون ما تتصل كذلك بالمصلحة العامة كخدمات البناء والنقل ولقد إقترح الفقه معيارا للخروج من هذه الإشكالية فإذا كانت المصلحة العامة تمثل الغاية الأولى من النشاط الذي يقوم به الشخص القانوني وتوفرت الأركان الأخرى يتكون المرفق العام، أما إذا كانت المصلحة العامة تمثل غاية ثانوية لهذا النشاط فإن الوظيفة لا ترتقي إلى منزلة المرفق العام .

(1)- عمار بوضياف، محاضرات قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك ، ص 11 ، عن الموقع www.a-accademy.org/docs/alnnachatt.aledari ، تم الإطلاع على الموقع يوم 18 مارس 2014 ، على الساعة 15:10.

يقول ديني شابي في هذا الصدد " إذا كانت الوظيفة تمارس أساسا لصالح الغير فإنها تمثل مرفقا عاما وإذا كانت تمارس أساسا للمصالح الذاتي للمصلحة التي نتبعها فإنها تمثل وظيفة لصالح النفع الخاص"

ويترتب على تمييز المرفق بهذا الوصف إن كل مرفق ينبغي أن يخضع إلى مبدأ

المجانية(1)

الفرع الثاني: خضوع المرفق العام للسلطة

إذ كل مشروع يهدف إلى تحقيق النفع العام يعتبر مرفقا عاما لأن هناك مشاريع خاصة تهدف إلى تحقيق النفع العام كالمدراس والجامعات الخاصة، والشبكات التي يميز بين هذين المشروعين هو خضوع المشروع لسلطة الدولة أو السلطة العامة أو سلطة إحدى الأشخاص العامة الإدارية، وعليه إذا خضع المشروع للسلطة العامة من أمر و عد مرفقا عاما ولقد وضع الأستاذ عوابدي إرتباط المرفق العام بالدولة على أنه خضوع المرفق للسلطة العامة المختصة في الدولة إنشاء و تنظيم و تسيير و رقابة وإلغاء فالمرفق العام يخضع للسلطات العامة التشريعية والتنفيذية والإدارية وهذا ما يميز المرفق عن المشروعات الخاصة.

إذ ما يميز المرافق العامة أن تكون خاضعة في إدارتها للسلطة الحاكمة الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية بمعنى أن تكون الكلمة النهائية في إدارة المشروع وتوجيهه وتنظيمه وتسييره للسلطة وتحديد نشاطه وقواعده، فهذه السلطات وحدها التي تستطيع إستعمال وسائل القانون العام، فالدولة هي التي تضع التنظيم الخاص بالمرفق وتبين أقسامه وفروعه وتعيين موظفيه وتمارس الرقابة على النشاط وعلى الأشخاص (2)

الفرع الثالث: خضوع المشروع للنظام القانوني الخاص بالمرافق العامة

ترى طائفة أن خضوع المشروع لنظام قانوني خاص لازم لقيام المرفق العام بينما يرى أنصار الطائفة الثانية أنه لا يعد ركنا ضروريا لقيام المرفق العام الإتجاه الأول: ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن خضوع المشروع لنظام قانوني خاص يعد ركنا لازما لقيامه، فذلك ركن لا غنى عنه من أركان المرفق العام، فقد قيل بأن المرفق

(1)- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 12 .

(2)-حسين طاهري، القانون الإداري دراسة مقارنة الخلدونية ، ط1، د ب ن، 2007، ص 82.

العام يعني النظام القانوني فهو مجموعة من الوسائل والإمكانيات عن القانون المشترك (القانون العام) ، فلم يعد المرفق العام مجرد تنظيم أو منظمة⁽¹⁾

و انما هو نظام، فأى مرفق عام يخضع لقدر معين من القواعد القانونية تحكم سيره **الإتجاه الثاني:** يرى جانب آخر من الفقه أن الخضوع للنظام القانوني الخاص ليس ضروريا ولازما إعتبار نشاط معين مرفقا عاما لذا قيل لا يمكن التسليم وقبول وجهة أنصار التعريف الضيق، فلا يجوز اللجوء إلى فكرة النظام الإداري الخاص إلا كقرينة تطبيق على المرافق العامة التي تتولى إدارتها التنظيمات الخاصة وبعد دراسة الإتجاهين نرى أنه من:

الصعب التسليم بالرأي القائل بإعتبار الخضوع لقواعد وأحكام النظام الإداري مجرد نتيجة تترتب عن تكييف النشاط بأنه مرفق عام بل انه ركن ضروري ولازم ومكون للمرفق العام لذا قيل ويحق عندما يكون القانون الإداري هو القانون الواجب التطبيق يكون هناك مرفق عام، وليس لأن هناك مرفق عاما يجب تطبيق القانون الإداري فمهما كانت طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق وبدرجات متقارنة فمن غير المتصور وجود مرفق عام يخضع بصفة كلية ومطلقة لقواعد القانون الخاص، فإذا كان النظام القانوني الذي تخضع له المرافق العامة يتضمن قواعد وأحكاما قانونية عامة فإن الإختلاف يتمثل ويظهر في مدى الخضوع لهذه القواعد القانونية فيتنوع ويختلف حسب نوع المرفق والفئة التي ينتمي إليها فتخضع المرافق العامة الإدارية للنظام الإداري بصفته كلية مطلقة في حين تخضع المرافق العامة الصناعية والتجارية بقدر محدود من هذه القواعد ولمدى بسيط، لهذا ليس من الضروري أن يتمتع المرفق العام بجميع إمكانيات القانون العام، فكل مرفق عام يتميز بالقدر اللازم والضروري من إمكانيات القانون العام، خصوص تلك الإمكانيات التي تكفل حسن سيره وحسن تقديمه للخدمة العامة.⁽²⁾

(1)- علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 230 .

(2)- علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 231.

المبحث الثاني النظام القانوني للمرافق العامة

لدراسة النظام القانوني لمرافق العامة يجب التطرق لقواعد إنشائه والمبادئ التي تحكمه

المطلب الأول: إنشاء وإلغاء المرافق العامة

الأصل العام أن القانون هو الذي ينشئ المرافق العامة وبعد صدور دستور 1958 من فرنسا أصبح إنشاء المرافق العامة يدخل في إطار السلطة اللائحية وكذلك إلغاؤها إلا أنه بالنظر إلى النصوص الدستورية الأخرى يبين محدودية الإختصاص اللائحي للحكومة في هذا الشأن سواء بإنشاء أو إلغاء المرافق العامة (1)

الفرع الأول: إنشاء المرافق العامة:

المقصود بإنشاء المرافق العامة هو تأسيس مشروعات كافية تعمل لإشباع الحاجات العامة أو تحقيق النفع العام الذي يخولها إستعمال وسائله في النشاط والإدارة وفرض قيود على الحريات الفردية ويتم ذلك:

- إما بإستحداث مشروع عام لأول مرة

- أو بتحويل مشروع خاص إلى مشروع عام من أجل النفع العام والأصل أن هذا الإنشاء يتم بمحض إرادة السلطة العامة التي تتمتع بسلطة تقديرية كاملة في هذا الشأن وليس للأفراد التدخل في إنشاء المرافق العامة ولا يملكون الحق في إجبار السلطات العامة على إنشاء مرفق عام عن طريق اللجوء للقضاء والقاعدة العامة أن إنشاء المرافق العامة يكون بناء على قانون صادر من السلطة التشريعية بتحويل السلطة التنفيذية سلطة إنشاء المرافق العامة. (2)

مع ذلك فقد أصاب هذه القاعدة التقليدية تغيرا كبيرا في فرنسا بعد صدور دستور 1958 حيث لم تذكر المادة 34 التي حددت إختصاصات السلطة التشريعية إنشاء المرافق العامة من بين تلك الإختصاصات فأصبح هذا الإنشاء من إختصاص الإدارة ولا يتدخل البرلمان فيه إلا عند الطلب بالموافقة على إعتمادات مالية جديدة.

(1)- عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، القرارات الإدارية، تنفيذ العقد الإداري ط 1، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص189.

(2)- سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص28.

-أما في مصر فقد إختلف فقه القانون العام مند فترة زمنية حول تفسير المادة (44) من دستور 1923 التي كانت تنص على حق الملك في ترتيب المصالح العامة وتولييه وعزل الموظفين على الوجه المبين القانون، وقد إنتقلت صيغة هذه المادة إلى المادة (137) من دستور الجمهورية العربية عام 1956 ودستور الجمهورية العربية المتحدة في المادة (254) والمادة(121) من دستور 1964 حيث منحت هذه النصوص رئيس الجمهورية الحق في إصدار القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة والإشراف عليها وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول " أن ترتيب المصالح العامة يشمل الإنشاء والتنظيم كذلك، وبذلك تستطيع السلطة التنفيذية إنشاء المرافق العامة دون الإستناد إلى القانون" في حين رأى آخرون أن المرافق العامة لا بد أن تنشأ بقانون أو بناء على قانون لأن إصطلاح الترتيب لا يشمل الإنشاء ، واما في المجال التطبيقي فإن الحكومات المختلفة المتتابعة لم تسر على منهج واحد حيث أنشئت وزارات ومرافق عامة بقوانين أو بمراسيم أو بقرارات جمهورية، بل أن بعض الوزارات قد أنشئت بتعيين وزيرها في مرسوم تشكيل الحكومة. (1)

الفرع الثاني: إلغاء المرافق العامة:

لا يملك الأفراد إجبار الإدارة على إنشاء المرافق العامة ولا يستطيعون إجبارها على الإستمرار في تأدية خدماتها إذا ما قدرت السلطة العامة ان إشباع الحاجات التي يقدمها المرفق يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام أو لإعتبارات أخرى تقدرها هي وفقا لمتطلبات المصلحة العامة

القاعدة أن يتم الإلغاء بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء فالمرافق الذي تم إنشاؤه بقانون لا يتم إلغائه إلا بنفس الطريقة وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار الإدارة اذا نص القانون على خلاف ذلك عندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه فإن لم ينص على ذلك فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق. (2)

(1)- عبد الغني بسيوني عبدالله، النظرية العامة في القانون الإداري منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص418.

(2)- سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 35.

أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها، أما إذا كان مصدرها تبرعا بين الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تأول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرض مقارب له إحتراما لإرادة المتبرعين.

المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة

لكل مرفق من المرافق العامة قواعد ذاتية إلا أن جميع المرافق العامة تحكمها قواعد أساسية، سواء كانت هذه المرافق تابعة للدولة أو المحليات وسواء كانت هذه المرافق إدارية أو تجارية أو صناعية، وسواء كانت هذه المرافق تدار بطريقة الإستغلال المباشر أو بأي شكل آخر، وهذه القواعد الأساسية تتعلق بإستمرارية المرفق والمساواة بين المنتفعين وقابلية المرفق العام للتطوير التبدل. (1)

الفرع الأول: مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد

وهو يقتضي تحريم إضراب الموظفين المستخدمين والعمال في المرافق العامة أو تنظيمه ويقتضي تنظيم الإستقالة إذا القاعدة أن الإستقالة لا تنتج أثرها إلا بقبولها من السلطة المختصة، وليس بمجرد تقديمها ومن حق السلطة المختصة أن ترحى قبولها بعض الوقت حتى لا يتعطل سير المرفق العام والأخذ بنظرية الموظف الفعلي، كما يقتضي المبدأ المتقدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية ومقتضى هذه النظرية أن تجد بعد التعاقد ظروف إستثنائية لم تكن متوقعة وتجعل تنفيذ المتعاقد لإلتزامه مرهقا، فنقوم الإدارة ودون خطأ منها بتعويض المتعاقد تعويضا جزئيا عن الخسارة التي لحقت به.

والهدف من ذلك هو مساعدة المتعاقد مع الإدارة حتى لا يعجز نهائيا عن الوفاء بالتزاماته مما يؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة. (2)

(1) - عبد الفتاح أو الليل، مرجع سابق، ص 186.

(2) - محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص 481.

الفرع الثاني: مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة

لما كان أساس ومبرر وجود المرافق العامة هو تلبية الإحتياجات العامة للجمهور فإنه ينجم عليها وهي تقدم خدماتها العامة، معاملة الجميع على قدم المساواة وبدون تمييز تجسيدا لمبدأ

المساواة أمام القانون، كما هو وارد بالمادة 29 من الدستور الجزائري التي جاء فيها ما يلي: " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو إجتماعي.

أولاً: مساواة المنتفعين من خدمات المرفق العام

يجب على المرافق العامة أن تقدم خدماتها لجميع أفراد المجتمع دون تمييز، حيث تنص المادة 31 من الدستور على ما يلي: "تهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقابات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والإقتصادية والإجتماعية والثقافية". وبالمقابل فإن تفوضه للإدارة العامة من واجبات والتزامات على الأفراد يجب أن يكون أيضا بصورة وكيفية متساوية ولا تميز فيها، حيث نصت المادة 64 (فقرة أولى) من الدستور على ما يلي: "كل المواطنين مساوين في أداء الضريبة"، ومع ذلك فإن أعمال مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة ليس مطلقا إذ يشترط تماثل المراكز من حيث تشابه وتعادل أوضاعهم.

ثانياً: المساواة في الإلتحاق بالوظائف العامة:

تنص المادة 51 من الدستور على ما يلي: " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون" (1) وهو ما نص عليه من قبل قانون الوظيف العمومي لسنة 1966 وكذا المرسوم رقم 59/85 الذي نص على الضمانات الكفيلة بإحترام وتطبيق قاعدة المساواة في الإلتحاق بالوظائف العامة من خلال إلزام المرافق العامة لدى لجوئها للتوظيف.

(1) - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري والتنظيم الإداري، النشاط الإداري، ط 1، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، 2004، ص222.

بمراعاة شروط عامة يجب توافرها في جميع المترشحين من جهة والتشبيهي د بإجراءات وكيفيات التوظيف التي تقوم أساسا على نظام المسابقات المبينة على الشهادات أو الإختبارات. (1)

الفرع الثالث: مبدأ قابلية المرافق للتبديل والتغيير:

ومقتضى هذا المبدأ أنم يكون للسلطة العامة تعديل قواعد سير المرفق العام لتكون مسايرة للمقتضيات المستجدة والمتطورة للمصلحة العامة دون أن يكون لأحد التمسك بحقوق مكسبه لمنع تعديل نظام المرفق. (2)

إن هدف إنشاء المرافق العامة هو تحقيق وإشباع الحاجات العامة وفقا للأحوال والظروف المصاحبة لها، فإذا ما تغيرت هذه الظروف والأحوال بحيث أصبح المرفق العام وفقا للظروف الجديدة غير قادر على تحقيق المنفعة المرجوة منه، جاز للسلطة الإدارية حق تعديل طرق تسيير هذا المرفق، ومن هنا جاء مبدأ قابلية المرفق العام للتبديل والتغيير كمبدأ عام يحكم المرافق العامة جميعا ولا يقتصر التغيير على القواعد المنظمة للمرافق بل يمتد أيضا لأسلوب إدارته فيجوز تغيير أسلوب الإدارة المباشرة إلى المؤسسة العامة وبناء على هذا المبدأ إعتبرت الإدارة في نظام المرفق من أسلوب إلى آخر، فليس للموظفين التمسك بالنظام القديم الذي كان يحكمهم، كما أنه ليس من حق المنتفعين التمسك بمجانية الخدمة إذا غيرت الإدارة الأسلوب من طريقة الإستغلال المباشر إلى أسلوب المؤسسة. (3)

(1)- محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص223.

(2)- محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص482.

(3)- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2007، ص348.

تختلف طرق المرافق العامة تبعا لإختلاف وتنوع المرافق وطبيعة النشاط الذي تؤديه، وفي إختيار طريقة إدارة مرفق من المرافق العامة فإن السلطة المختصة تأخذ بإعتبارات مختلفة ومتعددة: سياسية وإجتماعية وإقتصادية... الخ.

ذلك أن المرافق العامة التي تمس الدولة في كيانها كمرافق الدفاع والأمن تختلف عن المرافق العامة الأقل أهمية كمرفق توزيع الماء والكهرباء، كما أن المرافق العامة الإقتصادية تحتاج بطبيعة نشاطها إلى وسائل تختلف عن الطرق في إدارة هذه الأنواع من المرافق فتعددت، وفقا لطبيعة ونوع الخدمة التي يؤديها المرفق العام.

إختلفت درجة تدخل الدولة وفرض رقابتها بالشديد أو التخفيف، الى طرق التسيير العامة حيث تتدخل فيها الدولة او احد اشخاص القانون العام لادارة المرفق بشكل مباشر بواسطة عمالها كما هو الحال في طريقتي الاستغلال المباشر والمؤسسة العامة ، او طرق التسيير الخاصة ويقصد بها ان يتولى الاشخاص الخواص (طبيعيين او معنويين) ادارة المرافق العامة كما هو الحال في اسلوب الامتياز و الاقتصاد المختلط و التدبير المفوض لادارة و تسيير المرافق العامة ⁽¹⁾، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفصل الذي نوضح فيه طرق إدارة المرافق العامة خلال أربع مباحث تتضمن بالتفصيل هذه الطرق.

(1) - أدمين ، أليات تدبير المرافق العامة، منتدى ماستر، القضاء الإداري، قسم خاص بطلبة الإدارة السادسة السادسة، 2012 ، عن الموقع www.contadmin-forumaroc.net ، تم فحص الموقع يوم 25 مارس 2014 ، على الساعة 11:30 .

المبحث الأول: الأساليب العامة (الإدارة المباشرة)

يقصد بالإدارة المباشرة أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هي التي تدير المرافق العامة مباشرة وهناك أسلوبان للإدارة المباشرة للمرفق العام وهما الإستغلال المباشر والمؤسسة العامة.

المطلب الأول: الإستغلال المباشر

يتولى الشخص المعنوي العام الذي يتبعه المرفق العام إدارته إدارة مباشرة إذا قام بتنظيمه داخليا وتكفل بتسييره بأمواله وموظفيه، وتتحقق الإدارة المباشرة إذا تولت الإدارة بذاتها مهمات إستغلال المرفق العام بأموالها وموظفيها مباشرة، ولذا لا يكفي إطلاقا لإدارة المرفق العام مباشرة أن يكون للجهة الإدارية حق الإدارة العليا، بل يجب أن تتولى زمام الأمور وتنظيم وتسيير المرفق العام بأموالها وموظفيها.

يعرفه الأستاذ أحمد محيو علي أنه: "تسيير مباشر من قبل المجموعة العامة التي تتولى مسؤولية هذا المرفق"⁽¹⁾

حيث يقوم الشخص المعنوي العام الذي يتبعه المرفق العام بجمع الوسائل المادية من أموال منقولة ووسائل مالية لازمة لتوفير التمويل الضروري والأشخاص الطبيعيين لتنظيم وتسيير المرفق العام وتقديمه للخدمات المنوطة به بصورة دائمة ومنظمة، وبذا لا تشكل المرافق العامة المدارة عن طريق الإدارة المباشرة أشخاصا قانونية مستقلة ومتميزة عن الشخص المعنوي العام الذي يتبعه فهذا الشخص المعنوي العام هو الذي يتمتع بالحقوق ويتحمل الإلتزامات المتولدة عن النشاط الذي يزاوله المرفق⁽²⁾

ولا تتمتع المرافق العامة المدارة بطريقة الإدارة المباشرة بأي إستغلال مالي عن الشخص المعنوي العام الذي تتبعه، فهو المسؤول عنها ماليا، فعليه يقع عبئ النفقات الجارية والإستثمارية وترصد الإعتمادات المالية اللازمة لذلك في موازنة هذا الشخص المعنوي العام في الموازنة العامة للدولة ويؤول إليه أيضا أي فائض مالي يتحقق فالشخص المعنوي العام هو

(1) - احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص144،
(2)-علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 280

المسؤول ماليًا عن نفقات المرفق سواء كانت جارية أم استثمارية حتى وإن كانت بعض المرافق تستطيع تمويل نفقاتها الجارية والاستثمارية ذاتيًا من العوائد التي تحصلها من المنفعين من خدمات المرفق.

تدار العديد من المرافق العامة المهمة بطريقة الإدارة المباشرة كمرفق التعليم على مختلف درجاته ومرفق الصحة والمستشفيات الحكومية ومرافق الدفاع الخارجي والأمن الداخلي والقضاء والعلاقات الخارجية و لعل الباعث على إدارة هذه المرافق إدارة مباشرة هو إنطواء نشاطها على نفع عام كبير وظاهر وتمارس أنشطة تتعلق بجوهر وكيان الدولة، ولكن يجب أن لا يفهم من ذلك أن هناك تلازماً حتمياً بين طريقة الإدارة المباشرة وبين طائفة معينة من المرافق العامة، والدليل عن ذلك ان هناك العديد من المرافق الاقتصادية مدارة بطريقة الإدارة المباشرة ، كما أن هناك العديد من المرافق الإدارية مدارة بطريقة الإمتياز⁽¹⁾

وتخضع المرافق العامة المدارة بطريقة الإدارة المباشرة لنظام القانون الإداري وتعد منازعاتها منازعات إدارية تدرج ضمن إختصاص القضاء الإداري كما يعتبر العاملون فيها موظفين عامين تربطهم بالإدارة رابطة تنضيمية وليست تعاقدية وأموالها أموالاً عامة تخضع للنظام القانوني للأموال العامة وعقودها عقوداً إدارية تخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية.⁽²⁾

المطلب الثاني: أسلوب المؤسسة العامة

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ويسمح لها بإستخدام وسائل القانون العام ويكون موظفيها موظفين عموميين وأموالها أموال عامة وأعمالها أعمال إدارية ، ويطلق على هذه الأشخاص الإدارية الهيئات العامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة ويطلق عليها المؤسسات العامة إذا كان الموضوع نشاط المرفق تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً⁽³⁾

(1)- أحمد عبد القادر جمال، القانون الإداري المصري والمقارن، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، د س ن، ص 230 .

(2)- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1982، ص 321.

(3)- المرفق العام والمبادئ التي تحكمه وطرق إدارته ، منتدى قوانين قطر، 2008، عن الموقع: www-mn940.net، تم فحص

الموقع يوم 25 مارس 2014، على الساعة 18:00 .

الفرع الأول: مفهوم المؤسسة العمومية:

عرف الفقه التقليدي المؤسسة العمومية على أنها عبارة عن مرفق عام يدار عن طريق منظمة عامة وتتمتع بالشخصية المعنوية مع خضوعها للرقابة الإدارية، وتختص في أعمال معينة طبقا لقاعدة التخصص الوظيفي وقد بين الفقيه "قالن بالقول أنه كلما وجد مرفق عام يحقق مصالح عامة للسكان ومعترف له بالشخصية المعنوية وجدت المؤسسة العمومية، إنطلاقا من التعريفين السالفين بالذكر يمكن إستخلاص أي مفهوم المؤسسة العمومية مرتبط بثلاث عناصر أساسية هي: الشخصية المعنوية بإعتبارها العنصر الذي يسمح للمؤسسة العمومية بصفة عامة تأكيد كيانها وإثبات وجودها القانوني.

*التخصص: مفاده أن أحداثها الغاية منه تدبير وإدارة مرفق عام معين على سبيل الحصر ولا يمكن العمل خارج إطاره.

*الوصاية : تتمتع المؤسسة العامة بالامركزية الإدارية أي بحرية في إدارة ذاتها إلا أن هذه الحرية مقيدة بوصاية الدولة وهناك نوعان من الوصاية (1)

*الوصاية الإدارية: التي يتم التنصيب عليها في وثيقة التأسيس وهذه المؤسسة العمومية التي تمارس عليها وصاية إحدى الوزارات.

*الوصاية المالية: تخضع المؤسسة العمومية لوصاية وزارة المالية إذا كانت تمتلك الدولة رأس مالها كليا أو جزئيا.

كما عرف الأستاذ عبد الصمد عبد ربه المؤسسة العامة أنها: " منظمة وهيئة عامة تنشئها الدولة أو أحد الهيئات المحلية لإدارة مرفق عام يتمتع بالشخصية المعنوية" ويرى بأن هذا الأسلوب أصح وأنسب طريقة لإدارة المرافق العامة الإقتصادية(2)

أما ما يراه الدكتور محمد فاروق عبد الحميد في المؤسسة العامة تنظيمها إداريا عاما تتمتع بقدر من الإستقلالية نتيجة لما يتميز عن المستشفيات، صناديق التوفير.(3)

(1) - عبدالله الحداد، الوجيز في قانون المرافق العمومية الكبرى، منشورات عكاظ، د ب ن 2006، ص102.

(2) - عبد الصمد عبد ربه، مبادئ القانون الفيدرالي الجزائري والتنظيمات المحلية، ديوان المطبوعات الجامعية للجزائر، د س ن، ص127.

(3) - محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والإشتركي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص31.

الفرع الثاني: إنشاء وإلغاء المؤسسات العامة:

أولا : المؤسسات العامة الوطنية:

يتم إنشاء المؤسسات العامة الوطنية من طرف السلطات الإدارية المركزية المختصة(الوزير الأول) وبناءا عليه فإن إنشاء المؤسسات العامة الوطنية يبقى أصلا من إختصاص التنظيم ما عدا فئات المؤسسات الذي يعود لإختصاص القانون.

ثانيا: المؤسسات العامة المحلية:

ينص قانون الإدارة المحلية الجزائرية (مجلس بلدي، مادة 29 ولائي) على أن تحدد قواعد إنشاء المؤسسات العمومية البلدية وتنظيمها وعملها عن طريق التنظيم وفي كل الحالات فإن إنشاء المؤسسات المحلية يستلزم: مداولة من طرف المجلس الشعبي (البلدي أو الولائي) تصديق الجهة المختصة (الوالي أو الوزير الوصي المختص)⁽¹⁾

الفرع الثالث: انواع المؤسسات العمومية"

من أجل ضمان التنمية المستمرة تنشئ الدولة وتشرف على سير المؤسسات العمومية وباعتبارها الوسيلة المفضلة لإنتاج السلع والخدمات ذات الطابع العمومي وكذلك تساهم في تراكم المال وتسري عليها قواعد القانون العام وتعمل في خدمة الأمة والتنمية وفق الدور والمهام المنوطة بها ، يمكن التمييز بين نوعين من المؤسسات العمومية:

أولا: المؤسسات العمومية الإقتصادية

هي عبارة عن شركات تساهمية أو شركات محدودة المسؤولية تمتلك الدولة أو الجماعات المحلية فيها أغلبية رأس مالها الإجتماعي بصفة مباشرة أو غير مباشرة وتتكفل بأداء نشاطات الخدمة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مثل مؤسسة سونلغاز أو سوناطراك

ثانيا: المؤسسات العمومية الإدارية:

هي عبارة عن هيئات عمومية ذات طابع إداري، ويتم تعريفها وفق المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي بالشكل التالي:

(1)- طرق تسيير إدارة المرفق العام ، مننديات ستار ألبيريا، القسم الدارسي والتعليم التقني الجامعي ،2013، عن الموقع:

www.star.algeria.net/f104.montada ،تم فحص الموقع يوم 28 مارس 2014 ،على الساعة 14:00.

التعريف وفق المعيار الإقتصادي:

هي تلك المؤسسات التابعة للقطاع العام تقوم بتقديم الخدمات العمومية للمواطنين مثل الجامعات ومراكز التكوين والمستشفيات وغيرها قصد تلبية إحتياجاتهم المتنامية والمتنوعة والمتطورة.

التعريف وفق المعيار القانوني:

عرفها المشرع الجزائري في المادة 2 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية كما يلي: " يقصد بالمؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح الغير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني ، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي لكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي.⁽¹⁾

المبحث الثاني: أسلوب الإمتياز:

فإذا كان المرفق العام يعتبر وفق المدلول المادي حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخل الدولة لإشباعها بوسائل القانون بصرف النظر عن إمكانية القطاع الخاص بإشباع تلك الحاجة أم لا، فيتعين إختيار الطريقة المناسبة لإدارة هذا النشاط وبذا يتمثل واجب الدولة الأساسي في إختيار الطريقة المناسبة لإدارة المرفق المكلف بإدارة النشاط وإشباع الحاجة الجماعية، وذلك لأن كفاءة المرفق العام وفعاليتته في تقديم الخدمة العامة المنوطة به، تتوقف إلى حد كبير على إختيار الطريقة المناسبة والمثلى لإدارة المرفق العام .

ويعد عقد الإمتياز أحد الأساليب التي تلجأ إليها الدولة لإدارة المرافق العامة، إذا تعهد بمقتضاه إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام على نفقته وحسابه لقاء تقاضي مقابل نقدي من المنتفعين من خدماته.⁽²⁾

(1)- أنواع المؤسسات العمومية ، جامعة التكوين المتواصل ، عن الموقع: www.e-campus.ufc.Dz ، تم فحص الموقع يوم 30 مارس 2014 ، على الساعة 13:00 .

(2)- علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص282 .

المطلب الأول : مفهوم إمتياز المرافق العامة

إمتياز المرافق العامة طريقة تتعاقد بها الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة وإستغلال مرفق من المرافق العامة الإقتصادية لمدة محددة بأمواله وأعماله وأدواته وعلى مسؤوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المتعاقدين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد إلتزام المرافق العامة أو عقد الإمتياز⁽¹⁾

الفرع الأول: التعريف بعقد الإمتياز الإداري

يتخذ تعريف عقد الإمتياز أحد تعريفات ثلاث بحسب الجهة التي تعرفه على النحو التالي:

أولاً: التعريف الفقهي:

يعرف الفقه عقد الإلتزام أمتياز المرافق العامة " بأنه عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام إقتصادي وإستغلاله مقابل رسوم يتقضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الإمتياز .

أو أنه طريقة تعهد بمقتضاها الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام إقتصادي وإستغلاله لمدة محددة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق العام⁽²⁾

كما عرفه الأستاذ كريستوف فواسيبي: " أنه ذلك العقد الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف آخر التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام حين يتحمل هذا الأخير مخاطر الإستثمار " كما عرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي أنه " عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة إقتصادية ويكون هذا العقد بين حصة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة بعهد إليها بإستغلال المرفق فترة معينة من الزمن.⁽³⁾

(1) – mescheriakoff alin-serge- droit des serices publics,1 édition, puf, paris, 1991,p353.

(2) – أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت bot، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 124 .

(3) –سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، د ب ن، 1999، ص 108.

ثانيا: التعريف التشريعي:

الأصل أن المشرع يعزف عن إعطاء تعريف المصطلحات قانونية تاركا هذه للفقهاء والقضاء غير أنه وبالرجوع لبعض القوانين نجدها قد عرفت عقد الإمتياز من ذلك المادة 4 من الأمر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه: "يقصد بالإمتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام: تكلف الإدارة بموجبه شخصا إعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية"

ثالثا: التعريف القضائي:

جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي: أن عقد الإمتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الإمتياز المستغل بالإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل إستثنائي ويهدف محدد ومتواصل مقابل دفع أتاوة لكنه مقت وقابل للرجوع فيه".
من هذا التعريف بتضح لنا أن مجلس الدولة إعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الإمتياز بما يخوله من سلطات إستثنائية لحصة الإدارة تمارسها تجاه الطرق المتعهد.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أركان عقد الإمتياز الإداري:

ينشأ عقد الإمتياز الإداري من توافق إرادتي السلطة مانحة الإمتياز والملتزم من خلال تبادل الإيجار والقبول الذي ينصب على إدارة وإستغلال مرفق معين يفترض قيامه على سبب معلوم ومشروع والرضائية كافية لتكوين العقود كمبدأ عام وأصيل لكن عقد الإمتياز الإداري ينحرف عن هذه القاعدة نظرا لما يستلزمه من وثائق وإجراءات لعملية إبرامه ليتطلب بذلك قاعدة أخرى أو ركنا مكملا لما هو معمول به أصلا وهو الشكلية.

(1)- عمار بوضياف، عقد الإمتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، ص5، عن الموقع www-ao-academy-orgbbcs/3aqd-alemtyaz , تم فحص الموقع يوم: 30 مارس 2014 على الساعة 20:15

أ/ الرضا:

يعتبر الرضا الركن الأول في عملية تكوين العقود ويقصد به تبادل الإيجاب و القبول بين المتعاقدين المزمعين على نحو مطابق منتج لأثار قانونية ويملك المتعاقد مع سلطة القبول التي يفهم منها مشاركته في تحديد شروط العقد التي تتجلى من خلال تفاعله الخاص مع الشروط التي حددتها الإدارة والمبادرة الرئسية.

في هذا التكوين تتجسد في حاجات المرفق العام وضروراته والتي هي القوة الدافعة والحقيقة لتحريك العملية التعاقدية، وهذا فيما يخص الشروط التعاقدية فقط دون أن يمتد إلى الشروط التنظيمية التي تحدد إنفراديا عن طريق القوانين واللوائح وعليه كل رابطة تعاقدية تقوم بين الإدارة والمتعاقد معها ضمن المجالات التي تنفرد القوانين واللوائح بتطبيقها تكون باطلة. (1) على قرار عقود القانون الخاص فإن صحة الرضا في عقد الإمتياز الإداري تستلزم ما تصح به العقود الخاصة، من أصلية وخلوها من العيوب. (2)

وإن كانت الأهلية في القانون المفروضة لصحة إبرام العقود المدنية يفهم منها بلوغ الشخص سن التاسعة عشر كاملة، فإن الشخص على خلاقه إذا تعلق الأمر بأهلية الشخص العام الذي يتعاقد بإسم المصلحة العامة.

ب/ المحل:

ينصب عقد الإمتياز الإداري على إدارة مرفق عام يراعى فيه أن يكون مرفقا قابلا للتفويض، حيث لايجوز مثلا تفويض المرافق التي تثير إمتيازات السلطة العامة نفسها كما هو الحال بالنسبة لمرفق البوليسية، وأن يقتصر محل العقد على إدارة وإستغلال المرفق لا نقل ملكيته، وعليه فإن عملية تفويض التسيير في عقد الإمتياز الإداري لا تؤدي إلى خصخصة المرفق حيث تحتفظ الإدارة بسيادتها عليه وما للملتزم إلا حق إستغلاله لمدة محددة وعادة ما يكون محل عقد الإمتياز الإداري مرفق إقتصادي وذلك صاحب الإمتياز شخص سعى إلى

(1) - نعيمة اكلي، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2013 ، ص44 .

(2) - المادة 40 من الأمر 58/75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر عدد 06 الصادر بتاريخ 08 فيفري 1989، متمم بالقانون رقم 01/89، المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج ر عدد 44 الصادر بتاريخ 26 جوان 2005 .

تحقيق الربح وهو المعيار المحرك للقطاع الخاص كونه الطرف الثاني الغالب في مثل هذه العقود فهو يوظف أمواله في أشياء المرفق وإدارة حركته بقصد الحصول على ربح معقول من وراء هذه العملية فلماذا لا يمكن تصور قبول الملتزم إدارة أحد المرافق التي تقدم خدمات بالمجان للجمهور في الوقت ذاته لاتتجرأ الإدارة على تفويض تسييرها كونها مرافق حساسة جدا ولا يمكن للفرد تسييرها أيما تسيير، رغم أن ليس هناك ما يمنع أن ينصب عقد الإمتياز على إدارة مرفق عام إداري.

ت/ السبب:

يقصد بالسبب في عملية إبرام العقود الدافع الباعث للتعاقد، وفي عقد إلتزام المرافق العامة بسبب إلتزام الإدارة المانحة للإمتياز تبرره إعتبرات المصلحة العامة والنفع العام من خلال تقديم وتوفير وإشباع الحاجات العامة للجمهور التي تتباين تبعا للمرافق المسيرة عن طريق التفويض في صورة إمتياز، في حين سبب إلتزام الملتزم أو المتعاقد مع الإدارة المتعاقدة هو تحقيق أقصى ربح ممكن وخاصة وأنه غالبا ما يكون ثمن الخواص وهو ما يبرر سببه وسعيه هذا. (1)

د/ الشكل:

الأصل في عملية إبرام العقود مبدأ الرضائية حيث يقوم العقد ويرتب أثاره القانونية بمجرد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، مالم يفرض القانون بعض الإجراءات أو الشكليات وإفراغه في قالب معين وبالتالي تجاوز الأركان المعهودة في الإبرام من رضا، محل وسبب لتكتمل بركن رابع وهو الشكلية، وبالتالي يعتبر الشكل ركن إستثنائي في عملية إبرام العقود حيث لا تتوقف عليها هذه الأخيرة إلا إذا إستلزمها القانون، كما هو الحال في عملية إبرام الصفقات العمومية حيث تنص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الذي يتضمن الصفقات العمومية المعدل والمتمم "الصفقات العمومية عقود مكتوبة" (2)

(1) - نعيمة اكلي، المرجع السابق ، ص45.

(2) - المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، يتضمن الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010 ، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011 ، ج ر عدد 14 الصادر بتاريخ 06 مارس 2011 .

من جهته عقد الإمتياز الإداري كونه ينصب على ثقة إدارة إحدى المرافق العامة من الدولة إلى الملتزم لفترة مؤقتة محددة في العقد فيتم بموجب وثيقة تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق العام محل العقد وضمان أداء الخدمة التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة ويجب على الملتزم التقيد بها إذا رضي بالتعاقد وعليه عقود الإمتياز الإداري من صميم العقود المكتوبة بطبيعتها. (1)

والشرط الكتابي لا يكون شرطا لإضفاء الصفة الإدارية على عقد الإمتياز الإداري إنما شرط لقيامه وصحته.

وتنص المادة 08 من القانون 03/10 الذي يحدد شروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة على أنه: "تغى إجراءات الإعداد والتسجيل والإشهار العقاري لعقد الإمتياز من جميع المصاريف". (2)

من خلال هذه المادة نستنتج ضمنا أن عقد الإمتياز من العقود المكتوبة كونه يخضع لإجراءات الإشهار والتسجيل.

الفرع الثالث: خصائص عقد الإمتياز

يتمتع عقد الإمتياز بالخصائص التالية:

- أنه عقد إداري يربط بين سلطة إدارية وبين أحد الأفراد أو الشركات وليس هناك ما يمنع أن يربط عقد الإمتياز بين شخص إداري وشركة من القطاع العام.
- إذا الإدارة في هذا العقد بالذات تتمتع بسلطات إستثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، وهذا يفرض حماية فئة المنتفعين.
- يلتزم المتعاقد مع الإدارة ان يتولى تسيير مرفق عام يحدده العقد، ويتقيد بكل الضوابط بما فيها المالية، وكذلك تجسيد المساواة بين فئة المنتفعين.
- يتحمل الملتزم في عقد الإمتياز النفقات الناتجة عن تسيير المشروع ويضمن له سير منتظما ومطردا، وبالمقابل تلتزم جهة الإدارة في حال إختلال توازنه المالي بأن تعيد له هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن (3).

(1)- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 213.

(2)- المادة 08 من القانون 03/10، المؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصادر بتاريخ 20 أوت 2010 .

(3)- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 06 .

المطلب الثاني: آليات تكوين عقد الإمتياز وتكييفه

العقد هو الأداة الرئيسية لتبادل السلع والخدمات، ولا يزال يمثل الفكرة الجوهرية المسيطرة على تنظيم المعاملات الإقتصادية والإجتماعية فيما بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة والخاصة.⁽¹⁾

فإبرام عقد الإمتياز يتم من خلال مرحلة إختيار المتعاقد ومنه إعداد وصياغته، أما تكييفه القانوني فتعهد به الدولة إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام.

الفرع الأول: مرحلة إختيار المتعاقد في عقد الإمتياز

تستهدف الدولة إختيار المتعاقد على أساس مبادئ العلانية والشفافية والمنافسة الحرة والمنافسة وتكافؤ الفرص، ولتحقيق ذلك ينبغي إفساح المجال عن طريق الإعلان بكافة الوسائل المتاحة لدعوة المتنافسين لتقديم عروضهم للتعاقد في عقد الإمتياز.

أولاً: مبدأ العلانية والمنافسة الحرة والشفافية:

1/ العلانية والمنافسة الحرة:

تعني المنافسة الحرة فتح باب التزاحم الشريف امام من يود الإشتراك في المناقصة ومعاملة المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم، وتتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام من خلال فتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم، وبالنسبة لعقد الإمتياز يكون عن طريق المنافسة المحدودة⁽²⁾. متضمناً القواعد المبنية بالقانون ولائحته التنفيذية وذلك بدعوى أصحاب التخصصات وبيوت الخبرة من ذوي الكفايات الفنية والمالية وحسن السمعة، والمسلم أن الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان كقاعدة عامة تكون ملزمة للإدارة، فيتعين إحترام أوضاع الإعلان من حيث المدة وكيفية إجراء الإعلان وعدد مراته وإلا ترتب البطلان في حالة مخالفة هذه الشروط وفق الطريقة التي نص عليها القانون.⁽³⁾

(1)- ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، د ب ن، 1986، ص150 .

(2)- إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام، B.O.T، القاهرة، 2008، ص101.

(3)- إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص102 .

ب/ الشفافية:

يترادف مدلول العلانية والشفافية بحيث تعد العلانية صورة معبرة لمدلول الشفافية وهو أمر معنوي يلمسه المستثمرون حديثا من وسائل العلانية المتاحة لهم بما يمكن القول معه بأن اللفظان مترادفان.

اتخذ مبدأ الشفافية أسلوبا ومنهجيا في التعامل مع الجهات الرسمية بعد أن كان التعامل خلف الأبواب المغلقة منفذا لضياح المال العام وإهداره بغير حساب

ج/ رقابة مخالفات النزاهة والمشروعية في مرحلة إبرام العقد

في فرنسا وسع قانون 1993/01/29 من إختصاصات التنظيم الإداري بالتفتيش وضبط مخالفات النزاهة والمشروعية عند إبرام عقود الشراء العام ليشمل المخالفات المقررة عند إبرام عقود الإمتياز، ولا يقتصر نطاق رقابة هذا التنظيم على مرحلة إبرام العقد بل تعزز ذلك بوجود نظام قانوني يجبر الإدارة على تمكين ذوي الشأن من الإطلاع على الوثائق، وبعدم جواز منح أفضلية غير مبررة للغير، وإمتدادات الرقابة لتشمل المخالفات في مرحلتي التحضير وتنفيذ العقد ويتجه المشرع الفرنسي إلى إلزام الإدارة بتقديم الوثائق المتعلقة بتحضير وإبرام العقد للتأكد من مشروعية الظروف التي تم الإبرام خلالها بعد أن هيمنت السرية على أعمال الإدارة وتصرفاتها⁽¹⁾

ثانيا: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في عقد الإمتياز:

تعرض لدراسة مبدأ المساواة بين كل من الإدارة والمتعاقدين والمتنافسين فيما بينهم

ا/ المساواة بين الإدارة والمتنافسين:

في ظل مناخ الإقتصاد والحر ظهر مفهوم جديد في العلاقات القائمة بين السلطة الإدارية والأفراد أساسه التفاوض والحوار ثم الإتفاق، وبالتالي تحول مفهوم القرار الإداري من ملامح الأمر والإخضاع ليكتسي ثوبا إتفاقيا قابلا للتفاوض بغرض المشاركة في تحديد مضمونه، وبمقتضى هذا المفهوم الجديد تطورت التقنيات الإتفاقية في فرنسا من خلال تحولات مؤسسة، وفي ظل المجتمع الإتفاقي تسعى الإدارة العامة في علاقاتها العقدية لتأخذ بعدا إتفاقيا كاملا فالإدارة محكومة بمبدأ المشروعية، ومن هنا لجأت الإدارة إلى إستخدام تقنيات تحمل في

(2)- joel carbojo , droit des services publics 3 eme edition, edition dalloz paris,1997 .

وضوح تام عوامل جذب الأفراد نحو إتخاذ المرافق الإتفاقية المرادة منهم بحرية تامة، ومنه في مرحلة إبرام عقد الإمتياز يكمن مفهوم المساواة في وجود شخصين ننتازع بينهما المصالح، وتأتي المساواة بين الطرفين إذا نظرنا إلى علاقة الإدارة مع المتعاقد بأنها علاقة تعون عقدي لإنجاز عمل محدد.

ب/ مساواة المتنافسين فيما بينهم:

إذا المساواة مبدأ عام يكفل للمتعاقدين الإشتراك في المناقصات والمزايدات العامة على قدم المساواة فلا يجوز للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم إلا أن الإدارة قد تضع بعض القيود والشروط مستهدفة تحقيق الصالح العام ويتم تنفيذ ذلك إما بالإستبعاد العام أو بوضع شروط وقيود.

الإستبعاد العام: هو إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من المناقصات التابعة لها بشكل نهائي أو لفترة محدودة⁽¹⁾.

الشروط والقيود اللازمة لصلاحيه المتنافسين: يقع على جهات الإدارة الإلتزام جانب الحيطة والتبصر في إختيار المتعاقد بإعتبار أن للأمن أولى الخطوات الواحية نحو بلوغ الهدف المطلوب.

ثالثا: مبدأ حرية الإدارة في إختيار المتعاقد:

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في إختيار الملتزم، دون التقيد بإتباع طريقة معينة من طرف التعاقد مثل المناقصات والمزايدات، وذلك نظرا لخطورة دور صاحب الإمتياز المتمثل في إدارة أحد المرافق العامة تحت إشراف الدولة وإجراء التفويض إجراء تقليدي أكثر مرونة من إجراءات منح الصفقات العمومية، حيث تستغني الإدارة المفوضة عن عملية إستقبال العروض من المتنافسين وغير مجبرة على إحترام إجراءات الإشهار والمنافسة فمبدئيا الإدارة المانحة للإمتياز حرة في إختيار الملتزم على أساس الإعتبار الشخصي، نظرا لأهمية الملتزم كعنصر من عناصر العقد.

(1) - إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 108 .

للإدارة مانحة الإلتزام السلطة التقديرية في إختيار الملتزم وتعتمد في ذلك على شخصية الملتزم الذي يقدم أفضل خدمة من خلال مؤهلاته التقنية وإمكانياته المالية وبالتالي لاتعتبر عقد الإمتياز الإداري عقد ذو طابع شخصي ما لايسمح للملتزم التنازل عليه لشخص آخر دون الموافقة المسبقة للإدارة مانحة الإمتياز⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إبرام عقد الإمتياز

يقتضي إبرام عقد الإمتياز المرور بداية من صدور القرار بالتعاقد ثم تحريره وإنعقاده كالتالي:

أولاً: صدور القرار بالتعاقد:

تختار الإدارة الملتزم بكامل حريتها، وصدور قرار الإمتياز من الجهة المختصة حسب نوعية المرفق الذي يتم التعاقد عليه تأتي مرحلة إنعقاد العقد.

ثانياً: إنعقاد العقد:

يتطلب عقد الإمتياز إجراء آخر تتوقف عليه عملية إبرامه وهي التوقيع والمصادقة المسبقة عليه من طرف السلطات المكلفة بذلك حسب كل قطاع.

ثالثاً: وثائق عقد الإمتياز:

والمتمثلة في عقد الإلتزام ودفتر الشروط

أ/ عقد الإلتزام:

وهو العقد المبرم بين الإدارة والملتزم ويترجم عنصر الإتفاق بينهما طبقاً لما ينص عليه

دفتر الشروط، وتظهر طبيعة عقد الإمتياز على طائفتين من الشروط :

1 -شروط تعاقدية:التي يجري الإتفاق بشأنها بين الإدارة والملتزم وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتبين هذه الشروط حقوق إلتزامات طرفي التعاقد وتنظم المقابل المالي كما تتعلق بمدة العقد وطريقة إنهائه.

2 -شروط تنظيمية: وهي الشروط التي تنظمها الإدارة مانحة الإمتياز التي تستطيع تعديلها في أي وقت وكلما دعت حاجة المرفق إلى ذلك وذلك لأن إمتياز المرافق العامة لايعتبر تنازل من قبل الجهة الإدارية بل تبقى ضامنة له ومسؤولة عن إدارته تجاه الجمهور.

(1)- نعيمة اكلي، مرجع سابق، ص 62 .

ب/ دفتر الشروط:

يعتبر الركيزة والدعامة الأساسية التي ينطوي عقد الإمتياز تحت لوائها وبعد هذا الدفتر من قبل الإدارة مانحة الإمتياز ويجب على المتعاقد مع الإدارة أن يحترم الشروط الواردة فيها التي تكون في أغلب الأحيان غير قابلة للمناقشة لأنه يصادق عليها مسبقاً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التكيف القانوني لعقد الإمتياز

يعد الإمتياز بإعتباره طريقة من طرق إدارة المرافق العامة عملاً قانونياً يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام لذا يجب تكيف هذا العمل القانوني الذي تعهد بمقتضاه الدولة إلى أحد أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام، إختلف الفقه حول التكيف القانوني لإمتياز المرافق العامة وظهرت ثلاثة إتجاهات مختلفة⁽²⁾.

أولاً: التكيف الإداري:

نص الفقه الألماني التقليدي إلى تكيف الإمتياز بأنه قرار إداري صادر بإرادة منفردة من الجهة الإدارية مانحة الإمتياز لما لها من سلطة أمرية ويرضخ له الملتزم إختيارياً لقبوله شروط الإمتياز، في حيث ذهب الفقه الإيطالي صوب التمييز بين نوعين من الإمتياز، الأول الإمتياز بإجازة وهو قرار إداري صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة وأطلقوا على النوع الثاني الإمتياز بعقد بإعتباره وليد إتفاق إرادتين ومما لاشك فيه أن تكيف الإمتياز تكليف إداري صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة يحقق إعتبارات المصلحة العامة إذ يسمح لها بتعديل وإلغاء قواعد وأحكام الإمتياز بإرادة السلطة الإدارية، دون حاجة لموافقة الملتزم فتبقى الإدارة صاحبة الكلمة الأولى والأخيرة.

وإذا كان هذا التكيف حقق المصلحة العامة فهي فقط من الناحية النظرية إذ أتت بتحصيل مصالح الملتزم المشروعة.

(1) - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 128 .

(2) - علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 284 .

ثانيا: النظرية التعاقدية:

نص الفقه الفرنسي في القرن التاسع إلى اعتبار إمتياز المرافق العامة عقدا مدنيا عاديا إذ اعتبر انصار هذا الرأي أن جميع شروط الإمتياز شروط تعاقدية ولقد كان هذا التكيف القانوني منطقيا في تلك الحقبة الزمنية لأنسجامه مع الأفكار والمفاهيم المدنية السائدة، فقد كانت المفاهيم القانونية المدنية هي المفاهيم المدنية السائدة والمسيطرة على الفكر والتفكير القانوني.

إن المرافق العامة تقدم خدماتها إلى الأفراد العاديين فيجب تبرير العلاقة القانونية التي تربط المستفيدين من خدمات المرفق والملتزم وهم ليسوا أطرافا في عقد الإمتياز، وأخذ أنصار النظرية العقدية هذه العلاقة بعين الإعتبار وحاولوا إيجاد سند قانوني لها، إذ نجدهم يقولون بأن عقد الإمتياز يتضمن إشتراطا لمصلحة المنتفعين ولم تلق النظرية التعاقدية المدنية قبولا من الفقه والقضاء لما تضمنته من مفاهيم قانونية مغلوطة وغير صحيحة، إذ لا يمكن وصف وتكييف علاقة المنتفعين من خدمات المرفق العام بنظرية الإشتراط لمصلحة غير مدنية، فلنظرية الإشتراط لمصلحة غير مدنية قواعد وأسس واضحة في القانون الخاص ولا تتطابق ولا تصلح لحكم وتنظيم علاقات الملتمزم مع المنتفعين من خدمات المرفق⁽¹⁾.

وتجاهل النظرية التعاقدية المدنية أيضا إعتبرات المصلحة العامة مقتضيات المرفق العام ذاته، فلا يجوز لإدارة المتعاقدة إبرام العقد تعديل شروط العقد حتى ولو إقتضتها المصلحة العامة⁽²⁾.

ثالثا: الإمتياز عقد ذو طبيعة مختلطة:

لم تلق النظرية التعاقدية المدنية قبولا من الفقه والقضاء لمجاافتها للواقع القانوني السليم ومخالفتها وإخلالها بإحدى القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة، والأضرار التي تلحقها بالمصلحة العامة إتجه الفقه صوب النظرية المختلطة القائلة بأن الإمتياز عقد ذو طبيعة مختلطة يتضمن نوعين من الشروط، وأول من أشار ونبه لهذه الطبيعة المختلطة الأستاذ "هوريو" الذي يرى بأن إمتياز المرافق العامة يخفى خلف وحدته الظاهرية عنصرين

(1) - علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 285 .

(2) - علي خطار شطناوي، المرجع نفسه، ص 286

مختلفين: أحداث مرفق عام، وإنشاء علاقات مالية بين الملتزم والإدارة إتفاقية إمتياز المرفق العامة تتضمن طائفتين من الشروط: شروط تنظيمية وتعاقدية لقيت النظرية المختلطة قبولا واسعا نظر لما تمتعت به من بساطة ووضوح وموضوعية في تفسيرها لطبيعة إتفاقية الإمتياز القانونية إذ لا يمكن إعتبار جميع شروط الإمتياز من جنس واحد.

المطلب الثالث: آثار عقد الإمتياز:

إذا أبرم العقد الإداري فإنه يترتب عليه جملة من الآثار على طريقة المتعاقدين تتمثل في الحقوق والإلتزامات التي تتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق إلتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى.

الفرع الأول: إلتزامات الملتزم وحقوق الادارة في مواجهة المتعاقد معها .

أولا: إلتزام الملتزم بتشغيل المرفق بنفسه وفقا لوثيقة الإلتزام والقوانين واللوائح:

يجب على الملتزم أن يقوم بتسيير المرفق العام وأداء خدماته طيلة مدة الإلتزام وفقا للأوضاع والشروط التي تحددها وثيقة الإلتزام وملحقاتها والشروط التي تقتضيها طيلة العمل، فقد تحدد وثيقة الإلتزام للنقل العام مسارات السيارات وسعتها وعدد السيارات العاملة على كل خط وعدد الدورات والفترات بينها وأجرة النقل لإجراءات السلامة.... الخ، والسلطة مانحة الإلتزام ان تراقب سير المرافق من النواحي المختلفة

- ويجب على الملتزم ان يقوم بتشغيل المرفق بنفسه، نتيجة للطابع الشخصي للإلتزام على أن ذلك لا يعني أن يقوم شخصا بالأعمال التنفيذية فهو يستعين بعماله وموظفيه ولكنهم يعملون بإسمه ولحسابه ويبقى متحملا مسؤولية المرفق ومخاطره ولا تقتصر إلتزامات الملتزم على إدارة المرفق وفقا لوثيقة الإلتزام وطبيعة العمل، وإنما يلتزم كذلك بإدارته وفقا لمبادئ وأحكام القانون الإداري كما يلتزم الملتزم بإحترام سائر القوانين

واللوائح، كلوائح الضبط الإداري التي تستهدف حماية النظام العام بعناصره المعروفة، فهي تطبق على المتعاقد وعلى غيره، وقوانين الضرائب ورسوم والتجارة والتأمينات الإجتماعية.... الخ⁽¹⁾

(1) - محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 514 .

ثانيا: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه:

يحق للجهة الإدارية مراقبة المرفق العام أثناء إنشائه وتشبيده، كما يحق لها مراقبة إدارة الملتزم للمرفق العام، وهذا الحق ينشئ للجهة الإدارية سواء ورد النص عليه في عقد الإلتزام أم لم يرد، وحق الجهة الإدارية في مراقبة المرفق العام سواء أثناء إدارته يشمل كافة النواحي سواء إدارية أو مالية أو فنية، ويجب على الملتزم أن يمكن الجهة الإدارية من القيام بمهمة المراقبة للمرفق العام أثناء مرحلتي الإنشاء والإدارة.

ومنه يقصد بسلطة الرقابة أنه على الإدارة أن تراقب تنفيذ العقد والتأكد والإطمئنان من أنه ينفذ وفقا لما إتفق عليه (1) ، لمانح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية (2) ، في حين أن سلطة التوجيه هي أن الإدارة تقوم بإصدار التعليمات للملتزم بإتباع طريقة معينة أو الإمتناع عنها.

ونظرا لأهمية سلطة الرقابة والتوجيه وذلك لضمان تنفيذ الملتزم للإلتزامات الملقاة على عاتقه وتقييمها وفق الشروط والموصفات الفنية المتفق عليها(3)

ثالثا: سلطة الإدارة في التعديل:

تتمتع الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها بسلطة الحق في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وهذا الحق المخول للجهة الإدارية مرده أن العقود الإدارية تستهدف في تحقيق المصلحة العامة، وهذا الحق يميز العقود الإدارية عن غيرها من عقود القانون الخاص والتي تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وتحرص الجهة الإدارية النص صراحة على حقها في تعديل العقد الإداري بوصفه الشروط غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية

(1) - محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص515.

(2) - في هذا الصدد تنص المادة 07 من القانون المصري 129 لسنة 1947 والمعدلة بالقانون رقم 497 لسنة 1954 بقولها " لمانح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه وفي مختلف الفروع والإدارات التي ينشأها الملتزم لإستغلال المرفق ويختص هؤلاء المندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشأها الملتزم لإستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم بذلك لمانح الإلتزام ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على إقتراح الوزير المختص مانح الإلتزام أو مشرف الجهة مانحة الإلتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة لمراقبة عامة أو خاصة كما يجوز للوزير المختص أن يقرر شكل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتتولى أمر من أمور الرقابة على إلتزامات المرافق العامة" .

(3) - علي خطار شطراوي ، مرجع سابق، ص284.

ومنه يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان⁽¹⁾، وأنه لمانح الإلتزام أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام متى إقتضت المنفعة⁽²⁾ وهذا ما جاء به القانون المصري وهناك خلاف بين الفقه المصري والفرنسي حول أساس حق التحديث حيث يرى البعض أن أساس حق التعديل يقوم على تحقيق مقتضيات المرفق العام، ويذهب غالبية الفقه إلى أن أساس حق التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة، ويرى البعض أن أساس حق التعديل يرجع إلى تغيير الظروف ويجعلها شرطاً لوجود سلطة تعديل الإدارة لعقودها.

- يكون للإدارة حق التعديل دون موافقة الملتزم إذا إستدعت ذلك المنفعة العامة على أن للملتزم الحق في التعويض إذا أخلت هذه التعديلات بالتوازن المالي للعقد ويكون له حق طلب الفسخ إذا تناولت التعديلات موضوع العقد ذاته أو نوعه أو قلبت إقتصاديات العقد⁽³⁾ أما الشروط المالية التي تتصل بالعلاقات المالية بين الملتزم والإدارة والتي لا تظهر إلا بسبب إدارة المرفق العام عن طريق الإلتزام فإنها شروط تعاقدية لا يجوز للإدارة تعديلها إلا بموافقة الملتزم أو التعويض تعويضاً كاملاً عنها ومن هذه الشروط مدة الإلتزام، وما قد يتفق عليه من إعانات، وقروض أو ضمان القروض، وضمان حد أدنى من إباح، وحق إحتكار.... الخ.

ويلاحظ أن الرأي قد إختلف في أول الأمر حول طبيعة المقابل المالي الذي يستأديه الملتزم من المنتفعين فذهب أولاً إلى إعتبار من الشروط التعاقدية لأهمية البالغة بالنسبة للملتزم في كفالة التوازن المالي للمشروع وتحقيق الربح وهو الدافع الأساسي للملتزم في التعاقد مع الإدارة.

(1)- في هذا الصدد تنص المادة 708 من القانون المصري للمناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان في حدود 20% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابعة.

(2)- في هذا الصدد، تنص المادة 05 من القانون 129 لسنة 1947 على أنه: "لمانح الإلتزام دائماً مت إقتذت ذلك المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الإلتزام أو قواعد إستغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به".

(3)- محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص516.

إذا أخل المتعاقد مع الإدارة في إلتزاماته العقدية كأن تنازل عن عقده للغير أو أهمل أو قصر في تنفيذ أو لم يحترم المواعيد المحددة في العقد وأدى ذلك التصرف إلى إلحاق أضرار إقتصادية وإجتماعية خاصة وأن المرفق محل التعاقد مرتبط بتقديم خدمات عامة حينئذ ينشئ الحق للجهة الإدارية في توقيع الجزاء منها الجزاء المالي المتمثل في الغرامات التأخيرية⁽¹⁾ أو فسخ العقد.

الفرع الثاني: حقوق الملتزم:

الملتزم شخص يستهدف الربح أساسا و كذا فإنه يتمتع بالحقوق التي يستمدتها من العقد إلا أن إتصال العقد بالمرفق العام ينعكس في الواقع على مركز المتعاقد ويكسبه حقوقا تهدف إلى تمكينه من الوفاء بإلتزاماته تمكينا للمرفق من الإستمرار في أداء خدماته.

أولا : الحق في الحصول على المقابل المالي للعقد (الرسم)

إن المقابل المالي هو دافع المتعاقد الآخر لابرام العقود الإدارية مع الجهة الإدارية ويتخذ المقابل المالي صورتين أولهما شكل الثمن ويكون في عقدي الأشغال العامة والتوريد وثانيهما شكل الرسم ويكون ذلك في عقد الإلتزام إذا لم يحصل الملتزم على رسم من الجمهور المنتفعين مقابل خدمات المرفق محل الإلتزام والشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقود الإدارية تعد شروطا تعاقدية لايجوز لجهة الإدارة تعديلها او تغييرها إلا بموافقة الطرف الآخر في العقد وعلى خلاف ذلك فإن تحديد الرسم في عقد الإلتزام يعد من الشروط اللائحية حيث تستطيع الجهة مانحة الإلتزام القيام بتعديل المقابل المالي للعقد(الرسم المستحق للملتزم)، بإرادتها المنفردة دون موافقة الملتزم⁽²⁾ ، وهذا ما قننه القانون المصري في المادة الخامسة من القانون 129 لسنة 1947 الخاص بإلتزام المرافق الهامة بقولها: " لمانح الإلتزام دائما متى إقتضته المنفعة العامة ذلك أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الإلتزام أو قواعد إستغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاص به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إذ كان له محل".

(1)- الغرامات التأخيرية: هي تعويض جزائي من حق الإدارة توقيعه دون أن تلزم بإثبات أن ضرر ما قد لحقها، حيث أن هذا الأخير مفترض دائما عن مجرد التأخير ما ينجم عنه عدم إشتراط التناسب بين قيمة الغرامة والضرر الحاصل.

(2)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت، BOT، دار الكتب القانونية، مصر 208، ص 120 .

ولقد تدخل المشرع في تحديد أرباح الملتزم في عقد الإلتزام وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون السالف الذكر بقولها: "لايجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي أرباح إستغلال المرفق العام عشرة في المئة من رأس مال الموظف والمرخص به من مانح الإلتزام وذلك بعد خصم مقابل إستهلاك رأس مال ومازاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين إحتياطي خاص لسنوات تقل فيها الأرباح 10% و تقف زيادة هذا الإحتياطي متى بلغ ما يوازي 10% من رأس المال ويستخدم ما يتبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الإلتزام"

ثانياً: الحصول على مزايا مالية متفق عليها

للملتزم الحق في الحصول على سائر المزايا المالية التي يتفق عليها كإعانات والقروض وفوائدها، وضمان حد أدنى من الأرباح، أو تعهد الإدارة بعدم منح إمتيازات أو تراخيص لمشروعات منافسة، وهذه وغيرها من الشروط التعاقدية التي لايجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة.⁽¹⁾

ثالثاً: الحق في ضمان التوازن المالي للعقد

فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ترجع نشأتها إلى قضاء مجل الدولة الفرنسي والحكم الصادر في دعوى الشركة الفرنسية للإلتزام والصادر بجلسة 1910/03/11 عندما عرض المفوض بالوم مبدأ التوازن المالي وفكرة التوازن المالي إستقرت عليه آراء الفقهاء، وأحكام القضاء كمبدأ يضبط إلتزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية.

مبدأ التوازن المالي في العقود الإدارية يرتب للمتعاقد الآخر الحق في مطالبه الجهة الإدارية بالتعويض على الرغم من عدم إرتكابها خطأ ، والحالات التي يستحق فيها المتعاقد تعويض دون أن ينسب خطأ للجهة الإدارية ثلاث وهي:

- عمل الأمير.

- الظروف الطارئة

- الصعوبات المالية غير المتوقعة⁽²⁾

وسيتيم تعريف ودراسة هذه النظريات في الفصل الموالي عند التطرق لدراسة آثار عقد البوت

(1) -محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 512

(2) - مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 124

المبحث الثالث: أسلوب التدبير المفوض

يعتبر التدبير المفوض من الأساليب الحديثة لتسيير المرافق العمومية ، فقد ظهر مصطلح تفويض المرفق العمومي أول مرة بفرنسا سنة 1987 وإستخدم المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام في قانون 06 فيفري 1992 الخاص بالإدارة اللامركزية للجمهورية حيث يفرض هذا القانون بعض الشروط الإجرائية في عقود تفويض المرفق العام من قبل الجماعات المحلية، كما يقر مبدأ العلانية السابقة غير أن قانون 29 جانفي 1993 الخاص بالوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الإقتصادية والمناظر العمومية قطع شوطا كبيرا في تطوير الفكرة حيث وسع نطاق عقود تفويض المرافق العامة إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام.

المطلب الأول: تعريف التدبير المفوض:

يعرفه بعض أساتذة القانون الإداري بأنه عقدا إداري تعهد بإستغلال وتدبير المرفق العام والصناعي والتجاري المحلي لمدة محددة تنتهي بإنتهاء وإنقضاء مدة العقد⁽¹⁾

وقد عرفه الأستاذ عبدالله حداد : بأنه طريقة جديدة من بين الطرق المعتمدة لتسيير المرافق العامة، تشابه مع عقد الإمتياز، وتختلف عنه لأن المدة الزمنية لعقد الإمتياز تكون أطول، كما أن الملتزم يتعهد بتوفير الأموال والمستخدمين بينما في التدبير المفوض تبقى التجهيزات في ملكية الإدارة، كما يحتفظ المفوض له بالمستخدمين مع مراعاة حقوقهم.⁽²⁾

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقود التدبير المفوض:

إختلف الرأي حول عقد التدبير المفوض للمرافق العامة، فقد إعتبره البعض بأنه عقد من العقود المدنية تخضع لأحكام القانون المدني فلا يجوز تغييرها إلا بموافقة الطرفين عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ويعاب على هذا الرأي أنه يقيد تدخل الإدارة المفوضة في بنود العقد، ويتنافى مع قاعدة قابلية المرافق للتغيير والتعديل.

أما الرأي الثاني فقد اعتبر عقد التدبير المفوض خاضعا لأحكام القانون الإداري على اعتبار أن أحد طرفي العقد شخص من أشخاص القانون العام وأن موضوع العقد هو تدبير

(1) - محمد يحيا المغرب الإداري، المغرب، 2002، ص350 .

(2) - عبدالله الحداد، الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، د ب ن ، 2001، ص152.

الفصل الأول:

طرق إدارة وتسيير المرافق العامة

مرفق من المرافق العامة، ويؤخذ على هذا الرأي أنه يطلق يد الإدارة المفوضة في تعديل عقد التدبير المفوض أو إلغائه دون التقيد بنصوصه وشروطه.

ولرفع اللبس حول الطبيعة القانونية لعقد التدبير المفوض للمرافق العامة ترى من

منصورنا الخاص أنه يخضع لمقتضيات قانون الإلتزامات والعقود من جهة وهي مقتضيات لإتهام المنتفعين مباشرة لمدة العقد ومكوناته⁽¹⁾ ونهايته ولا يجوز تغيير هذه الشروط إلا بموافقة المفوض إليه كما يخضع لأحكام القانون الإداري من جهة ثانية وهي مقتضيات يجوز للإدارة تعديلها وتغييرها بفردا وفقا للمصلحة العامة دونما المرور عبر موافقة الطرف المفوض إليه.

المطلب الثالث: طرق إنشاء وإنهاء عقد التدبير المفوض:

الفرع الأول: طرق إنشاء التدبير المفوض:

حدد المشرع المغربي من خلال القانون 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض طرق إنشاء هذا النوع من العقود بحسب ما إذا كانت فرضيات إبرام العقد تدخل في الظروف العادية أم إستثنائية ففي الحالات العادية لإبرام العقد إلا بدعوة للمنافسة، وتقوم الدعوة هذه على أساس مساواة المترشحين والاعتماد على معايير موضوعية في الإختيار، شفافية العمليات وعدم التحيز في إتخاذ القرارات كما يجب تحديد أشكال وكيفيات إعداد وثائق الدعوة للمنافسة بشكل مسبق من لدن السلطة الحكومية المختصة بالنسبة لعقود الجماعات المحلية والمجلس الإداري بالنسبة للمؤسسات العمومية.

أما في الحالات الإستثنائية فيجوز للسلطة المفوضة للجوء إلى مسطرة التعاقد المباشر بناء على تفاوض مع المتعهد غير أن باب اللجوء إلى هذه المسطرة محدد بحالات خمس على سبيل الحصر: (2)

- إذا إقتضت إستمرارية المرفق حالة الإستعجال، لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام.

(1) - مكونات العقد الإداري تتمثل في دفتر التحملات: وهو جزء لا يتجزأ من العقد حيث يتم وضع كافة الشروط والكيفيات التي

يقوم ضمنها المفوض إليه بتدبير المرفق كما يحدد العلاقة بين المفوض والمفوض له

*الإتفاقية: يتم فيها تحديد الإلتزامات الأساسية للطرفين المتعاقدين، إسنادا إستغلال وتسيير المرفق إلى المفوض إليه

*الملحقات: تضم كافة الوثائق اللازمة والتي من شأنها ان تساعد المفوض له في تطبيق العقد وإنجاح مهمته .

(2) - مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 120 .

الفصل الأول:

طرق إدارة وتسيير المرافق العامة

- في حالة الأنشطة التي يختص باستغلالها حاملي براءات الإختراع أو الأعمال التي لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا شخص بعينه.

- إذا لم يتم تقديم أي عرض أو تم الإعلان عن جدول المنافسة

- إذا كان القطاع المهياً أو النشاط أو عدد مستعملي المرفق لا يسمح بتطبيق هذا القانون هذا ويمكن إبرام العقد بناء على الإقتراحات التلقائية التي يتقدم بها الأشخاص الذين يجيدون إستعمال تقنية أو تكنولوجيا شريطة أن يكون ذلك مفيداً في تدبير المرفق في الحالة هذه يجوز لهؤلاء التقدم بمقترحاتهم بصفة تلقائية مع تبيان جدوى العرض الذي يقدمونه إلى السلطة المختصة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إنهاء التدبير المفوض

فيما يخص إنهاء التدبير المفوض فتتم إما بطريقة طبيعية بعد إنتهاء العقد لنهاية مدته 30 سنة وقد يتم اللجوء إلى إنهاء العقد بطريقة إستثنائية: فسخ العقد لأسباب قاهرة وفسخ العقد من طرف المفوض لإرتكاب المفوض إليه لخطأ بالغ الحساسية. إلا أن إنتهاء عقد التدبير لا يعني توقف خدمات المرفق بل يتميز إما عن طريق نشر السلطة المفوضة أو عن طريق الخواص بموجب إبرام عقد إداري جديد.

المبحث الرابع: طريقة الإقتصاد المختلط

تهدف الشركات المختلطة إلى إدارة مرفق عام إقتصادي ذات طابع صناعي تجاري كما تهدف إلى تحقيق الأرباح التي تشكل الحافز الأكبر لمشاركة أفراد القانون الخاص وهذا ما يجعل منها طريقة حقيقية لتحقيق النفع العام

المطلب الأول: مفهوم شركات الإقتصاد المختلط

تعني شركات الإقتصاد المختلط مساهمة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام في الرأسمال، وبالتالي في إدارة بعض شركات سواء بالإشتراك في تأسيسها أو يمتلك حصة فيها، وتأخذ هذه الشركات عادة شكل الشركة المساهمة، وقد تكون حصة الدولة في الشركة حصة نقدية وقد تكون عينية تتمثل في بعض العقارات أو الآبار أو المناجم وغيرها⁽²⁾.

(1)- التدبير المفوض بالمغرب بين النظرية والتطبيق، منتدى القانون والعلوم الإدارية للتنمية،

الموقع www.droit-arab.com تم فحص الموقع يوم : 31 مارس 2014 , على الساعة 14 :00

(2)- محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص534 .

الفرع الأول: تعريف شركات الإقتصاد المختلط

تعرف بأنها أشخاص معنوية من أشخاص القانون الخاص بحيث يشترك أفراد القانون العام مع أفراد القانون الخاص في رأس المال، بهدف إدارة نشاط له علاقة بالمصلحة العامة وهذا التعريف يقوم على العناصر التالية:

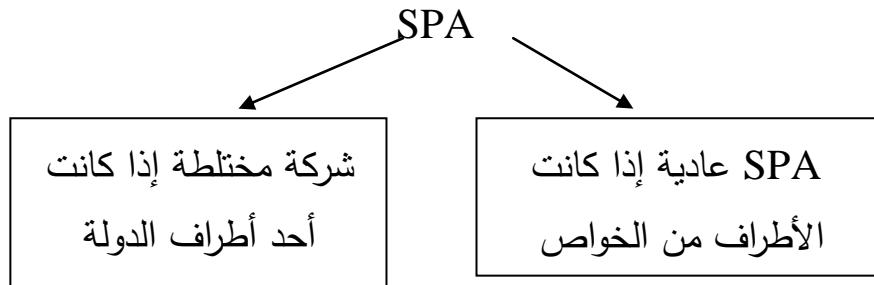
01 - أشخاص معنوية من أشخاص القانون الخاص:

تأخذ شكل شركات المساهمة وتعد هذه الشركات شركات تجارية تهدف إلى تحقيق هدف إقتصادي وتخضع للقانون التجاري، تعرف شركات المساهمة بأنها: "هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى حصص وتتكون من شركاء من القانون الخاص، أو إحدى أطرافها شخص عام لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم .

02 - مشاركة أشخاص القانون العام في رأس المال:

من أهم خصائص الشركات المختلطة هو مشاركة أحد أشخاص القانون العام في رأس مال الشركة هذه هي التي تعطي صفة الإقتصاد المختلط كالتالي:

المساهمة الشركات: SPA (societe par action)



الفرع الثاني: منشأتها

بدأت في القصور في القرن التاسع عشر وبالتحديد في ألمانيا إلا أن تطبيقها الول كان في فرنسا وكانت أول شركة هي شركة بترولوية وكان الهدف منها هو تأمين الأنشطة الضرورية للبلاد وإشباع الحاجات الأساسية التي يعجز الأفراد عن القيام بها.

المطلب الثاني: طرق إنشائها:

1 تأسيس شركة جديدة

تنشئ الدولة شركة تملك فيها أغلبية رأس المال وأغلبية رأس المال وأغلبية الأصوات في مجلس الإدارة وتسمح للخواص بالإكتتاب في الجزء المتبقى.

2 تأميم شركة خاصة:

يعني تحويل ملكية شركة خاصة إلى الدولة أو أحد أشخاص القانون العام إلى أن الدولة تلجأ عند التأميم إلى ترك جزء من رأس مال الشركة المؤمّم للخواص.

3 التخصّص الجزئية:

هنا تلجأ الدولة إلى بيع بعض الأسهم أو رأس مال المملوك إلى الخواص ونشير هنا إلى أن عملية التخصّص تحتاج إلى إجازة من قبل البرلمان

4 -التنازل المجاني للدولة على أسهم إحدى الشركات

5 شراء الدولة لأسهم في إحدى الشركات⁽¹⁾

المطلب الثالث: إدارة شركات الإقتصاد المختلط والرقابة عليها

الفرع الأول : إدارتها

لإدارة هذا النوع من الشركات تحتاج إلى نوعين من الهيئات منها:

1 الجمعية القومية:

هي الهيئة التي تتمثل فيها جميع المساهمين ويكون للدولة التمثيل الذي يتناسب مع حجم مساهمته في رأس المال وتتمثل الدولة بواسطة ممثل أو أكثر ولكل مساهم مهما كان عدد الأسهم التي يملكها الحق في الإشتراك كما أنه لديه حق التصويت بحيث يكون لكل مساهم عدد من الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يملكها.

2 مجلس الإدارة:

يصعب على الجمعية العامة للمساهمين متابعة نشاط الشركة اليومي وإتخاذ جميع القرارات لذلك تعهد الجمعية العمومية سلطة إتخاذ القرار في شأن الشركة .

3 رئيس مجلس الإدارة:

يعين من قبل مجلس الوزراء بعد إستطلاع رأي مجلس الإدارة

(1)- مقديش يوسف، ملخص حول شركات الإقتصاد المختلط، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2011، ص 2 ، عن

الموقع....www.scribd.com/doc/... تم الإطلاع على الموقع يوم 31مارس2014 , على الساعة 22:30.

-الفرع الثاني: الرقابة عليها

تخضع لرقابة الدولة على إعتبار أن أغلبية رأس مال الشركة هو مملوك من قبلها وبالتالي فهي تخضع لعدة هيئات:

01 -مفوضي المراقبة:

تعين الجمعية التأسيسية مفوضا أو عدة مفوضين للمراقبة لمدة سنة بحيث يقومون بالإطلاع على جميع السجلات والبيانات والصكوك والوثائق والأوراق الحسابية.

02 -رقابة المراقب المالي:

تمارسها وزارة المالية بواسطة مراقب مالي

03 -رقابة ديوان المحاسبة⁽¹⁾

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

بما أن الدولة تحتاج إلى تمويل من أجل إقامة المشروعات الكبرى تلجأ إلى مشاركة القطاع الخاص لها بهدف إنشاء مشروعات البنية التحتية عن طريق إبرام العقود معه، وتهدف هذه العقود إلى إنشاء المشروعات ذات النفع العام والتي يتعذر على الدولة إقامتها بغير مساعدة القطاع الخاص على أن تنقل له ملكيتها مؤقتاً لفترة معينة بشرط أن يقوم هذا الأخير بإعادة نقل الملكية مرة أخرى إلى الدولة بإنهاء العقد وينتهي هذه العقود بعقود البوت ومنه سنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم عقد البوت والطبيعة القانونية له بالإضافة إلى إجراءات إبرامه والآثار التي يخلفها بالإضافة إلى طرف نهايته وتقييمه.

المبحث الأول: مفهوم عقد البوت

نتناول في هذا المبحث المقصود بهذا العقد وكذلك أطرافه وخصائصه وذلك كالتالي:

المطلب الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت (B.O.T)

تعتبر عقود البوت B.O.T من العقود الحديثة نسبيا في المعاملات الإقتصادية الجديدة

المحلية منها والدولية، وقد بدأ الإهتمام بهذه العقود منذ الثمانينات وهي تعبير إنجليزي يعد

إختصار لمصطلح معين فبامعان النظر في كلمة (B.O.T) نجد أنها تتكون من ثلاثة حروف

(B) إختصار لكلمة (Build) وتعني البناء أي بناء أو إقامة أو تشييد المشروع.

(O) إختصار لكلمة (Operate) وتعني التشغيل أي شغيل أو إدارة المشروع .

(T) إختصار لكلمة (transfer) وتعني النقل أي ملكية المشروع إلى الإدارة التي طلبت إنشاء

المرفق ويقابلها في الالفرنسية المصطلح (C.E.F) وهي:

إختصار للكلمات construire أي البناء exploiter يعني الإستثمار transferer أي

الملكية⁽¹⁾

ولقد عرف الفقه عقود البوت على أنها: "العقود التي تبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها

وبين طرف خاص وطني أو أجنبي يتخذ عادة شكل شركة أو مجموعة شركات تسمى شركة

مشروع وذلك بهدف تشييدا وبناء أحد المرافق العامة على نفقة هذه الشركة ثم تقوم بتشغيله

لحسابها مدة من الزمن ثم تقوم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة على ان

يكون هذا المشروع خاليا من الأعباء وبحالة جيدة دون مقابل.

أما فقهاء القانون العام والخاص فقد عرفوه بأنه: " شكل من أشكال تقديم الخدمات البلدية

تمنح بمقتضاه الحكومة أو جهة حكومية لفترة محددة من الزمن أحد الإتحادات المالية الخاصة

والتي يطلق عليها إسم شركة المشروع الحق في تصميم وبناء وتشغيل وإدارة مشروع معين

تقترحه الحكومة بالإضافة إلى حق الإستغلال التجاري لعدد من السنوات يتفق عليها تكون

(1)- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها ط 1، دار الثقافة

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

كافية لتسترد شركة المشروع تكاليف البناء إلى جانب تحقيق الأرباح المناسبة من عائدات المشروع، وتنتقل ملكية المشروع وفقا لشروط التعاقد إلى الجهة المانحة دون مقابل⁽¹⁾ ومن خلال هذه التعاريف نجد أن أطراف عقد البوت تتمثل في:

-الجهة الإدارية

وهي الطرف الأول وتعني الحكومة أو إحدى الأجهزة الإدارية التابعة لها والجهة الادارية أما أن تكون أشخاص إقليمية أو مرفقية.

-شركة المشروع :

وهي الطرف الثاني في العقد وهي الشركة التي تلزم في إطار عقود البوت أن تبني وتشغل ثم تنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية ويتم ذلك من خلال سلسلة من العقود التي تبرم بين شركة المشروع والآخرين.⁽²⁾

المطلب الثاني: أشكال عقد البوت

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي الصورة الأكثر شيوعا في الدول المختلفة إلا أن الواقع العملي أظهر صور أخرى لهذه الصورة من العقود وصور عقد البوت هي:

1 البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T

وهي العقود التي تتيح للمستثمر بناء المشروع وإقامة هيكله ومعداته وتملكه لفترة مؤقتة بواسطة شركة المشروع على أن يقتصر دور الحكومة على الإشراف وعلى التأسيس والتشغيل خلال فترة الإمتياز وبعد إنتهاء هذه الفترة يعود المشروع ملكية عامة.

2 البناء والتملك والتشغيل: B.O.O (Build-ownership-operate)

هذه العقود تبرم بين الحكومة والمستثمر على إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة إمتياز تتولى الإشراف على التشغيل وهذا النوع لاينتهي بتحويل ملكية بل يتم تحديد الإمتياز أو إنتهاء المشروع لإنتهاء العمر الافتراضي له وفي حالة بقائه يتعين على الدولة تعويض الملاك عن حصص الملكية وفقا لتقييم أصول وخصوم المشروع متى رفضت تجديد العقد لهم.

(1)- زكي محمد سمير، نظام التشييد والإدارة والتحويل، المركز الإستشاري الدولي للبحوث، القاهرة، 1999، ص45 .

(2)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص19.

3 البناء ونقل الملكية والتشغيل: B.T.O (Build- transfer- operate)

في إطار هذا العقد تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وعلى نفقتها ثم تسند تشغيله إلى القطاع الخاص وأهم مجالات هذه الصور من العقود هو الفنادق والمشروعات⁽¹⁾ السياحية.

4 البناء والإيجار ونقل الملكية: B.L.T(Build-Lease- Transfer)

تتفق الحكومة في هذه العقود مع المستثمر الخاص لبناء المشروع وتأخيره له لفترة زمنية يحصل خلالها المستثمر على الإدارة في المقابل أن يؤدي للحكومة إيجار المشروع.

5 التصميم والبناء والتمويل والتشغيل:

D.B.F.O(Design-Build-Finance-operate)

يتم الإتفاق بين جهة الإدارة والمستثمر سواء كان شخص طبيعي أو شركة أو مجموعة شركات على أن يقوم هذا الأخير بتشييد مشروع معين على نفقته الخاصة وفقا للشروط الفنية والتصميمات الهندسية التي تحددها الجهة الإدارية، وفي مقابل ذلك يمتلك المستثمر المشروع ويجوز له أن يفترض بضمان أصوله، ويكون للمستثمرين الحق في إستغلال المرفق أو المشروع على أن يكون هذا الإستغلال وفقا للشروط التي تحددها جهة الإدارة، كما تحصل جهة الإدارة على قيمة الأرض ونسبة من الأرباح مقابل منح الترخيص وعند إنتهاء مدة العقد المنفق عليه لا تعود ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية وإنما للمستثمر.

6 الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية:

L.R.O.T(lease-renewal operate-transfer)

في إطار هذا العقد تقوم شركة المشروع بإستئجار مشروع قائم من جهة الإدارة ثم تقوم بتجديد وتحديثه على نفقتها وتشغيله مدة العقد المنفق عليها ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية بحالته الحديثة بعد التجديد دون مقابل.

01 -التجديد والتملك وإستغلال: R.O.O(Repabilitation-Own-Operte)

تتعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص من أجل تحديد أحد المشروعات العامة التي تحتاج إلى ذلك التدعيم سواء من حيث المباني أو الآلات أو المعدات أو الأجهزة والأساس ووسائل النقل

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

وغيرها في مقابل أن يمتلك المستثمر المشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته على أن تحصل الحكومة منه على مقابل إنتقال ملكية المشروع منها إليه⁽¹⁾.

المطلب الثالث: خصائص عقد البوت

تتمتع عقود البوت بمجموعة من الخصائص نذكر أهمها:

الفرع الأول: يبرم عقد البوت بين الدولة أو أحد أجهزتها وطرف خاص

تبرم عقود البوت بين طرفين أولهما الدولة أو أحد أجهزتها الإدارية وثانيها طرف آخر قد يكون شخص طبيعي أو شركة أو مجموعة شركات وطنية أو أجنبية وعقود البوت ظهرت بوصفها وسيلة لتمويل المشروعات العامة وهي وسيلة هامة تساعد على إنتعاش الإقتصاد متى إنطوت على الشروط والضمانات التي تحافظ على المصلحة العامة للدولة المضيفة ولقد عرف أيضا القطاع الخاص التعاقد بنظام البوت حيث يقدم أحد الأشخاص الخاصة على التعاقد بنظام البوت إلا أن هذا لن ينال من المستقر عليه العمل الدولي لهذه العقود بإعتبار أن وجود السلطة العامة هو الطرف الرئيسي في العقد⁽²⁾

الفرع الثاني: إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات مفع عام وملكية الجهة الإدارية للمرفق طوال مدة العقد:

إن الهدف من إقدام الدولة أو أحد أجهزتها على التعاقد بنظام البوت B.O.T هو إنشاء مرافق عامة إقتصادية وذلك لتقديم خدمات ذات نفع عام لجمهور المنتفعين مثال ذلك المشروعات التي قامت بها مصر من مرافق الطرق ومياه الشرب والكهرباء والمطارات والموانئ والإتصالات والأنفاق ولقد كان تشييد المرافق العامة وإستغلالها واستفادة جمهور المنتفعين بها أمر قاصر على الدولة ولن يسمح بالقطاع الخاص القيام بهذه المهمة.

إن ملكية الجهة الإدارية المتعاقد للمرفق طوال مدة العقد تثبت في عقود البوت وأغلب صورته ومشتقاته عقد البوت وهذا الحق ثابت بعقود البوت مثل عقد إنشاء مطارات العلمين ومرسى علم بمصر.

(2)-مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 18

(1)-مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 21

الفرع الثالث: إشراف ورقابة الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد والإستغلال:
من حق الجهة الإدارية المتعاقدة القيام بمهمة الإشراف والرقابة على شركة المشروع أثناء قيامها بمهمة البناء والتشييد للمرفق موضوع التعاقد للتأكد من تنفيذها هذه المرحلة وفق للمواصفات الفنية والهندسية المتفق عليها بعقد BOT كما ينشئ الحق للجهة الادارية المتعاقدة الإشراف والرقابة على شركة المشروع طوال مرحلتي تشغيل المرفق وذلك للتأكد من قيام شركة المشروع من بيع خدمات المرفق للجمهور بالأسعار المتفق عليها وبالجودة المتفق عليها وذلك في الحالات التي تتولى شركة المشروع تقديم الخدمة للجمهور مباشرة والسبب من وراء ذلك أن شركة المشروع تتوب عن الجهة الإدارية في تقديم خدمة المرفق للجمهور وبالتالي فإن هذا الحق ينشئ للجهة الإدارية المتعاقدة من أجل حماية مصالح المواطنين والحفاظ على المصلحة العامة للدولة⁽¹⁾.

المبحث الثاني: النظام القانوني لعقد البوت

نتناول في هذا المبحث التكييف القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والتميز بينها وبين العقود المشابهة وكيفية التعاقد بنظام البوت وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التكييف القانوني لعقد البوت BOT :

هناك خلاف بين الفقهاء يدور حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت فليس هناك إتفاق في الرأي بين الفقهاء على اسباغ تكييف محدد لعقود البوت والخلاف بين الفقهاء ينقسم إلى ثلاثة إتجاهات وهي: الطبيعة الإدارية لعقود البوت، إعتبار عقود البوت من عقود القانون الخاص، إعتبار عقود البوت من طبيعة خاصة⁽²⁾

الفرع الأول: الطبيعة الإدارية لعقد البوت:

يتجه كثير من الفقهاء إلى تكييف عقود البوت على أنها عقود إدارية، وإسترشد أنصار هذا الرأي بالأدلة التالية:

(1)- وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 35.

(2)- محمد الروبي، عقود التشييد والإستغلال والتسليم BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 90.

ا/ عقود البوت ذات جذور قديمة فهي صورة حديثة لعقود إلتزام المرافق العامة:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود B.O.T هي مسمى حديث لعقود إلتزام المرافق العامة ولقد عرفت فرنسا هذا النوع من التعاقد في القرن الثامن عشر ففي عام 1972 منحت الحكومة الفرنسية شركة برييه إخوان إمتياز توزيع مياه الشرب باريس، كما منحت الحكومة المصرية للشركة العالمية لقناة السويس إمتياز لقناة السويس والتي تكونت بغرض إنشاء قناة السويس وتشغيلها لمدة 99 عاما تنتهي في عام 1971 إلا أن الدولة قد أمتت قناة السويس قبل نهاية مدة التسعة وتسعون عاما الواردة بعقد الإمتياز.

ويلخص أنصار هذا الرأي أن التطابق بين عقد البوت الحديث وعقد الإمتياز بالمفهوم القديم يؤدي إلى حسم الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقود البوت باعتبارها عقودا إدارية وهو ما يؤكد أن عقود البوت حديثة إسما إلا أنها معروفة قديما تحت مسمى عقود الإلتزام.

ب/ خضوع عقود البوت لمعايير شروط العقود الإدارية:

يرى انصار هذا الرأي القائل بادرارية عقود البوت أن كافة المعايير والشروط التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص متوافرة في شأن عقود البوت وهي:

- 1* أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام
 - 2* أن يتعلق العقد بالمرفق العام
 - 3* أن يحتوي العقد على شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص
- أما فيما يخص الشرطين الأولين فكلاهما متوافر في عقود البوت أما الشرط الثالث فهو متوافر لأن عقود البوت تخول جهة الإدارة سلطة الرقابة والإشراف أثناء مرحلتي البناء والإستغلال⁽¹⁾.

ج/ موضوع وأهداف عقود البوت تخضع بطبيعة الحال لأحكام القانون العام

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود البوت عقود إدارية مادام المرفق عام ومن ثم فالعقد المنظم له عقد إداري وإلا ضحينا بالغاية من أجل الوسيلة هنا المرفق العام والوسيلة هنا العقد.⁽²⁾

(1)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص29.

(2)- محمد الروبي ، مرجع سابق، ص71

د/ التوسع النسبي في الشروط التعاقدية بنظام البوت لا ينفى عنه الطبيعة الإدارية:

يؤكد أنصار هذا الرأي أن التوسع النسبي في الشروط التعاقدية والتحقيق من الشروط اللائحية والتي لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة أن تعدلها إلا بموافقة شركة المشروع لا تنفي عن عقود البوت وطبيعتها الإدارية، ذلك لأن الهدف من تشجيع الشركات الدولية الكبرى على القدوم للدولة والإستثمار فيها بنظام البوت، وجدير بالذكر أن كثيرا من أنصار هذا الرأي يرون أن عقود البوت هي إحدى تطبيقات الإلتزام المرافق العامة أو أنها مسمى جديد لها.

الفرع الثاني: إعتبار عقود البوت من عقود القانون الخاص.

يرى أنها أنصار هذا الإتجاه إلى أن عقود البوت هي من قبيل القانون الخاص وبالتالي تخضع لأحكام القانون المدني والتجاري، ولا تخضع إلى أحكام القانون العام وإسترشد أنصار هذا الرأي بالحجج والبراهين التالية:

ا/ **عدم خضوع البوت لمعايير وشروط العقود الإدارية:**

لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية يجب أن يتوافر ثلاثة شروط وهي:

01 - أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام

02 - أن يتعلق بالمرفق

03 - أن يحتوي العقد على شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ويرى

أنصار هذا الرأي أن الشرط الثالث ينحسر عن عقود البوت حيث أنها لا تحتوي على شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

ب/ **القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع سياسة تشجيع الإستثمار**

يرى أنصار هذا الرأي أن القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت هو أمر يتعارض مع

سياسة تشجيع الإستثمار حيث يؤدي إعتناق الدول لهذا التكييف إلى تخويف المستثمرين

وأعراضهم عن إستثمار أموالهم بتلك الدول حتى يتجنبوا المخاطر التشريعية والقضائية التي

يتعرضوا لها، ويرى أنصار الرأي أنه يجب على الدولة لكي تجذب الإستثمار الأجنبي عليها

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

أن تبتعد عن أحكام القانون العام وتستعين بتطبيق أحكام القانون الخاص على عقود البوت وهذا يساعد على زيادة الإستثمارات الأجنبية والوطنية⁽¹⁾.

ج/ القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق يرى أنصار هذا الرأي أن ملكية المشروع للمرفق تعد ملكية تامة وخالصة ونهائية وهو أمر لا يتوافر في عقد التزام المرفق العام والأشغال العامة والذي تكون فيه الدولة مالكة للمشروع⁽²⁾.

د/ أحكام التحكيم تنفي الطبيعة الإدارية من عقود البوت

كثير من أحكام التحكيم لم تسبغ على عقد البوت المبرم بين الدولة وشركة المشروع الصفة الإدارية، بل إعتبرها عقود خاصة.
الفرع الثالث: عقد البوت من طبيعة خاصة:

يذهب البعض إلى أن عقود البوت بلا شك عقود ذات طبيعة خاصة رغم أن لها جذورا تتمثل في عقود الإمتياز الإدارية يوجد بينهما العديد من الإختلافات الجوهرية بحيث أصبحت عقود البوت تبرم بعد مفاوضات شاقة من الطرفين كما أنها تعد مفهوما جديدا في مجال الدراسات القانونية يقوم على إستخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة، كما أوجدت هذه العقود ضرورة وضع قواعد قانونية تتعلق بالأمور التالية:

- ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع
- مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج
- إجراءات تسوية المنازعات وديا
- كيفية إعادة المشروع للدولة
- الرسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها من الأفراد
- التأمينات العينية
- مدى جواز الحجز على هذه الأموال

(1) - مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص32.

(2) - محمد الروبي، مرجع سابق، ص83.

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

لذلك يصعب وضع تكييف محدد ثابت لهذه العقود، وإنما يلزم مراجعة كل عقد على حدى
وعما إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوافر فيه من عدمه⁽¹⁾

ويتوافق مع هذا الرأي في أن عقود البوت ذات طبيعة خاصة للأسباب الآتية:

- هذه العقود تقترب من العقود الإدارية لتعلقها بمرفق عام إلا أنها تقتقد ظهور الدولة لسلطة عامة بالإضافة إلى أنها لاتحوي شروط إستثنائية باعتبارها من شروط العقد الإداري
- عدم وجود تنظيم قانوني لمعالجة هذه النوعية من العقود بوجه عام بإستثناء ظهور بعض القوانين لمعالجة جزئيات تتعلق بنوعية مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها يفرد لعقود البوت نظاما خاصا⁽²⁾.

المطلب الثاني: التمييز بين عقد البوت والعقود الشبيهة

نظرا للتشابه الموجود بين عقود البوت وبعض أنواع العقود التي تعكس مشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية من جهة، والإختلاف الذي ظهر حول مصدرها فإن التمييز بينها أمر ضروري لتبيان نقاط التطابق الموجودة بينها.

الفرع الأول: عقود البوت وعقود إلتزام المرافق العامة:

ينصرف عقد الإلتزام المرفق العام إلى العقد الذي يتولى بمقتضاه الملتزم فردا كان أو شركة، وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام إقتصادي وإستغلاله لمدة محددة من الزمن، مقابل رسوم يتقاضاها من المنفعين وفقا للنتائج المالية للإستغلال مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، فضلا عن شروط التي تضمنها الإدارة لعقد الإمتياز.

- تتوافق عقود البوت مع عقود الإلتزام في إسناد مسألة إدارة المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص، يتحمل بذلك عبئ ومخاطر التشغيل طول مدة العقد المحددة كما أن الملكية تظل للجهة الإدارية في كلا العقدين، مع وجود وعد ملزم للمستثمر بنقل الملكية في عقود البوت عند نهاية المدة المتفق عليها، بالأخص في العقود بصيغة BOOT التي يرى فيها البعض أن الملكية تظل خالصة للقطاع الخاص طوال فترة التعاقدية.⁽³⁾

(1)- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص375.

(2)- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص386.

(3)- سميرة حصايم، عقود البوت B.O.T، إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص44.

تقوم الإدارة في عقود البوت بتحويل الملتزم بعض حقوق أو إمتيازات السلطة العامة فيما يقتضيه قيام المرفق العام وإستغلاله، وهو ما يتفق تماما مع عقد الإلتزام فقد يعطي الملتزم الحق في الحصول على مقابل من الأفراد، وهذا المقابل لا يعد اجرا بل هو في حقيقة رسما، ويعطي كما يمنح من حق في طلب نزع الملكية أو الحق في طلب الإستلاء المؤقت على الملكية الخاصة.

وتتميز عقود البوت من عقود الإلتزام المرافق العامة في نقطتين هما:

- ان عقود البوت تحتوي على عنصر رئيسي وهو البناء أي بناء أو تشييد المشروع حيث يلتزم صاحب الإمتياز بدراسة المشروع ووضع التصميمات اللازمة له ثم تنفيذه أي بتائه وإنشائه ثم يقوم بعد ذلك بإدارة المشروع وإستغلاله فترة زمنية معينة تمكنه من تعويض ما تكبده من نفقات وتحقيق الربح فلا يتضمن عقد الإلتزام عادة قيام الملتزم بإنشاء المشروع بل يقتصر دوره إدارة وإستغلال مشروع قائم فعلا مع تحمل مصاريف وتكاليف الإدارة والإستغلال، ولكن ذلك لا يمنع من أن تقوم الإدارة بتضمين عقد الإلتزام المرافق العامة شرطا يقضي بالإلتزام صاحب الإمتياز بالقيام بإنشاءات مهمة وهو ما يقربه من عقود البوت
- إن أهم ما يميز عقود البوت عن عقود الإلتزام المرافق العامة هو حق صاحب الإمتياز في تملك كافة أصول المشروع طوال مدة الإمتياز مع وعد بنقل الملكية إلى الدولة في نهاية المدة وهو ما ينطبق على عقود الإمتياز حيث تبقى ملكية المرفق دائما إلى الدولة وهذا أمر غير متوفر في عقود البوت⁽¹⁾

الفرع الثاني: عقود البوت وعقود الأشغال العامة:

عقد الأشغال العامة يبرم بين الإدارة وأحد أشخاص القطاع العام وهو إتفاق يكلف به أحد أشخاص القانون العام شخص آخر لتنفيذ أحد الأشغال العامة وإستغلال ناتج العمل الذي تم إنجازه مقابل مكافأة يتم تحميلها من العائد المالي للإستغلال، ويجب توافر روط حتى يكون العقد عقد اشغال عامة وهي كالأتي:

- أن يكون موضوع العقد اعمالا يقع على عقار
- أن يكون العامل لحساب شخص من أشخاص القانون العام.

- أن يكون الغرض من عقد الأشغال العامة تحقيق منفعة عامة
- ومن خلال إستعراض ماهية عقد الأشغال العامة يمكن القول أنه يتفق مع عقود البوت في أن موضوع كلا العقدين في النهاية هو تحقيق أعمال إنشائية، الغرض منها تحقيق النفع العام أي أنهما يهدفان إلى تنفيذ أعمال تنصب على عقارات في سبيل تحقيق المنفعة العامة، ولكن وجه الإفتراق فيما بين العقدين يتمثل في:

- تمويل عقد الأشغال يتم من الموازنة العامة مباشرة إذ أن المتعاقد يتقاضى ثمن قيامه بالإنشاءات مباشرة من موازنة الإدارة المتعاقدة أما تمويل تنفيذ الإنشاءات في عقود البوت فيتم من قبل المتعاقد ذاته ووفقا لآليات التمويل الذاتي .

لما كان تمويل عقد الأشغال يتم من الموازنة العامة مباشرة فإن تشغيل الإنشاءات المنفذة وفقا للعقد لا يتم من قبل المتعاقد ذاته وإنما من جانب الإدارة ذاتها وذلك بعد الإنتهاء من التنفيذ وتسليم المشروع وفقا للأصول المتبعة لذلك⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تمييز عقود البوت عن الخصخصة

إن عقد الخصخصة هو عقد إداري يتم إبرامه بين الدولة والقطاع الخاص موضوعه بيع مشروع تملكه الدولة و نقل ملكيته كلياً أو جزئياً إلى أحد أشخاص القطاع الخاص، فتقطع علاقة الدولة كلياً بالمشروع وعلى الرغم من تشابه عقد الخصخصة مع عقد البوت من ناحية تناولهما أموال عامة تملكها الدولة وتقل ملكيتها إلى القطاع الخاص إلا أنهما يختلفان من عدة نواح أهمهما:

إحتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط وقواعد تتعلق بإنشائه وتشغيله إضافة إلى حق الاشراف والرقابة على المشروع حتى إعادة ملكيته إلى الدولة في نهاية المدة المتفق عليها.

أما في عقد الخصخصة فتنتقل ملكية المشروع نهائياً إلى القطاع الخاص وتقطع علاقة الدولة به وتمتنع عن التدخل في إدارته أو رقابته أو الإشراف عليه.

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

وبناء على ذلك يعتبر نظام عقد البوت حلاً وسطاً بين الخصخصة و تمويل المشاريع عبر الوسائل التقليدية للدول من خلال فرض الضرائب أو الحصول على القروض الداخلية أو الخارجية أو رصد الإعتمادات في الموازنات العامة⁽¹⁾.

المطلب الثالث: إجراءات التعاقد بنظام البوت

نتناول خلال هذا المطلب خطوات التعاقد بنظام البوت وأولى الخطوات هو قيام الجهة الإدارية مانحة الإلتزام بتحديد المشروع ثم مرحلة العطاء وإختيار المستثمر بخطواتها المتعددة على ان يتم ذلك في إطار المنافسة والعلانية و هذا يقتضي تحديد وثائق المناقصة والإعلان عنها ثم كيفية تقديم وإعداد العطاء ثم مرحلة المفاوضات وهي المرحلة التالية على ترسية العطاء على المستثمر ومن ثم يضاع عقد البوت وذلك كالتالي:

الفرع الأول: إختيار المشروع

تعتبر مرحلة المشروع من اهم المراحل التي تؤدي إلى نجاح المشروع المبرم بشأنه التعاقد بنظام البوت وعلى الجهة الإدارية القيام بهذه المرحلة من تحديد مشروعات البنية الأساسية حيث تقوم الحكومة بتحديد المرافق التي تعاني من سوء تقديم الخدمات أو من قصورها في ذلك وبيان مدى حاجة المواطنين إليها تسهيل على المستثمرين في معرفة مشروعات البنية الأساسية التي تحتاج إلى تمويلهم، وتنشأ الحكومة لتحقيق هذا الغرض إما مؤسسة مستقلة تسهر على دراسات الجدوى لمثل هذه المشروعات بحيث تكون تلك المشروعات تحت بصر المستثمرين ومؤسسات التمويل عند الحاجة⁽²⁾.

وقد تنشأ الحكومات إدارة تابعة لرئيس الجهاز التنفيذي يعهد إليها بإقتراح وإعداد دراسات الجدوى عنها بالإضافة إلى إعداد مشروعات القوانين واللوائح اللازمة لتحقيق قبول المشروع من قبل المستثمرين ومؤسسات التمويل⁽³⁾

(1)- وضاح محمد الحمود، مرجع سابق ، ص 59 .

(2)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 80.

(3)- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 374 .

الفرع الثاني: طرح العطاء واختيار المستثمر:

لعدم وجود مشروع قانوني متكامل بحكم عقد البوت من ثم ظلت القاعدة المتبعة هي تطبيق القانون المصري رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 21 لسنة 1958 بشأن منح إلتزام المرافق العامة والذي لم يشر من قريب أو بعيد إلى كيفية طرح العطاءات لمشروع البنية الأساسية هذا بإستثناء بعض القوانين المصرية المتعلقة بجهات معينة نذكر منها: القانون رقم 3 لسنة 1998 المتعلقة بمنح إلتزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وإستغلال المطارات وأراضي الدولة حيث أشارت المادة الأولى منه إلى أنه: "يجوز منح إلتزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أن إعتبريين في الداخل والخارج لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة وإستغلال المطارات وأراضي النزول أو أجزاء منها وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات التالية:

- أ - ان يتم إختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية
 - ب - الا تزيد مدة الإلتزام على تسعة وتسعين سنة
 - ت - أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل سير المرفق بإنتظام وإطراد. إذا كانت المادة قد بينت على سبيل الدقة الإجراءات التي يجب إتباعها إلا أنها لم تشر إلى كيفية طرح العطاء وإختيار المستثمر⁽¹⁾
- ويذهب البعض إلى طرح العطاء يتطلب تحديد وثائق المناقصة ثم إتباع إجراءات تلقي العطاءات وإختيار المتعاقد مع الإدارة كما يلي:
- أولا: تحديد وثائق المناقصة:**

تتعلق عقود البوت في أغلب الأحيان بمناقصات دولية وذلك لضخامة المشروع وتطلبه قدرا كبيرا من التكنولوجيا المتقدمة كما هو الحال في إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو المياه ونتيجة ذلك يحتاج المشروع إلى إستثمارات ضخمة يصعب أن تتحملها المناقصة الداخلية، ومن ثم يجب على الإدارة أن تضمن كراسة الشروط والمواصفات التي تكفل لها الحصول على تكنولوجيا متقدمة بالإضافة إلى الشروط التي تضمن لها نقل ملكية المشروع

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

إليها مرة أخرى وبحالة جيدة كما يتعين أن تحتوي كراسة الشروط على التسهيلات التي يمكن منحها للمشروع.⁽¹⁾

ثانياً: الإعلان عن المناقصة

يرجع ذلك إلى قانون المناقصات والمزايدات الحالي بمصر رقم 89 لسنة 1998 بإعتبره القانون الاساسي في بيان كيفية إبرام عقود الإدارة المختلفة والذي ينص على علانية المناقصة والتي تعد بمثابة دعوى إلى التعاقد وليست إيجاباً وإنما الإيجاب يصدر من المستثمر عن طريق تقديم عطاءه الذي ينتظر قبول من جهة الإدارة وتؤدي علانية المناقصة إلى حرية المنافسة والمساواة بين المستثمرين⁽²⁾

ثالثاً: تقديم العطاء

بعد الإعلان عن المشروع فإنه تتقدم الشركات بعطاءاتها في المواعيد وبالإجراءات التي حددتها جهة الإدارة على أن يتضمن العطاء تحديد مصادر تمويل المشروع بموجب خطة تمويلية تحدد تلك المصادر وتوضح الضمانات التي تكفل تنفيذها، كما يجب أن تتضمن العطاءات الرسومات الخاصة بالمشروع و كيفية تنفيذه ووقت التنفيذ على أن توضح كل هذه المستندات في مظروف واحد وهو ما حدث بالفعل عند إبرام عقد إنشاء محطة كهرباء بمصر سيدي كير حيث تضمن المظروف ما يلي:

• خطة إدارة المشروع وتتضمن:

- الهيكل التنظيمي للمشروع وسابقه خبرة فريق العمل الرئيسي

- الجدول الزمني لتنفيذ جميع مراحل المشروع

- خطة مراقبة تطبيق المعايير البيئية

• العرض الفني: ويتضمن وصفاً تفصيلياً للمكونات الرئيسية للمحطة والمتضمنة الرسومات

التخطيطية والهندسية للمشروع وخطة التشغيل والصيانة وكذلك المخزون وقطع الغيار.

• العرض المالي: ويحتوي على أسعار بيع القدرة والطاقة بالإضافة إلى معدل الإتاحة

للمحطة ومعدل إستهلاك الوقود السنوي.

(1)- محمد أنس جعفر، مرجع سابق، ص 88.

(2)- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 376 .

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

• **شكل مقدم العطاء:** وهو الشكل القانوني للإتحاد المتقدم بالعرض وخطة التمويل والترتيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المشروع

هذا بالإضافة إلى المعلومات المساعدة وأهمها التكلفة الرأسمالية للمشروع موزعة على مكونات المحطة وقوائم ادخل والتدفقات النقدية بالإضافة إلى المصاريف السنوية للمشروع⁽¹⁾

رابعاً: البت في العطاءات

يتم البت في العطاءات المقدمة على مرحلتين:

أ - **مرحلة العطاء المبدئي:** حيث تستطلع الحكوم إلم يكن لديها الإمكانيات لدراسة الجدوى، مقترحات شركة القطاع الخاص، فتدعوا إلى تقديم عطاءات أو عروض لتحقيق غرض واحد، وهو وضع المواصفات التقنية والنوعية لمشروع معين.

ب - الدعوى إلى تقديم عطاءات على أساس المجموعة الواحدة من المواصفات التي نتجت عن المجموعة الأولى، ويدخل في تقييم العطاءات المقدمة مدى قدرة العطاء على الحصول على التمويل اللازم والمؤسسات المالية المدعومة له وذلك عن طريق تقديم إتفاق مبدئي مع المؤسسات المالية على تمويل المشروع حيث يجب تعيين بنك يمثل الإتحاد المالي ويتولى المفاوضات مع المؤسسات المالية المحتملة والأسواق المتوقعه والقيام بإعداد صفقة مالية متكاملة تتناسب مع المشروع، وأحيانا لا يقتصر التمويل على بنك واحد بل تتضافر مجموعة من البنوك لتقديم التمويل المطلوب للمشروع على أساس مشترك يطلق عليه الإتحاد المالي ويتم تعيين بنك من هذه البنوك كمدير للإتحاد، وتتولى البنوك التفاوض مع راعي المشروع والحكومة المعنية بالأمر وباقي الأطراف الأخرى كالموردين والمستهلكين من اجل الإتفاق على وسائل معينة تؤمن لها الحصول على الأقساط في المستقبل⁽²⁾.

خامساً: المفاوضات

بعد إرساء العطاء على شركة المشروع تبدأ العديد من المفاوضات والتي تنقسم إلى مفاوضات بين الحكومة وشركة المشروع ومفاوضات بين جهات أخرى كالبنوك و الموردين مع شركة المشروع وذلك على النحو التالي:

(1)-أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 377 .

(2)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 85.

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

أ- المفاوضات مع الحكومة:

في الواقع أن الحكومة لا تترك المشروعات الممولة عن طريق القطاع الخاص دون رقابة من جانبها سواء في مرحلة إنشائها أو تشغيلها⁽¹⁾.

وبالطبع لا يرضخ المستثمرون لهذه الرقابة بسهولة لأن من نشأتها التأثير على تشغيل المشروع تشغيلاً تجارياً فلا على أنها قد تؤدي إلى مضاعفة المخاطر من أجل ذلك يبدأ المستثمرون في الإستعانة بعدد من الخبراء والمحامين للمفاوضة في شروط المشروع ومن بنود عقد البوت التي تثير الكثير من المفاوضات بين الحكومة وصاحب الإمتياز تتمثل في ما يلي:

- حقوق والتزامات صاحب الإمتياز

- المجال الرئيسي للنشاط والأنشطة الأخرى التي تؤدي إلى تعزيز وتوزيع مصادر دخل المشروع.

- مدى حق الملتزم في منح إمتيازات فرعية

- الإلتزامات والتعهدات الحكومية سواء فيما يتعلق بإستعمال الأراضي والطرق أو المعاملة

التفضيلية للملتزم وكذلك المعاملة الضريبية للمشروع

- تحديد الأسعار والزيادات المتلاحقة عليها.

- رقابة الحكومة على تنفيذ وإدارة المشروع، العلاقات مع العملاء وكذلك مع المنافسين

- الإخلال بالإتفاق والجزاء المترتبة على ذلك .

- إنهاء عقد الإمتياز وكيفية مده

- الأحكام الخاصة بنقل ملكية المرفق إلى الحكومة سواء في نهاية المدة أو قبلها

- طرق حل المنازعات بين الحكومة وصاحب الإمتياز.

- القانون الواجب التطبيق⁽²⁾

ب- المفاوضات بين الأطراف الأخرى:

تتعلق هذه المفاوضات بأطراف الإتفاقات الأخرى كالبنوك والموردين والمقاولين في

علاقاتهم مع شركة المشروع ومن أبرز البنود التي تضمنها تلك المفاوضات هي:

(1)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع نفسه، ص 85 .

(2)- إبراهيم الشطناوي، مرجع سابق، ص 181 .

(01) المخاطر:

على الرغم من أن البنوك المقرضة سوف تتحمل كل أو بعض مخاطر سداد الدين وذلك في فترة وجود المشروع تحت الإنشاء إلا أن لها الحق في مطالبة راعي المشروع بأن يتحمل جزء من المخاطر المترتبة عن تأخره في إقامة المشروع أو توقف إنجازاته أو تركه أو التخلي عنه.

كما تشمل المفاوضات بين البنوك وراعي المشروع التأكيد على التعهدات والضمانات الحكومية بعدم إتخاذ أية تصرفات ضارة بمستقبل المشروع.

قدرة المشروع الإنتمائية وماضيه المشرق في التعامل مع البنوك ومستقبل المشروع وكفاءة الإدارة وكذلك مدى قدرة المتعاقدين مع المشروع، وذلك بهدف ضمان تحقيق المشروع لإيرادات تكفي لسد أقساط البن ولتحقيق ربح الملتزم...ومن هذه المخاطر:

مخاطر التشييد: يتناول التفاوض الوسائل التي يحمي بها المقرض نفسه من مخاطر التشييد مثل التأخير في الإنجاز أو عدم وجود يد عاملة قادرة على إنجاز المشروع، ومن الوسائل التي تساعد على درا هذه المخاطر العقود طويلة المدى وذلك لتوريد المواد اللازمة للمشروع بأسعار ثابتة أو إنشاء شبكة موصلات⁽¹⁾

مخاطر السوق:

في الواقع إن دراسات جدوى المشروع تتضمن بيان الأسواق المحلية والعالمية التي سيتم التسويق من خلالها لمنتجات المشروع بحيث تطمئن البنوك إلى إنتفاء مخاطر السوق والتشغيل.

المخاطر المالية:

من بين المخاطر التي تدخلها البنوك المقرضة في تكلفة القرض تلك المتعلقة بتذبذب سعر الصرف وسعر الفائدة في الأسعار العالمية ومعدل التضخم وقروض رسوم جمركية جديدة.

(1) - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 380 .

المخاطر السياسية:

تعد أخطر أنواع المخاطر التي تتعرض لها مشروعات البوت نظرا لإرتباطها بمشروعات البنية الأساسية وحاجتها إلى العديد من التصاريح والإمتيازات من أجل ذلك فإن البنوك تحتاج إلى الحصول على تعهدات من الحكومة المضيفة لراعي المشروع تتمثل في منع خطر التأميم بالإضافة إلى التعهد بتوفير العملة الصعبة التي تحتاجها هذه المشروعات عن طريق البنوك المركزية.

2/ التأمينات العينية:

تلجأ البنوك المقرضين إلى رهن الأصول المادية للمشروع ضمانا للوفاء بمبلغ القرض إلا أن هذه الأصول لا تكفي في كل الأحوال لرد القرض وفوائده لذلك فغن المعول عليه هو إيرادات المشروع⁽¹⁾.

الفرع الثالث: صياغة عقد البوت:

التعاقد بنظام البوت يستغرق فترة طويلة قد تصل لمدة تسع وتسعين عاما فضلا أنه يتطلب مبالغ مالية كبيرة وهائلة والأمر لا يخلو من تعرض هذه العقود لمخاطر عديدة أثناء التنفيذ لذا تخضع هذه العقود لدراسات عديدة قبل إبرامها. يصاغ عقد البوت وفقا لما تنتهي إليه المفاوضات بين الحكومة وبين شركة المشروع، وكذلك الحال بالنسبة للعقود الأخرى.

المبحث الثالث: آثار عقد البوت

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كأى عقد يرتب حقوق والتزامات على أطرافه (الجهة الإدارية مانحت الإلتزام وشركة المشروع)

ومن خلال هذا المبحث سنتطرق لأهم الحقوق والإلتزامات المترتبة على أطراف عقد البوت وكذلك نتطرق إلى أسباب نهاية عقد البوت و فض النزاعات الناشئة عنه وهذا كالتالي:

(1) - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص381.

المطلب الأول: حقوق والتزامات السلطة المتعاقدة:

تتحمل الإدارة عدد من الالتزامات بمجرد إبرامها للعقد مع الملتزم وكذلك من أجل تحقيق المصلحة وضرورة سير المرفق العام بانتظام وإطراد تتمتع الإدارة بحقوق في مواجهة المتعاقد معها.

الفرع الأول: التزامات السلطة المتعاقدة

بمجرد إبرام الجهة الإدارية للعقد تتحمل عددا من الالتزامات منها ما هو بديهي في أي عقد إداري ومنها إلتزامات خاصة بموضوع العقد وطبيعة المشروع.

أولا: الإلتزامات العامة (تهيئة المناخ وتوفير الطمأنينة والحماية)

يتعين على الإدارة تهيئة المناخ الاستثماري من خلال إصدار التشريعات والقوانين الخاصة بالاستثمار والتي تؤدي إلى توفير الطمأنينة والاستقرار للمستثمر وخاصة الأجنبي وتشجيعه من أجل إتمام عملية تطوير البنية الأساسية ومن ذلك منح مزايا للمستثمرين وإعطائهم الحرية في تمويل العملية الأجنبية وإصدار تراخيص استيراد بشكل مبسط وتسيير الإجراءات الجمركية أو الإعفاء من بعضها وتسهيل المعاملات الخاصة بالموافقات والتراخيص المطلوبة في إنشاء بناء المرافق العامة وكذلك تحديد حقوق الملكية في المشروعات بدقة وحمايتها بنصوص تشريعية.⁽¹⁾

ثانيا: الإلتزامات الخاصة (تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية)

هناك بعض الإلتزامات الخاصة بكل عقد على حدى تجاه المتعاقد مع الإدارة ومن هذه الإلتزامات مثلا إلتزام الإدارة بتنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية، أي يجب تنفيذها شأنها شأن كافة العقود في نطاق القانون الخاص بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ أحسن النية ، أي أن تحترم الإدارة المتعاقدة جميع إلتزاماتها العقدية وتنفذها بطريقة سليمة وبعيدا عن الغش والتدليس وغيرها من الأمور التي تخل بمبدأ حسن النية حيث يعد هذا المبدأ من القواعد العامة في القانون وفي مجال الروابط العقدية أيا كان نوعها ومفادها أن يجري تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه من بنود وشروط وبطريقة تتفق مع ما توجبه إعتبرات حسن النية في التعامل⁽²⁾

(1)- وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 161.

(2)- وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 149.

الفرع الثاني: حقوق السلطة المتعاقدة:

تتمتع الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها سلطات تتمثل في الحق في الرقابة و
الحق في التعديل كالتالي:

أولاً : حق الرقابة:

حق الجهة الإدارية مانحة الإلتزام في الرقابة على شركة المشروع بعقود البوت أمر
يكتسب أهمية بالغة وذلك لأن مدة عقد البوت طويلة قد تصل إلى تسع وتسعين سنة، كما أن
إلتزام شركة المشروع بنقل المشروع بحالة جيدة إلى الإدارة عند نهاية مدة البوت أمر يستوجب
رقابة الإدارة على شركة المشروع أثناء مرحلتي التنفيذ والتشغيل لذا تحرص الدولة على بسط
رقابتها على شركة المشروع أثناء مرحلتي التنفيذ والتشغيل⁽¹⁾

ثانياً: حق التعديل:

تتمتع الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها بسلطة الحق في تعديل العقد الإداري
بإرادتها المنفردة، ودون الحاجة إلى موافقة المتعاقد، فالإدارة وإن أبرمت العقد مع المتعاقد لإدارة
مرفق معين وتقديم الخدمة للجمهور فإن ذلك لايعني تخليها عن مسؤوليتها بل تبقى مسؤولة
أمام المنتفعين من المرفق ولا يمكنها، وبالتالي الإحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإذا ما
إستجدت ظروف أثرت على سير المرفق العام الذي يعد حسن سيره غاية العقود الإدارية
وهدفها وجب على الإدارة التدخل لإجراء التعديل اللازم الذي يحقق الصالح العام، ويحافظ على
سير المرفق بانتظام وإطراد، ومنه للإدارة الحق في تعديل عقد البوت إلا أنه تنشأ للملتزم (شركة
المشروع) الحق في التعويض جراء الأضرار التي لحقت به من إجراء التعديل⁽²⁾.

المطلب الثاني: إلتزامات وحقوق شركة المشروع

يقع عائق شركة المشروع إلتزامات وفي المقابل لذلك تتمتع بحقوق كالتالي:

(1) - مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 125.

(2) - مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع نفسه، ص 126.

الفرع الأول: إلتزامات شركة المشروع:

تتنوع الإلتزامات الملقاة على عاتق شركة المشروع في عقد البوت وإزاء هذا التنوع في هذه الإلتزامات نقوم بعرضها على النحو التالي:

أولاً: إلتزام شركة المشروع بتنفيذ عقد البوت بنفسها:

يتم إختبار شركة المشروع في عقود البوت في إطار من المنافسة والعلانية والحياد ، كما أن كفاءة المتعاقد وقدراته المالية والفنية وسابق خبرته من العناصر التي توضع في الإعتبار عند إختباره إلى جانب طول مدة تنفيذ العقد، كل هذه الأمور تضاعف من أهمية الإعتبار الشخصي في العقد وتدفعنا للبحث في مسألة التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في مجال عقود البوت.

01/ التنازل عن العقد في عقود البوت

التنازل عن العقد هو قيام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتخلي عن كل الإلتزامات والحقوق المتولدة عن العقد وحاول شخص آخر محل في تنفيذ العقد بشكل كلي ونظراً لأهمية الإعتبار الشخصي في عقود البوت فإن شركة المشروع لا يجوز لها التنازل عن العقد للغير أو التصرف فيه على وجه يؤدي إلى أن تحل محلها شركة أخرى، غير أن هذه القاعدة لا تتصل بالنظام العام، ومن ثم فقد ترى الإدارة المتعاقدة أن هذا التنازل قد يحقق مصلحتها، وعلى ذلك فإن مرد الأمر في النهاية يكون رهنا بالموافقة الصريحة أو المكتوبة للإدارة وذلك بعد أن تكون الشركة المتعاقدة قد أوفت بكافة إلتزاماتها عن العقد حتى تاريخ طلب التنازل، وبعد أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل المعقول لجهة الإدارة عن قدرتها المالية والفنية⁽¹⁾

أما إذا إتضح لجهة الإدارة أن المتنازل إليه لا يتمتع بالصفة المالية والفنية التي تؤهله فيجب عليها أن ترفض هذا التنازل وهذا الرفض يترتب آثار لكل من المتنازل والمتنازل إليه حالة حصوله دون موافقة جهة الإدارة كالتالي:

-يظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن العقد وهذا التصرف يشكل خطأ عقدي يحق معه لجهة الإدارة فسخ العقد.

(1)- نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 106 .

- لا يوجد علاقة بين المتنازل و المتنازل إليه وهذا الأخير لا يحق له الرجوع على جهة الإدارة بأية حقوق عقدية⁽¹⁾.

2/ التعاقد من الباطن في عقود البوت

يقصد بالتعاقد من الباطن تصرف قانوني يبرم بين المتعاقد الأصلي والغير يقصد قيامه بتنفيذ جزء أو أكثر من إلتزاماته الواردة بالعقد الأصلي والتعاقد من الباطن بهذا المعنى يختلف عن التنازل فالأخير يعني حلول الغير محل المتعاقد الأصلي في كافة حقوقه وإلتزاماته أما المتعاقد من الباطن فإنه يعني قيام الغير بتنفيذ جزء أو أكثر من أعمال العقد والتعاقد من الباطن ميسرة لكل من طرفي العقد.

وبدون التعاقد من الباطن، قد تجد الإدارة نفسها مجبرة إلى إبرام عدة عقود لتنفيذ مشروع واحد مع عدة شركات وهو أمر لا ترغب جهة الإدارة في اللجوء إليه إذا يؤدي إلى تعدد المسؤوليات الناشئة عن العقد الواحد، وأيضا وهو ما يكلفها ماليا ويأخذ منها وقتا طويلا والتعاقد من الباطن لا يأخذ شكل معين.

فقد تكون موافقة الإدارة ضمنبة أو صريحة⁽²⁾.

ثانيا: إلتزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع وفقا للمواصفات والمدة المحددة بعقد البوت

نظرا لإرتباط عقد البوت بالمرافق العامة فإنه على الملتزم أن ينفذ إلتزامه ضمن المدة المحددة ووفق الشروط والمواصفات الفنية التي نص عليها العقد، وإن عدم مراعاة تلك المدة والشروط والمواصفات الفنية يؤدي إلى الإخلال بقاعدة حسن سير المرافق العامة .

وإلتزام بتنفيذ المشروع في المدة المتفق عليها في العقد إلتزام بتحقيق غاية وليس إلتزام ببذل عناية، فلا يكفي لإعفاء شركة المشروع من المسؤولية عن التأخير أن تثبت أنها بذلت عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل المحدد ولكنها لم تتمكن من ذلك بل يجب عليها حتى تنفي مسؤوليتها أن تثبت السبب الأجنبي فإذا أثبتت القوة القاهرة او الحادث المفاجئ أو فعل الغير إنتفت مسؤوليتها⁽³⁾.

(1)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 106.

(2)- حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، أكاديمية السادات، د ب ن، 2001، ص 215.

(3)- نعيمة اكلي، مرجع سابق، ص 105.

يحق لشركة المشروع تمديد مدة الإنشاء إذا توافرت الأسباب التي تبرر ذلك كصدور قرار أو اعاقا من الدولة أو حدوث ظروف إستثنائية كتقلب الأحوال المناخية والجدير بالذكر أن هناك أحكام لإنهاء الإتفاق وذلك بسبب القوة القاهرة. والتي ينتج عنها تعويض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء إنهاء الإتفاق⁽¹⁾.

ثالثا: إلتزام شركة المشروع بتشغيل المشروع

مرحلة التشغيل هي المرحلة التالية لمرحلة البناء وإمداد المشروع موضوع عقد البوت بالأجهزة والتكنولوجيا الحديثة، ويقع على عاتق شركة المشروع أثناء تشغيله ضرورة المحافظة على المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة والإلتزام بصيانة المشروع وتدريب العاملين ونقل التكنولوجيا الحديثة كالتالي:

أ/ إلتزام شركة المشروع في عقود البوت بصيانة المرفق:

إن لهذا الإلتزام أهمية كبيرة للجهة الإدارية وذلك لأنه على شركة المشروع أن تسلم المرفق إلى الجهة الإدارية في نهاية مدة العقد ويكون هذا المرفق بحالة جيدة وبالتالي: يجب أن يتضمن العقد مواعيد ثابتة لإجراء الصيانة الدورية والطرق الواجب الإلتزام بها ومدى سلطة الإدارة للتحقيق من ذلك وفي حالة إغفال ذلك فإن الإلتزام يكون وفق العرف⁽²⁾.

ب/ إلتزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين:

تسعى الدولة المضيفة من خلال عقود الحصول على تكنولوجيا الحديثة كما تستعين شركة المشروع بالتكنولوجيا الحديثة في إنشاء وتشغيل المشروع وذلك نظرا لفخامة المشروع المبرم عنه عقد البوت كما يساعدها على توفير العاملة ونقل التكنولوجيا وهذا يقتضي تدريب العاملين بالدولة المضيفة.⁽³⁾

(1)- هذا ما جاء من خلال عقد البوت المبرم في 1998/02/08 بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات حيث حددت المادة 12 من العقد أن: >> للمالك أن يختار إنهاء الإتفاق نتيجة القوة القاهرة، وعليها تعويض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء << .

(2)- حمدي عبد العظيم، مرجع سابق، ص226.

(3)- حمدي عبد العظيم، المرجع نفسه، ص227.

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

رابعاً: إلتزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية:

عند نهاية عقد البوت تلتزم شركة المشروع بنقل ملكيته إلى الجهة الإدارية مانحة الإلتزام بحالة جيدة وصالحة للإستعمال، ويتم ذلك بدون مقابل .

حيث أن الملتزم قد إسترد ما أنفقه في إنشاء المشروع أثناء فترة تشغيله علاوة على الأرباح التي حصل عليها وذلك من عادات بيع الخدمة المنتجة من المشروع لجمهور المنتفعين، وقد ينص العقد على حصول شركة المشروع على تعويض، وينتقل المشروع بحالة جيدة وصالحة للإستعمال إلى الدولة ويجب أن ينتقل المشروع من دون أية ديون مالم ينص العقد على خلاف ذلك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حقوق شركة المشروع في مواجهة الجهة الإدارية:

وينقسم هذا الفرع إلى: حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي وكذلك التوازن المالي في عقد البوت وذلك كالتالي:

أولاً: حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي:

يختلف تحديد الرسم في عقد البوت عن العقود الإدارية الأخرى فالمقابل المالي يأخذ شكل رسوم مالية وفق الحدود المتفق عليها مع أحقية الإدارة بتحديد لها لاحقاً مع التعويض⁽²⁾. إن الإتجاه الحديث يذهب إلى عدم التقيد بأحكام عقود الإمتياز فيما يتعلق بالرسم والمرجع في ذلك أن الملتزم في عقد البوت يقوم ببناء المرفق على نفقته ثم يقوم بتشغيله فترة الإلتزام ومن ثم لا بد أن يكون العائد كافي لإسترداد الملتزم ما قد أنفقه لبناء المرفق محل عقد البوت وتحقيق الأرباح التي يسعى إلى تحقيقها ، فالأصل في الرسم الذي يفرضه الملتزم في عقد البوت على المنتفعين أنه يعاد من الشروط التعاقدية التي تخضع لإتفاق بين شركة المشروع والجهة الإدارية المانحة للإلتزام على أنه يجوز للجهة الإدارية المانحة للإلتزام متى إقتضت ذلك المنفعة أن تعدل من تلقاء نفسها قواعد الأسعار مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل⁽³⁾.

(1)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص118.

(2)- أحمد سلامة، بدر، مرجع سابق، ص 216.

(3)- حمدي عبد المنعم، مرجع سابق ، ص231.

ثانياً: التوازن المالي في عقد البوت:

قد يحدث إختلال بالتوازن المالي للعقد نتيجة لظروف طبيعة أو إقتصادية أو سياسية أو إجتماعية " خاصة أن مدة التنفيذ والإدارة عادة تكون طويلة "تزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة بحيث تمنعه من الوفاء بالتزامه أو على الأقل تجعله مرهقا مما يؤدي إلى أن يتوقف الملتزم عن أداء إلتزاماته وبالتالي يخل بمبدأ وجوب إستمرار سير المرافق العامة بإطراد وانتظام وقد إستقر القضاء الإداري على وجوب تدخل الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد طالما أن الملتزم قام بتنفيذ إلتزاماته وذلك عندما تطرأ ظروف طارئة وخارجة عن إرادة الملتزم أو عندما تواجه صعوبات مادية غير متوقعة وترتب ضرر به⁽¹⁾.

ويتم تدخل الإدارة عن طريق إحدى النظريات الثلاثة التالية:

أ/ نظرية عمل الأمير

تعني هذه النظرية صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ منها يترتب عليه ضرر للمتعاقد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد مما يستوجب تعويضه وقد إستقر الفقه والقضاء الإداري على ضرورة توافر عدة شروط لإنطباق عمل الأمير كما يلي:

- أن تكون الرابطة بين الإدارة والمتعاقد رابطة عقدية.

- أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة، إما في صورة إجراء خاص في شكل قرارات ترتب عليها تعديل إلتزامات المتعاقد، أو في صورة إجراء عام في شكل صدور قوانين ولوائح.

- أن ينشأ عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد

- أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع

- ألا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حيث إتخذت الإجراء الضار⁽²⁾

وتترتب على توافر شروط نظرية عمل الأمير حق المتعاقد الأخر من الجهة الإدارية في الحصول على تعويض كامل وهو يمثل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، كما يترتب أيضا عنها بجانب المطالبة بالتعويض نتائج أخرى:

(1) - إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 203.

(2) - نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 117.

الفصل الثاني: عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة المرافق العامة

- إذا ترتب عن تطبيق هذه النظرية إستحالة التنفيذ حينئذ يشأ للمتعاقد الآخر الحق في التحرر من تنفيذ العقد.

- إذا ثبت أن العمل بها أدى إلى التأخير في التنفيذ فإنه نشأ للمتعاقد الآخر الحق في المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية الناشئة عن التأخير في تنفيذ العقد.

- وقد يترتب على أعمال هذه النظرية إعفاء المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته إذا صار التنفيذ مستحيلا، كما يجوز له في هذه الحالة طلب فسخ العقد نتيجة إستحالة التنفيذ أو إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير⁽¹⁾.

ب/نظرية الظروف الطارئة:

هي عبارة عن أحداث وظروف إدارية أو طبيعية أو إقتصادية تنشأ أثناء تنفيذ العقد ولم تكن في حساب المتعاقدين وقت إبرام العقد ولا يملكون دفعها ومن شأن هذه الأحداث وتلك الظروف أن تجعل تنفيذ العقد، إن لم يكن مستحيلا، مرهقا للمتعاقد بحيث تقلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب⁽²⁾.

يترتب على نظرية الظروف الطارئة أن تشارك الإدارة المتعاقدة معها في خسارته وتتحمل جانبا منهما وعلى ذلك فهي لا تقدم تعويضا كاملا عن خسارته، إنما تقدم له عونا يعينه على أداء إلتزامات العقدية، كما أن أعمال هذه النظرية لا يؤدي إلى إنهاء إلتزامات المتعاقد فعلى الرغم من الصعوبات الناتجة عن الظرف الطارئ فإن إلتزاماته مع الإدارة تظل قائمة.

إن مفهوم عدم التوقع الذي يقوم على أساس تغيير غير متوقع للظروف والذي يغير بصورة جذرية إقتصاديات العقد، قريب جدا من مفهوم إشتراطات "الهارد شيب" التي تتضمنها مختلف العقود الإقتصادية .

(1)- سليمان الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارة، مرجع سابق ص 650.

(2)- رأفت فودة، نظرية العقد الإداري والأموال العامة، د ب ن، 1995، ص 114.

-الدولية والتي تعرف بأنها الشروط التي يسمح فيها للأطراف بطلب إعادة تنظيم العقد إذا حدث تغيير المعطيات الأولية المتفق عليها فتغير توازن العقد وتلحق بأحد الأطراف إعسار غير عادل، تعد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾.

ج/ نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة:

نظرية الصعوبات المادية هي إبتكار الفقه والقضاء ويعرف الفقه هذه النظرية بأنه " إذا ما صادق المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة إستثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل التنفيذ مرهقا فإن من حق هذا المتعاقد أن يطالب تعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"⁽²⁾

ومما يميز هذه النظرية عن سابقتها أن هذه الصعوبات موجودة قبل إبرام العقد وليس بعد إبرامه⁽³⁾، ونظرا للطبيعة المادية لهذه الصعوبات فهي لا تجد تطبيقها إلا في حالة تنفيذ عقود الأشغال العامة ولا يوجد أي تطبيق لهذه النظرية في عقود البوت إلا إستثناءا وذلك في حالة إسهام الدولة برأس مال المشروع لأن القاعدة العامة في هذه العقود هو أن يتحمل المستثمر مغامر ومغارم المشروع ونتائج مخاطره.

يترتب على هذه النظرية إستمرار المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته مع ضرورة تعويضه عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في التكاليف والأسعار تعويضا كاملا. يجبر كافة المصاريف والزيادات في الأسعار التي تكبدها المتعاقد مع الإدارة نتيجة لوجود هذه الصعوبات⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: نهاية عقد البوت و فض المنازعات الناشئة عنه

أسباب نهاية العقد الإداري إما تكون أسباب طبيعية أو نهاية غير طبيعية وهذا ما سنتطرق إليه كالتالي: الفرع الأول- النهاية الطبيعية والفرع الثاني: النهاية الغير طبيعية والفرع الثالث فض المنازعات الناشئة عنه وسنقوم بدراسة كل الفروع كما يلي:

الفرع الأول النهاية الطبيعية لعقد البوت:

(1)- نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص119.

(2)- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص714..

(3)- الرشيد عبدالله، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد، ط1، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 2004، ص188.

(4)- وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص183

إن عقد البوت شأنه شأن سائر العقود الإدارية الأخرى ينتهي في الأصل نهاية طبيعية بانتهاء المدة المحددة له في العقد مع قيام كل فريق بالوفاء بالتزاماته كاملة على أن انتهاء عقد البوت بإنهاء مدته لا يحول دون إمكانية تجديده أو تمديده، حيث يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة ولشركة المشروع الإتفاق على تمديد العقد فقد تجد الإدارة أنه من الأجدى متابعة تقديم الخدمة عن طريق الشركة نفسها، إذا ما أظهرت جدية ومصادقية في إدارتها للمرفق⁽¹⁾.

وسواء ما تعلق الأمر بتجديد العقد أو تمديده لفترة أخرى فإنه يجب أن تتصرف نية الطرفين صراحة وبما لا يدع مجال للشك تجديد أو تمديد فترة العقد كما يجب أن يصدر بذلك القرار أو الإذن اللازم كما صدر العقد الأصلي، وقد يحتوي عقد البوت على شروط أولوية أو أفضلية لشركة المشروع عن تجديد العقود فغن الملتزم يتم تفضله عند تساوي الشرط والظروف بينه وبين المتقدمين الجدد⁽²⁾.

الفرع الثاني: النهاية غير طبيعية لعقد البوت

الأصل أن العقد ينتهي بإنقضاء المدة المتفق عليها بين أطرافه إلا أن ذلك ليس دائما فقد ينتهي العقد قبل إنتهاء مدته، وهو ما يطلق عليه النهاية الغير الطبيعية أو المبتسرة للعقد ونتخذ النهاية غير الطبيعية لعقود البوت أحد الصور الآتية:

01/ إنتهاء عقد البوت دون تنفيذ سبب القوة القاهرة

وتعرف القوة القاهرة على أنها حادث مستقل عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع عند التعاقد ومستحيل الدفع ومن شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلا.

02/ إنتهاء العقد سبب شركة المشروع:

وذلك في حالة إخلال شركة المشروع إخلالا جسيما بأحد إلتزاماتها الجوهرية الواردة في العقد أو سبب إعسارها أو إفلاسها وعادة ما تنص شركة المشروع في العقد مع الإدارة بأنه أيا كان سبب الإنهاء فيجب على الإدارة إذا ما أنهت العقد أن تعوض شركة المشروع عن أموالها الباهضة التي تكون قد إستثمرتها في إقامة البنية التحتية للمشروع⁽³⁾.

(1)- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص332.

(2)- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 332

(3)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 171.

03/ إنتهاء عقد البوت دون تنفيذ سبب الجهة الإدارية:

يمكن لشركة المشروع أن تلجأ إلى القضاء أو إلى هيئة التحكم لطلب الحكم بفسخ العقد بهدف إنهاء الرابطة العقدية بيما وبين الجهة الإدارية المتعاقدة إذا رأت الشركة أنه أصبح من غير المجدي لها الإستمرار في المشروع. وإن أهم الأسباب:

- خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ إلتزاماتها
- قيام الإدارة بتعديل عقد البوت يشكل أصبحت شركة المشروع أمام عقد جديد ما كانت لتقبل به عند التعاقد.
- إختلال التوازن المالي للعقد إختلال كبيرا بحيث يستحيل إعادة التوازن المالي للعقد مرة أخرى ويتعين أن تحصل شركة المشروع على تعويض من الجهة الإدارية في حالة فسخ العقد وإنهائه بناء على طلب شركة المشروع⁽¹⁾

04/ إنتهاء عقد البوت إسترداد الإلتزام

وهو أحد اهم الوسائل الممكنة لإنهاء عقود الإلتزام قبل حلول مواعد إنتهائها ويعرف على أنه "إنهاء عقد الإلتزام بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية تحقيقا للمصلحة العامة دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضا عادلا وذلك قبل إنتهاء مدة العقد وحالات الإسترداد هي:

أ/ الإسترداد التعاقدي:

ويمثل الصورة الغالبة للإسترداد وبموجبه يتضمن عقد الإلتزام شرطا ينظم كيفية إسترداد المرفق قبل ميعاده ويشترط في هذا النوع من الإسترداد أن يكون منصوصا عليه في العقد صراحة وأن تنقضي المدة التي قد ينص عقد الإلتزام على عدم جواز الإسترداد خلالها كما يتعين إعدار الملتزم كما يجب أن تقوم بالإسترداد نفس السلطة التي أبرمت العقد.

ب/ الأسترداد غير التعاقدى:

وهو الإسترداد الذي تقررر السلطة المانحة للإلتزام بإرادتها المنفردة وقبل نهاية مدة الإلتزام دون أن يكون حقها في ممارسة الإسترداد منصوصا عليه صراحة في العقد وأن يكون الإسترداد قد تم خلال المدة المحضور فيها ممارسة الإسترداد طبقا لنصوص العقد .

ج/ الإسترداد التشريعي:

حيث يتدخل المشرع لإستصدار قانون خاص بإسترداد مرفق لطريقة الإلتزام⁽¹⁾

الفرع الثالث: فض المنازعات الناشئة عن عقود البوت.

تتضمن مختلف العقود التي تبرم في إطار مشروع البوت أحكاما حول تسوية النزاعات

و ذلك باتباع ثلاثة إجراءات هي:

أولاً: في حالة حدوث نزاعات في مرحلة إنشاء المشروع قد يعهد إلى سلطة محاوية عادة ما تكون مهندس أو مجموعة خبراء بمهمة إتخاذ قرار مؤقت.

أن أحد الحلول المطروحة للنزاعات التي تنشأ خلال مرحلة إنشاء المشروع هو إحالة الأمر

لتسويته عن طريق سلطة متمرسة و محاوية تكون على دراية بتطور المشروع و طبيعته

الخاصة، و من ثم فإن العديد من العقود في أعمال المشروعات الدولية تنص على تشكيل

ثلاثة خبراء يتم تعيينهم في مرحلة مبكرة بقدر الإمكان و تعرف اللجنة باسم " لجنة مراجعة

النزاع" و تشرف هذه اللجنة على سير المشروع خلال مرحلة الإنشاء، و في حالة حدوث نزاع

تستطيع من خلال معرفتها بظروف و تفاصيل إنشاء المشروع، أن تتخذ قرارات مبدئية دون أن

تغرق نفسها في المادة محل البحث، و مع ذلك فإن الوضع القانوني للقرارات التي تتخذها هذه

اللجنة هو أنها مجرد توصيات غير ملزمة و غير نافذة و ذلك لأن كل طرف حر في اللجوء

بعد ذلك إلى حل النزاع عن طريق التحكيم⁽²⁾.

ثانياً: في المرحلة المتأخرة قد يتفق الأطراف على إجراء المصالحة قبل اللجوء إلى التحكيم إلى

جانب التسوية ممن خلال جهاز الخبراء.

(1)- مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص172.

(2)- يعرف التحكيم على أنه: عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه و

يحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يمهده و يعتبرونه ملزماً.

يمكن أيضا لأطراف النزاع تصور تسويته عن طريق المصالحة أو الوساطة و تعتبر الثمة الجوهرية هنا هي إحالة النزاع إلى مساعي شخص أو أشخاص آخرين في محاولة للتوصل إلى حل ودي بدون اللجوء إلى التقاضي أو التحكيم.

ثالثا: و قد تحال التسوية من أجل الوصول إلى قرار نهائي و نافذ في المنازعات الناشئة عن عقود البوت إلى التحكيم و الذي غالبا ما يكون متعدد الأطراف في المنازعات الكبيرة يلجأ إلى إتخاذ إجراءات التحكيم الذي يتم عادة أمام هيئة مشكلة من ثلاثة أشخاص و تكون قراراتها ملزمة لأطراف النزاع و نافذة قانونا.

ومن المعتاد أن تحاول محكمة التحكيم في كل مراحل الإجراءات التوصل إلى حل ودي للنزاع ككل أو إلى حل نقط خلافية معينة، و قد ثبت أن التوصل إلى حلول توفيقية يمكن أن يتم بشكل خاص في المراحل التبت تأتي بعد تبادل المذكرات المكتوبة، و لقد تم دمج الوسائط أو المصلحة في إجراءات التحكيم تمكنه من طرح الحل الودي و الذي إن صادق قبولاً خلال التحكيم فإنه لا يضيف تكاليف جديدة ولا يضيع وقت أطول، و إذا لم يصادق الحل الودي قبولاً استمر في إتخاذ إجراءات التحكيم حتى صدور قرار نهائي و ملزم للأطراف و نافذ في موضوع النزاع. (1)

و منه فإن أهم نتيجة لخضوع عقد البوت لنظام التحكيم هو التأثير على سلطة الإدارة في ناحيتين:

1. حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها: حيث في عقود البوت و يترتب على ذلك حرمانها من ضمان تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته بصورة سلمية تضمن سير المرافق العامة بانتظام و إطراد.

2. حق الإدارة في استرداد الإلتزام قبل انتهاء مدة العقد: و هذا الحق لا يمكن تصوره في عقود البوت إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك صراحة و في حال استعمال الإدارة هذا الحق دون أن يكون منصوص عليه في العقد تلزم بتعويضه شركة المشروع تعويضا عادلا.

المبحث الرابع: تقييم عقود البوت:

تتضمن دراسة تقييم عقود البوت معرفة مزاياه وعيوبه وكذلك نتطرق لدراسة بعض نماذج لمشروعات البوت والمخاطر المنبثقة عنها.

المطلب الأول: مزايا عقد البوت:

- تحقيق وفورات مالية كبيرة للموازنة العامة للدول وتخفيض العبئ على الموارد الحكومية المحددة وذلك من خلال توجيه المبالغ المالية التي كان من المتوقع على الإدارة إنفاقها على هذه المرافق إلى مرافق أخرى أكثر أهمية وان تكون بطبيعتها لها مردود إقتصادي ضعيف أو معدوم كقطاع التعليم أو الصحة أو من خلال الحصول على رسوم وضرائب من القطاع الخاص المستثمر وعدم إضطرار الحكومة إلى الإقتراض من مؤسسات التمويل الدولية وهذا ما يسمى الإدارة بمواصلة حركة التنمية وبناء مرافق جديدة.

- سرعة تنفيذ مشاريع البنية الأساسية والإقلال من تكلفة المشروع بأكبر قدر ممكن والحصول على وسائل التقنية الحديثة والتكنولوجيا التي يحرص عليها القطاع الخاص.

- توفير فرص عمل إضافية في السوق المحلية نتيجة لجذب الإستثمارات وتوفير بنية تحتية متطورة وتأهيل الأيدي العاملة على إستخدام أحدث أساليب الإستثمار المتطورة .

- نقل المخاطر المالية إلى القطاع الخاص مما يؤدي إلى حسن إختيار المشروعات وتأكيد مقومات نجاحها ورفع كفاءة الخدمة لأن القطاع الخاص يحرص على الحصول على قرارات مالية كبيرة تغطي ما انفقته من مصاريف باهضة وتحقيق أرباح.

- توفير إحتياطي من العملات الأجنبية حيث أن غالبية الشركات تحصل على التمويل من جهات أجنبية وتضع هذه الأموال في مشاريع البنية الأساسية وتضطر الشركة للتعامل مع البنوك المحلية في فتح الإعتمادات المستندية وغيرها.⁽¹⁾

المطلب الثاني: عيوب عقود البوت

- طول مدة العقد نسبيا مما يلقي عبئ ويقيد أجيالا عدة ويرتب أوضاعا سياسية وإقتصادية قد يصعب التعامل معها.

(1)- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص395.

-تتضمن عقود البوت عادة حد أدنى من الدخل للشركة حيث تقوم الجهة الإدارية بسداد الحد الأدنى سواء أقامت بإستخدام الخدمة أم لا وهذا يحمل ميزانية الدولة أعباء مالية بإضطراب الإدارة لشراء الخدمة، وتسديد المقابل.

-تحويل جزء من الدخل القومي إلى الخارج لأن الشركة المستثمرة تقوم بتمويل عائدات أستثمار إلى الخارج وعادة ما تجبر الإدارة بموجب العقد إلى تحويل هذه العائدات إلى عملات أجنبية قبل إخراجها مما يؤدي إلى التقليل الإحتياطي من العملات الأجنبية أيضا.

- عدم وجود نظام قانوني شامل يحكم إبرام العقود وتنفيذها الأمر الذي قد يؤدي إلى مخالفات دستورية وقانونية نتيجة اللجوء إلى هذا الأسلوب.

-إن التطبيق العملي لبعض عقود البوت تؤكد أهمية الصياغة العقدية لهذه العقود بتضمن العقود عنصر الإشراف بالطريقة التي تناسب المشروع موضوع العقد بما يحقق الإشراف على إنشاء المشروع وضمان وضع مواصفات موضوعية تحقق الجودة اللازمة وسلامة الإنشاءات كما تؤدي أهمية دراسات الجدوى التي تسبق العقد و ضرورة النص في العقد على ما يلزم المستثمر الأجنبي بتوفير التمويل اللازم بالنقد الأجنبي من مصادر خارجية وليس من السوق المحلية

-كما اظهرت تلك المشكلات التي أسفر عنها تطبيق عقود البوت أهمية عنصر التفاوض الذي يسبق التعاقد ذلك التفاوض الذي يتعين أن يؤدي إلى عدم تمكين المستثمر الخاص من الحصول على مكاسب إضافية لانتناسب مع شروط العقد.⁽¹⁾

المطلب الثالث: نماذج لمشروعات البوت BOT والمخاطر المالية و الإقتصادية

النتيجة عنها

01 مصر:

تعتبر مصر من الدول العربية التي جرى فيها استخدام نظام البوت وإشتقاقاته بكثافة وفي مجالات مختلفة منها: مشروع إنشاء مطارين دوليين بنقطة مرسى علم والعلمين ومشروع معالجة مياه الشرب بمدينة العاشر من رمضان ومدينة السويس بالإضافة لمشروعات مختلفة في مجال الطاقة منها إنشاء محطة بنظام البوت في الجزء الجنوبي في منطقة شمال غرب خليج السويس وبدأت التشغيل التجريبي 18/08/2002، ولم يتم تطبيق هذا النوع من التعاقدات في مصر دون مشاكل وعقبات، وإذا كانت مسألتي التأميم والمصادرة قد أصبحتا غير واردتين لإعتبارات كثيرة إلا ان هناك مشكلات أخرى واجهت تطبيق نظام البوت ومنها على سبيل المثال "إتجاه المستثمرين إلى المصاريف المحلية لإقتراض العملات الأجنبية اللازمة لتمويل المشاريع المنفذة بنظام البوت وإستخدامها في إسترداد إحتياجات المشاريع من الخارج مما يؤدي إلى إنكماش الأرصدة الأجنبية لهذه المصارف وبالتالي الإرتفاع أسعار هذه العملات في السوق المحلية وما ينجم عن ذلك من تأثيرات إقتصادية سلبية، وكذلك تحويل المستثمرين الأجانب لأرباحهم من هذه المشاريع لخارج الدولة دون قيود⁽¹⁾

02 المملكة العربية السعودية:

رغم أن الدولة قد وضعت التخصيص في أوليات برامجها الإقتصادية في العشر سنوات الأخيرة، إلا أن هذا النظام لا توجد له تطبيقات كثيرة في السعودية مع توافر مقومات تطبيق هذا النظام، وقد عهد مؤخرا إلى كوتسو رتيوم مكون من عدة شركات من القطاع الخاص الوطني إعادة تأهيل محطة معالجة مياه الصرف الصحي للمنطقة الصناعية بجدة. وفقا لنظام البوت كما أن البنك الإسلامي للتنمية قام مؤخرا بالتعاقد مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف لإنشاء مبنى وقفي بنظام البوت، إن هناك توجهها يجري الآن في السعودية

(1) - هاشم عوض عبد المجيد الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت BOT د ب ن، د س ن، ص 21 .

لتنفيذ مشروعات ضخمة وطموحة تشمل مجالات السكك الحديدية وتوليد الطاقة وصيانة الطرق وغيرها، حيث أنها تقوم بإستباق الزمن ووضع أنظمة خاصة بتنفيذ المشروعات عن طريق نظام البوت حتى تتفادى المشكلات التي واجهتها الدول العربية التي سبقتها في تطبيق هذا النظام⁽¹⁾.

03 لبنان

إستمر نظام البوت في هذا القطر العربي على نحو لامثيل له في الدول العربية الأخرى، حيث إقترن بالنقاشات الحادة التي جرت في البرلمان اللبناني وعلى صفحات الصحف حول أحد العقود التي أبرمت لتشغيل رخصة هاتف سيار وفق لنظام البوت وهو العقد الذي أثار لغطا شديدا في الأوساط اللبنانية وهناك تطبيقات عديدة لنظام البوت تمت في لبنان منها إقرار مجلس الوزراء اللبناني في عام 1995 لمخصص النظام التعاقدي وعقد تنفيذ (طريق سريع) الحدث، الحدود السورية لينفذ وفقا لنظام البوت، ويمكن تلخيص المشكلات التي واجهت تطبيق نظام البوت في لبنان في غياب التشريع القانوني المنظم لمثل هذه التعاقدات وإنعقاد بعد التعقيدات للشفافية مما خلق رأي عام مضاد لهذه التعاقدات.⁽²⁾

(1) - هاشم عوض عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 22 .

(2) - محمد محمود عبدالله يوسف، مصادر تمويل الإستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني والحركة والنقل ومدى تطور هذه الإستثمارات في مصر، سوريا، 2005 عن الموقع www.globalarabnet.com تم فحص الموقع يوم 31 مارس 2014، على الساعة 22:40

لقد تطرقنا في هذا البحث إلى مختلف طرق إدارة و تسيير المرافق العامة و مختلف الجهود نحو احداث و تطوير الأساليب الجديدة في إدارة و تسيير المرافق العامة، و الطرق التي لجأت إليها الدولة بصورة تقليدية أولا هي طريقة الإدارة المباشرة و المؤسسة العامة و كذلك أسلوب الامتياز، لكن دور الدولة في الحياة الاقتصادية تطور تطور كبيرا بحيث أوجب إعادة النظر بهذه الطرق التقليدية و تدخلت الدولة المعاصرة في العديد من المجالات الاقتصادية التي كان ينظر إليها على أنها مجال متروك للمبادرة الفردية فقط على اعتبار أن ارتياد الدولة لهذه المجالات يعتبر مساسا مباشرا و تهديدا خطيرا لحرية التجارة والصناعة التي يقوم عليها النظام الرأس مالي ناهيك عن أن تعقد الحياة الصناعية و التجارية و تطورها أثر تأثيرا مباشرا على الحياة الاجتماعية، و ظهرت حاجات اجتماعية جديدة لم تكن معروفة سابقا أوجب تدخل الدولة لإشباعها، و إدارة المرافق الاجتماعية التي عهد إليها بهذه المهمة بأساليب تتناسب مع طبيعتها، فقد أنشئت العديد من الشركات التي يسهم فيها الأفراد العاديون و الأشخاص المعنوية العامة معا في أن واحد على أساس أسلوب الاستغلال المختلط و تكون هذه الشركات في معظم الأحيان على شكل شركة مغلقة يمتلك الأفراد جزء من أسهمها و تمتلك الأشخاص المعنوية العامة الجزء الباقي.

ومن الأساليب الحديثة أيضا أسلوب التدبير المفوض يأتي في سياق الانحياز القوي إلى تفضيل الأساليب الخاصة لتدبير المرافق العامة باعتبار من حيث الإمكانيات التي يتضمنها يعد بديلا غير مباشر لسياسة الخصخصة.

ومع زيادة أعباء الدولة و عدم قدرتها على تمويل كافة مشاريع البنية الأساسية و إدامة تشغيلها بشكل يوفر الخدمات المطلوبة منها على الوجه الأكمل و بما يواكب تطورات العولمة و الانفتاح على السوق الحر، و كون مشروعات البنية الأساسية تقوم على أساس الخدمات للجمهور وعلى نطاق واسع فإن الدولة لجأت إلى نظام البوت أي نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في إدارة تسيير المرافق العامة، حيث تستعين الدولة بالقطاع الخاص لإنشاء مشروعات البنية الأساسية على نفقة القطاع الخاص مقابل الحصول على حق استغلال المشروع الذي ينشئه فترة زمنية معينة على أن يعيد المشروع عند نهاية الفترة المحددة إلى الدولة بحالة جيدة وصالحة لتسيير المشروع.

إن انفتاح الدول خاصة النامية منها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية واندفاعها لإقامة مشروعات البنية الأساسية بموجبها، نتيجة البريق الذي يتمتع به هذا النظام لما يوفره من تمويل مادي تام للمشروعات عن طريق القطاع الخاص ودون أية تكلفة عن الدولة فإن ذلك يوجب الحذر ويولد مخاوف اقتصادية وسياسية من سيطرة رأس المال الأجنبي على موارد هذه الدول، لذا يجب على الدول التي تأخذ بهذا النظام وضع آلية للتعامل به وتتمثل في تحديد جهة معينة تتوافر في أعضائها الكفاءة القانونية والفنية، تقوم بتحديد المشروعات المنوي طرحها للاستثمار بموجب هذا النظام وتعد الدراسات الوافية عنها وتحددها بشكل دقيق، وكذلك إيجاد جهاز رقابي يتولى التعاقد ومتابعة الرقابة و التوجيه بمثل هذه المشروعات منذ لحظة التعاقد مروراً بالتنفيذ وإنتهاء بإعادة تسليم المشروع إلى الدولة في نهاية مدة التعاقد.

أما بالنسبة لمساوئ وعيوب عقد البوت التي اجتمع عليها الفقه وافرزتها التجربة العلمية فكان لا بد من القاء الضوء عليها ومن ثم يجب ان ينادى بضرورة ايجاد حل لها من خلال وضع تشريع عام يضبط مسألة التعاقد بنظام البوت و يعمل على تفادي تلك العيوب وذلك بضرورة تقصير مدة التعاقد، كما يجب ان ينادى بوضع حد للافراط في منح المزايا للعقود المرتبطة بنظام البوت وقصر هذه المزايا على إزالة العقبات المتعلقة بتنفيذ المشروع و في حدوده دون سواه من المزايا.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر

ط: الطبعة

ج: الجزء

ص: صفحة

ثانياً: باللغة الفرنسية

N= Numéro

P=Page

PUF= Presses Universitaires de France

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية

أ/ القوانين:

01 + الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78 ، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، متمم بالقانون رقم 01/89، المؤرخ في 07 فيفري 1989، ج ر عدد 06، الصادر بتاريخ 08 فيفري 1989، والقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، عدد 44 الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.
02- القانون 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 يحدد شروط كفاءات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46 الصادر بتاريخ 20 أوت 2010.

ب/ المراسيم :

1/ المراسيم الرئاسية :

01 - المرسوم الرئاسي 236/10 ، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ، يتضمن الصفقات العمومية ، ج ر عدد 58 ، الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010 ، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 ، المؤرخ في 01 مارس 2011 ، ج ر عدد 14 ، الصادر بتاريخ 06 مارس 2011 والمرسوم الرئاسي رقم 222 /11 ، المؤرخ في 16 جوان 2011 ، ج ر عدد 34 ، الصادر بتاريخ 19 جوان 2011 والمرسوم الرئاسي رقم 23 /12 ، المؤرخ في 18 يناير 2012 ، ج ر عدد 04 الصادر بتاريخ 26 يناير 2012 والمرسوم رقم 03/13 ، المؤرخ في 13 يناير 2013 ، ج ر عدد 02 ، الصادر بتاريخ 13 جانفي 2013

ثانياً: قائمة المراجع باللغة العربية

أ/ الكتب:

01- إبراهيم الشهاوي ، عقد إمتياز المرفق العام B.O.T، القاهرة ، 2008.
02 أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، مكتبة النهضة العربية، القاهرة 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- 03 أحمد عبد القادر جمال، القانون الإداري المصري والمقارن، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، د س ن.
- 04 أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 05 -الرشيد خالد عبد الله، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد، ط 1، مجلس النشر العلمي، جامعة التكوين، د ب ن، 2004.
- 06 ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، د ب ن، 1986.
- 07 حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، أكاديمية السادات، د ب ن، 2001.
- 08 رأفت فودة، نظرية العقد الإداري والأموال العامة، د ب ن، 1995.
- 09 زكي محمد سمير، نظام التشييد والإدارة والتحويل، المركز الإستشاري الدولي للبحوث، القاهرة 1999.
- 10 سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- 11 سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1982.
- 12 سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 1، دار الفكر العربي، د ب ن ، 1999.
- 13 - طاهري حسين، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، د ب ن، 2007.
- 14 - علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، مبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، نشاط الإدارة العامة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 15 عاطف محمود النبا، الوسيط في القانون الإداري، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992.
- 16 عبد الصمد عبد ربه، مبادئ القانون الإداري الجزائري والتنظيمات المحلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
- 17 عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.

قائمة المصادر والمراجع

- 18 - عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 19 - عبد الله الحداد، الوجيز في القانون المرافق العمومية الكبرى، منشورات عكاظ، د ب ن، 2006.
- 20 - عبد الله الحداد، الوجيز في القانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، د ب ن، 2001.
- 21 - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر، 2007.
- 22 - عمار عوابدي، القانون الإداري، ج 2، النشاط الإداري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
- 23 - محمد الصغير بعلي، الوجيز في القانون الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2002.
- 24 - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ط 1، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، د س ن.
- 25 - محمد الروبي، عقود التشييد والإستقلال والتسليم B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 26 - محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، د ب ن، 2003.
- 27 - مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 28 - محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- 29 - هاشم عبد المجيد، الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت، د ب ن، د س ن.
- 30 - وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

ب/ الرسائل الجامعية:

- 01 - سميرة حصايم، عقود البوت B.O.T، إطار الإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 02 - نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

ج/ المواقع الإلكترونية:

- 01- عمار بوضياف، محاضرات قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، عن الموقع، www.ao.accademy.org/does/alnnachatt.aledari، تم فحص الموقع يوم 18 مارس 2014، على الساعة 15:10.
- 02- طرق تدبير المرافق العمومية، مجلة العلوم الإدارية للتنمية، المغرب، 2004، عن الموقع www.droit arab.com، تم فحص الموقع يوم 18 مارس 2014، على الساعة 16:00.
- 03 أدمين، آليات تدبير المرافق العامة، منتدى ماستر القضاء الإداري، قسم خاص بطلبة الإجازة، السادسة السادسة، 2012، عن الموقع: www.contadmin، journalroc.net، تم فحص الموقع يوم 25 مارس 2014، على الساعة 11:30.
- 04- طرق تسير إدارة المرافق العامة، منتديات ستارألجريا، القسم الدراسي، التعليم التقني والجامعي، 2013 عن الموقع: www.stralgeria.net/f104.mountads، تم فحص الموقع يوم 28 مارس 2014، على الساعة 14:00.

قائمة المصادر والمراجع

04 أنواع المؤسسات العمومية، جامعة التكوين المتواصل، عن الموقع:

www.e.campus.ufc.dz

تم فحص الموقع يوم 30 مارس 2014، على الساعة 13:00.

06- عمار بوضياف، عقد الإمتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع

الخاص، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، عن الموقع:

www.ao.accadaemy.org/doc

تم فحص الموقع يوم 30 مارس 2014، على الساعة 20:15.

07- التدبير المعوض بالمغرب بين النظرية والتطبيق، منتدى القانون والعلوم الإدارية للتنمية،

2013 عن الموقع: www.droit arab.com

تم فحص الموقع يوم 31 مارس 2014 على الساعة 14:00.

08- مقديش يوسف، ملخص حول الشركات الإقتصاد المختلط، جامعة فرحات عباس،

سطيف، عن الموقع: www.scrid.com

تم فحص الموقع يوم 31 مارس 2014، على الساعة 15:30.

09- محمد محمود عبد الله يوسف، مصادر تمويل الإستثمارات البلدية في مجالات التخطيط

العمراني والحركة والنقل ومدى تطور هذه الإستثمارات في مصر، 2005، عن الموقع:

www.glalarabnet work com

تم فحص الموقع يوم: 31 مارس 2014 على الساعة 16:00

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية:

01- joel carbajo : droit des services publiqis, 3éme édition dalloz, paris, 1997.

02- mescheriakoff alain- serge : driot des services publics, 1^{er} édition, PUF, paris, 1991.

الفهرس

الصفحة	الموضوع	الفهرس
أ-ج		مقدمة
4	ماهية المرفق العام	الفصل التمهيدي
5	مفهوم المرفق العام	المبحث الأول
5	تعريف المرفق العام	المطلب الأول
5	المعيار العضوي (الشكلي)	الفرع الأول
6	المعيار الموضوعي (المادي)	الفرع الثاني
6	عناصر المرفق العام	المطلب الثاني
7	المرفق العام مشروع عام تنشئة الدولة ويحقق المصلحة العامة	الفرع الأول
8	خضوع المرفق العام للسلطة	الفرع الثاني
8	خضوع المشروع للنظام القانوني الخاص بالمرافق العامة	الفرع الثالث
10	النظام القانوني للمرافق العامة	المبحث الثاني
10	إنشاء وإلغاء المرافق العامة	المطلب الأول
10	إنشاء المرافق العامة	الفرع الأول
11	إلغاء المرافق العامة	الفرع الثاني
12	المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة	المطلب الثاني
12	مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد	الفرع الأول
13	مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة	الفرع الثاني
14	مبدأ قابلية المرافق للتبديل والتغيير	الفرع الثالث

15	طرق إدارة وتسيير المرافق العامة	الفصل الأول
16	الأساليب العامة (الإدارة المباشرة)	المبحث الأول
16	الاستغلال المباشر	المطلب الأول
17	أسلوب المؤسسة العامة	المطلب الثاني
18	مفهوم المؤسسة العامة	الفرع الأول
19	إنشاء وإلغاء المؤسسات العامة	الفرع الثاني
19	أنواع المؤسسات العمومية	الفرع الثالث
20	أسلوب الامتياز	المبحث الثاني
21	مفهوم امتياز المرافق العامة	المطلب الأول
21	التعريف بعقد الامتياز	الفرع الأول
22	أركان عقد الامتياز	الفرع الثاني
25	خصائص عقد الامتياز	الفرع الثالث
26	آليات تكوين عقد الامتياز وتكييفه	المطلب الثاني
26	مرحلة اختيار المتعاقد في عقد الامتياز	الفرع الأول
29	إبرام عقد الامتياز	الفرع الثاني
30	التكييف القانوني لعقد الامتياز	الفرع الثالث
32	آثار عقد الامتياز	المطلب الثالث
32	التزامات الملتزم وحقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد معها	الفرع الأول
35	حقوق الملتزم	الفرع الثاني
37	أسلوب التدبير المفوض	المبحث الثالث
37	تعريف التدبير المفوض	المطلب الأول

37	التكليف القانوني لعقد التدبير المفوض	المطلب الثاني
38	طرق إنشاء وإنهاء التدبير المفوض	المطلب الثالث
38	طرق إنشاء التدبير المفوض	الفرع الأول
39	إنهاء التدبير المفوض	الفرع الثاني
39	طريقة الاقتصاد المختلط	المبحث الرابع
39	مفهوم شركات الاقتصاد المختلط	المطلب الأول
40	تعريف شركات الاقتصاد المختلط	الفرع الأول
40	نشأتها	الفرع الثاني
40	طرق إنشائها	المطلب الثاني
41	إدارة شركات الاقتصاد المختلط والرقابة عليها	المطلب الثالث
41	إدارتها	الفرع الأول
42	الرقابة عليها	الفرع الثاني
43	عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة	الفصل الثاني
44	مفهوم عقد البوت	المبحث الأول
44	تعريف عقد البوت	المطلب الأول
45	أشكال عقد البوت	المطلب الثاني
47	خصائص عقد البوت	المطلب الثالث
47	يبرم عقد بيوت بين الدولة أو أحد أجهزتها وطرف خاص	الفرع الأول
47	إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام وملكية الجهة الإدارية للمرفق طوال مدة العقد	الفرع الثاني
48	إشراف ورقابة الدولة على المرفق طول مرحلتي التشييد والاستغلال	الفرع الثالث

48	النظام القانوني لعقد البوت	المبحث الثاني
48	التكييف القانوني لعقد البوت	المطلب الأول
48	الطبيعة الإدارية لعقد البوت	الفرع الأول
50	اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص	الفرع الثاني
51	عقد البوت من طبيعة خاصة	الفرع الثالث
52	التمييز بين عقد البوت والعقود الشبيهة	المطلب الثاني
52	عقد البوت وعقد التزام المرافق العامة	الفرع الأول
53	عقد البوت وعقد الأشغال العامة	الفرع الثاني
54	عقد البوت والخصخصة	الفرع الثالث
55	إجراءات التعاقد بنظام البوت	المطلب الثالث
55	اختيار المشروع	الفرع الأول
56	طرح العطاء واختيار المستثمر	الفرع الثاني
61	صياغة عقد البوت	الفرع الثالث
61	آثار عقد البوت	المبحث الثالث
62	حقوق والتزامات السلطة المتعاقدة	المطلب الأول
62	التزامات السلطة المتعاقدة	الفرع الأول
63	حقوق السلطة المتعاقدة	الفرع الثاني
63	التزامات وحقوق شركة المشروع	المطلب الثاني
64	التزامات شركة المشروع	الفرع الأول
67	حقوق شركة المشروع	الفرع الثاني
70	نهاية عقد البوت وفض المنازعات الناشئة عنه	المطلب الثالث

70	النهاية الطبيعية لعقد البوت	الفرع الأول
71	النهاية الغير طبيعية لعقد البوت	الفرع الثاني
73	فض النزاعات الناشئة عن عقد البوت	الفرع الثالث
75	تقييم عقود البوت	المبحث الرابع
75	مزايا عقد البوت	المطلب الأول
75	عيوب عقد البوت	المطلب الثاني
77	نماذج لمشروعات البوت والمخاطر المالية والاقتصادية الناتجة عنها	المطلب الثالث
79		خاتمة
		الملاحق
81		قائمة المراجع
86		الفهرس

المُلخَص

إن المرافق العمومية متنوعة و متعددة، فبديهي أن تختلف طرق إدارة كل نوع منها و عندما تختار الإدارة هذه الأنواع فإنها تختار الطريقة الملائمة لإدارتها سواء تعلق الأمر بطرق التسيير العامة كما هو الحال في طريقتي الاستغلال المباشر و المؤسسة العامة أو تعلق الأمر بطرق التسيير الخاصة و فيها يساهم و يتولى الاشخاص الخاصة (طبيعيين او معنويين) ادارة المرافق العامة كأسلوب الامتياز و التدبير المفوض و شركات الاقتصاد المختلط و أمام عجز الدول الفقيرة عن توفير الاموال اللازمة، لتمويل كافة مشاريع البنية الأساسية و إدامة تشغيلها و قلة مواردها المالية، كان ذلك وراء البحث عن أساليب أخرى لإدارة المرافق العامة و بطريقة مستحدثة و هي عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (البوت B.O.T)، تهدف إلى إنشاء مشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى القطاع الخاص لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابه فترة معينة من الزمن على أن يلتزم بإعادة المشروع في نهاية المدة إلى الدولة بدون مقابل أو بمقابل معين متفق عليه و يعتبر نظاما مغريا و جذابا كون الحكومات تلقي بالتبعات المالية لإنشاء المرافق العامة على كاهل القطاع الخاص، وبالتالي تتخلص من المخاطر المالية لإنشاء مثل هذه المشاريع التي عادة ما تكون كبيرة ، كما يساعد الحكومات على اختصار الوقت لإنشاء مثل هذه المشاريع.