تفويض المرفق العام كأسلوب جديد للمحافظة على حقوق المرتفقين

عقود الامتياز نموذجا

Authorizing the Public Utility as a New Strategy for Preserving the Users' Rights: Concession Contrats as a Case Study

أحمد مراح[1]، جلول حيدور[2]

Merah Ahmed [1], Djelloul Haidour [2]

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معسكر الجزائر، merah.ahmed@univ-mascara.dz

[2] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معسكر الجزائر، haidour.djelloul@univ-mascara.dz

تاريخ الاستلام: 2019/10/31 تاريخ القبول: 2020/06/07 تاريخ النشر: 2020/06/20

ملخص:

أصبحت الدول ذات الموارد المالية المحدودة تسعى إلى إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة وانجاز البنية التحتية، بهدف تحسين تقديم الخدمات العامة للمواطنين، وتوفير المرافق الضرورية له وزيادة القدرة التنافسية للاقتصاد الوطني، وذلك بتفعيل الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص والاستفادة من خبرة وكفاءة هذا الأخير وإمكانياته المالية. ويعتبر تفويض المرفق العام من بين أهم أساليب الشراكة التي تقوم فيها الدولة بإبرام عقد مع أحد الخواص من أجل إدارة أو بناء وتشغيل مرفق عام واستغلاله تجاريا لمدة زمنية كافية تمكنه من استرداد تكاليف إنجاز المشروع وتحقيق أرباح. غير أن التعاقد وفقا لهذا الأسلوب يتطلب أطر قانونية وتنظيمية، توفر الحماية اللازمة للدولة من خطورة الاستثمارات الأجنبية الطويلة، وتعطي للمستثمر ضمانات كافية تحميه من امتيازات الشريك العام، وتحافظ على حقوق المنتفعين في الاستفادة من خدمات المرافق العامة المقدمة في إطار تفويض المرافق العامة.

كلمات مفتاحية: تفويض؛ السلطة المفوضة؛ عقد الامتياز؛ المنتفعين؛ الخدمة العمومية.

المؤلف المرسل: أحمد مراح ، **الإيميل**: merah.ahmed@univ-mascara.dz

Abstract:

Authorizing the public utilities is considered as one of the main partnership strategies through which the state makes a contract with the private sector in managing, constructing and operating a public utility and exploiting it commercially for a sufficient period of time that enables it to give back the costs of this project and making gains and profits. However, the contract according to this way, requires legal and regulatory frameworks that protect the state from the dangers of the long foreign investments, and give to the investor enough guarantees which protect him the public partner privileges, and preserve the rights of users in taking profits from the public utilities services provided under the authorization of the public utilities.

Keywords: Authorizing; Delegated authority; concession contrats; users; Public service.

1. مقدمة:

تلجأ الدولة من أجل الدفع بعجلتها الاقتصادية وتحقيق الرفاهية لمواطنيها إلى تفويض المرافق العامة سواء تعلق الأمر بإدارة مرافق موجودة أو إنجاز مرافق جديدة، ومن المعلوم أن إنجاز هذه المشاريع تتطلب أموالا ضخمة قد تتجاوز إمكانيات بعض الدول، مما يقتضي البحث على طرق وأساليب تمكنها من إنجاز تلك الهياكل القاعدية بأحسن جودة وبأقل التكاليف. لذلك كان لابد من اللجوء إلى تفويض المرافق للاستفادة من كفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية وخبراته.

وتعتبر عقود الامتياز الحديثة من بين أهم هذه الأساليب التي يُعتمد عليها في إنجاز البنية التحتية التي يستحيل بدونها ممارسة معظم الأنشطة الاقتصادية، كالموانئ، الطرق، المطارات، شبكات الاتصال والكهرباء، خاصة في ظل تراجع عائدات الدول التي تعتمد على النفط كمصدر أساسي في بناء ميزانيتها من جهة، ومن جهة أخرى فإن الطرقات، الموانئ والمطارات والسكك الحديدية وشبكات الاتصال والكهرباء هي أكثر المشاريع تحقيقا للعائدات من خلال رسومات الاستخدام، وهي غالبا ما تكون مربحة. لذلك فهي من أكثر المشاريع التي تستقطب القطاع الخاص.

غير أنه لم تعد تقتصر الشراكة بين القطاع العام والخاص على الاستثمار في مجال البنية التحتية الاقتصادية، بل بدأ مؤخرا يمتد إلى البنية التحتية الاجتماعية، كالصحة والتعليم. ولكن غالبا ما كانت هذه الخدمات تتسم برداءتها وارتفاع تكلفة انجازها، وإهمال صيانتها، الأمر الذي دعى إلى ضرورة الاستفادة من خبرة وكفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية، وذلك من خلال إبرام عقود تمكن فيها السلطة الإدارية أحد أشخاص القانون الخاص من بناء وتشغيل وإدارة مرفق عمومي، وحق استغلاله تجاريا لمدة زمنية كافية تمكنه من استرداد تكاليف إنجاز المشروع وتحقيق أرباح مناسبة، على أن يعود المرفق العمومي إلى السلطة الإدارية بعد انتهاء مدة العقد دون أن تدفع أي مقابل وهو ما يسمى بعقد البوت.

وعلى ضوء ما سبق أثيرت الإشكالية التالية: ما هي أهم الأثار التي تترتب عن عقود الامتياز الحديثة، وهل يؤثر ذلك على حقوق المرتفقين؟.

للإجابة على هذا الإشكالية يقتضي الأمر منا الوقوف على أهم التزامات وحقوق الشريك الخاص عند إنجاز وإدارة واستغلال المرافق العامة في إطار عقود الامتياز الحديثة (عقود البوت)، ثم ننتقل إلى أهم السلطات التي تتمتع بها الجهة المانحة للامتياز للمحافظة على حقوق المواطنين. معتمدين في ذلك على المنهجيين الوصفي والتحليلي.

2. التزامات المتعاقدين في عقود الامتياز الحديثة

يعتبر عقد البوت من العقود الإدارية، التي ظهرت كنتيجة لتطور عقد الامتياز في مفهومه التقليدي. إذ أصبح المتعاقد في عقود البوت يتمتع بحقوق أكثر من تلك التي يتمتع بها المتعاقد في عقد الامتياز التقليدي، وهذا نتيجة حجم الالتزامات الملقاة على عاتقه، والمتمثلة في إنشاء المشروع وتشغيله وتحويله إلى الجهة المعنية بعد مدة معينة متفق عليها مسبقا، وفي الغالب ما يتطلب إنجاز تلك المشاريع أموال ضخمة مما ينبغي أن تكون تلك المدة معقولة لتمكين الشريك الخاص من تحقيق عائد مقبول مقابل استثماراته من خلال الرسوم التي يقوم بتحصيلها من المنتفعين.

ونظرا للطبيعة الخاصة لعقد البوت باعتباره عقد معقد، يمثل مجموعة مركبة من العقود المختلفة والمتناقضة في كثير من الأحيان[1]، خاصة وأنه من العقود الإدارية التي يسعى من خلالها المتعاقد العام إلى تحقيق الصالح العام. فإن ذلك يؤدي إلى تعقد وتشابك حقوق والتزامات المترتبة عن هذا العقد. وعلى هذا الأساس سنعمل على توضيح حقوق والتزامات المتعاقد الخاص في عقد البوت.

1.2 التزامات المتعاقد الخاص:

تتنوع وتتعدد الالتزامات التي تقع على الشريك الخاص في عقود البوت، بالنظر للطبيعة الخاصة لهذا العقد والذي يتألف من مجموعة مركبة من العقود تختلف وتتناقض عن بعضها، فمنها ما يتعلق بإنشاء المشروع ومنها ما يتعلق بتشغيله ومنها ما يتصل بتحويل المرفق العمومي إلى الجهة المعنية. وعلى العموم فإن أهم هذه الالتزامات تكمن في التزامه في تنفيذ العقد بنفسه واحترامه مدة التنفيذ.

1.1.2 التزام المتعاقد الخاص بتنفيذ العقد:

إذا كان الاعتبار الشخصي في العقود المدنية ليس لها أهمية، إلا إذا تمسك به المتعاقد الآخر أو كان لشخصية المتعاقد محل اعتبار. غير أنه فيما يخص العقود الإدارية فإن الاعتبار الشخصي يمثل حقيقة ثابتة فيها[2]، لارتباطها بالنفع العام الذي تسعى السلطة الإدارية المتعاقدة إلى تحقيقه، لذلك فإن درجة أهمية هذا العنصر متفاوتة في مختلف العقود الإدارية. وتكون شخصية المتعاقد الخاص أكثر أهمية في عقود البوت، باعتبارها تبرم لإنجاز البنية التحتية، فهي أكثر اتصال بالمرفق العام والنفع العام، ويقتضي الاعتبار الشخصي ضرورة تنفيذ المتعاقد العقد بنفسه، وعدم جواز التنازل عن العقد للغير، إلا بموافقة صريحة ومكتوبة من السلطة المتعاقدة، التي تتأكد من أن المتعاقد معها وفيا بكامل التزاماته إلى غاية تاريخ طلب التنازل[3].

وبعد أن يقدم المتنازل له الدليل الكافي للشريك العمومي على قدرته المالية والفنية. أما فيما يخص التعاقد من الباطن فهو أمر مألوف في عقود البوت، خاصة إذا كان العقد يشمل أعمالا كثيرة ومتعددة[4]، شريطة موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، ولا يشترط في الموافقة شكل خاص فقد تكون صريحة أو ضمنية.

وعلى هذا الأساس، يبقى الشريك الخاص المسؤول الوحيد على تنفيذ التزاماته أمام الشريك العام، وتنتفي بذلك أي علاقة تعاقدية مباشرة بين السلطة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن، حتى وإن مارست الجهة الإدارية نوعا من الرقابة الفنّية والمالية على المتعاقد[5].

2.1.2 احترام الشريك الخاص مدد تنفيذ العقد:

يلتزم الشريك الخاص في عقود البوت بتنفيذ العقد في المواعد المحددة له، وقد حددت كل التعاريف تقريبا أن للإمتياز مدة معينة تكون طويلة مقارنة بالإيجار حتي يستطيع صاحب الإمتياز استرداد الأعباء المالية التي دفعها في إنشاء واستغلال المرفق[6]. إذ يعتبر عنصر الزمن من العناصر المهمة في هذا النوع من العقود، لأنه يتعلق بإنجاز مرافق اقتصادية أو اجتماعية ضرورية لتحقيق التنمية، ومن جهة أخرى هي التي

تسمح للشريك الخاص من تحصيل نفقات وأرباح إنشاء وتشغيل المرفق العام. بحيث تتناسب مدة إنجاز واستغلال المشروع طرديا مع تكاليف إنجازه، وعكسيا وإراداته، فكلما زادت نفقاته وقلت إيراداته طالت المدة والعكس بالعكس[7]. على أن هذه المدة لا تتجاوز 99 سنة، وقد حدد المشرع الجزائري المدة الدنيا لانجاز المشاريع الاستثمارية على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية بـ 33 سنة قابلة لتجديد في حدود 99 سنة كحد أقصى [8].

وتتضمن مدة تنفيذ عقد البوت، المدة الممنوحة للشريك الخاص لانجاز المرفق، وتوفير الأجهزة والمعدات اللازمة لضمان استغلاله، ومدة استغلال المرفق، وكذا المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بالمرفق، كتحديد مواعيد تسيير القطارات والطائرات وغيرها، والتي تتم في العادة بالاتفاق بين الشريك العام والخاص. وتبدأ مدة التنفيذ في السريان، كما هو متفق عليه في العقد. على أنه يمكن تمديد هذه المواعد في حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الإدارة، على أن يلتزم المتعاقد الخاص في أن يحوّل جميع أصول المشروع سواء كانت عقارية أو منقولة[9] إلى الجهة المعنية في حالة جيدة وصالح للاستخدام، خاليا من أي رهن أو حقوق الغير.

2.2 حقوق المتعاقد الخاص:

يعتبر عقد البوت من عقود الشراكة والتي يتعاون فيها الشريك الخاص مع الشريك العام قصد انجاز واستغلال مشاريع البنية التحتية، وهي تتطلب أموال ضخمة لإقامتها واستغلالها، الأمر الذي يقتضي ضرورة تمكين الشريك الخاص من الحصول على المقابل المالي من المنتفعين من المرافق المنجزة. ونظرا للمخاطر التي قد تترتب عن عقود البوت باعتباره من العقود الزمنية كان لازما إعطاء ضمانات للمتعاقد الخاص للحفاظ على التوازن المالي للعقد.

1.2.2 الحق في الحصول على المقابل المالي:

يهدف المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت إلى الحصول على المقابل المالي لقاء الأعمال التي يقوم بها، ويكون هذا المقابل في صورة " رسوم" يتقاضاه من المنتفعين بخدمات المرفق[10] الذي أنجزه ويستغله في إطار عقد الشركة. ويعتبر المقابل المالي في العقود الإدارية من الشروط التعاقدية، لا يمكن للإدارة المساس بها إلا بموافقة المتعاقد معها. وبما أن الملتزم في عقود البوت هو الذي يتولى إنشاء المرفق وتشغيله طيلة مدة العقد المتفق عليها، فلا بد أن يكون الرسم المفروض طيلة فترة التشغيل كافيا لاسترداد نفقات بناء المرفق

وتحقيق الأرباح التي ينشدها الملتزم، وهو يتميز بذلك عن عقود الامتياز بمفهومها التقليدي، التي يعتبر فيها المقابل المالي من قبيل الشروط اللائحية التي يجوز للإدارة تعديلها، وفق مقتضيات المصلحة العامة[11]. وعلى هذا الأساس يمكن للمنتفعين التمسك ببطلان ما يخالفها حماية لحقوقهم.

2.2.2 الحق في الحفاظ على التوازن المالي:

ويقصد بذلك الحفاظ على التوازن المالي في العقد قيام الشريك العام بضمان التوازن بين حقوق الشريك الخاص والتزاماته، الأمر الذي يسمح باقتسام المخاطر التي قد يتعرض لها المشروع بين السلطة المتعاقدة والشركة. ويجد هذا المبدأ أساسه ومجال إعماله، في حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد الخاص دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة[12]. إذ تقتضي مبادئ العدالة والنفع العام أن يبادر الشريك العام بمساندة الشريك الخاص لمواجهة الظروف التي أدت إلى قلب اقتصاديات العقد. بحيث يعاد للعقد توازنه كما كان متفق عليه وقت إبرامه. ويكون الشريك العام ملزم باعادة التوازن المالي للعقد في الحالات التالية:

– نظرية فعل الأمير: يقصد بفعل الأمير المخاطر الإدارية التي تكون نتيجة التصرفات والإجراءات المشروعة والتي تتخذها السلطة الإدارية وتؤدي إلى المساس بالمركز المالي للمتعاقد معها. وقد كان القضاء في البداية يطبق هذه النظرية بالنسبة لجميع التصرفات التي تصدر عن السلطة العامة في الدولة، وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ومثال ذلك، صدور قانون يرفع الضرائب، ثم ضيق منها وحصر تطبيقها على الأعمال التي تصدر من السلطة المتعاقدة. على أنه يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع، وعدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل الذي هو متوقع دائما إنما إلى نطاق هذا التعديل. ويترتب على هذا التعديل حصول المتعاقد الخاص على تعويض كامل، يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من خسارة.

– نظرية الظروف الطارئة: يقصد بنظرية الظروف الطارئة أو ما يسمى بنظرية المخاطر الاقتصادية، تلك الظروف والحوادث الاستثنائية، الغير متوقعة، التي تحدث أثناء تنفيذ العقد، ولا دخل للأطراف في حدوثها وتجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة ، ويعرضه لخسارة مالية جسيمة، تتجاوز الخسارة العادية المألوفة، ففي هذا الحالة من حق المتعاقد أن يطلب الإدارة المتعاقدة تعويضه جزئيا عن هذه الخسارة[13]، التي تجاوزت الحدود المعقولة. وقد نص المشرع الجزائري على هذه النظرية في المادة 107 الفقرة 02 من القانون المدني.

– نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: يقصد بهذه النظرية تلك الصعوبات المادية والاستثنائية الغير متوقعة، التي يصادفها الشريك الخاص، ولم تدخل في حساب المتعاقدان عند التعاقد، وتجعل تنفيذ العقد أشد وطأة وأكثر كلفة للمتعاقد الخاص، مما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد. وغالبا ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية، كما لو صادف الشريك الخاص عند حفر نفق عند إنجازه لطريق أو سكة حديدية، طبقة صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسعه توقعها رغم ما اتخذه من حيطة ودراسات للمشروع عند التعاقد، مما يجعل إنجازها مرهقا يؤدي إلى اضطراب في التوازن المالي للعقد. ففي هذه الحالة يحصل الشريك الخاص على تعويض كامل عن الخسائر التي لحقت به.

وهي تختلف عن نظرية الظروف الطارئة من حيث سببها فهذه الأخيرة تطبق نتيجة أسباب سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ومن حيث نتيجتها المتمثل في الحصول على تعويض جزئيا، في حين نظرية الصعوبات المادية يحصل فيها المتعاقد على تعويضا كاملا، كما تتفق مع نظرية فعل الأمير في النتيجة غير أنها تختلف في السبب، فهذه الأخيرة تطبق بسب إجراء تتخذه السلطة المتعاقدة.

3. السلطات التي تتمتع بها الجهة المتعاقدة للمحافظة على حقوق المواطنين

لما كانت عقود الامتياز من العقود التي تهدف إلى تحقيق النفع العام، كان من الضروري الاعتراف لها بمجموعة من السلطات الاستثنائية التي تمكنها من تحقيق الصالح العام، في مواجهة الشريك الخاص الذي يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة المتمثلة في تحقيق أكبر ربح، حتى ولو كان ذلك على حساب المنتفعين، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الرقابة والإشراف بما يمكنها من متابعة إنجاز المشروع وفقا للشروط والمواعد المتفق عليها، وكذا ضمان سير المرفق بانتظام واطراد بعد إنجازه.

وباعتبار أن غالبية المشاريع المقامة وفقا لهذا النظام، تتطلب إمكانيات تكنولوجيا ومالية ضخمة يحتكرها الشريك الخاص، فقد اختلفت الآراء بشأن حق الإدارة في تعديل العقد بين مؤيد ومعارض. ثم ننتقل إلى حقوق المنتفعين في عقد البوت. وعليه سنعمل على تبيان هذه السلطات والضمانات الممنوحة للجهة المتعاقدة والمنتفعين بنوع من التفصيل.

1.3 سلطات الجهة المتعاقدة في عقد الامتياز:

تتمتع الجهة الإدارية المتعاقدة في العقود الإدارية بصفة عامة، بسلطات وامتيازات في مواجهة المتعاقد الخاص، على أن هذه السلطات تختلف من حيث شدتها من عقد إلى آخر، وتكون هذه السلطات أكثر

اتساعا عندما تكون هذه العقود ذات أهمية بالغة، وتتجلى هذه الامتيازات خاصة في سلطة الرقابة والتوجيه وكذا سلطة تعديل العقد.

وبما أن عقد البوت يعد من العقود الإدارية ذات الأهمية كبيرة، كونه يتعلق بإنجاز البنية التحتية الضرورية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن ذلك يقتضي تمتع الإدارة بسلطات واسعة تحقيقا لصالح العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى ونظرا لكون المتعاقد الخاص يتوفر في الغالب على إمكانيات مالية وتكنولوجية ضخمة يجعله هو كذلك في موقع قوى، يمكنه أن يفرض على الشريك الخاص بعض القيود التي قد تحد من تلك الامتيازات.

1.1.3 سلطة الإدارة في الرقابة على عقد الامتياز الحديث:

تعتبر الرقابة الإدارية من أهم السلطات التي تتمتع بها الجهة المتعاقدة في العقود الإدارية بصفة عامة وعقود البوت بصفة خاصة، باعتبارها من العقود الإدارية الزمنية التي تتميز بطول مدتها، والتي قد تصل مدتها تسعة وتسعون (99) سنة، بخلاف عقد الامتياز الحديث الذي تبرمه الجماعات الإقليمية الذي نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المشار إليه سابقاً، فقد حدد مدة القصوى للامتياز بثلاثين (30) سنة[14]، ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، مما يستدعي الاعتراف للإدارة بسلطة الرقابة لمواجهة الأخطار الاقتصادية والسياسية، والتي قد تعرّض سيادة الدولة واستقلالها للخطر[15].

وعليه فإن حق الإدارة في الرقابة في إطار عقود البوت يرجع إلى اعتبارين هما: طول مدة عقد البوت، وطبيعة التزام الشريك الخاص في عقود البوت والمتمثل في تسليم المشروع في حالة جيدة بعد نهاية المدة المتفق عليها للاستغلال، وهو ما يقتضي الاعتراف للجهة الإدارية المتعاقدة بسلطة الرقابة والمتابعة لشركة المشروع في كل مراحل تنفيذ العقد، وسلطة الرقابة لا تعتبر حق أو امتياز للجهة الإدارية المتعاقدة، إنما هي اختصاص ينبغي عليها ممارسته وإلا تعرضت للمسؤولية، وذلك حفاظا على المصلحة العامة ومصلحة المواطنين[16].

وتتم هذه الرقابة من خلال الزيارة الميدانية التي يقوم بها ممثلي الجهة المتعاقدة، وكذا التقارير الدورية التي يلتزم المتعاقد بإرسالها إلى الجهات المكلفة بالرقابة. حيث تفرض بعض القوانين والتنظيمات على المتعاقد إرسالها معلومات دقيقة إلى أجهزة الرقابة الإدارية والحكومية، وتكمن الرقابة الإدارية في الرقابة التقنية والمالية والمحاسبية والتسييرية[17]، وفرض الجزاءات على الشريك غير المتعاون.

2.1.3 سلطة الشريك العام في تعديل عقد الامتياز:

تعد سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادة منفردة، سلطة استثنائية تمكنها من تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة ودون انتظار موافقة المتعاقد الخاص، وهي سلطة مقررة للإدارة حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد، ولا يمكن التنازل عنها إذ هي من النظام العام. غير أنه فيما يخص سلطة الشريك العام في تعديل شروط العقد المتعلقة بعقود البوت، فقد ثارا جدلا فقهيا بين مؤيد ومعارض لهذه السلطة[18]، نظرا للإمكانيات المالية والتكنولوجيا الضخمة التي تتطلبها عقود البوت ويمتلكها الشريك الخاص، والتي قد تتجاوز إمكانيات الدولة وهي التي يعتمد عليها في الغالب للتعاقد مع الشريك الخاص، خاصة في ظل شروط الاستقرار التي تتطلبها عقود الاستثمار عموما والتي تحد من سلطة الدولة في التعديل[19].

حيث يرى البعض أن الجهة الإدارية تملك الحق في تعديل شروط عقد البوت على غرار باقي العقود الإدارية بما يتلاءم وحاجيات المرفق العام، مع عدم المساس بجوهر العقد والضمانات المقررة للشريك الخاص والتي تقتضيها عقود البوت. بينما يرى البعض الآخر أن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد المقررة في العقود الإدارية لا تتلاءم وطبيعة عقود البوت التي تبرم غالبا وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تحكم العقود الخاصة، خاصة وأن هذا العقود تنصب على مشاريع ضخمة، تتطلب أموال كبيرة ودراسات دقيقة، الأمر الذي لا يترك مجالا للتعديل إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد، وأن يوضع حدود لهذا التعديل حتى لا يكون تعديلا شاملا لموضوع العقد. في حين يرى اتجاه ثالث، أنه يجب التمييز بين عقود البوت التي تبرمها الدولة مع رعاياها، أين يكون لها سلطة تعديل شروط العقد، وبين العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية أين تلتزم الدولة بمبدأ الرضائية في إبرام العقد، والذي يترتب عنه بالتبعية تنفيذ العقد بحسن نية، وفقا لما تقتضيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نص في المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114[20]، المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء، على أنه يتم إدخال التعديلات الضرورية باتفاق مشترك بين الأطراف، دون أي تمييز بين الشريك الخاص الوطني أو الأجنبي، وهو موقف صائب في نظرنا، لأنه يسمح بتشجيع رجال الأعمال الوطنيين على الاستثمار.

2.3 الضمانات المقررة للمنتفعين في عقد الامتياز الحديثة:

لما كان عقد البوت من العقود الإدارية التي تمتد أثارها إلى الغير، فتفرض على هذا الغير بعض التكاليف والأعباء أو تخوله بعض الحقوق والمزايا[21]. لكن فكرة الغير وإن لم تثير أي إشكال بالنسبة للأشخاص الطبيعية الذين يتعاملون مع الإدارة أو يساهمون في العقد، إلا أنه فيما يخص الأشخاص المعنوية كان مجلس الدولة الفرنسي يعتبر كل المرفق العامة من الغير بالنسبة للعقد الذي يبرمه مرفق معين سواء كان هذا المرفق يتمتع بالشخصية المعنوية أم لا.

غير أنه تراجع عن هذه الفكرة وأصبح يربط الغير بفكرة الشخصية المعنوية، وعليه لا يمكن اعتبار جهة إدارية من الغير إلا إذا كانت تتمتع بالشخصية المعنوية أو كانت تابعة لجهة الإدارية تتمتع بالشخصية المعنوية ومستقلة عن تلك الجهة الإدارية التي أبرمت العقد. وعليه سنقوم بتبيان حقوق المنتفعين، والأساس القانوني لها.

1.2.3 حقوق المنتفعين في عقد الامتياز الحديث:

يخول القانون الغير التدخل في العقود الإدارية من أجل المطالبة ببعض الحقوق أو بإلزام الإدارة أو الشريك الخاص باتخاذ موقف معين للحفاظ على مصالحهم، وهذه الحقوق منها ما هي مقررة في كل العقود الإدارية، كحق إبرام العقود الإدارية وفقا للقانون، ذلك أن الإدارة ليست حرة في التعاقد مع من تشاء، إنما هي مقيدة بإجراءات وشروط قانونية وفي حالة مخالفتها، يمكن للغير الذي له مصلحة في إلغاء العقد أن يطعن في القرارات المنفصلة للجهة الإدارية المتعاقدة، مستندا في ذلك على النصوص القانونية واللوائح أو يطلب التعويض عن الأضرار التي تلحق به، نتيجة مخالفة الجهة الإدارية للقانون عند إبرامها للعقد.

أضف إلى ذلك أنه هناك حقوق أخرى للمنتفعين تستمد من عقود البوت منها الحق في اللجوء إلى القضاء المدني للحصول على حكم يثبت أحقيته في الحصول على الخدمة التي يؤديها المرفق في حالة رفض الشريك الخاص في عقد البوت تمكينه من الانتفاع بالخدمة التي يؤديها المرفق، والحق في المساواة بين المنتفعين في الاستفادة من خدمات المرفق المنجز في إطار عقد البوت.

2.2.3 الأساس القانوني لحقوق المنتفعين:

يعتبر امتداد العقد لغير المتعاقدين استثناء على مبدأ نسبية العقد، وقد حاول البعض أن يبرر ذلك بالاستناد إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الواردة في أحكام القانون المدني، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أنه ليس هناك مانع من تطبيق هذه النظرية في نطاق العقود الإدارية متى توفرت شروط تطبيقها. لكن غالبية

الفقه يرفض هذا الأساس لتبرير امتداد العقود الإدارية إلى الغير وخاصة عقود البوت، على اعتبار أنه يشترط لتطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المستفيد معين أو قابل للتعيين وهو ما لا يمكن تحققه في عقود البوت، كما أن المستفيد يتقرر حقه بصفة نهائية متى قبل بالشروط المقررة له بموجب العقد، إذ يمكنه مقاضاة المتعهد وهو ما لا يتحقق في عقد البوت أين يكون للإدارة الحق في تعديل الرسوم التي يتقاضاها الشريك الخاص من المنتفعين من الخدمة بالزيادة أو النقصان ويسري هذا التعديل على جميع المنتفعين سواء كان الانتفاع قبل التعديل أو بعد.

بينما يرى اتجاه فقهي آخر أن امتداد العقد لغير المتعاقدين يرجع إلى الطبيعة الذاتية لعقد البوت، والتي تتمثل في اتصال العقد بتسيير المرفق العام. علماً أن عقد البوت ظهر كنتيجة لتطور عقد الامتياز، وبذلك فإن النصوص اللائحية لعقد البوت تغلب عن النصوص التعاقدية، ولهذا فإن معظم النصوص اللائحية تمتد أثارها إلى المنتفعين والغير بصورة مباشرة، ويلتزم الشريك الخاص بتحقيق المساواة بين المنتفعين.

4. خاتمة:

يتضح مما سبق أن عقد الامتياز الحديث ومنها عقود البوت هو من بين أهم أساليب الشراكة التي تلجأ إليها الدولة من أجل إنجاز البنية التحتية الاقتصادية والاجتماعية، بهدف تخفيف العبء على ميزانيتها في ظل تراجع عائداتها خاصة تلك التي تعتمد على البترول كمصدر رئيسي لمواردها من جهة، ومن جهة أخرى الاستفادة من كفاءة وخبرة القطاع الخاص وإمكانياته المالية والتكنولوجية، بهدف تحسين ظروف معيشة المواطنين، وزيادة القدرة التنافسية للاقتصاد الوطني، غير أن ذالك يتطلب توفير ضمانات قانونية للمستثمرين الخواص تحميهم من السلطات الاستثنائية، التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في العقود الإدارية بصفة عامة. ولإنجاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ظل الصراع والصدام بين قوة المتعاقد الخاص والمصلحة التي تهدف الدولة تحقيقها، ارتأينا تقديم بعض التوصيات لعلى أهمها:

- وضع إطار تشريعي دقيق خاص بعقد البوت ومستقل عن قانون الاستثمار.
- توجيه القطاع الخاص للاستثمار في البنية التحتية ووضع آليات قانونية تحفز على ذلك.
- القيام بالدراسات اللازمة لمعرفة مدى مردودية عقد البوت في تحسين الظروف المعيشية للمواطنين، وتحسين القدرة التنافسية للاقتصاد الوطني، وتأثير ذلك على السياسة الاقتصادية الوطنية. فعلى الرغم من

أهمية الشراكة بين القطاع العام والخاص في إنجاز البنية التحتية إلا أنها ليس بالحل الذي ينجح في كل الحالات.

– وضع القوانين واللوائح التي من شأنها حماية المنتفعين من احتكار الشريك الخاص للخدمة.

– توفير آليات رقابية كافية لضمان التزام الشريك الخاص ببنود العقد وكذا اللوائح التي تنظمه.

– الحفاظ على الطابع العام لعقد البوت، لحماية الاقتصاد الوطني من النفوذ الأجنبي، الذي ينتج عن تواجد الطويل الأمد للمستثمر الأجنبي.

– فرض شروط تلزم الشريك الخاص بتكوين كفاءات وطنية لإدارة وتسير المرافق المنجزة في إطار عقود البوت، قصد الاعتماد عليهم في تسيير المشروع بعد نهاية العقد، حتى لا تجد الدولة نفسها مضطرة لتجديد العقد والرضوخ لشروط المستثمر الأجنبي.

5. المراجع:

1 د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 129.

2 د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، مؤسسة الطوبجي، الطبعة الأولى، مصر، 2002، ص 188.

3 حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البينية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 107.

4 د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 135.

5 عبد الله طالب محمد الكندي ، النظام القانوني لعقود الـ BOT، دار النهظة العربية، مصر، 2009، ص 114.

6 فوناس سهيلة، تفوسض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2018، ص 91.

7 أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، الجزائر ، 2013، ص 86.

8 المادة 04 من الأمر رقم 08-04، المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة بتاريخ 03 سبتمبر 2008.

9 د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 153.

10 د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 223.

11 أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 116.

12 حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 116.

13 BOULMINE Philippe, pour un nouveau partenariat public – prive, dans la réalisation des grands projets d infrastructure:la notion de co- développement, RDAI ? N° 2, 1999,P.147.

14 المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة بتاريخ 02 أوت 2018.

15 د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 197.

16 عايلي رضوان، مردودية الأملاك الوطنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر(1)، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014، ص 304.

17 المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 09 أفريل 2008، المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، الجريدة الرسمية رقم 20، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 2008.

18 حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 98.

19 المرجع نفسه، ص 99.

20 تنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114، على ما يلي: تقوم المصالح المؤهلة للوزارة المكلفة بالطاقة وصاحب الامتياز، كل خمس (5) سنوات، بدراسة حصيلة تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها

صاحب الامتياز في مجال إنجاز المرفق المتنازل عنه، يقوم الطرفان، باتفاق مشترك، بالترتيبات والتعديلات اللازمة إذا رأيا ذلك ضروريا، بعد استشارة ضبط الكهرباء، والغاز. المرجع السابق.

21 د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق ص 348.