الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة 1–

كلية الحقوق

قسم: القانون العام

عقود الإستثمار في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص

-دراسة حالة عقد الBOT-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه LMD في الحقوق

– تخصص قانون الضبط الإقتصادي –

من إعداد الطالبة:

رحاحلة آسيا

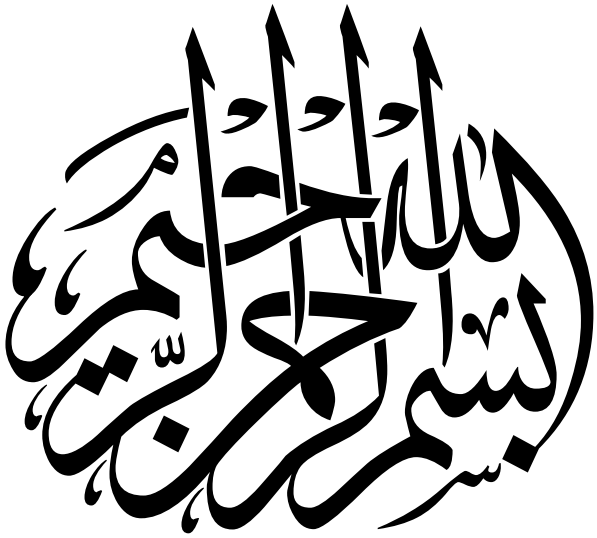
تحت إشراف: الأستاذ الدكتور

حوادق عصام

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د عميرش نذير	أستاذ تعليم عالي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1	رئيسا
أ.د حوادق عصام	أستاذ تعليم عالي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1	مشرفا ومقررا
أ.د قريمس عبد الحق	أستاذ تعليم عالي	جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل	عضوا مناقشا
أ.د بليمان يمينة	أستاذة تعليم عالي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1	عضوا مناقشا
د.سعودي باديس	أستاذ محاضر– أ–	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	عضوا مناقشا
د. رباحي مصطفى	أستاذ محاضر–أ–	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1	عضوا مناقشا

السنة الجامعة: 2021 – 2022م


بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ رَبِّ ٱشۡرَحۡ لِي صَدۡرِي ٢٥ وَيَسِّرۡ لِيٓ
أَمۡرِي ٢٦ وَٱحۡلُلۡ عُقۡدَةٗ مِّن لِّسَانِي ٢٧
يَفۡقَهُواْ قَوۡلِي ٢٨ ﴾

[طه الآية: 25-28]

إهداء

إلى روح والديّا الكريمين الذي يعجز اللّسان عن شكرهما، ويكلّ القلم عن تعداد أفضالهما، ويقف القلب مشدوهاً أمام عظيم تضحيتهما... سائلاً المولى الكريم المنان أن يرحمهما ويجعل مثواهما الجنة وأن يكون هذا البحث صدقة جارية لهما.

إلى زوجي عمار الذي وقف إلى جانبي وسندني في إتمام هذه الأطروحة.

إلى فلذة كبدي محمد يانيس حفظه الله تعالى.

إلى سندي في هذه الدنيا إخوتي وزوجاتهم.

إلى كل عائلتي وعائلة زوجي.

و إلى صديقتي الغالية ورفيقة دربي رماش سمية

إلى أهل العلم من كافة أطيافه والأساتذة الذين سهروا على تعليمنا.

إلى كلّ مَن ساعدني على إنجاز هذه الأطروحة من قريب أو من بعيد.

إلى كلّ مُسلم مُخلص في عمله؛ جادٍّ في خدمة دينه ووطنه؛ ساعٍ بكلّ ما أوتي من علم وقوّة في خدمة العلم وأهله...

أهدي هذا العمل المُتواضع...

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه كما يحب ربنا ويرضى، وكما يليق بعظيم وجهه وجلال سلطانه، أحمده سبحانه على نعمه العظيمة وآلائه الجسيمة، والتي منها نعمة إتمام هذه الرّسالة التي لولاه لما تَمّ شيء منها.

أتوجه بخالصّ شكري وعظيم امتناني إلى فضيلة الدكتور المشرف: حوادق عصام على ما تحمل من أعباء الإشراف على هذه الرّسالة، وما أفادني من علمه وتوجيهاته وملحوظاته القيمة، ممّا كان له الأثر العظيم في إنجاز هذه الرّسالة، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالصّ شكري وتقديري إلى كافة أساتذة أعضاء لجنة المناقشة على كل المجهودات المبذولة في سبيل مناقشة هذا العمل.

فجزاهمّ الله خيرا، ووفقهم لما يُحبّه ويرضاه.

كما أتقدم بخالصّ شكري وامتناني إلى كلّ مَن علمني حرفا واحداً مُنذ أن دخلت مُؤسَّسات التّعليم إلى يومنا هذا.

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ج: جزء.

ص: صفحة.

ص ص: صفحات.

ع: عدد.

ج ر: جريدة رسمية.

ط: طبعة.

د.ط: دون طبعة.

د.ص: دون صفحة.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.ت: دون تاريخ.

ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

د ج: دينار جزائري.

الكلم : الكيلومتر

باللغة الأجنبية

Op.Cit:ouvrage précité

P: Page

N: numéro

Ed: édition

T: tome

مقدمة

تسعى أغلبية الدول وخصوصا النامية منها إلى زيادة دخلها وإتباع سياسة التنمية الإقتصادية حيث تحاول تطوير إقتصادها والحصول على الدخل الكافي، لهذا دعت الحاجة إلى إستقطاب الإستثمارات الأجنبية التي تساعد في عملية التنمية وإنتقال رؤوس الأموال الأجنبية والخبرة العلمية والتكنولوجيا المفيدة إليها، وبالتالي إنعاش الإقتصاد وتحقيق الإكتفاء الذاتي والتوازن الإجتماعي، ومن ثمة تلبية حاجات المواطنين، فالإستثمارات الأجنبية هي من أبرز العناصر التي تساهم في عملية التنمية لأغلبية دول العالم، وعملية جلب المستثمر الأجنبي تستدعي وضع جملة من الضمانات والتحفيزات والتسهيلات من أجل ذلك، لأن جلب المستثمر الأجنبي ليس بالأمر الهين واليسير فالمستثمر يسعى دائما إلى البحث عن الإستقرار السياسي والإقتصادي والأمن في الدولة المضيفة له.

إن إنسحاب أغلبية الدول تدريجيا من الحقل الإقتصادي، والتوجه إلى تبني نظام الإقتصاد الحر ولاسيما بعد إنهيار النظام الإشتراكي في دول العالم وبروز النظام الرأسمالي، إثر التغيرات الفكرية التي أرهقتها الطرق الكلاسيكية التقليدية في تسيير المشاريع الإستثمارية، دفع بها إلى فسح المجال وتوسيعه أمام القطاع الخاص والمجتمع المدني، لإظهار قدراته ومبتكراته للنهوض والإستثمار في مشاريع ضخمة قد تكلف الملايير، وعليه حاول القطاع الخاص إثبات أنه شريك فعال لتطوير الأداء الحكومي، فكان هذا متنفسا للدول للتخلص من بعض الأعباء التي كانت تتحملها بمفردها في زمن كانت فيه تمارس بمفردها دور السلطة الضابطة، إلى أن جاء ميلاد سلطات الضبط القطاعية[1]، التي مارست دورها الرقابي على مختلف القطاعات.

فالإستثمار الأجنبي هو ذلك الاستثمار الذي يعمل على جلب الخبرات والمهارات الفنية والتقنية ويسمح بتحويل التكنولوجيا ويوفر فرص العمل، كما أنه أداة للسيطرة، حيث يقوم بشكل مباشر على تسيير وإدارة موجوداته، ومن ثم فالإستثمار العالمي غير محدود ويحوي مجموعة معقدة من العمليات

[1]– هي هيئات إدارية مستقلة في المجال الإقتصادي تعمل على ضبط السوق، وضبط النشاط الإقتصادي، فهي لا تكتفي بالتسيير وإنما تراقب نشاط معين في المجال الإقتصادي، لتحقيق التوازن، وحتى يتسنى لهذه الهيئات أداء مهامها في ضبط السوق، خولت إليها الإختصاصات التي كانت عائدة للإدارة التقليدية، فبعد إنسحاب الدولة من تسيير الشؤون الإقتصادية والمالية خول هذا الاختصاص لسلطات الضبط المستقلة، التي لها سلطة إتخاذ القرارات، فمثلا الصلاحيات التي كانت تؤول لوزير التجارة سابقا، إستحوذ عليها مجلس المنافسة، بإعتباره هيئة ضبط مستقلة، كما فقد وزير المالية الصلاحيات المخولة له في المجال المصرفي، والتي تعود حاليا من إختصاص مجلس النقد والقرض. أنضر في الموضوع لخصر زرارة، علي سعودي، سلطات الضبط الإقتصادي ومهامه مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية والسياسية، صادرة عن مجلة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر العدد 6 جوان 2017، ص 27.

المختلفة يختلف حسبها نوع الإستثمار، وما يهمنا في هذا الموضوع هو الإستثمار الأجنبي المباشر وينطوي هذا النوع من الإستثمار على تملك المستثمر لجزء أو كل من الإستثمار في مشروع معين في دولة غير دولته، فضلا عن قيامه بالمشاركة في إدارة المشروع جزئيا أو كليا، وهذا يتوقف على نوع الإستثمار المرغوب تنفيذه، كما أنه يقوم بتحويل موارد مالية وتقديم مستويات متقدمة من التكنولوجيا والخبرة الفنية في مجال نشاطه، أما إذا نظرنا إلى وجهة نظر بعض المؤسسات العالمية كمنظمة التجارة العالمية ومنظمة التعاون الإقتصادي والتنمية، فنجد أنها تحدد مفهوم للإستثمار الأجنبي على أنه ذلك النشاط الإستثماري المستقر في بلد معين (بلد المنشأ)، والذي يتحصل أو يمتلك أصول في بلد آخر (البلد المستقبل) وهذا من أجل تسيير هذه الإستثمارات[1].

فعقود الإستثمار الأجنبي هي عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة، وشخص أجنبي طبيعي أو إعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود مثلا ببناء مجمع صناعي يكون مصحوب عادة بإتفاق المساعدة الفنية، فقد ينصب موضوع العقد على إستخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية، وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب إستثمارات على قدر كبير من الأهمية وتحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا[2].

أو هي العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الإقتصادية للبلاد[3].

ويلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم إقتصادية إلى الدولة المضيفة لإستغلالها في مشروعات على أرضها، وتتعدد نماذج هذه العقود بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية وذلك بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي، فهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للإستثمار[4].

---

[1]– شهرزاد زغيب، الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر واقع وأفاق، مجلة العلوم الانسانية ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2005،عدد 23، جوان 2005، ص 182.

[2]– حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ط الجزائر، 2010، ص 27.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، (ماهيتها– القانون الواجب التطبيق عليها– وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، بيروت لبنان، ص ص 12–13.

[4]– بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص 8.

ولأن العالم أصبح يفضل العولمة وما يرافقها من تطور وسائل الإتصالات والتكنولوجيا، مما ترك أثره على كافة الدول سلبا وإيجابا، فقد لقيت العولمة الإقتصادية إهتماما بارزا في الآونة الأخيرة، بعد أن أصبحت تستند لإتفاقيات دولية تعقد بإرادة الدول وتواجهها مؤسسات ومنظمات دولية وشركات متعددة الجنسيات، تخضع لسيطرة بعض الدول المتقدمة، وتجر الإقتصاد العالمي نحو العولمة وتحويل العالم إلى سوق عالمية واحدة، وفي ظل إستعادة النظام الرأسمالي لهيمنته وربط الإقتصاديات الوطنية بالإقتصاد العالمي وتحرير التجارة، وفتح الأسواق وتنامي عمليات إندماج أسواق السلع والخدمات ورؤوس الأموال، فالعولمة الإقتصادية تضع الدول أمام تحديات يتطلب منها وضع أساليب فعالة لمواجهتها، وتبني برامج عمل لإصلاح أوضاعها الإقتصادية والمالية والإدارية، وتلبية متطلبات التنمية والتكامل الإقتصادي، وإعتبار السوق العالمية المشتركة ضرورة حياتية تقتضيها الظروف الراهنة[1].

ولأن الحصول على الإستثمارات الأجنبية هدف ومبتغى الدولة التي تسعى لتحسين مناخها الإقتصادي والإجتماعي والسياسي، فقد إتجهت بغية إنجاز مشاريعها وتحسين دخلها إلى جذب المستثمر الأجنبي، بهدف تحصيل رؤوس أموال تساعدها في النهوض بإقتصادها، حيث تعمل لأجل هذا الغرض إلى إبرام عقود إستثمارية مع الخواص، من أجل تحقيق التنمية الإقتصادية.

فإنهيار أسعار النفط سنة 1986 أدى إلى أزمة إقتصادية حادة، جعلت من الدولة الجزائرية تقدم على الدخول في إصلاحات من شأنها فسح المجال نحو إقتصاد السوق والدعوة للمبادرة الفردية من أجل تحسين الإقتصاد، خصوصا عندما قامت الجزائر بتعديل قانون المحروقات رقم 86-14[2] الذي يعد بادرة الإصلاحات في الجزائر، وإستمرت الدولة في إصلاحاتها إلى غاية سنة 1989، فبصدور دستور 1989[3] أخذت الدولة الجزائرية منحى جديدا في الإنفتاح على إقتصاد السوق، والولوج في مشاريع إستثمارية بمشاركة القطاع الخاص.

---

[1]- أحمد عبد العزيز، جاسم زكريا، فراس عبد الجليل الطحان، العولمة الإقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية، مجلة الإدارة والإقتصاد، العدد السادس والثمانون ، لسنة 2011، ص 61.

[2]- قانون رقم 86-14 المؤرخ في 19-08-1986، المتعلق بالتنقيب، والاكتشاف، والإستغلال، ونقل المحروقات بالأنابيب ج ر عدد 35 مؤرخة في 27-08-1986، ص 1019، المعدل بالقانون رقم 31-21، الصادر في 04 ديسمبر 1991، ج ر عدد 63، الصادرة بتاريخ 7 ديسمبر 1991.

[3]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989 ج ر ج ج عدد 9 لسنة 1989، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 89 -18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في إستفتاء 23 فبراير 1989.

ولقد تعددت طرق تسيير المرافق العامة نظرا للتحولات الطارئة بعد سنة 1989، فهناك مرافق لا يمكن للدولة التخلي عنها فهي مرافق سيادية ذات طبيعة خاصة ومتميزة، ومرافق أوكلت الدولة تسييرها للقطاع الخاص كليا بطريق الخصخصة[1]، أو جزئيا بطريقة التفويض، فالتفويض إنبثقت عنه العديد من طرق التسيير كالإمتياز والإيجار والتسيير....إلخ، حيث أشركت الدولة القطاع الخاص كل هذه الأنماط، وهذا بحثا عن التسيير الحسن والمردودية المالية الجيدة، بعد فشل النظام الإشتراكي أين بدأت الدولة الجزائرية تدخل غمار الخصخصة وإشراك الخواص في تسيير هذه المرافق، وتزامن ذلك مع صدور قانون 90-10[2] الخاص بالنقض والقرض، حيث عد هذا القانون بادرة التوجه نحو الإستثمار الأجنبي المباشر الفعال.

فالمنظور العالمي يرجح لنا واقع فرض علينا إبتكار تقنيات جديدة تجعل منا نواكب التطور ونبتعد عن كل الطرق والتوجهات الكلاسيكية، التي لطالما كانت الدولة تلعب فيها دور سيادي في كل القطاعات، مما أفضى بالنهاية إلى نقص في التطور والإبتكار مما أدى إلى خلق جيل يعتمد على التسيير الذاتي لقطاعات ومرافق الدولة، فالدور الأبوي الذي لطالما لعبته الدولة الجزائرية ولفترة طويلة خلق إتجاهات مختلفة نحو الدخول في مشاريع إستثمارية ضخمة تخص البنية التحية، من هنا حاولت الدولة التخلي عن أبويتها والإكتفاء بالدور الراعي، وهذا من أجل اللحاق بالركب الإقتصادي، لذلك كان لابد من خلق كل الإمكانيات والسبل وإتاحة الفرصة للمهارات والكفاءات الخاصة للولوج والمشاركة في تقديم الخدمات للمواطنين، بمشاركتها الجدية لإقامة المشاريع الخاصة بالمرافق العامة بنفسها، وعلى إثر هذا تنبهت الدولة في ضل العولمة وسيطرة الشركات متعددة الجنسيات وزيادة المديونية، إلى إبرام عقود مع أطراف أخرى من القطاع الخاص لتنشيط إقتصادها.

ولهذا كانت فكرة إشراك القطاع الخاص في عملية التنمية لتحسين الأداءات بالإستفادة من خبرات هذا القطاع، والإعتماد على الإمكانيات المادية والمعنوية التي يستحوذها، منبرا لجلب رؤوس الأموال والإتجاه نحو الإنفتاح على الاقتصاد الحر، وفسح المجال أمام الخواص للإستثمار بكل حرية في مختلف المجالات التي كفلها القانون.

---

[1]- الأمر رقم 95-22 الملغى المؤرخ في 26-08-1995، المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية، ج ر عدد 48، الصادرة في 03 سبتمبر 1995.

[2]- قانون 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر، عدد 16، لسنة 1990.

من هذا المنطلق برزت معالم جديدة للشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل النهوض بالمرافق العامة، التي لطالما كانت الدولة هي التي تتكفل بإقامتها حيث نشأ عن أسلوب الشراكة عدة عقود ومن بينها عقد البوت، الذي عد وسيلة ناجعة لإقامة المشاريع الضخمة المتعلقة بالبنية التحتية مما حقق مطالب القطاع العام، بإطلاق العنان للخواص للمشاركة في إقامة هذه المرافق بتقنيات مستحدثة.

فعقد الـBOT الذي هو موضوع دراستنا هو أحد العقود الإستثمار، فهو إختصار لثلاث كلمات إنجليزية Transfer -Operate – Build والتي يقابلها بالفرنسية مصطلحCET بمعنى Construire Exploiter – Transferer –، والتي يقابلها باللغة العربية البناء والتشغيل ونقل الملكية (الBOT)، ويرجح البعض أنه إمتداد لعقد الإمتياز، وترتكز هذه العقود في مضمونها على النهوض بالمشاريع والمرافق العامة الكبرى الخاصة بالنية التحتية، حيث أن هذه العقود تقوم على منح القطاع العام أو الجهة الحكومية لأحد الخواص سواء أكان فرد أو شركة أو مجموعة شركات بما يطلق عليه بالإتحاد، مهمة بناء مرفق وتشغيله لمدة من الزمن يتحدد في وثيقة العقد الذي أبرم بين الطرفين وفق دفتر شروط إعتمدته الجهة الحكومية مسبقا، ولعل أهم ما يميز هذا النوع من العقود عن باقي العقود الأخرى، أنه بمثابة فرصة للقطاع العام للتخلص من عنصر التمويل الذي لطالما أثقل كاهلها فالحكومات تسعى دائما وبكل الوسائل المتاحة إلى التخلص من عنصر التمويل بإلقائه على فئات أخرى من القطاع الخاص التي لطالما عدا عائقا للنهوض بالمشاريع الضخمة نظرا لمحدوديته وضعف الموارد المالية عند أغلبية الدول، كذلك فإن الدول النامية والمتقدمة تسعى دائما إلى البحث عن ما يدفع بعجلة التنمية، ويزيد من التدفق المالي للنهوض بالإقتصاد والسيطرة على التكنولوجيا والهيمنة على الإقتصاد العالمي.

وأول من أطلق تسمية بوت على هذه العقود هو رئيس دولة تركيا **توغرت اوزال**، وبدأ تطبيقه بهذه الحلة من قبل الدول التي كانت تعمل على إستقطاب الإستثمار، كتركيا ومصر وفرنسا وغيرهم من الدول التي تعتمد على رؤوس أموال القطاع الخاص، لإقامة المشاريع الضخمة الخاصة بالبنية التحتية.

وقد تم تطبيق عقود البوت في الجزائر منذ زمن بشكل مستتر، وتجلى ذلك في بعض العقود والإتفاقيات الخاصة بالبنية التحية، كتوسعة مطار هواري بومدين بالجزائر العاصمة ومشروع إمتياز

الطرق السريعة التي أبرمتها الجزائر مع دول أجنبية، والتي جاءت في صيغة عقود إمتياز رغم بروز معالم عقد البوت فيها من إنشاء وتشغيل ونقل ملكية.

وتتجلى أهمية الدراسة في أن عقود البوت تعمل على النهوض بمشاريع ضخمة تخص البنية التحتية ، كذلك فإن عقد البوت يساهم في خلق فرص عمل للشباب مما يساعد على التقليص من حدة البطالة، من خلال تشغيل الشباب في مشاريع ضخمة تطور من إمكانياتهم وخبراتهم بسبب نقل التكنولوجيا وتطويرها، مما يعود بالمنفعة على الدولة ومواطنيها، ومن هنا جاءت فكرة البحث في هذا الموضوع بإعتباره موضوعا لصيقا بالواقع التنموي، كما تظهر أهمية هذا الموضوع في قلة الأبحاث والدراسات القانونية فيما يخص تطبيق هذه العقود في الجزائر، مما خلق تخوف وعجز عن الولوج في تطبيق مثل هذه العقود في الدولة.

ولأن الجزائر من الدول النامية والتي تسعى للتطور كان لزاما عليها مواكبة دول العالم المتطورة والخروج من قوقعة التسيير الذاتي، وهذا بسبب التغيرات التي تحدث في العالم من تقلبات سياسية وإقتصادية، وذلك بإيجاد أساليب جديدة لإنشاء المرافق العامة للدولة وتحديثها، ولهذا كان لزاما على الدولة الجزائرية مواكبة الأساليب الحديثة من طرق التسيير والإستعانة بالخبرات والكفاءات من القطاع الخاص ومن هنا جاءت فكرة البحث في هذا الموضوع.

إن الهدف من هذه الدراسة هو وضع إطار نظري لعقد البوت، ومحاولة إيجاد إطار قانوني له بإسقاطه على عقد الإمتياز، بالتطرق إلى مختلف الأنظمة والقوانين التي نظمت عقد الإمتياز، والتي برزت فيها صيغ عقود البوت، ومقارنته أيضا بمختلف التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسي والمصري، وكذا التعرف على منافع ومساوئ هذه العقود بالنسبة لإقتصاد الدولة ومدى فعاليتها في إستحداث مرافق جديدة تكفل تلبية إحتياجات المواطنين.

كما تهدف هذه الدراسة أيضا لمعرفة علة عدم وضع إطار قانوني جزائري ينظم هذه الطائفة من العقود، وعدم إعتماد المشاريع المقامة بهذا النظام تحت صيغة بوت وتسميتها بعقود الإمتياز، حتى أن البعض يرجح أن عقد البوت هو إمتداد لعد الإمتياز في صورة تحديث له.

ويرجع إختيارنا لدراسة هذا الموضوع إلى أسباب موضوعية وأخرى ذاتية أهمها أن هذا الموضوع هو موضوع شائك وهو موضوع الساعة، نظرا للتحولات التي تشهدها الجزائر لتحرير الإقتصاد الداخلي والإنفتاح على الإقتصاد العالمي، بالإضافة إلى قلة الدراسات التي تناولته، هذا إن لم نقل نذرتها

ورغبتنا في دراسة هذا الموضوع والبحث فيه حتى نساهم ولو بشيء بسيط في إثراء المكتبة القانونية.

من هذا المنطلق إرتأينا تحليل الإشكالية التالية : **ما مدى فعالية الشراكة العمومية الخاصة وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـBOT في إقامة مشاريع البنية التحتية بالجزائر؟**

ويندرج تحت هذه الإشكالية تساؤلات فرعية تتمثل في:

-ما مفهوم عقد الـBOT؟ وما موقف المشرع الجزائري منه؟

-هل عقد الـBOT هو صورة من صور عقد الامتياز؟

-كيف يتم تطبيق عقد الـBOT؟

-ما هي الآثار المترتبة عن هذا العقد؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية إتباع منهج قانوني يجمع بين الوصف والتحليل للنصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود، دون إهمال المنهج المقارن في بعض الأحيان بإلقاء الضوء على بعض جوانب تطبيق هذا النوع من العقود في القاوانين المقارنة، فحاولنا معرفة ماهية هذه العقود وبيان طبيعتها، وتمييزها عن باقي العقود الأخرى، وبيان طرق إبرام هذه العقود والحقوق والإلتزامات التي تترتب على أطراف التعاقد، والطرق التمويلية والمخاطر التي يمكن أن تحدث بين الطرفين المتعاقدين أثناء فترة التعاقد، إضافة إلى تبيان كيفية إنتهاء هذه العقود، وطرق حل المنازعات التي يمكن أن تنشأ في فترة التعاقد.

وفي هذا الصدد ومن أجل دراسة كل ما يثيره هذا الموضوع من إشكالات، وللإجابة عنها عالجنا موضوع بحثنا عقد البوت في الجزائر بالتطرق إلى ثلاث فصول مابين مقدمة وخاتمة.

فتطرقنا إلى الإطار المفاهيمي العام للشراكة العمومية الخاصة في ظل عقد الـ BOT في **(الفصل الأول)**.

ومسار عقد الـBOT في عمره الإفتراضي في **(الفصل الثاني)**.

وأثار تفعيل التعاقد لمشروعات الشراكة العمومية الخاصة وفق نظام الـBOT في **(الفصل الثالث)**.

لنختم دراستنا في الأخير بسرد جملة من النتائج المتوصل إليها في إطار بحثنا، وتسجيل مجموعة من الإقتراحات التي نرى أنها مناسبة لهذا الموضوع، موضوع عقود الإستثمار في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص دراسة حالة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي العام للشراكة العمومية الخاصة في ظل عقود الBOT

تعد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المشاريع الإستثمارية أحد الأساليب التي أدخلت على الدول المتبنية لهذا النظام نمطا جديدا يعالج عدة مشاكل إقتصادية وإجتماعية وحتى سياسية حيث تستخدم عقود الشراكة من قبل الحكومات لتحسين الخدمات العمومية، والتي تعد خطوة إلى الأمام في تنظيم القطاع الاقتصادي من خلال تكريس مبدأ إقتصاد السوق، والجزائر كغيرها من الحكومات التي تبنت أسلوب مشاركة القطاع الخاص من أجل تخفيف العبء المالي للموازنات العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فسح المجال أمام القطاع الخاص كفاعل جديد في مجال المشروعات العامة، خاصة مشروعات البنية التحتية والتي كانت في يوم من الأيام حكرا على الدولة، مما تسبب في إرهاق كاهلها ودفع بها إلى خلق أسلوب جديد لعلاج العجز المالي الذي ينجر عن إقامة المشاريع الضخمة، كمشاريع البنى التحتية، حيث تعد الشراكة العمومية الخاصة أحد النماذج التي أعطت للخواص الفرصة للمشاركة في إقامة مشاريع الدولة، مقابل الإستفادة من المداخيل الناتجة عن إستغلالها، ولقد كان لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT الأثر البارز لإقامة هذه المشاريع بالإعتماد على التمويل من طرف الخواص، إلا أن هناك إشكالات عديدة أثارت جدلا فقهيا حول هذه العقود كتحديد النص القانوني الذي يحكمها وتميزها عن باقي العقود الأخرى نظرا لحداثة نشأة هذه العقود ومظهرها الأنجلوسكسوني الذي نشأت منه، ولهذا سنقسم موضوع الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، نستهلها بتحديد مفهوم لعقود الشراكة العمومية الخاصة في المبحث الأول، ثم نعرج إلى عقد الـBOT كتقنية لإقامة مشاريع البنية التحتية في مبحث ثان، بعدها نختم هذا الفصل بمبحث ثالث نتطرق فيه إلى علاقة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بباقي العقود الأخرى.

المبحث الأول:

عقود الشراكة العمومية الخاصة توجه للنهوض بمشاريع البنية_التحية

في ظل النهضة الاقتصادية التي تعيشها الدول والمتغيرات السياسية والإقتصادية الدولية وظهور نفوذ وسطوة الشركات متعددة الجنسيات، كان على الدولة إتباع سياسة الإقتصاد الحر ونظام الخصخصة كنهج إقتصادي من شأنه دعوة القطاع الخاص للمساهمة في المشاريع الإستثمارية، من أجل تحقيق التنمية الإقتصادية، حيث ساعد القطاع الخاص في توفير الخدمات العامة من خلال قيامه بالمشاركة في تشغيل مشاريع البنية التحتية والمرافق العامة، وقد لعب هذا القطاع دوره في تخفيف الأعباء المالية الواقعة على الدولة، وتمت الإستفادة أيضا من قدراته الفنية والتقنية بما ينعكس على أداء الخدمات بدرجة عالية من الكفاءة والجودة، ولهذا إبتكرت آليات جديدة ومشاريع تقوم بها شركات القطاع الخاص للنهوض بالمشاريع الحيوية والضخمة، والتي كانت في يوم ما حكرا على الدولة، فتأتي الشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام إمتدادا طبيعيا لتطور دور الدولة في النشاط الإقتصادي، وعليه قمنا بدراسة هذا الموضوع بتكريس عقود الشراكة العمومية الخاصة كنمط تعاقدي جديد في مطلب أول، ثم تحدثنا عن عقود الشراكة وعلاقتها بالبنية التحتية في مطلب ثان.

المطلب الأول:

تكريس عقود الشراكة العمومية الخاصة كنمط تعاقدي جديد

لطالما لعبت الدولة دورا تدخليا كبيرا في إدارة وتسيير المرافق العامة لكن هذا التدخل لم يبرز النتائج المرجوة، وإنما كلف الدولة أعباء مالية كثيرة، مما أوحى لها إطلاق سراح هذه المرافق والمشايع للقطاع الخاص في صيغ مشاركة عامة خاصة، هذه المشاركة التي برزت من خلال صيغ مختلفة فعقود الشراكة أعتمدت في العديد من التشريعات، وبرزت بدورها الفعال في إنجاح العديد من المشاريع والنهوض بمختلف المرافق التي إنسحبت الدول تدريجيا من إحتكار تسييرها وتشغيلها، ولهذا إرتأينا إظهار معنى الشراكة العمومية الخاصة من خلال رأي المشرع الفرنسي في فرع أول، ورأي المشرع المصري في فرع ثان، ونختم هذا المطلب برأي المشرع الجزائري في فرع ثالث.

الفرع الأول:

تكريس عقود الشراكة في التشريع الفرنسي

لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا خلفيات، حيث أثبتت وجودها من خلال بعض القضايا والأحكام التي عولجت في فترات متلاحقة كبدايات أولى لظهور هذا النوع من العقود (الفقرة الأولى)، على إثرها تم وضع إطار قانوني لها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

الجذور الفرنسية لعقود الشراكة

لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص جذور عند الفرنسيين فهي لم تظهر بشكل مفاجئ وإنما إستلزم هذا الظهور المرور بمراحل عديدة، حتى تم إستكمال الإطار القانوني العام لهذا النوع من العقود[1].

فظهور عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عند الفرنسيين، يستدعي منا الرجوع إلى الوراء قليلا وبالتحديد إلى عام 1963 تاريخ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي ville de coulumbes ذلك الحكم الذي أرخا لنشأة عقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة Marché d'entreprise de travaux public (METP).

فقد تعلق العقد محل المنازعة التي حسمها الحكم المذكور، برفع المخلفات المنزلية مقابل مكافئة جزافية تلتزم بأدائها للمتعاقد، وقد كيف مجلس الدولة هذا العقد بأنه عقد مشروع مقاولة أشغال عامة، على الرغم من أن المتعاقد كان قد تولى إنشاء التجهيزات الأولية للمرفق العام وإستغلال ذلك المرفق طوال الفترة التعاقدية، بما يشير إلى أن العقد هو عقد إلتزام أشغال عامة وليس عقد أشغال عامة بمعناها التقليدي الخاضع للنصوص الواردة في تقنين الأشغال العامة Codes des marchés public[2].

وهذا ما يستدعي منا التفرقة بين عقد الأشغال العامة وعقد التزام أشغال العامة، فعقد الأشغال العامة يقوم على منح الدولة أو إحدى هيئاتها للقطاع الخاص أو مقاول خاص مهمة إنشاء مرفق عام

[1]– أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، (عقود البوتBOT وعقود الشراكة PPP)، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014 الأردن، ص 118.

[2]– رجب محمود طاجن، ملامح عامة لعقود المشاركة، دار النهضة العربية للنشر، د ط، القاهرة 2016–2017، ص ص 24–25.

أو مشروع بمقابل تدفعه الجهة المانحة، أما عقد التزام الأشغال العامة فإنه يقوم على منح القطاع العام للقطاع الخاص مهمة إنشاء وتشغيل وصيانة مرفق عام بمقابل يكون في شكل إتوات تدفع من جمهور المنتفعين، وبعد إنتهاء فترة الإلتزام تسترد الجهة المانحة المرفق.

وبما أن عقد Metap هو أحد ابتكارات قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إذ يعد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Ville De Coulumbes سنة 1963[1] هو البداية الأولى لهذا النوع من العقود، وقد توالت قضايا أخرى بخصوص عقد Metap الذي يعد أحد ابتكارات قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد قضية Ville De Coulumbes سنة 1963 ، كقضية شركة Sima سنة 1971[2]، إذ إستقر قضاء مجلس الدولة في هذه الأحكام على أنه بالرغم من أن المتعاقد يتولى إنشاء المنشآت الأولية للمرفق العام والقيام بإستغلال وإستثمار هذه المنشآت، إلا أن هذا العقد يشير إلى طائفة متميزة من العقود أطلق عليها تسمية عقد مقاولات الأشغال العامة، وقد إستند المجلس في توصله إلى هذا التكييف على طريقة حصول المتعاقد على المقابل المالي[3].

لكن طريقة الحصول على المقابل المالي لا تكفي للجزم بأن هذه العقود هي عقود أشغال عامة لأن تحقق عنصر الإستغلال والإستثمار يوحي إلى أن هذه العقود هي عقود التزام أشغال عامة، فعقود مقاولات الأشغال العامة ينتفي فيها عنصر الإستغلال، بل هي مجرد مقاولة تقوم على الإنشاء فقط والحصول على المقابل من الجهة المانحة، لأن إنعدام الإستغلال والحصول على المقابل المالي نتيجة هذا الإستغلال عن طريق إتاوات تدفع من قبل جمهور المنتفعين، يجعل من هذا العقد لا يدخل في طائفة عقود الإلتزام، بل هو مجرد مقاولة فقط تمنح إلى أحد المقاولين لإنشائها فقط وبعد إنتهاء الإنشاء تسترده الجهة المانحة لمباشرة إستغلاله بنفسها.

وتأكد ذلك بعد ظهور عقود تفويض المرفق العام في فرنسا سنة 1993، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف عقد Metap بأنه أحد عقود تفويض المرفق العام على أساس أن المتعاقد يكون مكلفا

---

[1]– حكم مجلس الدولة في هذه القضية (Ville De Coulumbes) غير منشور.

[2]- Conseil d'état , section , du 26 nouvembre 1971 , 77389, publie au recueil le bon. , sur site: https ;llwww.legifrance.gouv.fr.

– ورد عن أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق ص 118 وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 04 جوان 2020 على الساعة 6:00 صباحا.

[3]– أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص 118.

بتنفيذ المرفق العام، وترتبط الحقوق المالية بمراحل التنفيذ على مدة العقد الإجمالية، مما يعني أن هذا المقابل المالي يرتبط بنتائج الإستغلال، وهو المعيار المميز لعقود تفويض المرفق العام إلا أن هذا الرأي لم يجد له قبول لدى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من الأحكام، ومنها حكمه في قضية **Prefet des Bouches –du-Rhone**[1] الصادر بتاريخ 15 أفريل سنة 1996 بصدد عقد يتعلق بجمع المخلفات المنزلية ونقلها في مقابل دفعات مالية تتعهد بدفعها جهة الإدارة العامة، إذ رأى المجلس أن هذا العقد لا يدخل في طائفة عقود تفويض المرفق العام، لأن المقابل المالي وإن كان مجزئا على مدة العقد إلا أنه لا يرتبط جوهريا بنتائج الإستغلال، أي لا علاقة له بالحالة الإقتصادية والمالية للإستغلال فلا يتأثر سلبا ولا إيجابا وهو الشرط الأساسي للإعتراف بعقود تفويض المرفق العام[2].

وقد أثيرت العديد من الشكوك حول التكييف الحقيقي لعقود Metap ، وقد كان هذا الإتجاه للقاضي الإداري الفرنسي محركا لجدل فقهي كبير حول عقود مشروعات مقاولة الأشغال العامة، بدأت تظهر ملامحه بصورة واضحة بإتجاه إنهاء الوجود القانوني لهذا النوع من العقود، تزامن ذلك عقب صدور تقنين الأشغال العامة في 7 مارس 2001، والذي أدى كما يرى البعض إلى إلغاء هذا العقد إذ نصت المادة 94 منه على تجريم إدراج شروط الدفع المجزأ على مدة العقد الكلية خصوصا و أن أحكام مجلس الدولة قد أخرجتها من نطاق عقود تفويض المرفق العام، وإذا أعتبرت هذه العقود من العقود المركبة أو الإجمالية التي تتضمن تحقيق إنشاءات عامة وتنفيذ لمرفق عام، فقد نصت المادة 10 من ذات التقنين على حظر إبرام العقود الإجمالية في حين أن هذه العقود كانت تتضمن في ذات الوقت عقد مقاولة أشغال عامة، بالنسبة لإنشاء التجهيزات وعقد صيانة وإستدامة لهذه التجهيزات، وهو ما كان يؤدي إلى الوقوع تحت طائلة النصوص العقابية في حال اللجوء إلى إبرامها تحت مظلة هذه النصوص وكأثر لموقف القاضي الإداري الذي أخرج عقود Metap من نطاق عقود تفويض المرفق العام[3].

لكن البعض من الفقهاء إتفقوا على وضع عقد Metap في مركز وسط بين عقود تفويض المرفق العام وبين عقد الأشغال العامة، وذلك لأنه يقترب من عقود التفويض من جهة أنه يسند للمتعاقد مهمة

---

[1] - Conseil d'état ,15 avril 1996 , 1039 ,prefet des bouches du rhone commune de lambiex. Sur site ; https ;//affaires juridiques.aphp.fr.

–ورد عن أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق ص 119، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 04 جوان 2020 على الساعة 6:22 صباحا.

[2]– أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص 119.

[3]– رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص ص27 – 28.

إنشاء وإستغلال المرفق العام، في حين يقترب من عقود الأشغال العامة من جهة طريقة حصول المتعاقد على حقوقه المالية بصورة ثمن مجزأ، تدفعه الإدارة مباشرة على إمتداد مدة العقد[1]

وفي ظل الوضع ونظرا للمكانة الخاصة التي كانت تشكلها عقود Metap في القانون الإداري، وفي مجال العقود الإدارية بل على صعيد العقود التي تبرمها الدولة مع شركات أجنبية أو متعددة الجنسيات، إذ شكل هذا العقد وسيلة مهمة لإنجاز الكثير من المشاريع التنموية ومن أهمها ما يتعلق بمرافق البنية التحتية، حيث بادر المشرع الفرنسي إلى تبني مضمون عقود Metap تحت مسمى جديد هو عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP [2].

الفقرة الثانية:

التعريف الفرنسي لعقود الشراكة

عرفت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الفرنسي، بالأمر رقم 559-2004[3] الجمهوري الصادر في 17 جوان 2004 المنظم لعقود الشراكة الذي عرفه بموجب المادة الأولى منه كما يلي: عقد الشراكة هو « عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الإستثمار بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارتها وصيانتها طول مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الإستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طول مدة الفترة التعاقدية ».

وتعاقب على إثر ذلك صدور مرسوم رقم 1119-2004[4] الصادر في 19 أكتوبر 2004 الرامي إلى إستحداث مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود، والمرسوم 1145-2004[5] بتاريخ

---

[1]– وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة –، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص 418.

[2]– أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص 120.

[3] - Ordonnance n 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat jorf n 0141 du 19-06-2004 Texte n 2.sur site: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2004/6/17/2004-559/jo/texte.

– تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 4 جوان 2020 على الساعة 8:30 صباحا.

[4]- Décret n 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant creation de la mission dappui a la realisation des contrat de partenariat , JORF n 0246 du 21-10-2004 texte n 19 sur site , https://www.legifran ce.gouv.fr/eli/ decret/2004/10/19 2004-1119/jo/texte. تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 4 جوان 2020 على الساعة 9:30 صباحا

[5] - Décret n 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3,4,7 et 13 de lordonnamce n 2004-599 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et l.1414-3,l1414-10 du code generale des collectivites territoriales. jorf n 253 du 29 octobre 2004 texte n 4.sur site https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2004/10/72/2004-1145/jo/texte

– تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 04 جوان 2020 على الساعة 6:45 صباحا.

27 أكتوبر 2004 لتطبيق المواد 3 و4 من الأمر المشار إليه، والمواد L1414-3 L1414-4 و L1414-10 من التقنين العام للإدارات المحلية، والمرسوم رقم 953-2005 بتاريخ 4 أوت 2005 بتعديل المرسوم رقم 1740-2005 الصادر في 3 ديسمبر 2005، وأخيرا التعليمات الإدارية الصادرة في 29 نوفمبر 2005 المتعلقة بضوابط تطبيق عقود المشاركة بواسطة الإدارات المحلية[1].

و للتأكيد على خصوصية وتميز هذا النوع من العقود عن العقود الإدارية فقد نصت المادة الثانية من الأمر رقم 559-2004 على تفويض الحكومة أن تصدر أمرا يحدد الضوابط القانونية لعقود المشاركة على أساس مبادئ الإعلان والمنافسة والشفافية، متضمنا القواعد المتعلقة بالمقابل المالي المستحق للمتعاقد مع جهة الإدارة ومحل العقد ومراعاة الضوابط الحاكمة للمرفق العام، لذلك ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن عقد المشاركة، وإن كان عقدا إجماليا يشمل الإنشاء والإستغلال والإدارة فإن ذلك مما لا يخالف أي قاعدة دستورية، حيث أن النظام القانوني لهذه العقود يعتبر نظاما مستقلا عن القواعد العامة في إبرام العقود ـ والتي يضمنها تقنين الأشغال العامة تبرره المصلحة العامة والإعتبارات الفنية والإقتصادية للمشروع.[2].

وعلى ضوء ذلك فقد عرف عقد المشاركة بين القطاعين العام والخاص، عند الفرنسيين بأنه ذلك العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص، بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام طوال مدة العقد، في مقابل ثمن يترتب على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة [3].

الفرع الثاني

تكريس عقود الشراكة في مصر

ظهرت عقود الشراكة العمومية الخاصة في دولة مصر بشكل تدريجي (الفقرة الأولى)، وتكرست بعدها من خلال بعض التشريعات المصرية (الفقرة الثانية).

[1]- رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص ص 22-23.

[2]- صافي أحمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص PPP، دار النهضة العربية القاهرة، د ط 2016، ص 26.

[3]- المرجع نفسه، ص 25.

الفقرة الأولى

الجذور المصرية لعقود الشراكة

لم تكن مصر بعيدة عن هذه التطورات ففي خلال عقدي الثمانينيات والتسعينيات من القرن العشرين، حيث سرعت مصر الخطى نحو التحرر الإقتصادي في نطاق برنامج الإصلاح الإقتصادي الشامل، بعد الإتفاق مع كل من صندوق النقد الدولي والبنك الدولي والذي إستهدف معالجة الإختلالات الهيكلية، وإحداث تغيرات جذرية في هيكل الإنتاج القومي في إطار الفلسفة العامة للإصلاح الإقتصادي، التي تستند الى تقليص دور الدولة وتدخلها المباشر في النشاط الإقتصادي بحيث يقع العبء في إحداث التغير المطلوب على القطاع الخاص، بحيث يصبح القطاع الرئيسي المحرك لعملية التنمية الإقتصادية والإجتماعية فيما عرف بسياسة التخصيصية.

وفي سبيل ذلك تم إصدار قانون قطاع الأعمال العام، وقد سمح هذا القانون بتصفية الشركات الخاسرة سواء ببيع الأصول أو بالتأجير أو بعقود إيجار مع المتخصصين، بهدف تحرير وحدات قطاع الأعمال العام عن سيطرة الحكومة، كما أدى هذا النظام إلى تطبيق نظم الإدارة المتبعة في القطاع الخاص، أي بمعايير الكفاءة الإقتصادية في نطاق السوق[1].

غير أنه ظهرت العديد من الإنتقادات التي طالت تطبيق برنامج الخصخصة في مصر نتيجة عدم تطبيقه على النحو المطلوب، بجانب قضايا الفساد العديدة التي أحاطت صفقاته، والتي ربما دفعت إلى خصخصة شركات لم تكن خاسرة أو بيعت بأسعار أقل بكثير من قيمتها الحقيقية، وهو ماولد سخط شعبي على البرنامج ورفضا لإستمرار تطبيقه، وقد ساهمت هذه العوامل مجتمعة في التوجه إلى آلية جديدة لتعاون القطاعين العام والخاص، ألا وهي ألية الشراكة كمدخل أكثر فاعلية من عملية الخصخصة أما تاريخ المشروعات الممولة من جانب القطاع الخاص في مصر، فيرجع الى عام 1930 عندما أسندت العديد من مشروعات الخدمات العامة إلى شركات أجنبية خاصة .

وقد شهدت العشرون سنة الأخيرة جهودا حثيثة لتنفيذ المشروعات من خلال التمويل الخاص وبشكل خاص في مجالات البنية التحتية للطاقة، وفي عام 2006 قامت الحكومة المصرية بوضع سياسة جديدة طويلة الأجل لتفعيل الشراكة مع القطاع الخاص بهدف التوسع والزيادة في الإستثمارات

[1]–صافي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص ص 31 – 32.

الخاصة بمشروعات البنية التحتية[1].

الفقرة الثانية:

تعريف المشرع المصري لعقود الشراكة

تأتي هذه العقود كحلقة في سلسلة التطور في إدارة المرافق العامة في القانون المصري التي بدأت مع القانون رقم 129[2] لسنة 1947 بشأن إلتزامات المرافق العامة والتعديلات التي أدخلت عليه والذي كان يكرس الإطار العام لنظام عقود الإلتزام المستقى من قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بداية القرن الماضي، ومالحق تطبيقه من ضعف في الفترة التالية لعام 1956 التي سيطرت فيها الدولة بصورة شبه كاملة على النشاط الإقتصادي، ثم تلى ذلك تطبيق سياسة التحرر الإقتصادي وما إرتبط بها من اللجوء الى طائفة عقود البوت، التي إستدعت تدخلات تشريعية عديدة وأثارت مشكلات قانونية وإقتصادية كثيرة، أدت إلى التريث في إبرام المزيد منها بعد أن لجأت الدولة إلى هذا النوع من العقود لإنشاء وتنمية البنية الأساسية في المجالات الحيوية كالطاقة والمطارات والموانئ وغيرها من المشروعات الهامة[3] .

وقد سن أول قانون بشأن عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، رقم 67[4] لسنة 2010 بشأن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة متناولا في المادة الأولى منه، تعريف عقد المشاركة ومحددا في المادتين الثانية والثالثة مجالات إبرام عقود المشاركة ومهام شركة المشروع، حيث نصت المادة الأولى من القانون السالف الذكر على أن عقد المشاركة هو : عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض

---

[1]– هاني أحمد خليل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مصر – تقييم للتجربة ورؤية مستقبلية – ، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في التخطيط والتنمية ، معهد التخطيط القومي ، 2017 ، ص ص37–38 .

[2]– قانون رقم 129، المؤرخ في 21 يوليو 1947 المتعلق بإلتزامات المرافق العامة المصري ج ر عدد 69 الصادرة بتاريخ 24 يوليو 1947 . منشور على الموقع الإلكتروني: https://manshurat.org.

ورد عن رجب محمود طاجن ، المرجع السابق ص 51، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 05 جوان 2019 على الساعة 21:00 مساء.

[3]– رجب محمود طاجن، المرجع السابق ص 51 .

[4]– قانون رقم 67 المؤرخ في 18 ماي 2010 المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ج ر عدد 19 مكرر أ، الصادر سنة 2010 منشور على الموقع الإلكتروني:https:// manshurat.org .

–ورد عن شعبان أحمد رمضان، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 05 جوان 2019 على الساعة 20:30 مساءا .

الأعمال المنصوص عليها في المادة 2 من هذا القانون، كما أوضحت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون نفسه الأعمال محل العقد بنصها على أنه : للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذا المرفق مع الإلتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للإستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بإنتظام وإضطراد، طوال فترة التعاقد وغيرها من المواد القانونية التي أعدت لهذا الشأن[1].

الفرع الثالث:

مفهوم االشراكة بين القطاعين العام والخاص على ضوء عيوب المنظومة القانونية الجزائرية

للبحث عن مفهوم للشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع الجزائري، لابد أن نوضح أولا رأي المشرع الدستوري (الفقرة الأولى)، ثم نعرج إلى وضعية هذه العقود من خلال الإستثمارات العمومية والإصلاحات الاقتصادية في الجزائر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

موقع عقود الشراكة العمومية الخاصة في الدستور الجزائري

بعد إستبعاد الجزائر للنظام الإشتراكي والتخلي عنه بشكل تدريجي وإختيارها لنظام إقتصاد السوق، إضطرت موازاتا لذلك إلى وضع تعديلات سياسية وإقتصادية ترسخت بإرساء قوانين تسهل تكريس هذا النوع من العقود، وقد جاء هذا كله من أجل ترشيد الآلية التعاقدية التي تسمح بإدماج أطر جديدة داخل الإدارة من خلال التسيير العمومي[2].

لكن من بين الكوارث الكبرى التي واجهتها الجزائر في تحولها إلى إقتصاد السوق، عدم وجود مصادر للتمويل خارج القروض من جهة، وإعتماد الدولة على الإستثمار في ميدان المحروقات فقط

[1]–شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية للنشر الطبعة الأولى 2016، القاهرة، ص 10 .

[2]– فوزية هوشات، تحولات النشاط العمومي في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2017–2018، ص 246.

من جهة ثانية، وكذلك الظرف السياسي غير المستقر الذي عرفته الجزائر في فترة التسعينات من جهة ثالثة وما يدل على ذلك تلك النتائج السلبية المسجلة في الميادين الصناعية والفلاحية والتجارية في التقارير المستقاة من المجلس الإقتصادي والإجتماعي في هذه السنوات[1].

فالجزائر عاشت ولفترة طويلة نظاما إشتراكيا يقوم عل الملكية العمومية لوسائل الإنتاج منذ الإستقلال، وجاء أول دستور بالجزائر سنة 1963[2]، وهو أول دستور بالجزائر كفل هذا النظام وأحاطه بالعناية الكافية، وجعل الدولة هي المسيرة لجميع المشاريع والمرافق تسييرا مباشرا فلم يكن للقطاع الخاص أي دور في تلك المرحلة، وهذا ما خلق نوعا من محاصرة وإحتكار الدولة لكل الأجهزة مما خلق شلل للمبادرة الفردية التي لم يكن لها أي دور سوى التقيد بما تبيحه الدولة بصفتها هي المسير الوحيد.

وقد تأكد ذلك بموجب دستور 1976[3] بصفة مطلقة عندما قام بتأميم كلي للتجارة الخارجية وجاء ذلك في نص المادة 14 منه والتي نصت على: «....يشمل إحتكار الدولة بصفة لا رجعة فيها التجارة الخارجية وتجارة الجملة، يمارس هذا الإحتكار في إطار القانون.».

وبصدور دستور 1989 والذي صادف فترة إنتقالية للجزائر للإنفتاح الإقتصادي والتوجه نحو إقتصاد السوق، حيث ميز بين الأملاك العمومية والأملاك الخاصة التابعة للدولة وذكر ذلك بنص المادة 18 منه بقولها « الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة، والولاية، والبلدية. يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون.»، وتم تكريس حرية التجارة والصناعة بصفة مطلقة بصدور دستور 1996[4]، وجاء ذلك صراحة بنص المادة 37 التي

---

[1]– المكي الدراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص محاولة في تحديد المفهوم والطبيعة ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 132 يناير ، فبراير 2017 ، ص 76.

[2]– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963، منشور بموجب الإعلان المؤرخ في 10 سبتمبر 1963، الموافق عليه في إستفتاء شعبي يوم 08 سبتمبر 1963، ج ر عدد 64 مؤرخ في 08 سبتمبر 1963، ملغى

[3]–دستلور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية سنة 1976، منشور بموجب الأمر رقم 76–69 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن إصدار نص الدستور المصادق عليه في إستفتاء شعبي يوم 19 نوفمبر 1976، ج ر ج عدد 94 مؤرخ في 24 نوفمبر 1976، معدل ومتمم بالقانون رقم 79–06 مؤرخ في 07 جويلية 1979 يتضمن التعديل الدستوري ج ر ج عدد 45 مؤرخ في 10 جويلية 1979، معدل ومتمم بالقانون رقم 80–01 مؤرخ في 12 جانفي 1980، يتضمن التعديل الدستوري ج ر ج عدد 01 مؤرخ في 03 جانفي 1980، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 88–223 مؤرخ في 05 نوفمبر 1988، يتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في إستفتاء شعبي يوم 03 نوفمبر 1988، ج ر ج عدد 14 مؤرخ في 15 نوفمبر 1988.

[4]– دستلور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية سنة 1996 ج ر ج ج العدد 76 لسنة 1996، معدل بالقانون رقم 02–03 مؤرخ في 10 ابريل 2002 ج ر ج ج العدد 25 لسنة 2002، والمعدل بالقانون رق 08–19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج ر ج ج العدد 63 لسنة 2008 المعدل بالقانون 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج ر ج ج العدد 14 لسنة 2016.

صرحت بأن: «حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون »، هذه المادة التي كانت بمثابة حجر الأساس لتدخل القطاع الخاص بجانب القطاع العام في تحريك عجلة التنمية، وتحرير التجارة والصناعة من قيود الدولة وإحتكارها لجميع الأنشطة من أجل النهوض بالإقتصاد ومواكبة مقتضيات التطور الإقتصادي، إلا أن دستور 1996 هو الآخر قد أغفل عن تعريف للشراكة بين القطاعين العام والخاص بين طياته، وبصدور دستور 2016[1] الذي أعطى نفسا جديدا لمبدأ حرية التجارة والصناعة ضمن المادة 43 منه، لكنه لم يوضح هو الأخر معالم إشراك القطاع الخاص للقطاع العام ضمن طياته بل جاء ضمنيا حيث نصت على:« حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون...» إعترف المشرع الجزائري صراحة وبصفة مطلقة بحرية الإستثمار ضمن هذا الدستور غير أنه لم يتطرق هو الآخر للشراكة العمومية الخاصة*، كذلك فإن دستور 2020[2] نص في مادته 61 على: «حرية التجارة والإستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون». أعطى المشرع حرية أكبر للإستثمار في هذا الدستور وفسح المجال واسعا أمام المستثمر للإستثمار بكل حرية في مختلف المجالات التي حددها القانون.

الفقرة الثانية:

الإستثمارات العمومية والإصلاحات الإقتصادية في الجزائر

عرفت الإستثمارات العمومية في الجزائر عدة إصلاحات وذلك بتجسيد مبدأ حرية الإستثمار في التشريع الإستثماري الجزائري (أولا)، وهذا من أجل إنعاش الإستثمار والتوسع في عقود الشراكة (ثانيا).

أولا- تجسيد مبدأ حرية الإستثمار في التشريع الإستثماري الجزائري

إن تكريس حرية الإستثمار في التشريع الجزائري لم يكن بالأمر الهين واليسير، نظرا للعقبات التي

---

[1]- قانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، لسنة 2016.

*-هناك نوع من عقود الشراكة يتم بين أشخاص القانون العام تعرف بالشراكة **عام عام** في إطار العلاقات الدولية، وتتجسد في الإتفاقيات الدولية التي تبرم في مجالات مختلفة، ويطلق على هذا النوع من العقود تسمية **عقود التعاون الصناعي**، ويظهر بشكل جلي في صورة تعاون بين دول الشمال الصناعي المتقدم ودول الجنوب الأقل تقدما أنظر في الموضوع نعيمة أكلي، عقد الإمتياز الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري تيزي وزو، 2018، ص 4.

[2]-مرسوم رئاسي 20-242، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء في 01 نوفمبر 2020، ج ر عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

كانت تحول دون ذلك وربما يرجع ذلك إلى الظروف التي مرت بها الجزائر بداية من حصولها على الإستقلال سنة 1963 وتخلص الجزائر من ظلم المستعمر الذي كان يهيمن على كافة القطاعات والمجالات، وتهميشه للجزائريين مما خلق ذهنيات لدى الجزائريين تجعل من الدولة هي المسيطر الوحيد على كافة النشاطات وإنتهاجها نظاما إشتراكيا يقوم على ملكية وسيطرة الدولة على كافة النشاطات إضافة إلى البطئ الذي عان منه تجسيد مبدأ حرية الإستثمار، فبصدور الأمر 66-284[1] المتضمن قانون الإستثمارات، الذي حدد المجالات التي تحتكر الدولة الإستثمار فيها والمتمثلة قي القطاعات الحيوية إلا أنه لم يحصر هذه النشاطات ومنح للقطاع الخاص سواء أكان وطني أو أجنبي الإستثمار في باقي المشاريع الأخرى وإقترح مشاركة القطاع الخاص في القطاعات الحيوية وهذا بموجب المادة 2 من نفس الأمر، غير أن الدولة تكون هي المتحكم الرئيسي في هذه المشاريع ويتم كل ذلك بالحصول على إعتماد سابق من قبل الجهات المعنية، وعليه فإن الأمر 66-284 لم يحرر الإستثمار بالشكل الفعال بل كان بمثابة تحرير معرقل بإحتكارات وتقيدات الدولة.

بعدها صدر القانون 88-25[2] المتعلق بتوجيه الإستثمارات الإقتصادية الخاصة الوطنية الذي حدد في مادته الخامسة النشاطات الإقتصادية الإستراتيجية، كالنشاطات المتعلقة بالنظام المصرفي والتأمينات والمناجم والمحروقات والصناعة القاعدية للحديد والصلب والنقل الجوي والسكك الحديدية والنقل البحري وبصفة عامة كافة النشاطات المتعلقة بتسيير الأملاك الوطنية، حيث أزال الغموض حول القطاعات الحيوية التي تضمنها الأمر السابق الذكر وتزامن ذلك مع القانون رقم 90-16[3] الذي تضمن قانون المالية التكميلي والذي جاء متوافقا مع الإصلاحات الإقتصادية.

وبصدور القانون التوجيهي لسنة 1989 الذي كان بمثابة فترة إنتقالية للإصلاحات الإقتصادية والإنفتاح نحو إقتصاد السوق، والذي دعم بصدور قانون النقد والقرض 90-10 والذي يعد أول قانون كرس حرية الإستثمار في المجال المصرفي للإستثمارات الوطنية والأجنبية، حيث نصت المادة 183 منه على مبدأ حرية القيام بالإستثمارات وترخيص الإستثمارات المباشرة وكان ذلك بمثابة حجر الأساس

[1]- الأمر رقم 66-284، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الإستثمارات ج ر عدد رقم 80، مؤرخة في 17 سبتمبر 1966 ملغى.

[2]- قانون 88-25، مؤرخ في 12 يوليو سنة 1988، يتعلق بتوجيه الإستثمارات الإقتصادية الخاصة الوطنية، ج ر عدد 28، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 1988 ملغى.

[3]- قانون 90-16، المؤرخ في 07 أوت 1990، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1990، ج ر ع 34، المؤرخة في 11 أوت 1990.

لتطبيق مبدأ إقتصاد السوق وتفعيل دور القطاع الخاص في النشاط الإقتصادي، إذ تم وضع حد لإحتكار الدولة للإقتصاد، وفسح المجال لكل المتعاملين على حد سواء للإستثمار دون التمييز بينهم ويخضعون لنفس المعاملة.

وقد أنشأ هذا القانون مجلس النقد والقرض الذي أسندت إليه بموجب المادة 185 صلاحية إبداء الرأي بالمطابقة في كل مشروع إستثماري أجنبي يقام في الجزائر، إذ لا يمكن لأي مستثمر غير مقيم أن يباشر بإستثمار أمواله في الجزائر إلا بعد موافقة مجلس النقد والقرض عن طريق إبداء رأية بالمطابقة فله السلطة التقديرية في منح قرار المطابقة من عدمه ومراقبة وإعتماد الإستثمار الأجنبي في الجزائر كما وسع من مجالات وأشكال تدخل الإستثمار، وبالتالي يبدو واضحا أن الإستثمار الخاص في الجزائر قد عانى من الإقصاء والتهميش فلم يسمح له سوى بالتدخل في قطاعات ثانوية وأخضع لنظام رقابي صارم[1].

وبقي هذا الوضع على حاله حتى تم إصدار المرسوم التشريعي 93-12[2] المتعلق بترقية الإستثمار، الذي أشار في المادة الثالثة منه على أن الإستثمارات تنجز في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة، وتنجز هذه الإستثمارات بناءا على تصريح بالإستثمار لدى وكالة ترقية الإستثمار، بعد أن كان مجلس النقد والقرض هو الذي يتولى مهمة منح الإعتماد المسبق والتراخيص للمستثمر الأجنبي، وهذا ما يدل على أن حرية الإستثمار لا يزال التقييد يكتنفها في تلك الفترة نظرا لمحدودية حرية الإستثمار في النشاطات المقننة، التي يقتضي تفعيلها بموجب تشريعات وتنظيمات خاصة ترخص بممارستها.

وبصدور الأمر 01-03[3] الذي نص صراحة على حرية الإستثمار ضمن المادة 4 حيث جعلت من الإستثمارات تنجز في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة، ولكن ظل الأمر على حاله فيما يخص الحصول على ترخيص بالإستثمار من الوكالة قبل البدأ في الإنجاز.

---

[1]- فوزية هوشات، المرجع السابق، ص 77.

[2]- المرسوم التشريعي 93 - 12، مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الإستثمار ج ر، عدد 64، الصادر في 10 أكتوبر 1993.

[3]- الأمر 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47، الصادر في 22 غشت 2001.

إضافة إلى قاعدة 49 و51 والتي تلزم المستثمرين الأجانب على الإستثمار في الجزائر بناءا على شراكة تمثل فيها نسبة المساهمة الوطنية أكثر من 50 ٪ من الرأسمال الإجتماعي للشراكة يشكل سببا جوهريا في عزوف المستثمرين الأجانب عن الدخول إلى السوق الجزائرية، خاصة وأن هذه القاعدة المقيدة لحرية الإستثمار الأجنبي تجسد حق الدولة في السيطرة مجددا على الأصول العمومية المتنازل عنها في إطار عمليات الخوصصة، وهذا حدث فعلا بخصوص مجموعة من عقود الشراكة وأحسن مثال على ذلك إستعادتها لمركب الحجار لصناعة الحديد والفولاذ بنسبة 51 ٪ من قيمة أصوله[1].

لقد جعل الأمر 01-03 الإستثمارات تنجز في حرية تامة في أنشطة إقتصادية مختلفة بعدما حدد المرسوم التشريعي مجال الإستثمار بالنسبة للجزائريين والأجانب، كما تضمن نفس الأمر 01-03 إجراءات جديدة تهدف إلى تذليل الصعوبات وتوحيد مراكز القرار سيما بعدما أنشأ ما يعرف بالمجلس الوطني للإستثمار، فقد جاء من أجل إعداد سياسات الدولة في مجال الإستثمارات الوطنية والأجنبية ويعتبر هيئة إدارية تنشأ لدى الوزير المكلف بترقية الإستثمار تحت سلطة رئيس الحكومة، ويكلف بالمسائل المتصلة بإستراتيجية الإستثمارات وسياسة دعم الإستثمارات، وبذلك فإن الدولة إنسحبت بصفة تدريجية تاركة المجال للقطاع الخاص من أجل وضع نظام قانوني يتعلق بالإستثمار، من شأنه أن يشجع الخواص الجزائرين والأجانب للإستثمار في كل الأنشطة الاقتصادية[2].

وبعد أن كرست المادة 43 من دستور 2016 مبدأ حرية الإستثمار هذا ما دفع إلى تطوير الإستثمار وتشجيع المستثمرين من خلال تقديم حوافز وتسهيلات وهو ما تجسد فعلا من خلال قانون الإستثمار رقم 16-09[3]، حيث رأت الجزائر أن تكيفه مع مستجدات جديدة وهذا ما نصت عليه المادة 2 التي أعطت مفهوما جديدا للإستثمار وإعتبرته إقتناء أصول تندرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج و/ أو إعادة التأهيل، من جهة أخرى يكون الإستثمار من خلال المساهمات في رأسمال الشركة، وبالتالي نلاحظ أن قانون الإستثمار قد قام بإسقاط الخوصصة كشكل من أشكال الإستثمار على إعتبار أن الدولة أصبحت تفضل الإستثمار القائم على أساس عقود الشراكة التي تعد بناءا على إتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف بإسم الدولة، ولهذا

---

[1]- أمينة بن عميور، الحماية القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2017-2018، ص 43.

- لقد وضع المشرع الجزائري قاعدة 49-51 للحفاظ على الدور السيادي للدولة والنهوض بالإقتصاد الوطني مع تحديد مجال الإستثمار بالنسبة للجزائريين والأجانب دعما للمنتوج الوطني.

[2]- فوزية هوشات، المرجع السابق، ص 78.

[3]- قانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 3 أوت 2016، ج ر، عدد 46، الصادر في 3 أوت 2016.

ومن أجل جذب أكثر للمستثمرين فهي تعمل على تقديم التحفيزات لهم خاصة في بعض المناطق المراد تطويرها لاسيما وأن الجزائر تتمتع بالكثير من المؤهلات والعناصر التنافسية تتحدد في موقع جغرافي ممتاز وإمتلاكها لموارد طبيعية متنوعة والبنية التحتية[1].

فصدور قانون ترقية الإستثمار رقم 16-09 أعطى نفسا جديدا لتطوير وترقية الإستثمار، كما لا يخفى علينا أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247[2] الذي أشار إلى مثل هذه العقود حيث تكلم عن أسلوب الامتياز والإيجار والتسيير ومشاطرة الاستغلال، والتي تعتبر من أنواع عقود المشاركة وقد تم مؤخرا وتحديدا سنة 2017 التوقيع على ميثاق الشراكة بين القطاعين العام والخاص من طرف الحكومة الجزائرية برئاسة الوزير الأول أنذاك أحمد أويحيى هذه الإتفاقية التي كانت بمثابة دفعة إلى الأمام في سبيل تحقيق نموذج تنموي جديد من أجل بلورة تصور إقتصادي جديد يجمع بين القطاعين العام والخاص بالنظر للإمكانات إلى يحوزها كل قطاع، لأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي من العقود طويلة المدى التي تعد حلا فعالا لإنجاز مشاريع البنى التحتية.

ثانيا- إنعاش الإستثمار بالتوسع في عقود الشراكة

تلعب الشراكة العمومية بين القطاعين العام والخاص دورا فعالا في تحقيق التنمية الإقتصادية وحتى الإجتماعية، لأن إسهام القطاع الخاص لإنجاح مختلف المشاريع يخفف عن الدولة أعباء كثيرة ويخدم الصالح العام.

فتراكم المديونية دفع العديد من حكومات الدول إلى ضرورة الإستفادة من القطاع الخاص في تمويل مشروعات البنية التحتية، على إعتبار أن إتاحة الفرص للقطاع الخاص للقيام بالعديد من المهام في تقديم الخدمات بالنسبة لمشروع معين تحدده الجهة الحكومية[3].

ولهذا فإن الشراكة العمومية الخاصة تسمح للقطاع الخاص بالنهوض بمشاريع البنى التحتية لصالح القطاع العام، أو مساعدة القطاع العام في توفير الخدمات المرجوة من البنية التحتية لصالح جمهور المنتفعين وحتى لو كانت هذه الخدمات لصالح القطاع العام نفسه، ولهذا فإن مشاركة القطاع

---

[1]- فوزية هوشات، المرجع السابق، ص 81.

[2]- مرسوم رئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، المؤرخة قي 20-09 -2005.

[3]- محمد عبد الخالق محمد الزغبي،عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، بحوث وأوراق عمل ندوة (الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات ديسمبر 2011 ، ص 216.

الخاص ضرورية للتشغيل السلس لتقديم الخدمات سواء من خلال عقود الBOT أو أي عقود أخرى[1].

ففي مجال العقود كانت الشراكة بين القطاعين العام والخاص موجودة دائما وكانت في الأصل وحدها تبرر إستخدام الصيغ التقليدية لعقود المرافق العامة والإمتياز [2].

كما تعتبر شراكة القطاعين العام والخاص نموذجا متطورا لأنشطة الأعمال التي تساعد على زيادة إستثمارات القطاع الخاص في كافة مجالات النشاط الإقتصادي والإجتماعي، من أجل الوفاء بإحتياجات المجتمع من السلع والخدمات بأساليب مستحدثة ومن أهم مبررات اللجوء إلى أسلوب الشراكة وخاصة بالنسبة للدول النامية ما يلي:

- عدم قدرة الحكومات على تحقيق التنمية المستدامة بمفردها.
- حدوث تغيرات متسارعة في الجوانب الإقتصادية للمشروعات.
- محدودية الموارد المالية والبشرية والتكنولوجية لدى القطاع العام.
- ظهور ضغوط المنافسة المتزايدة في ظل إنخفاض معدلات النمو.
- التوسع في هيكل إتخاذ القرارات ووضع السياسات الإقتصادية خدمة للصالح العام[3].
- تخفيض تكلفة تقديم الخدمات المختلفة، إذ يسمح نظام المشاركة بالحصول على أقل العروض المقدمة من حيث التكلفة وأكثرها كفاءة من حيث القدرة على تقديم الخدمة.
- تقليل دور القطاع العام والإستفادة بالموارد المالية والبشرية الموجودة لدى القطاع الخاص.[4]
- الحاجة إلى التمويل الخاص مما من شأنه عدم الزيادة في تضخم الدين العمومي.
- الإستفادة من كفاءات ومؤهلات القطاع الخاص والتي تدخل في نطاق تطبيق نظرية التسيير العمومي الجديد وما يعنيه من ايجابيات الانتقال من الادارة Administration إلى التدبير Gestion ومن البيروقراطية Bureaucratie إلى السوق Le marche.

---

[1]- Jeffrey Delmon ,Partenariats public-prive dans le secteur des infrastructures , guide pratique a lintention des décideurs publics , THE WORLD BANK PPIAF P N 05.

[2]- Ghislaine alberton , les rapports du partenariat public-prive au droit des contractas: entre propositions communautaires et concrétisation nationales française , ouvrage collectif sur ; partenariat public-prive et gouvernance future , sou la direction de Qli sedjari , ed Lharmttan-gret , 2005 ,p 216.

[3]– شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، معايير السلامة الإستثمارية ومشروعات B O T الأسس والنماذج والحالات، المكتب العربي الحديث، 2006–2007، ص ص 485–486.

[4]– محمد عبد الخالق محمد الزغبي، المرجع السابق، ص 216.

- تراجع الدولة الرعاية وبزوغ رؤية جديدة للدولة حيث الدولة ضابطة أكثر من منظمة وتتصرف كضابطة ومراقبة وليس كفاعل[1].

وهناك فوائد ومزايا أخرى لعقود الشراكة قد شجعت العديد من حكومات دول العالم على تبنيها والتخلي تدريجيا عن العقود الأخرى التقليدية، لما تسهم به الشراكة في تنفيذ مشاريع مبتكرة ومتميزة بوصفها ترتكز على خبرة وإمكانيات القطاع الخاص سواء أكانت تقنية أو مالية أو إدارية والتي قد يفتقرها القطاع العام.

وتهدف الشراكة في المقام الأول إلى تحسين جودة الخدمات العامة بالطرائق الأكثر ملائمة، إلا أن الوضع في الجزائر يختلف إلى حد ما عن بعض الدول التي عرفت إقبال كبير لمثل هذه المشاريع فالجزائر تجربتها ضئيلة بالنسبة لهذه المشاريع سواء مع المقيم أو غير المقيم مقارنة ببقية الدول كمصر وتونس والمغرب وفرنسا وكندا وإنجلترا...إلخ.

ويرجع السبب في ضئالة هذه المشاريع إلى عدة عوامل من أبرزها غياب نص تشريعي في الجزائر ينظم هذه العقود على غرار الأمر في النظام الفرنسي حيث يعد المرسوم السابق ذكره رقم 559 لسنة 2004 والمعدل بالقانون رقم 735 لسنة 2008 والقانون رقم 179 لسنة 2009 بمثابة الإطار القانوني الفرنسي الحاكم لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في فرنسا بحيث تخضع هذه العقود للقوانين والتنظيمات الحاكمة لها.

أما على صعيد بعض الدول هناك العديد من التطبيقات العملية لعقود الشراكة ظهرت عبر سنوات عديدة وأثبتت نجاعتها ومن هذه العقود نذكر منها على سبيل المثال:

في إنجلترا قامت الحكومة بتطبيق عقود الشراكة في مجال إنشاء الطرق والمؤسسات العقابية وبلغت قيمة الإستثمار فيها حوالي 6 مليار دولار وفي عام 1998 وقعت عقود بقيمة 2 مليار في مجال الإنشاءات والمرافق التقنية.[2]

أما في فرنسا فقد أقرت الدولة مشروعات تابعة لوزارة الدفاع بنظام عقود الشراكة مثل المشروع

[1]– إبراهيم أولتيت، الشراكة بين القطاعين العام والخاص وجدلية العلاقة بين الدولة والسوق في الفكر المعاصر، مجلة إستشراف للدراسات والأبحاث القانونية، مجلة دورية علمية محكمة، تعنى بالأبحاث والدراسات القانونية،العدد الأول، مؤسسة أفزارن للطباعة بطنجة المغرب، ص 146.

[2]– صافي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 169.

المتعلق بتجديد المعهد الوطني للرياضة والتعليم البدني، والمشروع المتعلق بالتأهيل الأولي لطياري الهليكوبتر في إطار مدرسة تطبيق الطيران الخفيف التابعة للجيش، كما تم توقيع عقد الإنارة العامة لبلدية Auves-sur oise، وتم التعاقد بهذا النظام PPP لتجديد شبكة الإنارة العامة في مدينة Rouen.[1]

أما على صعيد الدول العربية نأخذ مثلا دولة الإمارات العربية المتحدة ورغم عدم وجود تشريع خاص، ولكن أبرمت عقود شراكة خاصة ب 176 مدرسة في أبو ظبي والعين والغربية عن طريق مجلس أبو ظبي للتعليم.

و عرف المغرب تطورات متلاحقة في هذا الشأن أفضت إلى إعطاء القطاع الخاص مكانة متميزة في إنجاز البنيات التحتية، كميناء طنجة المتوسط الذي سيكون منافسا هاما للوساطة بين أوروبا وشمال إفريقيا لمنطقة البحر المتوسط وللوساطة بين الدول الخليجية بإتجاه شمال أمريكا.[2]

وفي الجزائر نذكر على سبيل المثال مجمع لافارج المختص في إنشاء مواد البناء وهو مجمع بالشراكة مع صناعات الإسمنت بالجزائر، مصنع مفتاح بالعاصمة ووحدة الجبس بالبويرة بالشراكة مع شركة كوسيدار الجزائرية، كذلك شركة تسيير المياه والتطهير لقسنطينة سياكو التي تسهر على السير الحسن لتوزيع المياه الصالحة للشرب على مستوى 12 بلدية لولاية قسنطينة وهذا النموذج من الشراكة تم وفق عقود الإمتياز بين شركة المياه والتطهير لقسنطينة وشركة مرسيليا للمياه الفرنسية [3]، وفي مجال البنوك كبنك البركة الجزائري والطريق السيار شرق غرب بين الجزائر والشركتين اليابانية والصينية المقامة بنظام BOT.

من كل هذا نخلص إلى أن عقود الشراكة هي بمثابة وسيلة تمويل خارجية ولها بالغ الأهمية في تنشيط الإقتصاد وإنعاش الإستثمار، لكن نظرا لقلة التشريعات الوطنية الفعالة والتي تحكم هذا النوع من العقود وقلة الخبراء والمختصين في هذا المجال أدى إلى خلق تخوفا لدى القطاع الخاص وخصوصا منه الأجنبي للولوج في مثل هذه المشاريع، مما نتج عنه ضعف حصيلة المشاريع الإستثمارية المنتهجة عن طريق هذه العقود لذلك على المشرع الجزائري الإقتداء بنظيره الفرنسي مثلا الذي وضع رزنامة من التشريعات التي تحكم هذه العقود.

---

[1]– صافي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 170.

[2]– أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة PPP، ورقة مقدمة في ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP والتحكيم في منازعاتها والمنعقد في شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ديسمبر 2011، ص 86.

[3]– السعيد الدراجي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية فعالة لتمويل التنمية الفعالة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 41، جوان 2014، مجلد ب، قسنطينة، ص 319.

الفرع الرابع:

أشكال عقود الشراكة

تأخذ مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات مشروعات البنية الأساسية أشكالا مختلفة ومتفاوتة بدرجات متباينة تبعا لمدى تحويل ملكية الأصول والإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص وما يرتبط بذلك من نقل للمخاطر المالية والفنية والتجارية من عاتق القطاع العام إلى القطاع الخاص ويمكن بصفة عامة تقسيم مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية [1] إلى الأشكال المتمثلة فيما يلي:

الفقرة الأولى:

عقود الخدمات

يعد هذا النمط من العقود شكلا من أشكال مشاركة القطاع العام للقطاع الخاص، حيث تقوم بمقتضاه شركة خاصة أو أكثر بتقديم خدمة لصالح القطاع العام المعني في مقابل مبلغ مالي معين، وقد تأخذ هذه الخدمات شكل القيام بتشييد محطة مياه أو كهرباء أو إصلاحها أو تركيب معدات معينة، وتبقى ملكية أصول المشروع وعبء تشغيله وصيانته في المقام الأول على عاتق القطاع العام، كما تظل مسؤولية الإستثمارات الرأسمالية والمخاطر التجارية المرتبطة بتشغيل المرفق ملقاة بكاملها على عاتق القطاع العام، ويتضح من ذلك أن مشاركة القطاع الخاص تحت هذا الإطار تظل محدودة ومقصورة على تقديم خدمة مرتبطة بالمرفق لصالح القطاع العام المسئول عن تشغيل المرفق وصيانته.[2]

ويتولى القطاع الخاص وبشكل مباشر مسؤولية أداء مهام محددة مثل توفير عمالة فنية متخصصة أو التشغيل أو الصيانة أو إصدار الفواتير والقيام بتحصيلها، ومن هنا نجد أن متطلبات إستثمار رأس المال للقطاع الخاص في هذه العقود تتصف بالانخفاض بشكل كبير وتتراوح مدة هذا النوع من العقود ما بين ثلاث سنوات إلى خمس سنوات قابلة للتجديد، ومن مزايا هذه العقود توفير الفرص لدخول عنصر المنافسة من خلال التعاقد مع أكثر من شريكين للقطاع الخاص، والاستفادة من

---

[1]– هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، مجلة القانون والإقتصاد للبحوث القانونية والإقتصادية، عدد 71، ص 229.

[2]– هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لنظام البناء والتملك ونقل الملكية BOOT، مؤسسة الأهرام مصر، عدد 177 سبتمبر 2002، ص 8.

خبرته في النواحي الفنية مما يجعل المرفق يقوم بالتركيز على مهامه الأساسية، ولأن فترة العقد تكون قصيرة فيزداد التنافس بين المقاولين مما يشجع العمل على تحقيق كفاءة الأداء وتخفيض تكاليف العقود أما عيوب هذا النمط فتتمثل في أن أعباء التشغيل والصيانة تظل على عاتق الحكومة (القطاع العام) وكذا مسؤولية الإستثمارات الرأسمالية والمخاطر التجارية المرتبطة بتشغيل المرفق، كما يعتمد نجاح الأعمال بالعقد على خبرة الشركة التي تقوم بالأعمال بالإضافة إلى تسريح عدد من العمالة الحكومية في حالة عدم النص في عقد الإتفاق على الاحتفاظ بكافة العمالة[1].

الفقرة الثانية:

عقود الإدارة

عقد إدارة المرق العام أو كما يطلق عليه البعض عقد تشغيل المرفق العام هو عقد تعهد جهة الإدارة بمقتضاه إلى القطاع الخاص عبء تشغيل المرفق وصيانته لفترة زمنية محدودة، وطبقا للعمل المستقر في هذا الإطار تتراوح مدة هذه العقود بين ثلاثة وخمسة أعوام تلتزم جهة الإدارة في هذه العقود بسداد مقابل أو أتعاب الإدارة إلى القطاع الخاص في شكل أتعاب محددة وثابتة أو في شكل نسبة أرباح المشروع وذلك بقصد تحفيز شركة الإدارة على زيادة فعالية المرفق وزيادة ربحيته وكفاءته[2].

إلا أن هذه الأتعاب لا ترتبط بدرجة كبيرة بمستوى الأرباح أو الخسائر المحققة لأن العقد المبرم يتضمن حوافز أكبر في حالة تحقيق كفاءة في الأداء والتشغيل، وإلى أي مدى تحققت الأهداف الموضوعة من قبل الجهة الحكومية، ومن أمثلة هذا النوع من العقود في الدول العربية حالة لبنان فقد حققت نجاحات في عدد من القطاعات هي جمع النفايات وتشغيل وإدارة محرق النفايات ومصنع معالجة النفايات والميزة الرئيسية لعقد الإدارة من وجهة نظر الدولة أنه يسمح لها بالإحتفاظ بالملكية كما أنه يمكنها من حل القصور الإداري وذلك بالحصول على أحسن الخبرات الإدارية وفي الوقت نفسه التحكم في نطاق وإستخدام هذه الخبرات من خلال عقد الإدارة، ومن أبرز عيوب هذا النوع من العقود تحمل الدولة لكافة المخاطر عكس المستثمر الخاص الذي يحصل على أتعاب محددة وثابتة بصرف النظر عن تحقيق أرباح أو خسائر في المشروع أو المرفق[3].

---

[1]– هاني أحمد خليل، المرجع السابق، ص ص 56–57.

[2]– محمد صلاح، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الإستثمار في البنى التحتية للإقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، دراسة حالة بعض إقتصاديات الدول العربية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإقتصادية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2014–2015 ، ص 55.

[3]– هاني أحمد خليل، المرجع السابق، ص ص 57–58.

الفقرة الثالثة:

عقود الإيجار

عقد الإيجار هو عبارة عن عقد يمكن شخص عام من تفويض لشخص من القطاع الخاص إستغلال مرفق عام وصيانة المنشئات ويتحصل على مقابل الإستغلال من المنتفعين بالمرفق، ويقوم الشخص الخاص بالمقابل بتسديد نفقة الإيجار، بالإضافة إلى الضرائب المفروضة على عاتقه للشخص العام[1].

فالإيجار بقي ولعقد من الزمن مرتبطا بالإمتياز وجزء منه والعنصر الأساسي المميز له هو عدم تحمل المستأجر لعمليات البناء والإستثمارات المتعلقة بالمرفق العام، وقد عرفه الأستاذ C. Boiteau بأنه :هو عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا إستغلال مرفق عام مع إستبعاد قيام المستأجر بإستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المرتفقون، متعلقة مباشرة بإستغلال المرفق.

وفي كثير من المرات يتحول الإمتياز إلى إيجار وصاحب الإمتياز إلى مستأجر عندما تهتلك الإستثمارات الأولية، وفي بعض الأحيان يدفع المستأجر إتاوات للهيئة العمومية مقابل إستغلال المرفق العام[2].

و المشرع الجزائري أيضا عرف عقد الإيجار ضمن المرسوم التنفيذي 18-199[3] المتعلق بتفويض المرفق العام في المادة 54 منه والتي جاء نصها كالتالي :« الإيجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة

وقد تعترض المفوض له مخاطر تجارية تتعلق بإيرادات الإستغلال، وكذا مخاطر صناعية تتعلق بأعباء الإستغلال والنفقات المرتبطة بتسيير المرفق العام.

---

[1]- Tafotie Roger , Build, Operate and Transfer (BOT) projects contribution a letude juridique dune modalities de partenariats public- privet a la lu iere de lapproche law and economics these soutenue le 6/01/2012 a Luxembourg P139.

[2] – نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، د ط، الجزائر، 2010، ص ص 155-156 .

[3]- المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 02 غشت 2018 ، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد 48 ، الصادر في 05 غشت 2018 .

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ، ويتقاضى المفوض له أجرا من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.

تحدد مدة إتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الإيجار، بخمس عشرة سنة (15) كحد أقصى ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز إستثمارات مادية غير منصوص عليها في الإتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد ثلاث (3) سنوات، كحد أقصى.»

إن المادة سالفة الذكر كانت واضحة حيث أعطت تعريفا لعقد الإيجار ووضحت معالمه فهو عبارة عن قيام هيئة عمومية بتفويض هيئة من القطاع الخاص مهمة تسيير وصيانة مرفق عام سبق إنشاءه بمقابل مالي يكون في شكل إتاوة سنوية يدفعها المفوض له للمفوض، ويتحمل خلالها المفوض له (القطاع الخاص) كافة المخاطر طوال مدة العقد، ويبقى للقطاع العام مهمة الرقابة الجزئية للمرفق العام أما عن مقابل الإستغلال فيتحصل المفوض له على المقابل في شكل إتاوات يتقاضاها من جمهور المنتفعين، وقد حدد المشرع مدة الإيجار ب 15 خمسة عشرة سنة قابلة للتمديد لمدة 3 ثلاث سنوات لاغير وبهذا تكون ملامح عقد الإيجار قد إتضحت جليا بكل تفاصيلها ضمن المرسوم 18-199.

على عكس ما كان سابقا حيث أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لعقد إيجار المرفق العام إلا ما جاء في نص التعليمة الوزارية الصادرة عن وزير الداخلية سنة 1994 التي عرفت عقد الإيجار من خلال تمييزه عن عقد الإمتياز، مع تطبيق نفس الإجراءات التي يخضع لها هذا الأخير[1].

أما في فرنسا فقد تم توظيف عقد الإيجار بشكل كبير وبخاصة في قطاع مياه الشرب والصرف الصحي، ويعاب الإلتجاء إلى هذا التنظيم أن عبء تمويل الإستثمارات الرأسمالية للمرفق يظل على عاتق الدولة، ومع ذلك فإن الإلتجاء إلى هذا النظام له مزاياه خاصة في الأحوال التي يكون فيها المرفق في حاجة إلى رفع كفاءة تشغيله، ولكنه ليس بحاجة إلى توسعات أو تحسينات[2].

[1]- سهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، 2018،،ص 95.

[2]- هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، المرجع السابق، ص 235.

الفقرة الرابعة:

عقود إلتزام المرافق العامة

وهو عبارة عن أصل سلوك ملكية عامة يتم التنازل عنه لصالح القطاع الخاص من أجل تشغيله وصيانته والإستثمار به بناءا على تعاقد محدد بفترة زمنية لا تقل في العادة عن خمسة وعشرين سنة[1].

فيعد إلتزام المرفق العام خطوة جادة نحو مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية[2] فعقود الإمتياز تتشابه مع عقود التأجير في العديد من السمات بإستثناء أنه في ظل عقود الإمتياز تقع مسؤولية التمويل ومسؤولية تشغيل وصيانة المشروع أو المرفق على المستثمر، كما تظل ملكية الأصول للدولة وتعود حقوق إستخدام المشروع أو المرفق إلى الدولة بعد إنتهاء مدة عقد الامتياز[3].

وبناءا عليه لا يعد نظام إلتزام المرفق العام ملائما في الحالات التي يقوم فيها القطاع الخاص بإقامة المرفق وتمويله بالكامل، وتقوم الدولة بشراء الخدمة، كما قد يكون إلتزام المرفق العام غير مناسب أيضا في الأحوال التي لم يتم فيها بعد وضع الشروط اللائحية المنظمة للمرفق أو تلك التي تفتقر إلى وجود أجهزة تنظيمية رقابية محايدة، كما قد يكون نظام إلتزام المرفق العام كذلك مجد في الأحوال التي تسعى فيها الدولة إلى نقل عبء تمويل المرفق بالكامل على عاتق القطاع الخاص وتحمل كافة مخاطره وتشغيله وفي هذه الحالة الأخيرة قد تلجأ الدولة إلى نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية[4]، وقد يسمح عقد الشراكة للهيئة العامة بتنفيذ نوع من العلاقة التعاقدية تتشابه نتائجها العملية إلى حد كبير مع تلك الخاصة بالإمتياز، ولكن الدفع يكون بشكل أساسي من الأموال العامة[5].

لمزيد من التفاصيل حول عقد الإمتياز راجع المطلب الثالث من المبحث الثالث لهذا الفصل.

---

[1]– وليد شواقفة، الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول النامية، بحوث وأوراق عمل مؤتمر الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتعاون مع جامعة اليرموك الأردنية اربد – المملكة الأردنية الهاشمية يوليو 2008، المنظمة العربية للتنمية الإدارية أعمال المؤتمرات 2011، ص 207.

[2]– هاني صلاح سرى الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، المرجع السابق، ص 237.

[3]– هاني أحمد خليل، المرجع السابق، ص ص 59–60.

[4]– هاني صلاح سرى الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، المرجع السابق، ص 237.

[5] – Xavier berzancon , les nouveaux contrats de partenariat public-prive dl livres-bnf , 2005, p 49

الفقرة الخامسة:

مشتقات عقد الـ BOT

بالإضافة إلى أشكال مشاركة القطاع الخاص السالفة الذكر فإنه يمكن أن توجد أشكال أخرى لمشاركة القطاع الخاص تندرج ضمن مشتقات عقد الـ BOT، ويمكن ذكرها على سبيل المثال لا الحصر كالآتي:

- عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) Build-Operat-Ownershi-Transfer:

و المقصود بذلك بناء المشروع، وملكية الملتزم له أثناء مدة العقد وحقه في تشغيله لحسابه طوال هذه المدة، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية العقد، وكمثال عن هذا النوع من العقود مشروع معبد (دارتفورد)، وهو جسر فوق نهر التايمز في إنجلترا[1].

- عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O) Build-Operat-Ownershi :

مفاد هذه العقود أنها تعقد بين القطاع العام ومستثمر أو مجموعة من المستثمرين على إقامة مشروع وتملكه وتشغيله، وفي هذا النوع من العقود لا يلتزم المستثمر بتحويل المشروع إلى المالك مثل العقود السابقة لأن هذا لا يتضمن عنصر نقل الملكية –transfer– فهو شكل من أشكال الخصخصة ولكن قد ينتهي بإنتهاء العمر الإفتراضي للمشروع، أو تعويض الدولة للمالك عن حصص الملكية وعليه يرى جانب من الفقه بأن طبيعة هذا النوع من العقود ليس من عقود البوت أو مشتقاتها، بل هي في حقيقة الأمر مجرد ترخيص من الجهة الإدارية المختصة لمستثمر، بإقامة المشروع بشروط معينة وبالتالي يمثل صورة من صور خصخصة المشروعات[2].

- عقود البناء والإستئجار والتشغيل والتحويل (B.R.O.T) Build-Rent-Operat-Transfer:

يجمع هذا النوع من العقود بين خصائص عقد إيجار المرفق ونظام البناء والتشغيل والتحويل

[1]– كمال طلبة المتولي سلامة، الإتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T – دراسة مقارنة –، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، ص 32.

[2]– عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت BOT – في القانون المقارن–دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2016 الإسكندرية،ص 70.

BOT، إذ أن مؤداه قيام المستثمر ببناء المشروع لصالح السلطة العامة وعلى نفقته، على أن يقوم بإستئجار المرفق بعد ذلك من السلطة المتعاقدة وقيامه بإستغلال المشروع لفترة معينة، حيث يتحصل خلال مدة الإيجار على مقابل تقديم الخدمة لجمهور المنتفعين أو الجهة المتعاقدة في نهاية مدة الإتفاق، وهذا النظام شأنه في ذلك شأن عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT، وتكون فيه ملكية المرفق خالصة للجهة الحكومية، كما يظل الإشراف على المرفق لهذه الجهة الحكومية، وإن كان يخضع في تشغيله الفعلي وإدارته للمستثمر من القطاع الخاص[1].

وفي هذا الصدد يعتبر عقد الـ BOT طريقة للشراكة بين القطاعين العام والخاص والتي تتمتع بميزة جعل مهمة التمويل من إختصاص شركة المشروع، والتي تعد كبدائل جديدة للتمويل والإدارة الخاصة مع الإحتفاظ بملكية الأصول للقطاع العام[2].

- _عقود التصميم –البناء– التمويل –التشغيل (D.B.F.O) Design-Build-Finance-Operate:

و يتم إبرام هذا النوع من العقود بإتفاق الحكومة مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام وفقا للشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الحكومة للمستثمر بواسطة أجهزتها الإستشارية، ويتولى المستثمر إقامة المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة ويبحث عن مصادر التمويل من أحد البنوك العامة في الدولة، أو من أحد البنوك العاملة في الخارج، ويقوم بتشغيل المشروع وفقا للمعايير التي تضعها الحكومة، ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد فترة الإمتياز لأن الحكومة تحصل على مقابل الأرض وعلى نسبة من الإيرادات مقابل منح الإمتياز ويحق للحكومة تجديد الإمتياز أو منح الإمتياز لمستثمر آخر بشروط أفضل، مع دفع التعويض المناسب للمستثمر الأول مالك المشروع[3].

---

[1]– هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لنظام البناء والتملك ونقل الملكية BOOT، المرجع السابق، ص ص 16-17.

[2]- Tafotie Roger Redecouvrir la technique du Builde , Operate and Transfer (BOT) pour une realisation optimale de projets [ublics et prives en Afrique , sur le sit ,.https // revus , ersuma ,org /no-3-sepiembre -2013/etudes -27/article/redecouvrire –la-technique-du-build 18:10 le 29-08-2018 pp 2 – 3.

[3]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 33-34.

المطلب الثاني:

عقود الشراكة وعلاقتها بالبنية التحتية

إن إقامة المشاريع الضخمة كمشاريع البنية التحتية تتطلب أموال كبيرة وميكانيزمات عالية، لهذا عمدت الدولة إلى إشراك القطاع الخاص في النهوض بالبنى التحتية ويرجع ذلك لكفاءة القطاع الخاص وجودة منتجاته، ولهذا إتجهت أغلب الدول إلى إبتكار العديد من العقود ووضع منظومة قانونية تنظمها ولهذا سنعالج هذا المطلب في عدة فروع نستهلها بإعطاء مفهوم للبنية التحتية في فرع أول، ثم إلى تقليص دور الدولة في التسيير العمومي لمشاريع البنية التحتية في فرع ثان، ومبررات إعتماد عقود مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص كإسهام في عملية التنمية في فرع ثالث.

الفرع الأول:

مفهوم البنية التحتية

تهتم الدول كثيرا بترقية البنية التحتية وتطويرها نظرا لأهميتها بالنسبة للمواطنين، وعليه إرتأينا التعرف على المقصود بالبنية التحتية (الفقرة الأولى)، وإبراز أهم خصائصها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

المقصود بالبنية التحتية

أستخدم مصطلح البنية التحتية لأول مرة في فرنسا سنة 1927، وذلك للإشارة إلى الطرقات والجسور وخطوط السكك الحديدية وغيرها، فمن المعروف أن البنية التحتية تعد أحد المقومات الرئيسية في النجاح الإقتصادي لأي دولة، إلا أن العديد من القضايا المتعلقة بمفهوم البنية التحتية ومكوناتها لا زالت غير مفهومة بشكل جيد فقد إختلفت الرؤى والتعريفات بهذا الشأن، وذلك بحسب طبيعتها والغرض منها والهدف الذي تساهم في تحقيقه فإما أن تكون ذات طبيعة إقتصادية أو إجتماعية، أو تجمع بين الإثنين معا أو حسب الجهة المعنية بالتعريف[1].

و يمكن تعريف البنية التحتية بمفهومها الواسع على أنها مجموع الخدمات التي تتولى الدولة تقديمها والمنشآت التي تتولى تشييدها وتشغيلها، إضافة إلى الخدمات التي تعتمد على العمالة الكثيفة

[1]–محمد صالح، المرجع السابق، ص 5.

كجمع النفايات، وتقديم خدمات النقل العامة، وتتشكل البنية التحتية من الطرق والمطارات والموانئ والسكك الحديدية ومحطات مياه الشرب وشبكاتها، ومحطات توليد الكهرباء، وشبكات الغاز الطبيعي والصرف الصحي والإتصالات ومرافقها بالإضافة إلى الخدمات الصحية[1].

كما عرفها البنك الدولي بأنها مجموعة المنشآت والشبكات التي يجب أن تتوفر بالمدن والمناطق الحضرية والتي لا يمكن دون وجودها ممارسة النشاط الإقتصادي والإجتماعي بكفاءة، وتشكل منتجاتها سلعا وخدمات، وفي بعض الأحيان ذات طبيعة إحتكارية تقدمها الحكومة، ومن خلال التعريفين السابقين يمكن القول بأن البنية التحتية مجموع الخدمات التي تتولى الدولة تقديمها وتقوم المنشآت على تشييدها وتشغيلها فوجودها يعد شرطا أساسيا لتلبية الإحتياجات الحضرية والرفاهية للمواطنين[2].

الفقرة الثانية:

خصائص البنية التحتية

لما كانت هذه المشاريع تختلف عن غيرها، فهي تتطلب التعامل معها بفكر مختلف عن غيرها من المشروعات التي تتطلب تمويلا مصرفيا وهذا يرجع إلى مايلي:

- كبر حجم الإستثمارات المطلوبة، ومن ثم عدم قدرة بنك واحد على تمويلها.
- كبر حجم مستهلكي الخدمة المقدمة، وكذلك تنوع مستوى دخول المستهلكين.
- نوعية الخدمة المقدمة ضرورية جدا ولا يمكن للمستهلك الإستغناء عنها.
- تسعير الخدمة ومايتبعها من إعتبارات إجتماعية، وضرورة تدخل الحكومة لضمان إستمرار المرفق في تقديم الخدمة بشكل جيد يتساوى فيه المواطنين.
- تنوع المخاطر التي تتعرض لها هذه المشروعات، مع مراعاة أن المدة ليست أقل من 20 سنة فضلا عن إختلاف نوع القرض[3].

---

[1]– محمد صالح، المرجع السابق، ص 8.

[2]– منجية بورحلة – مهري عبد المالك، نظام الـ BOT بناء وتشغيل ونقل الملكية، كآلية لدمج القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية في الجزائر، مجلة التكامل الإقتصادي المجلد 7، العدد 4، ديسمبر 2019، ص 51.

[3]– براق محمد – عبد الحميد فيجل، عقد البوت كآلية شراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل مشاريع البنية التحتية إشارة إلى تجارب عربية وغربية، مجلة الدراسات الإقتصادية المعاصرة، العدد 5، 2018، الجزائر، ص 6.

الفرع الثاني:

تقليص فعالية القطاع العام عن طريق القطاع الخاص

برز القطاع العام من خلال دوره الكبير في تسيير المرافق العامة (الفقرة الأولى)، ولكن هذا الدور عانى العديد من الأزمات ومن أبرز الحلول التي لجأت الدولة إليها هي إشراك القطاع الخاص حيث ظهر بدوره الفعال في تسيير المرافق العامة غير السيادية للدولة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

القطاع العام وأهميته

سنتعرض في هذه الفقرة إلى تعريف القطاع العام (أولا)، ثم نبين أهميته بالنسبة للدولة ومواطنيها (ثانيا).

أولا- **تعريف القطاع العام**

للقطاع العام عدة تعريفات تطورت وتبلورت من فترة لأخرى إلى غاية وقتنا الحالي فقد عرف القطاع العام بأنه عبارة عن وحدات قطاع الأعمال، أو المؤسسات التي تدار وتسير من قبل الحكومة والهدف المتوخى من هذه المؤسسات العمومية من خلال إنتاجها للسلع والخدمات لا يكون بالضرورة الوصول إلى أكبر الأرباح وإنما تقديم هذه السلع والخدمات لأفراد المجتمع لإشباع حاجاتهم بأفضل الأسعار المحددة من قبل الدولة، حيث يؤدي النشاط الحكومي لإدارة هذه المؤسسات إلى تفضيل آليات السوق وتسوية المنظومة السعرية، كما عرف القطاع العام بأنه ظاهرة إجتماعية وإقتصادية جزئية موضوعية ولدت مع ولادة الدولة وتستمر معها[1].

وقد إقترن القطاع العام بالملكية العامة لوسائل الإنتاج وخاصة في الدول الإشتراكية سابقا أو الدول التي سلكت نظام التخطيط المركزي لتسيير إقتصادياتها، حيث قامت الدول الإشتراكية على تأميم كل القطاعات التي كانت مملوكة لأفراد خواص.

فالقطاع العام في الجزائر يتشكل من تلك القطاعات التي ورثتها الدولة بعد خروج المستعمر أين أشرفت على تسييرها مباشرة بواسطة ممثلي الدولة، وهناك قطاعات أخرى قامت بتأميمها وبالتالي أصبحت

[1]- محمد صالح، المرجع السابق، ص ص 23-24.

القطاعات التي ورثتها وأممتها الدولة الجزائرية قطاعا عاما تمتلكه الدولة وتسييره وتشرف عليه [1].

وقد نشأ القطاع العام في الجزائر إعتمادا على ثلاثة نقاط رئيسية:

– إرادة سياسية منبثقة من البرنامج الذي صادقت عليه جبهة التحرير الوطني في طرابلس عام 1962، وكان بهدف إنشاء جمهورية ديمقراطية شعبية، ولتكوين هياكل إقتصادية خاضعة للدولة وكذلك لتحقيق التنمية المادية، والعدالة الإجتماعية.

– هجرة الملاك المعمرين وتركهم لمزارعهم ومتاجرهم الأمر الذي سمح بتسييرها من طرف العمال الجزائريين وتأميمها فيما بعد.

– وجود مؤسسات عامة قبل الإستقلال مثل شركة الكهرباء والغاز وشركة النقل للسكك الحديدية وتعتبر قضية الملاك المعمرين من أحسن العوامل التي أدت إلى طرح قواعد التسيير الإقتصادي في الجزائر بحيث سمحت بتكوين قاعدة مادية إنطلق منها القطاع العام بتجميد أملاك المعمرين[2].

ثانيا–أهمية القطاع العام

للقطاع العام أهمية كبيرة تتمثل في أن وجوده أمر ضروري للسيطرة على الموارد الإقتصادية الوطنية وإمتلاك هذه السيطرة مطلب أساسي وضرورة موضوعية في أية دولة تسعى إلى القضاء على روابط التبعية، وإرساء قواعد الإستغلال الإقتصادي، بمعنى أن الحاجة إلى القطاع العام أمر ضروري فلا يمكن تحقيق النمو الإقتصادي وتوزيع الإستثمارات وخلق فرص عمل والحد من التبعية للنظام الإقتصادي العالمي دون أن تلعب الدولة دورا كبيرا في الإقتصاد عبر مؤسساتها العامة[3].

إلا أن هذا القطاع لا يخلو من بعض السلبيات حيث أنه يعتمد على إحتكار بعض الأنشطة كذلك بعض العجز في السيطرة على متطلبات المواطنيين التي هي في تزايد مستمر، ومن سلبياته أيضا أن القطاع العام غالبا ما يعتمد على المعطيات التي وضعتها الدولة فلا تكون هناك مبادرة للإرتقاء والتحسين من نشاطه.

[1]– جميلة قنادرة، الشراكة العمومية الخاصة والتنمية الإقتصادية في الجزائر، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم الإقتصادية، تخصص تسيير المالية العمومية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2017–2018، ص 102.

[2]– المرجع نفسه، ص 103.

[3]– المرجع نفسه، ص 102.

الفقرة الثانية:

القطاع الخاص ودوره

سنتطرق في هذه الفقرة إلى تعريف القطاع الخاص وأهميته (أولا) ثم نتعرف على دور هذا القطاع في تقليص دور الدولة في التسيير العمومي لمشاريع البنية التحتية (ثانيا).

أولا – تعريف القطاع الخاص وأهميته

يمكن إعطاء عدة تعاريف للقطاع الخاص من أهمها بأن القطاع الخاص* هو عنصر أساسي ومنظم في النشاط الإقتصادي يكتسي الملكية الخاصة، تقوم فيه عملية الإنتاج بناءا على نظام السوق والمنافسة وتحدد فيه المبادرة الخاصة وتحمل مخاطر القرارات والأنشطة المتخذة، كما عرف أيضا بأنه تحقيق الربح على مستوى المشروع وأن قواعد الربح تتغلب على الإعتبارات الإجتماعية التي يتحملها عادة القطاع العام.[1]

فمما لاشك فيه أن القطاع الخاص يمثل اليوم محور عملية التنمية الإقتصادية والإجتماعية في معظم بلدان العالم المتقدم والنامي على حد سواء، نظرا لما يتمتع به هذا القطاع من مزايا وإمكانيات كبيرة تؤهله للقيام بدور ريادي في شتى المجالات الإقتصادية والإجتماعية، ويتوقف حجم وطبيعة وأهمية الدور الذي يلعبه القطاع الخاص في العملية التنموية على طبيعة النظام الإقتصادي السائد بالدولة وهيكل إقتصادها الوطني ومرحلة تطوره وطبيعة بيئة الأعمال ودرجة التكامل والعلاقة بين القطاعين العام والخاص، وما يتحقق من توافق وإنسجام في هذه العلاقة أو الأدوار المنوطة لكل منهما في مختلف المجالات، وفي ظل ذلك تتحقق التنمية الإقتصادية والإجتماعية بالدولة بمعدلات أسرع وأكبر والعكس صحيح [2].

وبما أن القطاع الخاص أصبح يوما بعد يوم حاضرا في مختلف المجالات فلطالما تم تشجيع المبادرة الخاصة في إطار تعميم حركة الليبرالية وإنسحاب الدولة القائمة على أسس الفعالية

---

* –كما يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يطلق أيضا مصطلح الإقتصاد الحر على القطاع الخاص، والذي يشترط عدم تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي، والذي يرتكز على المنافسة الجادة كنتاج لعدم تدخل الدولة تحقيقا لأقصى الأرباح. أنظر في الموضوع محمد صالح، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[1] – محمد صالح، المرجع السابق، ص 29.

[2] – جميلة قنادرة، المرجع السابق، ص 150.

والمردودية، وبالتالي بدأ القطاع الخاص يتوجه أكثر للمجال الإجتماعي والبيئي، والإشكال الذي يطرح هو لماذا يشارك القطاع الخاص في تمويل مشروع مثل طريق أو شبكة معلوماتية ويأتي البعض ليستفيد من غير أن يساهم في التمويل؟ إن من خصائص الممتلكات العمومية هي صعوبة إستبعاد مستفيدين كما أن التعاون لا يأتي بمردوده إلا إذا شارك كل المستفيدين في إنجازه[1].

وبالرغم من مزايا القطاع الخاص فإن هناك بعض السلبيات التي تنجم عنه حيث أن فتح المجال أمام القطاع الخاص الأجنبي للحركة كيفما يشاء يجعل السيطرة الأجنبية على المشروعات العامة التي يتم تحويلها غالبة على السيطرة الوطنية، فالهدف من التحول إلى القطاع الخاص هو تقليص مساحة القطاع العام في إدارة الشؤون الإقتصادية وتفكيك وحداته، ثم تصفيته لفسح المجال أمام الإستثمارات الأجنبية والشركات غير الوطنية ولاسيما الشركات المتعددة الجنسيات لممارسة دورها المرسوم دون تدخل من الدولة[2].

إضافة إلى أن الدافع وراء التحول إلى القطاع الخاص قد لا يكون دافعا ذاتيا بسبب الحاجة إليه وإنما بسبب هيمنة المؤسسات التمويلية الدولية كوكالة المعونة الدولية USAID، وصندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإعمار والتنمية، إذ تفرض هاتان المؤسستان شروطا ضمن برامج التكييف والتصحيح الهيكلي، التي يدعمانها، وهذه الشروط تتعلق بتحسين مناخ الإستثمارات العامة وتحسين أداء المشروعات العامة وتقليص دور الدولة من خلال تخفيض حجم القطاع العام [3].

ثانيا- دور القطاع الخاص في تقليص دور الدولة في التسيير العمومي لمشاريع البنية التحتية

يمثل القطاع الخاص اليوم في الجزائر محور عملية التنمية الإقتصادية والإجتماعية، نظرا لما يتمتع به من مزايا وإمكانيات كبيرة تؤهله للقيام بدور ريادي في شتى المجالات الإقتصادية والإجتماعية[4].

---

[1]- فوزية هوشات، المرجع السابق، ص 253.

[2]- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص الخصخصة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2008، ص 26.

[3]-المرجع نفسه، ص 27.

[4]- جميلة قنادرة، المرجع السابق، ص 165.

فقد أصبحت الإصلاحات الإقتصادية أمر ضروري نظرا للأزمات متعددة الأبعاد التي تعاني منها الجزائر لا سيما الميدانيين الإقتصادي والإجتماعي، حيث يعاني جهاز الإنتاج إختلالات متعددة في مجال الإستثمار والإستغلال، لذلك أصبح الإصلاح الإقتصادي حتمية ضرورية لا مفر منها [1].

وعليه فإن القطاع الخاص يمكن أن يلعب دورا مهما في تصحيح عدم فعالية القطاع العام في إنشاء المشاريع وتسييرها، وأن يستجيب بصورة أفضل لطلبات المستهلكين في الكثير من قطاعات البنية التحتية، فالمسألة في غالب الأحيان ليست دائما في إنشاء المشاريع بل في جعلها أكثر فعالية ففي قطاع الطاقة مثلا تكون التدابير المتعلقة بتقليص الهدر سواء في توليد الكهرباء أو في إستعمالها من قبل القيمين على التمويل الذاتي أفعل وأفضل، لأن القطاع الخاص يفرض جدية في تنفيذ المشاريع كونه مدفوعا لذلك بعوامل الربح، فمن جهة يحرص على السرعة في التنفيذ للبدء بأسرع ما يمكن في عمليات الإستثمار، ومن جهة ثانية لأنه معني بالإستفادة بصورة مباشرة من حسنات التنفيذ لمشاريع سيستثمرها لأجال طويلة، فالقطاع الخاص المستثمر يسعى إلى أن يكون المشروع الذي ينفذه على درجة عالية من الجودة والكمال كي لا يتعرض فيما بعد إلى مواجهة نفقات كبيرة في الصيانة وفي إصلاح عيوب أساسية تعتري التنفيذ [2].

وباختصار يمكن القول أن علاقة القطاع العام بالقطاع الخاص في عقد الشراكة هي علاقة تعاونية إيجابية، تهدف إلى توفير خدمة معينة إلى المواطنين، بحيث يتحمل كل منهم جزء من المسؤوليات ويستفيد من قدر معين من المنافع[3]

الفرع الثالث:

مبررات إعتماد عقود مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص كإسهام في تحقيق عملية التنمية:

لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أهمية كبيرة في تحقيق عملية التنمية لما تذر من منافع كبيرة على جميع الأصعدة الإقتصادية والمالية (الفقرة الأولى)، ونقل التكنولوجيا للدولة

[1]– جميلة قنادرة، المرجع السابق ، ص 109.

[2]– إلياس ناصيف، عقد الـ BOT – سلسلة أبحاث قانونية مقارنة –، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، طرابلس 2006، د ط، ص 150.

[3]- سليم موالدي– كريمو دراجي– أكرم حزي، التجربة الفرنسية في الشراكة بين القطاع العام والخاص وأهميتها التنموية، مقال منشور بمجلة معارف، قسم العلوم الإقتصادية، عدد 24، جوان 2018، ص 235 .

وتحديثها (الفقرة الثانية)، إضافة إلى إعتبارات تتعلق بالدعم الحكومي في التسيير الجيد للمرفق (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

المبررات الإقتصادية والمالية:

تتعدد المنافع الإقتصادية والمالية الهامة التي توفرها مشروعات البنية التحتية [1] كعقود الـ BOT حيث يتم من خلالها توفير المزيد من مصادر تمويل مشروعات البنية التحتية الأساسية الهامة (في حالة مشاركة القطاع الخاص)، والمزيد من تدفقات العملات الأجنبية. إضافة إلى قدرة الحكومة على ممارسة الرقابة الإستراتيجية بعيدة المدى على مشروعات البنية الأساسية الهامة (على عكس ما يحدث في حالة الخصخصة الشاملة للمشروعات نفسها).

فإرتفاع معدلات كفاءة إنشاء وتشغيل وصيانة المشروع (بسبب عوامل مثل الخبرة والتخصص القدرة على إدارة المخاطر، توافر دافع الربح، بيع السلع والخدمات بأسعار حقيقية وغير مدعومة أو رمزية...إلخ)، وهو ما يؤدي إلى رفع مستويات معيشة مواطني الدولة المضيفة للمشروع.[2] كما أن ملامح النظام الإقتصادي وإسهامه في أعمال التنمية تتضح من خلال مرجعية دور البنك الدولي الذي يعرف بأنه المؤسسة الإقتصادية العالمية المسؤولة عن إدارة النظام المالي الدولي، والإهتمام بتطبيق السياسات الإقتصادية الكفيلة بتحقيق التنمية الإقتصادية للدول الأعضاء لذا فإن المسؤولية تنصب على سياسات التنمية والإستثمارات، وسياسات الإصلاح الهيكلي، وسياسات تخصيص الموارد في القطاعين العام والخاص، ومن أبرز مواطن التنمية التي يستهدفها البنك الدولي هو تشييد البنية التحتية للدول الأعضاء[3].

---

[1]– فمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تتطلب أن يكون المرفق ذو طبيعة إقتصادية، مالية، قانونية وسياسية وبالتالي فإن أهمية المشروع تكمن في أن يتعلق بنشاط أساسي في المجتمع، أما بالنسبة للمستثمر فإن أهمية المشروع تظهر فيما يذره من أرباح، أي أن الجهات التي تقوم بتمويل المشاريع التحتية تفترض أن هذه المشاريع ستذر عائدا مناسبا من تشغيلها، وهذا العائد هو الإعتبار الرئيسي الذي يعد ضمانا لسداد قيمة القروض والفوائد. أنظر في الموضوع: سمير محمد عبد العزيز– إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 57. ووسام محمد حسن القرة غولي، الإطار القانوني لعقود مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص –دراسة مقارنة– المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى 2016 ، ص 50.

[2] – سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق،2007، ص 57.

[3]– وسام محمد حسن القرة غولي، المرجع السابق، ص 52.

إضافة إلى أن إنعاش أسواق رأس المال (البورصات) في الدول النامية تلعب دورا هاما في توفير قدر محدد من التمويل اللازم للمشروع[1].

الفقرة الثانية:

نقل التكنولوجيا للدولة وتحديثها:

من مساعي شركة المشروع التي تعد الطرف الثاني المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود مشاريع البنية التحتية هو تحقيق أكبر قدر ممكن من المكاسب الإقتصادية، وذلك لن يتحقق إلا بإستخدام أفضل للوسائل الحديثة والتقنيات المتقدمة في العالم، لأن هذه الوسائل الحديثة تحقق لشركة المشروع أكبر قدر ممكن من الأرباح مما يؤدي إلى خفض نفقات الإنشاءات والتشغيل إلى أقصى درجة ممكنة كما تسعى شركة المشروع بكل طاقاتها إلى إستخدام أفضل أساليب التكنولوجيا الحديثة الموجودة في العالم[2].

ونقل التكنولوجيا في مشروعات البنية الأساسية هو أهم قضية ومن أكثرها تعقيدا لكون عملية النقل لا تقتصر على مجرد نقل الخدمات والآلات والمعدات والعمليات الإنتاجية، وإنما تشمل أيضا عمليات بناء القدرات المحلية وكذلك على عمليات التطوير[3]، بالإضافة إلى تدريب العمال المحليين على أحدث التقنيات المستخدمة، وتساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة في شتى الميادين وفي تطوير الأسواق الوطنية [4].

الفقرة الثالثة:

إعتبارات تتصل بالدعم الحكومي

تولي الحكومة المضيفة إهتماما كبيرا لمشاريع البنية التحتية لما لهذه المشاريع من أهمية على مستوى الأصعدة السياسية والإقتصادية وحتى الإجتماعية، وهذا لإبراز ما إذا كانت هذه الأهمية تبرر دعما حكوميا إضافيا أم لا، فالقطاع العام دائما يضع في إعتقاده أن القطاع الخاص لن يستطيع

[1]– سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 58.

[2]– وسام محمد حسن القرة غولي، المرجع السابق، ص 57.

[3]– سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي ، المرجع السابق، ص 121.

[4]– عصام فرج الله محسن إبراهيم، مدى الإستفادة من التعاقد مع طرف وطني في عقود BOT، دار الفكر الجامعي للنشر الطبعة الأولى 2017، الإسكندرية، ص 42.

النهوض بمشاريع معينة بمفرده بتكلفة مقبولة بل إنها تلح على أن ثمة مشاريع لا يمكن تنفيذها بدون إتخاذ تدابير معينة للدعم، من شأنها تقليص حجم المخاطر التي سيواجهها المشروع[1].

فالقطاع العام يحدد المشاريع الإستراتيجية القابلة للشراكة بين القطاعين العام والخاص،لأن موضوع الشراكة هو قلب برنامج خدمات البنية التحتية وجزء من برنامج التوسع الأقل تكلفة بالنسبة للقطاع الحكومي، فتقوم الحكومات بعملية تخطيط مركزية من أجل تحديد أولي لجميع مشاريع البنى التحتية الحكومية الإستراتيجية، ثم يتعين على هذه السلطات تصنيف هذه المشاريع حسب ما إذا كان سيتم تنفيذها من قبل القطاع العام أو القطاع الخاص، ثم تخضع هذه المشاريع الإستراتيجية لدراسات جدوى سابقة لتحديد الخصائص التقنية والجوانب المالية الأساسية للمشروع، مثل إختيار الموقع والتصاميم والأدوات الممكنة للتنفيذ والتمويل والإيرادات الناتجة عن التشغيل اللاحق للمشروع[2].

فالتجربة التي أثبتتها بعض البلدان كالهند وتركيا وباكستان حول مرحلة الإعداد وحتى إتمام التفاوض التي قد تستغرق عدة سنوات، قد يؤدي هذا الأمر بطبيعة الحال إلى تعطيل حركة التنمية على النحو الذي تبتغيه الدولة، كما أنه يضيف أعباء مالية وإدارية جديدة على عاتق الدولة، وعليه لابد على الجهة الحكومية أن تتفطن لهذا الأمر وتتفادى مثل هذا العيب لذلك يلزم على الجهة الحكومية قبل أن تلجأ إلى مشاركة القطاع الخاص والتحول من القطاع العام إلى القطاع الخاص أيا كان شكل هذا التحول أن تنشأ القواعد اللازمة لتنظيم هذه المشاركة، وأن تنشأ الأجهزة التي تقوم على تنفيذ هذه المشاركة على نحو يحقق الفعالية اللازمة ويختصر الوقت والمال المبذول، وكذلك يضمن للدولة بشكل كبير حماية مصالحها أثناء التفاوض[3].

---

[1]– وسام محمد حسن القرة غولي، المرجع السابق، ص 58.

[2]– Jeffrey Delmon Op, cit P 28.

[3]– هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، المرجع السابق، ص 254.

المبحث الثاني:

عقد الـBOT تقنية لإقامة مشاريع البنية التحتية

إن مطالب الحياة وتطور المجتمعات دفع بالعديد من الدول إلى إبتكار تقنيات حديثة من أجل النهوض بالإقتصاد وإيجاد وسائل لتسيير المرافق العامة خصوصا الضخمة منها، والتي تتطلب ميزانيات كبرى وكفاءات عالية بعيدا عن التسيير الذاتي الذي أثقل كاهل الدولة، ومن هذه التقنيات تقنية البناء والتشغيل ونقل الملكية الـBOT الذي يعد أسلوب مستحدث في المجتمع الدولي، رغم إتفاق غالبية فقهاء القانون على أن عقود BOT تجد أساسها في عقود الإمتياز، التي تعد أسلوب كلاسيكي إعتمدت عليه الدول منذ القدم لتسيير المرافق العامة رغم الإختلاف بين الأسلوبين، ولهذا إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب أولها حددنا فيه نشأة عقد البوت وتعريفه وتكلمنا في المطلب الثاني عن خصوصية عقد البوت، أما المطلب الثالث فاتجهنا إلى تحديد طبيعته القانونية.

المطلب الأول:

عقد الـBOT بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني في الجزائر

يتعين لإبرام أي عقد وجود سند قانوني حتى يكسبه موقعه ضمن عقود أخرى، لأن القانون هو الذي يضفي عليه الصيغة والقالب الذي يحتويه ويستند إليه في كل الحقوق والإلتزامات، وعند وجود أي خلافات بين المتعاقدين يكون القانون هو الفاصل للحد من هذه الخلافات ويكون الوجهة التي على أساسها يتجه المتعاقدان لإيجاد حل للخلاف، وعليه سندرس هذا الموضوع من خلال البحث في إشكالية تمويل مشروعات البنية التحتية التي نشأ على أساسها عقد البوت في فرع أول، وتحديد تعريف لعقد البوت في فرع ثان.

الفرع الأول:

إشكالية تمويل مشروعات البنية التحتية أساس نشأة عقد الـBOT

مما لا شك فيه أن عقود BOT هي من قبيل العقود التي دفعت بالدول إلى تبني مشاركة القطاع الخاص فيما يخص البنى التحتية، هذه العقود التي تعتبر حديثة النشأة مقارنة بعقود الإمتياز الأخرى فعقود البوت تعد من قبيل العقود الإستثمارية التي تجمع بين كل من الدولة الممثلة للقطاع العام من جهة والمستثمر سواء أكان محلي أو أجنبي من جهة أخرى، فهي تمثيل لشراكة القطاع العام مع

القطاع الخاص، وقد مرت هذه العقود بالعديد من المراحل عبر حياتها الإستثمارية نستهلها بمرحلة الحرية الاقتصادية (الفقرة الأولى)، ثم تلت هذه المرحلة مرحلة تنظيم وتقنين البنية الأساسية (الفقرة الثانية) بعدها تم تأميم البنية الأساسية وزيادة التدخل الحكومي (الفقرة الثالثة)، ثم إستقرت في العودة إلى مشاركة القطاع الخاص في آخر مراحلها (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى:

مرحلة الحرية الإقتصادية

بدأت هذه المرحلة مع بداية القرن التاسع عشر وإستمرت حتى منتصفه، حيث شهدت هذه المرحلة الثورة الصناعية في أوروبا وتجلى ذلك من خلال ظهور المبادرات الفردية وتطور المشروعات الصغيرة الممولة من قبل الأفراد والأسر، بالإضافة إلى ظهور مشروعات البنية الأساسية كالسكك الحديدية وتزويد المدن بالغاز والفحم وتوزيع البريد، عبر مؤسسات صغيرة الحجم كثيرة العدد تعمل برؤوس أموال صغيرة، حيث تميزت هذه المرحلة بالحرية الإقتصادية الكاملة والتمويل الكامل للبنية الأساسية من قبل القطاع الخاص وخاصة في بريطانيا عهد الثورة الصناعية، وذلك إتباعا للمنهج الإقتصادي الذي وضعه آدم سميت العالم الإقتصادي الشهير في كتابه ثورة الأمم[1].

الفقرة الثانية:

تنظيم وتقنين البنية الأساسية

توالت هذه المرحلة مرحلة الحرية الإقتصادية حيث بدأت منذ منتصف القرن التاسع عشر وحتى الحرب العالمية الثانية، حيث عاشت مشروعات البنية الأساسية إزدهارا وإنتعاشا بشكل كبير، وتوسع إنشاء المطارات وطرق المواصلات والكهرباء وغيرها من الخدمات التي أدركت الحكومات أهميتها ولهذا فقد عهدت إلى المستثمرين بإقامة هذه المشروعات والإشراف عليها[2].

حيث سعى المستثمرين إلى تشييد مشروعات البنية الأساسية في المناطق الحضارية وإبتعادهم عن المناطق الريفية الفقيرة، ونتيجة لذلك سعت أغلبية الدول في هذه المرحلة إلى وضع التشريعات والنظم التي تنظم هذا القطاع، الهدف منها بالدرجة الأولى حماية المستهلكين المستفيدين من الخدمة، وكذلك توجيه البنية الأساسية بالشكل الذي يخدم الإقتصاد القومي ككل، وليس فئات محددة فقط، وقد سعت

[1]–إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 95–96.

[2]– عصام أحمد البهجي،عقود البوت BOT – طريق لبناء مرافق الدولة الحديثة – ، دار الجامعة الجديدة 2008، د ط، ص 28.

العديد من الدول إلى تقديم تسهيلات للمستثمرين لتشييد المزيد من مشروعات البنية الأساسية في مناطق مختلفة كمنحهم الأراضي والإعفاءات الضريبية وتوقيع عقود إمتياز طويلة الأجل معهم، ولا تعتبر الدول العربية إستثناء في هذه المرحلة، فقد شهد الوطن العربي في هذه المرحلة إنتشار مشروعات كبيرة للبنية الأساسية أهمها شق قناة السويس وإنتشار إستخدام السكك الحديدية في مصر، كما إنتشرت السكك الحديدية في المغرب العربي وتلاها المشرق العربي الذي كان خاضعا للحكم العثماني في هذه الفترة، وذلك عبر عقود إمتياز كان يحصل عليها المستثمرين لتشييد مشاريع البنية الأساسية[1].

الفقرة الثالثة:

تأميم البنية الأساسية وزيادة التدخل الحكومي

إن هذه المرحلة قد جاءت عقب الحرب العالمية الثانية وإمتدت حتى الفترة ما بين منتصف السبعينات، وكان ذلك بشكل متباين في دول العالم المختلفة على حسب ظروف كل دولة، فأوربا مثلا التي دمرت الحرب قطاعات واسعة من بنيتها الأساسية حيث تولت الحكومات مسؤولية إعادة بناء وتأهيل البنية الأساسية، وقامت بريطانيا التي وصلت حكومة حزب العمال إلى السلطة فيها بتأميم محطات وشركات الطاقة الكهربائية والإتصالات، ولم يكن الأمر مختلفا في دول العالم الثالث والدول العربية، حيث قامت الحكومات الوطنية أنذاك في هذه الدول بتأميم معظم قطاعات البنية الأساسية كما حدث في مصر بعد ثورة جويلية وتأميمها لقناة السويس وغيرها من المشاريع الكبرى[2].

وإذا تحدثنا عن الولايات المتحدة الأمريكية فقد قامت بإنشاء نظام عقود الBOT مع الثورة الصناعية، حيث كانت الدولة تعهد إلى رجال الأعمال والمستثمرين ببناء الطرق، وتلزم من يقوم بالمرور على هذه الطرق بدفع رسوم مقابل الإستخدام والصيانة والإنفاق على الطريق وظلت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية تأخذ بنظام الBOT لتحديث المرافق الأساسية للدولة وبخاصة الطرق والكباري في ظل القانون الفدرالي الخاص بالنقل الصادر في 1999/12/18، وتم تأكيد هذا الاتجاه في الإجراءات التشريعية لنظام الـ BOT والتي تضمنها قرار الرئيس الأمريكي السابق كلينتون في القرار التنفيذي رقم 12893 الصادر في 28 يناير 1994، ولقد تزايد الإتجاه إلى خصخصة القطاع العام في الولايات المتحدة بشكل كبير خلال عقد الثمانينيات والتسعينيات من القرن العشرين[3].

---

[1]– إلياس ناصيف ، المرجع السابق، ص ص 96–97.

[2]– المرجع نفسه، ص ص 97 –98.

[3]– عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT – طريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 29.

الفقرة الرابعة:

العودة إلى مشاركة القطاع الخاص

تعد هذه المرحلة بمثابة بادرة تدخل القطاع الخاص للنهوض بمشاريع البنية التحتية منذ ثمانينات القرن الماضي، حيث ساهم الخواص في مختلف قطاعات البنية الأساسية كالصرف الصحي الطاقة الكهربائية، المياه، النقل، الإتصالات وترجع جذور الخصخصة إلى الولايات المتحدة الأمريكية التي بدأت عملية إعادة الهيكلة في السبعينيات، وما تلاها من الخبرات في عملية الخصخصة التي تشكلت لدى بريطانيا وتشيلي ونيوزيلندة والتي نمت خلال التمانينيات[1].

أما عن ظهور نظام الـBOT في فرنسا فيعود إلى عصر الإلتزام منذ القرن 18 عام 1782 عندما أبرمت الحكومة الفرنسية عقدا بينها وبين إحدى شركات القطاع الخاص، وهي شركة بيريه إخوان لتوزيع المياه في مدينة باريس، ثم إنتشر هذا النظام بعد ذلك هناك خاصة بعد عام 1830 وكذلك إمتد خارج فرنسا إلى كل من إسبانيا وإيطاليا وألمانيا[2].

و بهذا أصبحت مشروعات الـBOT بما تحققه من مزايا هدف تسعى إليه معظم دول العالم خصوصا بعد أن ثبت أن الإقتصاد الموجه والمسير من قبل الدولة غير قادر على القيام بكافة مشروعات البنية الأساسية[3].

وينسب إصطلاح عقد الـ BOT إلى **توغرت اوزال** الذي كان رئيسا للوزراء في تركيا، لأنه أول من أطلق هذا التعبير في أوائل الثمانينات غداة إجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص، حيث شرح إستراتيجيته في التنمية والإصلاح الإقتصادي وذلك بإسناد مشاريع البنية التحية إلى القطاع الخاص على أساس عقد الـ BOT وأصبح نهجا جديدا في تركيا [4].

أما في الجزائر فعلى إعتبار عقود إمتياز المرافق العمومية هو وليد الاديولوجية الليبيرالية لتسيير المرافق العمومية، إلا أنه أستعمل في الجزائر مند الإستقلال إلى يومنا هذا ولكن بنسب متفاوتة بين

---

[1]– إلياس ناصيف ، المرجع السابق ص ص،–98–99.

[2]– طه محيميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر الإمارات، د ط، 2013، ص 21.

[3]– عصام أحمد البهجي ، عقود البوت BOT – طريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 30.

[4]– نادية ضريفي، المرجع السابق، ص146 .

مختلف المراحل التي مر بها النظام القانوني الجزائري، والذي تأثر بدوره بمختلف الأنظمة السياسية والإقتصادية التي مرت بها الجزائر[1]، وبإعتماد الجزائر لحرية التجارة والصناعة التي كفلها لها دستور 1996 في المادة 37 منه بقولها: «حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون» أخذت الدولة الجزائرية منحا جديدا وإتجهت نحو تشجيع الإستثمارات الأجنبية منها والوطنية في كل القطاعات وقد تم تكريس هذا النظام لأول مرة في الجزائر من خلال المادتين 166-167 من الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، واللتان تضمنتا إمتياز إنجاز الطرق السريعة وإستغلالها وصيانتها، والذي دعم بالمرسوم التنفيذي رقم 96-308 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة، من خلال إتفاقية الإمتياز ودفتر الأعباء النموذجي الملحقين بالعقد، كما أن قانون الإستثمار 01-03 في مادته الأولى والتي جاء فحواها كالتالي :« يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الإستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذا الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة »، من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد فسح المجال أمام جميع المستثمرين سواء أكانوا وطنيين أو أجانب على حد سواء للقيام بمشاريع إستثمارية في النشاطات الإقتصادية وكذلك عن طريق منح الإمتياز في بعض المشاريع الأخرى، لكن هذا القانون لم يثبت فعاليته على أرض الواقع نظرا لإدراج قاعدة 51/49 والتي وقفت كحجر عقبة في وجه المستثمر الأحنبي والتي أعتبرت كعائق كبير أضعف من مردودية الإستثمار الجزائري، إلى أن تدارك المشرع الجزائري ذلك بإصداره لقانون أخر للإستثمار رقم 16-09 ليعالج الأخطاء التي إرتكبها في القانون السابق، والتي أضعفت حصيلة الإستثمارات إلى حد كبير، حيث جاء قانون 16-09 ليأخذ منحا جديدا يشجع القطاع الخاص على الولوج في المشاريع الإستثمارية، ويكون المستثمر الوطني على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي إلا في بعض القطاعات التي تستدعي تغليب القطاع العام على القطاع الخاص كقطاع المحروقات.

[1]- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 2، مطبعة دالي إبراهيم، الجزائر العاصمة، الطبعة الأولى، 2004، ص 197.

الفرع الثاني:

تعريف عقد الـBOT

لقد أوردت العديد من التعاريف بشأن عقد الـBOT [1]، رغم إختلاف مضامينها ومصدرها إلا أنها توحي لنفس المعنى ونفس المفهوم، ومن هذه التعاريف ما كان فقهيا (الفقرة الأولى)، ومنها ما كان قانونيا (الفقرة الثانية)، كذلك توضح مفهومها من خلال بعض المنضمات الدولية (الفقرة الثالثة)، إلا أنها كانت في معظمها توحي إلى حداثة هذه العقود ومظهرها الأنجلوسكسوني وتقاربها من بعض العقود وحيادها عن بعض العقود الأخرى.

الفقرة الأولى:

التعريف الفقهي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT

إبتكر فقهاء القانون العام والخاص تعريفا لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT رغم إختلافهم في وجهات نظرهم من أجل تحديد ماهية هذه العقود، حيث عرفه البعض بأنه: شكل من أشكال تقديم الخدمات البديلة 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، إضافة إلى حق الإستغلال التجاري لعدد من السنوات يتفق عليها تكون كافية لتسترد شركة المشروع تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عائدات المشروع أو أية مزايا أخرى تمنح للشركة ضمن عقد الإتفاق، وتنتقل ملكية المشروع وفقا لشروط التعاقد أو الاتفاق إلى الجهة المانحة دون مقابل أو بمقابل تم الاتفاق عليه مسبقا [2].

---

[1]– ويمكن تعريف عقد البوت لغويا بأنه عبارة إنجليزية مكونة من ثلاث كلمات وهي Build التي تعني الإنشاء أو البناء، أي قيام المستثمر بإنشاء المشروع وكذا كلمة Operate والتي تعني التشغيل أو الإدارة أو التسيير، أي تشغيل المستثمر للمشروع الذي أنجزه في إطار هذا العقد، ثم أخيرا Transferتعني التحويل، أي معناها تحويل ملكية المشروع موضوع العقد إلى الدولة بعد قيام المستثمر بإنشائه وتشغيله لفترة من الزمن يتفق عليها في العقد. أنظر في الموضوع مبارك بن الطيبي – سليمان قنقارة عقد البوت وأثره في ترقية الإستثمار وإنجاز مشاريع البنية التحتية الحديثة، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3 العدد 2، السنة 2019، ص 131.

[2]– وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة وإلتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2010،عمان، ص 33.

و قد ذهب جانب من الفقه إلى إعطاء تعريف آخر لعقود البوت بأنها: تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة زمنية محددة يرتبط فيها راعي المشروع طوال فترة الإمتياز على أن يقوم برد ذلك المشروع عند إنتهاء تلك المدة في حالة جيدة بدون مقابل[1].

كما يمكن تعريف نظام الـ BOT على أنه تحقيق للهيكل العام أو الإستثمار في مشروع أو مرفق ما، وذلك من خلال التمويل من قبل شركة المشروع وتشغيله من قبل هذا الأخير لفترة محددة ويستغل المشروع فتتحصل شركة المشروع على مقابل مالي من المنتفعين بالخدمة في شكل تعريفة يحددها الطرفان، وبعد إنتهاء مدة الإستغلال يحول المشروع بطريقة جيدة ومكتملة وفعالة إلى القطاع العام[2].

أما عن الفقه الفرنسي فقد عرف الأستاذ الفرنسي J.M Loucle عقد الـBOT بأنه: عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت إسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وإنشاء وإستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الإلتزام في نهاية مدة العقد ، كما أعطى الأستاذ J.B Auby منظور آخر لعقد البوت بأنه: عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيت يتولى الملتزم تمويل إنشاء المشروع (البناء) ثم يتولى إستغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الإستغلال)، وفي نهاية المدة يلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة المانحة (تحويل).[3]

بينما الفقه المصري فقد عرف عقود الـBOT بأنها[4]: تلك المشروعات التي تعهد بها إلى إحدى الشركات، وطنية كانت أو أجنبية، سواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص وتسمى شركة المشروع، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم تنقل ملكيته إلى الدولة، وإن كان ليس هناك مانعا من أن يقوم شخص طبيعي بإنشاء وتطوير وتحديث أحد المرافق الإقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، على أن يمتلك هذا المرفق أو يشغله بنفسه عن طريق الغير مقابل حصوله على عائد تشغيل المرفق طيلة مدة العقد، كما عرفه الدكتور سامي عبد الباقي بأنه: العقد الذي بمقتضاه تقوم السلطة المانحة (أحد أشخاص القانون العام) بتكليف أحد أشخاص

[1]–عصام أحمد البهمي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار الفكر الجامعي للنشر، الطبعة الأولى 2014، ص 14.

[2] - Cemil Acar , the build-operate-transfer model for aerodrome terminal buildings , p n 12. sur le sit http://web.shgm.gov.tr Le 22-09-2019 a 12: 25

[3]– حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة للنشر 2013، د ط، ص 14.

[4]– المرجع نفسه، ص 15.

القانون الخاص شخص طبيعي أو معنوي، وطني أو أجنبي، بمهمة إنشاء وإستغلال المرفق العام وعلى مسؤوليته ولمدة محددة، ويحصل على مقابل الإنتفاع من المنتفعين بالمرفق، وفي نهاية مدة الإلتزام يلتزم بإعادة المرفق بحالة جيدة وبدون مقابل إلى الجهة المانحة ».

نلاحظ من هذه التعاريف الفقهية إجماع الفقهاء على إختلاف جنسياتهم على صيغة واحدة لعقد الـBOT، بأنه العقد الذي يبرم بين طرفين أحدهما ينتمي إلى أشخاص القانون العام والثاني شخص من أشخاص القانون الخاص، وينبني عقد الـBOT بثلاث مرادفات أساسية هي البناء أو الإنشاء والإستغلال وبعدها التحويل إلى القطاع العام دون أن ننسى الركن الجوهري فيه ألا وهو التمويل الذي يعد حجر الأساس في هذه العقود.

الفقرة الثانية:

التعريف التشريعي لعقود الـBOT

أدرجت العديد من التشريعات على إختلافها تعريفا لعقد الـBOT ومن هذه التشريعات نأخذ التشريع الصيني مثلا [1]، حيث نصت المادة الثانية من القواعد القانونية الخاصة بالإستثمار الأجنبي لمشروعات الـ (BOT) على: « مشروعات الـ (BOT) هي مشروعات البنية التحتية التي تبنى وتدار وتنقل ملكيتها بواسطة المستثمرين الأجانب، حيث تمنح غالبا الحكومة من خلال إتفاقية إمتياز ولمدة محددة السلطة في مشروع الـ (BOT)، وتكون شركة المشروع مسؤولة عن تمويلها وإدارتها وصيانتها وبعد إنتهاء فترة الإمتياز تقوم شركة المشروع بنقل المرفق الخاص بمشروع الـ (BOT) إلى الحكومة في حالة جيدة وبدون أعباء».

أما عن التشريع الكويتي فقد نصت المادة 152 من الدستور الكويتي على ما يلي: « كل إلتزام بإستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة، لا يكون إلا بالقانون ولزمن محدود.»، الملاحظ أن المشرع الكويتي لم يصدر قانونا خاص بكل حالة على حدى بل تم إبرام هذه العقود بشكل عام دون إدراج قانون خاص بكل حالة منفردة، وفي تفسير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية في مجلس الأمة الكويتي في المادة 152، حيث تساءلت حول هل يلزم صدور قانون خاص في كل حالة على حدى، أم يكفي صدور قانون عام ينظم قواعد الـBOT في دولة الكويت ؟ فأجابت

[1]– حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق ، ص 22.

اللجنة بأن الدستور لا يتطلب صدور قانون خاص بكل حالة على حدى، إذا عهدت الدولة إلى جهة خاصة بإدارة مرفق عام أو إذا عهدت الدولة إلى جهة خاصة بإنشاء وإدارة مرفق عام إلا في الحالات التي يتوافر فيها عقد الإلتزام بعناصره الرئيسية وأن يكون المرفق من المرافق القومية الرئيسية[1].

أما عن نظرة المشرع الجزائري لعقود BOT فنظام الـ BOT لم يعرف تنظيما في القوانين الجزائرية على غرار التشريعات الأخرى التي إعتمدت هذه التقنية، إلا أننا نستشف ذلك في بعض صيغ الإمتياز التي لجأت إليها الجزائر في بعض مشاريعها عن طريق عقود الإمتياز، وسنوضح ذلك على سبيل المثال لا الحصر فنجد ذلك مثلا في نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي[2] 96-308 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة من خلال إتفاقية الإمتياز ودفتر الأعباء النموذجي الملحقين بالعقد، حيث تضمن المرسوم التنفيذي إمكانية منح الإمتياز بنظام الـ BOT في هذا المجال وقد نصت المادة الأولى من المرسوم المذكور أعلاه على: «....يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها و/أو توسيعها إلى منح الإمتياز كما ينص عليه هذا المرسوم » وأضافت المادة 29 فقرة 1 من دفتر الأعباء النمودخي « عند إنقضاء المدة المترتبة عن أحكام المادة 28 أعلاه وبموجب هذا الإنقضاء لا غير يحل مانح الإمتياز محل صاحب الإمتياز في جميع الحقوق والإلتزامات المرتبطة بالإمتياز ويتسلم على الفور التجهيزات والأجهزة وملحقاتها..... »، يستشف من نص المادتين صيغ عقود الـ BOTمن بناء (إنجاز) وإستغلال (تسيير) وتحويل أو نقل الملكية المبينة في المادة 29 فقرة 1 (يحل مانح الإمتياز محل صاحب الإمتياز)، كل هده الصيغ توضح العناصر الأساسية لعقد الـ BOT، كما توضح ذلك في ميدان النقل الجوي حيث نصت المادة 8 من قانون رقم 2000-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 98-06: « تقوم الدولة بإنشاء المحطات الجوية وإنجازها وتشغيلها وإستغلالها، ويمكن أن يكون إنجازها و/أو إستغلالها محل إمتياز يمنح لأشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية أو أشخاص إعتباريين خاضعين للقانون الجزائري...»[3]، نلاحظ في هذه المادة أيضا بروز مفردات وعناصر عقد الBOT من إنشاء وتشغيل وإستغلال.

---

[1]- حمادة عبد الرزاق حمادة ، المرجع السابق، ص ص 26-27.

[2]- المرسوم التنفيذي 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة، ج ر العدد 55، الصادر في 25 سبتمبر 1996، ص8.

[3]-قانون رقم 2000-05، المؤرخ في 6 ديسمبر2000، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 75، الصادر في 10 ديسمبر 2000.

كما نجد مصطلح الإمتياز المنصوص عليه في المادة 02 من القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات حيث نصت على أنه: «الإمتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يشغل بموجبه شبكة ويطورها فوق إقليم محدد بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات»، وأضافت المادة 07 منه: « ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام حائز رخصة للإستغلال »[1].

يتضح من نص المادتين 02 و07 من القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز أن المادة 2 أشارت إلى عقد البوت بأسلوب غير مباشر على أنه من عقود الإمتياز التي تمنحها الدولة لمتعامل أو مستثمر من القطاع الخاص التي تقوم على فكرة التشغيل أو الإستغلال بهدف تحقيق الربح أو العائد من خلال بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات، وهنا نلاحظ أن شرط الإستغلال أو التشغيل قد تحقق، كما أن المادة 07 جاء في فحواها كلمة إنجاز أي بمعنى بناء المنشآت الجديدة وهي أيضا إحدى مفردات عقد الـ BOT ، وأشارت أيضا إلى الإستغلال من طرف شخص طبيعي أو معنوي كما جاء المرسوم التنفيذي رقم 04-417[2]، كمنظور آخر ظهرت فيه ملامح عقد الـ BOT والتي جاءت في صيغة الإمتياز حيث نصت المادة 05 على: «...يمكن أن يكون إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها محل لإمتياز يمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الجزائري....»، كما أشارت المادة 17 من قانون رقم 05-12[3] المتعلق بالمياه والتي نصت على: « تخضع كذلك الأملاك العمومية الإصطناعية للمياه المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الإمتياز أو التفويض للإنجاز والإستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص. » ، يتضح من نص هذه المادة أيضا أن فيها تعبير يوحي إلى أن العقد المبرم بين القطاع العام المتمثل في الدولة أو إحدى هيأتها بشأن من شؤون الأملاك العمومية الإصطناعية والقطاع الخاص هو في حقيقته يأخذ إحدى صيغ عقد الـ BOT فلم يوضح المشرع الجزائري بدقة نوعية العقد المبرم إذا كان عقد إمتياز أو تفويض، حيث توضحت

[1]- قانون رقم 02-01، مؤرخ في 5 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ، ج.ر، عدد 08 الصادر في 06 فبراير 2002.

[2]- مرسوم تنفيذي 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، المتعلق بتحديد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها ج ر، عدد 82.

[3]- قانون رقم 05-12، المؤرخ 4 سبتمبر2005، المتعلق بالمياه ج.ر، عدد 60 الصادر في 4 سبتمبر 2005.

العناصر الثلاثة لعقد الـBOT من إنجاز وإستغلال تم تحويل وبدون مقابل من الدولة وهذا دليل على وجود ركن التمويل الذي يعد حجر الأساس في عقود الـ BOT.

وكذلك توضحت معالم عقد الـ BOTفي المادة 19 من القانون 08-14[1] المعدل والمتمم للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتعلق بالأملاك الوطنية حيث نصت على: « يشكل منح إمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية المنصوص عليه في هذا القانون، والأحكام التشريعية المعمول بها العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الإمتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الإمتياز حق إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي تمويل أو بناء و/أو إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الإمتياز إلى السلطة صاحبة حق الإمتياز».

كما إستعملت الدولة الجزائرية هذه الصيغة بالأخص في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الملح والمعادن من المياه المالحة، وذلك بتشجيع من الشركة العامة الجزائرية للمياه "ADE" التي أخذت على عاتقها مسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية لتنمية وتسيير قطاع المياه في الجزائر، وقد وقعت شركة مياه تيبازة عقدا مع الشركة الكندية SNC lavalin والإسبانية ACCIONA بقيمة 150 مليون دولار من أجل تصميم وإنشاء وتشغيل (DBOOT) محطة تحلية مياه البحر، وذلك لمدة 25 عاما.[2]

ويتبع أسلوب الـBOT في الجزائر إتجاها آخر مختلف تماما عن الأساليب الأخرى ويتميز بشكل عام بغياب الخبرة المحلية في هذا المجال، وبحجم وتعقيد الوثائق ذات الصلة بهذه العقود، ناهيك عن المساهمة القوية للدولة في هذه المشاريع[3]. فأغلب المشاريع الخاصة بالمرافق أو البنية التحتية تكون الدولة المساهم الأكبر للتمويل.

وحتى بصدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كأول مرسوم رئاسي لتنظيم وتسيير المرافق العامة بأسلوب التفويض في الجزائر، فكما هو متعارف

[1]– قانون رقم 08-14، المؤرخ في 20 أوت 2008، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 44، ص 15.

[2]– سميرة حصايم ، عقود البوت B O T إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2011، ص ص 11-12.

[3]- Ammari Zohir –Guemmaz Souhil, Le Financement des projets en Algérie a travers le mode BOT ,Cas du dossier dessalement de l'eau de mer , Revue académique des études humaines et sociales P n 37. article sur le site https://www.qsjp.cerist.dz le 06-03-2019 a 14: 00

عليه فإن عقود الـBOT هي من العقود المستحدثة نسبيا في المعاملات الإقتصادية الدولية منها والمحلية حيث بدأ الإهتمام بها لما تحققه من دفع لعجلة التنمية الإقتصادية بالإعتماد على التمويل من القطاع الخاص للحد من الإقتراض وزيادة المديونية، حيث جمع هذا المرسوم بين طياته كل ما يتعلق بتقنية التفويض بعد أن كانت مجرد نصوص متناثرة في مختلف القوانين وعلى حسب القطاعات التي تستخدم مثل هذه التقنية، ورغم ذلك لم يستدرك هذا المرسوم ما تجاهلته مختلف القوانين والتشريعات الجزائرية السابقة من تغييب لإعطاء تعريف دقيق ووافي لعقد الـ BOT ينتشله من هذا الغموض.

الفقرة الثالثة:

رأي بعض اللجان والمنظمات الدولية المتخصصة لعقود BOT

لقد عرفت بعض اللجان والمنظمات الدولية المتخصصة عقد البوت نظرا لما لهذه العقود من أهمية على إقتصاديات الدول ومن هذه التعريفات نذكر:

أولا- تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " اليونسترال" لنظام الـBOT

لقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "البونسترال" نظام الـ BOT بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع (Project finance)، بمقتضاه تمنح حكومة ما مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم " بالإتحاد المالي للمشروع" إمتياز لِصَوْغْ مشروع معين وتشغيله وإدارته وإستغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لإسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع وإستغلاله تجاريا أو أي مزايا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الإمتياز[1]، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل، وتتحدد بتكلفة مناسبة يكون قد تم الإتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح إمتياز المشروع، كما أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد أطلقت على عقود الـBOT في تقريرها عام 1996 «مشاريع البناء والتشغيل والنقل»، ثم أطلقت عليها في عام 1997 «مشاريع الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص.»، وإستمر الوضع على ذلك مع إدخال تغيير طفيف عام 1998 حيث أطلقت عليها وحتى عام 1998 «مشاريع الهياكل الأساسية المحولة عن طريق القطاع الخاص.»، ثم إستقرت اللجنة في تقريرها منذ عام

[1]- شامل هادي نجم الغزاوي، إلتزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية B.O.T، المركز القومي للإصدارت القانونية، الطبعة الأولى ، 2016 القاهرة، ص 30.

1999 على أن تطلق عليها إصطلاح «مشاريع البنية التحتية الممولة من طرف القطاع الخاص.»، وفي تقرير عامي 2000 و2001 أطلقت عليها عنوان « الأعمال الممكنة في المستقبل بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ».[1]

ثانيا-تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "البونيدو"

عرفت منظمة البونيدو عقد الـBOT بأنه: إتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد الأشخاص من القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك التصميم والتمويل والقيام بأعمال تشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا يزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في طلب المشروع [2]، وذلك لتمكين الطرف المتعاقد من إسترجاع الأموال التي إستثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة، فضلا عن عائد مناسب على الإستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلزم الطرف المتعاقد (المستثمر) بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخصية خاصة جديدة يتم إختيارها عن طريق الممارسة العامة [3].

من كل هذه التعاريف نتوصل إلى تعريف خاص لعقود الـBOT بأنها :« كل مشروع إستثماري خاص بالبنى التحتية يعهد به القطاع العام إلى الخواص سواء أكانوا محليين أو أجانب، بمقتضى عقد يبرمه القطاع العام مانح الإمتياز مع شركة المشروع لغرض إنشاء مشروع مرفق عام وإستغلاله لمدة من الزمن يتم الإتفاق عليها مسبقا بين الطرفين مقابل رسوم يتحصل عليها من مستخدمي الخدمة، ثم إعادته في نهاية الإمتياز للسلطة المانحة في حالة جيدة وقابلة للإستغلال مرة أخرى».

المطلب الثاني:

خصوصية عقد الـBOT

من خصوصية العقد في شكله العام نستوحي خصوصية عقد الـBOT في شكله الخاص فهذا العقد يشترك مع باقي العقود في بعض الخصائص، وسنحاول معرفة الخصائص التي ينفرد بها ويعطيه إستقلالية عن باقي العقود الأخرى، مما يخلق له كيان وتنظيم خاص به وهذا يعود لحداثته

[1]- عبد الفتاح بيومي حجاري، المرجع السابق، ص 13.

[2]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 28-29.

[3]- شامل هادي نجم الغزاوي، المرجع السابق، ص 31.

وإنتمائه للنظام الأنجلوسكسوني، غير أن هذا لا يعني إبتعاده عن النظام العام الإقتصادي الذي يتطور بتطور الدولة ورقي إقتصادها، لهذا حاولنا النظر في هذا العقد من حيث خصوصية شكله (الفرع الأول)، وفي خصوصية موضوعه (الفرع الثاني)، وفي خصوصية مضمونه (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الخصوصية من حيث الشكل

يتميز عقد البوت عن باقي العقود الأخرى ببعض الخصوصيات في شكله من خلال الإستشارات السابقة (الفقرة الأولى)، إضافة إلى الترخيص والتصديق من أصحاب الإختصاص (الفقرة الثانية) وبعدها النشر في جريدة رسمية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

الإستشارات السابقة

إن الجهة الحكومية عندما تمنح مشروع إستثماري للقطاع الخاص في شكل عقد BOT ليتولى النهوض به وإقامته، يجب أن تأخذ في حسبانها أن هناك العديد من المتنافسين يتميز الواحد على الأخر بقدرته ودرجة كفاءته، مما يستدعي ذلك إلى بعض الإستشارات السابقة من ذوي الإختصاص قبل الولوج في غمار المشروع، وذلك نظرا لضخامة حجم هذه المشروعات وتعقيد إجراءاتها لمقتضيات تتطلبها طبيعة هذا النوع من العقود.

هذه الإستشارات السابقة تتولاها جهات معينة محددة قانونا للإستفادة من خبراتها ودرايتها بالمجال محل العقد، وفي هذا الإطار تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305 الذي يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والإتفاقية النموذجية المطبقة في منح حق الإمتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري لمهام الخدمة العمومية [1] حيث تصت على: « يجب أن يكون منح الإمتياز على بنية تحتية ذات طابع تجاري موجهة لمهام الخدمة العمومية محل إستشارة مسبقة تنظم بكل الوسائل المكتوبة الملائمة»، إن هذه المادة قد أكدت على عامل الإستشارة السابقة حول منح أي مشروع يخص البنية التحتية التي تخدم الصالح العام وتكون هذه الإستشارة في شكل كتابي مما يستبعد التأويلات والإفتراضات حول موضوع العقد، فالكتابة

[1]- نعيمة أكلي، المرجع السابق، ص 53.

إجراء شكلي ودليل إثبات وهذا إستبعادا ومنعا لأي لبس قد يقع فيه طرفا العلاقة العقدية.

كذلك ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم التنفيذي 11-220[1] الذي يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر، أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة بقولها: « يخضع طلب إمتياز إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة إلى تعليمة مشتركة تصدرها مصالح الإدارة المكلفة بالموارد المائية ومصالح الإدارة المكلفة على التوالي بتسيير الأملاك العمومية البحرية والسياحة والبيئة والفلاحة ».

الفقرة الثانية:

الترخيص والتصديق من أصحاب الاختصاص

تتجلى الدولة في عقد الBOT من خلال جهات مختلفة كالجهة المانحة لترخيص أو الإلتزام وهي الجهة التي يخول لها المشرع الحق في منح الترخيص، أو الإلتزام للقطاع الخاص ببناء أو تطوير أو تمويل المشروع، وتتمثل هذه الجهة في السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية، إضافة إلى الهيئة العامة الطرف في إتفاق الترخيص أو الإلتزام، وهي الجهة أو السلطة المتعاقدة مع شركة المشروع، وتتمثل عادة في الهيئة المعنية أصلا بتنظيم المرفق وتقديم الخدمة المرتبطة به، كما قد تتدخل جهات حكومية أخرى مثل مشتري الخدمة المنتجة ومورد الطاقة، جهات الضمان الحكومية...إلخ، وغيرها إذ أنه في بعض الحالات قد توجد إتفاقات أخرى بالإضافة إلى إتفاق الترخيص أو الإلتزام المبرم مع الجهة الحكومية المعنية [2].

وقد نصت المادة الثانية الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي 96-308 السابق الذكر على: «... ويكون منح هذا الإمتياز موضوع إتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة وبين صاحب الامتياز»، يدور فحوى هذه المادة حول إلزامية الحصول على ترخيص من الوزير المكلف صاحب الإختصاص بصفته ممثل للدولة وذلك بموجب إتفاقية بينه وبين صاحب الإمتياز

[1]- مرسوم تنفيذي 11-220، مؤرخ في 12 جوان2011، يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج ر عدد 34، الصادر في 19 جوان 2011.

[2]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص ص 25-26.

بخصوص منح إمتياز الطرق السريعة.

كما نصت المادة 03 من نفس المرسوم: « يصادق على إتفاقية منح الإمتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخد في مجلس الحكومة، بناءا على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي بالداخلية والمالية والطرق السريعة.»، وهنا قد وضح المشرع بدقة أكثر صفة أصحاب الإختصاص في التصديق على منح إمتياز الطرق السريعة التي يتولاها على التوالي وزراء الداخلية والمالية بصفتهم أصحاب الإختصاص بهذا الشأن.

وأضافت المادة 6 من دفتر الأعباء النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي 96-308 أنه بعد المصادقة من أصحاب الإختصاص المذكورين في المادة 03 من نفس المرسوم يمكن طرح المشروع للتعاقد حيث نصت على: « يسري مفعول هذه الإتفاقية ودفتر الأعباء الملحق مباشرة بعد المصادقة طبقا للتنظيم المعمول به ».

وتوضح ذلك أيضا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-373[1] الذي يحدد شروط منح الإمتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك في المادة الثالثة منه والتي نصت على:« عندما تكون المساحة محل الإمتياز واقعة على مستوى مستجمع من المياه السطحية أو بحيرة، فإن الموافقة المطابقة للوزير المكلف بالموارد المائية مطلوبة»، حيث أكدت هذه المادة في مضمونها على ضرورة الحصول على موافقة الوزير صاحب الإختصاص قبل البدأ في أي مشروع بخصوص الموارد المائية.

الفقرة الثالثة:

النشر في جريدة رسمية

إن بعض القوانين الجزائرية تشترط إلزامية نشر العقود الممنوحة في شكل إمتياز في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ليس كإجراء شكلي لإستكمال مراحل إبرامه، حيث يكون العقد قد تم ووقع عليه، إنما سريانه فقط هو الذي يتطلب ضرورة النشر حيث تتحدد على إثره بداية التنفيذ خاصة وأن تنفيذ بعض العقود قد يتطلب التعدي على الملكية الخاصة للأفراد، مثل نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة أو الإستيلاء على بعض العقارات بصفة مؤقتة على غرار الحاجة إلى

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 04-373، المؤرخ في 21 نوفمبر 2004، الذي يحدد شروط منح الإمتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك، ج ر عدد 75، المؤرخة في 24 – 11- 2004.

الحصول على بعض الإرتفاقات [1].

فبعد إستفاء الإجراءات الشكلية السابقة المتمثلة في الإستشارات السابقة والتوقيع والتصديق على إتفاقية الإمتياز، تأتي مرحلة النشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية [2]،وقد جاء في نفس السياق نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-54 [3] المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به حيث نصت على أنه: « يمنح الإمتياز لمدة ثلاثين (30) سنة ويبدأ سريانه ابتداءا من نشر قرار المنح في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ويكون قابلا للتجديد بنفس الأشكال.».

الفرع الثاني:

خصوصية عقد الـBOT في موضوعه

ينطوي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـBOT على خصائص موضوعية محددة تميزه عن غيره من مختلف أنواع العقود الإدارية الأخرى، ويمكن حصرها على سبيل الإجمال في تعدد أطراف عقد البوت (الفقرة الأولى)، وفي تعلق عقود البوت بالمرافق العامة للبنية التحتية (الفقرة الثانية) وبتمويل المشروع (الفقرة الثالثة)، وتحديد وإدارة مخاطر المشروع (الفقرة الرابعة)، كل هذه العناصر سنتناولها بالبحث التفصيلي فيما يلي:

الفقرة الأولى:

تعدد أطراف عقد الـBOT

إختلفت الآراء والإتجاهات حول عقد الـBOT، فهناك إتجاه لا يضفي الصفة العقدية لهذا النظام بل يعتبره أسلوبا أو نظاما يتضمن مجموعة متعددة من العقود والإتفاقيات المختلفة ويتدخل فيها الكثير من الأطراف بخلاف العقود التقليدية، ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى كبر حجم المشروعات التي تنفذ

[1]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 58.

[2]- المادة 04 من المرسوم التنفيذي 96-308، يتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة.

[3]- المرسوم التنفيذي 08-54، المؤرخ في 9 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 08، لسنة 2008.

بهذا الأسلوب، لذا فإن له العديد من الأطراف سيتم توضيحها كالتالي:[1]

أولا: الدولة مانحة الإلتزام

تعتبر الدولة الطرف الرئيسي في عقود الـBOT، ويرجع ذلك لكون الدولة هي صاحبة القرار في منح عقود الإمتياز، ممثلة في الحكومات أو الهيئات المتخصصة أو المؤسسات العامة [2].

فالدولة تكون هي مانحة الإلتزام لإقامة المشروع[3]، وهي المالكة الحقيقية للمشروع فهي صاحبة الأرض والمرفق وهي التي تحدد مدة الإلتزام وأيضا تقوم بتحديد ضوابط وشروط إستخدام الإلتزام، ولا يقتصر دور الحكومة على مجرد منح الإلتزام أو حتى الإشراف والرقابة عن بعد، بل لا بد حتى يكتب لهذه المشروعات النجاح أن تقوم الحكومة الراعية للمشروع بدور فعال ونشط لأقصى حد ممكن خاصة في مرحلة ما قبل الإنشاء أو ما قبل الإستثمار.[4]

ويبقى دور الدولة في مشروعات الـBOT محدودا إذ لا تكون ملزمة بتقديم أية ضمانات مالية لتمويل المشروع، حيث أنها أقدمت على إبرام هذا النوع من العقود لأجل عدم إرهاق ميزانية الدولة عن طريق جلب الإستثمار وترك مهمة التمويل للقطاع الخاص[5]، لأن المشاريع الكبيرة التي تتطلب إستثمارات هامة وتقنيات متقدمة يفترض أن يتم تنفيذها في شكل عقد بوت [6].

ثانيا– شركة المشروع كطرف ثاني في عقود الـBOT

تعد شركة المشروع المتعاقد الرئيسي الثاني في هذه العقود فهي من تقوم بتشييد وتشغيل المشروع أو المرفق العام، ومن ثم نقل ملكيته إلى الجهة المانحة في نهاية المدة المتفق عليها وبحالة جيدة

---

[1]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 51.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 59.

[3]– لكن هذا لا يمنع من أن يكون مانح الإلتزام من القطاع الخاص، فيمكن أن يمنح القطاع العام الإلتزام بإقامة مشروع للقطاع الخاص والقطاع الخاص بدوره يمنح إقامة هذا المشروع لقطاع خاص آخر، لكن بشرط أن يكون هذا الإجراء غير مخالف لبنود العقد التي سبق إبرامها بين القطاع العام والقطاع الخاص صاحب الإلتزام الأول، وهذا ما يحدث في بعض عقود الـBOT التي أبرمت في مصر.

[4]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 52.

[5]– محمد مطر المطري، الحقوق والإلتزامات التبادلية لأطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T – دراسة نظرية مقارنة في النظامين المصري والكويتي – د د ن، د ت، د ط، ص 62.

[6] –M. Le dang doanh , les rapports entre la société ad hoc B O T Et la puissance public , R,L,D,C , VOL 49 n 41997, P 893.

ويكون المتعاقد عادة شركة أو مجموعة من الشركات كل واحدة منها لها إختصاصها الذي تسهم في تنفيذ المشروع، وتكون مسؤولة أمام الجهة مانحة الإلتزام[1].

ولكي تتولى شركة المشروع النهوض بهذا المشروع لابد أن تتميز هذه الشركة بالخبرة والدراية الكافية لقيادة هذا المشروع والحصول على التمويل اللازم من جهات معينة، كما يجب أن تكون هذه الشركة مستعدة لخوض المفاوضات الطويلة والمجهدة التي تسبق توقيع إتفاقية التنفيذ، ولابد أن تكون قادرة أو مستعدة لإنفاق الأموال الكثيرة في هذه المرحلة وقبل رسو العقد عليها.[2]

وتسعى شركة المشروع دائما إلى تحقيق أهداف وأغراض قد تتعارض مع أغراض الجهة الإدارية مانحة الالتزام (القطاع العام)، فهي تسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الأرباح بأقل تكلفة ممكنة مع الإحتفاظ بأكبر قدر من السيطرة على القرارات المتعلقة بتشغيل المرفق، وأن شركة المشروع أيضا تسعى إلى التخلص من بعض المخاطر التي تواجهها من خلال توزيع هذه المخاطر على أطراف أخرى كتوزيع مخاطر إنشاء المرفق بينها وبين شركات المقاولات التي تتعهد بإنشاء المرفق وبناءه كما أنه يمكن أن تنقل بعض المخاطر إلى شركة التشغيل التي تتولى تشغيل المرفق.[3]

ثالثا –المقاولون الأصليون والمقاولون من الباطن

عادتا ما تتولى شركة المشروع أعمال المقاولة والتشييد وتنفيذ المشروع، وذلك باعتبارها مجموعة شركات، من بينها شركة المقاولات والتوريد تندمج مع بعضها البعض مكونة إتحاد يعرف بالكونيسترول إلا أنه قد تفضل شركة المشروع اللجوء إلى شركة أو شركات مقاولات متخصصة عملاقة لإقامة المشروع، تكون لها خبرة ودراية بتنفيذ المشاريع العملاقة في البنية التحتية، والتي تعتمد على توافر إمكانيات خاصة وتكنولوجيا عالية قد لا تتوافر بصورة متكاملة لدى شركة المشروع، وهنا يتم إبرام عقد بين شركة المشروع، وشركة المقاولات من أجل القيام بأعمال وأشغال محددة، ويتضمن هذا العقد الحقوق والإلتزامات المتبادلة بين شركة المشروع وشركة المقاولات، ولا تمتد آثار هذا العقد إلى الجهة الإدارية باعتبارها ليست طرفا فيه فيقتصر العقد على أطرافه، وهذا ما يعرف بمبدأ الأثر النسبي للعقد حيث يعتبر المقاول هنا مقاول من الباطن.[4]

---

[1] – شامل هادي نجم الغزاوي، المرجع السابق، ص ص 158–159.

[2] – طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 53.

[3] – أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص ص 23–24.

[4] – محمد مطر المطيري، المرجع السابق، ص 65.

رابعا –الخبراء والإستشاريون

إن ضخامة مشروعات البنية الأساسية، وتشعب مضامينها يتطلب إعداد دراسات تتضمن أدق التفاصيل التي تبدأ غالبا بدراسة الجدوى، مرورا بتقديم العطاءات وعمل الرسومات والمواصفات وإختيار أعلى التقنيات وإقامة المنشئات، وتوريد الآلات إنتهاءا بإجراء التجارب التي تدل على أن مرحلة البناء تمت حسب المواصفات الفنية المطلوبة [1].

كل هذه العناصر تتم بإشراف هيئة من الخبراء والإستشاريين المتخصصين يتم تعيينهم من قبل طرفي التعاقد، ويقصد بهؤلاء الخبراء والإستشاريون الخبراء الماليون والمستشارون القانونيون والمهندسون الإستشاريون، ولأن مشروعات الـBOT تتميز بالتعقيد الشديد وتحتاج إلى كفاءات وخبرات خاصة نجد أن الطرفين قد يلجئان إلى هؤلاء الخبراء الإستشاريون، الذين يقدمون خبراتهم المختلفة والجيدة[2]، ومعظم دول العالم لديها مكاتب هندسة كبرى تمارس نشاطها وتقدم خدمات للجميع، وينطبق هذا القول أيضا على الإستشاري القانوني الذي يقوم بصياغة العقود، ويلعب هؤلاء المستشارون دورا حيويا في مختلف مراحل المشروع، وتقوم الشركات بتعزيز خبراتها من خلال هؤلاء المستشارين المتخصصين، ولا تقتصر الإستعانة بهؤلاء المستشارين على شركة المشروع أو المقاولين، بل إن الحكومة المضيفة تستعين بهم بنفس درجة إستعانة شركة المشروع حيث يساعد هؤلاء الخبراء والمستشارين سلطات الدولة المضيفة على إعداد الشروط والموصفات التعاقدية، وفي تقويم العطاءات والمفاصلة بينهما، وفي التفاوض بشأن إنشاء المشروع[3].

خامسا –الموردون والممولون وشركات التأمين

مما لا يخفى علينا أن شركة المشروع تعتمد كذلك على مجموعة من الشركاء قد يكون من بينهم شركات التوريد وهيئات التموين من أجل تزويدها ببعض المعدات والآلات والأموال التي تحتاجها في تشييد المشروع، مما يستدعي من شركة المشروع أن تقدم على إبرام بعض العقود الفرعية مع هؤلاء الممولين أو الموردين، والخاصة بتوريد وتمويل المشروع وهي العقود الملزمة لها وحدها بحيث لا تمتد إلى الدولة ما لم تكن هذه الأخيرة ضامنة لتلك العقود أو متدخلة فيها بأية صفة تلزمها، أو تجعلها

[1]– كمال طلبة المتولي سلامة .، المرجع السابق، ص 142.

[2]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 113.

[3]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 142–143.

طرفا فيها [1].

إضافة إلى العقود التي تبرم مع بعض شركات التأمين والتي تلعب دورا هاما في نجاح المشروع والحد من مخاطره، فقد تكون شركات التأمين وطنية أو أجنبية وقد تكون هذه المؤسسات هيئات دولية[2].

الفقرة الثانية:

إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام

تلجّأ الدولة أو أحد أجهزتها للإقدام على مثل هذه المشروعات، من أجل إنشاء مرافق عامة إقتصادية والهدف من ذلك تقديم خدمات ذات نفع عام لجمهور المنتفعين كمرافق الطرق ومياه الشرب والكهرباء والمطارات والموانئ والإتصالات والأنفاق[3].

وقد حاول الفقه ومعه القضاء تعريف المرفق العام على نحو جامع مانع وإن كانت التعريفات تدور حول مدلولين المدلول العضوي أو الشكلي ويقصد به المنظمة أو الهيئة التي تتولى إشباع حاجة عامة، أما المدلول المادي الموضوعي يقصد به الخدمة ذاتها التي تؤدى إلى الجمهور أو النشاط الذي يمارس لتحقيق النفع العام وسد الحاجة العامة للأفراد[4].

ويرى الفقيه الفرنسي "هوريو" أن المرفق العام منظمة عاملة تباشر من السلطات والإختصاصات ما تكلف به القيام بخدمة تؤديها للجمهور على نحو منتظم ومضطرد

أما الفقيه دوجي فقد عرف المرفق العام على أنه كل نشاط يجب أن يكفله وينظمه ويتولاه الحكام لأن الإضطلاع بأمر هذا النشاط لا غنى عنه لتحقيق التضامن الإجتماعي ولتطوره، بحيث لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة [5].

ويمكن إعطاء تعريف آخر للمرفق العام بأنه عبارة عن مشروعات تستهدف إشباع حاجة عامة أي حاجة جماعية ذات نفع عام في جموع المواطنين، والخاضعة للسلطة العامة.

---

[1]– محمد مطر المطيري، المرجع السابق، ص ص 67–68.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 144.

[3]– مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت BOT، دار الكتب القانونية، د ط، مصر، 2008، ص ص 21–22.

[4]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 27.

[5]– المرجع نفسه، ص ص 27–28.

وعليه نخلص من التعريفات السابقة إلى أن فكرة المرفق العام ذات عناصر محددة وهي:

1. المرفق العام مشروع تنشئة الدولة.

2. خضوع المرافق العامة للسلطة العامة.

3. نشوء المرفق العام بقصد تحقيق غرض من أغراض النفع العام[1].

والذي يعنينا في موضوعنا هذا هو تسليط الضوء وتدقيق النظر حول مشروعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT في مجال البنية الأساسية، والتي ترد على مرافق عامة إقتصادية (التجارية أو الصناعية)، والهدف منها تقديم خدمة عامة مدفوعة الأجر، ويرجع السبب في ذلك إلى ضرورة وجود عائد مادي محقق الربح، ذلك الربح الذي يمثل الدافع الحقيقي من وراء إقدام الأشخاص القانونية الخاصة، والمستثمرين على إبرام تلك العقود مع الدولة المانحة للإمتياز، لذلك فإن غاية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو إنشاء مرافق عامة إقتصادية لإشباع حاجات وتقديم خدمات ذات نفع عام لجمهور المنتفعين[2].

و يسري إنشاء المرافق العامة أو تسييرها بنظام عقد الـBOT على كافة المشروعات أو المرافق العامة التي كانت خاضعة في فترة ما لنظام عقود الإمتياز أو إلتزام المرافق العامة، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: عقود إمتياز الأشغال العامة، عقود إمتياز تشغيل خطوط النقل الجوي، عقود إمتياز توزيع الطاقة، عقود الإلتزام بتوزيع الماء والتدفئة، عقود إلتزام المجال الصحي والإجتماعي عقود الإلتزام في مجال التنقيب[3].

الفقرة الثالثة:

تمويل المشروع

ينبني عقد الـBOT على عدة عناصر من بينها عنصر التمويل الذي يعد جوهره وحجر أساسه، وهو الأمر الذي تسعى إليه أغلبية الدول النامية وعلى أساسه يقوم عقد الـBOT، وعليه فإن معدل العائد المتحقق من مشروع الـBOT يجب أن يكون مرضيا ليس فقط لسداد كافة الأموال المقترضة،

[1]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص ص 28–29.

[2]– محمد مطر المطيري، المرجع السابق، ص ص 69–70.

[3]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 31.

وإنما أيضا لتعويض كل رعاة المشروع والمشاركين فيه برؤوس الأموال التي أسهموا بها في المشروع والمخاطر التي أقدموا عليها والخبرات والتقنيات التي قدموها للمشروع [1].

ونظرا لان عقود الـBOT من بين المشاريع الإستثمارية التي تتميز بكبر حجمها وإرتفاع تكاليفها مما يستدعي مدة زمنية طويلة لإنجازها تختلف من مرفق لآخر، ولتنفيذ مثل هذه المشاريع لا بد من توفير التمويل الكافي، وهذا ما يجب على الشخص المعنوي الخاص أي شركة المشروع أن يلتزم به[2] وهذا ما سنعترض له بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث.

الفقرة الرابعة:

تحديد وإدارة مخاطر المشروع

إن نجاح أي مشروع مطبق بنظام الـBOT متوقف على تحديد وتوزيع وإدارة كافة المخاطر المتعلقة بهذا المشروع بكل دقة وكفاءة، فالمقرضين وأصحاب رأس المال يصرون على وجود آلية لحمايتهم من المخاطر الناتجة عن التضخم أو إرتفاع الأسعار، وبالتالي الأسلوب الأمثل لتخفيف من حدة مخاطر التضخم يمكن أن يتم من خلال الإتفاقات التعاقدية المسبقة وليست الإتفاقات أو العقود المشتقة من السوق[3].

ويمكن أن تتحصل بعض مشروعات الـBOT على رؤوس أموالها أو إيراداتها الدورية من الخارج بالعملة الأجنبية، مما ينتج عنها نوع جديد من المخاطر المالية تتمثل أساسا في إحتمال إرتفاع أو إنخفاض أسعار النقد الأجنبي (أي أسعار الصرف) مقارنة بالعملة المحلية وهذا ما يكبد الدائنين أو شركة تنفيذ المشروع خسائر كبيرة في الغالب، ولهذا نجد أن معظم المقرضين وأصحاب رأس المال يصرون مسبقا على ضرورة حصولهم على ضمانات حكومية حقيقية بإمكانية حصولهم على أموالهم الأصلية كاملة، ومعها كافة الفوائد المستحقة عليها في ظل سعر صرف قد يكون ثابت تماما أو متغير ولكن مستقر بوجه عام[4].

---

[1]– سمير محمد عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رحب العشماوي، المرجع السابق ، ص 19.

[2]– وسام محمد حسن القرة غولي، المرجع السابق، ص 78.

[3]– سمير محمد عبد العزيز– إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رحب العشماوي، المرجع السابق، ص 25.

[4]– المرجع نفسه، ص 26.

بالإضافة إلى مخاطر البلد المضيف كالمخاطر السياسية والتي تتمثل في عدم الإستقرار السياسي ومخاطر عدم ثبات التشريع في الدولة وتغيره من حين لآخر، كل هذه المخاطر تعد بمثابة عائق في وجه تنفيد المشاريع بهذه التقنية.

لذلك لابد من وضع شروط لتساهم في الحد من هذه المخاطر والذي من المحتمل أن تؤثر على هذا النوع من التقنيات وعلى وجه الخصوص من ناحية مخاطر البلد أي المخاطر المتعلقة بالسياق السياسي والإقتصادي والإجتماعي للدولة المضيفة ومن ناحية أخرى مخاطر المشروع أي تلك المتعلقة بشكل خاص بالجوانب الفنية والإدارية والمالية للمشروع نفسه [1].

الفرع الثالث:

الخصوصية من حيث مضمون عقد الـBOT

تنحصر خصوصية عقد البوت في مضمونه من خلال ثلاث عناصر نستهلها بمرحلة البناء (الفقرة الأولى) التي تعد أول مرحلة من مراحل عقد البوت، ثم مرحلة التشغيل (الفقرة الثانية) وينتهي هذا العقد بنقل ملكية المشروع إلى الجهة المانحة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

مرحلة البناء

تتمثل مرحلة البناء في إقامة المشروع سواء أكان معمل إنتاج طاقة أو طريق عام أو شبكة إتصالات، وتشتمل مرحلة البناء على تصميم المشروع، وإعداد دراسة الجدوى كما تتضمن تجهيز المشروع بجميع التجهيزات اللازمة والضرورية، وتكون صالحة للتشغيل طوال مدة العقد[2].

كما أن شركة المشروع هي من تتولى عملية التمويل في مرحلة البناء حيث تقوم بتصميم المشروع وبناءه وتجهيزه، وتحتاج إلى أموال ضخمة للقيام بذلك، ومهما بلغت الإمكانات المادية للشركة فإنها لا تكفي لتمويل هذه المرحلة، لذلك تضطر إلى الإقتراض من المصارف التجارية أو المؤسسات المالية، ويمكن كذلك للدولة أو الشخص العام المعني أن يقدم بعض التجهيزات أو العقارات التي تساهم في بناء المشروع، وتسعى الجهات الممولة للمشروع موضوع عقد الـBOT إلى الحصول

---

[1]- Tafotie Roger , op cit , p 5.

[2]– مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة – الإمتياز الشركات المختلطة – BOT– تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 299.

على ضمانات للقروض التي تمنحها للهيئة الخاصة، خصوصا وأن المخاطر في مرحلة البناء تكون كبيرة جدا بالنظر إلى عدم وجود أي إيراد للمشروع يمكن الإستناد عليه، ويمكن أن تتجلى هذه الضمانات في الأملاك والتجهيزات التي يتكون منها المشروع[1].

الفقرة الثانية:

مرحلة التشغيل

يرى جانب من الفقه أن كلمة – الإستغلال – أشمل من كلمة التشغيل وذلك لأنها تعبر بدقة عن الدور الذي تقوم به شركة المشروع خلال هذه المرحلة، لأنها لا تقوم بتشغيل المرفق فقط بل تشغل وتحصل على كامل ما يدره هذا التشغيل من دخل سواء كان من الجمهور مباشرة مقابل إنتفاعه بخدمات المرفق، أو من الجهة الإدارية لقاء قيامها بشراء المنتج أو الخدمة التي يؤديها المرفق طوال مدة العقد وهذان المعنيان من تشغيل وحصول على كامل الدخل تبرزهما كلمة الإستغلال بوضوح ويقتصر إبرازهما في كلمة تشغيل.[2]

الفقرة الثالثة:

مرحلة نقل الملكية (تحويل المشروع)

إتفق العديد من الفقهاء على أن إصطلاح transfére يعني نقل الملكية أو إعادتها إلى الدولة إلا أن الراجح في معظم أشكال نظام الBOT إلى أن هذا الإصطلاح يعني تحويل هذا المشروع ذاته وليس ملكيته إلى الدولة أو الإدارة المتعاقدة مع المستثمر الذي قام ببناء وتمويل المشروع لحسابها من البداية، ومن ثم فإنه بإنتهاء مدة التعاقد – دون تجديدها – يلتزم المستثمر بنقل أو إعادة أو تحويل حيازة المشروع إلى الجهة التي تعاقد معها بدون مقابل وفي حالة جيدة بل وقد يلتزم بفترة ضمان محددة بعد إنتهاء مدة التعاقد، وقد ترى الدولة بعد ذلك تجديد حق الإمتياز لذات المستثمر، ولكن بشروط جديدة أفضل، أو منح هذا الحق لمستثمر آخر بشروط أكثر تحقيقا للمصلحة العامة، كما أنها قد ترى بيع أصول المشروع إذا إستنفذ المرفق من إقامته، أو أن تتولى بنفسها إدارة وتشغيل هذا المرفق بأسلوب الإستغلال المباشر.[3]

---

[1]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 300.

[2]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 21.

[3]– طارق بن هلال البوسعيدي، الصيغة القانونية لعقود الإمتياز والإستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام الBOT، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة السنة الثانية والعشرون – العدد 36 أكتوبر 2008، ص ص 52–53.

الفرع الثالث:

منافع ومساوئ عقد BOT

إن عقد البوت كغيره من العقود المركبة له محاسن ومنافع (الفقرة الأولى)، تقابلها بعض المساوئ والعيوب(الفقرة الثانية)، سواء أكان ذلك من طرف الجهة المانحة، أو كان ذلك من جهة شركة المشروع، وهذا نظرا لطبيعته المركبة وميكانيزماته الصعبة وطول مدة التعاقد.

الفقرة الأولى:

منافع عقد BOT

هناك العديد من المنافع التي تحققها هذه العقود بالنسبة للمجتمع من أهمها:

– يترتب على قيام القطاع الخاص بتمويل هذه المشروعات، تقليل الإنفاق العام وتقليل الإقتراض الحكومي، مما يؤدي إلى إنخفاض في عجز الموازنة الحكومية وفي نسبة الدين العام ومن ثم فإن هذا قد يؤدي إلى تخفيض معدل التضخم دون أن يكون مصحوبا بزيادة في معدل البطالة.[1]

– إن هذا الأسلوب يساعد الدولة في توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الإجتماعية التي ليس لها مردود إقتصادي مباشر كالتعليم والصحة، إضافة إلى خلق فرص عمل جديدة من خلال القطاع الخاص الأجنبي ويرجع ذلك إلى أن هذا النظام يستغرق عدة سنوات مما يؤدي إلى خلق فرص حقيقية لشركات المقاولات الوطنية، بالإضافة إلى أن سنوات التشغيل والإدارة قد تستقطب العمالة الوطنية[2].

– تقديم خدمات عامة للمواطنين، وسد حاجاتهم من خلال المرافق العامة.

– تخفيف الأعباء العامة عن كامل الدولة، وإتاحة الفرصة أمام القطاع الخاص في المشاركة في بناء المشاريع أو المرافق العامة الإقتصادية مما يؤدي إلى توفير موارد الدولة، وإنفاقها على المرافق العامة المرتبطة بالوظائف الأساسية للدولة، وتقديم الخدمات الإجتماعية للمواطنين.

– نقل التكنولوجيا وتحديث المرافق العامة لأن معظم عقود البوت تتضمن إلزامية إعتماد أشخاص القانون الخاص أحدث التكنولوجيا ومحاولة تطويرها، وبقاءها صالحة للإستعمال عند تحويلها

---

[1]–عبد القادر محمد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية والإقتصادية والإجتماعية مع مشروعات BOT، الدار الجامعية للنشر، د ط، 2005، ص 646.

[2]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص ص 36–37.

إلى الدولة وذلك يساهم في التقدم العلمي للدولة المستقطبة للإستثمار.[1]

– يؤدي إنشاء مثل هذه المشروعات في المناطق الجديدة إلى توسيع الرقعة السكانية، وخلق فرص عمل جديدة، لأن إنشاء الطرق الكبرى والمطارات ومحطات الكهرباء والمياه وغيرها من المشروعات، يعد سبيل من سبل توليد فرص عمل جديدة تسهم في حل مشكلة البطالة، بالإضافة إلى أن إبرام الدولة لعقود البوت يؤدي إلى تدريب الأيدي العاملة الوطنية في كافة مراحل المشروع مما ينتج عنه بالمقابل إكتساب أيدي عاملة ومهارات وقدرات عالية تساعد على الدخول في مجال سوق العمل الدولي وبالتالي القضاء على مشكلة البطالة.[2]

الفقرة الثانية:

عيوب عقود BOT

لا يخلو هذا العقد كغيره من العقود من العيوب سواء أكانت هذه العيوب بالنسبة لجهة الإدارة أي القطاع العام، أو من جهة القطاع الخاص المتعاقد مع الإدارة المستثمر سواء أكان محليا أو أجنبيا.

– وتتمثل عيوب هذا النظام بالنسبة للقطاع الخاص مع الإدارة في تحميل القطاع الخاص القائم بالمشروع مخاطر تجارية متنوعة وذات تكاليف عالية في حال عدم صحة دراسات جدوى المشروع، وفي حالة حدوث تغيرات في ظروف السوق خصوصا عند عدم وجود دعم حكومي كاف، فهناك مخاطر تتصل بعملية البناء والتشييد كالتأخر في عملية تنفيذ المشروع أو في حالة الإرتفاع المفاجئ في تكاليف مواد البناء.[3]

– قد يحدث زيادة في تكاليف الخدمة عما هو مباح في الظروف العادية وبالتالي يؤثر على أسعار الخدمة، التي يتحملها المستهلك ولتجنب هذا يتضح ذلك من خلال تعيين طرف مراقب كممثل للدولة يرصد ذلك وينبه إليه.[4]

– إن السماح للمستثمر الأجنبي بتملك مشروعات إستراتيجية وغاية في الأهمية، وفقا لنظام البوت لفترة طويلة ومحددة يفتح الباب أمام سيطرة رأس المال الأجنبي على الإقتصاديات النامية ومن

[1]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص 290–291.

[2]– عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT – طريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 57.

[3]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 38.

[4]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 50.

ثم يؤثر في سياستها الداخلية والخارجية، ولهذا ينصح بعدم التوسع في تمليك الأجانب لمشروعات إستراتيجية وفقا لهذا النظام، وخصوصا بعدم سيطرة وتملك الطرف الأجنبي لأي مشروع بكامله أو بالنسبة الغالبة منه[1].

– قد يؤدي عدم توافر الخبرة الكافية في المفاوض إلى منح مزايا كبيرة لا يستحقها الطرف الأجنبي، وهو ما يمثل عبئا إضافيا كان يمكن تجنبه في حالة توفر مثل هذه الخبرة، ولذا ينصح بالإستعانة بخبراء محليين أو أجانب محايدين ولكن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكلفة التي تدفع لأصحاب هذه الخبرة وإن كان ذلك يحدث في المرة الأولى، ثم تكتسب الجهات الحكومية الخبرة في المرات التالية.[2]

– تجديد حق الإمتياز لصالح شركة المشروع دون وجود أسباب حقيقية لذلك، يمثل ثغرة خطيرة لإستنزاف موارد الدولة دون مقابل، لأن التجديد يتم في حالة توافر ظروف معينة فقط، مثل عدم تمكن شركة المشروع من تغطية تكاليفها والأرباح المتوقعة خلال فترة الإمتياز الأولى نتيجة لسوء تقديرات دراسة الجدوى.[3]

– عمليات الإحتكار وما ينتج عنها من مساوئ، فعادة ما ترتبط عقود البوت بشروط الإحتكار التي تلتزم بها الدولة، فشركة المشروع تشترط ذلك على الدولة، حتى تضمن سيطرتها على السوق وعدم منافستها، فإن الدولة المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع كما يحصل عادة في تشييد محطات الكهرباء والمطارات والطرق.[4]

– ضعف الناحية الأمنية بسبب خطورة ترك هذه المشروعات الهامة تحت أيدي أجنبية، لأن الهدف الوحيد الذي يحكم آلية عملها هو تحقيق الأرباح دون الإهتمام بأمن وسلامة الدولة المضيفة.[5]

– يقتضي هذا النوع من العقود في الغالب اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنها من دون غيره من الوسائل الأخرى، وخضوع الدولة للتحكيم يهدد تمتعها بإمتيازات السلطة العامة، ويؤدي إلى خضوعها أمام هيئة التحكيم على قدم المساواة مع المتعاقد معها.[6]

---

[1] – عبد القادر محمد عبد القادر عطية، المرجع السابق، ص 648.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 50.

[3]– عصام فرج الله محسن إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 43–44.

[4]– شامل هادي نجم الغزاوي، المرجع السابق، ص 51.

[5]–عصام فرج اللله محسن إبراهيم، المرجع السابق، ص 44.

[6]– شامل هادي نجم الغزاوي، المرجع السابق، ص 53.

المطلب الثالث:

التكييف القانوني لعقد الـBOT

لا يخفى علينا أن عملية تحديد الطبيعة القانونية لعقود الـ BOT تحضى ببالغ الأهمية رغم الإختلاف الفقهي في تحديد هذه الطبيعة، وهذا ليتسنى لنا وضع بنية قانونية تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بنظر المنازعات التي يمكن أن تنشئ عن مزاولة المشاريع بالإعتماد على هذا النوع من العقود.

فهناك إتجاه يرجح أن عقد البوت هو عقد ذو طبيعة تنظيمية (الفرع الأول)، وهناك إتجاه أخر يرى أن عقد البوت ذو طبيعة مدنية (الفرع الثاني)، وهناك من يرى أن عقد البوت عقد إداري (فرع ثالث)، وهناك من يرى أنه من قبيل عقود التجارة الدولية (الفرع الرابع)، ويرى إتجاه أخر أن عقد البوت ذو طبيعة خاصة (الفرع الخامس)، والمشرع الجزائري أيضا أعطى رأيه في طبيعة هذه العقود (الفرع السادس).

الفرع الأول:

الإتجاه الفقهي القائل بأن عقد الـBOT عقد تنظيمي

أدرجت بعض الآراء عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ضمن الطبيعة التنظيمية فلم تجعل منها إتفاقا أو عقدا وإنما هي تنظيم إقتصادي يلزم تنفيذها إبرام العديد من الإتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة، حتى أن هذه الأطراف قد تتعارض مع مصالحها.[1]

و هذا الرأي محل نظر، فهو ينكر الطبيعة التعاقدية لهذه العقود ويدرجها ضمن الطبيعة التنظيمية بدعوى أنها تتضمن العديد من الإتفاقيات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها وهذا غير صحيح حيث أن هذه الإتفاقيات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة وشركة المشروع، أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذا لهذا العقد فهي لا تؤثر في طبيعته والتي يمكن أن تكون عقد إلتزام أو أشغال عامة أو توريد.[2]

---

[1]– حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 60.

[2]– جابر جاد نصار،عقود البوت (BOT) والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 50.

الفرع الثاني:

الإتجاه الفقهي القائل بأن عقد الـBOT عقد مدني

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقود الBOT أقرب إلى عقود القانون الخاص منها إلى عقود القانون العام، ولهذا يمكن إعتبارها عقود عادية تخضع في منازعاتها للقانون الخاص، ذلك أن هذه العقود شأنها شأن كل عقود الإستثمار، لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروط إستثنائية فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين وبالتالي فإن الإدارة عند تعاقدها فإنها تتعاقد وفقا لأسلوب القانون الخاص.[1]

وقد إستند أنصار هذا الإتجاه إلى براهين وحجج سنوضحها وفق مايلي:

1. أن عقود الBOT تقوم جميعها على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، ويسودها مبدأ سلطان الإرادة، ولهذا تعد عقودا من عقود القانون الخاص، وهذه العقود من الناحية العملية تقوم على أساس حقوق وإلتزامات متوازية بين الطرفين دون أن يكون للإدارة سلطات تميزها عن الطرف الآخر، فليس فيها شروط إستثنائية غير مألوفة في تعامل الأفراد بعضهم مع بعض ومن ثم يفقد العقد عنصرا هاما من عناصر العقد الإداري.[2]

2. تعد عقود الBOT صورة حديثة من صور تمويل المشروعات الخاصة بالبنية التحتية، حيث يقوم القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله وإستغلاله، لذلك فإنه يتعين على الدولة أن تتعاقد مع القطاع الخاص في شأن هذا الإنشاء والتمويل والإستغلال وذلك طبقا لآليات إقتصاد السوق، وهي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة، وعدم إستخدام أساليب وإمتيازات السلطة العامة، ومن ثم فإن بعض القواعد والأحكام السارية على عقود إمتياز المرافق العامة لا تصلح للتطبيق على نظام عقود الBOT.[3]

---

[1]– حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 61.

[2]– يونس تهاني مصطفى محمد، الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الBOT ، مجلة الدراسات العليا –كلية الدراسات العليا– جامعة النيلين، السودان ، عدد 18، 2016، ص 160.

[3]–عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص ص 111–112.

3. تفرض متطلبات التجارة الدولية على الدولة أن تتعاقد بذات الأساليب التي يتعاقد بها الأفراد ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة بنظام الـBOT هي عقود تتعاقد فيها الدولة بأسلوب القانون الخاص، والقول بغير ذلك يعني إحجام الشركات دولية النشاط والإتحادات المالية عن إبرام عقود الـBOT بالرغم من حاجة الدولة إلى الإستثمارات الأجنبية [1]، فالإعتبارات العملية تملي على الدولة الإبتعاد عن أساليب القانون العام، وذلك لأنها إذا تمسكت بذلك فإنها تهدم العلاقة التعاقدية مع المتعاقد الأجنبي، وأنصار هذا الإتجاه يرون أن إستخدام الدولة لوسائل القانون العام في التعاقد مع الطرف الأجنبي يفسد العلاقة ويلحق بالدولة الضرر.[2]

وبإعتبار الدولة أي الجهة المانحة الطرف الأول في التعاقد، تتمتع بإمتيازات السلطة العامة فإن مساواتها مع الأشخاص الخاصة وتنازلها عن سيادتها بنزولها منزلة الأفراد في تعاقدها مع طرف أجنبي، فإن هذا يفقدها ترفعها عن القطاع الخاص فيتيح الفرصة للطرف الأجنبي الحصول على إمتيازات أخرى في مقابل ذلك إفتقاد القطاع العام لبعض إمتيازات السلطة العامة، وهذا ما يجعل القطاع الخاص هو المتحكم الأكبر في المشروع، لأنه هو من يقوم بإنشائه وإستغلاله والمتحكم الرئيسي في التكنولوجيا، ولهذا فإن ترجيح عقد البوت بأنه ذو طبيعة مدنية هو ليس في صالح القطاع العام، رغم أن القطاع الخاص يحبذ ذلك فالقطاع العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، عكس القطاع الخاص الذي يطمح دائما للرفع من عوائده المالية وتحقيق هامش ربح جيد، إضافة إلى خلو نصوص القانون المدني من أية إشارة إلى هذه الفئة من العقود.

الفرع الثالث:

الإتجاه الفقهي القائل بأن عقد الـBOT عقد إداري

يكيف غالبية الفقه عقود الـBOT على أنها عقود إدارية، فهذه العقود أحد طرفيها الدولة أو إحدى مؤسساتها وهيئاتها، وهي إن كانت في مظهرها الخارجي ترمي إلى تحقيق أرباح للمستثمر إلا أنها تستهدف تحقيق مرفق عام، وتتضمن شروطا غير مألوفة في مجال علاقات القانون الخاص ومنها المزايا العينية للمستثمر كالإعفاء من الضرائب والجمارك أو منحه أرض يقيم عليها مشروعه

[1]– يونس تهامي مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 161.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 79–80.

الإستثماري وبالتالي تتوافر فيه مقومات العقود الإدارية.[1]

وقد أشار المشرع الجزائري في قانون الولابة رقم 12-07 [2] في مادته 135 والتي جاءت على النحو التالي :« تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية.»، يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري منح الطابع الإداري للمشاريع التي تكون فيها الولاية ومؤسساتها العمومية طرفا فيها، كما وضحت المادة 189 من قانون البلدبة رقم 11-10[3] والتي أشارت أيضا للطابع الإداري للمشاريع التي تكون فيها الولابة أو مؤسساتها العمومية طرفا فبها.

هذا وقد ميز القانون الإداري الفرنسي بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص إستنادا إلى المعيار العضوي ومعيار الهدف، فيكون العقد إداريا إذا كان أحد أطرافه وحدة إدارية ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، ويغلب أن يشمل العقد على شروط إستثنائية تنطوي على منح الإدارة سلطات في مواجهة المتعاقد معها مثل الشروط التي تعطي للحكومة الحق الإنفرادي في التعديل والرقابة على العقد والخضوع لولاية القضاء الإداري أو تتضمن منح هذا المتعاقد سلطات في مواجهة الغير[4].

كما يرى أنصار الرأي القائل بإدارية عقود الـBOT أن كافة المعايير والشروط التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص تتوفر في عقود الـBOT، ويمكن حصر هذه المعايير فيما يلي:

1. أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام.
2. أن يتعلق العقد بالمرفق العام.
3. أن يتضمن العقد شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[5]

و قد توصلت أحكام محكمة القضاء الإداري المصري، إلى أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة، وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام وأن كفتي المتعاقدين فيها غير

[1]- حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 65.

[2]- قانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر، عدد 12، مؤرخة في 29 فيفري 2012.

[3]- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 أوت 2011، المتعلق بالبلدية ج ر عدد 37، مؤرخة في 03 جويلية 2011.

[4]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 54.

[5]-مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 28.

متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام.[1]

إن التوسع النسبي في الشروط التعاقدية والتخفيف من الشروط اللائحية والتي لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة أن تعدلها إلا بموافقة شركة المشروع لاتنفي عن عقود البوت طبيعتها الإدارية ذلك لأن الهدف هو تشجيع الشركات الدولية الكبرى على القدوم للدولة والإستثمار فيها بنظام البوت، وذلك بطمأنة المستثمرين وتهيئة المناخ القانوني لذلك، والتوسع في الشروط التعاقدية على حساب الشروط اللائحية لا يعني خلو عقد الـBOT من تلك الشروط وإنما يعني الحد منها بحيث يأتي محافظا على المصالح المحتملة للمستثمرين وغير مضر بالمصلحة العامة[2].

الفرع الرابع:

الإتجاه الفقهي القائل بأن عقود الـBOT من قبيل عقود التجارة الدولية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أعمال المشروعات الإستثمارية والإنشائية ومنها المشروعات المنفذة وفق أسلوب الـBOT هي من قبيل الأعمال التي تتم بطريق المقاولة والإحتراف، ذلك أنها تباشر في شكل مشروع منظم ينطوي على عنصر المضاربة على المعدات والأيدي العاملة ويباشر المستثمر القيام بهذا المشروع على أساس السعي للحصول على الربح الذي يتضمن أكبر قدر من العائد، ومن هذا المنطلق فإن المشروعات المنفذة وفق هذا الأسلوب الـBOT تعد أعمالا تجارية بحسب المعيار الراجح في الفقه والذي يضفي الصفة التجارية على الأعمال التي تقع بمناسبة إستغلال مشروع تجاري ذلك أن نطاق هذه العقود لا يتجاوز مجالات أعمال تشييد المباني ومحطات الكهرباء والموانئ والمطارات والطرق والجسور وكلها تتم في إطار مشروع إقتصادي حسب المعيار الراجح لدى الفقه[3].

وإذا نظرنا إلى أطراف العقد فإن عقد البوت الذي إحتوى على طرف أجنبي يعد من عقود التجارة الدولية، أيا كان المعيار المطبق عليه لأن أغلب عقود البوت تبرم بين الدولة ومستثمر أجنبي ففلسفة نظام البوت تقوم على جذب الأموال والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة لتنفيذ مشروعات داخل الدولة، ويترتب عليه حركة إنتقال لرؤوس أموال عبر الحدود، لذلك فهو في أغلب الأحوال يعتبر من عقود التجارة الدولية [4]، ولهذا يجب تحديد المعايير التي تضفي الصفة الدولية للعقد ويمكن حصرها فيما يلي:

---

[1]– عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT – طريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 94.

[2]– مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص ص 29–30.

[3]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص ص 124–125

[4]– محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـBOT، المكتب الجامعي الحديث، د ط، 2009، مصر، ص 104.

الفقرة الأولى:

المعيار القانوني لدولية العقد

يمكن إضفاء الصفة الدولية على العقد متى إتصلت العناصر القانونية له بأكثر من نظام قانوني واحد، والمقصود بالعناصر القانونية التي يعول عليها في تحديد صفة العقد جنسية الأطراف ومكان إقامتهم ومكان إبرام وتنفيذ العقد، هذا إلى جانب لغة التعاقد والعملة المستخدمة في الوفاء بالمقابل المالي لأداء الإلتزام التعاقدي[1].

ويؤكد الفقه التقليدي أن العقد يكون دوليا فيما لو تطرق العنصر الأجنبي إلى أطراف الرابطة العقدية أو موضوعها أو الواقعة المنشئة له، وعلى ذلك يعتبر العقد دوليا في مفهوم هذا الرأي فيما لو كان أطرافه أو إحدهما متمتعا بجنسية أجنبية أو مقيما في دولة غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع كما يعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار كذلك فيما لو كان المال محل التعاقد كائنا في دولة أجنبية أو كان العقد قد أبرم أو نفذ في غير دولة القاضي[2].

ويتسم المعيار القانوني وفقا لهذا النظر بالجمود لأنه يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصرا أجنبيا بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة، ولهذا يفضل جانب من الفقه المعاصر التفرقة في خصوص العناصر القانونية للعقد والتي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة، وعلى ذلك فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير ذي بال من عناصر العقد أي لعنصر محايد لا يشكل أهمية خاصة في شأن الرابطة العقدية المطروحة، فإن ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة على النحو المفهوم في القانون الدولي الخاص، فلا يعقل أن يعد العقد دوليا على سبيل المثال لمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية [3].

---

[1]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية –دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحكام قضاء مجلس الدولة ، دار الكتب القانونية، د ط، مصر 2006، ص 130 .

[2]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2001، ص 74.

[3]– هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص 75.

ويؤكد الطابع النسبي للصفة الدولية للرابطة العقدية في النهاية إلى أن تحديد هذه الصفة يتم من خلال معيار كيفي هو العنصر الأجنبي المؤثر في هذه الرابطة بصرف النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية المحايدة التي قد تتطرق إليها، وعلى ذلك فقد تتعدد العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية وإن ظلت مع ذلك رابطة داخلية في مفهوم القانون الدولي الخاص، بينما قد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الأجنبية بعنصر واحد من عناصره ما دام أن هذا العنصر يعد فاعلا أو مؤثرا، فتكييف الرابطة العقدية لا يتم إذا على أساس عددي، وإنما وفقا لمنهج كيفي يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، وما إذا كان يعد عنصرا مؤثرا أو مجرد عنصر محايد وذلك بصرف النظر عن الكم العددي لعناصر العقد التي لحقتها هاته الصفة[1].

الفقرة الثانية:

المعيار الإقتصادي لدولية العقد

لقد إعتمد هذا المعيار على التحليل الإقتصادي للعقد، حيث أعتبر العقد دوليا إذا تضمن إنتقال الأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى، أو إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، أي إذا إنطوى على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي لدولة معينة، وقد عيب على هذا التعريف الإقتصادي لدولية العقد إذ أنه جاء غامضا، فالعقد يعد دوليا إذا إتصل بالتجارة الدولية هو تعريف للدولة بالدولية[2].

ويرى جانب أخر من الفقه أن المعيار الإقتصادي لتحديد دولية العقد لا يتعارض مع المعيار القانوني الذي يعتبر العقد بمقتضاه دوليا متى إتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني، ذلك أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها إنتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود والتي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني[3].

وعليه يمكن القول أن كل من المعيارين يكمل الآخر، فإذا كان العقد المبرم بين طرفين أحدهما أجنبي ويكون عنصر فاعلا ومؤثرا حسب المعيار القانوني، فالعقد هنا دوليا لكن مع مراعاة أن يكون هناك تداول لرؤوس الأموال، وأن تكون هذه الأموال في حالة حركية بحسب المعيار الإقتصادي، فكلا المعيارين يكمل الآخر فالمعيار القانوني يضفي الصفة الدولية للعقد، لإعتبارات تتصل بالعناصر

[1]– هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص 79.

[2]–عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص ص 128 –129 .

[3]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 131

القانونية، أما المعيار الإقتصادي فيوحي إلى إعتبار العقد دوليا إذا تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية ولهذا إرتأى فقهاء القانون الدولي إلى الجمع بين المعيارين في معيار واحد مزدوج.

الفقرة الثالثة:

المعيار المزدوج لدولية العقد

يتجه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لمدى دولية العقد إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي، وعلى هذا النحو لا يكتفي هذا القضاء عند تقرير دولية عقود المعاملات المالية بالتحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني)، وإنما هو يحرص أيضا على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الإقتصادي)، ويترتب على هذا المسلك بالضرورة التضييق من معيار دولية العقود بحيث لا يؤدي مجرد تضمنها لعنصر أجنبي إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما يتعين لهذا الإعمال أيضا أن تهدف العملية العقدية إلى إنتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود[1].

كما إرتأى جانب آخر من الفقه إلى تأكيد كفاية المعيار القانوني المرن على أساس أن الجمع بين المعيار القانوني الموسع الذي تستوي لدى أنصاره العناصر الفاعلة وغير الفاعلة في الرابطة العقدية، والمعيار الإقتصادي سيؤدي لذات النتيجة التي كان يمكن إدراكها فيما لو إكتفى القضاء بالمعيار القانوني المضيق الذي لا يعتد في دولية العقود إلا بعناصره المؤثرة دون المحايدة، فالأخذ بالمعيار القانوني الموسع إلى جانب المعيار الإقتصادي سيؤدي إلى عدم الإعتداد بالعنصر الأجنبي الذي تتضمنه الرابطة العقدية إلا إذا كان هذا العنصر مؤثرا، وهو ما جعل الفقه الحديث يرجح كفة المعيار القانوني المضيق للتقرير بدولية العقد[2].

وإذا نظرنا إلى ما جاء به المرسوم التشريعي 93-09[3] في المادة 458 مكرر منه والتي نصت على: «يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أحد الطرفين على الأقل في الخارج.»، نستوحي من نص هذه المادة أن المشرع

---

[1]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 116.

[2]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص ص 40-41.

[3]-المرسوم التشريعي 93-09، المؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 27، الصادر في 27 إفريل 1993 .

الجزائري جمع بين المعياريين القانوني والإقتصادي لإضفاء الصفة الدولية للعقد، عندما يكون هناك نزاعات متعلقة بالتجارة الدولية (معيار إقتصادي) بين دولتين أحد طرفيها أجنبي (معيار قانوني) وذلك باللجوء إلى التحكيم لفض هذا النزاع، كذلك ما جاء في نص المادة 1039 من القانون08-09[1] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل.»، ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري إعتمد على المعيار الإقتصادي لإضفاء الصفة الدولية للعقد إذا تعلق الأمر بمصالح إقتصادية، إضافة إلى المعيار القانوني لأن النزاع يكون بين دولتين مختلفتين، وبالتالي إضفاء الصفة الأجنبية لدولة عن أخرى وهذا يفهم ضمنا من نص المادة لأنه من غير المعقول أن يكون لدولتين أو أكثر نفس الكيان ونفس السيادة.

الفرع الخامس:

القول بالطبيعة الخاصة لعقد البوت

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقد الـBOT له طبيعة خاصة، وقد إستندوا في ذلك على الحجج التالية:

- على الرغم من أن عقد الـBOT له جذور تتمثل في عقد الإمتياز إلا أن بينهما عديد من الإختلافات الجوهرية، إذ أن عقد الـBOT يتم إبرامه بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين وأصبح له مفهوم جديد في مجال الدراسات القانونية، يقوم على إستخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة.[2]

- كذلك فإن الطبيعة الخاصة لهذه العقود يؤدي إلى إسباغها بطابع من المرونة والواقعية ويجعل نظامها القانوني متغيرا بحسب الشروط والظروف التي يتم إبرامها فيها، وهذه المرونة من شأنها أن تسمح بتطوير هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الإقتصادية للدولة.[3]

---

[1]- قانون 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008 .

[2]- أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص ص 37-38.

[3]- محمد مطر مطيري، المرجع السابق، ص 93.

- لا وجود لتنظيم شامل وكامل لهذه العقود إلا مجرد قلة قليلة من القوانين.[1]

لايمكن وضع قاعدة عامة ومجردة تحدد التكييف القانوني لعقد البوت، نظرا لتعددها وإختلاف صورها، والظروف المحيطة بكل منها، لذلك وحسب رأي هذا الإتجاه الفقهي كان لابد من تكييف كل عقد على حدا، لأن هذا ينسجم مع جوهر وخصوصية كل عقد، بحيث يختلف تكييف العقد من حالة إلى حالة أخرى، فتارة يكون هذا العقد مدنيا وتارة أخرى يكون تجاريا وأخرى يكون إداريا، فلا توجد صيغة نموذجية واحدة لعقد البوت، فلكل عقد شروطه وبنوده التي يتم الإتفاق عليها، فهي تختلف من مشروع لأخر، ومن بلد لأخر.[2]

وكل هذا يعود لغياب نص قانوني ينظم هذه العقود، فلم نجد طبيعة خاصة يمكن تكييف هذه العقود على أساسها.

وقد أنتقد هذا الرأي على إعتبار أن التشريعات التي تحكم هذه العقود هي عقود التزام مرفق عام، مثل القانون المصري رقم 3 لسنة 1997 في شأن منح إلتزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وإستغلال المطارات وأراضي النزول، فالمشرع هو الذي أطلق هذه التسمية على هذه العقود، والقول بأن هذه العقود تخضع لتشريعات خاصة بها هذا لايمنع من خضوعها لتلك القوانين الخاصة بالتزام المرفق العام في الحالات التي لم يرد بشأنها نص ينظمها[3].

[1]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 96.

[2]– صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 60.

[3]– حميدة زينب مولاي عمار، بوزيد كيحول، الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 2، لسنة 2017، ص 450.

الفرع السادس:

رأي المشرع الجزائري في الطبيعة القانونية

إن المشرع الجزائري ونظرا لغياب النص القانوني الذي ينظم عقد الBOT كما أشرنا سابقا فيصعب علينا إدراج طبيعة قانونية أو تكييف قانوني بخصوص هذه العقود، غير أنه هناك بعض النصوص القانونية التي يمكن أن نستشف منها التكييف القانوني لهذه العقود فنجد مثلا المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01[1] المتعلق بتحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز والتي تنص على:« إمتياز إحتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدولة التابعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الإمتياز، وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة »، نلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أضفى الصفة الإدارية على عقود الإمتياز التي تبرم بين الدولة الجزائرية وطرف أجنبي في صيغة عقود تجارة دولية، لكن هل هذه الصفة أيضا تنطبق على العقود التي تبرمها الدولة داخليا مع الخواص أي في حالة إنعدام الطرف الأجنبي في هذا العقد ؟ وقد أجاب المشرع الجزائري عن هذا الإشكال وإعتبر هذه العقود من عقود القانون العام حيث نصت المادة 76 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه على أنه: « يسلم إمتياز إستعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم.»، أما إذا كيفنا هذه العقود على أساس النزاعات التي يمكن أن تنشأ مستقبلا بين المتعاقدين نجد أن المشرع الجزائري قد أشار إلى ذلك في المرسوم التشريعي 93-09 حيث أن المشرع الجزائري يعطي صفة الدولية للعقد الذي يبرم بين الدولة وطرف أجنبي في المصالح المتعلقة بالتجارة الدولية وهنا نجد أن المشرع جمع بين المعيار القانوني عندما أدرج التحكيم في العقود الدولية، والمعيار الإقتصادي عندما جعلها متعلقة بالمصالح التجارية الدولية التي من خلالها يمكن تبادل رؤوس الأموال والسلع والخدمات بين الدول، وأضافت المادة 24 من قانون ترقية الإستثمار 16-09 والني نصت على :« يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية

[1]- المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 89-01، المؤرخ في 15 يناير 1989، المتعلق بضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدولة للتجارة الدولية، ج ر عدد 03 الصادر في 18 يناير 1989.

الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم....»، أضفت أيضا هذه المادة الصفة الدولية للعقد، من كل هذا يتبن لنا صعوبة إدراج صفة قانونية ينطوي تحتها عقد الBOT فالمشرع الجزائري لم يرسو على نظام قانوني معين ومحدد يحكم عقد الـ BOT إلا ما أستشف من بعض الصيغ المبرمة في شكل عقود إمتياز رغم أننا تأكدنا بأن عقد البوت ليس بعقد إمتياز رغم الشبه الكبير بينهما.

ولهذا بعد تطرقنا إلى مختلف الإتجاهات الفقهية توضح لنا من وجهة نظرنا، أن عقد البوت هو العقود الإدارية، وهذا إستنادا إلى المعايير والحجج التي أوردها أصحاب الرأي القائل بأن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة إدارية والمشار إليها سابقا، كما أنها عقود تبرم بين دولتين، ولهذا تظهر فيه الصفة الدولية للعقود، وعليه ومن وجهة نضرنا فإن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة إدارية دولية .

المبحث الثالث:

موقع عقد البوت ضمن بعض العقود الشبيهة به

مع ظهور آليات جديدة تقوم بها شركات القطاع الخاص لتمويل المشاريع الحيوية والضخمة والتي كانت في يوم ما قاصرة على الدولة كان على الدول إتباع سياسة الإقتصاد الحر ونظام الخصخصة كنهج إقتصادي من شأنه زيادة دور القطاع الخاص في مشاريع التنمية الإقتصادية، حيث تكتسب مساهمة القطاع الخاص في توفير الخدمات العامة من خلال قيامه بالإستثمار وتشغيل مشاريع البنية التحتية والمرافق العامة أهمية خاصة ليس فقط للإستفادة من موارد القطاع الخاص في تخفيف الأعباء المالية الواقعة على الدولة، ولكن أيضا الإستفادة من قدرات القطاع الخاص الفنية والتقنية بما ينعكس في أداء الخدمات بدرجة عالية من الكفاءة، ولهذا إنبثقت العديد من العقود التي ساهمت بشكل كبير في تنفيذ المشاريع العامة للدولة، فيأتي القطاع الخاص كإمتداد طبيعي لتطور دور الدولة في النشاط الإقتصادي ولهذا سنقوم بتحليل هذا العنوان بتوضيح موقع عقد البوت ضمن تقنيات التسيير المباشر في مطلب أول ونوضح موقع عقد البوت ضمن تقنيات التسيير غير المباشر في مطلب ثان.

المطلب الأول:

موقع عقد البوت ضمن تقنيات التسيير المباشر

إن حداثة عقود الـBOT تستدعي منا البحث والتمحيص في العلاقة بينه وبين العقود الأخرى التي يمكن أن تكون أساسا له أو مفهوما مستحدثا له خصوصا في المشاريع الضخمة كمشاريع البنى التحتية، فعقود الـBOT تحضا بدرجة كبيرة من الأهمية لذلك فهي نتجت عن أساس تعاقدي لبعض العقود الأخرين، لذلك سنوضح أهم الفرقات بينها وبين عقود أخرى وذلك بمقارنته مع عقد الأشغال العامة (الفرع الأول)، وإيجاد الفرقات بينه وبين عقد تسليم المفتاح في اليد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

عقد الـBOT وعقد الأشغال العامة

إن عقد البوت وعقد الأشغال العامة كل منهما يعبر عن إحدى طرق تسيير المشاريع العمومية بمشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية، رغم أنهما لا ينتميان إلى نفس الكيان، فعقد البوت يعبر عن التسيير غير المباشر بإشراك القطاع الخاص، أما عقد الأشغال العامة فيعبر عن التسيير المباشر من طرف القطاع العام، ولهذا يجب التعرف على عقد الأشغال العامة (الفقرة الأولى)، وسنبرز أوجه الشبه والإختلاف في كلا العقدين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

تعريف عقود الأشغال العامة

تحتل عقود الأشغال العمومية مكانة هامة في أساليب إنشاء المشاريع العمومية وفي نظرية العقود الإدارية، حيث تعرف عقود الأشغال العامة أو عقود المقاولات العامة بأنها العقود التي يتعهد بمقتضاها المقاول القيام بأعمال من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب شخص معنوي عام لتحقيق مصلحة عامة،و ذلك مقابل ثمن تلتزم به الإدارة، وهو تقريبا نفس التعريف المنصوص عليه في المادة 13 من قانون 10-236[1] المتعلق بالصفقات العمومية، فصفقة الأشغال

[1]- المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 58، الصادر في 07 أكتوبر 2010.

هي:_« قيام المقاول ببناء أو صيانة تأهيل أو الترميم أو هدم منشاة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية.....»، ومن شروط عقد الأشغال العامة يجب أن يكون موضوع العقد عقارا وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام وتهدف الأشغال محل العقد لتحقيق نفع عام [1].

الفقرة الثانية:

مدى التقارب والتباعد بين عقود الـBOT وعقود أشغال عامة

يشتبه كلا العقدين في عدة نقاط أهمها أن تشييد المرفق العام يكون على عاتق الملتزم ومسؤوليته إضافة إلى أن كلا العقدين يكون أحد أطرافه جهة إدارية عامة، ويتم تنفيذ كلا العقدين لمصلحة الجهة الإدارية مقابل بدل معين يتم الإتفاق عليه [2]، وتلعب الإدارة دور رقابي في كلا العقدين

ويختلف العقدين في عدة نقاط تميز كل عقد عن الآخر وتجعل له خصوصيته فإلتزامات الأطراف في عقود الأشغال العامة تكون محددة غالبا لحضة التوقيع على العقد، سواء من حيث الأسعار أو المقابل المالي وكذلك محل العقد ماعدا بعض أنواع العقود التي ترد على الإلتزامات ذات الطبيعة المركبة، في حين يصعب تحديد إلتزامات المتعاقد بدقة في عقود البوت طويلة المدة التي تتأثر بالمعطيات الإقتصادية والمالية والفنية من جهة، وإرتباط حقوق المتعاقد المالية بنتائج الإستغلال من جهة أخرى[3].

و مهمة عقود البوت الإنشاء والتمويل والتشغيل والصيانة ويتحملها جميعا الملتزم خلال مدة معينة وقبل التسليم إلى الدولة[4]، عكس عقود الأشغال العامة فالملتزم يتولى الإنتشاء والترميم والصيانة دون التشغيل أو الإستغلال.

إضافة إلى أن المرفق محل عقد الـBOT هو مرفق ذي طبيعة إقتصادية، لتنفيذ مطار أو إستغلال مساقط المياه في توليد الكهرباء أو أي مرفق عام على إختلاف طبيعته[5]، بينما المرفق محل

---

[1]– هاجر شماشمة، هاجر شماشمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013–2014، ص ص 56–57.

[2]– صهيب صبوع، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B O T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 31.

[3]– هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 57.

[4]– حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 212.

[5] – المرجع نفسه، ص 213.

عقد الأشغال العامة لا يشترط أن يكون إقتصاديا، كما أن الملتزم هو من يتحمل مخاطر المشروع في عقد البوت عكس ما يحدث في عقد الأشغال فالدولة هي التي تتحمل مخاطر المشروع.

أما بالنسبة إلى المقابل المالي ففي عقود الأشغال العامة يتحصل الملتزم على المقابل المالي من الجهة الإدارية مباشرة لأن في هذا العقد ينتفي عنصر الإستغلال، على خلاف عقد البوت حيث يتحصل الملتزم على المقابل المالي من جمهور المنتفعين نظير تشغيله للمشروع، كما يمكن أن يتحصل على هذا المقابل من الجهة الإدارية في حالة قيام الدولة بشراء الخدمة وهذا ما يحدث نادرا إضافة إلى المدة التي يستغرقها كلا العقدين ففي عقود البوت تكون المدة أطول تنتهي بإنتهاء فترة الإستغلال، على خلاف عقد الأشغال التي تكون مدته قصيرة تنتهي بإنتهاء فترة الإنشاء.

وإذا كان المشرع الجزائري قد وسع من مفهوم صفقة الأشغال في المادة 13 ف3 من قانون الصفقات العمومية 10-236 المعدل حيث إعتبر أن صفقة الأشغال التي تشمل تقديم الخدمات وهي العمليات التي يتضمنها عقد البوت عبارة عن صفقة الأشغال بشرط أن تكون الخدمات التي تتضمنها لا تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال، وهو الأمر الذي لا يتحقق في عقد البوت، وبذلك فإن هذا النوع من العقود يختلف عن صفقة الأشغال، هذا وقد إتجه البعض إلى إعتبار عقود البوت نموذجا من نماذج عقود المفتاح في اليد ومع إعتبار هذه الأخيرة صورة من صور عقود الأشغال العامة فلا مجال لإعتبار عقود البوت صورة من صور عقود المفتاح في اليد [1].

الفرع الثاني:

عقد البوت وعقد تسليم المفتاح في اليد

لكل من عقد البوت وعقد تسليم المفتاح في اليد تقاربات وإختلافات يبرز منها كل عقد لهذا سنعرف أولا عقد تسليم المفتاح في اليد (الفقرة الأولى)، ثم نبرز أوجه التشابه والإختلاف بين العقدين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

تعريف عقد تسليم المفتاح في اليد

يقصد بعقد تسليم المفتاح ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات وتوريد كافة المواد الخام والمعدات والأجهزة اللازمة لعملية التشييد، كما يقوم الطرف الأجنبي ببناء المنشأة

[1]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص ص 49-50.

الصناعية وتسليمها للدولة المتعاقدة جاهزة للتشغيل، وهو ما يعني بالضرورة إلتزام الطرف الأجنبي بنقل التكنولوجيا اللازمة لتشغيل المنشأة وتحقيق الغرض من إنشائها، ويحتل هذا النموذج من التعاون مكانا متميزا في مجال التصنيع، حيث يعتبر القالب القانوني السائد لنقل التكنولوجيا وتنفيذ خطط التنمية في الدول النامية، ونجد مثالا لهذه العقود في العقد المبرم بين مصر والشركات البريطانية Westjand Ralls Royce لإقامة مصنع لإنتاج طائرات الهيليكوبتر LYNX والمحركات GEM في حلوان[1].

وقد عرفت الجزائر اللجوء إلى هذا النوع من التعاقدات في بداية السبعينيات في إطار سياسة التصنيع القائمة أساسا على الإستفادة من التكنولوجيا المتطورة في شكل بناء مركبات صناعية كبرى بهدف توطين الإنتاج، حيث يقوم الطرف المتعاقد في إطار هذه المقاربة ببناء المصنع أو المركب وفق أسلوب المفتاح في اليد، كما يقوم كذلك بتدريب اليد العاملة الوطنية سواء في المجال التقني أو في مجال التسيير من أجل التحكم الجيد في المشروع، ويتحمل الطرف المتعاقد كافة المخاطر في سبيل إنجاح المشروع، وكان الهدف في تلك المرحلة حل مشكلة التصنيع والتحكم في الموارد الطبيعية وهي المشاكل التي فرضت نفسها في البلدان النامية [2].

الفقرة الثانية:

أوجه التشابه والاختلاف بين العقدين

يتشابه العقدان في أن كلا من المتعهد في عقد المفتاح في اليد وشركة المشروع في عقد البوت يتعهد بإنجاز مشروع متكامل جاهز للإستعمال مقابل أجر معين يتفق عليه في العقد[3].

كما يتفق كلا العقدين في كونهما يضمان سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية، فعقد تسليم المفتاح في اليد والذي يعد صورة من صور عقود الأشغال الدولية يضم إضافة لشركة المشروع والمقاول بعض الأطراف الأخرى كالمقاولين من الباطن والموردين والمهندسين الإستشاريين والمراقبين وما ينشأ عن كل هذه العلاقات من عقود مختلفة.

وكلا العقدين تبقى الملكية للمالك الأساسي، ففي عقد تسليم المفتاح في اليد يلتزم المورد أو

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية، المرجع السابق، ص 59.

[2]– صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 34.

[3]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 132.

المتعهد بتسليم المصنع أو المنشأة كوحدة متكاملة وجاهزة للتشغيل[1].

ويتشابه كذلك العقدان في الإلتزام بنقل التكنولوجيا أي نقل المعلومات الفنية التي تستعمل في التطبيق وتقديم الخدمات كالمعلومات الفنية اللازمة لتركيب وتشغيل الأجهزة والآلات وسائر المعارف المطبقة والطرق والمعطيات الضرورية اللازمة للإستعمال الفعلي ووضعه موضع التنفيذ[2].

ويلتزم كل من المقاول في عقد تسليم المفتاح في اليد وشركة المشروع في عقد البوت بإعداد الدراسات الأولية وتقديم المعدات ونقلها وتركيبها.

وتقدم شركة المشروع مساعداتها للمقاول فيما يتعلق بتدريب العمالة بالنسبة لعقد تسليم المفتاح في اليد ولكن دون أن تحل محله في تلك العملية، وكذلك الحال في عقد البوت إذ تلتزم الإدارة بتقديم كافة التسهيلات اللازمة للمستثمر وخلق المناخ الملائم للإستثمار بإصدار قوانين وكذلك التسهيلات الإدارية اللازمة.

وكلا العقدين يتحمل المقاول وشركة المشروع مسؤولية الأضرار الناشئة عن تنفيذ هذا المشروع خلال فترة الترخيص [3].

كما أن كلا العقدين يتشابهان أيضا في مسؤولية المتعهد عن تنفيذ أعمال المشروع إتجاه الطرف الآخر، سواء تمت بواسطته مباشرة، أو بواسطة المتعهدين الثانويين الذين يقومون بتنفيذ أجزاء المشروع[4].

غير أن هاذين العقدين يختلفان في عدة نقاط أهمها:

أن عقد البوت غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع المتعهد أو شركة المشروع جهة إدارية، بينما في عقد تسليم المفتاح في اليد غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع من القطاع الخاص، ومع ذلك يمكن أن يجري تنفيذ مشروع تسليم المفتاح في اليد لمصلحة جهة إدارية، فثمة بلدان تكون الدولة فيها هي المستثمر مباشرة وتتمثل بوزيرها المختص أو بإحدى وكالاتها المختصة أو شركة من شركات

[1]– صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 35.
[2]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 133.
[3]– صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 35.
[4]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 133.

القطاع العام[1].

كما أنه في عقد البوت غالبا ما يكون موضوع المشروع الإلتزام بمرفق من المرافق العامة، أما في عقد المفتاح في اليد فغالبا ما يدور مشروع الإلتزام في نطاق الأعمال الصناعية التي تعود للقطاع الخاص، ولكن قد يكون موضوع الإلتزام في عقد المفتاح في اليد مرفقا عاما [2].

ويتولى المتعهد في عقد البوت إدارة المشروع وتشغيله خلال مدة العقد الطويلة، بينما في عقد تسليم المفتاح في اليد تنتقل إدارة المشروع فور إنجازه إلى المستثمر وإن كان المتعهد يلتزم بعد إنجاز المشروع بتقديم المساعدة الفنية لتمكين كوادر صاحب العمل من إستيعاب التكنولوجيا وتشغيلها وتدريب العمال وتأهيلهم [3].

أما عن الحقوق المالية ففي عقد البوت يتقاضى المتعهد أجره عن طريق الرسوم التي تسمح له الدولة بتحصيلها من الجمهور الذي يستعمل المرفق العام موضوع العقد، بينما في عقد المفتاح في اليد يتقاضى المتعهد أجره من صاحب المشروع [4].

وينتهي عقد تسليم المفتاح في اليد بإكمال المشروع وتسليمه جاهزا للإستعمال إلى المستثمر، بينما في عقد البوت يكون العقد لمدة طويلة قد تصل إلى تسعة وتسعين سنة يكون المتعهد في أثنائها مستثمرا للمشروع ويتقاضى رسوما من مستعملي المرفق العام[5].

المطلب الثاني:

موقع عقد الـBOT ضمن تقنيات التسيير غير المباشر

رغم الإجماع على أن لعقد البوت خصوصية ينفرد بها وإستقلاليته عن بعض التقنيات الأخرى إلا أنه قد يشترك معها في بعض العناصر الأخرى، فعقد البوت برز من خلال رابطة عقدية جديدة إنتهجتها بعض الدول بإشراك القطاع الخاص في إدارة وتسيير المرافق العامة وإستغلالها، مما شجع الحكومات على التخلي تدريجيا عن الطرق الكلاسيكية التي إنتهجتها لزمن طويل والتي كانت في

[1]– صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 36.
[2]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 134.
[3]– صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 36.
[4]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 135.
[5]– صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 36.

معظمها تؤدي إلى إنتهاك الخزينة العمومية، مما جعل الدول تسيير تدريجيا في سياق العلاقة الجديدة للدولة بالقطاع الخاص، التي أشركت القطاع الخاص في تسيير وإستغلال المرافق العامة، من هذا المنطلق يجب التركيز على المبادئ التي تقوم عليها مختلف طرق التسيير والأنظمة والتقنيات الأخرى لمعرفة موقع عقد البوت منها، لأن هناك حدود وفواصل بين مختلف هذه الأنظمة ولأن عقد البوت لم يعتمد في الجزائر، فالحديث عن عقد البوت يأخذ إطارا واسعا لابد من خلق أساس له وعليه سنتعرف على إشكالية عقد البوت كبديل تعاقدي للخصخصة الشاملة في (الفرع الأول)، ثم إشكالية عقد البوت كوجه من أوجه التفويض (الفرع الثاني)، وإشكالية عقد الـBOT كإمتداد لعقد الإمتياز (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

إشكالية عقد البوت كبديل تعاقدي للخصخصة الشاملة

من المعلوم أن الخصخصة كانت مبتغى الحكومات من أجل الخروج من زمن الإشتراكية التي إعتمدتها بعض الدول لفترة من الزمن، وخلفت بعض الآثار الغير مرضية مما أدى إلى فشلها فإتجهت هذه الحكومات إلى النظام الرأس مالي الذي يقوم على الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج وذلك بخوصصة المشاريع والمؤسسات، وإعطاء القطاع الخاص المقيم أو غير المقيم على السواء فرصة تولي النهوض بالمشاريع العامة وحتى المؤسسات العمومية الإقتصادية (الفقرة الأولى)، وخصخصة مرافق البنية الأساسية (الفقرة الثانية).

وعقد الـBOT يخص المرافق العامة والمشاريع الكبرى الإقتصادية التي تعود ملكيتها للدولة بعد إنتهاء مدة الإستغلال، هذا ما إستدعى البحث في أوجه التشابه والإختلاف بين النظامين على إعتبار أن كل نظام ينتمي لكيان مختلف (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

تعريف الخوصصة

تعد الخوصصة وليدة الثمانينيات من القرن الماضي وذلك عندما تسلم حزب المحافظين الحكم بعد إنتخابات عام 1979، حيث تبنت حكومة تاتشر برنامج خوصصة المشروعات والمرافق العامة وشكل هذا البرنامج خطوة تاريخية، سرعان ما تبنته معظم دول العالم وأخذت به مختلف الأنظمة

السياسية وتناول مختلف المجالات الإقتصادية[1].

وعليه يعد عقد الخصخصة عقد بيع إداري، تبرمه الإدارة مع طرف من القطاع الخاص والذي بمقتضاه تتصرف الإدارة في بيع مشروع مملوك للدولة، ينقل ملكيته إلى طرف من القطاع الخاص جزئيا أو كليا، ومن آثار ذلك إعتبار طرف القطاع الخاص مساهما في رأس المال وشريكا في إدارة المشروع بنسبة ما يملكه، أما في حالة نقل الملكية إلى القطاع الخاص كليا، فإن صلة الإدارة تنقطع بالمشروع بصفة نهائية.[2]

كما عرفت الخوصصة بأنها عقد إداري تبرمه الإدارة العامة مع طرف آخر ينتمي للقطاع الخاص يتضمن بيع مشروع مملوك للدولة ونقل ملكيته كليا أو جزئيا للطرف المتعاقد معه، وفي حالة النقل الجزئي للملكية يكون هذا الطرف مساهما في رأس المال مع الطرف الأول (الدولة)، بينما في حالة نقل ملكية المشروع كليا تنقطع صلة الإدارة نهائيا بالمشروع.[3]

أما في الجزائر فقد عرف المشرع الجزائري الخوصصة في المادة الأولى الفقرة الثانية من الأمر 95-22[4] بقولها:«... تعني الخوصصة القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد عملية الخوصصة إما في تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية من مؤسسة عمومية أو جزء منها، أو كل رأس مالها أو جزء منه، لصالح أشخاص طبعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص، وإما في تحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كيفيات تحويل التسيير وممارسته وشروطه.»

إن هذا الأمر قد حقق للعمال نوعا آخر للمشاركة لم يسبق لهم أن عرفوه من قبل، والمتمثل في المشاركة في الملكية، فبعد تجربة المشاركة غير المباشرة والرسمية في التسيير، جاء الأمر رقم 95-22 المتعلق بالخوصصة بمنحهم حق الحصول على حصص في رأس مال مؤسستهم القابلة للخوصصة وهو ما يمكنهم من تملك جزئي أو كلي لأصول المؤسسة، وهنا يحتم عليهم الأمر أن

---

[1]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 259.

[2]- جهاد زوهير ديب الحرازين، عقود الإمتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الإتصالات والكهرباء، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية الطبعة الأولى 2013، ص 79.

[3]- هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 57.

[4]- أمر رقم 95-22، المؤرخ في 26 أوت 1995 يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية ج ر، عدد 48، الصادرة بتاريخ 03 -09-1995.

ينظموا في شركة يتم تكوينها حسب أحد الأشكال التي ينص عليها القانون[1]، فالخوصصة تعبر عن سياسة جديدة للدولة، الهدف منها إعطاء حرية المبادرة للأفراد وذلك بعد إنسحاب الدولة من أغلبية القطاعات[2]، إلى أن جاء الأمر رقم 01-04[3] المتمم بالأمر 08-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها الذي يوضح هذه الكيفية، خاصة ما نصت عليه أحكام المادة 13 منه[4]، ويمكن إرجاع أسباب لجوء الجزائر إلى الخوصصة إلى الأزمات المالية التي واجهت الجزائر والتي كشفت عن مواطن الضعف والوهن في أوصال إقتصادها ولذلك فإن إتخاد قرار الإلتجاء إلى الخوصصة يعتبر نتيجة حتمية لتناقص إمكانياتها المالية، بالإضافة إلى حالة الإنسداد الإقتصادي الذي أصاب القطاع العمومي بشكل عام، ناهيك عن قناعة العديد من المسؤولين السياسيين بأن الخوصصة أصبحت ظاهرة عالمية، وبالتالي لم تعد حكرا على منطقة معينة أو نظام إقتصادي معين بل أضحت أساس أي إصلاح إقتصادي[5].

إن المشرع الجزائري بنص المادة 13 من الأمر 01-04 وسع من مفهوم الخوصصة حيث جعل من الخوصصة هي التنازل عن أسهم أو حصص إجتماعية أو إكتتاب مقابل الزيادة في رأسمال المؤسسة، كذلك التنازل عن الأصول التي تنتمي إلى المؤسسة، غير أنها مستقلة عنها، وهذا التعريف يختلف عن التعريف السابق 95-22 الذي عرف الخوصصة بأنها التنازل عن التسيير للقطاع الخاص وهذا التعريف جاء غامض وضيق، فالمشرع في الأمر 95-22 جعل من الخوصصة التنازل عن التسيير من القطاع العام للقطاع الخاص ولم يدرج الأمور المتنازل عنها خلافا للأمر 01-04 الذي كان أكثر وضوحا حيث جعل من الخوصصة التنازل للخواص عن أموال كانت مملوكة للدولة.

---

[1]- مكي الدراجي – عبير شابي، الخوصصة القاعدة الأهم لإقتصاد السوق – دراسة حالة الجزائر–، مجلة البحوث والدراسات، العدد الثالث، جوان 2006، ص 280.

[2] - HABIB BENBAYER et BASUDEB CHAURHURI : La Redefinition de L'interventionnisme etatique , in le Changement dans l'administration, Actes des Colloque international, IDARA , N° 25 – 2013 , P 280

[3] - أمر رقم 01-04، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 20 أوت 2001، ص ص 11-12.

[4]- نصت المادة 13 من الأمر رقم 01-04 منه على أنه: « يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، وتشمل هذه الملكية:

– كل رأس مال المؤسسة أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة و/أو الأشخاص المعنويون الخاضعون للقانون العام، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص إجتماعية أو إكتتاب لزيادة في الرأسمال

– الأصول التي تشكل وحدة إستغلاله مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة.»

[5]- فوزية هوشمات، المرجع السابق ، ص 66 .

وأساليب الخوصصة تتعدد فليس هناك أسلوب وحيد يمكن تطبيقه في كل مراحل عمليات الخوصصة، فالمشاريع العامة [1] وإن كانت تقوم بنفس الخصائص غير أنها لا تتشابه بالضرورة في الوسائل الملائمة لخصخصتها، فهناك وسائل الخصخصة التقليدية كالشركات المختلطة وأسلوب الإمتياز وعقود الإدارة والبيع الذي قد يكون كليا أو جزئيا وعقود الإيجار، أما الوسائل الحديثة وهي ما يهمنا في هذا الموضوع والتي يتمثل جلها في عقود الـBOT ومشتقاته (DBOOT – BOOT – BTO – BOO)[2].

لكن الملاحظ أن الجمهور مقتنع بمشاريع الـBOT أكثر من إقتناعه بمشاريع الخصخصة ففي حقيقة الأمر أن طريقة الـBOT هي صيغة الحل الوسط بين الشراكة بين االقطاعين العام والخاص فيمكن أن تجعل الرأي العام متقبلا بصورة أسهل طريقة الـBOT، التي لا تؤدي إلى إنتقال ملكية أموال الدولة نهائيا إلى القطاع الخاص بل على العكس من ذلك فمن شأن هذه الطريقة أن تزيد في ملكية الدولة للأموال بدون إرهاق موازنتها، وبالتالي فإن جمهور المواطنين يطمئن إلى أن أموال الدولة باقية لها بل هي في تزايد وهذا ما يبعث الثقة والإطمئنان لها.[3]

الفقرة الثانية:

خوصصة مرافق البنية الأساسية

لخوصصة مرافق البنية الأساسية صورتان أساسيتان تتمثل الصورة الأولى في خوصصة مرافق البنية الأساسية القائمة بالفعل، ويتم في هذه الحالة نقل السيطرة على المشروعات العامة القائمة بالفعل إلى القطاع الخاص بشكل تام ونهائي عن طريق البيع المباشر، ونقل ملكية الأصول مباشرة إلى القطاع الخاص، أو عن طريق الإلتجاء إلى سوق المال ببيع أسهم وحصص القطاع العام وشركاته إلى القطاع الخاص، أو عن طريق زيادة رأسمال شركات القطاع العام والسماح بالإكتتاب في الزيادة

[1]– يعرف المشروع العام بأنه مشروع له طبيعة إقتصادية وصفة عامة تعود ملكيته للدولة أو المؤسسات أو لأشخاص معنويين ذوي منفعة عامة. أنظر في الموضوع محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود الـBOT (البناء والتشغيل والتحويل)، مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 115.

[2]– وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص ص 125–127.

[3] – إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 150–151.

للقطاع الخاص على نحو تكون أغلبية رأس المال فيه للقطاع الخاص، ومن ثم تكون للأخيرة أغلبية الملكية والسيطرة الفعلية على الإدارة.

أما الصورة الثانية من صور خوصصة المرافق العامة فيكون بإتباع مهمة الخوصصة لمشروعات لم تنشأ بعد، بحيث تمنح الدولة ترخيصا لإحدى الشركات الخاصة ببناء وتملك وتشغيل مرفق جديد ويعرف هذا الشكل من أشكال الخصخصة بنظام البناء والتملك والتشغيل BOO، وفي الصورتين السابقتين تكون الملكية والسيطرة الفعلية النهائية على تشغيل المرفق في أيدي القطاع الخاص.[1]

الفقرة الثالثة:

التشابه والاختلاف بين نظام الـBOT ونظام الخوصصة

يتشابه عقد BOT مع عقد الخوصصة في أن الأموال العامة يجري تملكها من طرف القطاع الخاص.

غير أن هذين العقدين يختلفان في كون عقد BOT ينصب على تسيير مرفق عام لمدة محددة من طرف الملتزم (شركة المشروع)، مع إحتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط مسبقة تتصل بإنشائه، فضلا عن الحق في الرقابة والإشراف حتى إنتقال ملكية المشروع إليها في نهاية فترة الإمتياز، أما في عقد الخصخصة فقد تنتقل ملكية المشروع نهائيا إلى القطاع الخاص وتنقطع صلة الدولة به ولا يحق لها بعدئذ مراقبته والإشراف عليه.

كذلك فإنه في عقد البوت لابد من إستعادة الدولة لملكية المشروع عند إنتهاء مدة العقد، بينما في عقد الخصخصة تنتقل ملكية المشروع إلى القطاع الخاص وتنقطع علاقة الدولة به [2].

الفرع الثاني:

إشكالية عقد البوت كوجه من أوجه التفويض

إن_مسألة تحديد موقع نظام الـBOT من باقي التقنيات الأخرى كتقنية التفويض من المسائل التي أثارت جدلا كبيرا وتحتمل العديد من الآراء المتباينة بين أوساط الفقهاء، نظرا للطبيعة المركبة لهذه

[1]– هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، المرجع السابق ، ص ص 240–241.

[2]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 131.

العقود، فالمشرع الفرنسي قد كانت له تجربة رائدة في حقل التفويض والمتمثلة تحديدا بنظام الإمتياز الذي كان له الأثر البارز في تحقيق مشاريع البنى التحتية والمرافق العامة في باقي دول العالم لاسيما تلك التي تتبع النظام الأنجلوسكسوني، وهذا راجع للإختلاف في النظرة لمفهوم المرفق العام أو المشاريع العامة بين النظام القانوني الفرنسي الذي يجد مصدره في القانون الروماني من جهة، والنظام الأنجلوسكسوني من جهة أخرى، مما أدى إلى إبتكار تقنيات جاءت تحت عنوان كبير يسمى بالتمويل الذاتي PFI.

والمشرع الجزائري إنتهج نهج نظيره الفرنسي حيث جعل من تقنية الإمتياز قلب التفويض ومصدره حتى أن بعض الآراء جعلت من الإمتياز المحيط الذي يظم باقي التقنيات الأخرى، فهل لعقد الـ BOT موقع ضمن باقي التقنيات الأخرى ؟ وإذا إفترضنا أن عقد الـ BOT شبيه بأحد هذه التقنيات هل يمكن إعتبار عقد الـ BOTهو الوجه الآخر والمستحدث لهذه التقنيات؟ للإجابة عن هذه التساؤلات لابد أن نفصل في تعريف تفويض المرفق العام (الفقرة الأولى)، وعناصر تقنية تفويض المرفق العام (الفقرة الثانية)، ومكانة عقد الـBOT ضمن طيات التفويض (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

المقصود بتفويض المرفق العام

قبل الخوض في معرفة موقع نظام الـ BOTمن تقنية التفويض لابد أن نعرج أولا نحو فهم معنى مصطلح التفويض وإبراز مركزه القانوني.

يعتبر مصطلح تفويض المرفق العام مصطلح جديد لعلاقة قديمة بين القطاع العام والقطاع الخاص، وقد أستعمل مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة من طرف الأستاذ J–M.Auby في سنوات الثمانينات في كتابه "المرافق العمومية المحلية"، فهو إطار عام يجمع كل العقود التي تتضمن تفويض التسيير، لكنه في اللغة القانونية لم يستعمل حتى سنوات التسعينات، من خلال قانون رقم 92–125 المتعلق بالإدارة الإقليمية loi joxe وهذا القانون إستعمل المصطلح لكن لم يعطه معنى دقيقا بحيث إستعمل إتفاقية تفويض المرفق، إتفاقية التسيير المفوض، عقد المرفق العام[1]، وعمليا فإن تفويض المرفق العام أصبح أمرا مهما[2]، وهنا يكمن التساؤل هل أن جميع هذه العقود تدخل في مفهوم

[1]– نادية ضريفي، المرجع السابق، ص ص 127–128.

[2] - Pierre Esplugas,Le service public ,connaissance du droit Dalloz , 1998 , p 84

تفويض المرفق العام؟ أم أن للأخير معنى آخر يرتبط بأنواع معينة ومحددة من العقود الإدارية ؟ لعل الإجابة على هذه التساؤلات يكمن بداية في عرض مختلف التعاريف التي أعطاها الفقه لهذه التقنية والتي بقيت تتنوع وتتمايز، إلى أن وضع المشرع الفرنسي حدا لها من خلال التعريف الذي أتى به [1].

لقد عرف الأستاذ C.CHenuaud-Frazier التفويض بأنه التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل (إمتياز- إيجار – التسيير....) وبذلك فتفويض المرفق مصطلح واسع يضم كل العقود التي تتنازل الهيئات العمومية من خلالها عن تسيير مرفق عام دون أن تتنازل عنه كليا[2].

أما الفقيهان O.Rousset وD.Laurent فقد عرفا هذه التقنية بأنها :« عقد مسمى أو غير مسمى تقوم من خلاله الجماعة العامة المحلية بنقل لشخص قانوني مستقل إدارة نشاط ذات منفعة عامة محلية يدخل ضمن صلاحياتها ويقع عليها مهمة تحقيقه.»، كذلك الفقيهان Waline وRivero عرفا التقنية بأنها :«إتفاقية تعهد إلى متعاقد الإدارة بتنفيذ المرفق العام.»[3] فتحديد معايير تفويض المرافق العامة يجب أن تكون دقيقة وذلك حتى يتسنى لنا فهم وإستعاب فرضيات التفويض المتعددة بطبيعتها، ومن هنا تمكين النظام القانوني من تغطية الوضعيات التعاقدية بأكثر نجاعة وفعالية وإستنادا على هذه المعايير تظهر لنا الصفات التعاقدية لتفويض المرافق العمومية [4].

وتتمثل هذه المعايير في وجود مرفق عام قابل للتفويض، وجود طرفين لإقامة الرابطة التعاقدية ووجود عقد يوضح الرابطة التعاقدية ويحمل كل بنود وشروط التفاوض بشكل كاف وشامل.

وقد تدخل المشرع الفرنسي في مجال تفويض المرافق العامة فيما لا يقل عن سبعة قوانين كرست وبشكل واضح أسلوب التفويض في مجال تسيير المرافق العامة، ويعد القانون رقم 93-12 المتعلق بالوقاية من الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الإقتصادية والإجراءات العامة المعروف بقانون Sapin من أهم هذه القوانين حيث عرفته المادة 38 منه المعدلة بموجب المادة 03 من القانون رقم 1168-

[1]– وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة –، المرجع السابق، ص 57.

[2]– نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 128

[3]– وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة –، المرجع السابق، ص ص 58-59

[4] Jean-Francois lachaume ,Claudie boiteau , Helene pauliat , Grands services publics ,2 édition Dalloz paris , 2004 , P221.

2001[1] الذي يطلق عليه تسمية Murcef وجاء النص بالفرنسية [2] على النحو التالي:

«Un délégation de service public est un contrat par lequel une personne de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité a un délégataire public ou prive , dont la rémunération est substantiellement liées aux résultats de l'exploitation du service le délégataire peut être charge de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens ou services »

وقد إتجه هذا القانون في ثلاثة إتجاهات:

- وضع القواعد والأصول اللازمة لإبرام عقود التفويض.
- تدعيم وترسيخ قواعد فرض الرقابة.
- فرض قيود في مضمون عقد التفويض[3].

وقد قطع قانون Sapin شوطا كبيرا في تطور فكرة تفويض المرفق العام حيث وسع من نطاق هذه التقنية لتشمل كل العقود التي يبرمها كل شخص عام بما في ذلك الدولة والمؤسسات العمومية، كما ساهم هذا القانون في وضع النظام العام لإتفاقية تفويض المرفق العام وإجراءات إبرامها فأصبح بذلك قانون Sapin مع التعديلات التي خضع لها لاحقا، يشكل الإطار القانوني لتقنية تفويض المرفق العام[4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف تفويض المرفق العام من خلال المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام حيث نصت المادة 02 منه على:

«يقصد بتفويض المرفق العام في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية ، لمدة محددة ، إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام»، أما المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فقد وضح صيغ التفويض في أشكاله الأربعة الإمتياز الإيجار الوكالة المحفزة والتسيير، وعليه نجد أنا المشرع الجزائري قد أعطى تعريفا وافيا لمصطلح التفويض رغم إهماله أو عدم إدراجه في تعريف التفويض للشراكة

[1] - Loi n 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de reformes a caractere economique et financier , jorf n 288 du 12 decembre 2001 , texte n 1 , sur site www.legifrance.gouv.fr.

- تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 05 ديسمبر 2019 على الساعة 17:30 مساء.

[2]- سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 18.

[3]- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة ، المرجع السابق، ص 46.

[4]- سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 19.

العمومية بين القطاعين العام والخاص، والتي تعد عماد التفويض لأن التفويض في معناه الأصح ما هو إلا شراكة بين قطاعين عام وخاص، حيث أن القطاع العام الممثل في الدولة أو إحدى هيآتها أطلق زمام المبادرة للخواص لإنشاء وإستغلال وإدارة المرفق العام أو المشروع الذي كان تحت يد القطاع العام في الصفة التدخلية التي كانت تستحوذ عليها الدولة في الفترة السابقة، أي الفترة الممتدة منذ سنة 1989 قبل المرحلة الإنتقالية التي تعد أهم مرحلة في الحياة الإقتصادية للجزائر فالتفويض في صورته الإقتصادية ما هو إلا منح إمتيازات السلطة العامة في المشاريع الإقتصادية للخواص من أجل مباشرتها لفترة محددة من الزمن تدرج ضمن العقد، مقابل الحصول على نتائج الإستغلال، وتلعب الدولة هنا دور رقابي فقط أو دور ضبطي على هذه المشاريع.

الفقرة الثانية:

عناصر تقنية تفويض المرفق العام

ينبثق عن تفويض المرفق العام عدة عناصر تكونه وتميزه عن باقي التقنيات، وتتمثل هذه العناصر في وجود مرفق عام (أولا)، قابلية المرفق للتفويض (ثانيا)، إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال (ثالثا).

أولا: وجود مرفق عام

نظرا لمكانة المرفق العام في القانون الإداري وتطور أساليب إدارته غير أن الفقهاء لم يتمكنوا من وضع تعريف شامل للمرفق العام، وهذا بدوره جعل محاولات فقهية كثيرة تتضارب بشأنه ولكن يتفق أغلب الفقهاء عند القيام بتحديد مفهوم المرفق العام أن هذا الأخير يعكس إحدى تصورات الدولة حيث عرفه البعض بأنه نشاط تباشره السلطة العامة لإشباع حاجة ذات نفع عام، وهذا هو المعنى المادي للمرفق العام حيث يركز على العمل الذي يقوم به المرفق تحقيقا للنفع العام، مثل التعليم الصحة الأمن.... الخ في حين يعرفه البعض الأخر بأنه هيئة عامة تعمل بإنتظام على تزويد الجمهور بالحاجات العامة وتستعين بسلطات الإدارة لتحقيق أهدافها وهذا هو المعنى العضوي للمرفق العام مثل الجامعات المستشفيات العامة....إلخ [1].

[1]– سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 27.

ومن الطبيعي أن نجد المصلحة العامة أقوى تجسيدا لها في المرافق العامة، وأن تدور هذه المرافق معها وجودا وعدما، وبما أن القانون الإداري هو قانون المصلحة العامة فقد قدره أنصار نظرية المرافق العامة قانونا لهذه المرافق، فما وجدت قواعده وتشكلت إلا لأجل تنظيمها وتسييرها ومن ثم تحقيق المصلحة العامة التي تقوم عليها، وعليه فالمرفق العام هو الذي تجتمع فيه عناصر ثلاثة:

1- أن يتصل نشاطه بالصالح العام.

2- أن تديره وتشرف عليه هيئة مكلفة بذلك.

3- أن يمنح حقوقا وإمتيازات خاصة.

وفيما يتعلق بنشاط التعليم الصحة الأمن الدفاع...الخ هو في كل الأحوال وأيا ما كانت طبيعة المرفق أو طريقة تشغيله فهي نشاط متصل بالصالح العام[1].

وتظهر في المرافق العامة بوضوح مالا يترك مجالا للشك لسيطرة الدولة على المرفق العام سواء تمت إدارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فيكفي دائما أن يكون للسلطة العامة الكلمة العليا في إدارة المشروع العام وفي تنظيمه وحسن سيره، وبطبيعة الحال تختلف هذه السيطرة من قبل السلطة العامة بإختلاف الطرق والأساليب التي يدار بها المرفق العام، وتطبق على المرافق العامة الإدارية والمرافق الإقتصادية والمشروعات المؤممة نفس المبادئ[2]، فالقطاع العام عند بدأ نشاطه كان ولايزال مضطرا للتعامل مع القطاع الخاص سواء كمنافس أو متعامل في شكل مقاولين وموردين ومنافذ توزيع ومصدرين[3].

أما فيما يتعلق بإلغاء المرافق العامة فتتمتع السلطة العامة كما هو الحال في إنشاءه بسلطة تقديرية فلها أيضا السلطة التقديرية في إلغاء المرفق إذا لم يعد وجوده ضروريا لأي سبب من الأسباب، وليس لأحد سواء من العاملين بالمرفق أو من جمهور المنتفعين بأن يحتج في مواجهتها يوجود حقوق مكتسبة له من إستمرارية المرفق[4].

ويكتسي المرفق العام في الجزائر أساسا مدلولين يتمثل الأول في أنه مؤسسة أي الجهاز الذي يسير الشؤون العمومية كالدولة والجماعات المحلية، أما المدلول الثاني يتمثل في إعتبار المرفق العام

---

[1]- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 10.

[2]- سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، د ط لبنان، 2009، ص 177.

[3]- صلاح عباس، الخصخصة المصطلح والتطبيق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، د ت، ص 49.

[4]- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 13.

نشاط أي النشاط الذي تقوم به الأجهزة سواء أكانت من أشخاص القانون العام أو الخاص بهدف تحقيق المصلحة العامة[1]، ويتأكد هذا التوجه من خلال الإضطلاع على القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

ومن المعلوم أن التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة لا يمكن أن يمنح إلا من قبل شخص معنوي عام (دولة – مؤسسة عامة – بلدية)، يكون مسئولا أصلا عن إدارته وتنظيمه وحتى أحيانا عن إنشائه، وعليه لا بمكن لأشخاص القانون الخاص منح تفويض في إدارة وإستثمار مرفق عام لأن هذا المنح يدخل في الإختصاص الحصري لأشخاص القانون العام النابع أصلا من إمتيازات السلطة العامة [2]، كما أن مهمة مراقبة سير المرفق العام منحها القانون للجماعات المحلية[3].

فيعد تفويض المرفق العام إحدى طرق إدارة المرفق العام، وبالتالي يجب أن يشكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما، فلا نكون بصدد عقد تفويض إذا لم يأخذ النشاط الممارس من قبل أشخاص القانون الخاص شكل مرفقا عاما، وإن كان الأساس في تحديد ما إذا كان النشاط يشكل مرفقا عاما أم لا هو طبيعة النشاط نفسه بحيث يكون محققا للمصلحة العامة [4].

ثانيا- قابلية المرفق للتفويض

لا يكون تفويض المرفق العام إلا إذا كان المرفق قابلا للتفويض وعليه لا توجد قائمة محددة للمرافق القابلة للتفويض، فمن حيث المبدأ جميع المرافق العامة سواء أكانت إدارية أو صناعية أو تجارية قابلة لأن تكون موضوعا لتقنية التفويض قد يعبر عنها بالنصوص التشريعية أو وفقا للإجتهاد كما هو الحال في فرنسا، فرغم تضارب آراء الفقه حول مدى قابلية المرافق العامة الإدارية للتفويض حيث يرى البعض أن المرافق الصناعية والتجارية تقبل بأن تكون موضوعا للتفويض بحكم القانون المختلط المطبق عليها، مما يشجع الخواص على تسييرها بسبب الربح الذي تسعى إلى تحقيقه على عكس المرافق العامة الإدارية[5].

---

[1]- سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 27.

[2]- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 66.

[3] - Pierre Esplugas, op cit , p 75 .

[4]- سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 28.

[5] - المرجع نفسه، ص 28.

ثالثا-إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستغلال

أكد الفقه والإجتهاد القضائي على أن عقد تفويض المرفق العام يتضمن إرتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الإستثمار، ويعني ذلك أن المقابل المالي يجب أن يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الإستثمار التي تنتج عن إدارته للمرفق وتشغيله على نفقته ومسؤوليته، ولا يعني إرتباط المقابل المالي بنتائج الإستثمار أن مصدر المقابل المالي هو للمستفيدين من خدمات المرفق العام بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الإرتباط بنتائج الاستغلال[1]، كالعقود المبرمة مع الأشخاص الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجرة محددة لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء، فلا يعد هذا العقد تفويض مرفق عام، كما يتولى صاحب التفويض إستغلال المرفق العام على نفقته ويلقى على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، وفي بعض العقود يتحمل أعباء إقامة المرفق العام ويقابل ذلك حصوله على التعريفات الناتجة عن إستعمال خدمات المرفق العام أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة للتفويض[2].

وأكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي في قضية Commune de Guilherand Grange[3] حيث أبرم عقد بين الشخص العام المحلي وشركة للمياه بفرنسا لتنفيذ مرفق توزيع المياه، وحدد المقابل المالي بحيث تحصل مؤسسة التوزيع على جزء ثابت بدل إستعمال العدادات وجزء آخر متغير حسب إستهلاك المياه، والجزء الثابت يساوي عشرين بالمائة من المقابل المالي يدفعه الشخص العام، في حين يشكل الجزء المتغير ثمانين بالمائة يدفعه المستفيدون من خدمات المرفق مقابل إستهلاكهم للمياه الموزعة، وعلى الرغم من أن الجزء الأكبر من المقابل المالي يدفع من قبل المستفيدين إلا أن مجلس الدولة الفرنسي إعتبر أن العقد يشكل صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام ، لأن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لمخاطر الإستغلال، لاسيما وأن الخدمة المؤداة هي توزيع المياه والمياه تشكل حاجة ضرورية لكل المواطنين ولا يمكن الإستغناء عنها، وبالتالي فإن توفر العدد الكافي

---

[1]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 450.

[2]- سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 32.

[3] - Conseil d'état , 7/10 SSR, du 7 avril 1999 , n 156008 ,mentionne aux tables du recueil lebon.sur site https://legifrance.gouv.fr.

-ورد عن مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 05 مارس 2019، على الساعة 20:30 مساءً.

من المشتركين في الخدمة لا يشكل أية مخاطر إقتصادية [1].

وفي قضية[2] **TeissrieM.M Savaryet** التي تتلخص وقائعها في تعاقد بلدية Bordeaux عن طريق عقد إمتياز المرفق العام مع شركة لإعادة بناء السوق البلدي، فقد قضت محكمة إستئناف بوردو بأن العقد موضوع النزاع يدخل في إطار تقنية التفويض على أساس أن صاحب التفويض يحقق عائدات من المنتفعين من السوق مانسبته 75 ٪ مقارنة مع ما تدفعه البلدية له والتي لا تتجاوز نسبة 25 ٪ كمشاركة منها لتغطية نفقات الأشغال، وبالتالي فإن صاحب التفويض يتحمل نسبيا المخاطر والعبء المالي المرتبط بعائداته المرتبطة هي الأخرى بنتائج الاستغلال[3].

وإستبعد مجلس الدولة الفرنسي من نطاق عقد تفويض المرفق العام الإتفاقات التي تبرمها أشخاص القانون العام والتي تتضمن دفع مساهمات إلى الجمعيات مقابل الخدمات المؤداة على إعتبار أن المقابل المالي لا يعكس تحمل المتعاقد مع الإدارة لأية مخاطر إقتصادية، ما يعني أنه لا يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الإستغلال [4].

الفقرة الثالثة:

مكانة عقد الـBOT ضمن طيات التفويض

إن لكل من نظام الـBOT وتقنية التفويض في الجزائر خصوصيات ونقاط تميزه عن الآخر والتي طرحت عدة إشكالات لم يجب عليها المشرع الجزائري في التشريعات التي أصدرها طوال الفترات السابقة من الزمن، إلى أن جاء المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي أدرج تحت بند نظام التفويض عدة أشكال لتسيير المرافق العامة المحلية من طرف الخواص فالتفويض مصطلح واسع يضم مجموعة من العقود أهمها الإمتياز والإيجار والوكالة المحفزة والتسيير، وقد عرف المشرع الجزائري التفويض في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام لكن كان إغفالا منه عدم إدراج تعريف لنظام

---

[1]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق ، ص ص 451- 452.

[2]-journal officiel de la republique francaise , conseil de la republique n 50 C R vendredi 27-07-1956.sur site https://www.senat.fr.

- ورد عن سهيلة فوناس، المرجع السابق، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 05 مارس 2019، على الساعة 21:15 مساءا.

[3]- سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 33.

[4]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 452.

الـBOT حتى نتمكن من التفرقة بين هذه الأنظمة المستحدثة، على إعتبار أن كلا النظامين من النظم المستحدثة في الجزائر، إلا أن كل نظام ينتمي إلى كيان مستقل، فنظام التفويض ينتمي للكيان الفرنسي أما نظام الـBOT فينتمي للكيان الأنجلوسكسوني.

إلا أن كليهما يرخص للقطاع الخاص إنشاء وإستغلال مرفق عام لمدة متفق عليها، وبعد إنتهاء مدة الترخيص تعود ملكية المرفق العام للدولة المانحة.

والبعض يرجح أن هناك خصوصيات لعقد التفويض، على الرغم من أن أصوله توجد في عقد الإمتياز[1].

الفرع الثالث:

إشكالية عقد الـBOT كإمتداد لعقد الإمتياز

يقال أن عقد الـBOT هو إمتداد لعقد الإمتياز في صورته الحديثة، لكن الملاحظ أنه رغم التشابه الكبير الذي يوليه كل نظام للآخر إلا أن هناك فرقات عديدة ينفرد بها كل نظام عن الآخر، ويبرز هذا الإختلاف في نشأة كل نظام وإختلاف عناصره، لهذا إعتمدنا على تعريف عقد الإمتياز (الفقرة الأولى) وإستخراج خصائصه (الفقرة الثانية)، وإبراز أوجه التشابه والإختلاف بين العقدين (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

تعريف عقد الإمتياز

عرفت الجزائر منذ الإستقلال نظام الإمتياز وإتسع العمل به منذ سنة 1989 من خلال إنتهاج الدولة إديولوجية جديدة أكثر مرونة في التسيير[2].

---

[1] ABDESSALEM B EKK ALI , La Paratique de la Gestion delegueé au Maroc reflexions Sur La Porteé de la Convention Conclue Entre la Communauté Urbaine de Casablanca et la Lyonnaise des Eaux, Remald, serie, Themes Actuels , N° 30 , 2001, P 105.

[2] – يعتبر الإمتياز وليد الإيديولوجية الليبرالية في تسيير المرفق العام، إلا أنه أستعمل في الجزائر منذ الإستقلال إلى يومنا هذا لكن بنسب متفاوتة بين مختلف المراحل التي مر بها النظام القانوني الجزائري، والذي تأثر بمختلف الأنظمة التي مرت بها الجزائر أستعمل الإمتياز بعد الإستقلال مباشرة مع التأميمات، وأستعمل لإقامة علاقة قانونية بين الدولة والمؤسسات العامة التي أحدثت لتسيير النشاطات أو القطاعات المؤسسة، وأستعمل أيضا لتأطير العلاقات بين الدولة والجماعات المحلية (البلدية)، كما هو الحال في إمتياز قاعات السينما والأملاك ذات الطابع السياحي وبعض المنشآت الرياضية، ثم تقهقر هذا الأسلوب وتخلت عنه الدولة بالرغم من إستعماله في بعض الحالات وتكريسه صراحة في قانون البلدية سنة 1967 ولاسيما الماد 220 منه، وقانون الولاية لسنة 1969 ولاسيما المادة 136 منه ويقول الأستاذ محمد بوسماح أن سبب تقهقر أسلوب الإمتياز هو الإستبدال التدريجي

فقد أعطى الفقه تعريفا لعقد الإلتزام أو عقد إمتياز المرافق العامة والذي يعتبر من أشهر العقود الإدارية المسماة ولعله أهمها أيضا على الأقل في الدول غير الإشتراكية، فقد عرف بأنه:« عقد إداري يتولى الملتزم فردا أكان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام إقتصادي وإستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الإمتياز» [1]، كما يمكن إعطاء تعريف فقهي آخر لعقد الإمتياز بأنه: «عقد إداري تعهد فيه الإدارة 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 عرف عقد الإمتياز بأنه: «هو العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية (شخص عام) شخصا عموميا أو خاصا بإستغلال مرفق عام بكل أعبائه ومخاطره وأرباحه ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتوات المرتفقين مباشرة »، ويعرفه الأستاذ: C.Chenuaud-Frazier: «الإمتياز هو الإتفاقية التي من خلالها يفوض شخص عموميا بإستغلال مرفق عام لشخص آخر، وأجرهم حدد حسب النتائج المالية للإستغلال »، فالإمتياز هو النموذج الأساسي لتفويض المرفق العام، فصاحب الإمتياز مكلف بالهياكل القاعدية بناء وتسيير،لأن صاحب الإمتياز لا يقوم بالتسيير والإستغلال فقط بل بكل الأعمال والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام[3]، ولهذا فإن الإمتياز هو قلب تفويض المرفق العام وهو أهم صورة له، وهناك تيار في فرنسا يدعو إلى جمع كل طرق تفويض المرفق العام

للمؤسسات العمومية بالمؤسسات الإشتراكية، التي تكفلت بتسيير المرفق العام، وقد عاد المشرع الجزائري ليكرس نظام الامتياز ولكن هذه المرة بنهج جديد كوسيلة ليبرالية لتسيير المرفق العام، وكرس من خلال قانون المياه لسنة 1983 (القانون 83-17) والتي عرفت الإمتياز وكرسته كتوجه جديد، وكذا المرسوم رقم 85-260 المؤرخ في 29 أكتوبر 1985 المتضمن الموافق على دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتيازات في تسيير تجهيزات الري في المساحات المسقية وإستغلالها وصيانتها، وبعد 1989 وتغيير المنهج من الإشتراكي إلى الليبرالي الذي كرسته عدة نصوص، يأخذ الإمتياز مكانة لابأس بها على الأقل قانونيا مثل المرسوم التنفيذي 96- 308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 يتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة، يعتبر إذا إمتياز المرفق العمومي أسلوبا لبيراليا في إدارة المرافق العامة، لذلك لم يزدهر في الجزائر حين طبق النظام الإشتراكي في السبعينات والثمانينيات. أنظر في الموضوع نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 170-171.

[1]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة 1991 مصر، ص108.

[2]- إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة BOT – دراسة مقارنة –، دار الكتاب الحديث، ط الأولى، 2011، القاهرة، ص 37.

[3]- نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 154.

في طريقة واحدة هي الإمتياز والذي يعتبر الشكل الأساسي والجيد والكامل.[1]

وقد عرف القانون المدني المصري[2] في مادته 668 عقد الإمتياز بأنه:« إلتزام المرافق العامة عقد الغرض منه "إدارة" مرفق عام ذي صبغة إقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة تعهد إليها بإستغلال المرفق مدة معينة من الزمن.»، أما المادة 669 فتقرر أداء الخدمة وفقا للشروط المدرجة في عقد الإمتياز والمادة 670 تؤكد على مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة وهي إحدى القواعد الضابطة لسير المرافق العامة.[3]

إلا أن الشيء الملفت للإنتباه فيما يخص هذا النوع من الإمتياز ومن خلال إخفاق تجربة إمتياز مطار الجزائر العاصمة أنه لم يعرف نجاحا كبيرا فيقول في هذا الإطار رئيس المجلس الوطني الإقتصادي والإجتماعي Le CNES مايلي:«....فقد كنا في السابق سذجا لأننا إعتقدنا أن أساليب التسيير والتمويل من خلال الإمتياز في إيطار صيغة البناء والإستغلال والتحويل BOT كانت حلولا للتنمية وتطوير قطاع النقل، وقد تبين أن مشروع الطريق السريع شرق- غرب الإستراتيجي يمكن أن يظل لسنوات ينتظر دون أن يجد مهتم خاصة في الأماكن المعزولة، والأمر ينطبق كذلك على مشروع بناء مطار الجزائر وميترو الجزائر وتحديث السكك الحديدية، وهذا فيما يخص مطار العاصمة فقد قررت السلطات العمومية إتمام عملية إنجازه بتمويل من الخزينة العمومية [4].

لكن إذا كان التمويل من الخزينة العمومية، فهذا يتعارض مع الهدف من التعاقد وفق نظام البوت، لأن التمويل في نظام البوت يكون على عاتق القطاع الخاص، فالقطاع العام يطمع في تخفيف العبء المالي الذي يمكن أن تتكبده لو كان التمويل من طرفه.

وقد جاء المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بتعريف لعقد الإمتياز في المادة 210 منه كالتالي:«.... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشئات أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإما تعهد له فقط إستغلال المرفق

---

[1]- نادية ضريفي، المرجع السابق، ص153.

[2]- القانون رقم 131 لسنة 1948 الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948 ، يتعلق بالقانون المدني المصري، ج ر عدد 108 مكرر أ، الصادرة بتاريخ 29 -07-1948. منشور على الموقع: http://www.wipo.int

-تاريخ الاطلاع على الموقع 05 جوان 2020 على الساعة 20:35 مساءً.

[3]-إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 39.

[4]- ناصر لباد، المرجع السابق، ص ص 200-201.

العام، يستغل المفوض له المرفق العام بإسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام، يمول المفوض له الإنجاز وإقتناء الممتلكات وإستغلال المرفق العام بنفسه.»، يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد ربط مصطلح التفويض بالإمتياز عندما أطلق على المتعاقدين تسمية المفوض والمقوض له، كما أن العناصر التي يقوم عليها الإمتياز من (إنشاء وإستغلال وتمويل ومقابل الإستغلال) متى توافرت نكون أمام عقود إمتياز وهي نفسها العناصر التي يقوم عليها عقد الـ BOT.

الفقرة الثانية:

الخصائص القانونية لعقد الإمتياز

إن أهم خصائص عقد الإمتياز أو عقد إلتزام المرافق العامة كما يطلق عليه المشرع المصري تتمثل فيما يلي:

1. أن يتصل موضوع عقد إمتياز المرافق العامة بإدارة وتسيير مرفق عام إقتصادي.

2. ينبغي تحرير عقد إلتزام المرافق العامة بين طرفين أحدهما الدولة أو إحدى هيئاتها الإدارية وبين شخص عادي أو شركة يطلق عليه الملتزم، ويتحمل نفقات تسيير المرفق ولمدة محددة.

3. يحصل الملتزم على رسوم من المنتفعين مقابل إدارته للمرفق.[1]

4. أن الإدارة في هذا العقد بالذات تتمتع بسلطات إستثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، وهذا بغرض حماية فئة المنتفعين.

5. يلتزم المتعاقد مع الإدارة أن يتولى تسيير مرفق عام يحدده العقد ويتقيد بكل الضوابط بما فيها المالية وكذلك تجسيد المساواة بين فئة المنتفعين.

6. يتحمل الملتزم في عقد الإمتياز النفقات الناتجة عن تسيير المشروع، ويضمن له سيرا منتظما ومضطردا، وبالمقابل تلتزم جهة الإدارة في حال إختلال توازنه المالي بأن تعيد له هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن [2].

7. وعقد الإمتياز يتميز بطول مدته مقارنة بعقود تفويض المرافق العامة الأخرى، وعليه فهذا العقد

[1]– مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 54.

[2]– عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 2011، الجزائر، ص 105.

لا يمكن أن يكون عقد دائم للأبد، فهو مجرد طريقة للتسيير وهذا ما يميزه عن بقية العقود الأخرى[1].

الفقرة الثالثة:

مدى التقارب والتباعد بين عقد الـ BOT وعقد الإمتياز

إن نظام الإمتياز الذي عرفته الجزائر منذ الإستقلال وإتسع العمل به منذ سنة 1989 من خلال إنتهاج الدولة للإديولوجية جديدة أكثر مرونة في التسيير، فالإمتياز هو الصورة الأقرب لعقود الBOT لأنهما يشتركان قي عدة عناصر، ولهذا سنحاول إبراز نقاط التشابه والإختلاف بين عقود الإمتياز وعقد الـ BOT.

أولا- النقاط المشتركة بين أسلوب الإمتياز وأسلوب BOT

تشترك عقود الإمتياز وعقود BOT في بعض النقاط يمكن سردها فيما يلي:

- تتفق هاتان الطائفتان من العقود في إرتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد من نتائج الإستغلال لتأخذ فكرة المخاطر المرتبطة بالتشغيل معناها الواسع، إذ يحصل المتعاقد على حقوقه المالية من المنتفعين بالخدمة، مما يربط نتائج الإستغلال بمستخدمي المرفق نتيجة العلاقة المباشرة التي تربط المتعاقد بالجمهور، فقد نصت المادة 3 ف 5 ج من عقد الBOT المبرم بين الهيئة العامة للطيران المدني المصرية مع شركة إستثمارية على أنه:« يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والإنتفاع والإستغلال، وقيمة إستهلاك المياه والكهرباء». هذا الأمر لا يمنع من أن شركة المشروع يمكن أن تتقاضى حقوقها المالية من جهة الإدارة في عقود البوت، إذ تنص بعض العقود أو القوانين على إلتزام الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع بالأخص في المجالات الحيوية، مثل شراء منتوج الشركات التي تقوم بإنجاز محطات الكهرباء أو المياه، على أن تقوم هي بعد ذلك ببيعه للجمهور[2].

- يكون الطرف الثاني في كلا العقدين من أشخاص القانون الخاص، حيث أن القطاع الخاص يتولى في كلا الأسلوبين عملية إستغلال مشروع عمومي خلال مدة محددة في العقد.

---

[1] - DAVID SOLDINI , La Délégation De Service Public: sa fonction, ses critères, in RFDA , N° 6, 2005 , P 75.

[2]- سميرة حصايم، المرجع السابق ، ص ص 44-45.

– تتولى الدولة مهمة الرقابة في كلا العقدين دون التدخل في الإنشاء أو الإستغلال.

ثانيا– أوجه الإختلاف بين أسلوب الإمتياز وأسلوب الـBOT

إن الإختلاف الجوهري لعقد الـBOT أنه يطلق اليد بالكامل للقطاع الخاص في الإستغلال والتسيير طوال مدة الإستغلال[1]، فرغم إتفاق غالبية الفقه أن عقود الـBOT تجد أساسها في عقود الإمتياز، إلا أن البعض الآخر يرى أن عقد BOT يختلف عن عقد إمتياز المرفق العام الذي أطلق اليد للقطاع الخاص في التصرف أي الإستغلال فلم تكن الحكومة تمارس سلطة عليه.[2] إلا أنه لصاحب الإمتياز بعض مزايا السلطة العامة، بينما حائز عقد الـBOT يفتقد هذه المزايا[3].

كما تختلف عقود الـBOT عن عقود الإلتزام في قيام شركة المشروع في عقود الـBOT بتصميم المشروع، لتتكفل بذلك بعبء مالي ضخم، فقد وصلت تكاليف إنشاء محطة توليد الكهرباء بالفحم في الصين إلى مبلغ 616 مليون دولار تم تمويلها برأس مالي أجنبي بالكامل.

وهذا العبء المالي الملقى على عاتق شركة المشروع في عقد البوت يكون معتبرا إذا ما قورن بذلك الذي على عاتق الملتزم في عقد الإلتزام، أين تقوم الدولة بإنشاء المرفق وتسليمه بعد ذلك للملتزم ليتولى إدارته، فعقود الإلتزام بذلك هي عقود إدارة، أما عقود الـBOT فهي عقود تمويل مقترنة بالإدارة كأثر لهذا التمويل، وعلى ذلك فإن تدخل الدولة بصفتها سلطة عامة في تعديل عقد الإلتزام يكون أمر وارد دون أن يكلفها ذلك نفقات باهظة، أما في عقود الـBOT فإن العبء المالي الضخم الذي تتحمله شركة المشروع يثقل يد الدولة في التدخل لتعديل الإلتزامات المتفق عليها، لأن ذلك قد يكلفها مبالغ تفوق ما تكبده المستثمر من نفقات[4].

كما أن عقود الـBOT تختلف عن عقود إلتزام المرافق العامة في مسألة تحمل المخاطر، فتمويل مشاريع البوت يتم عن طريق مؤسسات التمويل دون حق الرجوع أو بحق رجوع محدود لا على شركة المشروع ولا على السلطة المتعاقدة، لأن عائدات المشروع من مقاولين ومشغلين وموردين على عكس

---

[1] – نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 146

[2] – إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 55.

[3]– محي الدين القيسي، فض المنازعات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن طريق القضاء أو التحكيم، بحوث وأوراق عمل ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2012، مصر، ص 199.

[4] – سميرة حصايم ، المرجع السابق، ص 46.

الحاصل في عقود الإلتزام أين تقع كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة على عاتق الملتزم.[1]

وعقد الإمتياز قابل للمفاوضة كغيره من العقود العادية خاصة إذا كانت نفقات الإستثمار ضخمة جدا بالنسبة لصاحب الإمتياز، ويمكن للإدارة المانحة تقديم إعانات تجهيز أو إعانات التوازن وهذا كطريقة تكميلية فقط، لكن يبقى الأساس هو تلك الإتاوات المقدمة من طرف المرتفقين والناتجة عن الإستغلال المباشر للمرفق العام[2]، وهذا مالا يتوفر في عقود الـBOT، فالإدارة المانحة للإمتياز لا تمنح أي إعانات بخصوص التجهيز ولا بخصوص التوازن المالي بل يمكن أن تدخل كشريك بأسهم في المشروع لا تتجاوز نسبة 20٪ بالإضافة إلى أنه يمكن تقديم الموقع أو الأرض التي سيقام عليها المشروع[3].

وأولى مراحل عقد الـ BOT هي الإنشاء أي أن المستثمر هو الذي يقوم بإنشاء المشروع وبناءه ومن ثم إستغلاله، بينما في نظام الإمتياز يمكن أن يكون في إطار مهمة مرفقيه قد لاستدعي بالضرورة بناء منشئات عامة فقد يكون المرفق موجود أصلا وتعهد إليه فقط بمهمة الإستغلال.

ويتعلق عقد BOT بالمشاريع الإقتصادية والتجارية الضخمة كمشاريع البنى التحتية بالأخص بينما الإمتياز فيمكن أن يتعلق بمشاريع كبرى وحتى المشاريع الصغرى، سواء أكانت إقتصادية أو تجارية وحتى مرافق إدارية.

فالعناصر الثلاثة المكونة لعقد الـ BOT من بناء وتشغيل وتحويل يمكن ألا تتوافر جميعا في عقد الإمتياز فيمكن أن يكون إستغلالا للمرفق دون إنشائه.

وفي حالة وقوع أي طارئ في عقد الـBOT * يؤدي إلى إرتفاع في حجم التكاليف، فتتحمل شركة المشروع دون سواها الزيادة في النفقات، بينما في عقد الإمتياز يتقاسم المستثمر الزيادة في التكاليف مع السلطة المفوضة عبر إجراء تعديلات في شروط تنفيذ المشروع.

---

[1] – سميرة حصايم ، المرجع السابق، ص ص 46-47.

[2] – نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 154.

[3] – وهذا ما نصت عليه المادة 3 من الإتفاقية النموذجية الخاصة بمنح إمتياز الطريق السريع بقولها: « تسلم الدولة لصاحب الإمتياز بمقتضى الشروط المحددة في دفتر الأعباء الأراضي المكتسبة سابقا والمنشئات الكبرى التي أنجزها».

* –ويعد أسلوب الـ BOT من الأساليب المستحدثة في إقامة المشاريع والذي يختلف عن تقنية الإمتياز ومن بين هذه الإختلافات أن المستثمر في نظام الـ BOT يتمتع بإستقلالية كاملة ومطلقة، ويعتبر المسئول الأول والوحيد من نتائج الإستثمار ففي مشروع Eurotunnel المقام في لبنان والمنفذ بنظام الـ BOT، نصت المادة 12 من العقد المنعقد بين الشركة الملتزمة والمستثمرة مع الدولتين الفرنسية والإنجليزية على تمتع المستثمر بحرية كاملة وكبيرة في الإدارة والإستثمار، بحيث يتحمل وحده بالمقابل المخاطر الإستثمارية دون أية مشاركة من الدولتين المعنيتين وهذا دليل على أن عقد الـ BOT ليس بعقد إمتياز. أنظر في الموضوع محي الدين القبسي، فض المنازعات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP عن طريق القضاء أو التحكيم، المرجع السابق ص 199.

كما أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ينتمي للنموذج الأنجلوسكسوني، أما نظام الإمتياز الذي يعد شكلا من أشكال التفويض فينتمي للنموذج الفرنسي.

وعقد الإمتياز يتميز بطول مدته مقارنة بعقود تفويض المرافق العامة الأخرى، وعليه فهذا العقد لايمكن أن يكون عقد دائم للأبد، فهو مجرد طريقة للتسيير وهذا ما يميزه عن بقية العقود الأخرى[1].

[1] - DAVID SOLDINI , La Délégation De Service Public: sa fonction, ses critères, in RFDA , N° 6, 2005 , P 75.

ملخص الفصل الأول

نخلص من كل ما إحتواه هذا الفصل أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـBOT هو من الأساليب الحديثة والمهمة، والتي تبنتها أغلبية الدول خصوصا النامية منها من أجل رفع العبء المالي للموازنات العامة عن خزينتها، فهذه العقود هي بمثابة مصدر للتمويل لإقامة مشاريع إقتصادية ضخمة كمشاريع البنى التحتية.

ونظرا لتضمن عقد الـBOT معايير العقد الإداري والتي تتمثل في وجود شخص عام كطرف من أطراف الرابطة التعاقدية، إضافة لتعلق هذه العقود بالمرفق العام فيمكن ترجيح هذه العقود على أنها عقود ذات طابع إداري، إضافة إلى إكتسابه الطابع الدولي لأن الطرف الثاني عادة ما يكون مستثمرا أجنبيا وذلك وفقا للمعيار القانوني الذي يضفي الصفة الدولية للعقد، والمعيار الإقتصادي الذي يوحي إلى إعتبار العقد دوليا إذا تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية من تداول لرؤوس الأموال وإنتقال للسلع والخدمات.

كما يتضح أن هذه العقود تتميز بنوع من التعقيد والتشابك، مما أوجد صعوبة في تحديد موقع لها من بين العقود الأخرى التي حملها المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مما خلق غموض في تكييفها.

و بالنظر إلى المنظومة القانونية الجزائرية، يتضح أن هناك فراغ قانوني واضح بخصوص عقود الـBOT وهذا ما يستدعي تدارك هذا الأمر من طرف المقنن الجزائري وإستعجاله بخلق منظومة قانونية موحدة لهذا النوع من العقود، أو إدخال إصلاحات على بعض التشريعات السابقة كقوانين الإستثمار وقوانين الضرائب وقوانين الملكية....إلخ، وهذا ما من شأنه تحقيق الهدف الذي نسعى لتحقيقه، لما لهذه المشاريع من أهمية في العلو بالإقتصاد الوطني وتحقيقا للمصلحة العامة.

الفصل الثاني:

مسار نظام الBOT

في عمره الإفتراضي

لابد أن لكل مشروع إستثماري مراحل يمر بها طوال عمره الإفتراضي هذه المراحل التي تمثل واقعه العملي ومصيره طوال مدة التعاقد، ويعد عقد الـBOT الذي هو موضوع دراستنا من العقود التي أعتبر التمويل من طرف القطاع الخاص حجر الأساس الذي يميزه عن العقود الأخرى، لذا لابد من التمعن في إجراءاته والأخذ بعين الإعتبار ضرورة أخذ الحيطة والحذر عند القيام بعملية التعاقد، حيث أن الخصوصية التي ينفرد بها عقد الـBOT تجعل من إجراءاته تنفرد هي الأخرى بنوع من التعقيد والتميز.

كما أن المخاطر الملقاة بالكامل على عاتق القطاع الخاص تخلق تخوفا كبيرا يجعل عملية التعاقد صعبة نوعا ما على حسب الإختلافات الإديولوجية لكل دولة ودرجة نموها مقارنة بالدول الأخرى، لذلك كان لزاما التمعن وتوضيح إجراءاته وفق دراسات دقيقة لموضوع المشروع منذ إطلاق المشروع في شكل مناقصة كدعوة للتعاقد إلى غاية رسوه على أحد المشاركين، أين تبدأ مرحلة المد والجزر بين المتعاقدين من أجل إيصال العقد إلى مبتغى الطرفين وبما يخدم مصالحهما، مع الأخذ بعين الإعتبار قوانين وتنظيمات الدولة صاحبة المشروع.

ورغم الأثر الذي يبرزه عقد الـBOT وما يتميز به من خصوصية تجعل منه عقدا فريدا من حيث التكوين، فكل مرحلة من مراحله لها تقنيات خاصة لإتمامها هذا ما يخلق إشكالا حول مدى قدرة كلا الطرفين على تقديم أكبر قدر من العناية لإيصال المشروع إلى نهايته مع تخطي كل مراحله بنجاح.

وعليه حاولنا دراسة هذا الطرح في ثلاث مباحث، يتمثل أولاها في توضيح كيفية إبرام عقود الـBOT، أما المبحث الثاني فنتكلم فيه عن مصادر تمويل هذه العقود ومعالجة المخاطر المحتملة لهذه المشروعات، ونختم هذا الفصل بنهاية هذه المشروعات في مبحث ثالث.

المبحث الأول:

عقد الـ BOT وخصوصية إجراءاته

تعد عقود الـBOT من العقود الرضائية التي لابد أن تتم وفق إيجاب وقبول بين الطرفين، وبما أن عقود الـBOT هي من العقود الإستثمارية العملاقة طويلة الأمد مما خلق إشكالية تعقد إجراءاته على إعتبار ما يتطلبه من دقة ومرونة في التطبيق، نظرا لكبر حجمها وطول مدة التعاقد، فيكون على المتعاقدين إتخاذ الحيطة والحذر عند عملية إبرام العقد، لأن ما يتضمنه العقد من بنود لابد من الإلتزام بها، وكل إخلال بهذه الإلتزامات سيجعل من الطرفين يقعان في نزاعات تستدعي أحيانا اللجوء للقضاء وتعرض الطرف الذي أخل بالإلتزام لجزاءات وعقوبات، وعليه سنقسم هذه الدراسة إلى ثلاث مطالب نتكلم في أولها عن إجراءات التعاقد، أما المطلب الثاني فنتحدث فيه عن إعداد وإبرام العقد، ونختم هذه الدراسة بمطلب ثالث نتحدث فيه عن مرحلة تنفيذ المشروع ونقل التكنولوجيا.

المطلب الأول:

إجراءات التعاقد

في الواقع أن لكل تعاقد إجراءات خاصة به ويمر عبر مراحل وجزئيات لا ينبغي تجاهلها أو الإغفال عنها، لأن الإخلال بأحدها يمكن أن يبرز أثار سلبية على موضوع العقد، فعقود البوت يقتضي إبرامها شروط إجرائية معينة وهذا يعود إلى خصوصية هذه العقود وإتساع نطاقها فهي تخص مشروعات ضخمة وحساسة تخص البنى التحتية التي هي عماد كل دولة، كما تضم عدة عقود مركبة تنبثق عنها وعليه حاولنا إبراز هذه الإجراءات من خلال عرضنا للإجراءات السابقة على التعاقد (الفرع الأول)، وطرح المشروع للتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الإجراءات السابقة على التعاقد

تعد الإجراءات السابقة على التعاقد هي نقطة البداية بالنسبة لمشروعات الـBOT، حيث يتولى القطاع العام تحديد إحتياجاته من المشروعات والمرافق التي يمكن أن تقام بنظام الـBOT (الفقرة الأولى)، كما تقوم الجهة المانحة أيضا بإعداد دراسة جدوى للمشروع المزمع إقامته بهذا النظام (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

تحديد المشروع من قبل الجهة الإدارية

غالبا ما يتم إختيار المشروع المبرم بشأنه التعاقد بنظام الBOT من قبل الجهة الإدارية حيث تتولى مهمة القيام بهذه المرحلة من تحديد مشروعات البنى التحتية التي تحتاج إلى تمويل من القطاع الخاص من بين المرافق التي تعاني من سوء تقديم الخدمات أو قصورها، وتقوم الحكومة بإعداد قائمة بتلك المشروعات التي يحتاج إليها المواطنين[1]، وهذه المرحلة هي نقطة البداية في مشروعات البوت حيث تختار الدولة المشروع بناءا على دراسات مسبقة علمية وإقتصادية وفنية [2]، وتقوم الدولة أو أحد أجهزتها الإدارية بإعداد دراسات الجدوى بجوانبها الفنية والإقتصادية والسياسية والإجتماعية للمشروع وكذلك تحديد المواصفات الفنية التي تلتزم بتأديتها شركة المشروع أثناء إنشائه[3]، وعليه لا بد أن يتضمن إختيار المشروع بيان مواصفاته الفنية والمالية وجدواه الإقتصادية والإجتماعية وقدرته على جذب المستثمرين لإقناعهم بمردوده الإقتصادي[4].

وقد نصت على ذلك المادة 04 من المرسوم التنفيذي 11-220[5] بقولها: « يجب أن يتضمن طلب الإمتياز المنصوص عليه في المادة 03 أعلاه البيانات الآتية:

- عناصر تعريف الأشخاص الطبيعيين والمعنويين أصحاب طلب الإمتياز.
- التحديد الجغرافي لموقع إنجاز الهياكل المزمع إنجازها.
- حجم المياه الواجب إنتاجها في اليوم.

---

[1]- وتعد أول خطوة لإقامة أي مشروع هي تحديد مدى الحاجة إليه، وطالما أن الحديث ينصب هنا على مشروعات البنية الأساسية، فإن مهمة التعرف على المشروع تقع على كاهل الحكومة أو أحد المؤسسات الممثلة لها وعادة ما تبدأ هذه الخطوة بتقدير الطلب على خدمات مشروعات البنية الأساسية ممثلة في الطرق والكباري والموانئء والمطارات ومحطات توليد الكهرباء وغيرها خلال فترة مقبلة، ثم تحديد نسبة العجز المتوقعة في خدمات كل بند من هذه البنود، وتحديد الأولويات بالنسبة للحاجة منها ووفقا لذلك يمكن تحديد المشروعات الأولى بالتنفيذ. أنظر في الموضوع مصطفى عبد المحسن الحبشي المرجع السابق ص 80، وعبد القادر محمد عبد القادر عطية، المرجع سابق ص 650.

[2] -Ledang Doanh , Les rapports entre la société ad hoc B O T. et la puissance public , In Revue internationale de droit compare , Vol 49 n: 4 Octobre – décembre 1997,.P 894..

[3] – مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع سابق، ص 80.

[4] – إلياس ناصيف، المرجع سابق، ص 178.

[5]- المرسوم التنفيذي 11-220، المؤرخ في 12 جوان 2011 يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ح.ر عدد 34، الصادر في 19 جوان 2011.

- الإستعمال المرتقب للمياه المنتجة.
- موقع تفريغ المياه القذرة.....».

وإذا ما إنتهت مرحلة تحديد المشروعات المزمع إقامتها بأسلوب الـBOT سواء أكانت بناءا على عمل من قبل السلطة المختصة، أم بناءا على إقتراح من المستثمرين، تأتي بعد ذلك مرحلة أخرى وهي إعداد دراسة الجدوى[1]، والتي سنوضحها فيما يلي:

الفقرة الثانية:

إعداد دراسة الجدوى

لابد من القيام بعملية دراسة جدوى للمشروع وذلك بتحليل المشروع من حيث حجمه وموقعه والإختبارات الفنية له، والفحص المبدئي والموارد التمويلية للمشروع، وحجم العائد الأساسي ومقدار ربحيته، هذا يعني أن دراسة الجدوى هي عبارة عن مجموعة الأسس العلمية المستمدة في علوم الإقتصاد ومن علم المحاسبة ومن بحوث العمليات، والتي تستخدم في تجميع البيانات ودراستها وتحليلها بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية المشروع من جوانبه المختلفة القانونية التسويقية والبيئية والمالية والإجتماعية[2].

ولهذا تضع الإدارة دراسة جدوى لعقد الـBOT قبل إقدامها على تلزيم المشروع تبين فيها أهمية المشروع ومردوده المالي والإقتصادي والإجتماعي وشروطه الفنية وضرورة تنفيذه، وتتضمن دراسة الجدوى تعاملا مع المستقبل يتمثل بتقديرات تنطوي في ذاتها على إحتمالات مطابقتها للواقع أو الإنحراف عنه، إذ أن تنفيذ المشروع موضوع الدراسة يتم بغرض تشغيله لسنوات مقبلة وهو أمر يفرض إهتماما متزايدا بمراعاة الدقة في التقديرات[3]، وقد نصت على ذلك المادة 16 من المرسوم التنفيذي 04-417[4] بقولها: « يتعين على صاحب الإمتياز إحترام أحكام المادة 04 أعلاه، والمخططات التي

---

[1]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع سابق ص 121.

[2] - كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 165.

[3]- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 178.

[4]- المرسوم التنفيذي 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004 يحدد الشروط المتعلقة بإمتياز إنجاز المنشأت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها المتعلق، ج.ر، عدد 82 الصادر في 22 ديسمبر 2004.

تعدها السلطة المانحة.»، إضافة إلى المادة 3 من المرسوم التنفيذي 96-308[1] والتي نصت على: «... يتم تسليم دراسات التعريف والدراسات الخاصة بالمشاريع التمهيدية الموجزة والمفصلة التي يعدها مانح الإمتياز إلى صاحب الامتياز »، بمعنى أنه على السلطة المانحة إعداد دراسة جدوى للمشروع وتسليمها للمتعاقد معها وعلى المتعاقد معها التقيد بالبنود التي وضعتها السلطة المانحة.

وقد لا تكون للسلطة المانحة لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية الـBOT الخبرة الكافية لعمل دراسة جدوى خاصة، وأن نظام الـBOT نظاما حديثا نسبيا، ففي هذه الحالة ليس هناك أي حرج على الحكومة من أن تستفيد من تجارب الدول الأخرى التي سبقتها، كما يمكن الإستعانة بالخبراء والإستشاريين المتخصصين سواءا في ذلك الأجانب أو الواطنين في كافة الجوانب المالية والتقنية والقانونية المتعلقة بالمشروع، وإذا كانت الحكومات المعنية هي التي يقع عليها إقامة هذه الدراسة فإن ذلك لا يمنع شركة المشروع أيضا من إجراء مثل هذه الدراسة للوقوف على الكفاية الإقتصادية للمشروع وقياس مدى ربحيته من وجهة نظر شركة المشروع، ومدى حجم التدفقات النقدية المنتظرة من المشروع[2].

وينصب الإهتمام في إعداد دراسة الجدوى الإقتصادية بالتعرف على دورة حياة المشروع، وضمان إختياره على أسس علمية بإتباع الخطوات الآتية:

1- تحديد المشروع والغرض منه والفوائد الناجمة عن تنفيذه وأثره على المنطقة والتوسعات المستقبلية وإختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعة المشروع، وتحديد درجة ملاءمة مرافق البنية الأساسية اللازمة للمشروع وتشغيله[3].

2- إختيار الموقع المناسب للمشروع بما يعود بالفائدة المباشرة سواء على المنتفعين أو على شركة المشروع.

3- بيان عوامل الإنتاج المختلفة ومدى توافرها، مع تحديد نسبة التصنيع المحلي والأيدي العاملة المحلية في المشروع.

4- دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات والبنية التحتية

[1]-المرسوم التنفيذي 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 يتعلق بمنح إمتياز الطرق السريعة، ج.ر عدد 55 الصادر في 25 سبتمبر 1996.

[2]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق ص 124.

[3]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق ص 200-201.

والإستثمارية اللازمة له [1].

5- وصف تفصيلي لموقع المشروع يوضح توفر العوامل الرئيسية المطلوبة.

6- التصميم الأولي للمشروع الذي يظهر إمكانية التنفيذ بسهولة ويسر مشتملا على التكاليف المناسبة للمشروع.

7- تقويم الآثار البيئية المتوقعة من إنشاء المشروع المقترح والطرق المناسبة لمواجهتها والحد من تأثيراتها السلبية.

8- دراسة الجدوى الإقتصادية والمالية للمشروع متضمنة دراسة دقيقة للمتغيرات الأساسية المؤثرة [2].

وعلى هذا الأساس نجد أن الدولة الفرنسية أيضا تطور قطاع الطرق بإستعمال أسلوب البوت، من خلال إجرائها لدراسات قبلية لحاجات الدولة لخدمات هذا القطاع ، وهذا من خلال تخصيص 8500 كلم من الطرق السريعة الفرنسية من أصل 11000 كلم للقطاع الخاص، في حين أن 2500 كلم من هذه الطرق بقيت ممولة من قبل الدولة كل هذا بعد دراسة جدواها من السلطات المعنية بذلك والمتمثلة في كل من الوزير المكلف بالطرق الوطنية، ووزير البيئة، الطاقة، والتنمية المستدامة ووزير التخطيط من خلال المديرية العامة للبنية التحتية ووزير النقل[3].

الفرع الثاني:

طرح المشروع للتعاقد

بعد القيام بمختلف الإجراءات السابقة على التعاقد من تحديد للمشروع ودراسات الجدوى المختلفة التي لا يخلو أي مشروع إستثماري منها، يستلزم بعدها طرح المشروع للتعاقد والمنافسة بين المتعاملين الإقتصاديين الأجانب (الفقرة الأولى)، من أجل ضمان أفضل للحصول على أحسن متعاقد للقيام بمشروع البوت ومن ثم إبرام العقد (الفقرة الثانية).

---

[1]- الياس ناصيف، المرجع السابق ص 173.

[2]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 167.

[3]- يسمينة لعجال – دليدية دوفان ، التعاقد بأسلوب البوت في التشريعين الجزائري والفرنسي، مقال منشور بالمجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، عدد 01، أكتوبر 2017، ص 118 .

الفقرة الأولى:

الدعوة للمنافسة والتعاقد في عقود الـ BOT

إن الصفقات العمومية تبرم وفق أسلوبين وضحتهما المادة 39[1] من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث تبرم وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي، وسنوضح تفاصيل ذلك وفق مايلي:

أولا- أسلوب المناقصة

عرفت المناقصة ضمن المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر بأنها: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.»، وهذا التعريف كان أكثر وضوحا من المرسوم الرئاسي السابق 10-236 حيث أبرز الطبيعة العقدية للصفقة العمومية حيث وصفها بأنها عقد مكتوب على غرار المرسوم الرئاسي السابق 10-236 الذي عرف الصفقة العمومية بموجب المادة 26 بأنها:« المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.»، هذا التعريف وصف المناقصة بأنها إجراء حيث أخفى الصفة العقدية للصفقة، فالصفقة قبل أن تكون إجراء فهي عقد وهذا العقد يبرم وفق إجراءات حددها القانون.

كما أن الصفقة لا تبرم ولا تصح إلا إذا وافق عليها أشخاص أشارت إليهم المادة 04 من المرسوم 15-247 والتي حددتهم في نصها: « لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

مسؤول الهيئة العمومية – الوزير – الوالي – رئيس المجلس الشعبي البلدي – المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين..... »، فالصفقة لا تنعقد إلا بعد الحصول على ترخيص من السلطة المختصة والذي حددتها المادة 4 حسب الحالة أو المشروع الذي ستبرم الصفقة بشأنه.

[1]-المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1- إعداد ملف المناقصة والإعلان عنها

تنقسم هذه المرحلة إلى مرحلتين فرعيتين:

ينطوي موضوع عقود الـBOT على المشروعات العملاقة في مجالات مختلفة مثل محطات إنتاج الطاقة الكهربائية، وإنتاج وتوزيع المياه وجمع ومعالجة النفايات وكذلك إنشاء المطارات وإنشاء وتوسيع الموانئ والسكك الحديدية وشبكات المترو داخل المدن والطرق السريعة ذات الرسوم المرورية والإتصالات....الخ، لذا فإن هذه المشروعات غالبا ما يتم إبرامها عن طريق مناقصات دولية، بيد أنه ليس هناك ما يمنع أن تكون المناقصة داخلية[1].

وتلتزم الجهة المانحة للإلتزام تضمين كراسة الشروط المواصفات التي تكفل لها الحصول على تكنولوجيا متقدمة، بالإضافة إلى الشروط التي تضمن لها نقل ملكية المشروع مرة أخرى وبحالة جيدة وكذلك يتعين أن تحتوي كراسة الشروط على بعض التسهيلات التي تساعد الملتزم على إقامة المشروع[2].

وفي الغالب ما تتضمن كراسة الشروط أو ملف المناقصة الجوانب الفنية للمشروع المرتبطة بوصف المشروع ومتطلباته فضلا عن البيانات الآتية:[3]

- مدة الإلتزام ومدة الإنتهاء من بناء المشروع.
- التكنولوجيا الواجب إستخدامها والمواصفات الفنية التي يجب تنفيذ المشروع وفقا لها.
- إتفاقية شراء المنتجات أو الخدمات التي يقدمها المشروع.
- كيفية تحويل مداخيل المشروع المالية ومدى إمكانية تحويلها إلى عملات أجنبية أخرى.
- القانون الواجب التطبيق وطرق حل المنازعات.
- بيان قواعد تحديد أسعار خدمات ومنتجات المشروع، وكذلك بيان الدعم الحكومي وشكل هذا الدعم إن وجد، كما يجب أن تستوفي كراسة الشروط أو ملف المناقصة على المعايير الدولية ويجب أن تكون صياغتها دقيقة ومتوازنة بالقدر اللازم لجذب ثقة الشركات العالمية المتخصصة.

فتحضير ملف المناقصة لا يكفي بل لابد من خطوة أخرى تتمثل في الإشهار والإعلان عنها فيعد الإعلان عن المناقصة إجراء جوهري بالنسبة لعقود الـBOT لا تتم بدونه، وبمقتضاه توجه الدعوة

---

[1]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق ص 133.

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ص 163.

[3]- طه محميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 133-134.

إلى كل الملتزمين للإشتراك بالمناقصة والتعاقد مع الإدارة وهو يتضمن دعوة إلى الإضطلاع على الشروط الموضوعية التي يتم على أساسها تقديم العروض إلى الجهة الإدارية المانحة[1].

فمبدأ الإعلان عن المناقصة يعد من أهم الميادئ التي تحرص عليها كل التشريعات، ويهدف إلى إنتقاء الإدارة لأفضل المستثمرين سواءا في النواحي الفنية أو النواحي المالية، هذا وقد أكدت كل القوانين التي تنظم مشروعات الـBOT على وجوب إبرام عقود الـBOT في إطار المنافسة والعلانية[2].

ويعتبر مبدأ علانية المناقصة العامة ككفيل لتحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة الواجب توافرها في إجراءات المناقصة العامة، إذ أنه يبين الإجراءات والشروط التي يمكن للمتقدمين التعاقد مع الإدارة والتنافس على أساسها، وإذا كانت المناقصة كأسلوب لإبرام العقد الإداري تستهدف أن تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض شروطا وسعرا فلا شك أن الإعلان عن إجراءات المناقصة سوف يعمل على تحقيق هذا الهدف الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصة لإبرام العقد الإداري[3].

ومن النادر عمليا أن يتضمن الإعلان على المناقصة كافة المعلومات والشروط التي تحددها الإدارة لإجراء المنافصة، ولذلك فإن الإعلان عن المناقصة يحيل في تحديد موضوع المناقصة والشروط المتطلبة فيه وكافة بياناته إلى ما يعرف بكراسة الشروط التي تعدها جهة الإدارة بخصوص موضوع المناقصة، والتي تتضمن قوائم الأصناف أو الأعمال، وفي واقع الأمر تتضمن كراسة الشروط كثيرا من أحكام العقد المزمع إبرامه بعد إتمام إجراءات المناقصة، كما أنه كلما كانت شروطها عامة ومجردة كان ذلك تطبيقا عمليا لمبدأ المنافسة وضرورة التسوية بين من يوجه إليهم الإعلان في المناقصة [4].

2- شروط إختيار المتعاقد في عقود الـ BOT

تعد مرحلة إختيار المتعاقد في عقود البوت مرحلة هامة ولها معايير أساسية تمكن الإدارة من إختيار المتعاقد المناسب ويكون ذلك وفق مايلي:

---

[1]- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 193.

[2]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص ص 134-135.

[3]- جابر جاد نصار، عقود الـBOT والتطور الحديث لعقود الإلتزام، المرجع السابق، ص 118.

[4]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 151.

أ- مبدأ العلانية والمنافسة الحرة

يتم الإعلان في عقد الإمتياز بطريقة المناقصة المحدودة ولهذا يجب أن يتضمن الإعلان كقاعدة عامة شروطا ملزمة لجهة الإدارة وعلى الجهة الأخيرة إحترام الإعلان من حيث المدة وكيفية إجراء الإعلان، وعدد مراته وإلا ترتب البطلان على مخالفة هذه الشروط وكذلك الشأن إذا لم تحترم جهة الإدارة المدة المقررة للإعلان أو لم تسلم أحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة[1].

ولهذا يتعين على الجهة الحكومية الإلتزام بالشفافية والعلانية وكلاهما يؤدي إلى غاية واحدة وهي المكاشفة والصراحة والوضوح وإزالة مناخ الضبابية والتعتيم وعدم الثقة التي تولدت فيما مضى بين الحكومة والقطاع الخاص، وبهذه المثابة تعد العلانية صورة معبرة لمدلول الشفافية وهو أمر معنوي يلمسه المستثمرون حثيثا من وسائل العلانية المتاحة لهم بما يمكن معه القول أن اللفظين مترادفين[2].

إن مفاد المنافسة الحرة هو فتح باب التزاحم الشريف أمام من يود الإشتراك في المناقصة ومعاملة المتنافسين على قدم المساواة، إذ أنه لا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعطى لأقرانه أو على حسابهم[3].

وتتحقق المنافسة كمبدأ عام من خلال فتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطائهم، وفي هذه الحالة لا تكون جهة الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة[4]، و أشارت إلى ذلك المادة 02 من المرسوم التنفيذي 09 -152[5]، والتي نصت على: « يقصد بالمزاد العلني المفتوح عرض الإمتياز عن طريق المنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الإستفادة من الإمتياز على الأرضية المعنية وذلك لإنجاز مشروع إستثماري وفقا لقواعد التهيئة والتعمير المطبقة.»، وأشارت إلى ذلك أيضا المادة 03 من نفس المرسوم بقولها: « يقصد بالمزاد العلني المحدود عرض الإمتياز، عن طريق المنافسة، على أرضية موجهة لمشروع إستثماري ذي طبيعة محددة مسبقا والذي يشارك فيه المستثمرون الذين تتوافر فيهم بعض شروط التأهيل فقط ».

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 157.

[2]- المرجع نفسه، ص 157.

[3]- المرجع نفسه، ص 157.

[4]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص 137-138.

[5]- المرسوم التنفيذي 09-152، المؤرخ في 2 ماي 2009، شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج ر عدد 27، الصادر في 06 ماي 2009.

ب-مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين

من المعروف أن مبدأ المساواة هو مبدأ عام يحكم المناقصات العامة والمزايدات ويكفل للمتنافسين الإشتراك في هذه المناقصات والمزايدات العامة على قدم المساواة، ولذلك لا يحق لجهة الإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم [1].

غير أنه للإدارة الحق في وضع بعض القيود والشروط مستهدفة تحقيق الصالح العام، ويتم تنفيذ ذلك بطريق الإستبعاد العام بمعنى وضع شروط وقيود بطريق الإستبعاد العام الذي يعد إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين الغير مرغوب فيهم من المناقصات التابعة لها بشكل نهائي أو لفترة محدودة، ويقرر الإستبعاد العام في فرنسا في حالتين كجزاء على خطأ تعاقدي أو بسبب النقص الواضح في إمكانيات ومؤهلات بعض المتعهدين، فتدرجهم في قائمة المحرومين من دخول مناقصاتها، ويتعين في الحالتين تبليغ من يشملهم قرار الإستبعاد حتى يتاح لهم التظلم وفق القانون والمطالبة بالتعويض إذا ترتب على قرار الإستبعاد ضررا ماديا أو معنويا [2].

و إذا كان مبدأ حرية المنافسة والمساواة يعني حرية دخول المناقصة لأن هذا المبدأ يتحدد بما يكون للإدارة من سلطة في تقرير حرمان أحد الأشخاص أو المشروعات من التقدم للمناقصات العامة التي تجريها، وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون موقوتا وقد يكون غير محدد المدة وقد يكون مانعا للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجريها الإدارة، وقد يقتصر على بعضها وفي كل الأحوال فإنه يترتب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم حتى ولو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التي حددتها الجهة الإدارية[3].

ونصت على مبدأ المساواة المادة 05 من المرسوم 15-247 بقولها: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم»، فمبدأ المساواة بين المترشحين هو مبدأ مكفول بنص القانون، وهذا ما أكدت عليه أيضا المادة 21 من قانون ترقية الإستثمار 16-09: «..... يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنوين

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 159.

[2]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص 144-145.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 160.

الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة بإستثماراتهم ».

ج- مبدأ حرية الإدارة في إختيار المتعاقد

إن للإدارة حرية إختيار المتعاقد معها كقاعدة عامة وهذا ما كفله لها القانون طالما أن المشرع لم يلزمها بأسلوب معين عند التعاقد، وهذه سلطة تقديرية تستعملها الإدارة في حدود الصالح العام[1].

وعليه لابد من توافر عناصر مهمة ومعينه في الملتزم في عقود إمتياز المرافق العامة وما يلحق بها من عقود البوت كالقدرة المالية والخبرة الفنية وحسن السمعة بدرجة عالية وذلك حتى تطمئن على حسن إدارة مرفق الإمتياز لعشرات السنين، وهي أمور بالغة الأهمية يؤيدها جانب كبير من الفقه وتجعل هذه القاعدة أساسا فاعلا عند إختيار الملتزم من خلال تأكد الإدارة ماليا في قدرته على حمل المسؤولية في شأن مرفق الإمتياز وتقديم خدمات لجمهور المنتفهين بإنتظام وإضطراد[2].

وبهذا ظهرت الحاجة إلى التوفيق بين إعتبارات السلطة التقديرية للإدارة لوزن الإمكانيات التقنية للمتنافسين وبين الحصول على أفضل سعر ممكن وتبلورت هذه النظرة من خلال مفهوم جديد للمناقصة يقوم على أساس عنصرين:

- فك القيود التي رتبها المشرع على الإدارة في معرض قبولها للمرشحين للمنافسة بحيث لا تكون سلطتها مقيدة بقبول المرشح لمجرد إستيفائه الشروط بإستبعاد مبدأ الدخول الحر إلى المنافسة.

- بقاء مبدأ الإسناد التلقائي الذي يحكم المناقصة العادية بحيث أصبح السعر الأقل هو الفيصل في تحديد المتعاقد، وبذلك تم التوفيق بين مصلحة الإدارة التقنية بتقييد الدخول إلى المنافسة ومصلحة الإدارة المالية ببقاء مبدأ الإرساء على السعر الأقل[3].

وقد أكد المشرع الجزائري على ذلك بنص المادة 76 من المرسوم 15-247 على هذا المبدأ بقوله: « تختص المصلحة المتعاقدة بإختيار المتعاقد، مع مراعاة تطبيق أحكام الفصل الخامس من هذا المرسوم المتعلق برقابة الصفقات».

وقد إنصرفت الإدارة في فرنسا خلال القرن التاسع عشر عن أسلوب المناقصة بصبغتها التقليدية القائمة على أساس المنافسة الحرة المطلقة، والإرساء على السعر الأقل، لأن الطابع المتزايد للمرافق العامة أدى الى ظهور حاجات معقدة ذات طبيعة خاصة لم تكن معروفة سلفا، وصارت محلا لعقود

---

[1]-إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 151.

[2]-عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 161.

[3]- المرجع نفسه، ص 152.

إدارية ذات ملامح تقنية جديدة، وكان لامناص من تحديد المتنافسين المتمتعين بالأهلية التقنية الكافية لتنفيذ مثل هذه الإدعاءات بحرية كاملة، دون الإعتماد على آليات العرض والطلب ذات النتائج غير المضمونة من منطلق وجوب ترك الأمر بين أيدي أمينة تدرك أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد ليست علاقة تضارب وتنافر بقدر ماهي علاقة تعاون في سبيل التنفيذ الأمثل لحاجات المرفق العام[1].

3- طلب التأهيل وتقديم العروض أو العطاءات

يجب أن تتوافر إستراتيجية مناقصات واضحة وكاملة قبل أن تبدأ الدولة أو الحكومة في تنفيذ مشروع BOT، فالتجارب السابقة تؤكد أن نجاح أي مشروع BOT يتوقف وبدرجة كبيرة على الخطوات والإجراءات المحددة من أجل إختيار الشركة الراعية للمشروع والتي تصبح مسئولة عن تنفيذه، فغالبا إغفال مثل هذه الإجراءات يؤثر على كفاءة المشروع ويصبح تنفيذه باهض التكاليف بل هناك إحتمال لفشله وتعثره مما يؤثر سلبا على مستوى البنية الأساسية بالدولة[2].

ويعتمد نجاح أي مشروع بوت على مرحلة التأهيل أي مرحلة ما قبل إسناد العطاء للشركة المرشحة لتنفيذ المشروع، فلا يصح الإسناد بناءا على حكم إختياري أو نتيجة ضغوط خارجية فالشفافية والمصداقية والمعاملة المتساوية تعتبر العامل الأول في جذب الإستثمارات الأجنبية لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية، ويعد التأهيل من الأمور الأساسية لضمان إستبعاد الشركات غير الجادة وإختيار الأشخاص القادرة على النهوض بأعباء ومسؤوليات تمويل المشروع طوال مدة الإمتياز[3].

وعليه فقبل تقديم العطاء يجب أن يقدم المتعاقد مايثبت أهليته وقدرته لتنفيذ المشروع ثم إعداد هذا العطاء، فلكي تتوافر الأهلية لدى المتعاقد يطلب منه أمران:

الأول أن يقدم سابقة خبرته والمستندات الدالة عليها مع العطاء، أما الثاني الدعوة إلى سبق التأهيل وهي دعوة المتقدمين إلى المناقصة إلى تقديم مستندات سابقة الخبرة أو سابقة الأعمال والفارق بين الأمرين أنه في الأمر الثاني يشترط سابقة خبرة أو أعمال تمت بالفعل [4].

وعلى كل مستثمر أجنبي يرغب الدخول في المناقصة أن يقدم بعض المستندات اللازمة لتقييم

---

[1]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 151.

[2]- سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 139.

[3]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص 202-203.

[4]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 171.

موقفه قبل السماح له بالتقدم ومنها:

- شهادة خبرة وعقود لأداء مشروعات مماثلة من قبل.
- ما يفيد أن لديه مقدرة تنظيمية لإدارة المشروع.
- الوضع المالي والإئتماني.
- أراء قانونية لكيفية التعامل مع المشروع.

ذات الإتجاه إعتمده المشرع الجزائري في حالة العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة وهي الصفة التي تميز عمليات عقود البوت، حيث دعا إلى إعتماد أسلوب الإستشارة الإنتقائية أو الدعوة إلى الإنتقاء الأولي، وبذلك تستطيع الجهة الحكومية أن تقصر الدخول في المناقصة على المشروعات التي تستطيع بحكم قدرتها المالية القيام بتنفيذ المشروع [1].

بعد الإعلان على المشروع فإن الشركات التي قبلت بعد تأهيلها، عليها أن تعد العطاء وتقدمه إلى الجهة الإدارية، وإعداد العطاء يكون وفقا للشروط والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة، ويجب على المتقدم أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها الجهة الحكومية، كما يجب أن يتضمن العطاء مصادر تمويل المشروع والضمانات التي تكفل تنفيذه، ويحب أن يتضمن الرسومات الخاصة بالمشروع وخطط التنفيذ والوقت الذي يتم الإنجاز خلاله[2].

فيقوم المستثمرون الراغبون في التعاقد على إنشاء المشروع بتقديم عروضهم وذلك بناءا على الدعوة الموجهة من الحكومة أو من يمثلها بتقديم هذه العروض، ويتم تقديم العروض من خلال مشروع آخر أو شركة قائمة بذاتها عرض فردى أو من خلال عرض مشترك وهنا تظهر فكرة الكونسرتيوم حيث يتجمع المستثمرون ويكونون إتحادا ماليا لإعداد عطاء، ويوقع أعضاء الإتحاد إتفاقية مبدئية يحددون فيها نسبة مساهمة كل منهم في رأس المال والدور الذي يقوم به كل عضو في المشروع [3] ولن يتأتى ذلك إلا من خلال القيام بإعداد دراسة جدوى خاصة مفصلة للمشروع للوقوف على جوانبه المختلفة، وبالأخص مستوى الربحية ليتم بعدها إعداد العطاء[4].

---

[1]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 71.

[2]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 172.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 166.

[4]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 72.

وإذا كان الأصل أن تقوم الدولة بهذه الدراسات الأولية التي تحدد لها جدوى المشروع وإطاره الإقتصادي والقانوني، فليس هناك ما يمنع من أن يعرض الملتزم الذي ينفذ المشروع فكرته والدراسات المتعلقة بها إلى الجهة الإدارية، فإن إقتنعت بها تعد وثائق العطاء توطئة لطرحه على المتنافسين[1].

ويجب أن يتضمن العطاء تحديد مصادر تمويل المشروع عن طريق خطة تمويلية محكمة يتضمن مختلف الضمانات التي تكفل تنفيذها، مع بيان الرسومات الخاصة بالمشروع وخطة تنفيذه والمدة الزمنية اللازمة لذلك[2]، المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 الذي تضمن مايجب أن تشمله العروض سواء من الناحية التقنية أو المالية.

كما يجب تقديم المعطاءات أو العروض خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان عن المناقصة في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات، على أن يسري الأجل في اليوم الموالي لنشر الإعلان وفقا للقواعد العامة[3].

وتتمثل الخطوة التالية في قيام كل إتحاد مالي بعد تأهيله بإرسال العطاء أو المظروف النهائي الذي تم إعداده إلى الحكومة قبل أخر موعد محدد لإرسال العطاءات، حيث نجد في معظم الأحوال الحكومة المضيفة تعلن أمام الشركات المتقدمة بالعطاءات المختلفة للمشروع أنه من الممكن إرساء المناقصة على عطاء إتحاد مالي معين، ويتم مطالبة هذا الإتحاد بإدخال بعض التعديلات والإيضاحات على العطاء حتى يصل إلى الصورة القادرة على ضمان تحقيق مصالح وأهداف كافة الأطراف المعنية بمشروع البوت دون تعديله بصفة أساسية، وهذا الشرط بالطبع يتطلب درجة عالية من المرونة من قبل الشركة أو الإتحاد المالي المتقدم بالعطاء الأفضل، وإلا فإن المناقصة قد يتم سحبها منه بعد إرسائها عليه نتيجة فشل هذا الإتحاد في التصرف بمرونة كافية لتعديل العطاء بعد إعداده[4].

والحقيقة أن الهدف الألساسي من تقديم العروض ينصب على بيان المتطلبات الرئيسية في المشروع، وتحديد مستوى الأداء والتعريف بحقوق وإلتزامات الشركة والحكومة بالإضافة إلى الشروط الحاكمة لهذه العروض[5].

---

[1]- جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، المرجع السابق، ص ص 110-111.

[2]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 72.

[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 158

[4]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 73.

[5]- إبراهيم الشهاوي ، المرجع السابق، ص 205..

4: تقييم العطاءات وإختيار أفضل العروض

في هذه المرحلة يتم تقييم العطاءات المختلفة وإختيار الكونسورتيوم المعني وما يجب أن نؤكد عليه في هذا المقام، أن تقييم العطاءات في إطار المشروعات الممولة عن طريق القطاع الخاص لا يصح بأي حال من الأحوال أن يقتصر على السعر، وإنما يجب أن يدخل قيمة عناصر أخرى مختلفة منها التقييم الفني للتصميم وكذلك مدى ما يتضمنه من نوعية للتكنولوجيا المستخدمة والتدريب، وكذلك مصادر التمويل وما يرتبط بذلك من عدم إستهلاك العملة الأجنبية في السوق المحلية وحجم المكونات المحلية التي تدخل ضمن أصول المرفق[1].

ونظرا لتعقد مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص وتنوع معايير التقييم التي تطبق عادة عند إرساء المشروع، فإن السلطة المتعاقدة تلجأ إلى عملية تقييم تجري على خطوتين فتضع المعايير غير المالية في الإعتبار على حدا من المعايير المالية، وربما قبلها بغية تجنب الحالات التي يعطي فيها وزن أثقل مما ينبغي لعناصر معينة من المعايير المالية على حساب المعايير غير المالية ففي الغالب لا يتم إرساء مناقصات المشاريع الكبرى لاسيما في نظام البوت بناءا على عامل السعر فقط، إنما تعكف اللجنة الفنية على تقييم العروض من حيث التكلفة ونوعية التكنولوجيا المنقولة ووفرة الصرف الأجنبي والعمالة المستخدمة وشروط التمويل ومصادره وغيرها من المعايير التي يجب الإستناد إليها[2].

يتم خلال دراسة الجدوى إختيار لجنة خاصة لتقييم جميع المقترحات الفنية، على أن يتم فتح الظروف الخاصة بالمقترح المالي للشركة التي يتم قبولها فنيا، ويتم الإحتفاظ بالعروض المالية مختومة بالشمع أثناء مراجعة العروض الفنية، على أن ترسل المظاريف التي لم يرسى عليها العطاء مغلقة إلى أصحابها، ولقد أسهمت هذه الخطط في تقييم العروض حسب المواصفات الفنية[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها « يتم فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب أحكام المادة 160 من هذا المرسوم..... »، يفهم من هذا النص أن المشرع أوكل مهمة فتح الأظرفة للجنة مختصة أطلق عليها تسمية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

[1]- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 123.

[2]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 74.

[3]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 206.

وهذا دلالة على الإلتزام بالشفافية في دراسة العروض المطروحة من طرف مختصين أكفاء في هذا المجال من أجل الحصول على أفضل عرض.

ويتم تقييم العروض المقدمة أساسا وفقا للقواعد ومعايير التقييم التي أعلنت عنها جهة الإدارة في كراسة الشروط، وقد يرتبط العطاء بتحفظات إذا أراد صاحبه أن يضيفها إلى شروط العطاء الذي حددته جهة الإدارة في وثائق المناقصة [1].

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن المقصود بالتحفظات هو تلك الإشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العرض بعرضه ويرمي من ورائها إلى التحفظ على أحد شروط المناقصة أو حتى الخروج عليها [2].

والتحفظات قد تكون تحفظات مالية وقد تكون غير مالية، فالتحفظات المالية هي تلك التي تتعلق بطريقة الأداء المالي في العقد الذي سوف يبرم بين مقدم العطاء وبين جهة الإدارة في حالة قبول عطائه كإشتراط طريقة محددة للدفع، أو ضرورة المحاسبة على أساس الزيادة التي قد تطرأ على المواد الخام مثلا، أو التحفظ بضرورة الأخذ في عين الإعتبار الأعباء الضريبية التي قد تستجد بعد قبول العطاء أو تحديد طريقة معينة لصرف دفعات مقدمة تحت الحساب وغير ذلك[3].

أما عن التحفظات غير المالية، فإن الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى في تنفيذ إلتزاماته المقابلة، هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عنه عند التعاقد خاصة إذا ماقدر أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية للإلتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذها في الميعاد المحدد[4].

والتحفظات غير المالية تتعلق غالبا بظروف العمل مثل إشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع كما في عقود الإنشاءات والتشييد، أو التحفظ بزيادة مدة العملية بقدر مدة التأجيل في صرف المستحقات، أو تحفظات فنية تتعلق بالمواصفات الفنية أو شروط الصيانة أو غير ذلك[5].

وبعد عملية الإختيار تقوم الجهة الحكومية بدعوة الكونسرتيوم الذي أرسي عليه العطاء، لإبرام إتفاقات المشروع الرئيسية، وأخيرا فإن غياب التنظيم التشريعي المتكامل لعقود الBOT هو الذي أوقع

[1]– جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص 124.

[2]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 197.

[3]– جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 178–179.

[4]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 199.

[5]– جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 189.

الفقه في الإختلاف حول كيفية طرح العطاء، وإختيار المستثمر وما إذا كان يتم من خلال مناقصة أو ممارسة عامة أو من خلال مناقصة محدودة أو لا يخضع هذا النظام أصلا لقانون المناقصات والمزايدات العامة [1].

وبعد الإنتهاء من تقويم العطاءات وإختيار شركة المشروع وتوقيع الوثائق القانونية، تلتزم شركة المشروع بتقديم إلتزامات محددة وتتمثل هذه الإلتزامات في تحديد نسب المساهمة المطلوبة من كل فريق لإنجاز المشروع، وتقوم الشركة بالحصول على التراخيص والأذونات اللازمة في تنفيذ المشروع وعلى الحكومة أن تسهل للشركة الحصول على هذه التراخيص والأذونات، ثم تأتي مرحلة تنفيذ المشروع من بناء المرافق وإختيار الآلات والمعدات وأخيرا تدريب العاملين ونقل التكنولوجيا[2].

ثانيا – أسلوب التراضي

إن أسلوب الإتفاق المباشر أو التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، يتيح للإدارة بموجبه التحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية سابقة الذكر أي إجراءات المناقصة ويمكنها مباشرة إختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات، فرضاها بارز إنطلاقا من حريتها في الإختيار خلافا لطريقة المناقصة أين تفقد نسبيا هذه الحرية[3].

وقد عرف هذا الأسلوب بنص المادة 41 ف 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها « التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.....».[4]

فإتباع الجهة الحكومية لأسلوب التراضي يخولها إمكانية التفاوض مباشرة مع المستثمرين دون التقيد بأي إجراءات شكلية، لذلك ذهب البعض إلى أن الجهة الإدارية تظهر في التعاقد كأحد أشخاص القانون الخاص، متمتعة بحرية كبيرة تعفيها من إتباع إجراءات أو شكليات في إبرام عقودها وبالنظر إلى الطابع الشديد المميز للخدمات المطلوبة في مشاريع البنية التحتية فإن الإجراءات المستخدمة في

[1]– محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 124.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 189.

[3]– عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 193.

[4]–المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بعض البلدان هي التشديد على حرية السلطة المتعاقدة في إختيار أسلوب التعاقد الذي يلبي حاجاتها على أفضل وجه من حيث المؤهلات المهنية والمقدرة المالية والقدرة على ضمان إستمرارية الخدمة والمساواة في معاملة المستعملين[1].

إن المشرع الجزائري جعل أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة بما كفل به حق المشاركة لكل العارضين، كما قيد جهة الإدارة بجملة من الإجراءات سبق بيانها تفضي في مجملها لفقد الإدارة حريتها في إختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية يأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية وإبعادها على المعاملات المشبوهة وتفضيل عارض على آخر، وكذلك إضفاء مبدأ العلانية والشفافية في إبرام الصفقات العمومية، غير أنه وفي حالات معينة ولأسباب موضوعية يتعين الإعتراف لجهة الإدارة بإختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النصوص القانونية دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر ودون أدنى داعي لإعلام الغير وهو ما أطلق عليه بأسلوب التراضي في إبرام الصفقة [2].

و توضح ذلك في نص المادة 41 فقرة 02 بقولها:« إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم.»، فأسلوب التراضي البسيط أو التراضي بعد الإستشارة طريق إستثنائي يلجأ اليه بعيدا عن المنافسة والإشهار المعتمد في الصفقات بشكل عام وفي حالات معينة حددها القانون بموجب المادة 49 من المرسوم 15-247 في حالة التراضي البسيط ، أما في حالة التراضي بعد الإستشارة فقد تم تحديد حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب وذلك بموجب المادة 51 من نفس المرسوم.

وعلى الإدارة المتعاقدة في حالات التراضي البسيط أن تتبع إجراءات معينة حددها المرسوم 15-247 في مادته 50 حيث ألزمها بتحديد حاجاتها الواجب تلبيتها مسبقا حسب ما نصت عليه المادة 27 من نفس المرسوم، والتأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي على النهوض بالمشروع حسب ما جاء في المادة 54 وأيضا إختيار منعامل إقتصادي يقدم عرضا له مزايا من الناحية الإقتصادية كما حددته المادة 72، إضافة إلى تنظيم المفاوضات بين الطرفين المصلحة المتعاقدة من جهة، والمتعامل الإقتصادي من جهة أخرى حسب الشروط المدونة بالمادة 52 في فقرتها السادسة من نفس المرسوم

[1]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 76.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 192.

وتأسيس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

فإتباع الدولة أسلوب التراضي يحررها من الإجراءات الصارمة التي تحكم المناقصات بكافة أنواعها فهو يعطي للإدارة حرية واسعة في إختيار المتعاقد معها وفي المقابل فإن هذا الأسلوب قد ينطوي على العديد من المساوئ كونه لا يكفل مستوى الموضوعية والشفافية التي يمكن تحقيقها بأسلوب التنافس[1]، وأجازت أيضا المادة 6 من المرسوم التنفيذي 04-417 إجراء هذا الأسلوب حيث نصت على:« عندما تكون المزايدة غير مثمرة يمنح الإمتياز بالتراضي.»، لذلك تتجه العديد من البلدان إلى إستخدام إجراءات الإختيار التنافسية كقاعدة عامة في إرساء مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، وقصر منح الإمتياز دون إجراءات تنافسية على حالات إستثنائية[2] حددها القانون.

و في هذا نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي 09-152 [3] على:« يمكن أن يمنح الإمتياز بالتراضي بعد ترخيص من مجلس الوزراء وبإقتراح من المجلس الوطني للإستثمار

يعرض الوزير المعني أو الوالي المختص إقليميا، المشاريع الإستثمارية القابلة لمنح الإمتياز بالتراضي على المجلس الوطني للإستثمار».

ثالثا- تقديم الطلبات

بإستقراء جملة النصوص القانونية والتنظيمية التي تضمن شروط وكيفيات منح الإمتياز بصيغة البوت نجدها أعطت للإدارة السلطة التقديرية في إختيار المتعاقد معها، وذلك لما سمحت للراغبين في الحصول على هذا الإمتياز بتوجيه عروضهم في شكل طلبات إلى السلطات المعنية وهذا ما أكدته [4] المادة 04 من المرسوم التنفيذي 97-475[5] حيث نصت على:« يجب على الأشخاص الراغبين في الحصول على إمتياز إستغلال المنشآت والهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط أن يقدموا طلبات لمدير المصالح الفلاحية في الولاية المعنية التي تشعرهم بالإستلام.» كما نصت المادة 03

---

[1]-هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 75.

[2]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص ص 76-77.

[3]- المرسوم التنفيذي09-152، المؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج ر عدد 27، الصادر في 6 ماي 2009.

[4]- هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 75.

[5]- مرسوم تنفيذي 97-475، المؤرخ في 8 ديسمبر 1997، يتعلق بمنح إمتياز المنشآت والهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط، ج ر، عدد 82، الصادر في 14 ديسمبر 1997.

من المرسوم التنفيذي 11-220[1]: «يوجه طلب الإمتياز لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة حسب الحالة إلى الوزير المكلف بالموارد المائية بالنسبة للهياكل المنجزة لغرض المنفعة العمومية، الوالي المختص إقليميا بالنسبة للهياكل المنجزة لتلبية الحاجيات الخاصة.»، وتشترط بعض القوانين المنظمة للإمتياز ما يجب أن يتضمنه طلب الإمتياز من بيانات ونذكر على سبيل المثال ماجاء بنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 11-340[2] والمرسوم التنفيذي 11-341[3].

وفي حالة الرفض أعطى المشرع الجزائري لصاحب الطلب المرفوض طلبه وبعد التبرير من الجهات المعنية، حق الطعن أمام الوزير المكلف بالقطاع، وذلك حماية لصاحب الطلب من تعسف الإدارة[4].

وفي نهاية المطاف يمنح الإمتياز بقرار من السلطة المختصة حيث أقر المشرع الجزائري من خلال المادة 11 من المرسوم التنفيذي 11-340: « يمنح إمتياز إستعمال الموارد المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحي على أساس رأي اللجنة التقنية بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية.»، وعليه يمكن القول أنه رغم منح السلطة التقديرية للإدارة لإختيار صاحب الإمتياز إلا أنه يجب عليها إتباع إجراءات ذات طابع تنافسي وتكريس مبدأ المساواة والشفافية في إختياره[5].

---

[1]- مرسوم تنفيذي 11-220، المؤرخ في 12 جوان2011 يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة، ج ر عدد 34، الصادر في 19 جوان 2011.

[2]-مرسوم تنفيذي 11-340، المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحي، ج ر عدد 54، الصادر في 2 أكتوبر 2011.

[3]- مرسوم تنفيذي 11-341، المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54، الصادر في 2 أكتوبر 2011.

[4]- المادة 10 من المرسوم التنفيذي 11-340، يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحي.

والمادة 6 من المرسوم التنفيدي 11-341، يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية.

[5]- هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 77.

الفقرة الثانية:

إبرام العقد

من المعروف أن العقد هو شريعة المتعاقدين وهو إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بالإلتزام نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئ ما، وهذا مأقره المشرع المدني الجزائري بنص المادة 54 من الأمر رقم 75 –58[1]، والذي وضع المبادئ والأسس التي على أساسها يبرم العقد وتنتج أثاره وفق إيجاب وقبول، حيث تعد مرحلة إعداد وإبرام العقد أول مرحلة لوضع خارطة المشروع التي يتم من خلالها التفاوض بين أطراف العقد والتدقيق والحيطة في وضع بنوده التي لابد من الإلتزام بها، فيكون للطرفين حقوق وواجبات يعد الإخلال بها خرقا لبنود العقد وإنتهاكا لحقوق أحد الأطراف، ومن هذا المبدأ يتضح أنه لابد من تقيد الأطراف بمحتوى العقد.

أولا – التفاوض بين المتعاقدين كأساس لإنشاء هيكل العقد

مرحلة المفاوضات هي أول مرحلة لإبرام العقود وفيها يعرض كل طرف ما يراه محققا لمصلحته حيث تعد هذه المرحلة من وسائل التقريب بين إرادة الأطراف المتعاقدة، والتوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي أو بقبول حلول وسط على أساس من حسن النية المتبادلة بين الأطراف والرغبة الأكيدة في الوصول إلى إتفاق[2].

وتعرف المفاوضات في نطاق العقد بأنها: « تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب يمكن قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة ».

ويعرف التفاوض كذلك بأنه:« تبادل الإقتراحات والمساومات والإمكانيات والتقارير والدراسات الفنية بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، والتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه» ويرى جانب من الفقه أن المفاوضات تنقسم إلى مفاوضات بين الحكومة وشركة

[1]– أمر رقم 75 –58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 181.

المشروع، ومفاوضات بين جهات أخرى كالبنوك والموردين مع شركة المشروع [1].

فالمفاوضات تقوم بدور مرموق في مجال عقود الـBOT حيث ترتكز على التبني الكامل لفكرة الحرية التعاقدية، بما مقتضاه أن كل أمر قابل للتفاوض وينتج عن إعمال هذه القواعد آليات قانونية مستجدة وإثراء بالغ الأثر في الصيغ العقدية[2].

وبما أن عقد الـBOT غالبا ما يدور في إطار دولي فإن التفاوض بشأنه يدور في هذا الإطار أيضا، لأنه يمتاز بصعوبة التفاوض، إذ أن التفاوض مع أصحاب الخبرة العالمية العاملة في مجال نقل التقنيات الحديثة، يشكل مسألة صعبة وشائكة، وذلك لأن صاحب المعرفة الفنية غالبا ما يحاط بضمانات كافية تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلي بها في مرحلة التفاوض كوسيلة للترغيب في التعاقد، واضعا في الحسبان أن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد أو بعدم إبرامه، ولذلك يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة بإحدى الوسائل الآتية إما بطلب تعهد كتابي سابق أو تعهد مؤسس على الثقة أو دفع مبلغ من المال مسبقا[3].

ويغلب أن تكون المبادرة لبدء التفاوض من جانب الدولة أو الشخص المعنوي العام الذي يمثلها وهي تحدد بدقة موضوع المشروع المراد إنجازه وتختار شركة المشروع التي تدخل معها في مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع، والتي قد تؤدي إلى إبرام العقد وفقا للشروط والنتائج التي ينتهي إليها التفاوض لكن ليس هناك مايمنع من أن تكون شركة المشروع هي الطرف المبادر بالتفاوض ويحدد مضمون الإتفاقيات التمهيدية شكل المستندات التي يتبادلها الطرفان ومحتواها وذلك في مسميات مختلفة، مثل البروتوكول أو مذكرة التفاهم أو خطاب النوايا، كذلك فإن المستثمرون يقومون بالإستعانة بعدد من الخبراء والمحامين للمفاوضة بين الحكومة وصاحب الإمتياز[4].

والتفاوض على هذا الوجه يعني تبادل الإقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وما يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه فالمفاوضات هي العمود الفقري لمرحلة ما قبل التعاقد والتي تستمر إلى لحظة صدور قبول يطابق

[1]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 170.

[2]– إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 214.

[3]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 200–201.

[4]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 171.

الإيجاب[1]، وهذا ما جاء بنص المادة 8 من دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بالطرق السريعة:« يتم تحديد كيفيات الإنجاز والتمويل بإتفاق مشترك بين مانج الإمتياز وصاحب الإمتياز »، كذلك المادة 17 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز إنشاء المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات:« يجب أن يكون تحديد تسعيرات الدخول إلى المتشأة القاعدية من طرف ناقلي المسافرين، عبر الطرقات المرخصين قانونا، موضوع تشاور مع الناقلين والسلطة.....».

ويمكن القول أن المفاوضات تقوم بدور مهم في مجال عقود التنمية الإقتصادية التي تدخل الدولة طرفا فيها ومنها عقود البوت، بحيث تركز على التبني الكامل لفكرة الحرية التعاقدية، لذلك فإن التفاوض على العقد لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين، ذلك أن كل طرف لا يدخل في التفاوض مع الطرف الآخر إلا بعد أن تتكون لديه إرادة حقيقية عازمة على التفاوض، وخلال مرحلة المفاوضات يظل كل طرف متمتعا بكامل حريته في إبرام العقد أو عدم إبرامه، أي أن إرادته بشأن إبرام العقد تكون غير نهائية حتى أخر لحظة، فلا تنفيذ نهائي للعقد إلا بعد أن تتبلور نقاطه الجوهرية بشكل يحظى برضائه التام دون أي إجبار أو ضغط على إرادته[2].

ويرتبط بإبرام عقد البوت بين الدولة وشركة المشروع إتفاقيات عديدة يكتمل بها بنيان عقود البوت وقد يسبق بعض هذه الإتفاقيات أو التعاقدات منح الإلتزام، وقد يأتي بعضها الآخر بعد منح الإلتزام ويكتمل بذلك بناء هذا العقد المركب بهذه المجموعة من التعاقدات المتشابكة والمتعارضة المصالح في أغلب الأحوال [3].

وعلى ذلك يعتبر التفاوض مرحلة تمهيدية في الطريق إلى العقد فهو يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإن كان التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام العقد فإذا توصلا إلى إتفاق نهائي حول الشروط الجوهرية في العقد، فإن العقد يكون حينئذ جاهزا للإنعقاد ومن ثم ينتقل الطرفان إلى المرحلة التالية والأخيرة، وهي مرحلة إبرام العقد فيتبادلان الإيجاب والقبول المتطابقين وفقا للإتفاق التفاوضي الذي توصلا إليه، إذ يقومان بإفراغ هذا الإتفاق في ورقة مكتوبة ويوقعان عليها وعندئذ ينعقد العقد نهائيا[4].

---

[1]– محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 125.

[2]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص ص 172–173.

[3]– محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 126.

[4]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 173.

على عكس المشرع الجزائري أدمج المشرع الفرنسي إجراء المناقصة والتفاوض معا، وهذا في الأمر رقم 2004-559 المتعلق بعقود الشراكة ، وهذا بالنص على أن هذه العقود خاضعة لمبدأ الحرية والمساواة في إختيار المترشحين وموضوعية الإجراءات ، فعملية الإبرام تتم من خلال الإعلان عن مجموعة عروض للمنافسة تحت شروط قد تم النص عليها بمقتضى مرسوم، وفي حالة وجود تعقيدات في المشروع يلجأ الشخص المعنوي العام عند إستحالة تحديد الإمكانيات التقنية الضرورية للعقد، وبكل موضوعية إلى مرحلة التفاوض لمناقشة جوانب العقد في سبيل إيجاد الحلول الملائمة لتنفيذ المشروع وهذا بالمقارنة مع ما تم طرحه من قبل كل المتعهدين قبل أن تختار أحدهم بصفة نهائية، وفي ذلك يتحقق مبدأ الشفافية في إختيار أحسن عرض لكل الأعضاء المتفاوض معهم وفي أجل شهر على حد أقصى يتم تقديم عروضهم النهائية بعد إستدعائهم مرة أخرى من قبل الهيئة المتعاقد[1].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نظم إجراءات التعاقد وفق عقد البوت بمقتضى قانون، ولهذا كان أكثر وضوحا ودقة من المشرع الجزائري الذي لم يرصد لحد الأن قانون بخصوص هذه العقود فكانت القوانين التي تنظم هذه العقود عند المشرع الجزائري مستمدة من بعض قوانين الإمتياز حيث إعتبر عقود البوت صورة من صور عقد الإمتياز بمفهومة التقليدي وهذا المفهوم خاطىء لأن عقد البوت ليس بعقد إمتياز وإنما هو صورة مستحدثة شبيهة بعقد الإمتياز.

ثانيا- تحرير العقد

بعد إتمام عملية التفاوض بين المتعاقدين تأتي مرحلة تحرير العقد وصياغته بما يرضي طرفي التعاقد وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

1- مرحلة صياغة وإعداد العقد

إن صياغة مشاريع العقود تحضا بأهمية كبرى وذلك لأنها الوسيلة التي بمقتضاها يجري نقل التفكير بالتعبير عنه بما يقيم تواصلا وتفاهما ووضوحا بين النص من جهة وطرفي الرابطة العقدية من جهة أخرى، فإذا أفرغت الصياغة وفقا للأصول والقواعد القانونية وتضمنت إستعمال المصطلحات القانونية في معناها الحقيقي المعبر عن إرادة طرفي العقد فيؤدي ذلك إلى الوضوح والشفافية، ويجنب طرفي العقد مسلك طريق التقاضي وإجراءاته وتفسيره بما يتلاءم مع نية الطرفين[2].

---

[1]- يسمينة لعجال – دليدية دوفان، المرجع السابق، ص ص 120-121

[2]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 205.

وتتم الصياغة القانونية عن طريق إستخدام لغة معينة في الكتابة تعبر عن المعنى المطلوب تحديدا وبدقة تامة لضمان تطابق الكلمات المختارة في ضوء طبيعتها والمفاهيم المراد التعبير عنها فهي بالنسبة للمحاسب الأرقام وبالنسبة للكيميائي الرموز..الخ، أما بالنسبة لرجل القانون فهي الكلمة والجملة والمصطلح وعلامات فصل الكلام والعبارات وتطابق الأسماء مع مسمياتها الحقيقية [1].

وقد تضمنت نصوص هذه العقود الحديث عن ضمانات تنفيذها وهو ما يطلق عليه بوسائل الحماية الذاتية من الإخلال بتنفيذ العقد، كما يؤخذ في الإعتبار مسألة تغيير الظروف أثناء تنفيذ العقد ووضع الحلول المناسبة لتفادي وقوع خلافات بين شركة المشروع والجهة مانحة الإلتزام وغيرها من البنود التي تدخل في مجال المفاوضات[2].

وعلى ضوء ذلك فقد قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بطرح عملية إنشاء مطار مرسي علم بنظام الـ BOT، فكان عرض شركة محمد عبد المحسن رافى وأولاده للتجارة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (كويتية ذات مسؤولية محدودة) هو أفضل العروض، ومن ثم جرى إختيار هذه الشركة للتفاوض معها على تنفيذ العملية وفقا للشروط الموضوعة في هذا الشأن.

وفي ضوء ما تم من مفاوضات بين الطرفين وموافقة السيد وزير النقل والمواصلات تم التوقيع على إتفاق إطار التعاقد بينهما بتاريخ 02-07-1997 بمنح إلتزام إنشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسي علم للطرف الثاني، وقد تضمن إتفاق إطار التعاقد على عدد 24 بندا و31 ملحقا بغرض تنظيم العلاقة العقدية بين الطرفين من جميع جوانبها[3].

وفي الجزائر يتم إبرام العقود الإدارية في صيغ الإمتياز من طرف الجهة الإدارية وشركة المشروع حيث جاء ذلك بنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 04-417:« تدخل هذه الإتفاقية حيز التنفيذ بمجرد التوقيع عليها حرر ب....في.....السلطة المانحة للإمتياز....صاحب الإمتياز....»

وفي أغلب الأحيان ونظرا لخطورة هذا الإمتياز أوجب المشرع الجزائري ضرورة المصادقة على هذه الإتفاقيات بموجب مراسيم[4]، بالإضافة إلى أن بعض القوانين تشترط لمنح الإمتياز ترخيص من مجلس الوزراء وإقتراح من المجلس الوطني للإستثمار.

---

[1]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 218.

[2]- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق ، ص ص 92-93.

[3]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 221.

[4]- المادة 03 من المرسوم التنفيذي 96-308 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة.

من خلال ما سبق يثور التساؤل التالي في حالة عدم المصادقة على العقد من طرف السلطات المكلفة (والي، وزير) هل يؤدي ذلك إلى تجديده ؟، أي عدم قابليته للتنفيذ ؟ مما يؤدي بنا القول أن إرادة المتعاقدين غير كافية لإنعقاده، فمن خلال النصوص القانونية المشار إليها سابقا نلاحظ أن المشرع الجزائري علق تنفيذ العقد بالمصادقة عليه من طرف السلطات المختصة، ولقد أصاب في ذلك لكون هذه العقود تمس بمشاريع البنية التحتية[1].

2- مستلزمات عقد الـ BOT

يتكون عقد البوت من وثيقتين هامتين لا يمكن الإستغناء عن أحدها وتتمثل فيما يلي:

أ- إتفاقية الإمتياز

تعد إتفاقية المشروع أو إتفاقية حق الإمتياز الوثيقة التعاقدية الأساسية وحجر الأساس في مشاريع البوت، فهي بذلك الإطار التنظيمي الذي يتم تناول كافة التقاط الخاصة بالمشروع من وقت المفاوضات الأولية إلى غاية نقل المشروع برمته إلى الجهة مانحة الإمتياز، كما تعتبر الوسيلة القانونية التي تفتح المجال للعلاقة المباشرة التي تربط السلطة المتعاقدة بشركة المشروع لذا من الضروري أن تكون مسودة إتفاقية المشروع جاهزة قبل طرح المشروع للتعاقد[2].

حيث تقتصر على تحديد الأطراف بدقة وضبط مضمون الإتفاق الذي يتمثل في إلتزام الإدارة بمنح المرفق العام لشركة المشروع لإنشائه وتسييره وإعادته، وذلك وفقا لما يحدده دفتر الشروط وهذا ما أكدته[3] المادة 9 من المرسوم التنفيذي 04-417:« يمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها بموجب إتفاقية إمتياز يوقعها حسب الحالة رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو الوالي المختص إقليميا والراسي عليه المزاد.»، كما نصت المادة 11 من ملحق دفتر الشروط الذي يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحجات الخاصة على: « تحدد الشروط والكيفيات التقنية والمالية لتموين بالمياه المنتجة بواسطة الهياكل المنجزة لغرض المنفعة العمومية، بموجب إتفاقية مبرمة بين صاحب الإمتياز ومانح الإمتياز.»

---

[1]-هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 79.

[2]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص ص 81-82.

[3]- هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 80.

كما يضم إتفاق المشروع مجموعة المسائل القانونية المحددة لنطاق المشروع والغرض منه وجميع التفاصيل المتعلقة بالتنفيذ من حقوق وإلتزامات الأطراف، ومسألة توزيع المخاطر بين الرعاة الخصوصيين والحكومة والقانون الواجب التطبيق وكيفية تسوية المنازعات، بالإضافة إلى مختلف النصوص القانونية التي تحكم عملية إستعانة طرفي العقد بأطراف خارجية لإتمام بعض العمليات والمهام المؤقتة أو الدائمة الخاصة بالمشروع، حيث تجعل هذه الإعتبارات من إتفاقية المشروع الأساس القانوني لأي بنيان تعاقدي وعنصر التحكم في إدارة المشروع والرقابة المتواصلة عليه لضمان كفاءته وتحقيق الأهداف الإجمالية له لذلك فإن صياغتها بشكل سليم يحتاج إلى خبراء متخصصين في هذا المجال[1].

ب- دفتر الشروط

ويعد دفتر الشروط وثيقة أساسية من وثائق عقد البوت لا يمكن فصله عن إتفاقية الإمتياز حيث يشكلان كيانا واحدا.[2]

فهو وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها وكيفيات إختيار المتعاقد معها، فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة وتجند كل إطاراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة [3].

وقد حددت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية بقولها: « توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية وهي تشمل على الخصوص مايأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال او اللوازم او الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

---

[1]- سميرة حصايم، المرجع السابق، ص 82.

[2]- المادة 12 من المرسوم التنفيذي 04-417، المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بإمتياز إنشاء المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها ج ر عدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.

[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 150.

– دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.»، وأشارت إلى ذلك أيضا المادة 1 من دفتر الشروط النمزذجي المتعلق بإمتياز إستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة بقولها:« يحدد دفتر الشروط هذا الكيفيات والإجراءات المتعلقة بإمتياز إستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة لغرض المنفعة العمومية أو لتلبية الحاجات الخاصة».

وما يلاحظ من خلال دفاتر الشروط الخاصة بإمتياز نظام البوت أنها تتبع المرسوم أو القانون الذي يرخص بمنح الإمتياز وهذا ما أكدته المادة 19 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 04-417 بقولها: «ترفق نماذج إتفاقية الإمتياز ودفتر الشروط الملحقين الأول، والثاني بهذا المرسوم»، بالإضافة إلى أن تسميتها دفاتر شروط نموذجية حيث تعتبر نموذج أعد لنوع من عقود الإمتياز الواردة على مرفق محدد بذاته مثل دفتر الأعباء النموذجي للطرق السريعة، دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، من خلال هذا نستنتج أن إلزام الجماعات المحلية بدفاتر الشروط النموذجية يؤكد فكرة عدم ثقة الدولة في عمل الجماعات المحلية وتقليص فكرة الديمقراطية، كما أن تقييد الجماعات المحلية وإلزامها بإتباع دفاتر الشروط النموذجية الصادرة عن طريق التنظيم دليل على إزدياد حدة مراقبة الإدارة المركزية الوصية على أعمال الجماعات المحلية [1].

المطلب الثاني:

إطلاق المشروع للتنفيذ التقني والفني

بعد إستيفاء إجراءات التعاقد ندخل في مرحلة تنفيذ المشروع وفق ما سبق الإتفاق عليه بين المتعاقدين ففي هذه المرحلة تبدأ معالم المشروع تأخذ طريقها في الظهور بدءا بتصميم المشروع وإعداده وفق الصيغة التي سينشأ عليها (الفرع الأول)، وتلي هذه المرحلة مرحلة تحضير الموقع الذي سينشأ عليه المشروع والذي سبق تحديده بدقة (الفرع الثاني)، ليتم بناء المشروع وفق هيكل قاعدي متين معتمدا على نقل التكنولوجيا الحديثة وتدريب العمال من أجل الوصول إلى الهدف المرجو من التعاقد وفق هذا الأسلوب (الفرع الثالث).

[1]– هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 81.

الفرع الأول:

مرحلة تصميم المشروع

يبدأ تنفيذ العقد بمرحلة التصميم الممهدة لتشييد المرفق ومن الطبيعي أن تسبق مرحلة تشييد المشروع، فهذه المرحلة تعد هي أساس التنفيذ في عقود الـBOT بصوره المختلفة [1].

لأن هذه المرحلة تكتسب أهميتها على إعتبار أن المتعاقد هو الذي ينشأ المشروع إبتداءا وهذه التصميمات والرسومات الهندسية يجب أن يتفق عليها أطراف العقد، سواء قدمها المتعاقد أو الجهة الإدارية، وأن يتم تنفيذ العمل على وفقها[2].

وتتميز هذه التصميمات والرسومات الهندسية بالسرية اللازمة وغالبا ما يتم بين المتعاقدين على الإحالة في صياغتها إلى الشروط والصيغ المعتمدة في عقود الإتحاد الدولي للمهندسيين الإستشاريين[3].

وإن كان يتم تنفيذ هذه العقود وفقا لعقد تسليم المفتاح والتي تقتضي طبيعتها بأن يقوم المقاول بوضع التصميمات الخاصة بالمشروع وفقا للمواصفات المتفق عليها من الجهة الإدارية، ولكن هذا لا يمنع الجهة الإدارية من أن تقوم هي بإعداد هذه التصميمات[4].

وعلى الجهة الإدارية أن تحتفظ بعدد كاف من النسخ لهذه التصميمات والرسوم الهندسية للمشروع حتى يتسنى لها مراقبة الإنشاء والتشغيل، وإجراء الصيانة اللازمة حين يؤول إليها ملكية المشروع عند إنتهاء مدة العقد[5].

الفرع الثاني:

مرحلة تحضير موقع المشروع

تعد هذه المرحلة بداية التنفيذ الفعلي للمشروع إذ يقوم المتعاقد بتهيئة الموقع المطلوب لتشييد المشروع عليه والذي يتعين على الجهة الإدارية أن تسلمه إلى المتعاقد خاليا من الشواغل والمعوقات

---

[1]– جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، المرجع السابق، ص 140.

[2]– شامل هادي نجم الغزاوي، إلتزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط الأولى، 2016، ص 97.

[3]– جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص 141.

[4]– شامل هادي نجم الغزاوي، إلتزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 99.

[5]– جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، المرجع السابق، ص 142.

الأخرى، وتضمن عدم تعرض الغير له والذي من شأنه أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ المشروع وبالتالي الإضرار بمصالح المتعاقد مع الجهة الإدارية [1].

ودرءا لحدوث منازعات أو مشاكل حول هذا التسليم وحالاته مستقبلا فإنه من المناسب أن يتم هذا التسليم بمحضر رسمي مكتوب يوقع عليه أطراف العقد، ويتخذ حجية للإثبات إذا لزم الأمر [2].

وبعد أن تتم عملية تسليم الموقع على الوجه المتقدم يقوم المتعاقد بالتفاوض مع شركات المقاولات المختصة لتشييد المشروع، كما يقوم بإبرام عقود التوريد كافة اللازمة، وقد يصاحب ذلك قيام مؤسسات التمويل بعمل دراسة الجدوى الإقتصادية والفنية والمالية المتعلقة بالمشروع، ومراجعة مستندات العقد وقد تستلزم مؤسسات التمويل ضرورة إبرام إتفاقيات مباشرة مع أطراف المرفق الآخرين كالجهة الإدارية أو شركات التأمين أو الموردين أو شركات المقاولات، وذلك بهدف زيادة الضمانات والتأمينات العينية والشخصية في حالة ما إذا أخفق المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته، وبعد إبرام الإتفاقات كافة اللازمة لتنفيذ المرفق تبدأ مرحلة التشييد [3].

الفرع الثالث:

مرحلة تنفيذ المشروع ونقل التكنولوجيا

إن مشروعات البنية التحتية المقامة بنظام الـBOT والتي يكون أحد طرفيها أجنبي، يكون مبتغى الدولة المضيفة هو الحصول على التكنولوجيا العالمية من خلال تنفيذ المشروع (الفقرة الأولى)، هذه التكنولوجيا التي تسعى الدول للحصول عليها (الفقرة الثانية)، من أجل التطوير الذاتي لها.

الفقرة الأولى:

بناء وتنفيذ المشروع

وفي هذه المرحلة تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق وبنائه وفقا للقواعد المتفق عليها في العقد مع الإلتزام الدقيق بالرسومات والتصميمات والإشتراطات التي نص عليها العقد وملاحقه، أو كراسة الشروط التي أجريت وفقا لها إجراءات إختيار المتعاقد [4].

---

[1]– جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، المرجع السابق، ص 142.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 243.

[3]– شامل هادي نجم الغزاوي، المرجع السابق، ص ص 104–105.

[4]– جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، المرجع السابق، ص 143.

وتعد هذه المرحلة من أهم المراحل في المشروع في تحقيق الغرض الذي من أجله يتم تشييد المشروع، ألا وهي تقديم الخدمة بكفاءة وإنتظام، ونظرا لأهمية هذه المرحلة وأهمية عقد التشييد المستعمل في هذه النوعية من المرافق العامة أو المشاريع، يلتزم المتعاقد بتجهيز المعدات والآلات والمواد والأيدي العاملة وكل ما يلزم لتشييد المشروع في موقع العمل[1].

وللإدارة أن تراقب عملية الإنشاء ولها في سبيل ذلك تعيين مهندسين إستشاريين لمتابعة هذا التنفيذ، ولها أن تحتج أو ترفض أي تغيير في الرسومات أو قواعد التنفيذ المتفق عليها سلفا في العقد وملاحقه وكذلك التعديل في مواصفات البناء والتجهيز مما يقلل من الإستفادة من هذا المرفق أو يؤدي على المدى الطويل إلى تعذر إنتقال ملكيته إلى الدولة بعد إنتهاء مدة العقد [2].

الفقرة الثانية:

تدريب العمال ونقل التكنولوجيا

قد تقوم شركة المشروع بإدارته، وقد يتم التشغيل عن طريق شركة أخرى غير شركة المشروع وذلك من خلال عقد إدارة بين الشركتين، وفي هذه الحالة من الممكن أن تكون الشركة التي تدير المشروع مساهمة مع شركة المشروع، ويتصل بالتشغيل إلتزام جوهري وهو الصيانة اللازمة لهذا المرفق، وتحتاج الصيانة إلى خبرة كاملة في كل عناصر المشروع، ويفضل دائما أن يكون المشغل مستثمرا في شركة المشروع حتى يكون لديه الحافز المالي الذي يدفعه إلى القيام بعمله على أكمل وجه، وفي هذا تلتقي مصالح الجميع، الحكومة وشركة المشروع والشركة التي تتولى التشغيل والصيانة ولهذا يتعين موافقة الجميع على عقد التشغيل[3].

ويعد نظام البوت من آليات نقل التكنولوجيا إلى مشروعات البنية الأساسية، بالإضافة إلى تطويرها وتحديثها خلال مدة المشروع والتي قد تصل إلى 99 سنة، ومن ناحية أخرى فإن نقل التكنولوجيا هو إحدى آليات الشركات غير الوطنية في السيطرة على الدول المضيفة ومنها بالطبع الشركات التي تعمل بنظام البوت في مشروعات البنية الأساسية، وتتحقق السيطرة من قبل هذه الشركات من خلال إحتكار إنتاج بعض أنواع معينة من التكنولوجيا وتطويرها [4].

---

[1]- شامل هادي نجم الغزاوي، المرجع السابق، ص 105.

[2]- جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام،المرجع السابق، ص 143.

[3]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 194.

[4]- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص ص 203-204.

ويمثل نقل التكنولوجيا أحد أهداف مشروعات الـBOT ما يستوجب التنبيه لهذه المسالة عند إعداد إتفاقية المشروع، وتعتبر تجربة المكسيك من أبرز التجارب في مجال السياسات والضوابط المرتبطة بنقل التكنولوجيا، إذ تم إنشاء جهاز حكومي متخصص بتقيم وإختيار أنواع مستويات التكنولوجيا المنقولة ووضع الجهاز عددا من الضوابط والقيود على التكنولوجيا المنقولة، أهمها رفض جميع أنواع التكنولوجيا التي لها نظائر في السوق المحلية ورفض التراخيص المشروطة بالتعامل مع موردين معينين لتوريد مستلزمات الإنتاج، إضافة إلى إشتراط تطبيق القانون المكسيكي في حالات النزاع، وفي الصين يلزم القانون شركة المشروع بتسليم كل متعلقات المشروع من تكنولوجيا ومعدات وخلافه في نهاية فترة الإمتياز دون أي تعويض[1].

المبحث الثاني:

الفلسفة التمويلية كحجر الأساس للنهوض بمشاريع البنية التحتية والمخاطر المحتملة

يعد عنصر التمويل حجر الأساس الذي ينبني عليه عقد الـBOT ويميزه عن باقي العقود الأخرى حيث تتولى شركة المشروع مهمة تمويل المشروع وبنائه، ليكون جاهزا للتشغيل وإدرار عوائده المالية والتقنية، لكن الواقع العملي وكبر حجم المشاريع المنتهجة بهذا النمط يفرض على شركة المشروع إتخاد تدابير بهذا الشأن، من أهمها تحقيق التمويل الكافي للمشروع هذا التمويل الذي غالبا ما يولد عجزا لدى المستثمرين للولوج في إقامة هذه المشاريع، مما يستوجب دراسة كافية لهذا الجانب، حيث يتجه أصحاب هذه المشاريع في الغالب إلى الإقتراض من البنوك ومؤسسات التمويل الداخلية والدولية، ولهذا سنقسم هذه الدراسة إلى مطلبين، نستهلها بالفلسفة التمويلية كحجر الأساس لنهوض بمشاريع البنية التحتية في المطلب الأول، أما المطلب الثاني بعنوان المخاطر المحتملة حول مشروعات عقد البوت.

[1]– عيسى محمد الغزالي، نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون نوفمبر 2004، السنة الثالثة، ص 14، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:https://www.arab.apl.org . تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 06 جوان 2021 على الساعة 18:30 مساء.

المطلب الأول:

الفلسفة التمويلية كحجر الأساس لنهوض بمشاريع البنية التحتية

من المعلوم أن المشاريع الضخمة التي أوكلت مهمة إنشائها للقطاع الخاص بصيغة شراكة بين القطاعين العام والخاص، تحتاج إلى أموال طائلة من أجل إنشائها والنهوض بها وإستغلالها في فترة لاحقة، لذلك لابد من إيجاد طرائق وسبل للتمويل عن طريق إستجذاب الممولين ومنحهم الضمانات الكافية.

فالعقود المبرمة بصيغة الـBOT تحتاج إلى التمويل بأشكال مختلفة في فترات متلاحقة، نظرا لضخامة المشروعات والمرافق المقامة بهذا النظام، فهي تخص البنى التحتية التي تعد عماد كل دولة لذلك لابد من إيجاد مصادر للتمويل تلبي إحتياجات هذه المشاريع لهذا سنتطرق إلى مكونات تكاليف المشروع (الفرع الأول)، المصادر المتاحة لتمويل مشروعات عقد البوت (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مكونات تكاليف المشروع

لأي مشروع إستثماري تكاليف يتحملها الطرفين حسب مقتضيات الطلب، هذه التكاليف التي يجب دفعها والإلتزام بها من أجل النهوض بالمشروع، لأن الإخلال بها أو محاولة التملص منها قد يضر بالمشروع وقد يؤدي إلى عدم إتمام التعاقد، لذلك سنبين ذلك من خلال دراسة تكاليف ما قبل التشغيل (الفقرة الأولى)، والتكاليف المرتبطة بالعطاءات والمناقصات الخاصة بالمشروع (الفقرة الثانية) وتكاليف الإنشاءات (الفقرة الثالثة)، وتكاليف التشغيل (الفقرة الرابعة)، وتكاليف إنهاء التعاقد ونقل الملكية إلى الحكومة المضيفة (الفقرة الخامسة).

الفقرة الأولى:

تكاليف ما قبل الإستثمار

وهي التكاليف التي يتكبدها أو يتحملها رعاة المشروع في سبيل إعداد وتنمية المشروع وتصميمه من حيث المبدأ.

الفقرة الثانية:

التكاليف المرتبطة بالعطاءات والمناقصات الخاصة بالمشروع

سواء التكاليف التي تتحملها الحكومة المضيفة في سبيل الإعلان عن المناقصة والإعداد لها أو التكاليف التي تتحملها أطراف القطاع الخاص، في سبيل إعداد دراسات الجدوى المبدئية للمشروع وإعداد العطاء أو المظروف المالي والمظروف الفني الأمثل، وصاحب الفرصة الوفيرة هو من ترسو المناقصة عليه في النهاية [1].

الفقرة الثالثة:

تكاليف الإنشاءات

ولأنها تكون غالبا ضخمة للغاية فإنه يجب إتباع الخطوات التالية لتوزيع هذه التكاليف على كل الأطراف المشاركة فيه.

أولا يجب أن يسهم المستثمرون الأصليون ومالكو المشروع بحصص الملكية التي سيقدمونها للمشروع، ثم يتم الحصول على القروض اللازمة من البنوك التجارية، أما بخصوص المستثمرين المؤسسين فهم في الواقع لا يفضلون الإستثمار في مشروعات البوت خلال مرحلة الإنشاء، لأن هذه المرحلة تكون أكثر مراحل المشروع خطورة، ولكن يمكن في بعض الأحيان تقديم بعض الضمانات لأولائك المستثمرين المؤسسين، حتى يمكن إقناعهم بالإشتراك في المشروع [2].

الفقرة الرابعة:

تكاليف التشغيل

وهي التكاليف الدورية الواجب دفعها طوال فترة التعاقد، وحتى ما قبل مرحلة نقل الملكية، مثل تكاليف المرتبات والأجور والمواد الخام الصيانة النقل والتأمين....إلخ.

---

[1]– شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص247.

[2]–المرجع نفسه، ص 250.

الفقرة الخامسة:

تكاليف إنهاء التعاقد ونقل الملكية إلى الحكومة المضيفة

بما في ذلك فك أو تركيب أي معدات تخص شركة تنفيذ المشروع وتكاليف صيانة أو تحديث أي من أصول المشروع، من مبان ومعدات...الخ، حتى يمكن نقل ملكيتها للحكومة في صورة جيدة كما ينص العقد الإجمالي للمشروع وعقوده الفرعية كعقود الصيانة وإنهاء التعاقد...إلخ [1].

الفرع الثاني:

المصادر المتاحة لتمويل مشروعات عقد الـ BOT

إن ضخامة مشروعات البوت تتطلب أموال طائلة لإقامتها والنهوض بها، فأموال المستثمر الأجنبي قد تكون غير كافية لتمويل المشروع نظرا لضخامته، فيحاول هنا البحث في قوانين الدولة المضيفة عن الآليات التي رصدها تشريع هذه الدولة لتمويل هذه المشروعات (الفقرة الأولى)، ثم يلجأ إلى المصادر الأساسية لتمويل مشروعه (الفقرة الثانية)، وفي حالة عدم كفاية التمويل يلجأ إلى طرائق أخرى مقترحة لتمويل مشروعات البوت (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

آليات تمويل المشروعات المقامة بنظام الـ BOT

إن نظام الـBOT هو مزيج من إدارة القطاعين العام والخاص تمنح فيه الدولة إمتيازا للمستثمر من القطاع الخاص الذي يستثمر ويحتفظ بعنصر التحكم في التمويل[2].

يفترض أن تتولى شركة المشروع مهمة تمويله، نظرا لأن عقد البوت يقوم على مبدأ التمويل من طرف القطاع الخاص، ولكن لإعتبارات تخص الطرف المتعاقد الخاص ككبر حجم مشروعات البنية التحتية وطول مدتها وإعتبارات تمس مركزه المالي، فيضطر إلى الإستعانة بوسائل أخرى للتمويل كالإقتراض من البنوك والمؤسسات المالية وغيرها من وسائل الإقتراض لمساعدته على تمويل المشروع.

---

[1]– شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 248.

[2] - Emmanuelle Auriol and Pierre M. Picard, Atheory of BOT Concession Contracts, January 18 2010 P 6 , sur site, https://idel.fr/sites/default/files/medias/doc/by/auriol/bot withfigure,pdf. , le 05-10-2020 a 13:20.

فالإقتراض يعد سبيل لتسيير مشكلة تمويل الإستثمارات الضخمة في مشروعات البنية التحتية هذا فضلا عن أن التمويل بالإقتراض من شأنه أن يحقق التوزيع العادل لعبء المشاركة بين القطاعين العام والخاص، أما المشكلة المرتبطة بهذا النوع من التمويل هو نقص القوة الإئتمانية للكثير من وحدات القطاع العام المنوط بها تقديم خدمة البنية الأساسية، خاصة على المستوى المحلي، إضافة إلى عدم نضج أسواق التمويل طويل الأجل في الكثبر من الأقطار النامية، ومن ناحية أخرى فإن توسيع مشاركة القطاع الخاص في البنية الأساسية، يتطلب هو الآخر إتاحة أكبر للإئتمان الأهلي متوسط الأجل خاصة للمنشآت الصغيرة التي يمكن أن تضطلع بتنفيذ عقود الخدمة والدخول في القطاعات الفرعية للبنية التحتية.

وإقتناعا بجدوى هذا النوع من التمويل أنشأت الكثير من الدول النامية مؤسسات مالية متخصصة لتقديم الإئتمانات في مجال مشروعات البنية الأساسية [1].

كذلك فإن تمويل مشروعات البنية الأساسية من خلال أدوات، مثل السندات وأسهم الملكية يمكن أن تمثل أساسا جيدا لظهور أسواق رأس المال وجذب الأموال من مستثمرين محليين أو أجانب[2].

ويجب أن نشير هنا إلى أن مفهوم عقود الBOT لا يتضمن في حد ذاته آلية جديدة، أو مستحدثة للحصول على التمويل اللازم للقيام بمشروع ما، فهذا النظام أو المفهوم عادة ما يستخدم الأساليب التقليدية المعروفة لتمويل المشروعات الضخمة، وكما يبدو الأمر من وجهة نظر الأطراف الدائنة أو المقرضة فإن أي مشروع BOT يشتمل على مقترض من القطاع الخاص يسعى للحصول على مصادر للتمويل، تكون إما بضمان مادي وإما بدون أي ضمانات مادية[3].

وبالطبع فإن تمويل مشروعات البنية الأساسية مختلف تماما عن تمويل شراء طائرة ركاب أو بناء مركز تجاري جديد، ففي الحالة الثانية يكون الضمان الأساسي الذي يحصل عليه المقرض هو لقيمة الرأسمالية للأصل نفسه، أما بالنسبة لتمويل مشروعات البنية الأساسية مثل الطرق السريعة بنظام الكارت المدفوع ومحطات توليد الطاقة يمكن إحتساب قيمة رأسمالية محدودة، وكذلك فإنها لا تتمتع بقدرة كبيرة على إعادة بيعها في حالة فشل المشروع الأصلي، وعليه فإن الضمان الرئيسي الذي

[1]– منير إبراهيم الهندي، الخصخصة خلاصة التجارب العالمية الإعداد لخصخصة المشروعات الإقتصادية خصخصة مشروعات البنية التحتية، دار الكتب والوثائق القومية، 2004، الإسكندرية، د ط، ص 303.

[2]– منير إبراهيم الهندي، المرجع السابق، ص 304.

[3]– شكري رجب العشماوي –إسماعيل حسن إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 176

يحصل عليه المقرض هو العقود التي تدعم المشروع، وبالتالي فلأهم بالطبع هو الإيرادات المتوقعة من المشروع [1].

فضمن قائمة الإلتزامات التي ألقاها المشرع الجزائري على عاتق المستثمرين الأجانب، هو إقرار إلزامية اللجوء إلى القروض المحلية في ظل الأمر رقم 01-03، وذلك بموجب المادة 04 مكرر فقرة 08 محافظة على الإقتصاد الوطني وبالتالي عدم السماح للمستثمرين الأجانب إلى اللجوء إلى القروض خارج الجزائر، وذلك تجسيدا للسيادة الوطنية وتطبيقا لأحكام المادة 04 فقرة 07 من الأمر رقم 01-03، وصدور المرسوم التنفيذي رقم 13- 320 والذي يهدف إلى تحديد طرق تمويل مشاريع الإستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة، غير أنه بموجب قانون المالية لسنة 2016 تراجع المشرع عن موقفه بخصوص التمويلات الخارجية، وذلك ما جاء في نص المادة 55 منه:« يتم توفير التمويلات الضرورية لإنجاز الإستثمارات الأجنبية المباشرة.....عبر اللجوء إلى التمويل المحلي.....غير أنه يرخص اللجوء للتمويلات الخارجية الضرورية لإنجاز الإستثمارات الإستراتيجية من طرف المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، وذلك حالة بحالة من طرف الحكومة... »، يستفاد من هذا النص أنه يمكن للمستثمرين الأجانب اللجوء إلى القروض الخارجية وبناءا على شرطين أساسيين، حيث يتمثل الشرط الأول في وجود الضرورة لإنجاز إستثمارات ذات طابع إستراتيجي، أما الشرط الثاني فيتمثل في وجود ترخيص مسبق من قبل الحكومة التي تدرس الطلبات حالة بحالة، ومن ثمة مدى توافر الشرط الأول[2].

وعليه بما أن مشاريع البنية التحتية تعد من ضمن الإستثمارات الضخمة ذات الطابع الإستراتيجي فإن ماورد بنص المادة 55 من قانون المالية لسنة 2016 ينطبق على هذه الإستثمارات، حيث أنه يمكن منح المستثمرين الأجانب ترخيص اللجوء للإقتراض من البنوك والمؤسسات المالية الخارجية نظرا لتوفر شرط الضرورة لإنجاز مشاريع إستراتيجية.

الفقرة الثانية:

المصادر الأساسية للتمويل

هناك مصادر أساسية للإقراض تساعد المستثمر على الإستثمار في المشاريع الضخمة من أجل

[1]- شكري رجب العشماوي –إسماعيل حسن إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 177.

[2]- أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص ص 53-54.

إقامة مشاريع البنية التحتية بنظام البوت، هذه المصادر هي البنوك كجهة تمويلية (أولا)، أسواق رؤوس الأموال (ثانيا)، التمويل عن طريق التأجير التمويلي (ثالثا)، التمويل من جانب المؤسسات المالية الدولية (رابعا)، التمويل من جانب المؤسسات الإسلامية (خامسا)، التمويل من جانب القطاعين العام والخاص (سادسا).

أولا:البنوك كجهة تمويلية للمشاريع المقامة بنظام الـBOT

نظرا لحداثة نشاط تمويل البنوك لمشروعات البنية الأساسية التي تنشأ بنظام البوت، فإن هناك ضمانات يلزم تقديمها مراعاة للقواعد التي تحكم الإستثمار أو الإقراض في هذا الشأن ففي حالة طلب شركة المشروع التمويل من البنك[1]، فلابد من وجود ضمانات تعد أساسا لمنح التمويل الذي يرتكز على الوفورات الإقتصادية التي يحققها المشروع وجدواه، ومنفعيته والعائد المحقق من النشاط، وفي مشروعات البوت تختلف طبيعة الضمانات عن غيرها وسنوضحها فيما يلي:

– مدى الإلتزام الفعلي لمالكي المشروع وبقية الأطراف الرئيسية المشاركة في المشروع، بإنجاح المشروع من خلال الإستثمار فيه بالمال والوقت والجهد والعمالة.

– مدى القدرة على تحقيق ميزانية المشروع (بمعنى عدم الميل للخروج عنها أو تجاوزها) وتحقيق المعايير التقنية والفنية للمشروع، والقدرة على إتمامه في وقته المحدد (إتمام إنشائه، إتمام نقل ملكيته للحكومة.... الخ).

– الخبرات السابقة والقدرات العامة لكافة الأطراف المشاركة في المشروع، ومدى درايتها بسبل إدارة وتشغيل مشروعات سابقة مشابهة بنظام BOT أيضا، فهذه الخبرات والقدرات هي التي ستمنح البنك ثقة في قدرة المشروع على تحقيق معدلات تكاليفه وإيراداته، وبالتالي أرباحه التي تم توقعها أو التنبؤ بها خلال مراحل دراسات الجدوى.

– درجة ثقة البنك في الإفتراضات التي تم الإعتماد عليها في التنبؤ بالطلب على المشروع خلال مرحلة دراسة الجدوى[2].

---

[1]– منصور ذيب صباح الفضلى، دور البنوك في تمويل المشروعات المنشأة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية قسم القانون، القاهرة، 2005، ص 82.

[2]– شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق،ص 240.

– صعوبة تطبيق التأمينات العينية الأصلية والتبعية مثل الرهن الرسمي لكون الأرض والعقارات المقام عليها المشروع ملكا للدولة وستعود في نهاية مدة الإمتياز إليها مرة أخرى، والإلتزام لا يجوز التنازل عنه للغير إلا بموافقة مانح الإمتياز، وفي حالة التصفية أو الإفلاس تتبع عادة الإجراءات القانونية نظرا لإمكانية إستئجار المشروع للمعدات اللازمة بنظام التأجير التمويلي الذي بدأ ينتشر في كثير من المجالات وفي بعض الأنشطة المعدات المتحركة تعد الجزء الهام وعند نهاية المدة لا يوجد سوى الأصول المادية "المباني فقط" فيجب الإهتمام بملكية المشروع للأصول عند التعاقد وأن تكون على وجه التحديد.

– الضمانات الأخرى وتختلف الضمانات بإختلاف نوعية المشروعات، وكل حالة لها الضمانات الخاصة بها[1]، وكمثال على ذلك نأخذ تمويل مشروعات الكهرباء في مصر، فقد قامت البنوك المصرية ممثلة في البنك الأهلي المصري، البنك التجاري الدولي/ مصر بالمساهمة في تقديم قرض تمويلي إلى شركة انترجن سيدي كرير جي ليمتد (مجموعة يكتل الأمريكية) مقداره 130 مليون دولار (قرض لمدة 15 سنة)، وأساس التمويل الوفرات التي سوف يحققها المشروع حيث يقوم المشروع ببيع الكهرباء المنتجة إلى الدولة بسعر محدد، سواء تم إستهلاكها بالكامل أو لا ويضمن البنك المركزي المصري تسديد قيمة العقد بالدولار الأمركي إلى الشركة مع ضمان الدولة توريد الطاقة إلى المشروع، وفي هذه الحالة يوجد مشتري ثابت لمنتجات المشروع وبأسعار ثابتة متفق عليها وكان يجب أخذ تقلبات سعر الصرف في الحسبان، وتقوم الدولة في هذه الحالة بدعم المستهلك لأنها تتولى عملية التسويق وتتحمل الفرق بين سعر الشراء والبيع، وهذه المشروعات تتوافر لها حصيلة ثابتة من الإيرادات يمكن التنازل عنها علاوة على تمتعها بالضمان الحكومي وفي هذه الحالة التنازل عن الإيرادات المؤكد الحصول عليها بموجب العقد، فيكون التمويل في هذه الحالة بضمان عائدات المشروع المؤكد الحصول عليها[2].

رغم هذه المرونة الإفتراضية التي تتعامل بها البنوك التجارية مع المشروعات بوجه عام، ومع مشروعات الـBOT على وجه الخصوص، إلا أن هذه البنوك تضع أيضا بعض القيود والمحاذير على المشروعات المفترضة حتى يضمن البنك بدرجة أكبر إستعادة أمواله، ومن أهم هذه القيود والمحاذير:

[1]– رشدي صالح عبد الفتاح صالح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـBOT، دراسة تحليلية مقارنة مع التطبيق على مصر، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق 2005 ص 254.

[2]– رشدي صالح عبد الفتاح صالح، المرجع السابق، ص ص 254–255.

– ضرورة ممارسة وإدارة المشروع بأفضل السبل الممكنة، وبإتباع أفضل وأحدث الأساليب الإدارية والتقنية المتاحة.

– ضرورة حصول المشروع على كل التراخيص والموافقات اللازمة له مع العمل على تجديدها في مواعيدها المحددة.

– ضرورة إلتزام المشروع بميزانياته الموضوعة سلفا، وبكل عقوده وخططه وأهدافه ومعاييره المالية والتقنية والإنشائية...الخ.

– ضرورة إستخدام سياسات جيدة للتأمين على المشروع ضد أي مخاطر محتملة.

– يجب إستأذان الدائنين والمقرضين والحصول مسبقا على موافقاتهم على قيام صاحب المشروع بأي عمليات إتفاق أو إستثمار رأسمالي ضخم، مالم يكن القيام بمثل هذه العمليات الإتفاقية أو الإستثمارية منصوصا عليها صراحة في العقد الإجمالي للمشروع، وفي إتفاقيات الدين الخاصة به[1].

ثانيا: أسواق رؤوس الأموال كجهة تمويلية للمشاريع المقامة بنظام الـBOT

تعد شركات النفط والتعدين أول من قام بتطوير هذا النوع من التمويل، ويعتمد على التدفقات النقدية للمشروع مع عدم وجود حق بالرجوع للمساهمين، وتجمع الأموال في سوق رأس المال بتوظيف الأسهم المفضلة وغيرها من الصكوك القابلة للتداول في الأحوال العادية على الجمهور، ويتطلب الحصول على موافقة الجهات المختصة (هيئات الرقابة التنظيمية)، وكذلك الإمتثال للمقتضيات المعمول بها في الإختصاص القضائي المعني، كما قد لا يكون للسندات وغيرها من الصكوك القابلة للتداول ضمان آخر غير الضمان العام والثقة العامة التي تحظى بها شركة المشروع، وقد تكون مضمونة برهن أو بحق إمتياز على ممتلكات معينة، وقد تكون إمكانية الوصول إلى أسواق رأسمال متاحة للمرفق العام القائم بالفعل بقدر أكبر مما يتاح للشركات المنشأة خصيصا لبناء بنية تحتية جديدة وتشغيلها، إلا أن بعض أسواق الأوراق المالية تشترط على شركة المشروع أن يكون لها سجل تجاري معين لمدة محددة قبل السماح لها بإصدار صكوك قابلة للتداول، وقد تم الإتفاق بين الحكومة والشركة الراعية للمشروع على أنه يتم من طرف الشركة طرح أسهمها في بورصة الأوراق المالية ليتمكن المساهمون الوطنيون والأجانب من تملك بعض الأسهم والحصص، كما أنه يمكن للحكومة أن

[1]– شكري رجب العشماوي،– إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 241.

تدخل كمساهم وفي الحالات العادية تكون فرص الوصول إلى أسواق الأوراق المالية متاحة لشركات المشاريع ذات الخبرة السابقة بقدر أكبر مما يتاح لشركة المشروع المنشأة خصيصا لمشروعات الـBOT الجديدة التي ليس لها خبرة سابقة في هذا المجال[1].

ثالثا: التمويل عن طريق التأجير التمويلي

يعرف التأجير التمويلي بأنه وسيلة قانونية لتمويل إستثمارات المشروع دون أن يلجأ إلى موارده الخاصة، وعرفه البعض بأنه وسيلة لتمويل الأصول يقدم بموجبها مؤجر الإئتمان إلى المستأجر وتنتقل إليه مسؤوليات المالك من صيانة وتأمين وضرائب لفترة من الزمن تستغرق العمر الإقتصادي للأصل وعند نهاية الفترة يكون للمستأجر الحق في شراء الأصل وإعادته إلى المؤجر، أما المشرع الفرنسي فقد عرف التأجير التمويلي في المادة الأولى من القانون رقم 67-837 [2]لسنة 1967 المعدل للقانون رقم 66-544 لسنة 1966 الصادر في 2 يوليو 1966 بالأتي [3]:

«كل عمليات إيجار لسلع تجهيزية أدوات إنتاج أشتريت لأجل هذا الإيجار بواسطة مشروعات تبقى مالكة لها عندما تمنح هذه العمليات بصرف النظر عن طبيعة المستأجر إمكانية إكتساب كل أو جزء من السلع المؤجرة في مقابل سعر مناسب يأخذ في الحسبان الأقساط الموضوعة بإعتبارها أجرة».

وعليه فإن ما يميز هذا النوع من الوسائل التمويلية للمشروعات بالطابع التأجيري حيث يقوم المؤجر بتمويل الآلات والمعدات التي يتطلبها المستأجر، ويقوم بتأجيرها له ويمكن للمؤجر التمويلي تمويل مشروع البنية التحتية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بعقد طويل الأجل غير قابل لإلغاء بحيث تغطى الدفعات الإيجارية خلال مدة العقد[4].

وبالإعتماد على هذا النوع من التمويل يتم التقليل من تكلفة إنشاء المشروع، ويمكن لشركة المشروع من تغطية قيمة أقساط الأجرة من مقابل الأقساط الشهرية أو نصف سنوية التي تتقاضاها من الجهة الإدارية، كما أن هذه الوسيلة التمويلية تؤدي إلى عدم تجميد السيولة المتاحة لدى شركة

---

[1]– محمد صلاح، المرجع السابق، ص 142.

[2] - Ordonnance n 67-837 du 28 decembre 1967 relative aux operations de credit-bail et aux societes immobilieres pour le commerce et lindusttrie sur sit - https://www.legifrance.gouv.fr

–تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 07 ماي 2020 على الساعة 18:30 مساءً.

[3]– منصور ذيب صباح الفضلى، المرجع السابق، ص ص 107-108.

[4]– محمد صلاح – طلال زغبة، محددات تمويل مشروعات البنية التحتية وفق نظام الـBOT –دراسة نظرية –، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، العدد 3 ، لسنة 2018، ص 33.

المشروع إذ بدلا من أن تقوم هذه الشركة بشراء المعدات والآلات ودفع ثمنها بالكامل، فإنها هنا تلتزم سوى بدفع القيمة الإيجارية الدورية والتي هي أقل من قيمة الثمن كاملا[1].

رابعا- التمويل من جانب المؤسسات المالية الدولية

تؤدي المؤسسات المالية الدولية دورا كبيرا في هذا المجال، بتقديم القروض أو الكفالة أو رؤوس الأموال لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، كما أن هذه المؤسسات قد تساعد في تكوين الإتحادات اللازمة لتقديم القروض إلى المشروعات[2].

ومن الجائز أن تقدم بعض المؤسسات المالية الدولية رؤوس أموال سهمية، وذلك بإستثمار الأموال في صناديق أسواق رؤوس الأموال المتخصصة في الضمانات التي يصدرها متعهدو البنية الأساسية، كذلك قد تقدم هذه المؤسسات كفالات إتجاه المخاطر السياسية، أو وضع مبالغ من النقد الأجنبي أو منح الموافقات التنظيمية اللازمة إذا تيسر إتاحة ذلك لشركة المشروع لجمع الأموال في السوق المالية الدولية[3].

وعادة ما يتم التمويل عن طريق قروض دولية تعرف بالقروض المشتركة، وذلك بسبب ضخامة التمويل المطلوب الذي قد يصل إلى مئات الملايين من الدولارات، وتتوقف الموافقة على التمويل على توافر مجموعة من العناصر في هذه المشروعات أهمها:

- توفر دراسة جدوى إقتصادية ذات نتائج مقبولة تأخذ في الإعتبار أسوأ الإحتمالات على أن تعد الدراسة بمعرفة البنك الممول.

- وجود خطة أو برنامج مالي واضح يبرر تكلفة المشروع ومصادر تمويله وكيفية السداد وحجم رأس المال المقدم من القائمين عليه.

- التأكد من توفر المواد اللازمة للتنفيذ وتكلفتها، وكذلك مصادر الطاقة اللازمة للتشغيل.

- وجود عدد مناسب من مستهلكي السلعة أو الخدمة.

- كفاءة وخبرة القائمين على تنفيذ المشروع وإدارته.

---

[1]- محمد صلاح، المرجع السابق، ص 142.

[2]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 122.

[3]- المرجع نفسه، ص 123.

– إستقرار المناخ السياسي والإقتصادي والقانوني في الدولة المضيفة، وضرورة توفر جميع الموافقات والتراخيص اللازمة للمشروع.

– ضمان مخاطر سعر الصرف وأن يكون العائد المتوقع من المشروع كافيا ومضمونا.

– توفر إمكانية التأمين على أصول المشروع، وضمان إعطاء الأولوية للمقرضين في السداد من عائدات المشروع، وكذلك ضمان عدم إنسحاب المشاركين في المشروع وجدارتهم الإئتمانية، وضمان عدم الرهن للغير دون الرجوع للمقرضين مع الحفاظ على نسب مالية معينة مع توفر المعلومات المالية الدورية[1].

خامسا– التمويل من جانب المؤسسات الإسلامية

إذا كانت مقاصد الشريعة الإسلامية تجمع بين حراسة الدين وسياسة الدنيا، كما يقول الماوردي فإن من سياسة الدنيا أن تقوم الدولة بتوفير الخدمات للمواطنين عن طريق إنشاء المرافق وإستغلالها لصالح المواطنين، وليس هناك مانع شرعي من إستخدام هذا النوع من العقود إما بإعتبارها مستحدثة تتوافر فيها ضوابط العقود الشرعية، أو بإعتبارها عقدا مركبا من عدة عقود لا يوجد في أي منها مانع شرعي، حيث تعتير المشروعات التي تتم بإستخدام هذه العقود والتي تتعلق بالبنية الأساسية من الأولويات، لأنها تهدف إلى توفير المرافق العامة الضرورية للمسلمين، فضلا عن إمكانية إشتراك أكثر من مصرف واحد في تمويل هذه المرافق، وبالتالي زيادة إستثمار هذه المصارف لصالح الدولة[2].

كما يمكن لشركة المشروع الحصول على الجزء المتبقي لتغطية إجمالي التكاليف اللازمة لنفقات المشروع من المصارف الإسلامية، وتعتبر هذه المصارف مساهمة في رأس مال شركة المشروع بقدر نسبة مساهمتها في التمويل، وتقدر نسبة ربح المصارف الإسلامية على حسب الإتفاق المبرم بينها وبين شركة المشروع، وفي حالة حدوث خسارة فإنها توزع على حسب نسبة رأس المال

ومما يشجع المصارف الإسلامية على المساهمة في مشاريع البنية التحتية أنها مشاريع قائمة على دراسات جدوى دقيقة، ويتوقع أن تكون تدفقات الإيرادات منها خلال فترة الإمتياز كافية لتغطية تكاليفها مع تحقيق أرباح مجزية، خاصة إذا تعاقدت الحكومة مع شركة المشروع على شراء منتجاته خلال فترة

[1]– عيسى محمد الغزالي، نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، عدد 35 نوفمبر 2004، السنة الثالثة، ص 8.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 121.

الإمتياز بأسعار محددة[1].

سادسا – التمويل من جانب القطاعين العام والخاص

قد يتم الجمع بين رؤوس الأموال العامة ورؤوس الأموال الخاصة لتمويل مشروعات الـBOT، وقد تكون الأموال العامة من الإيرادات الحكومية أو الإقتراض السيادي، وقد يجمع بينها وبين أموال القطاع الخاص على سبيل الإستثمار الأولي أو المدفوعات الطويلة الأجل، وقد تتم في شكل منح أو ضمانات حكومية وقد تشارك الحكومة بأسهم مع صاحب الإمتياز، وبذلك تقلل الدين المطلوب من القطاع الخاص[2].

ويقوم التمويل على المزج بين حقوق الملكية ورأسمال تضاف اليه الديون وهذا المزج يحقق أكثر من هدف:

– جذب إهتمام القطاع الخاص إلى مشروعات البنية الأساسية.

– تحمل المشروع مخاطر التمويل دون القائمين عليه أو الحكومة أو المستثمرين.

– حماية الثروات الوطنية وذلك عن طريق الإستثمار الأمثل في أفضل المشروعات وأكثرها فائدة وزيادة الإنتاج القومي ورفع مستوى المعيشة.

– الإستفادة من مزايا المنافسة[3].

لكن مشاركة القطاع العام في التمويل في مشاريع البوت مناصفة مع القطاع الخاص أو بنسب كبيرة غير جائز، ولا يحقق الهدف المرجو من التعاقد وفق هذا النمط، لأن الهدف من مشروعات البوت هو التخلص من عنصر التمويل وإلقائه على عاتق القطاع الخاص، ولو بادر القطاع العام بمشاركة القطاع الخاص في التمويل فيكون هذا التمويل بنسب ضئيلة.

---

[1]– أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، دراسة شرعية إقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة BOT، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ص 70.

[2]– قد تساهم الحكومة المضيفة للإستثمار ينسبة من التمويل لمشاركة القطاع الخاص في تمويل المشروع، ويكون هذا التمويل في شكل أسهم لا تتجاوز نسبتها 20٪.

[3]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 124.

الفقرة الثالثة:

طرائق أخرى مقترحة لتمويل مشروعات الـ BOT

إضافة إلى سبل التمويل المتعارف عليها عند أصحاب المشاريع الإستثمارية، إلا أن هناك طرائق أخرى للتمويل يمكن اللجوء إليها عند تعذر وسائل التمويل السابقة الذكر، أو عند عدم الحصول على التمويل الكافي للقيام بالمشروع من المصادر المتعارف عليها للتمويل سابقة الّذكر، وعليه سنتكلم عن وكالات تشجيع وتنمية الصادرات وإقراض المصدرين ECA أولا، ثم نتحدث ثانيا عن المستثمرون المدعمون، وثالثا وكالات المساعدات ثنائية ومتعددة الأطراف.

أولا- وكالات تشجيع وتنمية الصادرات وإقراض المصدرين ECA

سواء أكانت محلية أم أجنبية أو متعددة الأطراف (دولية)، وهذه الوكالات عادة ما تمنح المشروعات بنظام الBOT مصادر تمويل مديونية فقط، ومن أهم الأمثلة على ذلك بنك الولايات المتحدة للصادرات والواردات، بنك اليابان للصادرات والواردات بنوك تنمية الصادرات في الدول المختلفة (نامية أو متقدمة)....الخ، والمشكلتان الرئيسيتان في هذه الوكالات:

- أنها لا تمنح قروضا ضخمة للغاية أو قروضا طويلة المدى.

- أنها تشترط عادة الحصول على ضمانات حكومية من حكومة الدولة المضيفة للمشروع قبل الإقراض[1].

ثانيا- المستثمرون المدعمون

كنوع من أنواع رؤوس الأموال ومن أهم الأمثلة على أولائك المستثمرين جميع مؤسسات الإستثمار والتمويل غير المصرفية Non-bank، مثل شركات تأمين صناديق الإستثمار صناديق الإدخار صناديق الإسكان.... الخ، وعادة ما تتميز مساعدات المستثمرين المؤسسين بما يلي:

- تقديم قروض طويلة المدى أي أكثر من 7 – 10 سنوات على عكس البنوك التجارية العادية.

- عدم إهتمام المستثمرين المؤسسين بأنشطة إدارة وتشغيل المشروع، حتى في حالة إمتلاكهم حصص ملكية إستثمارية فيه، فكل ما يهمهم بالدرجة الأولى، هو أن يحقق المشروع بغض النظر عن

[1]- شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 243.

أي شيء أرباحا جيدة تؤهلهم هم أنفسهم للحصول على معدلات عائد جيدة [1].

ويمكن الحصول على ديون تابعة عن طريق صناديق الإستثمار وشركات التأمين والبرامج الجماعية للإستثمار (الصناديق المشتركة)، أو صناديق المعاشات، وتقدم تلك المؤسسات على التمويل بما فيه من مخاطرة بغرض تحقيق أرباح مجزية لحرصها على تنوع مجالات الإستثمارات وبالتالي زيادة ربحيتها، كذلك فإن تلك المؤسسات تتوافر لديها عادة مبالغ كبيرة متاحة للإستثمارات طويلة الأجل، مما يعدها مصدرا هاما من مصادر رؤوس الأموال الإضافية التي من الممكن أن تشارك في مشاريع البنية التحتية، بالإضافة إلى القروض والأسهم وفي العادة فإن هذا النوع التمويلي (المستثمرون المؤسسون) تتميز مساعيه في:

- تقديم قروض طويلة المدى على عكس البنوك التجارية.

- عدم إهتمامهم بأنشطة إدارة وتشغيل المشروع، حتى في حالة إمتلاكهم حصص ملكية إستثمارية فيه لكن المشكلة في المستثمرين المؤسسين تكمن في نقطتين:

1- أنهم لا يفضلون الإستثمار في مشروعات الBOT في مراحل تنميتها وإنشائها، وفي كافة المراحل المبكرة الأخرى، وإنما يفضلون الإستثمار في المراحل المتقدمة كالتشغيل والصيانة وهذه النقطة في جوهرها تبرز لنا عدم إهتمامهم بإدارة وتشغيل المشروع لأن كل ما يهمهم هو تحقيق معدل عائد جيد في النهاية.

2- أنهم يفضلون عدم الإستثمار في مشروعات منفردة ومن دولة واحدة فقط، وإنما هدفهم الأساسي هو التنويع من خلال تكوين ما يشبه المحفظة الإستثمارية المكونة من إستثمارات متنوعة في عدة مشروعات من البوت، من عدة دول مختلفة الأمر الذي يحدث على وجه الخصوص مع صناديق الإستثمار الإعتيادية في الدول المتقدمة[2].

[1]- شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 245.

[2]- محمد صلاح، المرجع السابق . ص 140.

– وهناك أدوار تمويلية أخرى كبنوك التنمية القومية (القومية / المحلية)، والإقليمية وأسواق رأس المال البورصات في صورة مشتريات أسهم ملكية أو سندات مديونية أو أسهم ممتازة، يقوم بها المستثمر العادي أو صغار المستثمرين كما جرى العرف. أنظر في الموضوع شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 246.

ثالثا- وكالات المساعدات ثنائية ومتعددة الأطراف

وهي تمد مشروعات الـBOT بالأنواع الثلاثة من رؤوس الأموال في نفس الوقت، بمعنى أنها قد تشتري أسهم الشركة وقد تمنحها قروضا أو تشتري منها سندات، وقد تمنحها قروض فرعية أو تشتري منها أسهما ممتازة، ومن أهم هذه الوكالات مايلي:

- الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية.
- الوكالة الكندية المتحدة للتنمية الدولية.
- مؤسسة المملكة المتحدة للتنمية عبر البحار.
- بنك التنمية الأسيوي.
- البنك الأوربي للتنمية.[1]

إن نجاح مشروعات البوت من الناحية التمويلية يكمن في التركيز على خصائص تلك المشروعات التي من شأنها إجتذاب المستثمرين والممولين والرعاة إلى المشروعات، مع التركيز على تصميم إيطار قانوني عام يضمن الإشراف الجيد والرقابة على المشروعات، ولكن بشرط ألا يكون هذا الإشراف والرقابة الحكومية الوطنية بالدرجة التي تجعل الممولين المحليين والأجانب غير راغبين على الإطلاق في الإستثمار في تلك المشروعات، بسبب الإشراف الحكومي المفرط [2].

المطلب الثاني:

المخاطر المحتملة حول مشروعات عقد الـBOT

يتعرض أي مشروع إستثماري لمخاطر يمكن أن تصادفه خلال حياته الإستثمارية، هذه المخاطر التي قد تكبد خسائر للملقى على عاتقه هذه المخاطر من طرفي التعاقد، حيث أن مخاطر المشروع قد تأثر في سرعة إنشائه أو إستغلاله، وحتى في تحويله، لكل هذا لابد من توخي الحيطة والحذر لتفادي الوقوع فيها، وعليه لابد من ضبط وتقييم أداء المشروع (الفرع الأول)، ومحاولة دراسة المشروع قبل البدأ في إنجازه من كل زواياه، ومعرفة المخاطر التي يمكن أن تعترضه ووضعه القانوني في حالة

[1]- شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 244.

[2]- سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 135.

وقوع أيا من هذه المخاطر (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تقييم أداء مشروعات الـBOT

لابد على طرفي العلاقة التعاقدية توقع أي خطر يمكن أن يحصل في عمر المشروع المفترض وعليه لابد من إجراء دراسات مكثفة لتفادي الوقوع في أي نوع من المخاطر، ومحاولة الإحاطة بكل جوانب المشروع من خلال تقييم أداء المشروع من فترة إلى أخرى، إلى غاية نهاية مدة التعاقد وعليه سنحاول دراسة ذلك من خلال التقييم البيئي للمشروع (الفقرة الأولى)، والتقييم التقني للمشروع (الفقرة الثانية)، والتقييم التجاري لمشروعات البوت (الفقرة الثالثة)، التقييم المالي للمشروع (الفقرة الرابعة)، التقييم الإقتصادي للمشروع (الفقرة الخامسة) التقييم الإجتماعي لمشروعات الـBOT (الفقرة السادسة).

الفقرة الأولى:

التقييم البيئي للمشروع

يوجد هناك وعيا متناميا على جميع الأصعدة نحو ضرورة المحافظة على البيئة، ولقد تم ترجمة ذلك في صورة صدور قوانين من جانب عديد من الحكومات، تلزم أصحاب المشروعات بتقديم تقويم للآثار البيئية لها قبل النظر في الموافقة عليها، كما أن هناك عديد من المؤسسات المالية الدولية تشترط ضرورة تقديم تقويم للآثار البيئية للمشروع قبل الموافقة على المساهمة في تمويله، ويتعين على أصحاب المشروعات القيام بعمل تقويم بيئي لمشروعاتهم حتى لو لم يتطلب القانون عمل ذلك في الوقت الحالي، وذلك لإحتمال صدور قوانين لحماية البيئة في المستقبل قد تكلف المشروع مبالغ طائلة لا تتوائم معها[1].

فعند إعداد وتنفيذ مشروعات الـBOT الضخمة الخاصة بالبنبة الأساسية للدول النامية، تلعب عمليات تقويم الأثر البيئي المتوقع لمثل هذه المشروعات دورا بالغ الأهمية، فإدخال عملية التقويم البيئي إلى قلب عمليات التقويم الإجمالي لمشروعات البوت تهدف إلى تحقيق بعض الأهداف هي:

-التحديد المسبق للمخاطر البيئية التي قد تنجم عن المشروع.

[1]- عبد القادر محمد عبد القادر عطية، المرجع السابق، ص 126.

-تحديد الأثر البيئي السلبي المتوقع عن المشروع، وما إذا كان يمكن قبوله أم أنه يجب رفض المشروع من الأساس بسبب ضخامة هذا الأثر.

-وضع أسس ومعايير بيئية محددة يجب على كل مقاولي مشروع البوت الإلتزام بها عند تصميم وتنفيذ وإنشاء وتشغيل المشروع [1].

- حصر الآثار البيئية المتوقعة للمشروع، والتي قد تشتمل على أثار ضارة تتعلق بالمعادن السائلة والصلبة والأدخنة والأتربة المتصاعدة والضوضاء المنبعثة وغيرها، كما قد تشتمل على أثار نافعة.

- ترجمة هذه الأثار البيئية النافعة أو الضارة إلى قيم نقدية، ما أمكن ذلك أو حصرها في صورة وصفية إذا لم يمكن ذلك.

- إضافة التكاليف أو تكلفة إزالة الآثار الضارة القابلة للتقدير النقدي إلى التكاليف الخاصة للمشروع، وذلك للوقوف على مدى ما يذره من أرباح، وعادة ما يرفق هذا الجزء بعمل دراسة جدوى للمشروع في بداية مرحلة الإنشاء[2].

الفقرة الثانية:

التقييم التقني للمشروع

الهدف من عملية التقييم التقني هو ضمان أن المشروع سيكون قد تم تصميمه معماريا وهندسيا بطريقة جيدة، وأنه سيستخدم كافة التقنيات المناسبة له، وفقا للشروط والمعايير الدولية المتعارف عليها في مجال التصميمات والهندسة، وتعتمد عمليات التقييم التقني لمشروعات البوت بدرجة كبيرة للغاية على آراء وتوصيات الخبراء المتخصصين في كل جانب تقني من جوانب المشروع على حدى، وهذه التقييمات التقنية تستخدمها الحكومة المضيفة وكافة الأطراف الخاصة الراعية أو الدائنة للمشروع للتأكد من أنه سيتم تنفيذه بالكامل في موعده المحدد وفقا لمعايير الجودة المحددة سلفا، وفي ظل الميزانيات المتاحة، وأن عمليات التشغيل وإدارة وصيانة المشروع سوف تتسم أيضا بدرجة عالية من

[1]- شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسن إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 263-264.

[2]- عبد القادر محمد عبد القادر عطية، المرجع السابق، ص 126.

الكفاءة وإنخفاض التكاليف لتعظيم الأرباح[1].

وعموما عملية التقييم التقني لمشروعات البوت يجب أن تركز على عدة قضايا وإعتبارات مهمة تتمثل فيما يلي:

- مدى ملائمة التقنيات المختلفة المستخدمة في المشروع بما فيها آلاته ومعداته وعملياته الإنتاجية للشروط والظروف المحلية والبيئة السائدة في الدولة المضيفة.
- كيفية الوصول إلى معدلات الأداء والإنتاج، أي الطاقة السنوية الإجمالية المحددة للمشروع مسبقا.
- إختيار الموقع الجغرافي الأمثل لإنشاء المشروع، بما في ذلك دراسة عوامل البيئة ومدى صلاحية التربة.
- شراء الأراضي اللازمة لإنشاء المشروع أو الحصول عليها من الحكومة المضيفة، مع تحديد التسهيلات اللازمة للحصول على هذه الأراضي كالطرق شبكات المواصلات والإتصالات.
- تحديد إجراءات المشتريات اللازمة للمشروع، بما في ذلك عمليات شراء المواد الخام والآلات والمعدات والإمدادات.
- دراسة مدى توافر كوادر إدارية مؤهلة ومدربة وقادرة على إدارة المشروع بدرجة عالية من الكفاءة والفعالية.
- مدى توافر القوى العاملة المؤهلة والمدربة للعمل في المشروع، ومدى توافر البرامج التدريبية اللازمة لرفع مستويات كفاءتهم.
- دراسة تفاصيل عمليات المقاولات والإنشاءات اللازمة.
- دراسة مدى موضوعية جداول تنفيذ الإنشاءات زمنيا.
- مراجعة تكاليف الإنشاءات وتحديد ما إذا كانت مبالغا فيها أم لا.
- تقييم تكاليف الصيانة والتحديث اللازمة مستقبلا وتحديد ما إذا كانت مناسبة أم لا [2].

[1]– سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 148.
[2]– المرجع نفسه، ص 149.

الفقرة الثالثة:

التقييم التجاري لمشروعات الـ BOT

تتطلب عملية التقييم التجاري لمشروعات البوت من الحكومة المضيفة أو من شركات أطراف القطاع الخاص الراعية للمشروع إجراء دراسة كاملة للأسواق التي يتم فيها بيع منتجات أو خدمات المشروع بما في ذلك:

- تحديد أنواع وأماكن تجميع المستهلكين المستخدمين لمنتجات وخدمات المشروع.
- تحديد أسعار هذه المنتجات ومستويات إنتاجها والطلب الإجمالي عليها.
- سياسات التعريفة الجمركية الحكومية الحالية والمتوقعة مستقبلا.
- الإطار العام التشريعي الحقيقي أو المتوقع مستقبلا.
- القدرات الإنتاجية الحالية والمتوقعة مستقبلا لأبرز المنافسين المحليين والأجانب.
- الخواص التنافسية لهذا القطاع السوقي بمعنى درجة حدة المنافسة، عدد المتنافسين، حصة كل منهم من الأسواق، المزايا التنافسية التي تميز كلا منهم عن الأخر[1].
- إيجاد إيطار قانوني عام لحماية حقوق الملكية الفكرية وبراءات الإختراع المحلية وحتى الأجنبية.
- البحث عن ضمانات لتطبيق العقود والإتفاقات التعاقدية الخاصة بين كافة الأطراف المتعاملة في السوق المحلية للأعمال بالدولة المضيفة.[2]

هذه المعلومات السوقية الهامة يتم إستخدامها للتنبؤ بمستويات الطلب والإيرادات المتوقعة للمشروع وبحصته المتوقعة من السوق المحلية الإجمالية في مراحل دورة حياته، كذلك محاولة تحديد المخاطر المالية المتوقعة لإيرادات المشروع، مثل الموسمية أو تذبذب الإيرادات أو إرتفاع مرونة الطلب السعرية، كما يتم إستخدامها بغرض معرفة مدى تأثر إيرادات وأرباح المشروع بالتغيير في أي عامل مستقل من العوامل المؤثرة عليه، مثل الأسعار أو المنافسة[3].

---

[1]– شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل– سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 260 – 261.

[2]– سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 64.

[3]– شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل– سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 261.

الفقرة الرابعة:

التقييم المالي للمشروع

تهدف عملية التقييم المالي للمشروع للتأكد من أن المشروع كيان مستقل يتمتع بقوة مالية تمويلية واضحة، ولديه أرصدة كافية لتغطية تكاليف تنفيذه وتشغيله وصيانته وفقا للشروط والمعايير والجداول الزمنية المحددة مسبقا، وبالتالي الجدوى المالية للمشروع تعتمد على عدة عوامل مهمة منها مايلي:

- تكاليف الإنشاء والتشغيل المتوقعة.

- العائد المالي الإجمالي المتوقع من المشروع أي المتوقع تحصيله حتى إنتهاء عمر المشروع وتسليمه إلى الحكومة المضيفة.

- تكاليف الحصول على الأرصدة والقروض اللازمة لتمويل المشروع تمويلا كافيا لمساعدته على الإلتزام بمعدلات ومعايير التنفيذ والجودة المحددة.

- التكاليف المرتبطة بالحصول على مصادر تمويل المشروع من كل مصدر ممكن على حدى كالقروض المحلية أو الأحنبية ورؤوس الأموال الخاصة والمساعدات الحكومية المباشرة....الخ، بحيث يمكن إختيار المصدر التمويلي الأقل تكلفة على المدى البعيد[1].

ويحتاج عدد من الأطراف لإجراء التقويم المالي لأغراض مختلفة، فشركة المشروع تحتاج لإجراء التقويم المالي كي تتأكد من أن المشروع سوف يكون قادرا على تغطية كافة الإلتزامات المالية، بما فيها خدمة الدين والأرباح، بالإضافة إلى تحديد أي فجوات مالية يتعين على الحكومة المضيفة التدخل لتغطيتها، كما يحتاج المستثمرون إلى معرفة الفرق بين معدل العائد المتوقع من المشروع، ومعدل العائد البديل الذي يمكن الحصول عليه من إستثمارات أخرى، ومن ناحية أخرى تحتاج الحكومة المضيفة للتعرف على نتائج التقويم المالي للمشروع لتحديد ما إذا كان هناك حاجة لمساهمتها كي تعوض المتعهد الخاص عن إنخفاض ربحيته أم لا، كما أن الدائنين عادة ما يرغبون في التأكد من مقدرة المشروع على خدمة الدين في ظل الظروف المختلفة[2].

[1]- سمير محمد عبد العزيز – إسماعيل حسين إسماعيل – شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص ص 151-152.

[2]- عبد القادر محمد عبد القادر عطية، المرجع السابق، ص 656.

الفقرة الخامسة:

التقييم الإقتصادي للمشروع

الهدف هو محاولة تقويم مدى قدرة المشروع المعني على الإسهام بفاعلية في خطة الدولة الرامية إلى تنمية الإقتصاد الوطني للدولة المضيفة ككل، وكذلك مدى قدرته على الإسهام في تنمية وتحديث قاعدة البنية الأساسية للدولة، ومن هذا يتضح أن التقويم الإقتصادي لمشروعات الـBOT يركز على سبل الوصول إلى حالة الإستغلال الأمثل لموارد الدولة المضيفة عمالة – أموال– رأس مال ومعدات تقنية – الموارد الطبيعية المختلفة....الخ أكثر مما يركز على العوائد المالية التي من المتوقع أن يحققها المشروع وأن تحصل عليها الشركة الخاصة الراعية أو المنفذة له، وهذا هو وجه الإختلاف الرئيسي بين التقويم المالي الذي تجريه الشركة والتقويم الإقتصادي الإجمالي الذي تجريه أو تقوم به الحكومة المضيفة بنفسها في الغالب[1].

فكثيرا ما تستغرق عملية إنشاء المشروعات فترة طويلة من الزمن نسبيا، وتبقى الموارد المستثمرة معطلة في صورة أصول غير مكتملة طوال فترة الإنشاء، ومن ثم كلما طالت فترة الإنشاء دون مبررات فنية كلما زاد حجم العوائد المضحى بها نتيجة لإحتجاز الموارد المستثمرة في صورة معطلة، ولذا فإن فترة الإنشاء تؤثر في المفاضلة بين المشروعات عند إجراء دراسات الجدوى لها، ومن ناحية أخرى يلاحظ أن تنفيذ إنشاء المشروع في فترة تزيد عن المدة المقررة له يكلف صاحب المشروع تكاليف إضافية تتمثل في العوائد المضحى بها نتيجة للتأخير، كما أن تنفيذ إنشاء المشروع في فترة أقل من المدة المقررة يحقق لصاحب المشروع عائدا أكبر نتيجة لتبكير في إنجاز المشروع[2].

ويهدف التقويم الإقتصادي إلى تحديد درجة الكفاءة الإقتصادية لمشروع الـBOT، ويتضمن هذا التقويم عددا من الخطوات أهمها:

– إستخدام العملة المحلية في عملية التقويم، وإن كان من الممكن إستخدام عملة أخرى إذا كانت معظم المعاملات تتم وفقا لها.

– تحديد العمر الإقتصادي للمشروع وفقا للعمر المتوقع.

[1]– شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل– سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 269.

[2]– عبد القادر محمد عبد القادر عطية، المرجع السابق، ص 467.

– إجراء تحليل أو دراسة لمعرفة الآثار المحتملة للتغيرات غير المتوقعة على الكفاءة الإقتصادية للمشروع [1].

الفقرة السادسة:

التقييم الإجتماعي لمشروعات الـBOT

يهدف التقويم الإجتماعي إلى تحديد مساهمة المشروع في تنمية المجتمع، ويتعين تحديد جميع الآثار الداخلية والخارجية والمباشرة وغير المباشرة عند إجراء هذا التقويم للمشروع، وبمعنى أخر يتعين التركيز على بعض الجوانب التنموية للمشروع مثل:

– الآثار البيئية للمشروع.

–الزيادة أو النقصان في درجات الأمان بسبب المشروع عند حدوث حوادث ومدى خطورتها إن وجدت.

– الأثر على توزيع الدخل بين الفئات المختلفة في المجتمع.

– الأثر على نقل التكنولوجيا ومدى إستيعابها داخل الدولة المضيفة.

– وبالطبع يهتم بهذا النوع من التقويم كل من الحكومة المضيفة وشركة المشروع لإبراز الدور التنموي للمشروع، وما قد يستحقه من دعم[2].

الفرع الثاني:

المخاطر المحتملة لمشروعات الـBOT

لا يخفى علينا أن أي مشروع إستثماري معرض للعديد من المخاطر المحتملة في مختلف مراحله المتعاقد عليها، خصوصا إذا كان هذا المشروع يمتاز بطول مدته كعقد البوت، لهذا لابد من معرفة المقصود بفكرة المخاطر (الفقرة الأولى)، وهل يمكن توزيع هذه المخاطر بين القطاعين العام والخاص (الفقرة الثانية).

[1]– عبد القادر محمد عبد القادر عطية، المرجع السابق، ص 657.

[2]– المرجع نفسه، ص ص 657–658.

الفقرة الأولى:

المقصود بفكرة المخاطر

تعرف المخاطر المرتبطة بالمشروع على أنها تلك الوقائع المادية أو القانونية أو الفنية أو السياسية أو البيئية أو التجارية، التي تطرأ عقب البدء في تنفيذ المشروع، ويترتب على تلك المخاطر في حالة عدم السيطرة عليها توابع قد تتمثل في التأخير في تنفيذ المشروع، ومن ثم في تشغيله أو الزيادة في تكلفة المشروع أو عدم التشغيل كما هو متوقع من جهة الإدارة أو عدم الجودة في الخدمة المقدمة من المشروع (مخاطر الأداء)[1].

فتحديد مخاطر المشروع تعد عملا جوهريا ولأنه لا يوجد أي ضمان مطلق لتجنب هذه المخاطر يهتم جميع المشاركين في المشروع بتحديد مخاطره وكيفية تجنبها، أو تجنب أهمها ولكن من الصعب تحديد دقيق وكامل لمخاطر هذا النظام نظرا لإختلاف كل مشروع عن الآخر وإختلاف قدرة الدولة المضيفة، ولهذا يكون لكل مشروع في حد ذاته مخاطره الخاصة به [2].

الفقرة الثانية:

توزيع المخاطر بين القطاعين العام والخاص

تتعدد المخاطر التي يمكن أن تحدث في ظل التعاقد وفق مشروعات البوت هذه المخاطر يمكن أن يتحملها القطاع الخاص (أولا)، ويمكن أن يتكفل بها القطاع العام (ثانيا).

أولا- إنحصار المخاطر المحتملة بالقطاع الخاص

إن طبيعة مخاطر مشروعات الBOT لا تختلف بجوهرها عن المخاطر المرافقة لسائر التقنيات الأخرى المعتمدة في تحقيق المشاريع أو المرافق العامة، لكن ما يميز عقود الBOT عن هذه التقنيات هو إنحصار عبء المخاطر بالقطاع الخاص دون أي مشاركة للدولة أو جماعاتها العامة والتي إن

[1]- محمد صلاح – البشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية – تجارب دولية وعربية مختارة –، مجلة أبحاث إقتصادية وإدارية العدد السابع عشر جوان 2015، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، ص 190.

[2]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 51.

وجدت عدت ثانوية أو غير مؤثرة، والمخاطر تختلف من مشروع لآخر بحسب طبيعته [1].

1- المخاطر السياسية

وهي عبارة عن تصرفات تصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة أو أية جهة حكومية أخرى في الدولة القائم بها المشروع محل عقد المشاركة، وتكون ذات طابع سياسي أو سيادي ومثال ذلك أن يصدر قانون يفرض ضرائب جديدة من شأنها التأثير سلبا أو التهديد بخطر نقص الأرباح المتوقعة من تنفيذ المشروع مما ينذر بإحتمال عدم القدرة على تسديد الديون وإسترداد الإستثمارات من قبل المتعاقد مع الإدارة، ومثالها أيضا عدم الإستقرار السياسي في الدولة وما قد يصاحب ذلك من تغيير في الحكومات، وبالتالي في الإستراتيجيات وأولويات السلطة المتعاقدة مما قد يتعارض ويؤثر بالسلب في معطيات المشروع محل عقد الشراكة، بل هناك من المخاطر السياسية التي قد ترجع إلى تصرفات حكومية ودولة أجنبية ومثال ذلك الحصار الإقتصادي أو المقاطعة أو الحظر...الخ [2].

2- المخاطر التشريعية

وتتمثل في قدرة الدولة المتعاقدة على تغيير المناخ القانوني الذي ينفذ فيه العقد بواسطة ما تتخذه من إجراءات دستورية أو تشريعية أو لائحية والتي قد تأخذ على سبيل المثال صورة تشريعات جمركية أو مالية أو ضرائبية صادرة خلال فترة سريان العقد، الأمر الذي من شأنه زيادة إلتزامات أو تقليص حقوق الشريك الخاص مع الدولة عما كانت عليه لحظة التعاقد، وذلك بالإرادة المنفردة للدولة وحدها[3].

3- المخاطر المالية

وهي تلك المخاطر التي تنجم عن تقلبات كل من أسعار الصرف وأسعار الفائدة، حيث أن المشروعات المنفذة في الدول النامية غالبا ما تستورد كل معداتها الرأسمالية وتدفع في مقابلها عملات أجنبية، بينما إيرادتها المتوقعة من هذه المشروعات تكون بالعملة المحلية وعليه وجب على الحكومة

---

[1]- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 481.

[2]- صافي أحمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص (P.P.P)، دار النهضة العربية للنشر القاهرة، 2016، ص 188.

[3]- كاميليا صلاح الدين، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية، دراسة تحليلية، ورقة مقدمة في ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها والمنعقد في شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ديسمبر 2011، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية 2012، أعمال المؤتمرات، ص 143.

في هذه الحالة أن تضمن لشركات القطاع الخاص أن تحول العملات إلى العملات الأجنبية، كما أن التقلب في سعر العملة من شأنه أن يؤثر على الجدوى المالية للمشروع، لذا وجب على القطاع الخاص أخذ الحيطة من تقلبات أسعار الصرف عن طريق ضمان الحكومة بثبات أسعار الصرف عند تحويل إيراداتهم المتوقعة أو إستخدام المشتقات المالية لمواجهة مخاطر تقلب العملة المحلية [1].

ويعود هذا لغياب النصوص وعدم سيادة القانون وأن الأمور المالية غالبا ماتكون محفوفة بالمخاطر[2].

4- مخاطر زيادة التكلفة

وتتمثل تلك المخاطر في تغيير سعر صرف العملة المحلية التي يتم تحصيل مقابل الخدمة أو السلعة بها، إذ أن إنخفاض سعر صرف هذه العملة من شأنه أن يؤثر بالسلب على قيمة التدفقات النقدية التي يرتبها المشروع، هذا مع ملاحظة أن القروض والتسهيلات الإئتمانية وكذا أثمان المعدات التي ستوردها شركة المشروع أو مقاوليها أو مورديها قد يكون واجب سداد قيمتها جميعا بالعملة الصعبة (عملة أجنبية)، ولذا فإن إنخفضت قيمة العملة المحلية فإن ذلك سوف يؤثر على قيمة عائدات المشروع ومن ثم ينال من قدرة الملتزم على سداد وخدمة دينه، كما أنه ينتقص من قيمة الربح الذي يحققه، ولاشك أن هذه المخاطر تزداد خطورتها إذا ما كان المشروع يتم تنفيذه في إطار عملته وهي غير مستقرة[3].

5- مخاطر التشييد والتشغيل

وتتمثل هذه المخاطر إما في عدم القدرة على إتمام التنفيذ وفقا للجداول الزمنية المتفق عليها وهو ما يسمى خطر عدم الإكمال أو في تجاوز التكاليف المقررة للتشييد أو خطر عدم إمكانية تشغيل المرفق بعد تشييده أو صيانته، وهو ما يسمى بخطر الأداء، وقد ترجع تلك المخاطر إلى عدم كفاءة الممارسات الإنشائية المتبعة أو عدم كفاية الميزانية المعتمدة لتمويل الإنشاء أو إلى التصميم المعيب أو عدم ملائمة التكنولوجيا المستخدمة أو عدم صلاحية المعدات المستخدمة في التجهيز والتشييد أو

[1]- هاني أحمد خليل، المرجع السابق، ص ص 53-54.

[2] - Thierry Bourbie et Jean-François ,BOT versus concession , Les leçons des contrats de Sydney et de Buenos Aires , p 71, sur le site, http://www.annales.org/ri/1999/ri08-99/bourbie67-72 PDF.
-تاريخ الإطلاع على الموقع في 5 جانفي 2020 على الساعة 16:30 مساء.

[3]- صافي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص ص 189-190.

عدم ملائمتها نتيجة لعدم الصيانة السليمة والشاملة، أو قد يكون السبب الإهمال في إدارة المعدات الميكانيكية المستخدمة في المرفق، كما قد تتمثل تلك المخاطر في عدم كفاية المواصفات الفنية المتطلبة على الرخص والموافقات اللازمة للبدء في التنفيذ أو إكماله أو قيامها بإجراء تغييرات في الشروط والمتطلبات بسبب تخطيط غير ملائم من جانبها، أو توقف المشروع أو تأخير تنفيذه بسبب القيام بأعمال تفتيش أو التأخر في تسليم الأرض اللازمة للتشييد والإنشاء[1].

6- المخاطر المرتبطة بالسوق

قد يؤدي تقلب الطلب على السلعة أو الخدمة التي ينتجها المشروع إلى خطر جسيم على المشروع لأنه يعتمد في تسديد ديونه والحصول على الربح المطلوب على بيع هذه السلعة، أو تلك الخدمة وبالتالي يتعرض المشروع لمخاطر جسيمة، ويظهر هذا الخطر بصفة خاصة في المشروعات التي تعتمد في تسويق خدماتها على طلب السوق المحلي، مثل بناء المحطات الكهربائية، وهناك مخاطر تتصل بالتوريد وما يتعرض له من مخاطر عند وجود إحتكار من بعض الشركات لأصناف معينة أو من الدولة نفسها، وكذلك في حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة التي تعوق عمليات توريد الموارد الضرورية لتشغيل المشروع مما يعرض شركة المشروع إلى زيادة الأسعار بل والعجز عن تشغيل المشروع في بعض الحالات القصوى [2].

ثانيا- المخاطر التي يتحملها القطاع العام

لا يمكن نقل عبء جميع المخاطر المرتبطة بالمشروع إلى عاتق القطاع الخاص، بل تظل بعض الأنواع الخاصة من المخاطر مسؤولية الدولة وتقع على عاتق الجهة الحكومية المتعاقدة [3]، رغم ضئالة هذه المخاطر.

- المخاطر المرتبطة بالبنية التحتية

ترتبط هذه المخاطر بمدى إمكانية ربط هذا المشروع بباقي مشروعات البنية التحتية الأخرى مثل الكهرباء الإتصالات الصرف الصحي والمياه وغيرها، وتقع هذه المسؤولية على عاتق القطاع العام[4].

---

[1]- صافي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 189.

[2]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 54.

[3]- المرجع نفسه، ص 49.

[4]- هاني أحمد خليل، المرجع السابق، ص 52.

وخلاصة القول أن المشروعات الإستثمارية وتحديدا مشروعات البوت التي نحن بصدد دراستها هي في الغالب معرضة لبعض المخاطر المذكورة سابقا وهذا راجع لطول مدة التعاقد، مما قد يصادف المشروع بعض المخاطر سواءا مخاطر تضر الجهة المانحة أو مخاطر تضر بالطرف المتعاقد والتي يحاول طرفا التعاقد التحكم فيها، لأنها قد تكون سببا في عدم إكتمال المشروع أو إنهائه أو عدم التوصل إلى الجودة المرجوة منه، ولقد لاحضنا أن أغلبية هذه المخاطر يقع عبء تحملها على القطاع الخاص، وهذا أحد الأسباب التي أدت إلى التخوف من التعاقد وفق هذا النمط، وعليه لابد على الدول المضيفة للإستثمار التفطن إلى هذا الأمر وتداركه ومحاولة إقتسام عبء هذه المخاطر كليا أوجزئيا مع شركة المشروع، أو توزيعها على أطراف أخرى لها علاقة بالمشروع، وذلك بإصدار تشريعات تنظم هذا الأمر أو بإدراج بنود في وثيقة التعاقد تحمي طرفا التعاقد من هذه المخاطر.

المبحث الثالث:

نهاية عقود الـ BOT

إن عقود الـBOT كغيرها من العقود لها نهاية قد تكون نهاية عادية بإنقضاء الأجل المحدد والمتفق عليه مسبقا في العقد مع مراعاة إمكانية تجديد العقد وتمديده لمدة معينة بإرادة الطرفين، كما قد تكون نهاية غير طبيعية وغير عادية تؤدي إلى إنهاء العقد قبل الأجل المتفق عليه في العقد، فقد ينتهي العقد بإتفاق الطرفين أو تكون نهاية قضائية أو بقوة القانون أو بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة أو بسحب الإلتزام وإسقاطه، ولهذا سنعالج هذا الموضوع وفق مطلبين نتحدث في المطلب الأول عن النهاية العادية ونتحدث قي المطلب الثاني عن النهاية غير العادية لهذه العقود.

المطلب الأول:

النهاية الطبيعية لعقد الـBOT

إن عقد الـBOT من العقود المحددة المدة، حيث أن هذه المدة يتم الإتفاق عليها مسبقا بين طرفي العلاقة التعاقدية ضمن شروط وبنود العقد أو كراسة الشروط، وهي ما يطلق عليها النهاية الطبيعية، فيمر عقد الـBOT هنا بدورة حياته بشكل عادي وطبيعي (الفرع الأول)، غير أنه يمكن تجديد هذه المدة أو تمديدها أو تعليقها بحسب الظروف (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

إنتهاء عقد الـ BOT بالمدة المتفق عليها

لما كان عقد البوت بصورة عامة من العقود الزمنية، التي يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها فتكون النهاية الطبيعية للعقد بإنقضاء مدته المحددة، فغالبا ما تتضمن عقود البوت حدا زمنيا لها، وربما إنجاز الأعمال على مراحل محددة وفي كل الأحوال يقتضي وضع حد أقصى لمدة العقد، وغالبا ما تكون مدة عقد البوت طويلة نسبيا، وينتهي العقد بإنتهاء مدته وتنفيذ الإلتزامات التي تترتب عليه كاملة ولاسيما ما يتعلق منها بنقل ملكية المرفق العام إلى الجهة الإدارية المانحة[1]، وتحقيق الأهداف المرجوة بالنسبة لشركة المشروع، ومن بين هذه الأهداف نذكر مايلي:

- دفع الفوائد وأقساط القروض التي أبرمتها شركة المشروع مع جهات التمويل.
- تغطية إستهلاكات الأصول والإستثمارات التي أستخدمت في المشروع.
- تغطية النفقات التشغيلية التي تكبدتها أثناء إدارة المشروع.
- تحقيق مقدار معقول من الأرباح يتناسب مع حجم الإستثمارات التي أستخدمت في المشروع ومقدار المخاطر التي تتعرض لها من جراء تنفيذ عقد الـBOT الذي يتسم بالضخامة والتعقيد[2].

و قد يخلو العقد من تحديد المدة، لكن هذا الأمر نادر الوقوع، ولأن عقود البوت من طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها فلا يمكن أن تكون المدة مؤيدة، إذ بإنقضاء المدة المتفق عليها في العقد تحل النهاية الطبيعية لهذا العقد، وينقضي العقد بقوة القانون، وبالتالي يتحرر المتعاقد من إلتزام إدارة المرفق العام ما لم يتقرر تمديد العقد أو تجديده طبقا لأحكام القانون الذي يخضع له عقد البوت[3].

وهنا يثور سؤال في غاية الأهمية ألا وهو ما هو مصير الأموال والمعدات المستخدمة في إنشاء وتسيير المرفق المدار بطريقة البوت وكيف يتم توزيعها ؟

---

[1]–إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 381.

[2]–مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص 388–389.

[3]– إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 444.

للإجابة عن هذا السؤال لابد من التفصيل في الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة مجانا (الفقرة الأولى)، والأموال التي تبقى ملكيتها للشركة المتعاقدة (الفقرة الثانية)، والأموال التي من حق الدولة أن تشتريها (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

أموال تؤول ملكيتها للدولة مجانا

وهي الأموال[1] التي تعتبر كلا غير قابل للتجزئة فيما يتعلق بإستغلال المرفق وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة في المشروع كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص، وقد ينص العقد على إدراج بعض المنقولات في قائمة الأموال التي تؤول إلى الدولة مجانا، كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية أو السيارات أو قطع الغيار أو غير ذلك من الأدوات [2]، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي 11-340 بقولها: «.....عند نهاية الإمتياز، تسلم الهياكل المنجزة بعنوان هذا الإمتياز للدولة مجانا طبقا للتشريع المعمول به.»

فمن الخصائص الرئيسية لمشروعات الBOT أنها في نهاية فترة التعاقد يتم نقل ملكيتها وملكية جميع حقوقها والتزاماتها من الشركة الراعية للمشروع إلى الحكومة المضيفة، غالبا بدون أي تكاليف أو نفقات أو غرامات، وعلى مدى العقد الماضي بالكامل كانت صيغة BOT بمعنى إشتراط نقل ملكية المشروع إلى الحكومة في نهاية الآمر هي الأكثر شيوعا وإستخداما في غالبية مشروعات إشراك القطاع الخاص في بناء وتنمية البنية الأساسية للدول المختلفة، في حين لم يكن من الشائع إستخدام الصيغ الأخرى للمشروعات التي لم تكن تشترط صراحة نقل الملكية إلى الحكومة في نهاية فترة التعاقد[3].

وتحتوي هذه العقود عادة على شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد الخاصة بصيانة تلك الأموال والأدوات بحيث تسلم بحالة جيدة وصالحة للإستخدام في نهاية المدة، ومن المسلم أن الإلتزام بصيانة تلك الأموال مقرر ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، وللإدارة حق خصم المبالغ اللازمة لإصلاح

---

[1]- إن مصير الأموال والأدوات بعد إنتهاء مدة الإمتياز تدرج ضمن وثيقة عقد الامتياز أثناء التعاقد، فهي التي تتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند إنقضاء عقد الإمتياز. أنظر نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 1، 2013 ، ص 1061، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: https ;//academia-arabia.com تاريخ الإطلاع على الموقع 19-09-2020 على الساعة 15:30 .

[2]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 510.

[3]- شكري رجب العشماوي –إسماعيل حسن إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 303.

الأدوات التي قصر الملتزم في صيانتها من مستحقاته عند تصفية الحساب النهائي[1].

الفقرة الثانية:

أموال تبقى ملكيتها للشركة المتعاقدة

وهذه أصول يملكها القطاع الخاص ولا تندرج في أصول يجوز للحكومة أن تشتريها بإختيارها وليس للحكومة عادة الحق في مثل هذه الأصول، ويجوز للقطاع الخاص أن ينقلها أو يتصرف فيها حسبما يشاء [2].

وقد نصت على ذلك المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المحدد لكيفيات منح إمتيازات وتوزيع الكهرباء والغاز وسحبها[3] والتي نصت على:« يقصد في مفهوم هذا المرسوم بما يأتي:

أملاك الإمتياز: مجموع أملاك الإسترجاع وأملاك العودة المقررة للإمتياز.

الأملاك الخاصة: الأملاك التي يملكها صاحب الإمتياز خارج أملاك الإسترجاع، وأملاك العودة.

أملاك الإسترجاع: الأملاك المخصصة للإمتياز طيلة مدة الإمتياز، يمكن أن تسترد أملاك الإسترجاع من طرف الدولة، لكن بمحض إرادتها عند إنتهاء مدة الإمتياز، مقابل تعويض صاحب الإمتياز.

أملاك العودة: الأملاك الضرورية للمرفق المتنازل عنه، لتوزيع الكهرباء أو الغاز والتي يجب أن تعاد ملكيتها، أو التصرف فيها حتما إلى الدولة عند إنتهاء مدة الإمتياز يمكن أن تكون هذه الأملاك من أملاك عمومية أو من الأملاك الخاصة للدولة، كما يمكن أن لا تكون كذلك في هذه الحالة الأخيرة تكون الأملاك إبتداءا ملكا للدولة».

الفقرة الثالثة:

أموال من حق الدولة أن تشتريها

وتشمل هذه الفئة عادة الأصول المملوكة أصلا للقطاع الخاص أو التي يحصل عليها بعد ذلك والتي قد تزيد من سهولة أو كفاءة تشغيل المشروع أو جودة الخدمة دون أن تكون أصولا لا غنا عنها

---

[1]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 510.

[2]- محمد صلاح، المرجع السابق، ص 119.

[3]- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المؤرخ في 09 أفريل 2008، المحدد لكيفيات منح إمتيازات وتوزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ج ر عدد 20، الصادر في 13 أفريل 2008.

أو ذات ضرورة حتمية لتقديم الخدمة[1].

فتستطيع الدولة شراء الأموال المنقولة التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق بإستغلال المشروع وتحدد شروط العقد حرية الإدارة في شراء هذه الأموال، فقد تتمتع الإدارة برخصة الشراء من عدمه وفي أحيان أخرى تلتزم بشراء ما يحدده العقد من الأموال والأسس التي يقوم عليها تقدير ثمنها[2].

الفرع الثاني:

عدم إعتماد المدة كنهاية لعقد الـ BOT

ينتهي عقد البوت كغيره من العقود الرضائية المسماة لكن قد يستدعي الأمر عدم إنهائه ويتم ذلك بعدة طرق تحدد هذه النهاية، فقد يتم إنهاء العقد بتجديد مدته (الفقرة الأولى)، أو بتمديد هذه المدة (الفقرة الثانية)، وقد يتم تعليق مدته (الفقرة الثالثة) لظروف خاصة.

الفقرة الأولى:

تجديد مدة عقد الـBOT

قد يتم الإتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها على تجديد عقد البوت لمدة معينة، أي لمدة إضافية شرط قيام الإدارة بإخطار المتعاقد معها بذلك قبل إنتهاء الفترة الأولى، بمدة لا تقل عن ثلاث سنوات وذلك من خلال عقد جديد يتم الإتفاق عليه في حينه، كما قد يتفق الطرفان على أن العقد يسري مرة واحدة فقط لمدة تبلغ عدة سنوات مثلا خمسون عاما ويجدد تلقائيا مالم يقم أحد الطرفين بإخطار الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد في حدود القوانين والقواعد المنظمة لذلك[3].

فتجديد عقد الـBOT يعني أن العقد القديم قد إنتهت مدته وتم الإتفاق بين طرفيه على تجديد العقد لمدة أخرى، قد تكون مساوية لمدة العقد القديم أو تزيد عنها أو تنقص حسب ما يتفق عليه الطرفان في العقد[4]، وقد نصت على ذلك المادة 13 من المرسوم التنفيذي 11-340 السابق الذكر بقولها: «تحدد

---

[1]- محمد صلاح، المرجع السابق، ص 119.

[2]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 510.

[3]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 382.

[4]- طارق عبد الرازق العدساني، النظام القانوني لعقد الـBOT وفقا للتشريع المويتاني بالمقارنة بالقانون المصري والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية 2016، ص 234.

مدة الإمتياز في دفتر الشروط الخاص ويمكن تجديد الإمتياز بناء على طلب يقدم بثلاثة (3) أشهر قبل نهاية مدة صلاحيته...»، فقد جعل المشرع الجزائري مدة 3 أشهر هي المدة التي يقدم فيها طلب التجديد قبل نهاية مدة العقد المتفق عليه مسبقا في وثيقة التعاقد، فيقدم هذا الطلب من طرف شركة المشروع من أجل التعاقد مجددا لفترة يتم الإتفاق عليها بينهما، بشروط وبنود جديدة تدرج في وثيقة العقد الجديد[*].

وغالبا ما يحتوي عقد الإمتياز بنظام البوت على شرط الأولوية عند التجديد أي شرط الأفضلية هذا الشرط يعني أنه إذا مارأت الإدارة عند نهاية العقد الأصلي الإستمرار في إدارة المرفق موضوع التعاقد عن طريق الإلتزام، فإن الملتزم القديم يفضل عند تساوي الشروط والظروف فيما بينه وبين المتقدمين الجدد للتعاقد، ويتعين على الإدارة إحترام هذا الشرط لمشروعيته وإتفاقه مع إعتبارات العدالة ومفتضيات الصالح العام، في أن يظل المرفق العام يسير بإنتظام وبإضطراد مع الملتزم القديم فالأولوية تكون للملتزم لسابقة خبرته في إدارة المرفق العام، أما إذا لم يتساوى مع المتنافسين الجدد فقدم بعضهم شروطا أفضل منه، حينئذ يكون الإختيار من بينهم وهنا لا ينطبق شرط الأولوية في حالة خلو العقد من شرط الأفضلية، لأن إعتبارات العدالة ومقتضيات الصالح العام تحضا بالإعتبار والقبول من أجل إبرام العقد الجديد مع الملتزم القديم بسبب تميزه عن سائر المتقدمين الجدد لسابقة خبرته في إدارة المرفق محل التعاقد، وبالتالي ترجح كفته في حالة تساوي الأوضاع بينه وبينهم في الميزان[1].

[*] – إلا أنه تجدر الإشارة إلى أننا في حالة التجديد لن نكون أمام عقد من عقود البوت ، بل أمام عقد إلتزام عادي، ذلك لأن عقود البوت تستلزم أن تقوم شركة المشروع بتمويل تصميم وإنشاء وتشغيل المرفق ، وهو ماتم تنفيذه في عقد البوت في مدته الأولى في حين تقتصر مهمة شركة المشروع في مدة العقد الثانية على إدارة المرفق وتشغيله فقط، فشروط عقد البوت في مدته الأولى وضعت لتخدم شركة المشروع بأن تضمن لها تغطية نفقات تصميم وإنشاء وتشغيل المرفق، والتي كانت نفقات باهضة فضلا عن تحقيق قدر من الربح لهذه الشركة ، أما بالنسبة للمدة الثانية من العقد فالمفترض أن المرفق قد تم إنشاءه وشركة المشروع قد قامت بتغطية نفقاتها والحصول على الأرباح خلال مدة العقد الأولى، وتقتصر مهمتها في المدة الثانية للعقد على الإدارة فقط، لذا يجب أن تضع شروطا جديدة للعقد تخفف من شروط العقد القديمة، وتحل الدولة على فائض أرباح للمرفق ، ويقتصر ماتحصل عليه شركة المشروع على مقابل لإدارتها للمرفق فقط. أنضر في الموضوع طارق عبد الرازق العدساني النظام القانوني لعقد BOT وفقا للتشريع الكويتي بالمقارنة بالقانون المصري والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق الإسكندرية 2016، ص 235-236.

[1] – إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص445-446.

الفقرة الثانية:

تمديد مدة عقد الـBOT

يتفق طرفا العقد على تمديد مدة تنفيذ العقد وفقا للشروط والبنود المحددة في إتفاقية المشروع الأساسية، وتمديد العقد بعني زيادة مدة تنفيذ المشروع المحددة في العقد دون التجديد الذي يعني التعاقد مجددا مع شركة المشروع لتنفيذ المشروع موضوع العقد وفقا لشروط وبنود عقد جديد، ويجري تمديد العقد بالإستناد إلى بنود العقد أو قوانين صادرة عن الدولة، وتسمح قوانين بعض الدول بالتمديد لشركة المشروع لمدة محددة في حال لم تقم شركة المشروع بأي إخلال بإلتزاماتها التعاقدية[1]، وقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى عدم جواز تمديد عقود البوت BOT، ويستند هذا الرأي إلى الإعتبارات التالية:

1. أنه يجب عدم التقيد بالقواعد العامة في تمديد العقود المعمول بها في نطاق القانون المدني والتجاري، بإعتبار أن قواعد الـBOT لها خصوصياتها فهي ليست عقود إيجار أو تشغيل مرفق عام فقط، بل أن شركة المشروع تقوم بإنشاء المرفق وإستغلاله وبعدها يتم تحويله إلى الطرف الأول المتعاقد.

2. أن المدة الزمنية التي إتفق عليها الطرفان في عقود الـBOT، غالبا ما تكون مدة زمنية طويلة لا تقل عن 20 عاما، وبالتالي توجد صعوبات في تمديد عقود الـBOT لمدة زمنية أخرى.

3. أن تمديد العقد لمدة أخرى قد يؤدي إلى تجاوز الحد الأقصى للمدة المقررة قانونا لا سيما إذا كانت مدة الإلتزام طويلة[2].

الفقرة الثالثة:

تعليق مدة عقد BOT

إن بعض عقود الـBOT تنقضي بتعليق تنفيذ العقد في حال حدوث قوة قاهرة يكون لها الطابع المؤقت، وتمديد مدة العقد بذات المدة التي علق العقد فيها [3]، ونصت الفقرة الثامنة من المادة 11 من العقد المتعلق ببناء وتشغيل مواقف السيارات في مطار بيروت الدولي على أنه، يحق في أي وقت كان لسبب من أسباب القوة القاهرة أو أي سبب آخر يعتبره المالك مهما أن يطلب من المتعهد تعليق العمل

[1]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص 390-391.

[2]– طارق عبد الرازق العدساني، المرجع السابق، ص 237.

[3]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 392.

في المشروع أو في أي جزء منه، ويجب على شركة المشروع أثناء فترة التعليق أن تحمي الأعمال التي جرى إنجازها، والأموال والتجهيزات العائدة للمشروع من أي ضرر أو تلف أو خسارة.

المطلب الثاني:

النهاية غير الطبيعية (غير العادية) لعقود الـBOT

لأسباب معينة يمكن لعقد الـBOT أن ينتهي نهاية غير طبيعية أو مستترة قبل إنقضاء المدة المتفق عليها والمحددة في العقد، هذه الأسباب قد تكون بفسخ العقد (الفرع الأول)، أو عن طريق إسترداد عقد الإمتياز (الفرع الثاني)، أو لمقتضيات المصلحة العامة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

فسخ عقد الـBOT

يمكن فسخ عقد الـBOT قبل نهاية مدته، إما بإتفاق طرفي الرابطة العقدية (الفقرة الأولى)، أو بحكم قضائي (الفقرة الثانية)، أو بقوة القانون (الفقرة الثالثة)، أو الفسخ بمعرفة الإدارة (الفقرة الرابعة) أو إنهاء العقد بسحب الإلتزام أو بإسقاطه (الفقرة الخامسة).

الفقرة الأولى:

الفسخ الإتفاقي

قد يتفق الطرفان على إنهاء العقد قبل حلول أجله بإنقضاء المدة المتفق عليها والمدرجة في العقد، وهذا الإتفاق أمر مشروع تطبيقا للقواعد العامة، فالعقد يتكون بإرادة الطرفين ولا مانع من أن ينتهي قبل ميعاده بإتفاق الطرفين أيضا، على أن يكون ذلك بإرادة الطرفين ولاسيما الإدارة فيعبر كل من الطرفين على رغبته في إنهاء العقد بصورة صريحة وأن يتوافر من الأسباب ما يبرر ذلك[1] ونصت على ذلك المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247: «..... يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض ».

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 383.

و عليه فالفسخ يختلف مع الإسترداد الإتفاقي Le rachat conventionnelle من حيث الأساس القانوني فحق الإدارة في الإسترداد حق أصيل سواء نص عليه في العقد أم لم ينص، أما بالنسبة للفسخ فيتم عن تراض كامل بين طرفي الرابطة العقدية بموجب إتفاق يتضمن تقدير التعويض المستحق الملتزم وكيفية سداده، وعادة ما تلجأ الإدارة إلى الفسخ الإتفاقي لصعوبة الإلتجاء إلى الإسترداد أحيانا[1].

الفقرة الثانية:

الفسخ القضائي بناءً على طلب المتعهد

قد يلجأ الملتزم إلى القضاء طالبا إنهاء عقده قبل الأوان لأسباب منها:

1- خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ الإلتزامات بتعديل الإدارة لشروط العقد على نحو يخل بالتوازن الإقتصادي للعقد إخلالا جسيما، بنحو يفوق إمكانيات الملتزم الإقتصادية أو الفنية أو يتغير جوهر العقد، وجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه لدى إبرام العقد[2].

2- وقد يتم الفسخ القضائي أيضا إذا إختل التوازن المالي للعقد إثر ظرف طارئ[3]، بحيث ثبت للمتعهد أن هذا الإختلال لن يعيد العقد إلى نصابه وكذلك الأمر في نظرية فعل الأمير، ولما كانت منازعات عقود البوت تخضع في أغلب الأحيان إلى التحكيم فيمكن أيضا أن ينتهي عقد البوت بحكم صادر عن هيئة تحكيمية [4].

3- في حالة القوة القاهرة وهي الحادث الذي يستحيل دفعه ولا يرجع لإرادة أحد طرفي العقد سواء في حدوثه أو في توقعه ويترتب عليه جعل التنفيذ مستحيلا.

4- إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبة على العقد مما يتيح للمتعاقد من طلب فسخ العقد فلا يسوغ أن يلتزم المتعاقد بتنفيذ إلتزاماتها في مقابل إخلال الإدارة لإلتزاماتها.

5- تجاوز الإدارة لسلطاتها فعلى الرغم من أن العقد الإداري يجعل للإدارة مركزا فريدا ومتميزا مرده مسؤوليتها عن تنظيم وتسيير المرافق العامة، فإنه عقد يجب أن تحترم فيه الإدارة ما إتفق عليه مع

[1]-إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 475.

[2]- المرجع نفسه، ص 476.

[3]-مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 175.

[4]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 384.

المتعاقد معها، ولا تتجاوزه إلا للضرورة وتحقيقا للمصلحة العامة، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان إنحرافا بالسلطة أو تزييدا لا مبرر له فإنه في هذه الحالة يكون للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القاضي طالبا منه فسخ العقد الإداري جزاءا لتجاوز الإدارة سلطتها[1].

الفقرة الثالثة:

الفسخ بقوة القانون

ينتهي العقد بقوة القانون في الحالات التالية:

– القوة القاهرة كما لو أدت الحرب المفاجئة إلى تدمير المرفق العام، وفي هذه الحالة ينتهي العقد بزوال موضوعه.

– في حالة الوفاة إذ تضمن العقد نصا ينقضي العقد بمقتضاه إذا توفى المتعهد الأساسي، وكذلك الأمر إذا أفلس المتعهد أو أعسر[2].

– إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو حصل على العقد عن طريق الرشوة[3].

الفقرة الرابعة:

الفسخ بمعرفة الإدارة

يتجلى حق الإدارة الأمثل في إنهاء عقد الـBOT دون أن يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في ديسمبر سنة 1949 في قضية Consorts[4] simongiovanni، ويطلق الفقه والقضاء الإداري في فرنسا على ذلك إصطلاح القوة القاهرة الإدارية La force Majeure Administration على إختلال التوازن المالي للعقد نتيجة ظرف طارئ، وهي حالة لا يطلب القضاء فيها إستحالة التنفيذ بل مجرد قلب توازن العقد نهائيا هذه المرحلة متوسطة

[1]– جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 362.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 384.

[3]– جابر جاد نصار، العقود الادارية، المرجع السابق، ص 361.

[4]-Conseil detat , assembllee de 24 juin 1949, n 87335 , publie au recueil. Sur site https ;//wwwlegifrance.gouv.fr

- ورد عن أبراهيم الشهاوي ، المرجع السابق ،ص 477 وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 06 أفريل 2020 على الساعة 18:54 مساء .

بين القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، وبين نظرية الظروف الطارئة L'imprévision، وتعد فكرة من نتاج مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ 9 ديسمبر 1932 في قضية شركة ترام شريورج[1].

كما أن المشرع الجزائري أيضا أعطى للإدارة الحق في فسخ التعاقد من طرف واحد، إذا إستدعت المصلحة العامة ذلك حتى ولو لم يقترف الطرف الآخر أي خطأ يستدعي فسخ الإلتزام.[2]

الفقرة الخامسة:

إنهاء العقد بسحب الإلتزام أو بإسقاطه

إسقاط الإلتزام هو أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه الجسيم، والإسقاط والإسترداد يتفقان في أن كلا منهما يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، ويختلفان في أن الإسقاط جزاء يصدر عادة من قاضي العقد، كما يمكن أن يصدر من الجهة الإدارية، أما الإسترداد فتمارسه الإدارة دون خطأ من جانب الملتزم ولكن لدواعي الصالح العام[3].

أولا- شروط ممارسة إسقاط صاحب الإمتياز

يترتب عن إسقاط صاحب الإمتياز نتائج مهمة جدا لاسيما بالنسبة لصاحب الإمتياز الذي يتكبد أعباء مالية كبيرة في تشغيل وإدارة المرفق العام، لذلك لابد من توفر شروط أساسية لصحة ممارسة الإسقاط هي:

الشرط الأول- إختصاص القاضي بتقرير جزاء الإسقاط

إستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي خلافا لمجلس الدولة المصري على إختصاص قاضي العقد بتقرير جزاء الإسقاط إذا لم يوجد نص في العقد أو في كراسة الشروط يخول للإدارة هذا الإختصاص صراحة، وفي حالة إحتفاظ الإدارة بهذا الحق فإن قاضي العقد يتجاوز حدود إختصاصه قانونا إذا خرج عن هذا المقتضى، وفي حالة ورود نص يخول للقاضي تقرير جزاء الإسقاط فهذا يدخل في عداد

---

[1]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 477.

[2]- المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:« يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطا من المتعامل المتعاقد».

[3]-كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 262.

الشروط التعاقدية بالضمانات الممنوحة للملتزم ضد تعسف الإدارة المحتمل[1].

الشرط الثاني-أن يكون خطأ صاحب الإمتياز جسيما

يشترط أن يكون الخطأ المرتكب من قبل صاحب الإمتياز على درجة من الجسامة بحيث لا تجدي معه وسائل الضغط والإكراه الأخرى، والتي تملكها الإدارة لردع صاحب الإمتياز وحمله على تنفيذ الموجبات الملقاة على عاتقه، ولهذه الأسباب لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى نعت الخطأ المبرر للإسقاط بنعوت مميزة كقوله "**أن يكون الخطأ على درجة خاصة من الجسامة**" أو أن صاحب الإمتياز قد دأب لمخالفته بصورة منتظمة لموجباته المتعلقة بالتنظيم التقني والمالي للمرفق موضوع الإمتياز[2]، ومن الأمثلة المستمدة من أحكام القضاء الفرنسي لأفعال تبرر توقيع جزاء الإسقاط مايلي:

- عدم إنتظام الطاقة الكهربائية الناشئ عن عدم ملائمة وعدم كفاية الأدوات المستخدمة في إستغلال المرفق العام.

- عدم إحترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة بموافقة الإمتياز ورفض إمداد الإدارة المانحة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق.

- تنازل الملتزم عن عقده كليا أو جزئيا إلى الغير من دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة[3].

الشرط الثالث- إنذار صاحب الإمتياز قبل توقيع جزاء الإسقاط

يتعين على جهة الإدارة قبل إسقاط الإلتزام من الملتزم أن تقوم بإعذاره وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه، ولا يكفي مجرد الإعذار بل يتعين إعطاء الملتزم فرصة للرد على هذا الإنذار، كما يتعين على الجهة الإدارية تسبيب قرار الإسقاط نظرا لخطورته، لذلك إشترط القضاء الفرنسي أن يتم سحب الإلتزام أو إسقاطه بمعرفة القضاء[4]، ويعد الإسقاط غير مشروع إذا لم يكن مسبوقا بالإنذار وإذا تضمن العقد وجوب إتخاذ إجراءات شكلية معينة فتجب مراعاتها قبل توقيع الجزاء كأخذ رأي جهة ما ولكن قد تعفى الإدارة من توجيه الإنذار في حالات معينة منها:

- إذا تضمن العقد شرطا صريحا بإعفاء الإدارة المانحة من توجيه الإنذار.

---

[1]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 484.

[2]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص 173-174.

[3]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 387.

[4]- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 175.

- في حال وجود نص تشريعي أو لائحي بإعفاء الإدارة المانحة من الإنذار.

- إذا تكشفت الظروف عن عدم جدوى الإنذار كما في حالة إعلان الملتزم بنفسه عن عدم قدرته نهائيا عن إستغلال المرفق العام.

- في حالة إفلاس الملتزم أو تصفية مشروعه قضائيا لعدم جدوى الإنذار.

- في حالة تنازل الملتزم عن عقده من دون ترخيص مسبق من السلطة المختصة.

- ويلاحظ أن هذه الحالات المعفية من الإنذار تتوافق مع القواعد العامة المتعلقة بهذا الموضوع[1].

و يترتب عن إسقاط صاحب الإمتياز نتيجتان مهمتان:

1. **نهاية عقد الإمتياز:** إذ ينتهي العقد بإسقاط صاحب الإمتياز وينقضي حق صاحب الإمتياز في إستغلال المرفق العام وتقاضي الرسوم من المستفيدين من خدمات المرفق العام، كما أن إنتهاء عقد الإمتياز لا يعني إنتهاء المرفق العام وإنما يبقى قائما وتلجأ الإدارة إلى إدارته بصورة مباشرة أو بواسطة مؤسسة عامة أو تعهد به إلى صاحب إمتياز جديد.

2. **حرمان صاحب الإمتياز من التعويض:** إذ لا يحق لصاحب الإمتياز الحصول على أية تعويضات عند إسقاطه لأن الإدارة لجأت إلى فسخ العقد بسبب الخطأ الجسيم الذي إرتكبه صاحب الإمتياز، ولكن في حال لحق بالسلطة المانحة ضرر جراء الأخطاء المرتكبة من قبل صاحب الإمتياز، يحق لها المطالبة بالتعويض عن العطل والضرر[2].

أما عن السلطة الصالحة لتقرير الإسقاط فقد إستقر مجلس الدولة الفرنسي على إختصاص قاضي العقد بتقرير جزاء الإسقاط إذا لم يتضمن العقد أو كراسة الشروط نصا يخول للإدارة صراحة حق الإسقاط، أما القضاء الإداري المصري فقد خول للإدارة هذا الحق ولو لم يرد عليه نص في العقد أو في كراسة الشروط، وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1977/12/30 بأنه ليس صحيحا في القانون أن جزاء سحب الإلتزام أو إسقاطه لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحاكم المختصة إذ أن مانح الإلتزام له سلطات عديدة يملك إستعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 388.

[2]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 175.

بالإلتزامات المفروضة عليه بمقتضى العقد، فله بقرار منه توقيع الغرامات المنصوص عليها في العقد أو تنفيذ الإلتزامات على حسابه، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرافق العامة[1].

الفرع الثاني:

إنهاء العقد عن طريق إسترداد إمتياز عقد الـBOT

قبل التطرق إلى حالات الإسترداد (الفقرة الثانية)، نعرج أولا إلى تعريف الإسترداد وبيان أهدافه (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى:

تعريف الإسترداد وبيان أهدافه

إن الإسترداد هو أحد الطرق التي ينتهي بها عقد البوت ولهذا سنتطرق إلى تعريف الإسترداد (أولا)، ثم نبين أهداف الإسترداد (ثانيا).

اولا- تعريف الإسترداد

يعرف الفقيه Econte الإسترداد بأنه "طريق إستثنائي لإنهاء الإلتزام قبل حلول أجله" ويتم الإسترداد بموجب قرار يصدر من الإدارة المانحة لمصلحة المرفق العام، عندما يبدو مناسبا لها ألا تنتظر إنقضاء الإلتزام لإستعادة المرفق وإدارته بالطريق المباشر، ولا يتطلب هذا الإجراء إتفاقا مع الملتزم، فالقرار في هذه الحالة أمر تقديري شرطه أن تحدد الإدارة ما إذا كان هناك سبب يبرر الإسترداد، حتى لا يكون قرارها مشوبا بإساءة إستعمال السلطة والإنحراف عنها[2].

كما يعرف الفقيه الفرنسي دي لوبادير الإسترداد بأنه: " إجراء منفرد صادر عن الإدارة المانحة في أثناء تنفيذ الإلتزام بغرض إنهائه قبل إنقضاء مدته العادية مقابل دفع التعويض للملتزم".

ثانيا- أهداف الإسترداد

للإسترداد أهداف يمكن حصرها ضمن إعتباريين:

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 389.

[2]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 454.

– **الإعتبار الأول:**هو أن للإدارة المانحة الحق في إنهاء العقد وإدارة المرفق العام بالأسلوب المباشر إذا قررت أن ثمة أسبابا ضرورية لحسن سير المرفق العام وكفالة أداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة[1].

– **الإعتبار الثاني:** ومحتوى هذا الإعتبار هو أن عقد الإمتياز يتطلب تخصيص إستثمارات مالية كبيرة لإنشاء المرفق العام وإدارته وهذه العقود هي بحكم طبيعتها طويلة المدة حتى يتمكن الملتزم خلالها من تحصيل النفقات التي تكبدها في سبيل الإلتزام، والحصول على أرباحه المعقولة، ولهذا يقتضي إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي العقد، مما يوجب على الإدارة أن تدفع للملتزم تعويضا مناسبا في حال إسترداد الإلتزام[2].

و قد قضت المحكمة العليا المصرية بـ:

" إن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقها وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والتي تحكم كفالة حسن سيرها وإنتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة"

" وللإدارة التحلل من تعاقدها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر ويشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته"

"إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقة، ولكنها سلطة تقديرية تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فإذا ثبت للقضاء أن قرار الإنهاء لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار[3].

الفقرة الثانية:

حالات الإسترداد

للإسترداد في عقود إمتياز عقد الBOT عدة حالات نذكر منها على التوالي:

– الحالة الأولى: الإسترداد التعاقدي

الإسترداد التعاقدي هو إتفاق ملزم بين الإدارة المانحة من جهة، والملتزم من جهة أخرى بمقتضاه

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 392.

[2]– المرجع نفسه، ص 392.

[3]– إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 456.

تحدد شروط الإسترداد وكيفية تنفيذه وعلى القاضي التقيد بقواعده وأحكامه إلا ما كان منها مخالفا للنظام العام كما لو تضمن تنازل الإدارة عن حقها بالإسترداد[1].

و قد وضح المشرع المصري الإسترداد التعاقدي في المادة الرابعة [2]من القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بإلتزامات المرافق العامة وتضمنت القوانين 100-229 لسنة 1996 والمادة 3 لسنة 1997 والمادة 22 لسنة 1988، حكما ينص على عدم التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 المشار إليه، ولهذا تخلو هذه القوانين من قيود أو شروط تحدد أوضاع إسترداد الإلتزام قبل نهاية مدته، كما خلت وثائق العقود الصادرة بنظام الBOT من أية شروط وأحكام تتعلق بذلك[3].

كما أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي أعطى أهمية للتحقيق عن توافر شروط معينة لممارسة الإسترداد التعاقدي أهمها:

- إذا ورد نص في العقد يحدد شروط الإسترداد التعاقدي وأوضاعه، وإنقضت المدة وتجدد العقد مع ذات الملتزم، وجاء خلوه من أية شروط فلا يمكن تطبيق ما ورد من نصوص في العقد السابق على العقد الجديد.

- أن حق الإسترداد التعاقدي أمر تختص به السلطة المانحة، ويتعين عليها التنبية على الملتزم قبل إستعمال حق الإسترداد بمدة معينة إذا ما تضمن العقد شرطا يقضي بذلك.

- أنه يتعين الإلتزام بما يتضمنه العقد من أسباب تتصل بالمصلحة العامة لممارسة الإسترداد فإذا لجأت الإدارة المانحة إلى إسترداد المرفق بمجرد تحقيق أغراض مالية فقرارها يكون مشوبا يعيب الإنحراف وإساءة إستخدام السلطة، وإذا خالفت الشروط المنصوص عليها في العقد يملك القاضي إلغاء القرار الصادر بالإسترداد والحكم بالتعويض[4].

- **الحالة الثانية:الإسترداد غير التعاقدي**

وهو الإسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد دون أن ينص عقد الإمتياز

---

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 394.

[2]- المادة 4 من قانون رقم 129 المصري «يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع إسترداده قبل إنتهاء مدته »
ورد عن أبراهيم الشهاوي، مرجع سابق ص 460.

[3]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 460.

[4]- المرجع نفسه، ص ص 460-461.

عليه أو يحدد أحكامه، وهذا النوع من الإسترداد تلجأ إليه الإدارة عندما لا ينص العقد على بند يجيز الإسترداد أو خلال الفترة التي يحظر العقد ممارسة الإسترداد التعاقدي[1].

و يترتب على ذلك أحقية الملتزم في حالة الإسترداد الغير تعاقدي تعويضا كاملا جبرا لما لحقه من خسارة وما فاته من كسب دون التقييد بأحكام التعويض الواردة في حالة الإسترداد التعاقدي، ويؤخذ في الإعتبار عند تقرير تعويض النفقات الباهظة التي تحملها الملتزم في إنشاء وتشغيل المرفق، وعمليا تعزف الإدارة عن اللجوء إلى حالة الإسترداد غير التعاقدي لتجنب الحكم لها بالتعويض المرتفع جدا تعويضا عن إسترداد الإدارة لمشروع الإلتزام[2].

الحالة الثالثة:الإسترداد التشريعي

إن المشرع في مجال عقود إمتياز المرافق العامة قد يتدخل بإصدار قوانين خاصة ينظم بواسطتها إسترداد بعض المرافق، وهذا الأمر لا يتنافى مع المبادئ القانونية، طالما أن إمتياز المرفق العام يتم منحه بقانون، فمن الطبيعي أن يقرر المشرع لإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة إسترداد أحد المرافق أو إلغاء الإمتياز الممنوح بقانون أيضا، فطالما أن السلطة التشريعية هي التي تقرر منح الإلتزام بقانون، فهي التي تقرر إسترداد هذا الإلتزام أو إلغائه بقانون أيضا[3].

و نظرا لإختلاف الظروف والفلسفات التي تحكم الدول في هذا الشأن فإن هذه القوانين تختلف في مثل هذه المشاريع من دولة لأخرى، وحسب التشريعات التي تنظم هذا النوع من العقود، فالأمر يختلف في فرنسا عنه في مصر أو في أي دولة أخرى[4].

[1]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 171.

[2]– مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 173.

[3]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 396.

[4]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 260.

ملخص الفصل الثاني

ينبني عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت بناءا على إجراءات تنافسية، فعقد البوت يمنح حسب أفضلية العروض في الصفقات وقد يمنح بالتراضي في حالات إستثنائية تتطلب ذلك، كما سمح للراغبين في الحصول على هذا الإمتياز بتوجيه عروضهم في شكل طلبات إلى السلطات المعنية فتمنح حسب السلطة التقديرية للسلطة المانحة.

فيتم بناء المشروع أو المرفق العام بعد مفاوضات وتداول بين الطرفين يسعى كل منهما إلى إبداء طلباته وفق ما تقتضيه مصالح كل منهما في كل مراحل عقد البوت من تحضيره وتصميمه، ليتم بعده تدريب العمال ونقل التكنولوجيا، وبمأن عقد البوت يعتمد على التمويل الذاتي من القطاع الخاص فقد رأينا الوسائل التي يستعين بها القطاع الخاص لتمويل المشروع بعد إحتساب كافة التكاليف التي صرفت أو ستصرف للنهوض بالمشروع وإقامته.

وإزاء تنفيذ المشروع من المحتمل أن يتعرض لبعض المخاطر يمكن أن تعيق سيرورة هذا المشروع يشكل منتظم، فالمشرع أوكل مهمة تحمل المخاطر للقطاع الخاص بمشاركة القطاع العام وفق ما تقتضبه متطلبات العقد والقانون.

كما تطرقنا في الأخير إلى نهاية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية حيث توصلنا إلى أن هذه العقود كغيرها من العقود الإستثمارية قد تنتهي نهاية طبيعية بإنقضاء المدة المتفق عليها، فيتم إما تحويل المشروع للجهة المانحة وإنهاء التعاقد بتصفية الأموال أو بتمديد مدة التعاقد أو تجديدها، كما توصلنا إلى أن هذا العقد قد ينتهي نهاية غير طبيعية أو مستترة، بفسخ العقد أو بإسترداد الإمتياز إذا إتفق الطرفان على ذلك أو بالإرادة المنفردة للسلطة المتعاقدة.

الفصل الثالث:

آثار تفعيل التعاقد لمشروعات الشراكة العمومية الخاصة وفق نظام الBOT

إن لعقد الBOT كأحد عقود الشراكة العمومية الخاصة أثر يظهر جليا منذ بداية التعاقد إلى غاية نهايته، فعقود الBOT مصدر أساسي لزيادة الدخل القومي للدول إضافة إلى ما يحققه من عوائد إجتماعية كتوفير مناصب شغل، وإقتصادية باستحداث مرافق جديدة توفر خدمة للمواطنين، وفنية كنقل التكنولوجيا، وسياسية كتوثيق العلاقات بين الدول وهذا ما يبرز حقوق وواجبات تقع على عاتق طرفي العلاقة التعاقدية.

فقد يؤدي الإخلال بها إلى نشوب نزاعات بين الطرفين قد تصل إلى إنهاء العقد قبل موعده المحدد على حسب حجم النزاع ومدته، هذه الخلافات والتجاوزات التي قد تقع من أحد أطراف الرابطة العقدية من خلال الإخلال ببعض الإلتزامات في أي مرحلة من مراحل المشروع، لذا لابد من إيجاد وسائل لتسوية هذه الخلافات بالنظر إلى قانون الدولة المضيفة أو ما نصت عليه إتفاقية التعاقد.

لذلك إرتأينا دراسة بعض التجارب التطبيقية الدولية في هذا المجال من أجل الإستفادة منها والغوص أكثر في معرفة كيفية تطبيق هذه العقود عمليا.

وعليه سنحاول الإلمام بهذا العنوان من خلال ثلاث مراحل نستهلها بآثار عقد الBOT على المتعاقدين في مبحث أول، ووسائل حسم منازعات عقد الBOT في مبحث ثان، وبعض التطبيقات العملية لعقد البوت في مبحث ثالث.

المبحث الأول:

آثار عقد الـBOT على المتعاقدين

لا يخفى لنا أن عقود البوت كغيرها من العقود لها أثار تقع على طرفي التعاقد هذه الآثار التي تظهر من خلال حقوق وإلتزامات كلا الطرفين، وتظهر في بنود العقد ولا يجب الإخلال بها أو الإنتقاص منها وإلا يتعرض المخل بالإلتزامات أو المنتهك للحقوق للعقاب وقد يؤدي هذا التصرف إلى إنهاء العقد في بعض الحالات التي تستدعي ذلك، ولهذا سنوضح ذلك في التقسيم التالي بإستظهار حقوق الإدارة المتعاقدة وإلتزاماتها بالنسبة لعقد البوت كمطلب أول وحقوق وإلتزامات شركة المشروع كمطلب ثان.

المطلب الأول:

حقوق الإدارة المتعاقدة وإلتزاماتها في عقود الـ BOT

للإدارة المتعاقدة حقوق وإلتزامات لابد عليها من تجنب الإخلال بها، فالإدارة المتعاقدة تحافظ على حقوقها ولا تتخلى عنها، وفي المقابل لابد عليها من الإلتزام بواجباتها إتجاه المتعاقد معها وعليه سنوضح ذلك في فرعين، نستهلها بتوضيح حقوق الإدارة المتعاقدة في فرع أول، ثم نوضح إلتزامات الإدارة المتعاقدة في فرع ثان.

الفرع الأول:

حقوق الإدارة المتعاقدة

للإدارة المتعاقدة حقوق تقع على عاتق الطرف المتعاقد معها، وتضمن له السير الحسن للمشروع موضوع التعاقد كحق الرقابة والتوجيه (الفقرة الأولى)، وحق الإدارة في تعديل العقد (الفقرة الثانية)، وحق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة (الفقرة الثالثة)، وحق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة (الفقرة الرابعة)، وسنوضح ذلك بالتفصيل فيما يلي:

الفقرة الأولى:

الحق في الرقابة والتوجيه على عقود الـBOT

إن عقود الإستثمار عموما تتضمن نصوصا تعطي للدولة المتعاقدة الحق في ممارسة نوعا من الرقابة* والإشراف والتوجيه على عمليات الشركات الأجنبية المتعاقدة وأنشطتها، وهذا من أجل أن تتأكد الدولة من قيام الطرف المتعاقد معها بأداء كل إلتزاماتها وفقا لما أتفق عليه في العقد[1].

فكما للدولة الحق في وضع ما تشاء من قواعد منظمة للإكتساب المستثمرين الأجانب من أجل الإستثمار داخل إقليمها، فهي أيضا تملك سلطة فرض القواعد الكفيلة بإحكام الرقابة الحكومية على ممارسة هذه الحقوق داخل إقليمها وبالقدر المناسب لتحقيق أهداف الدولة ومصالحها الوطنية والإقتصادية[2].

وتختلف صور الرقابة الحكومية على الإستثمارات كما قد يختلف مداها وأهدافها من دولة لأخرى وذلك طبقا للظروف السائدة في كل دولة [3]، وحق الدولة في الرقابة والتوجيه هو حق واسع، لكنه ليس مطلقا، فمهما بلغ إتساع هذا الحق فهناك إعتبارات عملية وقانونية قوامها إحترام العقد، وتوفير الحماية الكافية للمتعاقد مع الإدارة (شركة المشروع)، كما أن هذا الحق يرتبط بالنظام العام الأمر الذي يستوجب عدم جواز الإتفاق على تقييده أو إستبعاده أو الحد منه، فيعد باطلا بطلانا مطلقا كل إتفاق من هذا القبيل ولو ورد النص عليه في العقد[4].

---

* – تعرف الرقابة الإدارية على مشروعات البوت بأنها جهد منظم تقوم به الجهة الإدارية المتعاقدة لوضع معايير أداء تنسجم مع الأهداف المبتغاة من إقامة مشروعات المرافق العامة بنظام البوت، ومقارنة الأداء الفعلي مع معايير الأداء الموضوعة للتأكد من مدى إنسجام ما يحدث في الواقع العملي، مع ماهو وارد بالإتفاقيات الموقعة والقوانين واللوائح السارية، ومن ثم التعرف على نقاط الضعف والأخطاء لتصحيحها ومنع تكرار حدوثها، وذلك من خلال توقيع الجزاءات الإدارية المختلفة على شركة المشروع المخالفة أو تعديل أو إنهاء العقد المبرم معها، وذلك تحقيقا للصالح العام.أنظر في الموضوع أحمد محرم محمد إبراهيم، الأثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة بنظام الـBOT –دراسة مقارنة– رسالة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة أسيوط 2008، ص 127.

[1] – طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية – دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار –، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ط، الإسكندرية 2008، ص 95.

[2] – رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها FDI –، دار نور الإسلام للطباعة والتصميمات، ط الأولى،2001، ص 115.

[3] – طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 97.

[4] – وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 73.

إن العقود الإدارية في فرنسا تتضمن بصورة عامة تحديد مدى سلطة الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وقد يرد النص على ذلك في بعض القوانين واللوائح، ويمنح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة سلطات واسعة في الرقابة والإشراف والتوجيه على عقود الأشغال العامة، فيما يتعلق بإختيار المواد وطرق التنفيذ، كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزرات أو الهيئات العامة لتتولى أمرا من أمور الرقابة على إلتزامات المرافق العامة[1].

و تنص المادة 07 من القانون المصري رقم 129 لسنة 1947 المعدلة بأن لمانح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، ويجوز أن يعهد إلى ديوان المحاسبة أو الجهاز المركزي للمحاسبات بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة، كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزراته أو غيرها من الوزارات أو الهيئات العامة لتتولى أمرا من أمور الرقابة على إلتزامات المرافق العامة، وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها رقابتها وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الإلتزام[2].

وفي هذه الحالة على الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقا للأحاكم السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الإلتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت، وهذا حق ثابت للجهة مانحة الإلتزام، ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام[3].

وقد أكد المشرع الجزائري على ذلك حيث أعطى للسلطة المانحة حق الرقابة على المرفق العام والمتابعة في أي وقت، وعلى صاحب الإمتياز أن لا يعيق ذلك ويسهل عمليات الرقابة المكلف بها أشخاص مؤهلون قانونا، وقد نصت على ذلك المادة 16 من دفتر الشروط النمزذجي المتعلق بإمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة بقولها: « زيادة على المراقبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للسلطة المانحة

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 245.

[2]– إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص 293–294..

[3]– المرجع نفسه، ص 294.

للإمتياز وفي كل وقت إجراء المراقبات في الموقع للتأكد من أن نشاطات إنتاج المياه منفذة من صاحب الإمتياز طبقا لأحكام عقد الإمتياز، ودفتر الشروط هذا.

يتعين على صاحب الإمتياز تسهيل إنجاز عمليات المراقبة من الأعوان المؤهلين قانونا على الخصوص لضمان تسهيل دخول هؤلاء الأعوان إلى الهياكل.»، وفي نفس السياق أشارت المادة 18 من المرسوم التنفيذي 11-340 بقولها على ذلك: «يمكن للسلطة مانحة الإمتياز القيام في كل وقت بعمليات مراقبة للمواقع للتأكد من أن إستغلال الهياكل موضوع الإمتياز قد نفذ من طرف صاحب الإمتياز طبقا لأحكام عقد الإمتياز ودفتر الشروط، يجب على صاحب الإمتياز تسهيل القيام بعمليات المراقبة هذه من طرف الأعوان المؤهلين قانونا»، وأضافت المادة 14 من نفس المرسوم: « يمكن تعليق إستعمال صاحب الإمتياز لنقطة المياه مؤقتا، في حالة قيامه بأشغال صيانة على مستوى الحاجز المائي السطحي أو عند وقوع حوادث طبيعية أو مفاجئة تستوجب تعديل شروط إستغلالها.» وهذا ما يؤكد على أن حق الرقابة كفله القانون لصاحب الإمتياز بكل الوسائل المتاحة حتى لو أضطرت إلى تعليق المشروع مؤقتا.

أولا- نطاق تطبيق الحق في الرقابة والتوجيه على عقود الـBOT

إن نطاق الرقابة على تنفيذ مشروعات الـBOT تختلف من عقد لآخر، وذلك على حسب طبيعة المشروع موضوع العقد، ويتضمن العقد إجراءات الرقابة التي تملكها الدولة إتجاه شركة المشروع، كحق الإدارة في الإضطلاع على جميع السجلات والبيانات والمستندات المتعلقة بالمشروع، والحصول بصورة دورية على تقارير حول الوضع المالي للمشروع، كما يمكن للجهة الإدارية أن تمارس رقابتها على إدارة المشروع من خلال إمتلاكها أسهم في شركة المشروع يخولها سلطة نقض القرارات المهمة الصادرة عن إدارة الشركة كتغيير رأس المال، كما يمكن للجهة الإدارية صاحبة الإلتزام أن تعهد بعملية الرقابة على تنفيد عقد الـBOT إلى مكتب تدقيق مختص[1].

1- الرقابة الفنية

إن الرقابة الفنية تمارس بأعمال مادية وتتم هذه الرقابة للتأكد من أن الملتزم يستغل المرفق ويسيره وفق الشروط الفنية الواردة في العقد أو في دفتر الشروط، ولتحقيق ذلك يحق لموظفي الإدارة

[1]- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 362.

دخول جميع أقسام المرفق والإظطلاع على الوثائق الفنية والمخططات ومتابعة عملية التنفيذ من جميع جوانبها الفنية ومدى مطابقتها للشروط التعاقدية[1].

كما قد تتضمن عقود الBOT أحكاما وبنودا تخول للإدارة إجراء الرقابة الفنية في الإدارة والتشغيل[2] ففي فرنسا مثلا تتضمن دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الإمتياز تنظيم سلطات الإدارة وحدودها وأهدافها في مجال ممارسة الرقابة الفنية، ففي عقود إمتياز القوى الهيدروليكية يكون لموظف الإدارة الحق في الدخول إلى مناطق الإستغلال للإضطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم وخرائط وإجراء الإختيارات على منسوب القوى للتأكد من كفاءة معدلات الإستغلال[3].

كما نصت المادة التاسعة من إتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة عليا الدولي[4]، حيث نصت المادة على: « يجب على المستثمر أن يلزم مقاول المحطة الجديدة بإنجاز كافة التفاصيل الهندسية طبقا لما هو متفق عليه، وأن يقدمها للمهندس المستقل والمانح خلال مائة وعشرين يوما من تاريخ تفعيل الإتفاقية اللذين لهما حق رفض التصاميم الهندسية جزئيا أو كليا وإعادتها إلى المستثمر خلال عشرة أيام من تسلمها منه، وفي هذه الحالة فإن على المستثمر إلزام مقاول المحطة الجديدة بتعديل ملف الرقابة الفنية وإعادة تقديمها للمهندس المستقل، وللمانح الموافقة عليها مجددا.» حيث ألزمت هذه الإتفاقية المستثمر أو شركة المشروع أن يوضح كل التفاصيل والوثائق الفنية من مخططات وتصاميم هندسية للجهة المانحة الممثلة في مدة حددتها الإتفاقية ب 120 يوما من بداية تفعيل العقد، وأعطت كل الحرية للجهة المانحة في رفض هده التصاميم أو قبولها كليا أو جزئيا، وفي حالة رفضها على المستثمر إعادة هذه التصاميم الفنية حسب الجزء المرفوض منها سواء أكان كليا أو جزئيا، وهذا مالي الرقابة الفنية من أهمية في المغرب.

أما في مصر فقد نضمت إتفاقيات الإمتياز البترولية بيان سلطات الرقابة الفنية على الملتزم بالنحو الوارد في المادة الرابعة عشر 14 من إتفاقية الإمتياز البترولي، المبرمة بين حكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أجيتكواوبل أندجاز أكسبلوريشن.

---

[1]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 85.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 246.

[3]– إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 296.

[4]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 85.

وتتضمن عقود ووثائق إمتياز الـBOT أحكاما تخول للإدارة إجراء الرقابة الفنية في إدارة وتشغيل المطار، ومراجعة الوثائق والمستندات ورقابة التنفيذ المشوب بالعيوب في المواد 3، 7، 8 من العقد طبقا لأسس الأداء والتقنيات الحديثة والمتطلبات والمعايير المستخدمة في التشييد، وإختيار المعدات والأدوات وأطقم التشغيل حسب المواصفات المستخدمة في هذا المجال[1].

وعليه فإن الرقابة الفنية المستمرة أمر مهم بالنسبة للجهة المانحة، وعليها إلزام شركة المشروع بمنحها دوريا كل التفاصيل والوثائق الهندسية الخاصة بالمشروع، وعرضها على الخبراء المختصين ذوي الكفاءة العالية والمعينين من طرف الجهة المانحة، لمطابقتها مع التصاميم المتفق عليها مسبقا في وثيقة التعاقد، وفي حالة الإخلال بهذه التصاميم الهندسية على الجهة المانحة إلزام شركة المشروع بإعادتها أو تعديلها حسب الخلل الواقع، وهذا لضمان السير الحسن للمشروع سواءا في فترة تشغيله من قبل القطاع الخاص، أو في حالة إعادته للجهة المانحة.

2 - الرقابة الإدارية

إن هذا النوع من الرقابة يتمثل في إشتراك الإدارة في مهام إدارة المرفق، وذلك بإشراك الإدارة لمندوبيها بإتخاد القرارات الإدارية المتعلقة بتسيير المرفق، وعادة تمارس الإدارة هذه الرقابة بإحدى الطريقتين:

إما أن تعين مندوبا عنها يحضر إجتماعات مجلس الإدارة ويكون له حق التصويت على قراراتها والإعتراض عليها، وإما أن تقوم بتعيين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة فيها[2].

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الإلتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت، وهذا حق ثابت للجهة مانحة الإلتزام ولو لم ينص عليه العقد بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام[3].

وحق الإدارة في الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد وبنوده فهو غير حقها في تعديل العقد وعلى ذلك فهي تستخدم هذا الحق في إطار نصوص العقد وشروطه، ولا يتجاوزها إلى فرض شروط

[1]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص 296 - 279.

[2]- وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 85.

[3]-إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 294.

أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة[1].

3- الرقابة المالية

الرقابة المالية هي إعطاء الإدارة الحق في متابعة حسابات الملتزم الخاصة بإستغلال المرفق والإضطلاع عليها وتدقيقها متى رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وللإدارة أن تلزم الملتزم بإمساك دفاتر حسابات منتظمة وقانونية[2].

وقد تتضمن بعض عقود الBOT بنودا تتولى فيها الإدارة حق تعيين عضوين أو أكثر ممثلين لها في مجلس إدارة شركة المشروع، كما هو في عقد الBOT المتعلق بإنشاء وتشغيل مطار القاهرة[3] وينظم قانون المرافق العامة في مصر قواعد الرقابة المالية التي تمارسها الجهة مانحة الإمتياز على الملتزم وتتضمن إتفاقيات الإمتياز البترولي هذه القواعد[4].

كما تملك الجهة الإدارية المختصة سلطة إجراء الرقابة المحاسبية على أعمال الملتزم، وهذه الرقابة تمتد قانونا بصورة تلقائية لتشمل المتعاقد من الباطن بغية تصويب الأوضاع في الوقت المناسب وفرض سيطرتها من أجل سير العمل في مرفق الإمتياز بإنتظام وإضطراد[5].

4- رقابة أعمال الصيانة والتجديد

من المتعارف عليه أن الأصول في المشاريع الإنتاجية والخدماتية تهلك مع الزمن ما لم تتم صيانتها على الدوام، وتجديد ما تأكل منها أو تقادم به العهد، ولذلك يقتضي متابعة مستوى أداء المشروع للتأكد من عمليات الترميم والإصلاح والتجديد[6].

و لا تقتصر أعمال الصيانة والتجديد على الأصول المادية فحسب، بل حتى العنصر البشري فهو الآخر في أمس الحاجة إلى التدريب وتجديد المهارات، أما التكاليف والمصاريف اللازمة فتقع على كاهل الملتزم بإعتباره المسئول الأول عن إستقرار إنتظام العمل بالمشروع طوال مدته، وحتى

---

[1]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 274.

[2]- وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 86.

[3]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 246-247.

[4]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 300.

[5]- المرجع نفسه، ص 249.

[6]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 247.

إنتقال ملكيته للدولة في حالة جيدة حفاظا على رأس المال القومي من التداعي والإنهيار[1].

وحق الإدارة في الرقابة وإن كان ثابتا لها في كل العقود الإدارية فإن مدى إستعماله قد يختلف من عقد لآخر في عقد الإلتزام مثلا أوسع مجالا وأرحب نطاقا، والسبب في ذلك هو أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق ومن ثم بحق للإدارة أن تتدخل في كل وقت لتغيير أسلوب الملتزم في إدارة المرفق العام وطريقة تعامله مع المنتفعين بخدماته، أما في عقود الأشغال العامة، فإن حق الرقابة مسلم به أيضا ولكنه لا يكون بالصرامة التي تستوجبها عقود الإلتزام، أما في عقود التوريد فحق الإدارة بالرقابة يكون أضعف لأنه من المسلم به أن الأصل هو حرية المتعاقد في إختيار أسلوب التنفيذ في هذه العقود، على أن هذا لا ينفي إمكانية إستخدام الإدارة لهذا الحق إذا إقتضى الأمر، لأنه حق يشمل جميع العقود الإدارية بصورة عامة، ولكن مدى تطبيقه يختلف بحسب طبيعة كل عقد[2].

ثانيا–القيود الواردة على حق الرقابة

ممارسة جهة الإدارة لحقها في الرقابة تخضع لمجموعة من القيود:

القيد الأول: أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود المبدأ العام للمشروعية وعلى ذلك فإذا أصدرت جهة الإدارة قرارا إداريا لم يكن الهدف منه تسيير المرفق العام بإنتظام وإضطراد، فإنه يكون مشوبا بالإنحراف في إستعمال السلطة.

القيد الثاني: يجب ألا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة إلتزامات المستثمر الأجنبي[3].

الفقرة الثانية:

حق الإدارة في تعديل العقد

إن عقد الـBOT قد يتضمن ضمن بنوده نصوصا تتعلق بكيفية تعديله، ففي هذه الحالة يقتضي الإلتزام بما قرر في العقد، أما خارج نطاق التحديد العقدي لسلطة الإدارة في تعديل العقد فقد نشأ

[1]– إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 304.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 248.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم – دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة ، مصر د ط، 2008، ص 142.

خلاف فقهي في حالة عدم إدراج نص يعالج هذه المسألة ضمن بنود العقد، وظهر في هذا المجال إتجاهين فقهيين:

الإتجاه الأول: حيث يرى أصحاب هذا الإتجاه أن القول بأن حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية لا يتناسب مع عقود الـ BOT ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها:

– يعد حق الإدارة في التعديل من الشروط الإستثنائية التي تتمييز بها العقود الإدارية التي لا تتناسب مع عقد الـBOT، والذي يبرم في الغالب وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

– ينصب عقد الـBOT في الغالب على المشروعات الضخمة كالطرق والجسور ومحطات المياه والصرف الصحي والطاقة وغيرها، والتي تتميز بضخامة تكلفتها المالية لذا فهي تدرس بعناية ويخطط لها دقة سواء من جانب الحكومة أو من جانب شركة المشروع، الأمر الذي لا يترك مجالا للتعديل فيها، وعليه فإنه لا مجال للتعديل في مثل هذه العقود، ويتم النص على ذلك صراحة ضمن شروط العقد[1].

الإتجاه الثاني: وهو الإتجاه المؤيد لحق الدولة في تعديل بنود العقد وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إعتبار أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص، والتي تحكمها قاعدة قانونية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري مستمدة من ضرورة إستمرار المرافق العامة، وتفترض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق والصالح العام، وحق الإدارة في التعديل يمكن إستخدامه في عقود الـBOT وذلك بالنظر إلى الإعتبارات السابق بيانها، ولكن الأمر مقيد بضرورة تعويض المتعاقد أو شركة المشروع عن الأضرار التي يمكن أن يسببها هذا التعديل[2].

وهذا هو الإتجاه الراجح فقها وقضاءا، فيرى البعض أن كل عملية إدارية هي عملية إحتمالية بمعنى أنه يمكن أثناء التنفيذ وقفها أو تأجيلها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالصالح العام، وأن الإدارة تستطيع بأوضاع وشروط معينة أن تفرض على المتعاقد معها أعباء جديدة لم ينص عليها العقد، ولكنها أصبحت ضرورية لإشباع الحاجات العامة[3].

---

[1]– أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص ص 105–106.

[2]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص ص 365 – 366.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 144.

وقد حرص المشرع المصري على ذلك في القوانين التي نظمت المناقصات في مصر، حيث نصت عليه صراحة في قوانينها، وهو الأمر المستقر عليه في نص المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم 89 لسنة 1998 والتي تنص على:« يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان في حدود 25٪ بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بالتعويض عن ذلك»[1].

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الإتجاه، ومن أشهر أحكامه في ذلك حكم شركة ترام مرسيليا فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن مدير مقاطعة الرون، يجوز له قانونا أن يفرض على الشركة الملتزمة بترام مرسيليا جدول مواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من العدد المنصوص عليه بدفتر الشروط، أي أداء خدمات أكثر من المنصوص عليها في العقد[2].

إن إستخدام الإدارة لسلطتها في التعديل إنما يقابله حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض المناسب[3].

وعلى الصعيد الوطني أعطى المشرع الجزائري هذا الحق للجهة المانحة وهذا ما جاء بنص المادة 86 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه: « يمكن في أي وقت كان تعديل رخصة أو إمتياز إستعمال الموارد المائية أو تقليصها أو إلغائها من أجل المنفعة العامة، مع منح تعويض، في حالة ما إذا تعرض صاحب الرخصة أو الإمتياز لضرر مباشر، حسب الكيفيات المحددة في الرخصة أو دفتر الشروط.»، هنا نجد أن المشرع الجزائري كفل حق التعديل في بنود الإمتياز الخاص بالموارد المائية أو تقليصها أو إلغائها من أجل الصالح العام، كما فرض على السلطة المانحة في حالة حصول هذا التعديل أو التقليص أو الإلغاء تعويض وذلك في حالة حصول ضرر مباشر لصاحب الإمتياز جراء هذا التعديل.

- القيود الواردة على سلطة الإدارة في تعديل العقد

إذا كان من حق جهة الإدارة أن تقوم بتعديل العقد بالإرادة المنفردة، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا فهناك بعض القيود التي ترد على سلطة الإدارة في هذا الشأن:

[1]-جابر جاد تصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 275.

[2]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 145.

[3]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 282.

– سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط العقد، وإنما تقتصر على الشروط المتصلة بالمرفق العام ومن ثم فالإدارة لا تستطيع تعديل الشروط الأخرى المثبتة الصلة بالمرفق العام، مثل المزايا والضمانات المالية[1].

– إن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة وإنما يجب أن تمارسها الإدارة كضرورة تلجأ إليها حين يتعذر إنتظام سير المرفق العام.[2].

– أن يكون قد حدث تغيير في الظروف يبرر هذا التعديل، أي أن تكون الظروف التي كانت قائمة وقت إبرام العقد قد تغيرت، وذلك لأن الأساس في حق التعديل هو تحقيق المصلحة العامة من وجوب ضمان سير المرفق العام بإنتظام وإضطراد.

– وينبغي ألا يؤدي التعديل إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب[3].

الفقرة الثالثة:

حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة

للإدارة الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ولهذا سنتعرف نطاق تطبيق هذا الحق (أولا)، والقيود الواردة على حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة (ثانيا).

أولا– نطاق تطبيق حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة

يترتب عند إبرام العقود حقوق معينة للأطراف وفي ذات الوقت تلزمهم بعدد من الإلتزامات بحيث يلتزم بأدائها كل طرف، وبالتالي يمكن القول أنه إذا أخل أحد أطراف العقد بأي إلتزام يكون وفقا للقواعد العامة فإنه يحق للطرف الآخر فسخ وإنهاء العقد دون الرجوع على الطرف المخل، وبما أن عقود الإستثمار تبرم بين طرفين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي فإنه لا محالا أن تنشئ إلتزمات على عاتق طرفيها، فكما يهتم المستثمر الأجنبي بالبحث عن حقوقه، يلزم الدولة المضيفة بتنفيذ ما على عاتقها من إلتزمات، فيجب عليه أن ينفذ إالتزاماته، فإذا أخل بأي من هذه الإلتزامات يكون من حق الطرف المضيف المتمثل في الدولة المضيفة أن تلغي عقد الإستثمار[4].

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 146 – 147.

[2]– جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 281.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 147.

[4]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص ص 115–116.

وهناك عدة حالات تجيز للدولة أو الإدارة إنهاء العقد أو إلغائه دون أن تنعقد مسؤوليتها أمام الطرف الأجنبي وأمام دولة جنسيته، ويمكن أن نميز هنا بين ثلاث أنواع من العقود:

الطائفة الأولى لم تعط للدولة الحق في إنهاء العقد حتى في حالة مخالفة الأطراف المتعاقدة لإلتزاماتها، وإكتفت بالنص على أن يكون التعويض هو الجزاء الذي يجب أن يؤديه الطرف الأجنبي لحكومة الدولة المتعاقدة إذا ما أخل بأي إلتزام يفرضه عليه العقد[1].

و أما الطائفة الثانية فقد أجازت للدولة المتعاقدة إنهاء العقد في حالات محددة على سبيل الحصر من أهمها حالة إخلال الطرف الأجنبي لإلتزاماته في الإجراءات المتعلقة بتنفيذ المشروع، أو الإخلال بالإتزمات المالية الواجب أدائها لحكومة الدولة المتعاقدة، أو إذا تنازلت عن حقوقها وإلتزاماتها على وجه مخالف لما هو متفق عليه في العقد.

أما الطائفة الثالثة فقد نصت على حق الدولة من حيث المبدأ في إنهاء العقد في حالة مخالفة الطرف الأجنبي المتعاقد لأحكام العقد، وبصفة خاصة إذا قدم هذا الطرف الأجنبي بيانات غير صحيحة وكان لهذه البيانات إعتبار جوهري في إبرام العقد، أو إذا إمتنع عن تنفيذ حكم قضائي صادر عن محاكم الدولة[2].

ومن المعروف أن عقود إمتياز المرافق العامة ومنها عقود الBOT من العقود الزمنية أي التي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها، وهي تنتهي كذلك بأحد الطرق السابقة، غير أنها عرضة للإنهاء بالإرادة المنفردة للإدارة أكثر من غيرها من العقود الأخرى، وذلك لسببين أولهما صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام وما يتطلبه الحفاظ عليه، وضمان حسن سيره من عناية ومتابعة من الإدارة، والثاني جسامة المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق والتي تستوجب حماية الملتزم[3].

ثانيا – القيود الواردة على حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة

ويشترط حتى يكون الإنهاء مشروعا أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

– أن يكون الإنهاء قد أستهدف تحقيق مصلحة المرفق أو الصالح العام فجهة الإدارة من حقها إنهاء الحق بالإرادة المنفردة في أي وقت مادام إستهدف ذلك تحقيقا للمصلحة العامة.

---

[1]– طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 99.

[2]– المرجع نفسه، ص 99.

[3]– المرجع نفسه، ص 99.

– ينبغي على جهة الإدارة أن تراعي الإجراءات المنصوص عليها في العقود أو القوانين أو في اللوائح، وألا تنحرف بإستعمال تلك السلطة، ومن أمثلة الإنحراف بالسلطة إستهداف جهة الإدارة تحقيق مصلحة مالية فقط [1].

ففي حالة كان الإنهاء لا يحقق مصلحة عامة بل يحقق مصلحة شخص محدد بالذات فهنا لا يجوز إنهاء العقد لأن هذا الإنهاء هو لصالح شخص معين بالذات، فقد يؤدي هذا الإنهاء إلى الإضرار بالمصلحة العامة عوض تحقيقها، كذلك لو أن هذا الإنهاء كان مخالفا للقوانين والتشريعات الخاصة بالدولة.

الفقرة الرابعة:

حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة

فللإدارة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته العقدية بنفسها، وذلك دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء، وعلة ذلك ظاهرة تراخي المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته أو إمتناعه عن ذلك قد يضر بالمرفق إضرارا كبيرا، وتفاديا لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء[2].

أولا– سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية لا تحتاج إلى نص في العقد

فسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها لا يشترط أن ينص عليها في العقد حتى يمكن لها أن تمارسها، فهي سلطة مستقلة عن نصوص العقد ناتجة عن إتصاله بنشاط مرفق عام في تسييره أو تنظيمه، ومن ثم فإنه إذا نص العقد على بعض هذه الجزاءات فإن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى تطبيق البعض الآخر دون أن يحاججها المتعاقد معها بعدم وجود النص عليها في العقد[3].

ثانيا–إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه

إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، فذلك يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته أو تقصيره الذي قد يضر بالمرفق، ومن ثم يمكن له بعد إعذاره أن يصحح من هذه

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 154.

[2]– جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 283.

[3]– المرجع نفسه، ص285.

المخالفة وتنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما أنه يعني أيضا إنذارا له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة إذا إستمر في هذه المخالفة، ومن مقتضى ذلك أن تترك الإدارة له فرصة مناسبة بعد الإعذار حتى يتدارك الأمر ويصحح الخطأ، والإعذار ضرورة تفرضها القواعد العامة في تنفيذ الإلتزام ولا يصح الإعفاء منها إلا في إطار الإستثناء بنص تشريعي[1].

ثالثا- رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء

لا يستقيم القول إذا كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاء سلطة نهائية لا معقب عليها، فذاك مما يتنافى مع المنطق والعدل، فإذا كان إرتباط العقد بنشاط مرفق عام قد أوجب أن تتميز الإدارة بسلطات واسعة وخطيرة، فإن ممارستها لهذه السلطات يجب أن تكون تحت الرقابة القضائية، فهذه وحدها التي توازن سلطات الإدارة وتمثل ضمانا للمتعاقد وتمنع الإدارة من أن تنحرف في ممارساتها بغيا أو كيدا ونظرا لإتساع سلطات الإدارة وتنوعها، فإن رقابة القضاء عليها حين تمارسها هي أيضا واسعة تشمل مشروعية هذه القرارات وملاءمتها في أن واحد[2].

الفرع الثاني:

إلتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود الـBOT

ترتب عقود الـBOT مجموعة من الإلتزامات على عاتق الدولة أو الشخص العام من أهمها: تنشيط التشريعات لتنشيط الإستثمار الأجنبي (الفقرة الأولى)، إلتزام الإدارة بتنفيذ العقد وفق مبدأ حسن النية (الفقرة الثانية)، الإلتزام بتسليم موقع الأعمال لشركة المشروع (الفقرة الثالثة)، تسهيل الإجراءات الإدارية (الفقرة الرابعة)، الإلتزامات المالية للإدارة (الفقرة الخامسة)، الإلتزام بتوفير البيئة القانونية والإدارية (الفقرة السادسة).

الفقرة الأولى:

تنشيط التشريعات لتنشيط الإستثمار الأجنبي

إن المشاريع المقامة وفق نظام الـBOT في الغالب تقوم على رأس المال مصدره القطاع الخاص لتمويل هذه المشروعات الضخمة، فهذه المشروعات تتطلب أموال كبيرة لتمويلها، لذا لجأت الدول

[1]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 286.

[2]- المرجع نفسه، ص ص 287 – 288.

خاصة النامية إلى إصدار تشريعات خاصة بالإستثمار لتشجيعه ودعم التنمية الإقتصادية [1].

كما أن الإستقرار القانوني في الدولة يعد عنصرا أساسيا ومهما لجذب الإستثمار الأجنبي لدعم الإستثمار المحلي بشكل عام، وحسن إدارة المرافق بواسطة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتطلب مناخا قانونيا ملائما وتشريعات قوية ومستقرة، فغياب البيئة الجيدة يؤدي إلى إنهيار جميع العقود والإتفاقيات التي تبرم وفق هذا النظام، وعليه فإنه يتعين على الدولة التي ترغب في إتباع نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية أن تعمل على مراجعة الأطر القانونية الموجودة بالفعل وإصدار تشريعات جديدة تتناسب وطبيعة هذه المشروعات[2].

الفقرة الثانية:

إلتزام الإدارة بتنفيذ العقد وفق مبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية من الأصول العامة في الروابط العقدية أيا كان نوعها، ومفاده أن يجري تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه من بنود وشروط وبطريقة تتفق مع ما أعتبرت حسن النية في التعامل[3] وقد نص على ذلك المشرع المدني الجزائري في المادة 107 فقرة 1 منه بقولها:« يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية »[4].

وبعد حسن النية من المبادئ الأساسية في القانون، حيث يقع على عاتق الدولة الإلتزام بتنفيذ بنود العقد وإحترام جميع الشروط المذكورة فيه، ولا يقتصر التنفيذ على هذه الشروط فقط بل يشمل أيضا ما يعتبر من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وبحسب طبيعة الإلتزام[5].

الفقرة الثالثة:

الإلتزام بتسليم موقع الأعمال لشركة المشروع

يولد عقد البوت في مواجهة جهة الإدارة عدة إلتزامات عقدية أهمها الإلتزام بتسليم موقع الأعمال لشركة المشروع في الميعاد المقرر لبدء تنفيذ العقد، ويجب أن ينص العقد على إجراءات لمعاينة

[1]– عصام هرج الله محسن إبراهيم، المرجع السابق، ص 27.

[2]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 161.

[3]– إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 348.

[4]– المادة 107 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري.

[5]– عصام فرج الله محسن إبراهيم، المرجع السابق، ص 27.

الأرض أو المباني أو العقارات الأخرى وتعيين حدودها وتثمينها وكذلك إثبات الحالة التي هي عليها قبل إتاحتها لشركة المشروع، ويتعين على جهة الإدارة إحترام موعد تسليم موقع الأعمال لشركة المشروع [1].

الفقرة الرابعة:

تسهيل الإجراءات الإدارية

من أجل تشجيع الإستثمار وتطويره وتوسيع قاعدته، فإن الإدارة تلتزم بتقديم الدعم والتسهيلات للإستثمار ومن أشكال الدعم الذي يمكن أن تقدمه الإدارة:

-تسهيل إجراءات التسجيل وإجازة المشروعات الإستثمارية، وسرعة الحصول على الموافقات اللازمة للمستثمر أو شركة المشروع.

-تقديم المشورة وتوفير المعلومات والبيانات للمستثمرين وإصدار النشرات الخاصة بذلك.

-تسهيل تخصيص الأراضي اللازمة لإقامة المشروعات.

-العمل على إقامة مناطق إستثمارية آمنة.

-تسليم موقع المشروع حيث يقع على عاتق الدولة مانحة الإمتياز تسليم الموقع الذي سيقام عليه المشروع، ونقل حيازته إلى شركة المشروع مؤقتا حتى تعود الملكية للدولة بعد إنتهاء مدة العقد[2].

الفقرة الخامسة:

الإلتزامات المالية للإدارة

تتخذ الإلتزامات المالية للإدارة المتعاقدة ثلاث صور حسب مراحل العقد المختلفة وسنتناول هذه الصور واحدة تلوى الأخرى فنوضح الإلتزمات المالية خلال مرحلة إبرام العقد (أولا) ثم نتطرق إلى الإلتزامات المالية خلال تنفيذ عقد الـBOT (ثانيا)، ثم نوضح الإلتزامات المالية في نهاية مدة العقد (ثالثا).

[1]- السيد سامي العواني، إلتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والإستغلال والتسليم، دار التوفيقية للتراث، ط الأولى 2011، القاهرة، ص 241.

[2]- عصام فرج الله محسن إبراهيم، المرجع السابق، ص 28.

أولا – الإلتزمات المالية خلال مرحلة إبرام العقد

يمر إنشاء المرافق العامة بطريق البناء والتشغيل ونقل الملكية بمراحل متعددة، وأول هذه المراحل هي مرحلة إبرام العقد، وفي هذه المرحلة تقوم الإدارة بعمل الدراسات المختلفة للمرفق المنوي إنشاءه [1]

ويجب على الجهة الإدارية أن تعمل في تقديم القروض والأموال اللازمة لعمل هذه الدراسة، وفي بعض الأحيان قد لا تجد الحكومة المضيفة القدرة أو الخبرة اللازمة لإجراء تلك الدراسة، فلابد في هذه الحالة بالإستعانة بمجموعة من الخبراء والمستشارين المتخصصين سواء أكانوا محليين أو أجانب وذلك في شتى الجوانب المالية والتقنية والقانونية المتعلقة بتلك المشروعات، ويقع على عاتقها في هذه الحالة الإلتزام بدفع الأجور ومرتبات هؤلاء المستشارين والفنيين[2].

كذلك من الإجراءات التي يمكن إدراجها ضمن مرحلة إبرام العقد، إجراءات طرح المناقصات وإجراءات تجهيز البنية التحتية وتوفير الطرق الجيدة لموقع المرفق محل العقد، وهنا يتوجب على الإدارة أن تقوم بتوفير الأموال اللازمة لإعداد ملف المناقصة، وتمويل عمليات البنية التحتية اللازمة[3].

ثانيا– الإلتزامات المالية خلال تنفيذ عقد الـBOT

خلال هذه المرحلة يصبح لزاما على السلطة المانحة الإبقاء على البنية الأساسية المصاحبة للمشروع في حالة جيدة، وإذا ما قصرت أو أخلت الجهة الإدارية بهذا الإلتزام وترتب على هذا التقصير خسائر وأضرار بشركة المشروع، فإن الجهة الإدارية تلتزم في هذه الحالة بتعويض شركة المشروع عن تلك الخسائر[4].

وفي بعض الحالات قد تقوم الإدارة بدفع مكافأة للمتعاقد في حالة إنتهائه من إنشاء وتشييد المرفق قبل الموعد المحدد في العقد[5].

وعلى العكس تماما في حالة تأخر شركة المشروع عن تشييد المشروع في الوقت المحدد في عقد الـBOT، فإن ذلك سوف يعرضها بالطبع لمخاطر زيادة التكلفة التشييدية والتي قد تؤثر على المشروع

---

[1]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 158.

[2]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 177.

[3]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 159.

[4]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 179.

[5]–وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 159.

ككل، خاصة وأن المشروع خلال هذه المرحلة (مرحلة التشييد) مازال تحت الإنشاء وليست هناك تدفقات نقدية يمكن الإعتماد عليها، إذ أن عملية الإستغلال لم تبدأ بعد وقد ترغب شركة المشروع في تأمين نفسها من المسؤولية القانونية إزاء تجاوز ميزانية الإنشاء، لذا تسعى شركة المشروع للحصول على تعهدات من الدولة المضيفة بتقديم مساعدات مالية محددة مقدما تمكنها من تسديد هذه التكاليف الزائدة، خاصة وأنه وفي هذه المرحلة وبعد تقديم أعمال الإنشاء قد يستحيل على شركة المشروع الإنسحاب منه[1].

ثالثا- الإلتزامات المالية في نهاية مدة العقد

تتعلق هذه الإلتزامات أساسا بمصاريف نقل الملكية إلى السلطة مانحة الإلتزام في نهاية مدة الإلتزام وكذلك المقابل المادي الذي قد تدفعه الجهة الإدارية المانحة إلى الشركة صاحبة الإلتزام ويجري الواقع العملي على أن تتحمل الدولة المضيفة لمصاريف نقل ملكية المنشآت كضرائب نقل الملكية ورسوم التسجيل العقاري ومصاريف التراخيص والموافقات الجديدة التي قد تكون مطلوبة لإتمام عملية نقل الملكية وغيره، وكذلك مصاريف وأجور الخبراء والفنيين الذين يمكن الإستعانة بهم خلال هذه المرحلة [2].

كما تلتزم الإدارة المتعاقدة في نهاية مدة الإلتزام بتعويض المتعاقد، وفي الغالب ما يتم الإتفاق على هذا التعويض في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهذا التعويض عادة ما يشجع المتعاقد على تحقيق أرباح عادلة وكذلك العمل على تسليم المرفق إلى الإدارة في حالة جيدة[3].

المطلب الثاني:

حقوق شركة المشروع وإلتزاماتها

تتولى شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تشغيل المشروع وإستغلاله بعد القيام بإنشائه، ونظرا لطول الفترة المقامة بهذا النمط لابد من مراعات بعض المقتضيات التي تتطلب المحافظة على السير الحسن للمشروع وإستقراره، وهذا للحصول على الفائدة المرجوة منه، ولهذا لابد

[1]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص ص 179-180.

[2]- المرجع نفسه، ص 181.

[3]- وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 160.

من مراعات بعض الحقوق (الفرع الأول)، والواجبات (الفرع الثاني)، التي تختص بها شركة المشروع إتجاه الجهة الحكومية المانحة للمشروع أو المرفق.

الفرع الأول:

حقوق شركة المشروع في عقد الـBOT

أشرنا سابقا أن الدولة تكتسب حقوق على المشروع وإتجاه شركة المشروع الطرف الثاني في التعاقد هذه الحقوق التي تقابلها حقوق أخرى تثبت لشركة المشروع، كالحق في إستخدام الأجانب (الفقرة الأولى) والحق في الحصول على المقابل النقدي (الفقرة الثانية)، والحق في التوازن المالي للعقد (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

الحق في إستخدام الأجانب

إن أغلبية عقود الإستثمار تخول للمستثمر الأجنبي الحق قي إستخدام أشخاص أجانب وخصوصا الفنين والإداريين في تنفيذ العمليات الموكلة له بموجب العقد، ومع ذلك فإن هذا الحق لم يكن مطلقا بل تكفلت برسم حدوده وبيان شروطه ضمن العقد المبرم مسبقا، فلقد قيدت غالبية عقود الإستثمار من حق الشركة الأجنبية في إستخدام الأشخاص الأجنبية، بشرط عدم توافر الأشخاص الوطنيين المؤهلين للقيام بمثل هذه الأعمال، كما ألزمت بعض عقود الإستثمار الشركة المتعاقدة بتحديد عدد العاملين الوطنيين بنسبة معينة[1].

كما نجد عقود الإستثمار الخاصة بالبترول تنص صراحة بالسماح لمستخدمي صاحب الإمتياز (المستثمر الأجنبي)، في الدخول إلى إقليم الدولة المضيفة، وقد نصت المادة 29 من عقد الإستثمار بين الحكومة المصرية وشركة أأيني الإيطالية سنة 1963 على: «لغير المصريين من موظفي المرخص له أو موظفي مقاولين في حدود القوانين واللوائح السارية الحق في دخول أراضي الجمهورية العربية المتحدة والتنقل بداخلها والخروج منها، ويلزم أرباب العمل المذكورين أعلاه ألا يستخدموا داخل أراضي الجمهورية العربية المتحدة أشخاص غير مرغوب فيهم من قبل الحكومة، لأسباب سياسية أو أسباب تتعلق بالأمن العام.» ومن أمثلة ذلك أيضا عقد الإستثمار المبرم بين الحكومة المصرية

[1]– طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 102.

والشركة الإنجليزية المصرية للأبار والزيوت، وعقد الإستثمار المبرم بين الحكومة السعودية والشركة اليابانية عام 1987[1].

فإستخدام الأجانب في المشاريع الإستراتيجية لدولة ما له منافعه ومزاياه، وله مساوئه أيضا ومن منافعه أنه يدخل على الدولة المضيفة يد عاملة جديدة لها أساليب وتقنيات مستحدثة لإقامة المشاريع خصوصا في مجال التكنولوجيا، أما عن مساوئه فكثرة إستخدام الأجانب يقلل من اليد العاملة الوطنية مما ينقص من فرصة تشغيل الوطنيين ويكثر من البطالة، ويجعل المستثمر الأجنبي هو المتحكم الوحيد في كل الأمور التقنية والفنية التي تخص المشروع.

الفقرة الثانية:

الحق في الحصول على المقابل النقدي

يهدف المستثمر من وراء إبرام العقود الإدارية الدولية تحقيق الربح في المقام الأول، حيث أنه يحصل على المقابل المادي في نظير الأعمال التي يقدمها لجهة الإدارة، ويتخذ المقابل المادي شكل الثمن في عقود الإدارة العامة [2].

ويعتبر هذا الحق أساسيا بالنسبة للملتزم فهو يقوم مقام الإدارة في إنشاء أو تسيير المرفق العام مقابل أن يتقاضى هذا المقابل، وللملتزم أن يحدد المقابل الذي يحصل عليه من المنتفعين على أنه يجب ألا يغالي في ذلك، وإلا كان للجهة مانحة الإلتزام أن ترد هذا المقابل إلى حدوده المعقولة [3]، أو تقوم بشراء الخدمة وإعادة بيعها إلى الجمهور، فالمقابل المالي في عقود البوت من الشروط التعاقدية التي لا تستطيع الدولة بمفردها أن تنفرد بتعديلها دون موافقة المتعاقد وهذا ما أكدته المادة 17 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها حيث نصت على :« يجب أن يكون تحديد تسعيرات الدخول إلى المنشأة القاعدية من طرف ناقلي المسافرين، عبر الطرقات المرخصين قانونا، موضوع تشاور من الناقلين والسلطة المانحة للإمتياز، ومديرية النقل في الولاية، وكذلك مديرية التجارة في الولاية المختصة

[1]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 117.

[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 162.

[3]– جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 82.

إقليميا.»[1]، فتعديل هذه الشروط من جانب واحد يسبب الضرر لشركة المشروع ولها الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر الذي لحقها، وعلى هذا يجب أن تغطى الرسوم المقررة والمتفق عليها في العقد كافة النفقات والمصروفات التي قامت بها شركة المشروع بالإضافة إلى تحقيق الربح[2].

الفقرة الثالثة:

الحق في إعادة التوازن المالي للعقد

رأينا أن جهة الإدارة من حقها أن تقوم بتعديل الإلتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد معها وذلك لأنها تهدف إلى تسيير المرفق العام بإنتظام وإضطراد، ولما كانت إلتزامات المتعاقد مع جهة الإدارة تتسم بهذه المرونة، فإنه من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا فالمتعاقد قبل أن يلتزم بأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة يأمل في الحصول عليها، ومادامت الإلتزامات قابلة للزيادة أو النقص فهذا هو شأن الحقوق المقابلة لها[3]، وقد نصت المادة 138 من القانون 05-12 على: «تستند أنظمة تسعيرة خدمات الماء إلى مبادئ التوازن المالي والتضامن الإجتماعي والتحفيز على إقتصاد الماء وحماية نوعية الموارد المائية.»، وهذا ما يوحي إلى أن الجهة المانحة لها الحق في مراقبة تسعيرة خدمات الماء وفق ما تقتضيه المصلحة العامة ويمكنها أيضا مراجعة هذه التسعيرة إذا إقتضت الظروف ذلك، حيث جاء في نص المادة 142 من نفس القانون: «يمكن مراجعة أسعار خدمات الماء إذا إقتضى تطور الظروف الإقتصادية العامة ذلك ».

وقد يترتب على هذا الحق أضرار بالملتزم فيبقى على الإدارة أن تجبر هذه الأضرار بما يؤدي إلى ضمان التوازن المالي لعقد الالتزام بين حقوق الملتزم وواجباته، وفي ذلك ضمان للمصلحة العامة لأن به يستطيع الملتزم أن يفي بإلتزاماته في تقديم الخدمة للمنتفعين[4]، وفي هذا نصت المادة 140 من القانون 05-12 بقولها: «في حالة ما إذا أدى تطبيق الإلتزامات العارضة إلى أسعار لا تتوافق والتكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الإمتياز أو المفوض له يمكن أن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء الإضافية التي تحملها في هذا الصدد».

---

[1]- المادة 17 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج ر عدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.

[2]- هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص ص 101-102.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 165.

[4]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 83.

وقد ظهرت فكرة التوازن العقدي في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه الصادر بتاريخ 21 مارس 1910، وما لبثت هذه الفكرة أن إستقرت في الفقه والقضاء المصري والفرنسي على حد سواء، وسوف نتناول نظريات التوازن المالي للعقد في النقاط الآتية[1]:

أولا – نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير العمل أو الإجراء الصادر عن الهيئة المفوضة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها أثناء تنفيذ العقد، والتي قد تؤدي إلى إرهاق المتعاقد معها ماليا عندما يقتضي الأمر تدخل هذه الأخيرة لدعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الإستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة[2].

ويتوقف تطبيق نظرية فعل الأمير على توفر جملة من الشروط، من ضرورة:

- قيام عقد إداري لتعلقها بعقود القانون العام لطابعها المميز، وبالتالي يمكن تطبيقها في عقد الإمتياز بإعتباره عقدا إداريا.
- إتخاد الإدارة تصرفا مشروعا بمفهوم القانون، أما إذا كان غير مشروع يمكن مساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.
- أن يكون التصرف صادرا عن الجهة الإدارية المتعاقدة، أما إذا صدر عن جهة أجنبية عن العقد يمكن للملتزم المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.
- أن يسبب الإجراء الذي إتخذته الإدارة المتعاقدة ضررا للملتزم، من شأنه قلب إقتصاديات العقد ويتعين أن يكون محددا وحقيقيا ليس محتملا.

يتعين على الملتزم رغم قيام نظرية فعل الأمير الإستمرار في تنفيذ العقد ضمانا لسير المرفق العام بإستمرار، على أن تتولى الإدارة المتعاقدة مساعدته في تحمل جزء من الخسارة من خلال تعويضه عما تكبده من مصاريف إضافية [3].

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 165.

[2]– سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 241.

[3]– نعيمة أكلي، المرجع السابق ، ص 218.

ثانيا-نظرية الظروف الطارئة

يعود الفضل في إعمال هذه النظرية لمجلس الدولة الفرنسي ستة 1916 في قضية

Compgnie generale declairage de BORDEAUX[1] ويقصد بالظروف الطارئة (المخاطر الإقتصادية)، أي قيام وظهور أحداث مفاجئة لدى تنفيذ العقد في شكل تقلبات إقتصادية نتيجة حروب أو زلازل تكون هذه الأحداث خارجة عن إرادة الطرفين، وتجعل إمكانية مواصلة تنفيذ العقد صعبة ومكلفة ومرهقة بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة مما يقتضي تحمل الإدارة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية وذلك من أجل إستمرارية المرفق العام[2].

وأساس تطبيق هذه النظرية في المادة 107 فقرة 3 من ق م ج، حيث نصت على: « غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.»[3]

وتقوم نظرية الظروف الطارئة على فكرة العدالة المجردة، التي هي قوام القانون الإداري، يتحدد مقتضاها بضرورة حسن سير المرفق العام، بإعتبار المتعاقد معاونا للإدارة يعمل على تحقيق المصلحة العامة، ما يفرض التضامن بينهما لمواجهة ما قد يعتري التنفيذ العادي من عقبات وعراقيل، وتفترض نظرية الظروف الطارئة قيام حدث عام إستثنائي غير متوقع أثناء تنفيذ العقد، تتعذر إمكانية دفعه مستقل عن أطراف العقد، يؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد مما يلحق بالمدين خسارة فادحة، تتجاوز الحد المعقول الذي تفرضه طبيعة المعاملات، ويصبح معها تنفيذ الإلتزام الملقى على عاتقه مرهقا، فضلا عن تعارضه مع العدالة ونية المتعاقدين، حيث لو توقعا تلك التغيرات لما أقدمو على إبرام العقد[4].

---

[1] -Conseil d'état, du 30 mars 1916.n 59928 ,publie au recueil lebon.sur site https://www.legifrance.gouv.fr.
– ورد عن سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 241، و تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 06 مارس 2020 على الساعة 22:00 مساء.

[2] – سهيلة فوناس، المرجع السابق، ص 241.

[3] – المادة 107، من القانون المدني الجزائري.

[4] – نعيمة أكلي، المرجع السابق، ص 225.

ثالثا- الظروف المادية غير المتوقعة

ويقصد بها إذا صادف المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته صعوبات ذات طبيعة إستثنائية خاصة، ولا يمكن توقعها بأي حال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عن الأضرار التي أصابته[1].

و تعالج هذه النظرية ما يصادف المتعاقد من صعوبات ذات طبيعة مادية يكون من شأنها أن تجعل التنفيذ صعبا ومرهقا وإن لم يكن مستحيلا، ومثالها الصعوبة الخاصة بطبيعة الأرض الجيولوجية التي تعاقد الأطراف على أساس إقامة المشروع أو المرفق عليها، بحيث تظهر فجأة هذه المعضلة وتجعل تنفيذ الإلتزام من الصعوبة بمكان القيام به من قبل المتعاقد من دون تعويض من الإدارة عن كامل الأضرار والنفقات [2].

1- شروط تطبيق هذه النظرية

لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصعوبات مادية وذات طبيعة إستثنائية لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتوقعها، حيث أن العقد يواجه تنفيذه صعوبات مادية وغير عادية أو إستثنائية، فالصعوبات المادية تكون في الأغلب صعوبات طبيعية لم تكن في حسابات المتعاقد وقت إبرام العقد، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته أكثر إرهاقا وأكثر كلفة عما قدره وأبرم العقد بناءا عليه [3].

كما يجب أن يترتب على وجود هذه الصعوبات المادية ضرر للمتعاقد، فمثل هذا الضرر هو الذي يبرر إلزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها، والضرر المتصور حدوثه في إطار تواجد هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة هو إرتفاع تكاليف العملية أو زيادة في الأسعار بصورة لم تكن متوقعة، فيترتب عليه زيادة نفقات الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد من أعباء المتعاقد، أما إذا كانت الزيادة لا تخل بإقتصاديات العقد ولا تؤدي إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة، فلا تستوجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة [4].

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق .، ص ص 173 – 174.

[2]- وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 181.

[3]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 348.

[4]- المرجع نفسه، ص 352.

2- الآثار المترتبة على توافر شروط هذه النظرية

-إستمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ إلتزاماته لأن نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من إلتزاماته، فهي لا تؤدي إلى إستحالة تنفيذ هذا الإلتزام، ولكنها تؤدي إلى أن يصبح أكثر إرهاقا، ولكن وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع جهة الإدارة من غرامات التأخير.

- ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في التكاليف أو الأسعار تعويضا كاملا [1].

الفرع الثاني:

إلتزامات شركة المشروع

لشركة المشروع حقوق وفي مقابل هذه الحقوق هناك إلتزامات على شركة المشروع أن تلتزم بها كالإلتزام بالتشريعات والأنظمة والقوانين (الفقرة الأولى)، والإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد (الفقرة الثانية) والإلتزام بتنفيذ العقد ضمن المهل المحددة (الفقرة الثالثة)، والإلتزام بتصميم المشروع (الفقرة الرابعة) والإلتزام ببناء المشروع (الفقرة الخامسة)، والإتزام بتشغيل المشروع (الفقرة السادسة)، والإلتزام بصيانة المشروع (الفقرة السابعة)، والإلتزام بثقل التكنولوجيا (الفقرة الثامنة)، والإلتزام بتدريب العاملين في القطاع العام (الفقرة التاسعة)، والإلتزام بتحويل المشروع إلى جهة المانحة (الفقرة العاشرة)، وسنتعرض لكل هذا بالتفصيل فيما يلي:

الفقرة الأولى:

الإلتزام بالتشريعات والأنظمة والقوانين

يتوجب على شركة المشروع في كل الشؤون الناتجة عن تنفيذ العقد أن تتقيد بأحكام التشريعات الصادرة عن الدولة المضيفة، والأنظمة الصادرة عن السلطات العامة، بما في ذلك السلطات المحلية كما يتوجب على شركة المشروع الحصول على جميع الرخص والإجازات والموافقات المطلوبة لتنفيذ عقد الBOT أو أي جزء منه في خلال مهلة معقولة، مع الأخذ بعين الإعتبار مهل إنجاز البناء وكل

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 175.

مرحلة منه، ويقتضي على طرفي العقد ولاسيما شركة المشروع فيما يتعلق بممارستها للحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد، أن تتقيد بقوانين الدولة المضيفة وأن تتصرف ضمن نطاق أحكامها[1].

الفقرة الثانية:

الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد

يعتمد الملتزم في إختياره لشركة المشروع في عقود الـBOT على إجراء مناقصة عامة، وتسبق عملية تقديم العروض الفنية والمالية تأهيلا مسبقا للعارضين بهدف التحقق من كفاءة الهيئة العارضة وقدرتها على إنجاز المشروع وسلامة وضعها القانوني، وهذا يعني أن إختيار شركة المشروع التي تستنفذ عقد الـBOT يجري بالإستناد إلى إعتبارات يقتضي أن تتوفر فيها، وبالتالي على هذه الشركة أن تنفذ العقد بنفسها [2].

ومبدأ التنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يعني الإلتزام بالتنفيذ المادي من جانب المتعاقد مع الإدارة بقدر ما يعني مسؤولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن العقد الإداري وبعبارة أخرى هناك إرتباط وثيق بين فكرة الإعتبار الشخصي والهدف من إبرام العقد الإداري، المتمثل في تحقيق الصالح العام، الأمر الذي يترك أثره الواضح على مدلول إلتزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا[3].

أولا –القيود الواردة على الإلتزام الشخصي بتنفيذ العقد

هناك بعض القيود ترد على الإلتزام الشخصي بتنفيذ العقد يمكن سردها كالتالي:

1– التنازل على العقد والتعاقد من الباطن

الأصل العام أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد، ولا يجوز له أن يحل غيره محله في تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها، ومرد ذلك كما سبق، أن إختيار الإدارة للمتعاقد معها يخضع لإعتبارات شخصية تتعلق بمدى مقدرته المالية أو كفاءته الفنية أو حسن سمعته، ولذلك

[1]– مروان محيي الدين القطب، المرجع السابق .، ص 380.

[2]– المرجع نفسه، ص 375.

[3]– السيد سامي العواني، المرجع السابق، ص 145.

فإن تنازله عن العقد لغيره يخل بهذه الإعتبارات[1].

والتعاقد من الباطن هو تصرف قانوني يجري إبرامه بين المتعاقد الأصلي والغير، بقصد تنفيذ جزء أو أكثر من محل العقد، ويفترض أن يكون محل العقد قابل للتجزئة وهذا الشرط يتحقق دائما في مجال تنفيذ عقد الإمتياز لطول مدته [2].

ويلاحظ أن هناك بعض الظروف التي تدعو جهة الإدارة إلى الموافقة على الأخذ بهذا الأسلوب فبالنظر إلى التقدم العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى مجالات الحياة، أصبح تنفيذ أحد المشروعات العامة يتطلب تعاون العديد من الشركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه، مثال ذلك مشروع مترو الأنفاق أو بناء مطار جديد بنظام الـ BOT، فمن أجل إنجاز هذه المشاريع كان أمام جهة الإدارة أخذ الطريقين الطريق الأول أن تبرم عدة عقود لتنفيذ مشروع واحد مع عدة شركات وهذا فيه تكلفة من الناحية المالية ويحتاج إلى وقت طويل للتنفيذ، أما الطريق الثاني فأن تتعاقد مع متعاقد واحد يكون مسؤولا أمامها عن تنفيذ المشروع وتعطيه سلطة التعاقد من الباطن، وهذا هو الأسلوب الأكثر شيوعا في تنفيذ العقود الإدارية الدولية [3].

وموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يتطلب فيها شكل معين، فقد يكون صريحا وقد يكن ضمنيا، فموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يترتب عليه أن يصبح المتعاقد من الباطن متعاقدا مع الإدارة، وإنما هذه الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعا، ويبقى المتعاقد الأصلي هو المسؤول أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حسب ما أتفق عليه وماتنص عليه التشريعات [4].

وفي هذا نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-220 « إمتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه، ولا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان ».[5]

---

[1]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 263 – 264.

[2]- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 246.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 179.

[4]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 266.

[5]- المادة 12 من المرسوم تنفيذي 11-220، يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة.

2- موت المتعاقد مع الإدارة

إعمالا للإعتبارات الشخصية التي تحكم إختيار الإدارة للمتعاقد معها، فإن وفاة هذا المتعاقد يؤدي إلى إنهاء العقد، هذه هي القاعدة العامة التي يطبقها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه، على أنه يجوز أن ينتقل العقد للورثة إذا رأت الإدارة ذلك أو وافقت عليه، وذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن العقد ينتقل إلى الورثة دون الحاجة إلى موافقة الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك [1].

على أن الأمر في مصر مختلف فالمشرع المصري يرى أنه إذا توفي المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم يكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالإستمرار في تنفيذ العقد، بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصادق على التوقيعات فيه، وتوافق عليه السلطة المختصة وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالإستمرار في تنفيذه، وعلى ذلك فإن الإدارة هي التي تقرر إما فسخ العقد أو إستمرار الورثة في تنفيذه [2]. أما المشرع الجزائري فقد أقر ذلك بنص المادة 108 من ق م ج [3]، حيث أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام ومنهم الورثة وبالتالي فإن وفاة أحد المتعاقدين لا تعني إنتهاء آثار العقد، لكن نفس هذه المادة وضعت شرطا لذلك وهو كما نصت عليه **مالم يتبين من طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام** ومانستنتجه من نص المادة أن طبيعة التعامل قد تمنع إنتقال آثار العقد إلى الخلف العام، ويدخل في إطار طبيعة التعامل أن يكون الشخص المتعاقد محل إعتبار، وبالتالي فإن وفاة المتعاقد تؤدي إلى إنقضاء العقد وإذا عدنا إلى عقد الإمتياز نجد أن شخصية الملتزم لها أهمية كبيرة في العقد، إذ أنه عقد ذو طابع شخصي، وتطبيقا للقاعدة العامة فإن وفاة الملتزم تؤدي إلى إنقضاء عقد تفويض المرفق العام، فالملتزم تم إختياره إستنادا إلى إعتبارات موجودة فيه دون غيره، وعليه زوال هذه الإعتبارات عن طريق نهايته تؤدي إلى نهاية إتفاقية الإمتياز بقوة القانون، هذا من جهة ومن جهة أخرى إنطلاقا من عقد التفويض في حد ذاته والذي يلتزم المتعاقد بموجبه على التنفيذ شخصيا، فإن وفاة المتعاقد ستحول حتما وتنفيذ العقد، وبالتالي يؤدي ذلك إلى نهاية التعاقد، أي أن آثار العقد لاتنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام

---

[1]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 267.

[2]- المرجع نفسه، ص 268.

[3]- نصت المادة 108 من ق م ج على مايلي: « ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام، مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لاينصرف الى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.»

ومنهم الورثة بمجرد نهاية العقد إلا في حالة وجود نص يخالف ذلك ضمن دفتر الشروط بالنص على إمكانية مواصلة الورثة بإستغلال المرفق العام لأن وفاة المتعاقد* لن تؤدي إلى إنهاء العقد[1].

3 – إفلاس المتعاقد أو إعساره

إذا أفلس المتعاقد أو أعسر فإن ذلك لا يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون في فرنسا، وإنما كان للإدارة الخيار بين أن يستمر المتعاقد معها في تنفيذ العقد على الرغم من إفلاسه أو إعساره وبين أن نفسخ العقد لكن وضع إستثناء على ذلك إذ يجوز لوكيل الدائنين أن يطلب الإستمرار في تنفيذ العقد وللإدارة أن تقدر إما الإستجابة لهذا الطلب، أو فسخ العقد تحقيقا للمصلحة العامة [2]، أما المشرع الجزائري فلم يتكلم عن هذا الأمر في القانون المدني، غير أنه وضح ذلك في القانون التجاري وذلك بمقتضى الأمر 75–59[3] المتضمن القانون التجاري الجزائري وتحديدا في مادته 244 حيث أمر المشرع الجزائري المفلس بالتخلي عن أمواله أو التصرف فيها بمقتضى هذه المادة، غير أنه يجوز للمفلس القيام بجميع الأعمال الإحتياطية لصيانة حقوقه، لكنه في المادة 273 من نفس القانون صرح بأن للمدين الحق بمتابعة إستغلال مؤسسته الصناعية أو التجارية شرط ان يكون مأذونا من طرف القاضي وبمعونة وكيل التفليسة وهذا وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة 277 ، كما أجاز له بمساعدة وكيل التفليسة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لذلك للإستغلال.

الفقرة الثالثة:

الإلتزام بتنفيذ العقد ضمن المهل المحددة

إن عقد الـBOT يقتضي تحديد المهل الزمنية لكل مرحلة من مراحله ويجب على شركة المشروع التقيد بهذه المهل، ويعد هذا إلتزاما من الإلتزامات الأساسية في تنفيذ عقود الـBOT، لأن عدم مراعاة تلك المهلة يؤدي إلى الإخلال بقاعدة حسن سير المرافق العامة والإضرار بالصالح العام[4]، وقد أشارت المادة 14 من المرسوم التنفيذي 4–417 لذلك بقولها: « يتعين على صاحب الإمتياز وضع الإمتياز

---

*–ولكن من الملاحظ أن معظم الشركات التي تشارك بنظام البوت هي عبارة عن شركات عملاقة، لها شخصية معنوية مستقلة عن أصحابها لذا فغالبا لايترتب على وفاة أحد الشركاء حل الشركة، وإنما تبقى تمارس نشاطها. أنظر في الموضوع حمادة عبد الرازق علي حمادة، عقد إلتزام المرفق العام – دراسة مقارنة– رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون: كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2011، ص 345.

[1]–سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث ل م د في الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020–2021، ص ص 272 –273.

[2]– جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص ص 268 –269.

[3]- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 5 ماي 2022 ج ر عدد 32 ، المؤرخ في 14 ماي 2022 .

[4]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 376.

حيز التنفيذ في الأجل المحدد في إتفاقية الإمتياز» [1].

وغالبا ما تتضمن عقود الـBOT ملاحق مدرجة به تضم جدولا زمنيا يحدد بدء أعمال التشييد وتسلسله، وكذلك موعد إنجازها ومثال ذلك مشروع إنشاء طريق الحافلات السريع في الأرجنتين بنظام الـBOT حيث ألزمت الحكومة الشركة بأن يكون التنفيذ على مرحلتين:

المرحلة الأولى في نهاية أغسطس 1996 وتشمل إنشاء وتوسعة الطريق وبناء بوابات على الطريق، والمرحلة الثانية وتبدأ مع بداية التحصيل وتنتهي في تاريخ نهاية العقد[2].

فإعداد جدول زمني محدد لتشييد المرفق في عقود الـBOT يسهل إجراء التقدم المحرر في أعمال التشييد إذا لزم الأمر، بالإضافة إلى حسم الكثير من المنازعات التي يمكن أن تؤدي إلى فشل المشروع أو تأخير تنفيذه، وتبدأ مدة تنفيذ أعمال التشييد في عقود الـBOT من التاريخ المحدد بالعقد[3].

وهناك قيود على الإلتزام بتنفيذ العقد ضمن المهل المحددة فإذا نأخر المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ إلتزاماته فهل يترتب على ذلك نشوء حق جهة الإدارة في التعويض ؟ نفرق هنا بين ثلاث حالات:

– أن يكون التأخير راجعا إلى فعل المستثمر الأجنبي.

– أن يكون التأخير راجعا إلى فعل الإدارة.

– أن يكون التأخير راجعا لسبب لا يد للطرفين فيه وهو القوة القاهرة [4].

وسوف نتناول ذلك بالتوضيح فيما يلي:

أولا– أن يكون التأخير راجعا إلى فعل المستثمر الأجنبي

إذا تأخر المستثمر الأجنبي في تنفيذ إلتزامه ترتب على ذلك نشوء حق لجهة الإدارة في التعويض[5]، لكن من الممكن أن تتغاضى الإدارة المانحة عن التعويض وذلك بفرض شروط أخرى إضافية على شركة المشروع لم تكن قد تطرقت إليها أثناء إبرام العقد.

---

[1]– المادة 14 من المرسوم التنفيذي 04-417، المتعلق بتحديد الشروط المتعلقة بإمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها.

[2]– السيد سامي العواني، المرجع السابق، ص 182.

[3]– المرجع نفسه، ص 183.

[4]–علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 181.

[5]– المرجع نفسه، ص 181.

ثانيا- أن يكون التأخير راجعا إلى فعل الإدارة

يعتبر فعل الإدارة سببا قانونيا لإعفاء المتعاقد الأجنبي في حالة تأخيره في تنفيذ إلتزماته إذا توافرت فيه شروط ثلاثة وهي:

- أن يكون فعل الإدارة على علاقة مباشرة بالتزام المتعاقد معها ومن طبيعة تؤدي إلى تأخيره في تنفيذ إلتزاماته العقدية، وأن لا يكون لإرادة المتعاقد الأجنبي دخل في وقوعه أو المساهمة فيه.

- أن يكون فعل الإدارة غير متوقع عند إبرام العقد.

- أن يجعل تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الموعد المتفق عليه مستحيلا إستحالة مطلقة ولا يشترط أن يتخذ فعل الإدارة صورة الخطأ أو الإهمال من جانبها، فقد يكون إستعمالا مشروعا لحقها في الرقابة والتعديل كتغيير نوع المواد الأولية المطلوبة وتعديل حجم الأشغال العامة وهذا يؤدي في كثير من الأحيان إلى تجاوز مدة التنفيذ [1].

ثالثا – تأخير المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته بسبب القوة القاهرة

القوة القاهرة في مفهومه الإصطلاحي تعني حدث أو مجموعة من الأحداث لم يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها، ويترتب عليها إنقضاء الإلتزام لإستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك، وهي بعبارة أخرى مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي بها إلى عدم الإلتزام بالقواعد القانونية بحيث لا يعد إرتكابها فعلا مخالفا لإلتزاماتها موجبا للمسؤولية [2]، وتتمثل شروط القوة القاهرة فيما يلي:

- أن يكون الحادث مستقلا عن إرادة الطرفين فلو كان الحادث بسبب المتعاقد مع جهة الإدارة فإنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة، ومثل ذلك حدوث إضراب في العمل شجعه المتعاقد مع جهة الإدارة ووافق عليه.

- أن يكون الحادث غير متوقع ومفاجئا ولا يمكن دفعه وذلك مثل حدوث زلزال في منطقة لا تحدث فيها الزلازل عادة.

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 182 – 183.

[2]-خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الإستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والإتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط الأولى 2014، ص 116.

– يجب أن يجعل الحادث التنفيذ مستحيلا إستحالة مطلقة أما إذا كان المتعاقد مع جهة الإدارة قادرا على تنفيذ إلتزاماته بنفقات باهظة أو قادرا على أن يتوقى حدوث الظرف المفاجئ أو يتفادى نتائجه، فإننا لا نكون بصدد قوة قاهرة، ويترتب على توافر شروط القوة القاهرة أن المتعاقد مع جهة الإدارة يتوقف عن التنفيذ نهائيا إذا كانت الإستحالة دائمة أو يتوقف عن التنفيذ مدة معينة لحين زوال أسباب القوة القاهرة، ثم يعود لتنفيذ إلتزاماته بعد ذلك، ويجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة المطالبة بفسخ العقد [1].

الفقرة الرابعة:

الإلتزام بتصميم المشروع

يعد أساس تنفيذ عقود الـBOT مرحلة تصميم المشروع وإعداد الخرائط والرسوم الخاصة به، وهذه المرحلة لها أهمية كبيرة نظرا لأن شركة المشروع تتولى بالإضافة إلى تشغيل المرفق العام إقامته وتشييده، ويقتضي أن تكون التصاميم وفقا للشروط والمواصفات المحددة في العقد، وأن تنجز ضمن المهل المحددة، لأن أي تأخير في إنجازها سيؤدي إلى تأخير بناء المرفق العام موضوع العقد، ويجب على الدولة أو الشخص العام المعني أن يحتفظ لديه بالعدد الكافي من التصاميم والخرائط حتى تتمكن من إجراء الرقابة والإشراف على بناء المشروع وتشغيله وصيانته، إلى أن يؤول المشروع إلى الدولة عند إنتهاء مدته [2].

الفقرة الخامسة:

الإلتزام ببناء المشروع

تلتزم شركة المشروع بالحصول على كافة التراخيص والموافقات اللازمة قانونا قبل البدء في تشييد المرفق، وتقوم شركة المشروع بتقديم الطلبات للجهات المختصة للحصول على جميع التراخيص والموافقات سواء أكانت هذه الطلبات طلبات مبدئية أو طلبات جديدة، كما تلتزم شركة المشروع بأن ترسل جميع المستندات المطلوبة لإصدار تلك التراخيص والموافقات، كما ينبغي أن تكون المعلومات الواردة بها كاملة ودقيقة، وينبغي أن تسمح شركة المشروع للسلطات المختصة بإجراء كافة المعاينات اللازمة للمرفق، وإعداد كافة الترتيبات اللازمة في هذا الشأن[3].

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 185.

[2]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 376.

[3]– السيد سامي العواني، المرجع السابق، ص 175.

الفقرة السادسة:

الإلتزام بتشغيل المشروع

يتضمن الإتفاق عدة بنود تعاقدية خاصة بتشغيل المشروع ودور جهة الإدارة في الرقابة على التشغيل وتلتزم شركة المشروع كقاعدة عامة بتشغيل المشروع وصيانته وفقا لإجراءات التشغيل المتفق عليها في الإتفاق، وعادة ما يتضمن الإتفاق جدول ومواصفات التشغيل بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر القواعد المتعلقة ببداية التشغيل، وأسس تحديد المواعيد الدورية للصيانة وتمكين ممثلي جهة الإدارة من الدخول إلى المرفق[1].

كما أن عقود الBOT إذا تعلقت بمرفق عام يؤدي خدمة للجمهور فإنه ثمة قواعد أساسية تتصل بسير المرافق العامة، يجب على شركة المشروع أن تلتزم بها، فعقود الBOT التي تتعلق بمحطات الكهرباء أو الصرف الصحي أو المطارات أو غيرها من المرافق العامة يجب أن تخضع فيها شركة المشروع حين تقديم الخدمة للجمهور للقواعد الأساسية التي تتعلق بسير المرافق العامة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه المبادىء وطبيعة هذه العقود ومركز شركة المشروع، وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ مساواة الجميع أمام المرافق العامة، ومبدأ دوام سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراد، ومبدا قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل في كل وقت[2]، وتلتزم شركة المشروع بمراعاة قواعد الأمان عند التشغيل والأحكام الخاصة بتشريعات البيئة[3].

الفقرة السابعة:

الإلتزام بصيانة المشروع

ويقصد بهذا إلتزام قيام شركة المشروع بإجراء الكشف الدوري على جميع الأصول المستخدمة في المرفق، وإصلاح وإستبدال الأجهزة والمعدات وقطع الغيار التالفة، وإتخاذ كافة الإجراءات الفنية من أجل المحافضة على المعدات والآلات ورفع كفاءة تشغيلها لتحقيق النتائج المرجوة منها وذلك وفقا للخطط أو الكشوف أو الجداول الزمنية الواردة بالعقد أو الملاحق المرفقة به[4].

---

[1]– محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص ص 134 – 135.

[2]– جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، المرجع السابق، ص ص 145 – 146.

[3]– محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 135.

[4]– السيد سامي العواني، المرجع السابق، ص 195.

ويتصل بالتزام الصيانة إلتزام المشغل بتطوير معدات وآلات المرفق للمحافظة على كفاءته وقدرته على الإستمرار ومواكبة مستجدات الظروف، ولاسيما أن مدة الإلتزام غالبا ما تكون طويلة بحيث يقتضي تطوير الآلات والمعدات وتغييرها جذريا إذا إقتضى الأمر، لتستطيع الإستمرار ومواجهة تطورات العلم والتكنولوجيا وحسن الإستعمال فثمة مشاريع تستلزم في كل الأحوال تطويرا دائما للمعدات والآلات كمحطات الكهرباء أو المياه أو المطارات أو الطرق، وخصوصا ما يتصل بمشاريع الكمبيوتر والمعلوماتية، وتظل شركة المشروع ملزمة عرفا بأعمال الصيانة وإن لم ينص العقد عليها[1]، وهذا ما أكدته المادة 5 من المرسوم التنفيذي 08-114 بقولها: « واجب صاحب الإمتياز في أداء الخدمة بالقيام بتطوير المنشآت وإعادة تجديدها وصيانتها وتصليحها».[2]

الفقرة الثامنة:

الإلتزام بنقل التكنولوجيا

تعد التكنولوجيا قابلة للتداول كغيرها من الأموال المنقولة المعنوية، ويمثل عقد الـBOT مدخلا أساسيا لنقل التكنولوجيا المتقدمة إلى الدولة المضيفة، ولشركة المشروع مصلحة جدية في إعتماد التكنولوجيا الحديثة وتسهيلا لإدارة المشروع، وتحصيلا لأكبر قدر من الفوائد والأرباح، وذلك لأن هذه التكنولوجيا المعتمدة على أقصى درجات التطور العلمي والفني تقلل الإعتماد على الأيدي العاملة وتساعد على تقديم خدمات جديدة [3].

ولتشجيع نقل التكنولوجيا للدولة المضيفة لمشروعات الـBOT، لابد أن تكون حكومة تلك الدولة الطرف في عقود الـBOT مستعدة للعمل على تشجيع شركة المشروع لنقل أحدث التقنيات إلى تلك المشروعات[4].

ويتم نقل التكنولوجيا بأن تضع شركة المشروع تحت تصرف الدولة المضيفة مستندات المشروع وتصاميمه وخرائطه وتجهيزاته وأسرار الإنتاج والتشغيل، وكيفية إجراء أعمال الصيانة وسواها من المستندات المتعلقة بالطريقة التي يتوجب إتباعها لتشغيل المشروع ويكمل نقل التكنولوجيا هذه

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 275.

[2]-المادة 5 من المرسوم التنفيذي 08-114، المحدد لكيفيات منح إمتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها.

[3]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 277.

[4]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 209.

بالتعليمات الشفهية التي تعطى للفنيين الذين يتولون تشغيل المشروع[1].

وذلك تسهيلا لإدارة المشروع وتحصيلا لأكبر قدر من الفوائد والأرباح، لأن هذه التكنولوجيا المعتمدة على أقصى درجات التطور العلمي والفني تقلل الإعتماد على الأيدي العاملة وتساعد على تقديم خدمات جديدة، كما أن للدولة المضيفة مصلحة في الحصول على تكنولوجيا حديثة ومتطورة تساعدها على التنمية الإقتصادية [2].

ويتصل بالإلتزام بنقل التكنولوجيا ضرورة تدريب عمال الإدارة المضيفة على إستخدام التكنولوجيا المستعملة في المشروع، حتى إذا إنتقل إليها في نهاية مدة الإلتزام تصبح قادرة على تشغيله[3].

الفقرة التاسعة:

الإلتزام بتدريب العاملين في القطاع العام

تلتزم شركة المشروع قبل تحويل المرفق العام موضوع العقد إلى الدولة بأن تقوم بتدريب العاملين في القطاع العام على تشغيل المشروع وإدارته، لاسيما التدريب على التكنولوجيا الحديثة المستخدمة في عمليات التشغيل، وذلك بهدف تمكين الدولة من تشغيل المرفق العام بعد تحويله إليها، ويحدد العقد المدة الزمنية التي يقتضي على شركة المشروع أن تبدأ فيها بتدريب العاملين وإعدادهم، كما يحدد المواضيع الأساسية للتدريب والتي تمكن العاملين من تشغيل المرفق العام بعد تحويله إلى الدولة[4].

ونظرا لطول مدة عقد الـBOT فيمكن لشركة المشروع إدماج العمالة الوطنية في العمليات الفنية والعمل على إكسابها كافة المهارات الفنية والتقنية، فإذا رأت منهم عدم إستجابة فإن الوقت يسمح بإمكانية مطالبة جهة الإدارة بإستبدال هؤلاء العمال بعمال أخرين لديهم الإستعداد الأفضل للتعليم والتدريب، ويجب أن يكون النص على تدريب العمالة المحلية نصا شاملا يضمن إشراك العمال المحليين في كافة مراحل المشروع [5].

---

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 278.

[2]– المرجع نفسه، ص 277.

[3]– المرجع نفسه، ص 278.

[4]– مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 380.

[5]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 211.

الفقرة العاشرة:

الإلتزام بتحويل المشروع إلى جهة الإدارة (الدولة)

وهو إلتزام أساسي في عقود الـBOT فبعد إنتهاء مدة العقد، فإن شركة المشروع تلتزم بنقل المرفق محل العقد إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة، والأصل أن المشروع ينتقل من الملتزم إلى جهة الإدارة دون مقابل، فشركة المشروع قد إستردت ما أنفقته في بناء المشروع في فترة التشغيل، فضلا عن إحتفاظها بما حققته من أرباح، على أن هذا لا يمنع أن ينص في العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل رمزي حسب الأحوال[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 2/13 من المرسوم التنفيذي 11-340 بقولها : «..... عند نهاية الإمتياز، تسلم الهياكل المنجزة بعنوان هذا الإمتياز للدولة مجانا طبقا للتشريع المعمول به ».[2]

وقد تجد الجهة الإدارية أن من مصلحتها إستمرار شركة المشروع في إدارته وتشغيله، ولذلك عليها أن تبرم معها إتفاقا جديدا بهذا الشأن ويكون محله إدارة هذا المشروع، على أن إستمرار شركة المشروع في إدارته وتشغيله لا يؤثر على ملكية الجهة الإدارية للمرفق[3]، المادة 10 من المرسوم التنفيذي 11-220 نصت على ذلك بقولها:« عند إنتهاء مدة الإمتياز، وإذا لم يتم تقديم طلب التجديد تسترجع الدولة الهياكل المنجزة من أجل المنفعة العمومية وكذا أراضي الوعاء المخصصة لها، دون مقابل، طبقا للتشريع المعمول به »[4].

كما يتعين على شركة المشروع أن تنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة وصالح للإستخدام، وللجهة الإدارية أن تتحقق من ذلك، وبتنفيذ هذا الإلتزام فإن عقد الـBOT ينتهي تماما ويجب تحويل جميع أصول المشروع سواء أكانت عقارية أم منقولة إلى الجهة الإدارية خالصة من أي رهون أو حقوق للغير، إلا إذا كان العقد ينص على غير ذلك فيجب تنفيذ ما أتفق عليه[5]، وهذا ما جاء

---

[1]- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 139

[2]-المادة 13 من المرسوم التنفيذي 11-340 الذي يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الفلاحي.

[3]- جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، المرجع السابق، ص ص 152 -153.

[4]- المادة 10 من المرسوم التنفيذي 11-220، يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة.

[5]- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 140.

بنص المادة 11-2 من المرسوم التنفيذي 11-341:«.....عند نهاية الإمتياز، تسلم الهياكل المنجزة بعنوان هذا الإمتياز وكذا أراضي الوعاء إلى الدولة مجانا، طبقا للتشريع المعمول به ».[1]

وشركة المشروع لها حق الحيازة وليس حق الملكية، لأن الملكية تكون أصلا لمانح الإمتياز لأنه صاحب المشروع الأصلي، فما يتم نقله عند نهاية مدة التعاقد هو حيازة المشروع وليس ملكيته[2].

الفقرة الحادية عشر:

الإلتزام بحماية البيئة

إن المحافظة على البيئة أصبح من الضروريات التي توليها الدول أهمية كبيرة وهذا نظرا للأضرار التي تمس الإنسان في حالة حدوث تلوث بيئي، وقد عرف المشرع الجزائري البيئة بنص المادة 3 من القانون 03-10 بأنها:« تتكون البيئة من الموارد الطبيعية اللاحيوية والحيوية الهواء والجو والماء والأرض وباطن الأرض والنبات والحيوان بما في ذلك التراث الوراثي وأشكال التفاعل بين هذه الموارد وهذه الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية»[3]، كما أشار المشرع الجزائري في هذا الصدد بنص المادة 03 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار بنصها: « تنجز الإستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل إحترام القوانين والتنظيمات المعمول به، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة...»[4] وأشارت أيضا المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإمتياز إستعمال الموارد المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحي: « يجب أن يسهر صاحب الإمتياز على الحفاظ على نظافة نقطة المياه موضوع الإمتياز.....»، وفي نفس السياق أشارت المادة 2 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 09-152[5]: « يجب إنجاز المشروع الإستثماري أو القيام بعملية التعمير أو البناء مع إحترام قواعد التعمير ومعاييره الهندسية المعمارية والبيئة الناجمة عن

---

[1]-المادة 11 من المرسوم التنفيذي 11-341، يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشات التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية.

[2] -Lyonet du Moutier Michel , Financement sur projet et partenariat public prive , la relation entre concedent et concessionnairedans les B O T dinfrastructure , revue trimestrielle politique et management public , vol 21 n 01 Mars 2003,.p 10

[3]-المادة 03 من القانون 03-10، المؤرخ في 19 جوان 2003، والمتعلق بحماية البيئة.في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003.

[4]- المادة 03 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار.

[5]- المرسوم التنفيذي 09-152، المؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج ر عدد 27، لسنة 2009.

الأحكام التنظيمية المعمول بها والمطبقة على المنطقة المقصودة والأحكام المنصوص عليها..... »
إن المشرع الجزائري وضع مجموعة من القوانين التي تنظم حماية البيئة أثناء ممارسة المشاريع الإستثمارية وذلك حفاظا على بيئة نظيفة تكفل حماية المواطنين والصالح العام.

المبحث الثاني:

وسائل حسم منازعات عقد الـBOT

أحيانا تثور خلافات بين الطرفين المتعاقدين بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في إحدى المراحل التي يمر بها، وربما هذا يعود لطول فترة التعاقد التي قد تتصل إلى 99 سنة كحد أقصى مما يشكل نشوء منازعة يستدعي حلها اللجوء إلى بعض وسائل التسوية، هذه الوسائل قد تكون ودية غير قضائية يمكن حلها بين الطرفين دون اللجوء للمحاكم، وقد تكون وسائل تسوية قضائية تكون المحاكم هي الحد الفاصل في النزاع.

وهذه الوسائل يلجأ إليها الطرفان إما بنصوص قانونية للدولة المضيفة أو بإتفاق سابق بينهما يتم إدراجه ضمن بنود العقد، وهذا يعد ضمانا للمستثمر سواء أكان مستثمر محليا أو أجنبيا لتطبيق أسس العدالة والمساواة أثناء حل المنازعة التي نشأت، لكي يتحصل كل ذي حق على حقه لهذا سنتكلم في (المطلب الأول) عن التسوية القضائية لحل هذه المنازعات، ونتكلم في (المطلب الثاني) عن طرق التسوية الودية لحل منازعات عقد البوت، ونختم هذا المبحث بالتحكيم كوسيلة ناجعة لحل المنازعات في عقود البوت في (مطلب ثالث).

المطلب الأول:

الوسائل القضائية لحسم منازعات عقود الـ BOT

إن الطريق القضائي هو أحد الطرق التي يلجأ إليها لحل ومعالجة النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية في عقود البوت في أي مرحلة من مراحل حياة المشروع، لهذا جعلت أغلب الدول النامية من القضاء وسيلة من وسائل حل منازعات عقود الإستثمار لذلك سنعالج الطرق القضائية الكفيلة بحل منازعات الإستثمار، أولها القضاء الوطني للدولة المضيفة كوسيلة لحل منازعات الإستثمار (الفرع الأول)، وثانيها القضاء الدولي كوسيلة ثانية في حل منازعات الإستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

القضاء الوطني للدولة المضيفة كوسيلة لحل منازعات عقود الـ BOT

يعتبر القضاء الوطني للدولة المضيفة هو صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل في منازعات عقود الإستثمار بشكل عام وعقود البوت بشكل خاص، حيث يمكن اللجوء قي تسوية منازعات هذه العقود إلى محاكم الدولة لنظر القضية وإصدار حكم في موضوع النزاع (الفقرة الأولى)، لذلك من الراجح إبراز تقدير دور القضاء الوطني في تسوية هذه المنازعات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

القضاء الوطني كصاحب الاختصاص الأصيل لتسوية منازعات الإستثمار في عقود الـ BOT

تعتبر ممارسة سلطة القضاء من مظاهر سيادة الدولة الداخلية لذلك تصر الدول النامية على إخضاع جميع ما على إقليمها من أموال عقارية كانت أو منقولة ومن أشخاص وطنيين كانوا أو أجانب لمحاكمها وقوانينها، ومما لاشك فيه أن إخضاع الوطنين لقضاء دولتهم يعد أمرا طبيعيا، كما أن إخضاع الأجانب لقضاء الدولة التي يوجدون فيها يعد أمرا طبيعيا كذلك لأنهم يتمتعون بحمايتها فيجب مقابل ذلك أن يخضعوا لقضائها[1].

كما أن الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الإستثمار وإرتباطها بالمصالح الحيوية للدولة المضيفة للإستثمار والتي تحرص في الأغلب على إخضاع مثل هذه العقود لقواعدها الوطنية، يجعل القضاء الوطني للدولة المضيفة للإستثمار مالم يكن هناك إتفاق على خلاف ذلك الجهة المختصة أصلا بفض المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقودها مع المستثمرين الأجانب [2].

حيث تنص العديد من القرارات الدولية والتشريعات الوطنية لعقود الإستثمار على أن المنازعات التي تنشأ بين الدولة والمستثمرين الأجانب تجري معالجتها ضمن إختصاصها القضائي، غير أنه من الممكن إتفاق الطرفين على إتباع وسائل سلمية أخرى[3].

---

[1]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 236.

[2]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 147.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 328.

فتنص الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة [1]رقم 1803 لسنة 1962 بشأن السيادة الدائمة للدولة على مواردها على أنه:« على أي حال فعندما تثير مسالة التعويض خلافا يجري إستنفاذ الإختصاص الوطني للدولة التي إتخذت مثل تلك الإجراءات،هذا وعند الإتفاق بين الدولة ذات السيادة والأطراف المعنية يتم تسوية النزاع من خلال التحكيم أو المقاضاة الدولية ».

وأيا كان الأمر فإن الدولة المستقطبة للإستثمار قد تترك في هذه الحالة مهمة الفصل في المنازعات الإستثمارية للقضاء العادي، حيث يختص بالفصل قي كل المنازعات ومنها تلك التي تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وقد تناط تلك المهمة بمحاكم معينة نظرا لما لها من طبيعة خاصة كما تفعل بعض دول أوربا بتخصيص هيئة تحكيم للمنازعات التجارية التي تقوم مع المستثمرين أو الشركات الأجنبية، وكذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية إذ أنشأت لجنة تسوية المطالبات الأجنبية[2].

ودائما فيما يتعلق بتسوية المنازعات الإستثمارية بالطرق القضائية التي قد تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار فقد أسند المشرع الجزائري في المادة 41[3]من المرسوم التشريعي 93-12، والمادة 17[4]من الأمر 01-03 حيث حملت كلا المادتين نفس المعنى حيث أوكلت للجهات القضائية المختصة مهمة النظر في النزاعات التي تطرأ بين كل من الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي إلا في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم أو في حالة وجود إتفاق ينص على تسوية النزاع بالتوصل إلى إتفاق بين الطرفين على تحكيم خاص.

كذلك فإن قانون ترقية الإستثمار 16-09 لم يتعارض مع القوانين الإستثمارية سالفة الذكر حيث أوكل هو الآخر في المادة 24[5] منه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا مهمة النظر في النزاعات الناشئة بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي بفعل المستثمر الأجنبي أو بفعل الدولة

---

[1]- قرار الجمعية العامة 1803 (د-17) المؤرخ في كانون الأول /ديسمبر 1962، والمعنون السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، الأمم المتحدة،حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي متوفر باللغة العربية على الموقع:https://www.ohchr.org - تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 06 مارس 2020 على الساعة 22:30 مساء.

[2]- دريد محمود السمرائي، الإستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبغة الأولى، بيروت، 2006، ص 316.

[3] - المادة 41 من المرسوم التشريعي 93-12، المتعلق بترقية الإستثمار الملغى.

[4] - المادة 17 من الأمر 01-03، المتعلق بتطوير الإستثمار.

[5]- المادة 24 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار.

الجزائرية، حيث يعرض النزاع بينهما على القضاء الوطني الجزائري كأصل عام، وكذلك ما أقرته المادة 41[1] من قانون 08-09 للقضاء الوطني للدولة الجزائرية مهمة النظر بالنزاعات الناشئة بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي حيث نصت على: «يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري».

كما أن هناك العديد من الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر بخصوص إختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة نذكر منها[2] الإتفاقية الجزائرية الإيطالية[3] التي تنص في الفقرة الثانية من الإتفاق في المادة الثامنة على أنه:« إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدة ستة أشهر من تاريخ رفع طلب كتابي بهذا الصدد، فيمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لإحدى الهيئات المشار إليها فيما يلي دون سواها: أ – الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الإستثمار على إقليمها، ب– المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات...»، كذلك الإتفاقية الجزائرية الفرنسية[4] التي تنص في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منها على إختصاص الجهات القضائية للدولة المضيفة في حالة فشل تسوية الخلاف بالتراضي بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، والذي أقرته كأصل المادة الثامنة الفقرة الأولى، كذلك الإتفاقية الجزائرية التونسية [5] التي تنص في الفقرة الثالثة من المادة التاسعة منها على أن الإختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة يثور في حالة فشل تسوية نزاع الإستثمار عن طريق التراضي المنصوص عليه كأصل من خلال الفقرة الأولى من نفس المادة.

---

[1]– المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

[2]– أمينة بن عمير، المرجع السابق، ص ص 294-295

[3]–الإتفاقية الجزائرية الإيطالية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 91- 346 المؤرخ في 05-10-1991، المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بالجزائر في 15-05-1991 ج ر عدد 27 لسنة 1991.

[4] – الإتفاقية الجزائرية الفرنسية، المصادق عليها بموجب المرسوم االرئاسي 94-01، المؤرخ في 02 جانفي 1994، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الحمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، ج ر عدد 01 لسنة 1994.

[5]– الإتفاقية الجزائرية التونسية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، يتضمن التصديق على الإتفاق بين خكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، ج ر عدد 73 لسنة 2006.

نلاحظ أن ما توصلت إليه الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى لا تختلف عن نص المادة 24 من قانون الإستثمار 16-09، حيث أعطت هذه الإتفاقيات الحق للقضاء الوطني في الفصل في النزاعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي على إعتبار فكرة السيادة التي تحتفظ بها الدولة لها.

ولأننا كيفنا عقود البوت على أنها عقود إدارية كما سبق بيانه بفترض وكقاعد عامة خضوع المنازعات الناشئة عنها للقضاء الإداري، خاصة الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء كالجزائر[1].

فالمشرع الجزائري قد أعطى للمحاكم الإدارية الإختصاص بالفصل في المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرف فيها.[2]

الفقرة الثانية:

تقدير دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي

ذهب بعض الفقه إلى أن إناطة تسوية المنازعات الإستثمارية بالقضاء الوطني في الدولة المستقطبة للإستثمار لا يقدم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي، ويرجع ذلك أساسا إلى إختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع فأحدهما دولة ذات سيادة بينما الآخر شخص طبيعي من أشخاص القانون الخاص، مما قد يؤدي إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام القضاء الوطني في الدولة، وقد يساور المستثمر بعض الشك في أن الأحكام التي تصدر من ذلك القضاء، لا تتسم بالحيدة الواجبة بالإضافة إلى إحتمال تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية والإجتماعية السائدة في دولته، والتي قد تكون في الغالب السبب المباشر أو غير المباشر في نشوء النزاع [3].

هذا وتعتبر مسألة إسناد مهمة الفصل في المنازعات التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، نتيجة عدم تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة سواء بنص تشريعي أو إتفاقي أمر سيجعل من المستثمر الأجنبي في وضع مماثل للمستثمر المحلي من حيث إفتراض علمه بالقواعد القانونية الداخلية، وإنتقائه التعامل بها وهو ما قد يثير بعض الإشكالات في تقبل هذا الوضع من طرف المستثمر الأجنبي، ويخلق بعض الأعذار لديه في التهرب من هذه الوسيلة

[1]- هاجر شماشمة، المرجع السابق، ص 106.

[2]- المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09.

[3]- دريد محمود السمرائي، المرجع السابق، ص ص 316-317.

إلى وسائل بديلة قد تكون أكثر مرونة أو ضمانا بحسب معتقداته، وإنطلاقا من ذلك فإن المستثمرين الأجانب يبدون نوعا من الريبة إتجاه القضاء الوطني للدولة المضيفة للإستثمار وذلك للأسباب التالية:

– حياد القضاء الوطني بإعتبار أن دولته طرف في النزاع.

– بطء الإجراءات المتخذة في القضاء الوطني[1].

– إضافة إلى أن المستثمر الأجنبي لا يرتاح عادة إلى عرض منازعات الإستثمار الأجنبي على القضاء المحلي للدولة المضيفة، ويفضل عرضها على وسائل أخرى يفضلها كالتحكيم التجاري الدولي وذلك يرجع في حقيقة الأمر إلى إفتقار محاكم الدولة المضيفة إلى الخبرة الفنية اللازمة لحل منازعات الإستثمار الأجنبي ذات الطبيعة الدولية والمعقدة، التي تتطلب إلى جانب ذلك الخبرة القانونية المتخصصة في حسم منازعاتها، كما أن عدم كفاية الوسائل المادية والبشرية الخاصة بقطاع العدالة الوطنية لا تتناسب مع المجال الإقتصادي والمالي من حيث ما يتعلق بهما من نزاعات تجمع بين الدولة كطرف في النزاع وأطراف أجنبية[2].

كما أن المادة 184[3] من قانون النقد والقرض التي تحيل مباشرة في حالة قيام نزاع بين الطرفين على الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، والأمر 01–03 أقر مبدأ التحكيم الدولي مثلما فعل المرسوم التشريعي 93–12 الملغى وإعترف به كوسيلة فعالة في حل النزاعات المحتمل نشوبها بين الدولة الجزائرية والمستثمرين الأجانب بعدما أبدى في الماضي تحفضا شديدا إزاءه، فقد إتخذت الجزائر ولمدة طويلة موقفا مناهضا إتجاه التحكيم الدولي، وهذا التحول في موقف المشرع الجزائري يعتبر تطورا وإنفتاحا كبيرا لأن الجزائر كبلد حديث العهد بالإستقلال وحريص العمل على ممارسة سيادنه الوطنية التي أسترجعت بتضحيات جسام كانت تعتقد أن التحكيم الدولي معناه إحلال الهيئات القضائية والتحكيمية الدولية محل القضاء الوطني ومن ضمن الإتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر أو إنظمت إليها هناك إتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالإعتراف وبتنفيذ الأحكام التحكيمية التي إنظمت إليها الجزائر في 05 نوفمبر 1988، وإتفاقية عمان لعام 1987 الخاصة

[1]– علاوة هوام – سميرة قروي، أطر فض منازعات الإستثمار الأجنبي، ص 123–124 مقال منشور على موقع االالكتروني: https://www.asjp.cerist.dz تاريخ الاطلاع على الموقع: 2019/09/15 على الساعة 15:25مساءً.

[2]– أمينة بن عمير، المرجع السابق، ص 291.

[3]– المادة 184 من قانون 90–10 المتعلق بالنقض والقرض.

بالتحكيم التجاري العربي وإتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات حول الإستثمار بين الدولة المضيفة ومواطني الدول الأخرى[1].

ويتضح مما تقدم موقف المستثمر الأجنبي من إختصاص القضاء الوطني، والذي يظهر جليا في تحبيذه لوسائل أخرى لتسوية منازعاته بعيدا عن القضاء الوطني للدولة المضيفة له، والرغبة الملحة في إحالة نزاعاته إلى وسيلة التحكيم التجاري الدولي، الأمر الذي يفهم منه أن إتجاه المستثمر الأجنبي للإستثمار في الدولة المضيفة يتضمن في العادة رضاه بإختصاص القضاء الوطني وبتطبيق قوانينها ولكن كخيار من الخيارات المتاحة أمامه وليس كإختصاص أصيل، ومن ثمة يكون أمام المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني متى رأى أن إختصاص الأخير أنسب إليه[2].

فعلى المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 24 من المرسوم التشريعي 16-09 بالتخلي عن فكرة أن القضاء الوطني للدولة المضيفة هو صاحب الإختصاص الأصيل بالنظر في منازعات الإستثمار الذي يبلور فكرة السيادة التي تجعل إختصاص القضاء الوطني من ضمن مظاهر سيادة الدولة، فالمستثمر الأجنبي قبل عقد أي مشروع يحاول قدر الإمكان الإلمام بتشريعات الدولة المضيفة حتى يكون على علم، وتكون له دراسة كافية حول المشروع المزمع إقامته، فنص المادة 24 السالفة الذكر تجعل من المستثمر الأجنبي يبدي تخوفات وعدم الشعور بالأمان، فيتجنب المغامرة للتعاقد والإستثمار مع وجود هذا القانون، فالمستثمر الأجنبي لا يعتبر القضاء الوطني للدولة المضيفة وسيلة فعالة وناجعة لحل منازعات عقود الإستثمار نظرا لعدم ثقته في حياد قاضي الدولة المضيفة لدولته أثناء النظر في النزاع المعروض عليه، كذلك فإن المستثمر الأجنبي قد لا يكون لديه العلم الكافي بالقوانين الداخلية للدولة المضيفة وفكرة السيادة التي تلزم بعض الشروط والإجراءات التي قد تكون مجحفة في حق المستثمر الأجنبي.

كما صادقت الجزائر على مجموعة من الإتفاقيات الثنائية الأطراف التي لم تقر بإختصاص القضاء الوطني بالنظر في منازعات الإستثمار الأجنبي التي تثور بينه وبين الدولة المضيفة وكأنها لم تعط للقضاء الوطني قيمته المعبرة عن السيادة الوطنية في الدولة المضيفة، ومن أمثلة هذه الإتفاقيات

[1]- محمد يوسفي، مضمون أحكام الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار، المؤرخ في 20 أوت 2001، ومدى قدرته على تشجيع الإستثمارات الوطنية والأجنبية، مجلة الدراسات الوطنية للإدارة المحلية، العدد 23 لسنة 2002، الجزائر، ص 48.

[2]- أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 292.

الإتفاقية الجزائرية السويدية[1] بخصوص تشجيع وحماية الإستثمارات، والتي تنص في المادة الثامنة منها على أنه: «2- إذا لم تتم تسوية هذا النزاع في مدة ستة أشهر، إعتبارا من تاريخ رفعه من قبل المستثمر بإشعار كتابي إلى الطرف المتعاقد، يوافق كل طرف متعاقد على رفع هذا النزاع، وفقا لخيار المستثمر إلى التحكيم الدولي لتسويته أمام أحد الهيئات التالية: أ- المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات.....، ب-.....ج..... محكمة خاصة.....»، ويظهر من هذا النص التجاهل التام في قيام الإختصاص بنظر النزاع المتعلق بالإستثمار الأجنبي بالنسبة للقضاء الوطني فلم يرد ضمن الخيارات التي وردت كحق للمستثمر الأجنبي في حل نزاعاته وفق ما يناسبه من وسائل بل ويظهر من النص جليا جعل الإختصاص المباشر بعد فشل الطريق الودي إلى التحكيم عن طريق المركز الدولي CIRDI[2].

من كل هذا يتضح أن المشرع الجزائري أعطى للقضاء الوطني مهمة الفصل في المنازعات التي تحدث بين الدولة أو أحد هيئاتها ومستثمر أجنبي كإختصاص أصيل بنص المادة 24 منه، وجعل من الطرق الأخرى للتسوية كبدائل يمكن اللجوء إليها في حالة عدم نجاعة القضاء الوطني كأصل، غير أن بعض الإتفاقيات التي إنعقدت بين الدولة الجزائرية وبعض الدول الأخرى في المجال الإستثماري إستبعدت القضاء الوطني في حل مثل هذه المنازعات، وجعلت الإتفاقيات هي التي تحدد كيفية حل النزاعات الواقعة التي ترجح في أغلبها إحالة النزاع على التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثاني:

القضاء الدولي كوسيلة لحسم منازعات عقود الـ BOT

يقضي الأصل بأنه في حالة حدوث ضرر للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة نتيجة لتصرف تقوم به هذه الدولة، فإنه يلجأ إلى المحاكم الداخلية للدولة المدعى عليها من أجل الحصول على الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني، ولكن قد يتعذر على المستثمر الأجنبي المضرور أن يحصل على الحماية المطلوبة كما لو تخلت محاكم الدولة المدعى عليها عن نظر الدعوى إستنادا إلى

[1]-الإتفاقية الجزائرية السويدية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي، 04-431 المؤرخ في 29-12-2004 الذي ينضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر في 15-02- 2003، ج ر عدد 84، لسنة 2004.

[2]- أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 297.

نظرية إعمال السيادة، أو كانت النظم القضائية والقانونية للدولة المذكورة تخلو من طرق مضمونة لتحقيق الحماية القضائية[1].

ولأن ظروف القانون الداخلي والمحاكم الوطنية في الكثير من الدول وبخاصة الدول الراغبة في النمو قد لا توحي بالثقة للمستثمر الأجنبي إما بسبب وجود نظام قانوني غير كاف للوفاء بمتطلبات النظام الإقتصادي الدولي الجديد، أو لوجود إدارة غير منظمة أو لعوامل سياسية أخرى، وتماشيا مع طبيعة المعاملات الدولية الإقتصادية وما ينجم عنها من المشكلات الدولية التي أوجدتها الإنجازات العملية ومتطلبات التعاون الدولي وإتساع دائرة العلاقات الإقتصادية الدولية، الأمر الذي أدى إلى تجمع شعوب العالم في مؤسسات دولية محاولة بذلك إيجاد حلول لتلك المشكلات على المستوى الدولي[2].

فالمستثمر الأجنبي عموما يفضل أن تناط مهمة الفصل في المنازعات التي قد تثور بينه وبين الدولة بإحدى الوسائل القضائية الدولية، والعلة في ذلك أن هذه الوسائل تعد بحسب رأيه أكثر حيادية وإستقلالية من الوسائل الداخلية، لذا فإنها تلقى قبولا واسعا لدى المستثمرين والشركات الأجنبية وحيث أن الدول النامية تسعى إلى جذب رأس المال الأجنبي للإستثمار فيها بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية، فإنها تسمح باللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات الإستثمارية طالما أن تلك الوسائل لديها قدرا من الثقة والإطمئنان لدى المستثمر الأجنبي وتشجعه على مزاولة نشاطه التجاري في الدولة، ويرد النص على هذا السماح بصفة عامة في قوانين الإستثمار الوطنية، أو في عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمرين والشركات الأجنبية [3].

ففي حالة وقوع نزاع يلجأ المستثمر الأجنبي إلى دولته لطلب الحماية الدبلوماسية والتي تحيله إلى القضاء الدولي والمتمثل في محكمة العدل الدولية للمطالبة بحقوق رعاياها وقد نصت المادة 5/36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لفض المنازعات التي تنشأ بين أطرافها والتي تعتبر كأنها قد نصت على الإحالة إلى محكمة العدل الدولية، ومقر المحكمة الدولية هو لاهاي، وهي تعتبر فرع رئيسي للأمم المتحدة، ولا يمنع وجود محكمة العدل الدولية من وجود محاكم دولية أخرى تلجأ إليها الدول لحل منازعاتها[4].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 334.

[2]– طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 301.

[3]– دريد محمود السمرائي، المرجع السابق، ص 318.

[4]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص 258.

وعليه تنص المادة 34 من نظامها الأساسي لنظر المحكمة في النزاعات المرفوعة إليها بين الدول بين بعضها البعض فقط ولا تنظر في أية قضايا مرفوعة من الأفراد أو من أية هيئات عامة أو خاصة، ولا تنظر المحكمة في أية قضية أو نزاع مهما كانت أهميته أو خطورته من تلقاء نفسها، بل لابد أن يرفع إليها ومن الجهتين المتنازعتين معا، فهي لا تفصل في أية قضية يرفعها طرف بمفرده على طرف آخر[1].

بالإضافة إلى محكمة العدل الدولية توجد محاكم أخرى على المستوى الدولي كمحكمة التحكيم الدائمة التي أنشئت بموجب إتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الذي عقدت في لاهاي 29 جوان 1899، ثم أعيد النظر فيها في مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لاهاي في أكتوبر 1907، وهي لاتعتبر محكمة بالمعنى الفني الدقيق وإنما تعد مجرد هيئة ينتهي دورها فور الإنتهاء من الفصل في النزاع المعروض عليها[2].

بالإضافة إلى محكمة الإستثمار العربية التي أنشئت بموجب الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980، وتعد هذه المحكمة في الواقع جهازا مؤقتا يختص بتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام تلك الإتفاقية، وذلك إلى حين إنشاء محكمة العدل العربية وتجديد إختصاصاتها، وقد أصدرت الهيئة العربية لإتفاقية النظام الأساسي للمحكمة بتاريخ 1985/02/22 كما قامت الجمعية العامة للمحكمة بوضع لائحتها الإجرائية في 03/ 03/ 1986 وقد تم تشكيل المحكمة بمقتضى قرار المجلس الإقتصادي، وتعتبر محكمة الإستثمار العربية بمثابة هيئة قضاء وفتاوى، ففيما يتعلق بالقضاء فإنها تختص بالنظر فيما يعرضه عليها أحد طرفي الإستثمار من منازعات تتعلق بتطبيق أحكام الإتفاقية[3].

وعليه فإن الوسائل القضائية تعد أكثر نجاعة وفعالية لتسوية منازعات عقود الإستثمار الأجنبي مقارنة بالوسائل الودية نظرا لإلزامية أحكامها خصوصا منها الدولية، لأن المستثمر لا يثق في القضاء الوطني نظرا لحياده، بالإضافة إلى مبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة ومع كل هذا فالمستثمر الأجنبي يحبذ الوسائل التحكيمية لحل منازعاته.

---

[1]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، المرجع السابق، ص ص 258–259.

[2]– دريد محمود السمرائي، المرجع السابق، ص 323.

[3]– المرجع نفسه، ص ص 324–325.

المطلب الثاني:

الوسائل البديلة الودية لتسوية منازعات الإستثمار الخاصة بعقود الـBOT

من المعتاد أنه في حالة وقوع أي نزاع يبادر أطراف النزاع بعرضه أولا على الوسائل الودية لحله وهذا تفاديا للدخول في غمار المحاكم والتي تتطلب الوقت الكبير والأموال الطائلة، فالوسائل الودية أثبتت نجاعتها وفعاليتها في حل العديد من المشكلات التي يقع فيها أطراف التعاقد، لهذا سنتعرف على الوسائل الودية الغير تحاكمية لتسوية منازعات عقود البوت (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى مدى فعالية هذه الوسائل في حسم هذه المنازعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الوسائل الودية غير التحاكمية لتسوية منازعات عقود الـ BOT

إن الوسائل الودية هي أحد طرق حل منازعات الإستثمار بشكل عام والتي كفلها القانون حيث يلجأ إليها أطراف النزاع من أجل حل خلافاتهم بطريقة ودية بعيدا عن القضاء والتحكيم، التي تعد أحكامها ملزمة، وسنحاول التعرف على التفاوض (الفقرة الأولى)، والوساطة (الفقرة الثانية) الصلح أو التوفيق (الفقرة الثالثة)، والخبرة الفنية (الفقرة الرابعة)، والمحاكمات المصغرة ومجالس المطالبات (الفقرة الخامسة).

الفقرة الأولى:

التفاوض

إن التفاوض هو نوع من الحوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين بهدف الوصول إلى إتفاق بين المتفاوضين تحقيقا لمصلحة كل منهم بالقدر الممكن، ويذهب جانب من الفقه إلى أن التفاوض هو محاولة يقوم بها طرفين أو أكثر للوصول إلى إتفاق يخدم مصالح كل منهم ويؤدي إلى تغيير في الأوضاع القائمة لكل منهم، فهو وسيلة حوار تهدف إلى الإقناع[1].

ويلعب التفاوض دورا رئيسيا في إبرام العقود بصفة عامة، وتبدو أهميته وضرورته في العقود الدولية بصفة خاصة من عدة أوجه، فالتفاوض يحتل أهمية بالغة في عصرنا الحالي مع التطورات

[1]– عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص ص 34 – 35.

التي دخلت على إقتصاديات الدول وظهور العقود المركبة والمعقدة التي أنجرت عن مختلف التعاملات حيث أصبحت الكثير من العقود تتسم بالتعقيدات الفنية والقانونية[1].

وتتم المفازضات الخاصة بتسوية المنازعات الدولية من خلال الإتصالات والمناقشات وتبادل وجهات نظر الأطراف المعنية، والإستشارات المنظمة على المستوى الثنائي أو المتعدد الأطراف بغية التوصل إلى حل للنزاع يقبله الأطراف، وعليه يمكن أن تتم المفاوضات بصفة مباشرة بين أطراف النزاع سواء في إطار ثنائي أو متعدد الأطراف أو في إطار مؤتمر دولي أومنظمة دولية بطريقة غير مباشرة من خلال وساطة طرف ثالث سواء أكان شخصية ذات نفوذ وإعتبار لدى أطراف النزاع أم دولة أو منظمة دولية [2].

و للمفاوضات أهمية كبرى في حل المنازعات التي تنشأ في هذه العقود بحيث أنها تجنب الدولة اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الوطني، إذا ما توافر فيها الكوادر لممارستها حفاظا على المصالح الوطنية، والمال العام[3]، والتفاوض يتم من خلال عناصر أو إجراءات معينة تبدأ من خلال تحديد الإحتياجات والمطالب[4].

فيرى البعض ضرورة أن تكون المفاوضة في المقر المختار للمفاوض فيفضل أن يأتي إليه الطرف الآخر، كما يفضل الإحتفاظ بأكبر عدد من الأشخاص، على الأقل يوازي عدد أفراد الطرف الآخر، أخدين بناصية المنازعة وجوانبها المختلفة وعلى دراية وخبرة بهذا النوع من العقود وطبيعة المنازعات الخاصة وسماتها المميزة [5].

وتتنوع وتتفاوت الأساليب المتبعة في التفاوض بين الشدة والمرونة حسب ظروف الحال، من أجل الوصول للمبتغيات التي رسمها كل طرف لنفسه، وإن كانت هذه الطريقة تصلح في المفاواضات الأساسية إلا أنها تتنافى مع المبادلات التجارية التي تقتضي المرونة والثقة، والعلاقة المتناظرة بين

---

[1]– محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د ت، د ط، ص 28.

[2]– الخير قشي، المفاوضات بين الوسائل التحاكمية وغير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط الأولى 1999، لبنان، ص ص 18–19.

[3]– محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط 2003، لبنان، ص319.

[4]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص31.

[5]– محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص319.

أطرافها، ويعتبر الأسلوب المعتدل القائم على سياسة الأخذ والعطاء حيث يتم التنازل المتقابل من كل طرف عن جانب من طلباته أثناء التفاوض حتى يمكن الوصول إلى تسوية أو إتفاق، وبهذا يستمر التفاوض بين الأطراف من أجل تحقيق الأهداف المرجوة[1].

الفقرة الثانية:

الوساطة

يقصد بالوساطة لجوء طرفا عقد الـBOT إلى طرف ثالث لمساعدتهم في حل الخلاف بينهم والوصول إلى إتفاق يجنبهم الكثير من الجهد والوقت والنفقات إذا ما إتجهوا إلى التحكيم أو القضاء.[2]

وقد تناول المشرع الجزائري إجراء الوساطة كسبيل ودي لحل المنازعات بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 في المواد من 994 إلى 998 غير أنه لم يعرف الوساطة وترك ذلك للفقه والقضاء، فوضح النزاعات التي يمكن أن يعتمد فيه هذا الإجراء وكيفية تعيين الوسيط بموجب المادة 994 حيث يتكفل بتعيينه القاضي، كما أن الوساطة قد تمتد إلى كل النزاع أو إلى جزء منه المادة 995 أما عن المدة الزمنية التي يستغرقها حل النزاع عن طريق الوساطة فلا يتجاوز 3 أشهر، ويمكن تجديد هذه المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط وبعد موافقة الخصوم إذا إقتضت الضرورة ذلك بموجب المادة 996، كما أن الوسيط هو شخص طبيعي تتوفر فيه صفة حسن السلوك وبعض الصفات الأخرى التي حددتها المادة 998 من قانون 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

فالفكرة من وراء نظام الوساطة تكمن في تمكين الأطراف من الحديث إلى بعضهم البعض بطريقة تهدف إلى حل المشكلات التي نشبت، وإزالة سوء التفاهم حول النقاط التي ثارت بينهم[4]، وتمتاز الوساطة بأنها الطريق الذي يحفظ العلاقات الودية بين الأطراف، ويلجأ إليها الأطراف دون اللجوء إلى طريق التحكيم الذي يمتاز بطول إجراءاته وصعوبة إختيار المحكمين، وغالبا ما يتم اللجوء إلى القضاء لتنفيذ حكم المحكمين وتتم الوساطة عن طريق إختيار طرف ثالث محايد ومؤهل لمساعدة الأطراف في

[1]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 33 -34.

[2]- عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، المرجع سابق، ص 38.

[3]- المواد من 994 إلى 998، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[4]- محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 322.

تسوية المنازعات والوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف[1].

كما أن عملية الوساطة تختصر الوقت والجهد فأطول الوساطات لا تستغرق أشهرا قليلة، بينما تستغرق الدعاوى في ساحات المحاكم عدة سنوات، كما أن الوساطة تختصر النفقات والمصروفات حيث أنها لا تتطلب إلا مصروفات قليلة، إذا ما قورنت بنفقات التحكيم ومصروفات التقاضي[2].

كما أن الوساطة تتم كسائر الوسائل الودية لتسوية المنازعات دون اللجوء إلى القضاء، فهي توفر الوقت والجهد والنفقات لاسيما في منازعات العقود التي تتسم بتشابكها وتعقيدها، فضلا عن إرتفاع قيمة الحق المتنازع عليه، والوساطة هي وسيلة إختيارية في اللجوء إليها غير ملزمة للأطراف المتنازعة في صدد القرار الصادر عنها[3].

كما تكفل الوساطة قدرا من السرية والخصوصية أثناء القيام بها إذ يجب على الوسيط أن يحتفظ بقدر من السرية والحياد بين الأطراف، ويمنح للأطراف سلطة تسوية المنازعات، ويمكن الإتفاق على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات أثناء التعاقد، كما يمكن الإتفاق عليها عند نشوب النزاع، وقد تقيد بقيد زمني يقتضي إنجازها في وقت محدد، قبل اللجوء إلى القضاء[4]، فسير الوساطة يعتمد على الإتفاق بين الأطراف والوسيط، الأمر الذي يمكن من بيان الأمور التالية من خلال هذا الإتفاق:

– الأمور العلمية لسير عملية الوساطة، كالتاريخ والوقت والمكان وتعريف الشخص الذي سيقوم بالعملية والتكاليف إلى آخر ذلك.

– الإطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة، كالقانون الواجب التطبيق على الإتفاق والمحاكم وخلاف ذلك من المسائل القانونية.

– والجدير بالذكر أن شرط السرية يجب أن يذكر في إتفاق الوساطة، حيث يتعهد أطراف الإتفاق بأن يحفظوا الوساطة وإجراءاتها في إطار من السرية والكتمان.

ولعل هذا الإتفاق هو الذي يحدد كل الجوانب العلمية، من جوانب عملية تنظيمية وقانونية تكفل سير العملية بإنتظام ودون أي معوقات قد تخل بحق من حقوق الأطراف المتنازعة[5].

---

[1]– عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 38.

[2]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 202.

[3]– محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 322.

[4]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 202.

[5]– محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ص 322 – 323.

الفقرة الثالثة:

التوفيق أو المصالحة

على الرغم من تكريس المصالحة أو ما يسمى أيضا بالتوفيق ضمن النصوص القانونية الداخلية وكذا من خلال الإتفاقيات الدولية، واللوائح والنظم القانونية الدولية الجاري العمل بها من طرف مراكز التحكيم، إلا أنها لم تحضى بتعريف محدد ودقيق، وذلك لتجنب التصدي لها بالتعريف تاركة المجال مفتوح أمام الفقه والقضاء بشأن تعريفها[1].

فيعرف البعض التوفيق أو المصالحة بأنه: تسوية ودية لنزاع معين، والهدف من التوفيق هو منع اللجوء إلى المحاكم أيا ما كان نوعها، ويذهب جانب من الفقه المصري إلى أن التوفيق هو إجراء سابق على عملية التحكيم، وهذا الوضع كان موجودا في المدن اليونانية القديمة، فالتوفيق مرحلة تسبق غالبا التحكيم، وقديما في المدن الإغريقية كانت وظيفة المحكم تمر بمرحلتين متعاقبتين الأولى التوفيق والثانية التحكيم إذا فشلت عملية التوفيق[2].

وتعرف أيضا المصالحة أو التوفيق بأنه: أسلوب لحل نزاعات التجارة الدولية يقصد به إتفاق أطراف النزاع على إحالته لشخص ثالث يتفقون عليه للتوفيق بينهم في محاولة لحل النزاع وديا قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم، وتقوم به لجنة مكونة من شخصيات بارزة قصد تقديم إقتراحاتها لحل النزاع دون أن يكون لمقترحاتها صفة الإلزام بين الأطراف، كما تعرف المصالحة أيضا بأنها: وسيلة الهدف منها إحالة النزاع على لجنة مكونة من مختصين لبحث وتحليل للوقائع والمشاكل القانونية، وإعداد تقرير نهائي بذلك " وعرفت المصالحة أو التوفيق أيضا بأنها: أسلوب أو إجراء يرمي إلى التقريب بين وجهات النظر المتعارضة بقصد الوصول إلى حل وسط بين الأطراف وذلك عن طريق طرف ثالث يتميز بالحياد والإستقلال"[3].

كما يقصد بالتوفيق في عقود البوت " إختيار طرفي عقد الـBOT موفقا أو أكثر CONCILATOR يتصف بالحياد ليتولى وضع الحلول الوسط والبدائل المختلفة للمنازعات والخلافات التي تنشأ بين

---

[1]– أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 220.

[2]– خالد هشام، أولويات التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية والعربية دار الفكر الجامعي، د ط، الإسكندرية، 2004 ، ص 152.

[3]– أمينة بين عميور، المرجع السابق، ص 220.

الأطراف"، ومن الملاحظ أن العديد من الدول قد لجأت إلى هذا الطريق في حل المنازعات الناتجة عن إبرام عقود الـBOT، ومن هذه الدول بنجلاداش وبريطانيا وبعض دول أمريكا الجنوبية، وهونج كونج وذلك نظرا لفاعلية التوفيق في حل المنازعات الناتجة عن إبرام عقود الـBOT[1].

وقد أجاز المشرع الجزائري إلى إنتهاج الصلح أو التوفيق كوسيلة ودية لحل النزاع، فقد جعل للخصوم الحق في المبادرة بالصلح من تلقاء أنفسهم، كما أن للقاضي أن يبادر بالمصالحة لكن الأولوية رجحت للخصوم في حل النزاع بطريق ودي بعيدا عن القضاء وأحكامه الملزمة[2]، كما أن الصلح كإجراء ودي يمكن إنتهاجه في أي وقت من سريان الخصومة، لكنه قيد ذلك بأن القاضي هو الذي يتكفل بتحديد مكان وتوقيت الصلح.[3]

كما حث المشرع الجزائري على إنتهاج طريق المصالحة كوسيلة فعالة من وسائل التسوية الودية حيث جعل من المصالحة طريق للتسوبة الودية بعيدا عن القضاء[4].

والتوفيق أو الصلح قد يكون إختياريا عندما لا يكون هناك أي إلتزام على طرفي المنازعة باللجوء إلى التوفيق كوسيلة لحسم منازعاتهم، ويتم التوفيق في هذه الحالة بعيدا عن إشراف ورقابة القضاء وقد يكون التوفيق إجباريا إذا فرضه المشرع في بعض المنازعات نظرا لطبيعتها، حيث يكون لازما على طرفي المنازعة إنتهاج طريق التوفيق أولا قبل محاولة حله بوسيلة أخرى[5].

ويتم التوفيق بتدخل شخص من الغير يرتضيه الطرفان المتنازعين، بحيث يقوم ببذل جهد معين للحد من نطاق الخلاف بين المعنيين ومحاولة الوصول إلى إقتراح يرتضيه الطرفان، أو بعبارة أخرى فالتوفيق نظام بمقتضاه تقوم هيئة أو فرد يتم إختيارهما من قبل الأطراف بمهمة دراسة موضوع الخلاف بالتشاور المستمر مع الأطراف، والتعرف على مختلف وجهات النظر والعمل على الحد من إتساع الخلاف بينهما وتقريبهما، وإقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف، بما يكفل إستمرار التعامل بينهم، والتي تعرض عليهم ليأخذو بها أو يرفضوها[6].

---

[1]– عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص ص 41 –42.

[2]– المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08–09.

[3]– المواد 990 و04 و971 و991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08–09.

[4]– المادة 24 من قانون 16–09 المتعلق بترقية الإستثمار.

[5]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 303.

[6]– هشام خالد، المرجع سابق، ص 154.

ومما يؤكد على أهمية دور الموفق أن يكون الموفق متخصصا في نفس المجال الذي تدور فيه المنازعة على عقد الـBOT، وهنا يصبح الدور الذي يقوم به الموفق أكثر فاعلية وإثمارا لحل النزاع وإجبار طرفي عقد الـBOT على حسم المنازعة بينهم بطريق التوفيق[1].

وعندما يقوم الموفق بإنهاء مهمته بنجاح بين طرفي المنازعة في عقود الـBOT يتم توقيع إتفاق لإنهاء المنازعة بين طرفي العقد، وعندما يعجز الموفق عن إيجاد حل للمنازعة فلا يوجد ما يمنع من لجوء طرفي العقد إلى وسائل أخرى لحل النزاع مثل الخبرة الفنية[2].

و الغرض من التوفيق هو التوصل إلى تسوية ودية للنزاع بين الأطراف عن طريق إختيار موفق محايد يقدم إقتراحاته في النزاع، والموفق على خلاف الحكم أو القاضي لا يفصل في النزاع وإنما يقدم إقتراحات للأطراف بهدف مساعدتهم للوصول إلى تسوية ودية للنزاع[3].

الفقرة الرابعة:

الخبرة الفنية

تعرف الخبرة بأنها إستعانة القاضي العام في الدولة أو الخصوم في الدعوى القضائية بأشخاص مختصين في مسائل يفترض عدم إلمام القاضي بها، للتغلب على الصعوبات الفنية أو العملية التي تتعلق بوقائع النزاع، وذلك بالقيام بأبحاث فنية وعملية وإستخلاص النتائج في شكل غير ملزم للمحكمة أو للخصوم فهو يخضع لسلطته التقديرية [4].

ويجب أن يتم إختيار الخبير بمعرفة الأطراف أو عن طريق المركز الدولي للخبراء في حالة عدم إتفاق الأطراف على أنه إذا تبين عدم رغبة المركز الدولي للخبراء على إختيار خبير يقوم كل من الطرفين بإختيار خبير، ثم يقوم الخبيران بدورهما بإختيار الخبير الذي يتولى البث في النزاع [5].

ويتلخص دور الخبير في إبداء الرأي في مسألة فنية محل خلاف بين الطرفين، دون أن يكون مخولا للفصل في النزاع، وقد يلجأ إليه الطرفان قبل اللجوء إلى أية وسيلة أخرى لمعرفة رأيه في مسألة

---

[1]– عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 43.

[2]– المرجع نفسه، ص 44.

[3]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 203.

[4]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 65.

[5]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 300.

فنية وبناءً على التقرير الذي يعده يعرف كل طرف من أطراف النزاع بأبعاد المنازعة، ويتأكد من مركزه القانوني، وفي أغلب الأحيان قد يلجأ الطرفان لإختيار محكم خبير للفصل في النزاع كما في حالة وصف البضاعة أو بيان خصائصها، وفي هذه الحالة تكون الوساطة بواسطة خبير، وهنا تجتمع في الشخص الواحد صفتي الوسيط والخبير، أو لنقل أن الوسيط هنا هو الخبير[1].

وتلعب الخبرة دور واسع في الإثبات، فقد نصت مراكز التحكيم على حق المحتكمين والهيئة في طلب إجراء الخبرة الفنية لغايات تأييد وإثبات أي واقعة تتعلق بموضوع النزاع، مع تنظيم آلية طلب إجراء الخبرة [2]، وقد جاء ذلك بنص المادة 125 من قانون 08-09 « تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي ».[3]

الفقرة الخامسة:

المحاكمات المصغرة ومجالس المطالبات

وهي إحدى طرق التسوية الودية ويكون ذلك وفق نظامين المحاكمات المصغرة (أولا)، ومجالس مراجعة الطلبات (ثانيا).

أولا- المحاكمات المصغرة

يهدف هذا النظام إلى حل النزاع بأقل قدر من التعقيدات والمشاكل، والمقصود بهذا النظام أن النزاع يحال إلى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضوين يختار كل طرف من أطراف النزاع واحد منهم من كبار موظفيه في مستوى الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، ويتولى العضوان إختيار الرئيس، وإن لم يتفقا على تعيينه تعينه جهة محايدة مثل غرف التجارة أو مراكز التحكيم، وتقوم الهيئة المشكلة بإعداد مشروع التسوية وتقدمه للأطراف، وإذا لم يتمكن الأعضاء من التوصل إلى مشروع مقبول منهم يقوم الرئيس بتقديم موضوع من إعداده [4].

---

[1]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 229-230.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني – الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات الوساطة والتوفيق التحكيم المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط الثانية، 2009، الأردن، ص 82.

[3]- المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[4]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 307.

ثانيا- مجالس مراجعة الطلبات

يطبق هذا النظام غالبا في تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الإنشاءات، حيث ينشأ مجلس ثلاثي في بداية المشروع ويعين المقاول عضوا ويعين المالك العضو الآخر، ويختار العضوان العضو الثالث رئيسا للمجلس الثلاثي ويسلم لكل عضو صورة من عقد المقاولة وجداول تنفيذ ومحاضرات الإجتماع وتقارير سير العمل، ويقوم المجلس بمراجعة أي مطالب يقدمها المقاول أو أمر بتعديل يصدره المالك ويصدر بشأنها توصية غير ملزمة للأطراف[1].

وهذا النظام يتميز بأنه يسمح بنظر أي خلاف في بدايته، ويساعد الأطراف على حله في ضوء توصيات المجلس، وعلى الرغم من أن هذه الأحكام غير ملزمة للطرفين، إلا أنه يبين للطرفين حكم القانون إذا ما أصر على اللجوء إلى محاكم الدولة أو التحكيم، لذلك فهو يشكل دافعا قويا لكليهما أساسا واضحا للتفاوض للتوصل إلى حل ودي يرتضيانه بعد أن أضحى لكل منهما موقفه من الناحية القانونية[2].

الفرع الثاني:

فعالية الوسائل الودية في حسم منازعات عقود الـ BOT

تلعب الوسائل الودية في حل منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية دورا فعالا (الفقرة الأولى)، على إعتبار أنها خطوة أولى لحل النزاعات، ولهذا برزت من خلال مميزاتها، إلا أن هذا لا يعني أنها تخلو من بعض العيوب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

دور الوسائل الودية في حسم منازعات عقود الـ BOT

إن إرتباط عقود البوت بسياسة الإقتصاد الحر وتشجيع الإستثمار قد تدفع بالمتعاقدين إلى الإتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عنها بالطرق السلمية، دون اللجوء إلى القضاء نظرا لما يحتاجه هذا الطريق من وقت طويل وإجراءات معقدة قد تؤثر سلبا على مراحل تنفيذ المشروع، كما أن اللجوء إلى هذه الطرق يحافظ على العلاقات الودية التي قد تعكرها إجراءات التقاضي، هذه الوسائل لها أشكال

[1]- حمادة عبد الرازق حمادة، المرجع السابق، ص 128.

[2]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص ص 307-308.

عدة فقد يلجأ الأطراف إلى الخبرة أو المفاوضة أو الصلح أو الوساطة[1].

وهكذا فإن الوسائل البديلة تلعب دورا هاما في حسم منازعات عقود الإستثمار، من حيث كونها تعنى في النزاع بأسبابه أكثر من إعتنائها بجوانبه القانونية من ناحية، كما تستهدف التوصل إلى تسوية سريعة للنزاع وغير ملزمة لطرفيه بغير رضاهما من ناحية أخرى، إلا أنه مما يؤخذ على هذه الوسائل هو أن فاعليتها تعتمد بشكل حصري على رضاء الأطراف الذين لهم مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات أو القرارات التي يصدرها الموفق أو الوسيط، فهذه التوصيات لا تمثل أحكام المحاكم أو التحكيم وبالتالي لا يمكن الإعتراف بها كحكم صادر عن تلك المحاكم، وتبعا لذلك لا يمكن لأحد الأطراف أن يطلب من محاكم الدولة تنفيذ توصيات الموفق أو الوسيط أو أية توصيات أخرى تم الإتفاق عليها[2].

وقد يتفق الأطراف على أن يكون الإلتجاء إلى هذه الوسائل البديلة شرطا مسبقا قبل الإلتجاء إلى التحكيم أو القضاء، كما تهدف هذه الإجراءات في مجملها إلى تسوية المنازعات مع الإستمرار في تنفيذ العقد دون المساس بحقوق الأطراف طوال مدة التنفيذ، كما تستخدم هذه الوسائل البديلة ليس فقط بغرض تسوية المنازعات قبل الإلتجاء إلى التحكيم أو القضاء، بل قد يستخدمها الأطراف من الناحية الإستراتيجية كوسيلة لتقييم موقفهم القانوني في حالة الإلتجاء إلى التحكيم فقرار الموفق أو الخبير أو الوسيط قد يعطي إنطباعا عما يحكم به المحكم إذا تم إحالة النزاع إلى التحكيم[3].

لذلك غالبا ما يتم الدمج بين الوسائل البديلة وبين التحكيم أو القضاء، حيث تنص عقود عديدة على وسيلتين متدرجتين لحسم المنازعات باللجوء إلى الوسائل البديلة لحسم المنازعات كخطوة أولى ثم اللجوء إلى إجراءات المحاكم أو التحكيم كخطوة ثانية في حالة فشل الوسائل البديلة، وعندما يصل الأطراف إلى نقطة اللاعودة كإنهاء العقد من جانب أحد الأطراف على سبيل المثال، وعندما لا يتوقعون أية فائدة ترجى من إستمرار علاقاتهم في المستقبل، يصبح من غير المعقول لجوء الأطراف إلى الوسائل البديلة، فإنه في هذه الحالة ليس هناك بديل غير اللجوء إلى القضاء أو التحكيم في حال نص الأطراف على التحكيم في عقودهم[4]. والمنازعات بين مؤسسات الدولة المختصة بإمضاء العقود

---

[1]– عصام فرج الله محسن إبراهيم،.المرجع السابق، ص 61.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 324.

[3]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 297.

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ص 324–325.

مع شركة المشروع يجب أن تحل عن طريق المفاوضات الودية [1].

وقد ذكر المشرع الجزائري هذه الوسائل الودية في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فالمشرع الجزائري قد نص صراحة على اللجوء إلى تسوية النزاعات عن طريق الحلول الودية، لأن النزاع قد يعالج بهذه الوسائل ويصل إلى حل مناسب يرضي الطرفين ويوفر عليهما اللجوء إلى القضاء [2].

الفقرة الثانية:

مميزات وعيوب الوسائل الودية

يعتمد أسلوب التسوية الودية على سرعة إعماله دون حاجة إلى إتباع إجراءات معقدة، كما يتم إنجازه عن طريق أشخاص أو جهات يثق الأطراف في حيادهم وإمكانية التوصل إلى التسوية يكون عائدها التجاري في صالح أطراف النزاع، مما يجعلها أكثر قبولا لديها وهذه التسوية قد تكون بطريقة مباشرة بين أطراف العقد أنفسهم كالتفاوض، أو عن طريق تدخل شخص ثالث يقوم بإنهاء النزاع من خلال الطرق التي يختارها الأطراف مثل الوساطة والتوفيق والخبرة والمحاكمات المصغرة[3].

لذلك غالبا مايتم الدمج بين الوسائل البديلة وبين التحكيم أو القضاء، حيث تنص عقود عديدة على وسيلتين مدرجتين لفض المنازعات وهما اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات كخطوة أولى ثم اللجوء إلى إجراءات المحاكم أو التحكيم كخطوة ثانية في حالة فشل الوسائل الودية [4].

إلا أنه يعاب عليها في أنها لا تنتهي بقرار ملزم للأطراف مما يعني في حالة فشلها العودة إلى نقطة البداية مع خسارة الوقت الذي إستنفذته والمال الذي تم إنفاقه عليها[5].

أما من ناحية إستعمال الوسائل الودية كطريق لحل النزاعات المختلفة فهذا يعد حافزا ثانيا للطرفين، غير أن عدم إلزامية القرارات الصادرة عنها لأنها لا تمثل أحكام يمكن الإعتراف بها مثل الأحكام القضائية الأخرى يقلل من فاعليتها، ويجعل منها مجرد خطوة أولى يقوم بها أطراف النزاع قبل اللجوء للوسائل الأخرى القضائية أو التحكيمية.

---

[1] -M.Nguyen Dinh Al , op.cit , p 886.

[2]- المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[3]- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 185.

[4]- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 143.

[5]- المرجع نفسه، ص 144.

المطلب الثالث:

إعتماد التحكيم كقضاء خاص لتسوية منازعات عقود البوت

إن التحكيم هو أحد وسائل التسوية في منازعات الإستثمار تعتمده غالبية الدول في حل منازعاتها فهو وسيلة مرغوبة لتسوية النزاعات الإستثمارية، ويشجع المستثمرين الأجانب على جلب رؤوس أموالهم للإستثمار لأنه ضمان كاف وفعال لدى المستثمر الأجنبي الذي يبحث على الوسائل الكفيلة بحمايته في حالة وقوع نزاع بينه وبين الدولة المضيفة للإستثمار، وعليه سنحاول معرفة مفهوم التحكيم ومشروعيته (الفرع الأول)، وتنظيم إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على إتفاقاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم التحكيم ومشروعيته

يعد التحكيم أهم وسيلة لتسوية النزاعات في عقود التجارة الدولية وقد إعتمدته أغلبية الدول المستثمرة في حل المنازعات الناشئة عن الإستثمار بعد إستيفاء طرق التسوية الأخرى، ولهذا سنحاول البحث في تعريف التحكيم (الفقرة الأولى)، ومشروعية التحكيم ومبرراته (الفقرة الثانية)، وصور التحكيم (الفقرة الثالثة)، وأنماط التحكيم (الفقرة الرابعة)

الفقرة الأولى:

تعريف التحكيم

يعد التحكيم إحدى وسائل تسوية المنازعات بعيدا عن القضاء، ولهذا سنحاول تعريف التحكيم حسب أراء الفقهاء(أولا)، ثم نتطرق لتعريفه قضائيا (ثانيا) ثم نعرفه قانونيا (ثالثا).

أولا- التعريف الفقهي للتحكيم

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن التحكيم هو منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطان القانون لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة قضائية[1]، كما عرف بعض الفقه التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT بأنه "إتفاق أطراف إتفاقية المشروع أو عقد

[1]- عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 31.

الإلتزام في مشروع الBOT وهما جهة الإدارة وشركة المشروع أو المستثمر شخص طبيعي أو معنوي وطني أو أجنبي من جهة ثانية، على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو التي يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة تنفيذ إتفاقية المشروع أو عقد الإلتزام" [1].

وقد ذهب الأستاذ Ren David في كتابه الشهير' التحكيم في التجارة الدولة ' بقوله " هو تفنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل إهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر محكم أو أكثر يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة"، أما الأستاذ FOUCHARD PHILIPPE فقد عرفه بأنه " إتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه"، وعرفه الأستاذان MOREAU- ROBERT بأنه " نظام للقضاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعة من القضاء العادي ليتم الفصل فيها من أفراد يكتسبون مهمة القضاء فيها" [2].

أما فقه القانون الوضعي المقارن فقد عرف التحكيم بأنه " الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbitres ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه، وقد يكون الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته، ويسمى عندئذ مشاطرة التحكيم Compromis وقد يتفقوا ذوو الشأن مقدما، وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على المحكمين ويسمى الإتفاق عندئذ شرط التحكيم Claux compromissoure"، كما عرفه جانب آخر من فقه القانون الوضعي المقارن بأنه " الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بدلا من الطريق القضائي العام"[3].

كما أن الفقيه Baty يرى أن التحكيم هو الحكم وفقا لمبادئ العدالة، والقضاء هو الحكم وفقا للقانون بمفهومه الدقيق، أي الفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الوضعي[4].

و عرفه بعض الفقه بأنه " الإتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة " [5].

---

[1]– وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص ص 206 – 207.

[2]– حسان نوفل، المرجع السابق، ص 16.

[3]– محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره الصلح، الوكالة، الخبرة،المكتب العربي الحديث، د ط، الإسكندرية 2009، ص ص 36 – 37.

[4]– أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ط، الجزائر، 2005، ص 85.

[5]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ط، الجزائر، 2012، ص 16.

ثانيا- التعريف القضائي للتحكيم

أما القضاء فقد توصل إلى تعريف التحكيم بأنه طريق إستثنائي لفحص الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وبالتالي فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة الأطراف[1].

كما عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه: " طريق لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"، كما ذهبت المحكمة في حكم آخر إلى أن التحكيم " يعد طريق إستثنائي لفض الخصومات وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات فهو يكون مقصورا حتما على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم" [2].

كما أن الجمعية العمومية لقسمي الفتاوى والتشريع بمجلس الدولة أقرت أن التحكيم هو " الإتفاق على عرض النزاع أمام محكمة أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم " [3].

ثالثا- التعريف القانوني للتحكيم

أما عن القانون فأقرت المادة 1492 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه، يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، وذهبت المادة 442 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد إلى أن شرط التحكيم هو إتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم[4].

ويعود الفضل إلى القضاء الفرنسي الذي ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وأول قرار إهتم بهذا الموضوع هو قرار Myrtoon-Steamship [5].

---

[1]- حسان نوفل، المرجع السابق، ص 17.

[2]- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي – دراسة مقارنة –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط الثانية 2015، مصر، ص 24.

[3]-عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 32.

[4]- المرجع نفسه، ص 31.

[5] - Alliouch Kerboua Meziani Naima , L'Arbitrage commercial international en Algérie , Office des Publications Universitaires ,2010 , p 10.

كما عرف المشرع الفرنسي التحكيم في المادة الأولى من القانون رقم 42[1] لسنة 1993 بشأن التحكيم بأنه: « إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى إتفاق تحكيم »، أما المشرع المصري فلم يعرف التحكيم بشكل صريح لكن ما أورده يحمل هذا المعنى حيث نص في المادة 10 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن إتفاق التحكيم هو:«إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية»[2].

وأعطى المشرع الجزائري في قانون الإستثمار 16-09 في مادته 24 الفرصة لأطراف النزاع اللجوء إلى طرق أخرى للتسوية خلافا للقاعدة العامة التي تقتضي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة، ولكن هذا بصفة إستثنائية، فالأصل إذا حدث نزاع بين الأطراف المتعاقدة لابد أولا اللجوء إلى القضاء الوطني، وفي حالة عدم جدوى القضاء الوطني يتم اللجوء إلى الوسائل الأخرى التي حددتها المادة 24 أو بإتفاق الأطراف على حل النزاع بطرق أخرى، هذه الطرق تتمثل في طرق التسوية الودية أو اللجوء إلى التحكيم، وقد حددت المادة 1039[3] من ق إ م إ ج على نوعية التحكيم حيث نصت على:« يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل.»، فالتحكيم حسب هذا النص يكون دوليا إذا إرتبط بالمصالح الإقتصادية لدولتين.

إن هذا التعريف لتحكيم الدولي تضمن معيارا واحدا وهو المعيار الإقتصادي مقارنة بالتعريف الذي تضمنه المرسوم التشريعي 93-09 الذي تضمن إلى جانب المعيار الإقتصادي معيارا آخر قانوني[4] وأضافت المادة 1006[5] في فقرتها الثالثة بعدم جواز أن تطلب الأشخاص المعنوية العامة التحكيم إلا إذا تعلق الأمر بالعلاقات الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، وهذا ما يوحي إلى أن إمكانية اللجوء إلى التحكيم مباشرة، وإستبعاد الطرق القضائية لتسوية المنازعات

[1] - loi n 93-42 du 26 avril 1993 portant promulgation du code darbitrage sur site https://www.newyorkconvention.org

– تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 06 أكتوبر 2020 على الساعة 12:30 مساء.

[2]– قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم المصري، منشور على الموقع الإلكتروني:

http://www.e-lawyerassistance.com تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 6 مارس 2020 على الساعة 14:20 مساءً.

[3]–المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

[4] - Alliouch Kerboua - Meziani Naima , op.cit , p 15.

[5]–المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

الإستثمارية، مما يفسح المجال أمام المستثمرين الأجانب للإستثمار في الجزائر، دون أي تخوفات من تطبيق مبدآ السيادة الذي يحيل إلى التقاضي عبر الوسائل القضائية الداخلية في حالة قيام نزاع بين الأطراف المتعاقدة.

فالتحكيم يشكل أحد المظاهر الأساسية والهامة في تشجيع القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي بالدخول في شراكة مع الدولة وجماعاتها العامة، ونتيجة لذلك يصبح التحكيم مؤشرا للدلالة على نجاح أو فشل سياسة الشخص المعنوي العام في إطار تقنية تفويض المرافق العامة، فالمستثمر الذي غالبا ما يكون أجنبيا يشترط قبل الدخول في علاقة مع الشخص المعنوي العام، أن يتم إدراج بند تحكيمي أو إعداد إتفاق تحكيمي وذلك للمنافع التي يوفرها التحكيم[1].

من كل ما تقدم نخلص إلى أن التحكيم يجب أن تتوافر فيه عدة معطيات:

1- أن يكون مدرج ضمن قوانين الدولة المضيفة للإستثمار، أو ضمن الإتفاقيات التي تبرم بين الدول

2- أن لا يكون حل النزاع بقانون مخالف لتشريعات بلد طرفي النزاع.

3-أن لا يكون أحد أعضاء هيئة التحكيم من رعايا طرفي النزاع.

الفقرة الثانية:

مشروعية التحكيم ومبرراته

إن القضاء الوطني للدولة المتعاقدة وأيا ما كانت المزايا التي يتمتع بها من إستقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرف فيها مع متعاقد أجنبي، وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الإقتصادية أو الإجتماعية وبسيادة الدولة[2].

وتضهر دوافع الطرف الأجنبي المستثمر في الإصرار على التحكيم نظرا لأن الطرف الآخر في عقد الـBOT غالبا ما يكون أجنبي، فإن ثقته في حيدة القضاء الوطني وعدالة القانون الداخلي غالبا ما

[1]- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 616.

[2]- حفيضة السيد حداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية 2001، الإسكندرية، د ط، ص ص 6-7.

تكون منعدمة، لذا فإنه يشترط أن تتم تسوية منازعات هذا العقد عن طريق التحكيم نظرا لما يتسم به من سرعة تتوافق مع الطبيعة الزمنية لتلك العقود، وتوافق الدولة المضيفة على هذا الشرط رغبة منها في تشجيع الإستثمارات الأجنبية على الدخول في مشروعات لن تستطيع هي القيام بها نظرا لضعف إمكانياتها المادية أو التقنية، إضافة إلى أن التحكيم ليس فيه إعتداء أو إنتقاص من السيادة الوطنية[1].

ولأن عقود الـBOT مثلها مثل أي عقود إستثمار أخرى يأتي فيها التحكيم على صورتين إما أن يذكر شرط التحكيم ضمن بنود العقد أو يتم الإتفاق عليه بعد حدوث النزاع، وهذا ما يسمى بمشارطة التحكيم[2].

فالمستثمر الأجنبي يحبذ التقاضي بواسطة التحكيم لأنه يعتبره وسيلة فعالة لحل النزاعات الناشئة بينه وبين السلطة المتعاقدة بما أنه طرف أجنبي عن الدولة المضيفة، أما قانون الدولة فيضع إجراءات أخرى لابد من إتباعها ولايعتبر التحكيم هو الوسيلة الوحيدة، بل يمكنه إتباع الطرق السلمية أولا في حل النزاع، ثم الخضوع للمحاكم الوطنية للدولة المضيفة وبعدها قد يلجأ إلى التحكيم إذا إقتدت الضرورة إلى ذلك أو نص بند إتفاقي على ذلك.

الفقرة الثالثة:

صور التحكيم

تتعدد وتختلف صور التحكيم بحسب الغاية منها، فيمكن أن تكون شرط تحكيم (أولا)، ويمكن أن تكون مشارطة تحكيم (ثانيا)، ويمكن أن تكون شرط التحكيم بالإحالة (ثالثا).

أولا – شرط التحكيم

ويقصد به أن يتفق الأطراف على شرط بمقتضاه يلتزم الأطراف بإخضاع منازعاتهم التي قد تنشأ بينهم مستقبلا عن العقد المبرم بينهم إلى التحكيم، ويتبين عن ذلك أن شرط التحكيم يتم الإتفاق عليه بين الأطراف قبل حدوث النزاع، وهو يأتي كشرط من شروط العقد، إلا أن هذا لا يمنع من أن يرد شرط التحكيم مستقلا عن العقد، وذلك كأن يبرم العقد أصلا خالي من هذا الشرط، ثم يتفق الأطراف عليه بعد ذلك من غير أن يكون هناك ثمة نزاع نشأ بينهم[3].

---

[1]– عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، 2014 . د ط، ص 158.

[2]– عصام فرج الله محسن إبراهيم، المرجع السابق، ص 81.

[3]– طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص ص 472 – 473.

وقد عرفت المادة 1007 من ق إ م إ الجزائري شرط التحكيم بأنه: « شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ».[1]

وأضافت المادة 1008 [2] من ق إ م إ 08-09 في فقرتها الأولى بأن شرط التحكيم يمكن أن يثبت في العقد الأصلي، كما يمكن أن يلحق بالعقد الأصلي في وثيقة أخرى تكون منفصلة عن العقد الأصلي وتابعة له، فيتم إتفاق كل من الجهة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي على إيراد هذا البند بالنص على إحالة ما ينشأ من نزاع مستقبلي بين الطرفين إلى التحكيم.

ثانيا- مشارطة التحكيم

مشارطة التحكيم هي إتفاق يتم بين الأطراف على تسوية نزاع قد نشأ بينهم بالفعل وذلك عن طريق التحكيم، وتختلف مشارطة التحكيم بهذا المعنى عن شرط التحكيم، فإذا كان هذا الأخير يتم الإتفاق عليه قبل قيام النزاع، ويأتي في الغالب كشرط من شروط العقد أو قد يأتي أحيانا مستقلا عنه فإن المشاطرة يتم الإتفاق عليها بعد قيام النزاع وفي إتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، ولا يتم اللجوء إلى مشارطة التحكيم إلا إذا خلا العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف من شرط التحكيم، فإذا وجد هذا الأخير فإنه يغني عن تحرير تلك المشارطة [3].

ثالثا- شرط التحكيم بالإحالة

يقصد بهذا الشرط إشارة المتعاقدين في عقد من عقود الإستثمار أو في الإتفاق المبرم بينهم إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وإعتبارها جزء لا يتجزا من العقد، ويقتضي شرط التحكيم بالإحالة أن العقد الأساسي الذي أبرم بين المتعاقدين قد جاء خاليا من شرط التحكيم العادي وتتجه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بالشروط العامة أو العقود النموذجية لتنظيم وتكملة ماورد بالعقد من أحكام، سواء جاءت بالإحالة إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية أو أية وثيقة أخرى، ويشترط في شرط التحكيم بالإحالة وجود صلة أو إرتباط بين العقد المتضمن للإحالة والوثيقة المحال إليها[4].

---

[1]-المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

[2]- المادة 1008 ق إ م إ 08-09 « يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية، أو في الوثيقة التي تستند إليها ».

[3]- طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 475.

[4]- المرجع نفسه، ص 476.

الفقرة الرابعة:

أنماط التحكيم

يتسم التحكيم بتعدده وتنوعه ونذكر من هذه الأنواع مايلي:

أولا- التحكيم الإختياري

إن التحكيم في الأصل يكون إختياريا بمعنى أنه يتم بإرادة أطراف النزاع الحرة[1]، حيث يلجأ الأطراف المتعاقدين بسلطان إرادتهم الحرة المختارة بموجب الإتفاق المسبق الذي تم بينهم إلى التحكيم حيث يختارون المحكمين، وكذلك القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم، وللتحكيم الإختياري شرطان أساسين يقوم عليهما هما الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، ويتحقق ذلك متى كان لأطراف النزاع حرية اللجوء إما إلى القضاء أو إلى التحكيم، غير أنهم إختاروا اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة[2].

ثانيا- التحكيم الحر

ويطلق عليه أيضا بتحكيم الحالات الخاصة، وهو ذلك التحكيم الذي تنعقد فيه المحكمة لحسم نزاع محدد، أي حالات فردية ثم تنقضي بعدها، فبحسب طبيعته يتولى الأطراف تنظيم عملية التحكيم إلى صدور حكم التحكيم، فهم الذين يتولون إبرام إتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع وبعده، ويختارون أعضاء هيئة التحكيم أو طريقة تعيينهم، ويحددون زمان ومكان ولغة التحكيم والقواعد الإجرائية التي تنظم الخصومة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإذا صدر حكم التحكيم إنتهت مهمة التحكيم وإنفض الأطراف والمحكمون إلى حال سبيلهم[3].

ثالثا -التحكيم المؤسسي

ويطلق عليه أيضا التحكيم النظامي أو اللائحي الذي يتم من خلال هيئات أو لجان أو مراكز منظمة دائمة تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفق الإجراءات واللوائح الخاصة بها، أو التي نص

---

[1]- محمد شعبان إمام السيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2014، ص 79.

[2]- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 32.

[3]- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص 30.

عليها القانون[1]، وقد تم الإعتراف بالتحكيم المؤسسي في التشريعات الوطنية والدولية بموجب إتفاقيات دولية وإقليمية كإتفاقية نيويورك[2] 1958/06/10 الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، وقد نصت المادة 1 فقرة 2 على أنه: « يقصد بقرار التحكيم ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين معينين لحالة محددة بل أيضا القرارات التي تصدرها أجهزة التحكيم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف »، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 1041 من ق إ م إ فقرة 1 على أنه: « يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم »[3]، وهناك العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة والمتواجدة في بعض الدول المعروفة لدى المتعاملين الإقتصاديين ورجال الأعمال والمستثمرين نذكر منها:

- غرفة التجارة الدولية بباريس.

- المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الذي نشأ بموجب إتفاقية واشنطن المبرمة سنة 1965 الخاص بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[4].

رابعا-التحكيم التجاري الدولي

تم العمل بالتحكيم التجاري الدولي بمقتضى الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961، وكذلك بموجب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية **الأنسيترال** الصادر في 21 يونيو 1985، ليكون نموذجا تستعين به الدول عند إصدار تشريعاتها التي تنظم التحكيم التجاري، بهدف الوصول إلى تواجد دولي لأحكام وقواعد هذا النوع من التحكيم[5].

خامسا- التحكيم بالقانون

التحكيم طبقا لقواعد القانون هو التحكيم الذي يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند

---

[1]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 478.

[2]-أنظر إتفاقية الإعتراف بقررات التحكيم الأجنبي وتنفيذها، نيويورك1958، الأمم المتحدة فينا 2015، نص الإتفاقية على الموقع الإلكتروني: https://uncitral.un.org ورد عن منى بوختالة، المرجع السابق ص31-32، تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 06 أفريل 2020، على الساعة 23: 15 مساءً.

[3]- المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

[4]- منى بوختالة، المرجع السابق، ص ص 31 - 32.

[5]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 9.

الفصل في النزاع المطروح عليهم[1]، فالأصل أن يتولى المحكمون الفصل في النزاع طبقا لقانون الإرادة بمعنى أن يتم تطبيق القانون الذي إتفق عليه الأطراف، سواء أكان قانونا وطنيا أو غير وطني[2].

فالمحكم في التحكيم بالقانون يكون ملزما بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم من خلاله في النزاع، وكما يمكن أن يكون هذا القانون موحدا لسائر مراحل عملية التحكيم، فإنه يجوز أن يتم إخضاع كل مرحلة لقانون مختلف وذلك حسب إرادة المحكمين[3].

سادسا- التحكيم مع التفويض بالصلح

وهذا النوع يتم بإتفاق الأطراف صراحة بتخويل المحكم صراحة سلطة الفصل في النزاع، وفقا لمبادئ العدالة، دون التقيد بقواعد القانون وبهذا يتمتع المحكم بحرية كاملة في إستخلاص الحلول من العدالة أو المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف الدولية [4].

الفرع الثاني:

تنظيم إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على إتفاقاته

للتحكيم كقضاء خاص إجراءات خاصة تميزه عن باقي وسائل التسوية الأخرى، هذه الإجراءات التي توضع بناءا على معطيات التحكيم، مما يؤدي إلى تنظيم إجراءات التحكيم (الفقرة الأولى)، إضافة إلى إعتماد قانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه (الفقرة الثاني).

الفقرة الأولى:

تنظيم إجراءات التحكيم

تأخذ عملية تنظيم إجراءات التحكيم أحد المنهجين إما أن تنظم بإرادة الطرفين (أولا)، وإما أن يتخلى طرفي العلاقة عن تنظيم هذه الإجراءات (ثانيا)، ولهذا علينا التعرف على هذه الإجراءات (ثالثا).

---

[1]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 262.

[2]- محمد شعبان إمام السيد، المرجع السابق، ص 80.

[3]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 67.

[4]- محمد شعبان إمام السيد، المرجع السابق، ص 80.

أولا – تنظيم إجراءات التحكيم إعمالا بمبدأ الإرادة

إن تشكيل الهيئة التحكيمية أو التنصيص على طريقة تعيينها ركن جوهري في إتفاق التحكيم لا يتصور قيامه بدونه، ويقصد بتشكيل هيئة التحكيم تحديد عدد المحكمين الذين ستتكون منهم هذه الهيئة والتي ستشرف على حل النزاع[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 1008[2] فقرة 02 من ق إ م إ بقولها: « يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم» كما أشارت المادة 1012 فقرة 1 من نفس القانون على محتويات إتفاق التحكيم والتي تتمثل في الإشارة إلى موضوع النزاع وأسماء المحكمين وطريقة تعيينهم، وحددت المادة 1017 من نفس القانون أيضا عدد المحكمين الذين يشكلون محكمة التحكيم بقولها: « تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي».[3]

ولا تتوقف حرية الأطراف في التحكيم التجاري عند مجرد إتفاقهم على إختيار هذه المؤسسة لحل نزاعاتهم أو عند مجرد تشكيل الهيئة التحكيمية التي ستتولى النظر في النزاع التحكيمي، وإنما يمتد مبدأ سلطان إرادة الأطراف إلى المراحل الأخرى للعملية التحكيمية، ويخترق معظم إجراءاته فبدون هذه الإرادة يصبح نظام التحكيم في حالة جمود وسكون، فسيادة مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم العملية التحكيمية من أبرز ركائز التحكيم التجاري لاسيما التحكيم الحر، ومن أهم الضمانات المخولة للمستثمرين وذلك قصد تشجيعهم على الإستثمار[4].

ففي ظل غياب تنظيم قانوني موحد للتحكيم التجاري الدولي، فإنه في الغالب تخضع عملية تحديده وتنظيمه إجرائيا لقانون الإرادة الذاتية والتي سحبت الإختصاص بنظر النزاع من يد القضاء الوطني للدولة المضيفة للإستثمار، وعلى الرغم من إسناد التنظيم الإجرائي إلى الإرادة الذاتية لأطراف النزاع إلا أن عملية التنظيم هذه مقيدة بنصوص القانون الإجرائي في الدولة مكان التحكيم وكذا بقواعد النظام العام خاصة إذا ما كان التحكيم خاصا أو حرا، كما أن لأطراف النزاع الحرية المطلقة بالرجوع إلى مؤسسة أو مركز تحكيمي لتحديد الإجراءات حسب اللوائح أو النظام المعتمد من قبل المركز أو

---

[1]– إبراهيم العسري، ضمانات التحكيم التجاري –دراسة مقارنة –، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، وجدة جامعة محمد الأول، المغرب، 2015–2016، ص 35.

[2]– المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08–09.

[3]– المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08–09..

[4]– إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص 42.

المؤسسة التحكيمية وهذا إذا ما كان التحكيم مؤسساتيا[1].

فالمشرع الجزائري أعطى كامل الإرادة للأفراد بشأن الإجراءات الواجب إتباعها في النزاع، فيمكن أن تدرج في إتفاقية التحكيم السابق إنشاءها مباشرة، أو أن يكون هناك نظام تحكيمي مستوحى من قانون الدولة المضيفة، أو نظم تحكيمية مختلفة تنظم هذه الإجراءات، أو أن يقوم الأطراف بتحديده في إجراءات إتفاقية التحكيم، وهذا يعني أن المشرع أعطى مطلق الحرية لأطراف النزاع لتحديد الإجراءات التي يرونها مناسبة لفض النزاع.[2]

كما أن مختلف الإتفاقات الدولية التي تنظم التحكيم جعلت من حرية الأطراف أساسا لتحديد مسألة الإجراءات، وعلى ذلك فقد أقرت إتفاقية نيويورك لسنة 1958[3] من خلال المادة الخامسة بوجوب الرجوع إلى قانون الإرادة وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة الخامسة، وعند تخلف الإرادة الصريحة بخصوص تحديد الإجراءات التحكيمية تطبق تلك المعمول بها في دولة المقر أو مكان التحكيم، ويستوي الأمر بالنسبة لإتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الإستثمارات حيث أقرت بذات الحكم من خلال نص المادة 42 الفقرة الأولى، كما إتجهت كذلك إلى تكريس حرية الأطراف في إختيار التنظيم الإجرائي المناسب لها كل من قواعد الأونستيرال[4] من خلال المادة 33 وكذا قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[5].

كما وقد أقر القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في 12 جوان 1985 مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف حيث نص في المادة 19 منه على أن

---

[1]– أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 351.

[2]– المادة 1043 من قانون إ م إ ج 08–09:« يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستنادا إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم.....».

[3]- إتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نيويورك 1958، باللغة العربية على الموقع الإلكتروني : https://uncitral.un.org ورد عن أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 353، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 05 ماي 2020 على الساعة 20:00 مساءً.

[4]–قانون الاونيسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي أعتمدت في عام 2006، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي منشورات الأمم المتحدة متواجد باللغة العربية، على الموقع الإلكتروني:
uncitral.un.org.texts modellaw.
ورد عن أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 353، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 05 ماي 2020 على الساعة 21:00 مساءً.

[5]– أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 353.

يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم [1].

ثانيا – حرية تخلي أطراف النزاع عن مبدأ الإرادة لتنظيم إجراءات التحكيم

قد يكون من الأهمية أن تعود مسألة تحديد إجراءات التحكيم إلى المحكم أو هيئة التحكيم بالنظر إلى ما يتمتع به هؤلاء من خبرة تنتج عن طبيعة مهمتهم القضائية، والتي تعودوا القيام بها وذلك متى لم يتمكن أطراف النزاع من خلال إتفاق التحكيم من وضع وإختيار القواعد الإجرائية المناسبة للفصل في نزاعهم وإنهائه، كما لم يتمكنوا من وضع قواعد إجرائية محددة بناءا على قانون وطني معين أو لائحة تحكيم معينة[2].

وينبغي أن تتوافر في إتفاقية التحكيم مهما كانت صورتها المتطلبات الأساسية التي تشترطها القواعد العامة الواجبة التطبيق على العقود، فيما يتعلق برضا الأطراف بإسناد تسوية النزاع إلى هيئة تحكيم، إذ ينبغي أن تتجه إرادة الأطراف إلى إخراج النزاع من إختصاص القضاء العام للدولة وإسناده إلى محكم أو أكثر للفصل فيه وتحديد إجراءاته[3].

إن منح المحكم أو هيئة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في عملية التحكيم، أيا كان مصدر هذه الإجراءات، يمنح للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة تتعلق بإختيار الأشكال الإجرائية التي يتقرر إتباعها في بداية الإجراءات المتعلقة بتفصيلات الخطة الإجرائية الواجب إتباعها للفصل في النزاع، كما يمنح لهؤلاء المحكمين سلطة أخرى وهي سلطة فعلية تمارس أثناء سير إجراءات الخصومة، غير أن هذه السلطة تبقى مقيدة بشرط عدم التعارض مع مبادئ التقاضي، خاصة مبدأ حقوق الدفاع وضمانات التقاضي وإحترام قواعد النظام العام [4].

وحرية أطراف النزاع إسناد مهمة إختيار إجراءات التحكيم لهيئة تحكيم للفصل في النزاع مبدأ أقرته غالبية التشريعات الوطنية والأنظمة التحكيمية الدولية كالمشرع الجزائري، وذلك إما بوضع أنظمة

---

[1]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 246.

[2]– أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 353.

[3]– نور الدين بوصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة منتوري قسنطينة،كلية الحقوق، 2010–2011، ص 57.

[4]– أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص ص 353–354.

من إختيارها أو باللجوء إلى القوانين المعمول بها دوليا [1].

وقد إتجه المشرع الجزائري نحو إستقلال إجراءات التحكيم إتجاه القانون الوطني وكذلك القوانين الوطنية للدول الأخرى، وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 1043 من ق إ م إج[2] بقوله: «... إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام تحكيم ».[3]

ويستفاد مما سبق أن مبدأ إختيار المحكم أو هيئة التحكيم لإجراءات التحكيم المناسبة للفصل في النزاع، لا يمكن تجسيده إلا بعد تنازل الأطراف المتنازعة صراحة أو ضمنا، وبإرادة كاملة عن حقها في إختيار القواعد الإجرائية المناسبة لحسم نزاعهم [4].

ومع ذلك فإن موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958 خالف غيره من الإتفاقيات، حيث رفض الإعتراف بكل قرار تحكيمي صادر وفق إجراءات لم يوافق عليها الأطراف صراحة أو ضمنا، وتأخذ حكما آخر في حالة غياب إرادة الأطراف في إختيار الإجراءات التحكيمية، أين تنص على تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في دولة مقر التحكيم.[5]

ثالثا- إجراءات التحكيم

يعد التحكيم بصفة عامة من أهم طرق فض المنازعات سواء على المستوى المحلي أو الإقليمي أو الدولي، وذلك لما يتميز به من مزايا عديدة، حيث لا يسمح لأطراف النزاع بتصميم ووضع إجراءات التسوية بما يناسبهم فضلا عن إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم [6].

وتبدأ إجراءات التحكيم بتقديم طالب التحكيم طلبا مكتوبا إلى الأمين العام لمركز التحكيم مشتملا على إسم الطالب وصفته وجنسيته وعنوانه، وإسم المطلوب التحكيم ضده ولغته وصفته وجنسيته وعنوانه وبيان النزاع ووقائعه وأدلته وطلباته، وإسم من وقع عليه الإختيار من المحكمين إن شاء ذلك طالب التحكيم، مع إرفاقه نسخة من إتفاق التحكيم والمستندات المتعلقة بالنزاع، ويتم التأكد من ذلك

---

[1] - Alliouch Kerboua - Meziani Naima , op.cit, p 46

[2]- أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 354.

[3]- المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

[4] -Alliouch Kerboua - Meziani Naima, op.cit, p 46.

[5]- أمينة بن عميور، المرجع السابق، ص 355.

[6]- عصام فرج الله محسن إبراهيم،،المرجع السابق، ص 80.

بواسطة الأمين العام، وعند عدم إكتمال أي منها يتم إخطار طالب التحكيم بإستيفائها[1].

وللأطراف الحرية الكاملة في إختيار مكان إنعقاد الهيئة، ويرى البعض أن القانون الذي يحكم المنازعة يكون مكان التحكيم إذا خلا العقد من الإشارة إلى ذلك، وهناك مذاهب مختلفة تحكم تحديد المكان الذي سيجري فيه التحكيم، فقد يكون في أراضي الدولة المتعاقدة، وقد يكون في دولة أجنبية وقد يترك الأمر لتحديد مكان ثالث[2].

ويكون بمقدور أطراف العقد إختيار هيئة التحكيم إذا كانوا قد نصوا في العقد على تحكيم معين أو مركز تحكيمي معين، وتتشكل هيئة التحكيم في هذه الحالة من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد وترا وإلا وقع التحكيم باطلا، ويجب أن يكون المحكم كامل الأهلية متمتعا بالحقوق المدنية وغير محروم منها بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة، أو بسبب شهر إفلاسه مالم يكن قد رد إليه إعتباره[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 1041 في فقرتها الأولى من ق إ م إ ج بقوله:« يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم...».

فإذا لم يتفق الأطراف على تعيين المحكمين أو كان هناك صعوبة في تعينهم أو عزلهم أو إستبدالهم يمكن للأطراف القيام بما يلي:

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة بالتحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وهنا تم إستبعاد إرادة الأطراف في تعيين المحكميين، فقد أعطى المشرع الجزائري الحلول لإختيار المحكمين في ظل غياب إرادة الأطراف في ذلك.[4]

أما عن مكان إجراء التحكيم فقد أعطى المشرع الجزائري للأطراف الحرية في إختيار مكان الفصل قي المنازعة كأصل، وفي حالة عدم إتفاق الأطراف على مكان حل النزاع فإن الإختصاص

---

[1]- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 358.

[2]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 246 – 247.

[3]- طارق عبد الرازق العدساني، المرجع السبق، ص 275.

[4]- المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

يعود إلى المحكمة التي وقع في دائرة إختصاصها إبرام العقد أو مكان التنفيذ.[1]

وبالنسبة للغة التحكيم فللأطراف أيضا الحق في تحديد اللغة التي تستخدم في التحكيم، فإذا لم يتفق الخصوم على اللغة تولت المحكمة إختيارها دون أي قيود على حريتها، والغالب إختيار اللغة المشهورة دوليا كالإنجليزية أو الفرنسية، فتحرر المذكرات والمرافعات والحكم باللغة التي وقع عليها الإختيار ويجوز أن تقبل هيئة التحكيم العقود والمراسلات بلغتها الأصلية، ويجوز أن تأمر بترجمتها ولهيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع إستنادا إلى المستندات والوثائق التي تم تقديمها دون حاجة لجلسات مرافعة[2].

الفقرة الثانية:

القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه

يتعين لإخضاع النزاع الذي ينشأ بين الدولة المتعاقدة أو أحد الأجهزة التابعة لها من ناحية، والشركة الأجنبية المتعاقدة معها من ناحية أخرى وذلك بسبب عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT المبرم بينهما أن يتفقا على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل أن ينشأ النزاع، وفي هذه الحالة يأخذ الإتفاق صورة شرط التحكيم وذلك إذا كان مدرجا في بند من بنود العقد الأصلي، وقد يحرر بعد وقوع النزاع فيسمى مشارطة التحكيم، وقد تنتهي العلاقة التعاقدية بسلام دون خلافات فلا يتم إتفاق أو شرط التحكيم[3].

ولما كانت نقطة البداية في اللجوء إلى نظام التحكيم هي في الإتفاق على إختياره سبيلا لحل المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود، فإنه بدون هذا الإتفاق لا يمكن أن يجري الحكم أو يتم، فأول ما ينبغي على المحكم أو القاضي في بعض الأحيان أن يتحقق من وجود إتفاق التحكيم[4]، وأن يتأكد من صحته، وبالطبع لن يتسنى للمحكم أو القاضي القيام بهذه المهمة إلا بعد أن يحدد القانون الواجب التطبيق عليه[5].

---

[1]– المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

[2]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 247.

[3]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 257.

[4]– عرفت المادة 1011 من ق.إ.م.إ ج 08-09 إتفاق التحكيم بأنه: « إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم».

[5]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 257.

أولا- القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

تعتبر حرية الإرادة قاعدة مستقرة في القانون الدولي الخاص ويقوم عليها أصلا نظام التحكيم ككل وليس إتفاق التحكيم فحسب، لذلك فإن إتفاق التحكيم يخضع في تشريعات مختلف الدول كقاعدة عامة لمبدأ سلطان الإرادة[1]، وتكمن أهمية إختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق في أنه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود، ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها ويشكل حماية لمصالح كلا الطرفين[2].

وأول ما تثور مسألة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أمام المحكم، وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمامه بعدم إختصاصه إستنادا إلى عدم وجود إتفاق تحكيم أو بطلان هذا الإتفاق لوروده على مسألة غير قابلة للتحكيم، أو لفقدانه أحد الأركان المطلوبة لإنعقاده أو عدم شمول هذا الإتفاق للنزاع المطروح عليه، ففي هذه الفروض يتعين على المحكم أن يحدد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم للفصل في مدى صحة الدفع المثار أمامه من عدمه[3].

وقد جاءت الإتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961[4] بنصوص صريحة خاصة في تنازع القوانين في شأن تقدير وجود وصحة إتفاق التحكيم الذي قد يثار أمام قضاء إحدى الدول الطرف فيها، حيث نصت المادة 6 منها على أنه: «تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صلاحية إتفاقية تحكيم طبقا للقانون الذي أخضعت له الأطراف إتفاق التحكيم»، وأعقبت الإتفاقية هذا النص بنص آخر في المادة 9 /1/1 الخاصة بالإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه جاء فيه أن بطلان قرار التحكيم في دولة متعاقدة لا يعد سببا لرفض الإعتراف به وتنفيذه في دولة متعاقدة أخرى، إلا إذا كان هذا البطلان قد صدر من الدولة التي صدر حكم التحكيم وفقا لقانونها وكان لسبب من الأسباب الآتية: أ -..... إذا لم يكن إتفاق التحكيم صحيحا طبقا للقانون الذي أخضع له الأطراف، فنلاحظ أن النصين المذكورين أعلاه يعطيان الإختصاص في تقدير وجود وصحة إتفاق التحكيم سواء أكان عند بدأ إجراءات التحكيم أو عند طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أمام قضاء إحدى

---

[1]- طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 277.

[2]- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 183.

[3]- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 219.

[4]- الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي ، جنيف 1961 ، موجودة باللغة العربية، على الموقع الإلكتروني : https://justice-academy.com

ورد عن خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 226، وتم الإطلاع عليه بتاريخ 05 فيفري 2020 على الساعة 14:30 مساء.

الدول الطرف في الإتفاقية لقانون إرادة الأطراف[1].

إن الوصول إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق بموجب مبدأ سلطان الإرادة لم يكن بالأمر السهل فقد مر بطريق طويل، إلا أن الإتجاه الغالب في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية وأحكام القضاء وقرارات التحكيم والفقه يقر بحق الأطراف المتعاقدة إعمال مبدأ سلطان الإرادة [2].

وهذا الحل الذي أتت به الإتفاقية الأوروبية لعام 1961 والذي يتوافق مع أحكام إتفاقية نيويورك لعام 1958، وإن كان خاصا بكيفية حل تنازع القوانين في شأن إتفاق التحكيم الذي يثور أمام القضاء الوطني للدول الأطراف في الإتفاقية، إلا أنه واجب الإتباع من باب أولى أمام قضاء التحكيم لاسيما وأن هذا الأخير يرفع دائما من شأن إرادة الأطراف ولن يحيد عن تطبيق قانون إختارته بتلك الإرادة[3].

وعليه فإن الأصل كما قلنا هو سلطان الإرادة بشأن وجود إتفاق التحكيم، إذ يستحيل إلزام الأطراف بالتحكيم إذا لم يتفقوا على الإلتجاء إليه، على أنه يحدث في بعض الحالات إثارة التساؤل بشأن صحة إتفاق التحكيم نظرا لعدم توافر الشروط المطلوبة لذلك في قانون داخلي أو قانون آخر كإشتراط الكتابة كشرط للتحكيم، أو تحديد مكانه أو أسماء المحكمين، أو ما إلى ذلك من شروط تختلف من قانون لآخر، أما التحكيم الدولي الخاص فترى إخضاع صحة الإتفاق عليه لقانون مكان التحكيم كما حدده نظام التحكيم الذي أحال إليه الطرفان، وذلك في حالة عدم وجود إرادة الأطراف[4].

وقد قضت بعض أحكام التحكيم بإخضاع إتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم، ونود الإشارة إلى هذه القضية على سبيل المثال في القضية رقم 5730 لسنة 1988 في باريس، حيث ذهبت هيئة التحكيم المنعقدة في باريس في تلك القضية إلى أنه لا يكتفي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم إثارة إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من أجل إستخلاص أن هذا الإتفاق صحيحا بغض النظر عن أي قانون وضعي، إذ أن هيئة التحكيم والتي تميل إلى إعتناق المفهوم التقليدي للتحكيم الدولي، ترى أنه لكي يكون إتفاق التحكيم منتجا لآثاره ضرورة أن يستمد قوته الملزمة من خلال إسناده إلى نظام قانوني، ولقد إنتهت هيئة التحكيم بإسناد إتفاق التحكيم إلى القانون الفرنسي على إعتبار أنه قانون مقر هيئة التحكيم، وأوضحت أن هذا الحل قد أخذ به مجمع القانون الدولي

[1]– خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 226.

[2]– مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 188.

[3]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 226.

[4]– طه محيميد جاسم الحديديدي، المرجع السابق، ص 278.

وأخذت به المادة 1/1/5 من إتفاقية نيويورك والمادتين 2/6 و1/19 من الإتفاقية الأوربية لعام 1961، كما أخذ جانب كبير من الفقه وذلك في حالة غياب الإختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على هذا الإتفاق[1].

وعليه فإن الإتجاه السائد لدى غالبية الفقه والإتفاقيات الدولية، وكذلك غالبية أحكام التحكيم وهو خضوع إتفاق التحكيم لقانون الإرادة أو قانون الدولة محل التحكيم في حال تخلف قانون الإرادة، وترى الأخذ بهذا الحل بالنسبة لإتفاق التحكيم المتعلق بعقود البناء والتشغيل ونفل الملكية BOT، المبرمة بين الدولة أو هيئاتها العامة والشركات الأجنبية، وبناءا عليه لا يجوز للدولة أو للشخص العام التابع لها الإمتناع عن المشاركة في إجراءات التحكيم أو التذرع بعدم إختصاص المحكمين أو بصفة عامة محاولة التنصل من إتفاق التحكيم الذي وافقت عليه، مستندة في ذلك إلى قانونها الوطني إلا إذا كان هذا القانون هو القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في حالة تخلف قانون الإرادة [2].

وقد أشار المشرع الجزائري إلى إستبعاد قانون الإرادة في حالة لم يقم الطرفان بتحديد القانون الواجب التطبيق، حيث تتدخل محكمة التحكيم وتختار القانون الواجب التطبيق[3]، كما أقر المشرع الجزائري أيضا في هذه المسألة بأنه في حالة أن الأطراف لم يصلا إلى إتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن محكمة التحكيم تتولى الفصل في القضية حسب القانون الذي تراه محكمة التحكيم، والذي في الغالب سيكون قانون البلد الذي تنتمي إليه هذه المحكمة، لكن هذا قد يخلق مشكل آخر في أن أحد الأطراف قد لا يقتنع بالقانون الذي تطبقه المحكمة، وبالتالي فسيكون هناك إعتراض من قبل أحد الأطراف إذا لم نقل كلاهما على الحكم الصادر من محكمة التحكيم إذا لم يكن في صالحه أو رأى أن هناك غبن في صالحه.

ثانيا – نطاق القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في عقود الـ BOT

يعتبر إتفاق التحكيم أهم مرحلة من مراحل التحكيم في عقود الـBOT خاصة أن هذا الإتفاق يتم برضا الأطراف المتعاقدة، كما أن شكل العقد يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع منذ أن كانت القاعدة السائدة في فقه تنازع القوانين، هي خضوع العمل سواء أكان عقدا أم واقعة قانونية لقانون المحل بحيث

[1]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 236.

[2]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص ص 279 – 280.

[3]–المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08–09.

يخضع العقد لقانون محل إبرامه، وتخضع الواقعة لقانون محل وقوعها[1].

إن الأمر الرئيسي الذي يترتب على تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم تزود الأطراف أو هيئة التحكيم بمجموعة من القواعد التي تسرع بحسم المسائل التي لها طبيعة إجرائية، والتي من المحتمل أن تثور بمناسبة خصومة التحكيم[2].

فالقانون الواجب التطبيق يحكم كافة الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحة إتفاق التحكيم وأثاره وإنقضائه، كما يحكم هذا القانون الآثار التي تترتب على إتفاق التحكيم، فهذا القانون يحدد إختصاص المحكمين في الفصل في النزاع وما إذا كان لهم الحق في الفصل في إختصاصهم عند المنازعة فيه، كما أن هذا القانون هو الذي يقرر عدم إختصاص القضاء الوطني وحدوده وكيفية وضعه موضع التنفيذ[3].

وهذا بمثابة التطبيق الطبيعي أو العادي للقواعد القانونية في مجال التحكيم، بإعتبار قواعد القانون هي التي يتم الإتفاق عليها بداية بين الأطراف، والمتوقع خضوعهم إليها بالتراضي، وهذا هو الرأي الراجح، لأن من المنطق أن يكون هناك توافق وإنسجام مابين القواعد القانونية الإجرائية التي تحكم العملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها[4].

ويحق للسلطات العمومية المختصة للدولة المضيفة فرض العقوبات ضد شركة المشروع إذا كانت هذه الأخيرة قد خرقت بنود العقد، وينضر في هذا النزاع القائم بين مانح الإمتياز وشركة المشروع على قدم المساواة، ويحل هذا النزاع طبقا للقانون وإتفاق الطرفين[5].

[1]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 281.

[2]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص ص 248–249.

[3]– طه محيميد جاسم الحديدي، المرجع السابق، ص 281.

[4]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 250.

[5] - M. Le Dang Doanh , op, cit , p 896.

المبحث الثالث:

الجانب التطبيقي لعقد الـBOT في بعض الدول العربية والغربية

تمت ممارسة عقد البوت منذ فترة معتبرة من الزمن ولعبت دور كبير وفعال في زيادة الدخل القومي للدول التي إعتمدته بالخروج من هيمنة القطاع العام على الأنشطة الإقتصادية وفك الخناق على الإقتصاد بإسهام القطاع الخاص في تحقيق التنمية وترقية حياة المواطنين، لذلك مر هذا النوع من العقود بعدة تطورات على المستوى العالمي، ومورس هذا النمط مع شركات أجنبية عملاقة ذات خبرة عالية وقوة إقتصادية كبيرة، ولقد أعتمد العمل بهذا النظام في العديد من الدول النامية والمتطورة ولهذا سنحاول معرفة مجال تطبيق هذا النظام في بعض الدول العربية (المطلب الأول)، ثم نعرج إلى أهم تطبيقاته في الدول الغربية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مجال تطبيق نظام الـBOT في بعض الدول العربية

تبنت بعض الدول العربية هذه العقود ولكن تجارب هذه الدول في هذا الصدد تختلف من دولة لأخرى، لهذا سوف نقوم بعرض مختصر لأهم تطبيقات هذه العقود في عدد من الدول العربية لمعرفة المجالات التي يستخدم فيها هذا النوع من العقود، فسنتطرق إلى مجال تطبيق نظام الـBOT في الجزائر (الفرع الأول)، ومجال تطبيقه في لبنان (الفرع الثاني)، ومجال تطبيقه في مصر (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مجال تطبيق نظام الـBOT في الجزائر

بالنظر إلى الواقع نلاحظ نذرة تطبيق هذا الأسلوب في الجزائر رغم حاجة المجتمع والمواطنين لكثير من المشاريع التنموية والخدماتية التي يمكن توفيرها عبر التعاقد وفق هذا النمط (عقد البوت) لكن هناك بعض المشاريع التي أقيمت في الجزائر بصيغة إمتياز لكن نجد فيها بعض معالم ومفردات عقود البوت، لهذا سنحاول دراسة بعض المشاريع، كمشروع الطريق السيار شرق غرب (الفقرة الأولى) وميناء الوسط (الفقرة الثانية)، والتمديدات والتوسيعات الجديدة لمترو الجزائر(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

مشروع الطريق السيار شرق غرب

قامت الدولة الجزائرية بتفويض إنجاز الطريق السيار شرق غرب للشركات الصينية واليابانية حيث أولت الجزائر مشروع إنجاز الطريق السيار شرق–غرب للشركات الصينية واليابانية، الذي سيربط طرفا الجزائر ليمتد بعد ذلك للحدود التونسية، إلى مجموعة شركات صينية ويابانية، وذلك بناءا على نص المادة الأولى من الإتفاقية النموذجية من المرسوم التنفيذي رقم 96–308[1] حيث جاء فحواها:« تخول الدولة بمقتضى هذه الإتفاقية للشركة عقد الإمتياز التي تقبل القيام بالبناء والإستغلال والصيانة (حسب الحالة) للطريق السريع أو مقاطع من الطريق السريع.»، وقد تم تسليم الصفقة للمجموعة اليابانية (كوجال) والصينية (سيتي كسي أرسي)، بإعتبارها من بين شركات كبرى ذات شهرة عالمية[2]، ويكتسي المشروع بعدا إجتماعيا وإقتصاديا لأنه من المقرر خلق أكثر من 100 ألف منصب شغل على طول هذا الشطر، حيث سيتم على سبيل المثال وضع نظام الأداء لأول مرة في ربط العديد من العمالات بالمشروع، بالإضافة إلى الموانئ والمطارات، وجدير بالذكر أن هذا المشروع بمثابة حافز مشجع سيساهم في دفع النشاط الإقتصادي للبلاد[3]، بفتح أقطاب إقتصادية جديدة وفك عزلة ولايات وبلديات بكاملها، حيث أكدت كل التقارير أن مشروع القرن الذي يعبر 24 ولاية في مسار مباشر و32 ولاية عبر روابط توصيلية قد فك العزلة عن العديد من الولايات وساهم في رفع أسهمها في بورصة الولايات التي تشهد إقبالا عليها، جعل أسعار عقاراتها ترتفع بعد أن كانت مناطق منسية لا تعرف التنمية لها عونا، والتي تفرض منطقا جديدا في توزيع الكثافة السكانية من الحدود الشرقية مع دولة تونس إلى الحدود المغربية مع المملكة المغربية.

ولعل أهم فكرة رائدة يمكن تحقيقها في هذا المجال، فكرة الشراكة الأجنبية المحلية بعيدا عن الطابع الكلاسيكي لهذا النوع من الشراكة، لأن المردود الفعلي من الشراكة المحلية الأجنبية في إطار فتح العزلة عن البلديات والولايات في الوطن، يجب أن يكون مبنيا على أهداف إقتصادية وتنموية حقيقية توفر إستثمارات وتبادلات تجارية حقيقية مبنية على أساس الثقة المتبادلة ورؤية إقتصادية دقيقة

[1]– المرسوم التنفيذي 96–308،المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة.

[2]– عصام حوادق، تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، إختصاص قانون عام جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2011–2012 ص ص 268–269.

[3]– المرجع نفسه، ص 269.

تستطيع أن تحقق الهدف الحقيقي لهذه الجماعات المحلية، وهو إشباع حاجات المواطنين من سلع وخدمات[1].

الفقرة الثانية:

مشروع ميناء الوسط

إن مشروع ميناء الوسط أنجز وفق شراكة صينية جزائرية (قطاع خاص وعمومي)، حيث بدء في أشغال إنجازه عقب موافقة الوزارة الصينية، مشيرا إلى أن المشروع سيتم إنجازه في ثلاث مراحل ستخصص المرحلة الأولى ومدتها أربع سنوات لأشغال حماية المحيط وتجهيزه بأرصفة خاصة لحاملة الحاويات، وأخرى بإستلام البضائع الأخرى، فضلا عن 40 كلم من الطريق السريع الذي سيربط الميناء بالطريق السيار على مستوى العفرون، وتمت الإشارة إلى أن المشروع عرف عدة مراحل تخص أولا دراسة إختيار الأرضية التي إنتهي منها في 2012 قبل أن يوافق مجلس الوزراء في العام 2015 على إطلاق المشروع رسميا، إضافة إلى أن مهمة تسيير ميناء الوسط ستوكل إلى شركة مختلطة بالشراكة مع أحد أكبر الشركات المختصة بهذا المجال في العالم وفق لقاعدة 51/49 من قانون الإستثمار، الذي ينظم الإستثمارات الأجنبية في الجزائر، ويذكر أن هذا الميناء الذي يعد من بين أهم المشاريع المخصصة لنقل السلع في الجزائر سيشكل قطبا مهما للتنمية الإقتصادية بعد ربطه بشبكة النقل بالسكك الحديدية والطرق السريعة، ما سيمكنه مستقبلا من إجراء مبادلات تجارية مع إفريقيا، وينتظر أن يسهم المشروع في ترقية التبادلات التجارية وطنيا ودوليا بشكل فعال، حيث يتواجد الميناء على بعد 16 ميل فقط عل الخط البحري المتوسطي الذي يمثل 21 ٪ من حركة الملاحة التجارية الدولية، كما سيكون منفذا تجاريا للدول الإفريقية التي لا تمتلك واجهة بحرية بفضل ربط الميناء بالطريق العابر للصحراء.

أما عن حيثيات الإنجاز فقد كشف وزير الأشغال العمومية والنقل بالجزائر أنذاك، عن تخصيص 150 مليار دج في إطار مشروع قانون المالية 2018، لإنجاز الشطر الأول من مشروع ميناء الوسط بالحمدانية قرب مدينة شرشال (تيبازة)، الذي ينتظر أن يكون أحد أكبر الموانئ بالمنطقة المتوسطية [2].

---

[1]– عصام حوادق، المرجع السابق ، ص 271.

[2]– منجية بورحلة، مهري عبد المالك، المرجع السابق، ص 54، لمزيد من التفاصيل حول ميناء شرشال بشراكة جزائرية صينية بطريق BOT، يمكن الإطلاع على الموقع الإلكتروني: http://aljazairalyoum.com.

الفقرة الثالثة:

التمديدات والتوسيعات الجديدة لمترو الجزائر

أطلقت مؤسسة مترو الجزائر، يوم 3 نوفمبر 2011 مناقصة وطنية دولية لإختيار مكاتب الدراسات للقيام بالدراسات الأولية لتمديد الخط 1، وفي 7 جوان 2012، تم منح عقود إجراء دراسات لإنجاز إمدادات جديدة لثلاث مناقصات لمدة 24 شهر للخط 1 لمترو الجزائر يشكل في أفاق 2017 شبكة من 18 كلم و19 محطة، وتصل تمديدات المترو في أفاق 2022 إلى 33 كلم و32 محطة وأفاق 2030 إلى 54 كم و55 محطة حسب ما أعلنه يوم الثلاثاء 13 مارس بالجزائر العاصمة وزير الأشغال العمومية والنقل، ويخدم البلديات الأكثر كفاءة سكانية منها.

الجزء 3: ساحة الشهداء – باب الواد– شوفالي على مسافة 8 كم، و8 محطات يخدم كل من الدائرة الإدارية لباب الواد المعروفة بكثافتها السكانية، وصعوبة الدخول إليها عن طريق النقل العمومي حي الأبيار وشوفالي، والدراسة فاز بها مكتب الدراسات البرتغالي فاركونسالت.

الجزء 4: شوفالي – دالي إبراهيم – الشراقة – أولاد فايت– العاشور – الدرارية على طول يقارب 14 كم يمثل تفرعا نحو شوفالي دالي إبراهيم – العاشور – الدرارية بطول 8 كم و8 محطات إلى جانب تفرع آخر، نحو دالي إبراهيم – الشراقة– أولاد فايت بطول 6 كم و7 محطات، وتم منح صفقة الدراسة لمكتب دراسات البرتغالي فاركونسات مقابل مبلغ 799.64 مليون دج، وفي إطار الشراكة لهذا المشروع فقد تم إنجازه بشكل عام من طرف وزارة النقل الجوية كمالك ومؤسسة مترو الجزائر كممثل للمالك إضافة إلى المسير المتمثل في الهيئة المستقلة للنقل الباريسي (RATP) فرع الجزائر، إضافة إلى المجمعات الصناعية الأجنبية (أندرادي غوتيرز – فينشي– سيمنس–ترانسبورتاينش سيستمز) والمجمعات الصناعية الجزائرية (كوسيدار– سيدار)[1].

الفرع الثاني:

مجال تطبيق نظام الـBOT في لبنان

نعرض في هذه التجربة لبعض المجالات التي رأى المشرع اللبناني أنها من الأهمية بحيث تحظى بتنظيم خاص يسمح بإستخدام هذا النوع من العقود باهظ التكلفة شديد المخاطر، من أهم هذه النماذج

[1]– متجية بورحلة، مهري عبد المالك، المرجع السابق ص 54، لمزيد من التفاصيل حول التمديدات والتوسيعات لمترو الجزائر يمكن الإطلاع على الموقع الإلكتروني: http://ar.wikipedia.or.

ما نص عليه القانون رقم 218 في 1993/5/13، من أن لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إجراء عروض عالمية بهدف تحقيق مشروع الهاتف الخلوي، مع إعتماد مبدأ التمويل الذاتي على أساس كراسة شروط خاصة توضع لهذا الهدف وتحدد فيها الشروط الفنية والإدارية والمالية ونتخير من هذه التجربة عقدين إثنين هما[1]، عقد الهاتف الخلوي النقال (الفقرة الأولى)، وعقد موقف السيارات في مطار بيروت الدولي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأول:

التجربة اللبنانية في عقد الهاتف الخلوي النقال GSM

كانت التجربة اللبنانية رائدة في هذا المجال من خلال العقود التي أبرمتها مع محتلف الشركات كالعقد الذي أبرم مع شركة FTMI فرانس تليكوم انترناشيونال (أولا)، والعقد الذي أبرم مع شركة ليبانسيل (ش.م.ل) (ثانيا).

أولا – عقد مع شركة FTMI فرانس تليكوم انترناشيونال

في تاريخ 3-8-1994 جرى توقيع عقد بوت بين الدولة اللبنانية وشركة FTMI الفرنسية لتمويل إنشاء شبكة وتشغيلها وإعطاء الحكومة نسبة مئوية من العائدات طوال مدة العقد، على أن تسلم الشبكة والإنشاءات والأجهزة إلى الدولة عند نهاية العقد، وذلك لتنفيذ مشروع الهاتف النقال لمدة عشر سنوات تنتهي في 2004، وقد فرضت أحكام المادة 9 من العقد الذي سمي ووصف من قبل المشرع بالبوت تأسيس شركة لبنانية لتنفيذ العقد، على أن تبقى الشركة الفرنسية مالكة ل 2/3 أسهم الشركة اللبنانية وضامنة حسن تنفيذ العقد وفقا لأحكامه بعد أن قدمت كفالة مصرفية للتأكيد على الضمان المذكور[2].

ثانيا – عقد مع شركة ليبانسيل (ش.م.ل)

والتي تم تأسيسها في 1994/8/3 لتنفيذ المشروع وظلت الشركة الفلاندية مسؤولة عن حسن تنفيذ العقد من الناحيتين الفنية والعملية، وتطرق العقد لحل النزاعات التي تنشأ بين الطرفين، حيث نصت المادة 30 على التحكيم كوسيلة لحل هذه المنازعات وفقا لقواعد المصالحة والتحكيم المأخوذ في غرفة

[1]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 278.

[2]– محي الدين القبسي، التجربة اللبنانية في عقود البوت (البناء والتشغيل والتحويل)، مجلة الدراسات القانونية منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الأول، 2003 ط الأولى، 2004، ص 111.

التجارة الدولية، ونشأ نزاع بين الدولة اللبنانية والشركتين المتعاقدتين والتي قامت على إثره هاتان الشركتان برفع النزاع إلى محكمة التحكيم الدولية لدى غرفة التجارة الدولية، بينما توجهت الدولة إلى القضاء الإداري الذي فصل قي النزاع ببطلان الشرط التحكيمي وإعلان إختصاص مجلس الدولة بإعتبار العقد عقدا إداريا[1].

الفقرة الثانية:

عقد مواقف السيارات في مطار بيروت الدولي

في تاريخ 1996/2/2 وقعت المؤسسة العامة لتشجيع الإستثمارات في لبنان ممثلة الدولة اللبنانية مع شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده الكويتية الجنسية عقد بوت لتمويل إنشاء مواقف للسيارات في مطار بيروت الدولي وتشغيله لمد 15 سنة، ثم إعادته بحالة جيدة إلى الدولة اللبنانية، ونص العقد في المادة 12 على اللجوء إلى التحكيم في حال الخلاف، وذلك أمام المركز اللبناني للتحكيم لدى غرفة التجارة والصناعة في بيروت، حددت الهيئة التحكيمية لدى المركز اللبناني للتحكيم والطبيعة القانونية لهذا العقد عند حصول خلاف بين الطرفين وإعتبرته عقدا يتعلق بمصالح التجارة الدولية وبالتالي قابل للتحكيم وحفظت صلاحيتها للنظر في النزاع الناشئ عنه، وخلصت إلى الحكم على الدولة اللبنانية بدفع تعويض لطالب التحكيم، إلا أن رئيس مجلس شورى الدولة رفض إعطاء الصيغة التنفيذية لهذا القرار التحكيمي معتبرا أن عقد الـBOT هو عقد إداري، وبالتالي غير قابل للتحكيم وقد جرى الإعتراض على قراره أمام مجلس القضايا في مجلس شورى الدولة [2].

وقامت الحكومة اللبنانية بعد ذلك بتوقيع عدة عقود وهي عقد أشغال إستثمار مبنى للمطاعم في مطار بيروت الدولي، وعقد بوت لإنشاء وإستثمار الأوتوستراد الشمالي والدائري، وعقد بوت لإنشاء فندق 4 نجوم في مطار بيروت الدولي وعقد البوت لإنشاء قصر الثقافة والمؤتمرات.

وتلاحظ أن التجربة اللبنانية تسير بخطى منتظمة بشأن مشاركة القطاع الخاص في تمويل وإستثمار وإدارة المشروعات العامة، خاصة بعد صدور القانون رقم 228 في 2000/5/31 بتنظيم عملية الخصخصة وتحديد شروطها ومجالات تطبيقها، ولكن الخصخصة لم تمنع المشرع من النص صراحة على حق الدولة في الإحتفاظ بمزايا إستثنائية في ملكية الشركات ذات الطبيعة الإحتكارية أو

[1]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 279.

[2]– محي الدين القبسي، التجربة اللبنانية في عقود البوت البناء والتشغيل والتحويل، المرجع السابق، ص 112.

المؤثرة في حجم الإقتصاد القومي، وهذه ميزة لا يمكن إنكار أهميتها من حيث السماح للدولة بالسيطرة على كل المؤثرات الكبرى في الإقتصاد[1].

الفرع الثالث:

مجال تطبيق نظام الـBOT في مصر

تعد مصر من بين الدول العربية التي مارست بعض التطبيقات العملية في هذا المجال، ومن بين المشاريع التي أخذت منحا عقد البوت، مطار مرسي علم ومطار العلمين رأس سدد (الفقرة الأولى) المياه والصرف الصحي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

مطار مرسي علم ومطار العلمين ومطار رأس سدد وفق نظام الـBOT

بناءا على القانون المصري رقم 3 لسنة 1997[2] أصدر مجلس الوزراء المصري القرارات ذات الأرقام 1 و2 و3 لسنة 1998، منح بموجبها إمتياز إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسي علم ومطار العلمين ومطار رأس سدد وفق نظام الـBOT، وتم إبرام في 1998/2/8 عقود إمتياز مع ثلاث شركات مساهمة مصرية أسست خصيصا لهذا الغرض[3].

الفقرة الثانية:

المياه والصرف الصحي

يعد قطاع مياه الشرب والصرف الصحي من القطاعات الهامة والحيوية وكان هذا القطاع محلا لهذا النوع من العقود، حيث يتم الفصل بين عملية الإنتاج وعملية التوزيع ويغلب أن يقوم القطاع الخاص بعملية الإنتاج وتقوم الحكومة بشراء الإنتاج وتوزيعه وذلك من خلال هيئاتها أو شركاتها ويجب أن ينص على ضمان جودة المياه وضمان تدفقها كما ينص في صلب العقد على شراء المياه والخدمة.

---

[1] – كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 279–280.

[2]- قانون رقم 3 لسنة 1997، في شأن منح إلتزام المرافق العامة منشور على الموقع الإكتروني :https://qadaya.net

-ورد عن إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 120، وتم الإطلاع على الموقع بتاريخ 12 أوت 2020 على الساعة 17:15 مساءً.

[3]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 120.

وتحتاج مصر إلى تنفيذ مشروعات صرف صحي ومياه بما يجاوز 16 مليار جنيه، خاصة وأن الشبكة الحالية أهلكت وتحتاج إلى إصلاح وتجديد وتحسين وإستخدام أفضل لنظام المعالجة، كما أن هذه الشبكات لا تغطي غير الجانب الحضري من الدولة، أما القرى فلا تزال بدون صرف صحي في غالبيتها كما أن الكثير من هذه القرى لا تعرف محطات مياه الشرب، وكثيرا ما تعاني هذه القرى من ندرة وصول الماء إليها، وقد تم إنشاء عدد من المحطات تعمل بهذا النظام، ويمكن الإشارة إلى عدد منها:

- محطة مياه السويس التي تقوم بمد منطقة شمال غرب السويس بالمياه.

- توسيعات محطة مياه الأميرية لتصل من مائتي ألف متر إلى ستمائة ألف متر مكعب يوميا بتكلفة 45 مليون دولار.

- محطة مياه برج العرب بتكلفة مائة مليون دولار.

- إمداد المياه لمنطقة خليج السويس بتكلفة مائة مليون دولار.

محطة معالجة مياه بالمعمورة في الإسكندرية بتكلفة خمسون مليون دولار.

- محطة النوبارية لتنقية المياه بتكلفة 200 مليون دولار[1].

المطلب الثاني:

مجال تطبيق نظام الـBOT في بعض الدول الغربية

إعتمدت العديد من الدول الغربية على نظام البوت في إقامة مشاريعها التنموية على إختلاف هذه البلدان ودرجة تطورها، فقد تم إستخدام هذا النظام في عدة دول غربية، لما له من أهمية وفائدة كبيرتين في تطوير المرافق العامة والبنى التحتية، وسنستعرض في هذا المطلب إلى بعض التجارب الأوروبية (الفرع الأول)، وكذلك تجارب دول أسيوية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

بعض التجارب الأوربية

سنوضح في هذا الفرع بعض التجارب الأوروبية في مجال عقد البوت، من خلال التجربة البلغارية في (الفقرة الأولى)، والتجربة البريطانية الفرنسية (الفقرة الثانية).

[1]- كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 289-290.

الفقرة الأولى:

التجربة البلغارية

يعد مشروع معالجة وتطهير مياه الصرف الصحي في فارنا، نموذجا لهذه العقود في بلغاريا والهدف الأساسي من هذا المشروع هو تحسين خصائص المياه المعالجة في المحطة لتخفيض نسبة التلوث في بحيرة فارنا والبحر الأسود، كذلك تخفيض نسبة الطاقة الكهربائية المستهلكة من خلال إستخدام الغاز الطبيعي.

وقد تعدد المساهمون في هذا المشروع بصورة تخفف كثيرا من المخاطر، فقد ساهم في المشروع وزارة التنمية الإقليمية والحضرية وبلدية فارنا والصندوق القومي للبيئة والصندوق البلغاري للبيئة، وهناك مستثمر آخر، وهو الوكالة الدنماركية التي ساهمت بمنحة للمشروع.

وهناك نموذج ثان لهذه العقود في مدينة فارنا وهو مشروع المجمع التجاري، وهو عبارة عن شركة أسهم مشتركة وتتكون من مساهمي هذه المدينة شركة لازور، وشركة بازاي وشركة KBS المحدودة نوفيتيك، وقصر الثقافة والرياضة.

ومن نماذج هذه المشروعات مشروع تجريف وتعميق النفق رقم 2 وحوض دوران السفن ومرفأ السفن في ميناء فارنا الغربي، ويهدف المشروع إلى الوصول إلى العمق المطلوب لمرفأ السفن بميناء فارنا الغربي[1].

الفقرة الثانية:

مشروع نفق المانش (نفق الفنال) بريطانيا فرنسا

يعتبر نفق المانش The Channel Tunnel وهو النفق الذي يمتد تحت قاع بحر المانش بين بريطانيا وفرنسا من أقدم مشروعات البنية الأساسية التي مولها القطاع الخاص في العالم، حتى الأن من الناحيتين التقنية والمالية، وفكرة النفق قديمة تعود إلى ما قبل مائتي عام، ووصلت الحكومة البريطانية إلى قناعة في بداية الثمانينيات بصعوبة التنفيذ إلا بتمويل القطاع الخاص وبعد مباحثات ومشاورات وإتفاقات بين الدولتين تم تكوين هيئة مشتركة، وتم توقيع الإتفاقية في 12/ 2/ 1986 ومن

[1]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص ص 283–284.

خلالها تم تحديد الإطار المؤسسي للمشروع، وتم توقيع عقد الإمتياز بين الحكومتين الفرنسية والبريطانية ممثلتين في الهيئة الحكومية المشتركة من جهة، وبين مجموعات نفق الفنال وشركة المشروع وبروتانال Eurotunnel والتي تتكون من عشر شركات مشتركة للتشييد وخمس بنوك، ومدة الإمتياز 55 عاما تنتهي عام 2042 وتم تمديدها لعشر سنوات أخرى[1].

وتقدر تكاليف المشروع ب 19 مليار دولار أمريكي، ولقد بدأ التشغيل التجاري للمشروع في عام 1994، وكان هذا المشروع بداية مشجعة في التوسيع في هذه المشروعات عالميا[2].

الفرع الثاني:

بعض التجارب الأسيوية

سنحاول دراسة بعض التجارب الأسيوية في مجال عقد البوت عن طريق التجربة الماليزية (الفقرة الأولى)، والتجربة الصينية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

الطريق السريع الشمالي الجنوبي في ماليزيا

منذ بداية 1980 تم التفكير في إنشاء طريق يربط الشمال بالجنوب بطول 900 كيلومتر، حيث كانت البلاد في بداية الإتجاه إلى التصنيع ولقد تم إنشاء حوالي 350 كيلومتر بواسطة الدولة، وتم إسناد المشروع إلى 42 مقاولا في نوفمبر 1988، حيث تم الإنتهاء من الإنشاء في مارس 1995 فكان الإمتياز لمدة 30 عاما تنتهي في 2018، وتكلف المشروع 138 مليار دولار بالإضافة إلى الإستثمارات الأخرى المضافة وتكاليف صيانة المشروع، مع ضمان الحكومة لحجم المرور على الطريق خلال 17 عاما الأولى للمشروع، ويتم تحصيل الأجرة من السيارات التي تستخدم الطريق حتى في فترة الإنشاء، أما الشركة فتتحصل على دخل يتجاوز 400 مليون دولار في مرحلة التشييد[3].

---

[1]– محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص ص 96-97.

[2]– رشدي صالح عبد الفتاح صالح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ BOT – دراسة تحليلية مقارنة مع التطبيق على مصر – بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق 2005، ص 89.

[3]– محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص ص 93-94.

الفقرة الثانية:

التجربة الصينية

إتخذت الحكومة الصينية سياسة متميزة في مشروعات البوت، فعملت على تطوير البنية الأساسية عن طريق الإستثمارات الأجنبية نظرا لقصور التمويل الداخلي فلجأت إلى أسلوب عقود البوت منذ عام 1993.[1]

وتختلف التجربة الصينية في مجال مشروعات البوت عن باقي التجارب الأخرى في أن الإدارات المحلية هي التي تقوم بالصفقة دون دعم من الإدارة المركزية، وتشترك الحكومة المركزية مع اليونيدو في صياغة جميع العقود مع تطبيق المبادئ القانونية المحلية، وتعد من عقود القانون الخاص، وبدأت إجراءات التعاقد لبناء المحطة في شكل مشروعات مشتركة، مدة المشروع 10 سنوات بين هيئة الكهرباء الصينية وشركة شتيرون بلغت تكلفة المشروع 512 مليون دولار أمريكي[2].

[1]– كمال طلبة المتولي سلامة، المرجع السابق، ص 273.

[2]– محمد صلاح – البشير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 196.

ملخص الفصل الثالث

يترتب أثناء تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حقوق وواجبات على الطرفين تحملها حسب ماتفق عليه طرفي الرابطة العقدية، ينتج عن التقيد بهذه الحقوق والواجبات السير الحسن للمرفق العام

أما في حالة إخلال أحد الطرفين بإلتزاماته أو عدم حصوله على حقوقه، فقد ينتج نزاعات وخلافات بين الطرفين، هذه النزاعات التي رصد لها المشرع سبل لتسويتها ضمن قانون الإستثمار وضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، حيث توصلنا إلى أن الحل المناسب لنظر النزاع القائم هو إستبعاد القضاء كوسيلة من وسائل حسم المنازعات في عقود البوت، وإستحباب اللجوء إلى الوسائل الودية كإجراء أولي، وفي حالة عدم نجاعتها يتم الإتفاق على التحكيم المناسب للفصل في النزاع المطروح.

كما إرتأينا في الأخير دراسة بعض التجارب التطبيقية العملية في هذا المجال للإستفادة من تجارب بعض الدول النامية والمتطورة.

الخاتمة

إن الدولة الجزائرية كغيرها من الدول تسعى دائما للتطوير والرقي بإقتصادها، ومواكبة التطورات والتغيرات الحاصلة في المجتمع الدولي، وقد طبق عقد البوت في الجزائر بشكل مستتر تحت مسمى عقد الإمتياز، مثل إمتياز الطرق السريعة ومشاريع إقامة هياكل تحلية مياه البحر وغيرها من المشاريع التي جاءت في صيغة الإمتياز، وإستشفينا منها ملامح عقد البوت من المراحل التي تتم بها هذه المشاريع من بناء وتشغيل ونقل للملكية.

فالشراكة بين القطاعين العام والخاص عبرت عن هذه العقود وضمتها إليها رغم غياب نصوص تشريعية تنظم هذه الفئة، فكان الإلتجاء إلى ما أورده الفقهاء بشأن هذه العقود هو السبيل لمعرفة ماهيتها، فالدولة تحتاج دائما إلى إبرام مثل هذه العقود تلبية لإحتياجات المواطنين، وتطويرا لخدمات المرافق العامة وتخفيفا للعجز المالي الذي تعاني منه، ولهذا حاولت التحسين من أدائها من أجل خلق إقتصاد متكامل في ظل تأثيرات العولمة وهيمنة الشركات الكبرى على الإقتصاد العالمي، وذلك بالإستعانة بشريك آخر خاص للتقليل من دورها، وتكثيف دور القطاع الخاص مما يعجل في عملية التنمية واللحاق بركب الإقتصاد العالمي.

وعليه وختاما لهذا البحث المتواضع وما تم عرضه في هذه الأطروحة توصلنا إلى مايلي:

– قام المشرع الجزائري بعدة تعديلات لقانون الإستثمار عبر حياته الإستثمارية بالجزائر، فقد عدل هذا القانون من أجل تحسين المناخ الإستثماري بالجزائر، رغم الإخفاقات التي مرا بها في العديد من المرات، مما أدى إلى إلغاء بعض القوانين وتعديل البعض الآخر، إلى أن صدر قانون 16–09 والذي تدارك بعض الشيء الأخطاء المرتكبة في القوانين السابقة.

– لاحظنا عدم إصدار المشرع الجزائري قانون ينظم عقود الشراكة، على غرار المشرع المصري والمشرع الفرنسي، فقد أدرجا قانونا وتنظيما لعقود الشراكة، وهذا يعد إغفالا من المشرع الجزائري لتحديد مفهوم دقيق لعقود الشراكة، مما أدى إلى قلة المشاريع المقامة بهذا الشأن والتي جاءت في معضمها بصيغة عقود إمتياز.

– وتعرفنا على بعض المفاهيم كمفهوم القطاع العام والقطاع الخاص، وأبرزنا دور كل منهما في التطوير الإقتصادي، وبينا ماهية البنية التحتية ومبررات إعتماد عقود مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص كإسهام في تحقيق عملية التنمية، حيث لاحضنا أن مشاركة القطاع الخاص للقطاع العام في عملية التمويل، يعد ملجأ للقطاع العام للتخلص من المبالغ الباهضة التي تستهلكها

المشاريع الإستثمارية، لهذا فإن مشاركة القطاع الخاص في عملية التمويل يعد حافزا لإستقطاب الإستثمار وجلب المستثمر خصوصا الأجنبي منه، والمساهمة في عملية التنمية.

– إن عقد البوت الذي يعد أساس بحثنا هذا لم نجد له نصا قانونيا ينظمه في التشريع الجزائري فالمشرع الجزائري لم يولي إهتماما لتعريف عقد البوت، إلا ما أستشف من قوانين الإمتياز، ويعد هذا إغفالا منه، فلطالما ألحق هذا الأسلوب التعاقدي بمفهوم عقود الإمتياز.

– إعتمدنا في التعرف على ماهية عقد البوت من آراء الفقهاء وبعض التشريعات المقارنة وبعض اللجان والمنظمات الدولية، كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليولسترال، ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية اليوندو، حيث أجمعت كلها على أن عقد البوت هو بمثابة عقد تمويلي يتحمله القطاع الخاص لإنشاء مرافق البنية التحتية.

– وإختلفت التشريعات والنظريات في إعطاء تكييف لعقد البوت، فالعديد من الفقهاء جعلو من عقد البوت ذو طبيعة تنظيمية، وغيرهم من الفقهاء أدرجوه على أنه ذو طابع إتفاقي، وأخرون جعلو منه ذو طبيعة مدنية وهذا لإعتبار أن الدولة أي الجهة المانحة الطرف الأول في التعاقد، تتمتع بإمتيازات السلطة العامة فإن مساواتها مع الأشخاص الخاصة وتنازلها عن سيادتها بنزولها منزلة الأفراد في تعاقدها مع طرف أجنبي، كل هذا يفقدها ترفعها عن القطاع الخاص فيتيح الفرصة للطرف الأجنبي للحصول على إمتيازات أخرى، في مقابل ذلك إفتقاد القطاع العام لبعض إمتيازات السلطة العامة، وهذا ما يجعل القطاع الخاص هو المتحكم الأكبر في المشروع لأنه هو من يقوم بإنشائه وإستغلاله والمتحكم الرئيسي في التكنولوجيا، ولهذا فإن ترجيح عقد البوت بأنه ذو طبيعة مدنية هو ليس في صالح القطاع العام رغم أن القطاع الخاص يحبذ ذلك، فالقطاع العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة عكس القطاع الخاص الذي يطمح دائما للرفع من عوائده المالية وتحقيق هامش ربح جيد، إضافة إلى خلو نصوص القانون المدني من أية إشارة إلى هذه الفئة من العقود.

– أما عن دولية العقد فرأينا أن المعيار القانوني يضفي الصفة الدولية للعقد، لإعتبارات تتصل بالعناصر القانونية، أما المعيار الإقتصادي فيوحي إلى إعتبار العقد دوليا إذا تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية، ولهذا إرتأى فقهاء القانون الدولي إلى الجمع بين المعيارين في معيار واحد مزدوج.

– وتوصلنا في إطار بحثنا عن الطبيعة القانونية لعقد البوت، وبعد تطرقنا لمختلف الإتجاهات الفقهية، إلى أن عقد البوت تظهر فيه ملامح العقود الإدارية أكثر، وهذا إستنادا للمعايير والحجج التي

أوردها أصحاب الرأي القائل بأن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة إدارية، كما أنها عقود تبرم بين طرفين أحدهما أجنبي، ولهذا تظهر فيه الصفة الدولية للعقود، وعليه ومن وجهة نضرنا فإن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة إدارية دولية .

– ولدراسة عقد البوت أكثر حاولنا إيجاد موقعه ضمن تقنيات التسيير المباشر، كعقود الأشغال العامة وعقد تسليم المفتاح في اليد، وذلك بإبرزا التشابه والإختلاف بين هاته العقود حتى تتضح صورة أوضح لهذه التقنية، ثم توجهنا إلى تحديد موقعه ضمن تقنيات التسيير غير المباشر من خصخصة وعقود التفويض وعقود الإمتياز، حيث لاحضنا تقارب كبير بين هذه العقود.

– وبإعتبار عقود البوت في الجزائر شبيهة إلى حد ما بعقود الإمتياز، فيتم إبرامه بنفس الإجراءات التي تبرم بها عقود الإمتياز أو التفويض بصفة عامة، مع بعض الإختلافات الجوهرية، غير أن طريقة إبرام هذه العقود عند الفرنسين كانت أكثر وضوحا ودقة، وهذا بسبب رصد المشرع الفرنسي لقانون ينظم هذه الفئة.

– والمستثمر قي عقود البوت يبحث عن مصادر تساعده في عملية التمويل، حيث يقوم بالبحث عن جهات يقترض منها لتساعده على تحمل الأعباء المالية الملقاة على عاتقه، ولاحضنا تعدد هذه الجبهات على إختلافها، وهذه الجهات التي يستعين بها المستثمر الأجنبي لمساعدته على إنشاء المشروع هي جهات تعتمد على الإقراض والحصول على الفوائد، مما يكلف المستثمر مبالغ باهظة عليه سدادها من ديون أصلية وفوائد.

– ولطول مدة التعاقد قد يصادف المشروع بعض المخاطر سواءا مخاطر تضر الجهة المانحة أو مخاطر تضر بالطرف المتعاقد، والتي يحاول طرفا التعاقد التحكم فيها لأنها قد تكون سببا في عدم إكتمال المشروع أو إنهائه أو عدم التوصل إلى الجودة المرجوة منه، فبالرجوع إلى عقود الإمتياز نجد أن المرسوم الرئاسي 15–247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد حمل القطاع الخاص مسؤولية تحمل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المشروع في فترة التعاقد، ولقد لاحضنا أن أغلبية هذه المخاطر يقع عبء تحملها على القطاع الخاص، إضافة إلى قلة الخبراء والمتخصصين في هذا المجال ، مما يخلق تخوفات لدى القطاع العام من الإلتجاء إلى التعاقد وفق هذا النمط.

– وعند تطرقنا لنهاية عقود البوت وجدنا أن هذه العقود تنتهي بنفس الطريقة التي تنتهي بها عقود التفويض بشكل عام، فيمكن أن تكون النهاية طبيعية ويمكن أن تكون بشكل غير طبيعي.

– وتظهر بعض الآثار من عقد البوت من حقوق وإلتزامات تقع على الطرفين رغم إختلاف المراكز القانونية لكل طرف.

– أما في حالة وقوع نزاع بين طرفي التعاقد فلاحظنا أن المشرع قد نص صراحة على اللجوء إلى تسوية النزاعات عن طريق الحلول الودية، لأن النزاع قد يعالج بهذه الوسائل ويصل إلى حل مناسب يرضي الطرفين ويوفر عليهما اللجوء إلى القضاء، وفي حالة عدم توصل الطرفين إلى معالجة النزاع بهذه الوسائل فإن التحكيم يعد وسيلة فعالة لحل النزاع بين الطرفين وهذا طبقا للمادة 24 من قانون الإستثمار 16–09.

– وهناك العديد من الدول مارست هذه التقنية منها دول عربية ، ودول غربية أوروبية وأسيوية.

ومن كل هذا إرتأينا إيراد **الإقتراحات** التالية:

– ينبغي على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بعقود الشراكة بين القطاعيين العام والخاص كما فعله نظيره الفرنسي و المصري، ينظم هذه الفئة ويعرفها على إختلاف أنواعها.

– ضرورة سن المشرع الجزائري لتشريع خاص بعقد البوت، ليعطي مفهوما دقيقا لهذا العقد ويوضح إجراءاته وكيفية إبرامه وطريقة التعاقد ودفاتر الشروط التي تنظمه.

– ضرورة تهيئة المناخ الملائم للمستثمر الأجنبي، لأن مرحلة الإصلاحات التي تمر بها الدولة الجزائرية تتطلب الجمع بين أداءات القطاع العام، وكفاءة القطاع الخاص من أجل رفع درجة الجودة وتحسين سير ومردودية المرافق العامة.

– وضع تحفيزات وإعفاءات من بعض الضرائب من أجل جلب المستثمرين الأجانب، لكن دون التوسع في هذه الإعفاءات مما يخلق أعباء إضافية على الدولة هي في غنا عنها.

– تسهيل عملية الحصول على القروض من البنوك، من أجل الحصول على تمويل أفضل للمشروع والتعامل مع بنوك دولية في هذا الشأن.

– أما بالنسبة للمخاطر التي يمكن أن تصادف المشروع أو المتوقع حدوثها، فعلى الدول المضيفة للإستثمار التفطن إلى هذا الأمر وتداركه، ومحاولة إقتسام عبء هذه المخاطر مع شركة المشروع كليا أو جزئيا، أو توزيعها على أطراف أخرى لها علاقة بالمشروع، وذلك بإصدار تشريع ينظم هذا الأمر، أو بإدراج بنود في وثيقة التعاقد تحمي طرفا التعاقد من هذه المخاطر، أو تعالجها بما هو

في صالح الأطراف المتعاقدة.

– ضرورة إكتساب الخبرة الفنية الكافية من القطاع الخاص أثناء فترة التعاقد، وذلك تجنبا لسيطرة المستثمر الأجنبي على المشروع، وإحتكاره للتكنولوجيا مما يجعل الدولة في تبعية دائمة للمستثمر الأجنبي.

– مساهمة الدولة في تمويل مشاريع البنية التحية بنسبة ضئيلة لا تتجاوز 20 ٪ وذلك لضمان حمايتها للمشروع، وأن لا تكون النسبة كبيرة لأن ذلك يتعارض والهدف من هذا النوع من العقود، وإلا عدت هذه العقود عقود أشغال عامة.

– تحديد مدة عقد البوت بما لا يتجاوز 30 سنة وهي مدة كافية ليسترجع المستثمر أمواله والأرباح المحققة من المشروع، لأن طول فترة التعاقد التي قدرت ب 99 سنة هي مدة طويلة تجعل من المستثمر هو المتحكم الوحيد في المرفق، كما قد تؤدي طول الفترة إلى نشوء بعض النزاعات أو تغيرات سياسية أو إقتصادية.

– ضرورة تكثيف رقابة الدولة على هذه المشروعات حتى تضمن السير الحسن للمرفق.

– ضرورة إعادة النضر في المرسوم الرئاسي 15–247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك لإهماله إدراج تعريف لشراكة العمومية الخاصة وعقد البوت ضمن هذا المرسوم ورصد قانون خاص بهذه الفئة بدلا من جعله صورة من صور عقود الإمتياز، وهذا سيكون حافز من شأنه جلب المستثمر الأجنبي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا – قائمة المصادر

1- النصوص الدستورية

1. **دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963**، منشور بموجب الإعلان المؤرخ في 10 سبتمبر 1963، الموافق عليه في إستفتاء شعبي يوم 08 سبتمبر 1963، ج ر عدد 64 مؤرخ في 08 سبتمبر 1963، ملغى.

2. **دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية سنة 1976**، منشور بموجب الأمر رقم 76-69 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن إصدار نص الدستور المصادق عليه في إستفتاء شعبي يوم 19 نوفمبر 1976، ج ر ج عدد 94 مؤرخ في 24 نوفمبر 1976، معدل ومتمم بالقانون رقم 79-06 مؤرخ في 07 جويلية 1979 يتضمن التعديل الدستوري ج ر ج عدد 45 مؤرخ في 10 جويلية 1979، معدل ومتمم بالقانون رقم 80-01 مؤرخ في 12 جانفي 1980، يتضمن التعديل الدستوري ج ر ج عدد 01 مؤرخ في 03 جانفي 1980، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 88-223 مؤرخ في 05 نوفمبر 1988، يتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في إستفتاء شعبي يوم 03 نوفمبر 1988، ج ر ج عدد 14 مؤرخ في 15 نوفمبر 1988 ملغى.

3. **دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989**، ج ر ج ج العدد 9 لسنة 1989، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 89 -18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، الموافق عليه في إستفتاء 23 فبراير 1989، ملغى.

4. **دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996** ج ر ج ج العدد 76 لسنة 1996، معدل بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002 ج ر ج ج العدد 25 لسنة 2002، والمعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج ر ج ج العدد 63 لسنة 2008 المعدل بالقانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج ر ج ج العدد 14 لسنة 2016، المعدل بالمرسوم الرئاسي 20-242 المؤرخ قي 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء في أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

2- الإتفاقيات

1. **الإتفاقية الجزائرية الإيطالية،** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 91- 346 المؤرخ في 05-10-1991، **المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بالجزائر** في 15-05-1991 ج ر عدد 27 لسنة 1991.

2. **الإتفاقية الجزائرية الفرنسية،** المصادق عليها بموجب المرسوم االرئاسي 94-01، المؤرخ في 02 جانفي 1994، **يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين،** ج ر عدد 01 لسنة 1994.

3. **الإتفاقية الجزائرية السويدية،** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي، 04-431 المؤرخ في 29-12-2004 الذي **يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر** في 15-02- 2003، ج ر عدد 84، لسنة 2003 .

4. **الإتفاقية الجزائرية التونسية،** المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، **يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات،** ج ر عدد 73 لسنة 2006.

3- النصوص التشريعية

1. **أمر رقم 66-284،** مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، **يتضمن قانون الإستثمارات،** ج ر عدد رقم 80، مؤرخة في 17 سبتمبر 1966 ملغى.

2. **أمر رقم 75 -58،** المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **المتضمن القانون المدني الجزائري** المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44.

3. **أمر رقم 75-59،** المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون التجاري الجزائري ،** المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 5 ماي 2022 ج ر عدد 32 ، المؤرخ في 14

ماي 2022

4. **قانون رقم 86-14** المؤرخ في 19-08-1986، **المتعلق بالتنقيب، والإكتشاف، والإستغلال ونقل المحروقات بالأنابيب،** ج ر عدد 35 مؤرخة في 27-08-1986، المعدل بالقانون رقم 31-21، الصادر في 04 ديسمبر 1991، ج ر عدد 63، الصادرة بتاريخ 7 ديسمبر 1991.

5. **قانون رقم 88-25،** مؤرخ في 12 يوليو سنة 1988، **يتعلق بتوجيه الإستثمارات الإقتصادية الخاصة الوطنية،** ج ر عدد 28، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 1988.

6. **قانون رقم 90-16،** المؤرخ في 07 أوت 1990، **المتضمن قانون المالية التكميلي** لسنة 1990، ج ر ع 34، المؤرخة في 11 أوت 1990.

7. **قانون رقم 90-10** المؤرخ في 14 أفريل 1990، **يتعلق بالنقد والقرض،** ج ر، عدد 16 لسنة 1990 ملغى.

8. **مرسوم تشريعي رقم 93-09،** المؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 جوان 1966 **والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ج ر عدد 27، االصادر في 27 أفريل 1993 ملغى.

9. **مرسوم تشريعي رقم 93 - 12،** مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، **يتعلق بترقية الإستثمار** ج ر، عدد 64، الصادر في 10 أكتوبر 1993 ملغى.

10. **أمر رقم 95-22،** المؤرخ في 26 أوت سنة 1995 **يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية** ج ر، العدد 48، لسنة 1995 ملغى.

11. **قانون رقم 2000-05،** المؤرخ في 6 ديسمبر2000، **الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني** ج ر، عدد 75، الصادرة في 10 ديسمبر 2000.

12. **أمر رقم 01-03،** مؤرخ في 20 أوت 2001، **يتعلق بتطوير الإستثمار،** ج ر عدد 47، الصادر في 22 غشت 2001 ملغى.

13. **أمر رقم 01-04،** المؤرخ في 20 أوت 2001، **المتعلق يتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها،** ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 20 أوت 2001.

14. **قانون رقم 02-01**، مؤرخ في 5 فبراير 2002، **يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات** ج.ر، عدد 08 الصادر في 06 فبراير 2002.

15. **قانون رقم 03-10**، المؤرخ في 19 جوان 2003، **والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة**، ج ر عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003.

16. **قانون رقم 05-12**، المؤرخ 4 سبتمبر2005، **المتعلق بالمياه** ج.ر، عدد 60 الصادر في 4 سبتمبر 2005.

17. **قانون رقم 08-09**، المؤرخ في 25 فيفري 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ج ر عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

18. **قانون رقم 08-14**، المؤرخ في 20 أوت 2008، **المتضمن قانون الأملاك الوطنية**،ج ر عدد 44.

19. **قانون رقم 11-10**، المؤرخ في 22 أوت 2011، **المتعلق بالبلدية** ج ر عدد 37، مؤرخة في 03 جويلية 2011.

20. **قانون رقم 12-07**، المؤرخ في 21 فبراير 2012، **المتعلق بالولاية**، ج ر، عدد 12، مؤرخة في 29 فيفري 2012.

21. **قانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الإستثمار**، المؤرخ في 3 أوت 2016، ج ر، عدد 46، الصادر في 3 أوت 2016.

4 - النصوص التنظيمية

أ- المراسيم الرئاسية

1. **مرسوم رئاسي 10-236**، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، **يتضمن تنظيم الصفقات العمومية** ج ر عدد 58، الصادر في 07 أكتوبر 2010 ملغى.

2. **مرسوم رئاسي 15-247** المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، **يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، ج ر عدد 50، المؤرخة قي 20-09 -2005.

ب- المراسيم التنفيذية

1. **مرسوم تنفيذي 89-01،** المؤرخ في 15 يناير 1989، **المتعلق بضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدولة للتجارة الدولية،** ج ر عدد 03 الصادر في 18 يناير 1989.

2. **مرسوم تنفيذي 96-308** المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 **يتعلق بمنح إمتياز الطرق السريعة** ج.ر عدد 55 الصادر في 25 سبتمبر 1996.

3. **مرسوم تنفيذي 97-475،** المؤرخ في 8 ديسمبر 1997، **يتعلق بمنح إمتياز المنشآت والهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط،** ج ر، عدد 82، الصادر في 14 ديسمبر 1997.

4. **مرسوم تنفيذي رقم 04-373،** المؤرخ في 21 نوفمبر 2004، **الذي يحدد شروط منح الإمتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك،** ج ر عدد 75، المؤرخة في 24 – 11- 2004.

5. **مرسوم تنفيذي 04-417،** المؤرخ في 20 ديسمبر 2004 **يحدد شروط المتعلقة بإمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها** ، ج.ر، عدد 82 الصادر، في 22 ديسمبر 2004 .

6. **مرسوم تنفيذي 08-54،** المؤرخ في 9 فبراير 2008، **يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به،** ج ر عدد 08 لسنة 2008 .

7. **مرسوم تنفيذي 08-114** المؤرخ في 09 أفريل 2008، **المحدد لكيفيات منح إمتيازات وتوزيع الكهرباء والغاز وسحبها،** ج ر عدد 20، الصادر في 13 أفريل 2008.

8. **مرسوم تنفيذي 09-152،** المؤرخ في 02 ماي 2009، **يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية** ج ر عدد 27، الصادر في 6 ماي 2009.

9. **مرسوم تنفيذي 11-220،** المؤرخ في 12 جوان 2011 **يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد**

المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ح.ر عدد 34، الصادر في 19 جوان 2011.

10. **مرسوم تنفيذي 11-340**، المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، **يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحي** ج ر، عدد 54 الصادر في 2 أكتوبر 2011.

11. **مرسوم تنفيذي 11-341**، المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، **يحدد كيفيات منح إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية**، ج ر، العدد 54، الصادر في 2 أكتوبر 2011.

12. **مرسوم تنفيذي 18-199**، المؤرخ في 02 غشت 2018 ، **المتعلق بتفويض المرفق العام**، ج ر عدد 48 ، الصادر في 05 غشت 2018

ثانيا – قائمة المراجع

1 – باللغة العربية

أ – الكتب

أ1 –الكتب العامة

1. **أحمد بلقاسم**، التحكيم الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ط، الجزائر، 2005.
2. **حفيضة السيد حداد**، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، د ط، 2001، الإسكندرية.
3. **خالد هشام**، أولويات التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية والعربية دار الفكر الجامعي، د ط، الإسكندرية، 2004.
4. **الخير قشي**، المفاوضات بين الوسائل التحاكمية وغير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط الأولى 1999، لبنان.

5. **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة 1991 مصر.

6. **سمير دنون**، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، د ط، لبنان، 2009.

7. **طه أحمد علي قاسم**، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية – دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار –، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008.

8. **عبد العزيز خليفة**، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، د ط، 2014 .

9. **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية –دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحكام قضاء مجلس الدولة ، دار الكتب القانونية، د ط، مصر 2006.

10. **علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم – دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة، د ط، مصر، د ت.

11. **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 2011، الجزائر.

12. **لزهر بن سعيد**، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د ط، الجزائر د ت.

13. **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الإلكتروني – الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات الوساطة والتوفيق التحكيم المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط الثانية، 2009، الأردن.

14. **محمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د ط، د ت.

15. **محمد شعبان إمام السيد**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2014.

16. **محمود السيد عمر التحيوي**، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره الصلح، الوكالة، الخبرة، المكتب

العربي الحديث، د ط، الإسكندرية 2009.

17. **مراد محمود المواجدة،** التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي – دراسة مقارنة –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط الثانية 2015، مصر.

18. **ناصر لباد،** القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 2، مطبعة دالي إبراهيم، الجزائر العاصمة، الطبعة الأولى، 2004 .

19. **هشام علي صادق،** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2001.

أ2– الكتب المتخصصة

1. **إبراهيم الشهاوي،** عقود إمتياز المرافق العامة BOT – دراسة مقارنة –، دار الكتاب الحديث الطبعة الأولى، 2011، القاهرة.

2. **أبو بكر أحمد عثمان النعيمي،** الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية (عقود البوتBOT وعقود الشراكة PPP)، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014 الأردن.

3. **إلياس ناصبف،**عقد الـ BOT – سلسلة أبحاث قانونية مقارنة – المؤسسة الحديثة للكتاب، د ط لبنان طرابلس 2006.

4. **بشار محمد الأسعد،** الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009.

5. **بشار محمد الأسعد،** عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، (ماهيتها– القانون الواجب التطبيق عليها– وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006 بيروت لبنان.

6. **جابر جاد نصار،** عقود البوت (BOT) والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.

7. **جهاد زوهير ديب الحرازين**، عقود الإمتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الإتصالات والكهرباء مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2013.

8. **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010.

9. **حمادة عبد الرزاق حمادة**، التحكيم في عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ط 2013.

10. **خالد كمال عكاشة**، دور التحكيم في فض منازعات الإستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والإتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2014.

11. **دريد محمود السمرائي**، الإستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006.

12. **رجب محمود طاجن**، ملامح عامة لعقود المشاركة، دار النهضة العربية للنشر، د ط القاهرة 2016-2017.

13. **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها FDI –، دار نور الإسلام للطباعة والتصميمات، ط الأولى،2001.

14. **سمير محمد عبد العزيز**، **إسماعيل حسين إسماعيل**، **شكري رحب العشماوي**، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية الطبعة الأولى، 2003 الإسكندرية.

15. **السيد سامي العواني**، إلتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والإستغلال والتسليم دار التوفيقية للتراث، ط الأولى 2011، القاهرة.

16. **شامل هادي نجم الغزاوي**، إلتزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية B.O.T –دراسة مقارنة– المركز القومي للإصدارت القانونية، الطبعة الأولى، 2016 القاهرة.

17. **شعبان أحمد رمضان** ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في

النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية للنشر الطبعة الأولى 2016، القاهرة.

18. **شكري رجب العشماوي – إسماعيل حسين إسماعيل – سمير محمد عبد العزيز**، معايير السلامة الإستثمارية ومشروعات B O T الأسس والنماذج والحالات، المكتب العربي الحديث د ط، 2006-2007.

19. **صافي أحمد قاسم**، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص (P.P.P) دار النهضة العربية للنشر القاهرة ، د ط، 2016.

20. **صلاح عباس**، الخصخصة المصطلح والتطبيق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، د ت.

21. **طه محيميد جاسم الحديدي**، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر مصر الإمارات، د ط 2013

22. **عبد الفتاح بيومي حجازي**، عقود البوت BOT – في القانون المقارن-دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى، 2016 الإسكندرية.

23. **عبد القادر محمد عبد القادر عطية**، دراسات الجدوى التجارية والإقتصادية والإجتماعية مع مشروعات BOT، الدار الجامعية للنشر، د ط، 2005.

24. **عصام أحمد البهجي**، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار الفكر الجامعي للنشر الطبعة الأولى 2014.

25. **عصام أحمد البهجي**، عقود البوت BOT – طريق لبناء مرافق الدولة الحديثة – دار الجامعة الجديدة، د ط، 2008.

26. **عصام فرج الله محسن إبراهيم**، مدى الإستفادة من التعاقد مع طرف وطني في عقود BOT دار الفكر الجامعي للنشر، الطبعة الأولى 2017، الإسكندرية.

27. **كمال طلبة المتولي سلامة**، الإتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T – دراسة مقارنة – مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2015.

28. **محمد أحمد غانم**، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـBOT، المكتب الجامعي الحديث، د ط 2009، مصر.

29. **محمد عبد المجيد إسماعيل**، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، 2003، لبنان.

30. **محمد مطر المطري**، الحقوق والإلتزامات التبادلية لأطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T –دراسة نظرية مقارنة في النظامين المصري والكويتي – د د ن، د ت، د ط.

31. **مروان محي الدين القطب**، طرق خصخصة المرافق العامة – الإمتياز الشركات المختلطة – BOT– تفويض المرفق العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

32. **مصطفى عبد المحسن الحبشي**، الوجيز في عقود البوت BOT، دار الكتب القانونية، د ط مصر، 2008.

33. **منير إبراهيم الهندي**، الخصخصة خلاصة التجارب العالمية الإعداد لخصخصة – خصخصة المشروعات الإقتصادية – خصخصة مشروعات البنية التحتية، دار الكتب والوثائق القومية، د ط، 2004 الإسكندرية.

34. **مهند إبراهيم علي فندي الجبوري**، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص الخصخصة دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2008.

35. **نادية ضريفي**، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، د ط، الجزائر 2010.

36. **وسام محمد حسن القرة غولي**، الإطار القانوني لعقود مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص –دراسة مقارنة– المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى 2016.

37. **وضاح محمود الحمود**، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، 2010، عمان.

38. **وليد حيدر جابر**، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

39. **وليد حيدر جابر**، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

ب-الرسائل الجامعية

ب1- أطروحات الدكتوراه

1. **إبراهيم العسري**، ضمانات التحكيم التجاري -دراسة مقارنة -، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، وجدة جامعة محمد الأول، المغرب 2015-2016.

2. **أحمد محرم محمد إبراهيم**، الأثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة بنظام الـBOT -دراسة مقارنة- رسالة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة أسيوط 2008.

3. **أمينة بن عميور**، الحماية القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2017-2018.

4. **جميلة قنادرة**، الشراكة العمومية الخاصة والتنمية الإقتصادية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم الإقتصادية، تخصص تسيير المالية العمومية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2017-2018.

5. **حمادة عبد الرازق علي حمادة**، عقد إلتزام المرفق العام - دراسة مقارنة- رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2011 .

6. **رشدي صالح عبد الفتاح صالح**، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـBOT دراسة تحليلية مقارنة مع التطبيق على مصر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق 2005.

7. **سمية سلامي**، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث ل م د في الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، 2020-2021.

8. **سهيلة فوناس**، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون عام، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، 2018.

9. **طارق عبد الرازق العدساني**، النظام القانوني لعقد الـBOT وفقا للتشريع الموريتاني بالمقارنة بالقانون المصري والقانون المقارن، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية 2016.

10. عصام حوادق، تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم إختصاص قانون عام، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2011-2012.

11. **فوزية هوشات**، تحولات النشاط العمومي في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق 2017-2018.

12. **محمد صلاح**، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الإستثمار في البنى التحتية للإقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، دراسة حالة بعض إقتصاديات الدول العربية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإقتصادية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف 2014-2015.

13. **نعيمة أكلي**، عقد الإمتياز الإداري في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري تيزي وزو، 2018.

14. نور الدين بوصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2010-2011.

ب2 – مذكرات الماجستير

1. **سميرة حصايم** ، عقود البوت BOT إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق، 2011.

2. **صهيب صبوع**، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B O T) وتطبيقاته في الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.

3. **منصور ذيب صباح الفضلى**، دور البنوك في تمويل المشروعات المنشأة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية قسم القانون، القاهرة، 2005.

4. **منى بوختالة**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014.

5. **هاجر شماشمة**، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2013-2014.

6. هاني أحمد خليل، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في مصر –تقييم للتجربة ورؤية مستقبلية – مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في التخطيط والتنمية معهد التخطيط القومي، مصر 2017.

ج –المقالات

1. **إبراهيم أولتيت**، الشراكة بين القطاعين العام والخاص وجدلية العلاقة بين الدولة والسوق في الفكر المعاصر، مقال منشور بمجلة إستشراف للدراسات والأبحاث القانونية، العدد الأول، مؤسسة أفزارن للطباعة بطنجة المغرب.

2. **أحمد بن حسن بن أحمد الحسني**، دراسة شرعية إقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة BOT، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.

3. **أحمد عبد العزيز – جاسم زكريا، فراس عبد الجليل الطحان**، العولمة الإقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية، مقال منشور بمجلة الإدارة والإقتصاد، العدد السادس والثمانون ، لسنة 2011.

4. **براق محمد – عبد الحميد فيجل**، عقد البوت كآلية شراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل مشاريع البنية التحتية إشارة إلى تجارب عربية وغربية، مقال منشور بمجلة الدراسات الإقتصادية المعاصرة، العدد 5، 2018 الجزائر.

5. **حميدة زينب مولاي عمار، بوزيد كييحول**، الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مقال منشور بمجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 2، لسنة 2017.

6. **السعيد الدراجي**، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية فعالة لتمويل التنمية الفعالة مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، عدد 41، جوان 2014، مجلد ب، قسنطينة.

7. **سليم موالدي– كريمو دراجي– أكرم حزي**، التجربة الفرنسية في الشراكة بين القطاع العام والخاص وأهميتها التنموية، مقال منشور بمجلة معارف، قسم العلوم الإقتصادية، عدد 24، جوان 2018.

8. **شهرزاد زغيب**، الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر واقع وأفاق، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر،عدد 23، جوان 2005،

9. **طارق بن هلال البوسعيدي**، الصيغة القانونية لعقود الإمتياز والإستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام الBOT، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 36 أكتوبر 2008.

10. **عيسى محمد الغزالي**، نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، عدد 35، نوفمبر 2004، السنة الثالثة.

11. **لخصر زرارة – علي سعودي**، سلطات الضبط الإقتصادي ومهامه مقال منشور بمجلة

الدراسات القانونية والسياسية، صادرة عن مجلة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، العدد 6 جوان 2017.

12. **مبارك بن الطيبي – سليمان قنقارة،** عقد البوت وأثره في ترقية الإستثمار وإنجاز مشاريع البنية التحتية الحديثة، مقال منشور بمجلة معالم لدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 2، السنة 2019.

13. **محمد صلاح – البشير عبد الكريم،** أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية – تجارب دولية وعربية مختارة –، مقال منشور بمجلة أبحاث إقتصادية وإدارية العدد السابع عشر جوان 2015، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير.

14. **محمد صلاح – طلال زغبة،** محددات تمويل مشروعات البنية التحتية وفق نظام الـBOT – دراسة نظرية –، مقال منشور بمجلة التنمية والإقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، العدد 3 مارس 2018.

15. **محمد يوسفي،** مضمون أحكام الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار، المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الإستثمارات الوطنية والأجنبية، مقال منشور بمجلة الدراسات الوطنية للإدارة المحلية، العدد 23 لسنة 2002، الجزائر.

16. **محي الدين القبسي،** التجربة اللبنانية في عقود البوت (البناء والتشغيل والتحويل)، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الأول، 2003- 2004.

17. **مكي الدراجي – عبير شابي،** الخوصصة القاعدة الأهم لإقتصاد السوق – دراسة حالة الجزائر- مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات، العدد الثالث، جوان 2006.

18. **المكي الدراجي،** عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص محاولة في تحديد المفهوم والطبيعة، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 132 يناير- فبراير 2017.

19. **منجية بورحلة – مهري عبد المالك،** نظام الـ BOT بناء وتشغيل ونقل الملكية، كآلية لدمج القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية في الجزائر، مقال منشور بمجلة التكامل الإقتصادي المجلد 7، العدد 4، ديسمبر 2019.

20. **هاني صلاح سري الدين،** الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، مقل منشور بمجلة القانون والإقتصاد البحوث القانونية والإقتصادية عدد 71.

21. **يسمينة لعجال – دليدية دوفان** ، التعاقد بأسلوب البوت في التشريعين الجزائري والفرنسي، مقال منشور بالمجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، عدد 01، أكتوبر 2017 .

22. **يونس تهاني مصطفى محمد،** الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الBOT مقال منشور بمجلة الدراسات العليا –كلية الدراسات العليا– جامعة النيلين، السودان، عدد 18، 2016.

د – المداخلات

1. **أحمد سيد أحمد محمود،** التحكيم في عقود الشراكة PPP، ورقة مقدمة في ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP والتحكيم في منازعاتها والمنعقد في شرم الشيخ جمهورية مصر العربية، ديسمبر 2011.

2. **كاميليا صلاح الدين،** الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية، دراسة تحليلية، ورقة مقدمة في ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها والمنعقد في شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ديسمبر 2011، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية 2012، أعمال المؤتمرات.

3. **محمد عبد الخالق محمد الزغبي،**عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، بحوث وأوراق عمل ندوة (الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات ديسمبر 2011.

4. **محي الدين القيسي،** فض المنازعات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن طريق القضاء أو التحكيم، بحوث وأوراق عمل ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام

والخاص والتحكيم في منازعاتها، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2012، مصر.

5. **وليد شواقفة،** الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الدول النامية، بحوث وأوراق عمل مؤتمر الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتعاون مع جامعة اليرموك الأردنية اريد – المملكة الأردنية الهاشمية يوليو 2008، المنظمة العربية للتنمية الإدارية أعمال المؤتمرات 2011.

هـ- مواقع الإنترنات

1. **علاوة هوام – سميرة قروي،** أطر فض منازعات الإستثمار الأجنبي، مقال منشور على موقع الإلكتروني: https://www.asjp.cerist.dz

2. **عيسى محمد الغزالي،** نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون نوفمبر 2004، السنة الثالثة، مقال منشور على الموقع الالكتروني: https://www.arab.apl.org.

3. **منجية بورحلة، مهري عبد المالك،**(نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية) كآلية لدمج القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية في الجزائر، مجلة التكامل الإقتصادي، المجلد 07، العدد 04، ديسمبر 2019، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: https ://www.asjp.cerist.dz

4. **نوفان العقيل العجارمة،** عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 1، 2013، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: https ;//academia-arabia.com

2-باللغة الأجنبية

A- Ouvrages

1. **Alliouch- Kerboua- Meziani Naima** , L'Arbitrage commercial international en Algérie , Office des Publications Universitaires ,2010

2. **Ghislaine alberton** , les rapports du partenariat public-prive au droit des contractas: entre propositions communautaires et concrétisation nationales française , ouvrage collectif sur ; partenariat public-prive et gouvernance future , sou la direction de Qli sedjari , ed Lharmttan-gret , 2005

3. **Jean-Francois lachaume ,Claudie boiteau , Helene pauliat ,** Grands services publics ,2 édition Dalloz paris , 2004.

4. **Pierre Esplugas**,Le service public ,connaissance du droit Dalloz , 1998 .

B - Thèse de Doctorat

1. **Tafotie Roger** , Build, Operate and Transfer (BOT) projects contribution a letude juridique dune modalities de partenariats public- privet a la lu iere de lapproche law and economics these soutenue le 6/01/2012 a Luxembourg

C - Revues

1. **ABDESSALEM B EKK ALI** , La Pratique de la Gestion déléguée au Maroc réflexions Sur La Portée de la Convention Conclue Entre la Communauté Urbaine de Casablanca et la Lyonnaise des Eaux, Remald, serie, Themes Actuels , N° 30 , 2001
2. **DAVID SOLDINI** , La Délégation De Service Public: sa fonction, ses critères, in RFDA , N° 6, 2005
3. **HABIB BENBAYER et BASUDEB CHAURHURI** La Redéfinition de L'interventionnisme étatique , in le Changement dans l'administration, Actes des Colloque international, IDARA , N° 25 – 2013
4. **Ledang Doanh** , Les rapports entre la société ad hoc B O T. et la puissance public , In Revue internationale de droit compare , Vol 49 n: 4 Octobre – décembre 1997
5. **Lyonet du Moutier Michel** , Financement sur projet et partenariat public prive , la relation entre concèdent et concessionnaire dans les B O T d'infrastructure , revue trimestrielle politique et management public , vol 21 n 01 Mars 2003,
6. **Xavier berzancon** , les nouveaux contrats de partenariat public-prive dl livres-bnf , 2005,

D- **ARTICLES SUR INTERNET**

1. **Ammari Zohir –Guemmaz Souhil**, Le Financement des projets en Algérie a travers le mode BOT ,Cas du dossier dessalement de l'eau de mer , Revue académique des études humaines et sociales. article sur le site https://www.asjp.cerist.dz
2. **Cemil Acar** , the build-operate-transfer model for aerodrome terminal buildings ,. sur le sit http://web.shgm.gov.tr
3. **Emmanuelle Auriol and Pierre M. Picard**, Atheory of BOT Concession Contracts, January 18 2010 , sur site, https://idel.fr/sites/default/files/medias/doc/by/auriol/bot withfigure,pdf. ,
4. **Jeffrey Delmon** ,Partenariats public-prive dans le secteur des infrastructures , guide pratique a l'intention des décideurs publics , THE WORLD BANK PPIAF, sur site http://documents 1.worldbank.org.
5. **Tafotie Roger** Redécouvrir la technique du Builde , Operate and Transfer BOT) pour une réalisation optimale de projets [ublics et prives en Afrique , sur le sit ,.https // revus ,

ersuma ,org /no-3-sepiembre -2013/etudes -27/article/redecouvrire –la-technique-du-build 18:10 le 29-08-2018

6. **Thierry Bourbie et Jean-François** ,BOT versus concession , Les leçons des contrats de Sydney et de Buenos Aires, sur le site, http://www.annales.org/ri/1999/ri08-99/bourbie67-72 .

Sites web

- https://www.legifrance.gouv.fr.

- https ;//affaires juridiques.aphp.fr.

- https://www.senat.fr

.http://www.wipo.int

-https://www.sgg.gov.ma

http://lawyeregypt.net

-http://www.e-lawyerassistance.com

- https://www.ohchr.org

-https://www.newyorkconvention.org

-https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2004/10/72/2004-1145/jo/texte

-https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2004/6/17/2004-559/jo/texte

فهرس الموضوعات

مقدمة	1
الفصل الأول: **الإطار المفاهيمي العام للشراكة العمومية الخاصة في ظل عقد الـ BOT**	
المبحث الأول: عقود الشراكة العمومية الخاصة توجه للنهوض بمشاريع البنية التحية	11
المطلب الأول: تكريس عقود الشراكة العمومية الخاصة كنمط تعاقدي جديد	11
الفرع الأول: تكريس عقود الشراكة في التشريع الفرنسي	12
الفقرة الأولى: الجذور الفرنسية لعقود الشراكة	12
الفقرة الثانية : التعريف الفرنسي لعقود الشراكة	15
الفرع الثاني : تكريس عقود الشراكة في مصر	16
الفقرة الأولى: الجذور المصرية لعقود الشراكة	17
الفقرة الثانية: تعريف المشرع المصري لعقود الشراكة	18
الفرع الثالث: مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص على ضوء عيوب المنظومة القانونية الجزائرية	19
الفقرة الأولى: موقع عقود الشراكة العمومية الخاصة في الدستور الجزائري	19
الفقرة الثانية: الإستثمارات العمومية والإصلاحات الإقتصادية في الجزائر	21
الفرع الرابع: أشكال عقود الشراكة	29
الفقرة الأولى: عقود الخدمات	29
الفقرة الثانية: عقود الإدارة	30
الفقرة الثالثة: عقود الإيجار	31
الفقرة الرابعة: عقود إلتزام المرافق العامة	33
الفقرة الخامسة: مشتقات عقد الـ BOT	34
المطلب الثاني: عقود الشراكة وعلاقتها بالبنية التحتية	36

الفرع الأول: مفهوم البنية التحتية	36
الفقرة الأولى: المقصود بالبنية التحتية	36
الفقرة الثانية: خصائص البنية التحتية	37
الفرع الثاني: تقليص فعالية القطاع العام عن طريق القطاع الخاص	38
الفقرة الأولى: القطاع العام وأهميته	38
الفقرة الثانية: القطاع الخاص ودوره	40
الفرع الثالث: مبررات إعتماد عقود مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص كإسهام في تحقيق عملية التنمية	42
الفقرة الأولى: المبررات الإقتصادية والمالية	43
الفقرة الثانية: نقل التكنولوجيا للدولة وتحديثها	44
الفقرة الثالثة: إعتبارات تتصل بالدعم الحكومي	44
المبحث الثاني: عقد الـBOT تقنية لإقامة مشاريع البنية التحتية	46
المطلب الأول: عقد الـBOT بين ضرورة التحديث وتحديات الواقع القانوني في الجزائر	46
الفرع الأول:إشكالية تمويل مشروعات البنية التحتية أساس نشأة عقد الـBOT	46
الفقرة الأولى: مرحلة الحرية الإقتصادية	47
الفقرة الثانية: تنظيم وتقنين البنية الأساسية	47
الفقرة الثالثة: تأميم البنية الأساسية وزيادة التدخل الحكومي	48
الفقرة الرابعة: العودة إلى مشاركة القطاع الخاص	49
الفرع الثاني: تعريف عقد الـBOT	51
الفقرة الأولى: التعريف الفقهي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT	51
الفقرة الثانية: التعريف التشريعي لعقود الـBOT	53
الفقرة الثالثة: رأي بعض اللجان والمنظمات الدولية المتخصصة لعقود BOT	57

المطلب الثاني: خصوصية عقد الـBOT	58
الفرع الأول: الخصوصية من حيث الشكل	59
الفقرة الأولى: الإستشارات السابقة	59
الفقرة الثانية: الترخيص والتصديق من أصحاب الاختصاص	60
الفقرة الثالثة: النشر في جريدة رسمية	61
الفرع الثاني: خصوصية عقد الـ **BOT** في موضوعه	62
الفقرة الأولى: تعدد أطراف عقد الـBOT	62
الفقرة الثانية: إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام	66
الفقرة الثالثة: تمويل المشروع	67
الفقرة الرابعة: تحديد وإدارة مخاطر المشروع	68
الفرع الثالث: الخصوصية من حيث مضمون عقد الـBOT	69
الفقرة الأولى: مرحلة البناء	69
الفقرة الثانية: مرحلة التشغيل	70
الفقرة الثالثة: مرحلة نقل الملكية (تحويل المشروع)	70
الفرع الثالث: منافع ومساوئ عقد BOT	71
الفقرة الأولى: منافع عقد BOT	71
الفقرة الثانية: عيوب عقود BOT	72
المطلب الثالث: التكييف القانوني لعقد الـBOT	74
الفرع الأول: الاتجاه الفقهي القائل بأن عقد الـBOT عقد تنظيمي	74
الفرع الثاني: الإتجاه الفقهي القائل بأن عقد الـBOT عقد مدني	75
الفرع الثالث: الإتجاه الفقهي القائل بأن عقد الـBOT عقد إداري	76
الفرع الرابع: الإتجاه الفقهي القائل بأن عقود الـBOT من قبيل عقود التجارة الدولية	78

الفقرة الأولى: المعيار القانوني لدولية العقد	79
الفقرة الثانية: المعيار الإقتصادي لدولية العقد	80
الفقرة الثالثة: المعيار المزدوج لدولية العقد	81
الفرع الخامس: القول بالطبيعة الخاصة لعقد الـ **BOT**	82
الفرع السادس: رأي المشرع الجزائري في الطبيعة القانونية	84
المبحث الثالث: موقع عقد الـ **BOT** ضمن بعض العقود الشبيهة به	85
المطلب الأول: موقع عقد الـ **BOT** ضمن تقنيات التسيير المباشر	86
الفرع الأول: عقد الـBOT وعقد الأشغال العامة	86
الفقرة الأولى: تعريف عقود الأشغال العامة	86
الفقرة الثانية: مدى التقارب والتباعد بين عقود الـBOT وعقود أشغال عامة	87
الفرع الثاني: عقد البوت وعقد تسليم المفتاح في اليد	88
الفقرة الأولى: تعريف عقد تسليم المفتاح في اليد	88
الفقرة الثانية: أوجه التشابه والاختلاف بين العقدين	89
المطلب الثاني: موقع عقد الـBOT ضمن تقنيات التسيير غير المباشر	91
الفرع الأول: إشكالية عقد البوت كبديل تعاقدي للخصخصة الشاملة	92
الفقرة الأولى: تعريف الخوصصة	92
الفقرة الثانية: خوصصة مرافق البنية الأساسية	95
الفقرة الثالثة: التشابه والإختلاف بين نظام الـBOT ونظام الخصخصة	96
الفرع الثاني: إشكالية عقد البوت كوجه من أوجه التفويض	96
الفقرة الأولى: المقصود بتفويض المرفق العام	97
الفقرة الثانية: عناصر تقنية تفويض المرفق العام	100
الفقرة الثالثة: مكانة عقد الـBOT ضمن طيات التفويض	104
الفرع الثالث: إشكالية عقد الـBOT كإمتداد لعقد الإمتياز	105

الفقرة الأولى: تعريف عقد الامتياز	105
الفقرة الثانية: الخصائص القانونية لعقد الإمتياز	108
الفقرة الثالثة: مدى التقارب والتباعد بين عقد الـ BOT وعقد الإمتياز	109
ملخص الفصل الأول	113
الفصل الثاني: **مسار نظام الـBOT في عمره الإفتراضي**	
المبحث الأول: عقد الـ **BOT** وخصوصية إجراءاته	116
المطلب الأول: إجراءات التعاقد	116
الفرع الأول: الإجراءات السابقة على التعاقد	116
الفقرة الأولى: تحديد المشروع من قبل الجهة الإدارية	117
الفقرة الثانية: إعداد دراسة الجدوى	118
الفرع الثاني: طرح المشروع للتعاقد	120
الفقرة الأولى: الدعوة للمنافسة والتعاقد في عقود الـ BOT	121
الفقرة الثانية: إبرام العقد	136
المطلب الثاني: إطلاق المشروع للتنفيذ التقني والفني	143
الفرع الأول: مرحلة تصميم المشروع	144
الفرع الثاني: مرحلة تحضير موقع المشروع	144
الفرع الثالث: مرحلة تنفيذ المشروع ونقل التكنولوجيا	145
الفقرة الأولى: بناء وتنفيذ المشروع	145
الفقرة الثانية: تدريب العمال ونقل التكنولوجيا	146
المبحث الثاني: الفلسفة التمويلية كحجر الأساس للنهوض بمشاريع البنية التحتية والمخاطر المحتملة	147
المطلب الأول: الفلسفة التمويلية كحجر الأساس لنهوض بمشاريع البنية التحتية	148

الفرع الأول: مكونات تكاليف المشروع	148
الفقرة الأولى: تكاليف ما قبل الإستثمار	148
الفقرة الثانية: التكاليف المرتبطة بالعطاءات والمناقصات الخاصة بالمشروع	149
الفقرة الثالثة: تكاليف الإنشاءات	149
الفقرة الرابعة: تكاليف التشغيل	149
الفقرة الخامسة: تكاليف إنهاء التعاقد ونقل الملكية إلى الحكومة المضيفة	150
الفرع الثاني: المصادر المتاحة لتمويل مشروعات عقد الـBOT	150
الفقرة الأولى: آليات تمويل المشروعات المقامة بنظام الـBOT	150
الفقرة الثانية: المصادر الأساسية للتمويل	152
الفقرة الثالثة: طرائق أخرى مقترحة لتمويل مشروعات الـ BOT	160
المطلب الثاني: المخاطر المحتملة حول مشروعات عقد الـBOT	162
الفرع الأول: تقييم أداء مشروعات الـBOT	163
الفقرة الأولى: التقييم البيئ للمشروع	163
الفقرة الثانية: التقييم التقني للمشروع	164
الفقرة الثالثة:التقييم التجاري لمشروعات الـ BOT	166
الفقرة الرابعة: التقييم المالي للمشروع	167
الفقرة الخامسة: التقييم الإقتصادي للمشروع	168
الفقرة السادسة: التقييم الإجتماعي لمشروعات الـBOT	169
الفرع الثاني: المخاطر المحتملة لمشروعات الـBOT	169
الفقرة الأولى: المقصود بفكرة المخاطر	170
الفقرة الثانية: توزيع المخاطر بين القطاعين العام والخاص	170
المبحث الثالث: نهاية عقود الـ BOT	174
المطلب الأول: النهاية الطبيعية لعقد الـBOT	174

الفرع الأول: إنتهاء عقد الـBOT بالمدة المتفق عليها	175
الفقرة الأولى: أموال تؤول ملكيتها للدولة مجانا	176
الفقرة الثانية: أموال تبقى ملكيتها للشركة المتعاقدة	177
الفقرة الثالثة: أموال من حق الدولة أن تشتريها	177
الفرع الثاني: عدم اعتماد المدة كنهاية لعقد الـBOT	178
الفقرة الأولى: تجديد مدة عقد الـBOT	178
الفقرة الثانية: تمديد مدة عقد BOT	180
الفقرة الثالثة: تعليق مدة عقد BOT	180
المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية (غير العادية) لعقود الـBOT	181
الفرع الأول: فسخ عقد الـBOT	181
الفقرة الأولى: الفسخ الإتفاقي	181
الفقرة الثانية: الفسخ القضائي بناءا على طلب المتعهد	182
الفقرة الثالثة: الفسخ بقوة القانون	183
الفقرة الرابعة: الفسخ بمعرفة الإدارة	183
الفقرة الخامسة: إنهاء العقد بسحب الإلتزام أو بإسقاطه	184
الفرع الثاني: إنهاء العقد عن طريق إسترداد إمتياز عقد الـBOT	187
الفقرة الأولى: تعريف الإسترداد وبيان أهدافه	187
الفقرة الثانية: حالات الإسترداد	188
ملخص الفصل الثاني	191
الفصل الثالث: **آثار تفعيل التعاقد لمشروعات الشراكة العمومية الخاصة وفق نظام الـBOT**	
المبحث الأول: آثار عقد الـBOT على المتعاقدين	194

المطلب الأول: حقوق الإدارة المتعاقدة وإلتزاماتها في عقود الـ BOT	194
الفرع الأول: حقوق الإدارة المتعاقدة	194
الفقرة الأولى: الحق في الرقابة والتوجيه على عقود الـBOT	195
الفقرة الثانية: حق الإدارة في تعديل العقد	201
الفقرة الثالثة: حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة	204
الفقرة الرابعة: حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة	206
الفرع الثاني: إلتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود الـBOT	207
الفقرة الأولى: تنشيط التشريعات لتنشيط الإستثمار الأجنبي	207
الفقرة الثانية: إلتزام الإدارة بتنفيذ العقد وفق مبدأ حسن النية	208
الفقرة الثالثة: الإلتزام بتسليم موقع الأعمال لشركة المشروع	208
الفقرة الرابعة: تسهيل الإجراءات الإدارية	209
الفقرة الخامسة: الإلتزامات المالية للإدارة	209
المطلب الثاني: حقوق شركة المشروع والتزاماتها	211
الفرع الأول: حقوق شركة المشروع في عقد الـBOT	212
الفقرة الأولى: الحق في إستخدام الأجانب	212
الفقرة الثانية: الحق في الحصول على المقابل النقدي	213
الفقرة الثالثة: الحق في إعادة التوازن المالي للعقد	214
الفرع الثاني: إلتزامات شركة المشروع	218
الفقرة الأولى: الإلتزام بالتشريعات والأنظمة والقوانين	218
الفقرة الثانية: الإلتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد	219
الفقرة الثالثة: الإلتزام بتنفيذ العقد ضمن المهل المحددة	222
الفقرة الرابعة: الإلتزام بتصميم المشروع	225

الفقرة الخامسة: الإلتزام ببناء المشروع	225
الفقرة السادسة: الإلتزام بتشغيل المشروع	226
الفقرة السابعة: الإلتزام بصيانة المشروع	226
الفقرة الثامنة: الإلتزام بنقل التكنولوجيا	227
الفقرة التاسعة: الإلتزام بتدريب العاملين في القطاع العام	228
الفقرة العاشرة: الإلتزام بتحويل المشروع إلى جهة الادارة (الدولة)	229
الفقرة الحادية عشر: الإلتزام بحماية البيئة	230
المبحث الثاني: وسائل حسم منازعات عقد الـBOT	231
المطلب الأول: الوسائل القضائية لحسم منازعات عقود الـBOT	231
الفرع الأول:القضاء الوطني للدولة المضيفة كوسيلة لحل منازعات عقود البوت	232
الفقرة الأولى: القضاء الوطني كصاحب الإختصاص الأصيل لتسوية منازعات الإستثمار في عقود الـ BOT	232
الفقرة الثانية: تقدير دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي	235
الفرع الثاني: القضاء الدولي كوسيلة لحسم منازعات عقود الـ BOT	238
المطلب الثاني: الوسائل البديلة الودية لتسوية منازعات الإستثمار الخاصة بعقود الـBOT	241
الفرع الأول: الوسائل الودية الغير تحاكمية لتسوية منازعات عقود الـ BOT	241
الفقرة الأولى: التفاوض	241
الفقرة الثانية: الوساطة	243
الفقرة الثالثة: التوفيق أو المصالحة	245
الفقرة الرابعة: الخبرة الفنية	247
الفقرة الخامسة: المحاكمات المصغرة ومجالس المطالبات	248

الفرع الثاني: فعالية الوسائل الودية في حسم منازعات عقود الـ BOT	249
الفقرة الأولى: دور الوسائل الودية في حسم منازعات عقود الـ BOT	249
الفقرة الثانية: مميزات وعيوب الوسائل الودية	251
المطلب الثالث: إعتماد التحكيم كقضاء خاص لتسوية منازعات عقود الـ BOT	252
الفرع الأول: مفهوم التحكيم ومشروعيته	252
الفقرة الأولى: تعريف التحكيم	252
الفقرة الثانية: مشروعية التحكيم ومبرراته	256
الفقرة الثالثة: صور التحكيم	257
الفقرة الرابعة: أنماط التحكيم	259
الفرع الثاني: تنظيم إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على إتفاقاته	261
الفقرة الأولى: تنظيم إجراءات التحكيم	261
الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه	267
المبحث الثالث:الجانب التطبيقي لعقد الـBOT في بعض الدول العربية والغربية	272
المطلب الأول: مجال تطبيق نظام الـBOT في بعض الدول العربية	272
الفرع الأول: مجال تطبيق نظام الـBOT في الجزائر	272
الفقرة الأولى: مشروع الطريق السيار شرق غرب	273
الفقرة الثانية: مشروع ميناء الوسط	274
الفقرة الثالثة :التمديدات والتوسيعات الجديدة لمترو الجزائر	275
الفرع الثاني: مجال تطبيق نظام الـBOT في لبنان	275
الفقرة الأولى: التجربة اللبنانية في عقد الهاتف الخلوي النقال GSM	276
الفقرة الثانية: عقد مواقف السيارات في مطار بيروت الدولي	277
الفرع الثالث: مجال تطبيق نظام الـBOT في مصر	278

الفقرة الأولى: مطار مرسي علم ومطار العلمين ومطار رأس سدد وفق نظام الـBOT	278
الفقرة الثانية: المياه والصرف الصحي	278
المطلب الثاني: مجال تطبيق نظام الـBOT في بعض الدول الغربية	279
الفرع الأول: بعض التجارب الأوربية	279
الفقرة الأولى: التجربة البلغارية	280
الفقرة الثانية: مشروع نفق المانش (نفق القتال) بريطانيا فرنسا	280
الفرع الثاني: بعض التجارب الأسيوية	281
الفقرة الأولى: الطريق السريع الشمالي الجنوبي في ماليزيا	281
الفقرة الثانية: التجربة الصينية	282
ملخص الفصل الثالث	283
الخاتمة	285
قائمة المصادر والمراجع	291
فهرس الموضوعات	312
الملخص	

الملخص بالغة العربية

تسعى أغلبية الدول ومنها الجزائر إلى تحرير الإقتصاد والإنفتاح على إقتصاد السوق بإستقطاب الإستثمار الأجنبي من أجل الحصول على رؤوس أموال أجنبية، عن طريق إبرام عقود إستثمارية تستهدف إشباع الحاجات العامة للمواطنين بكل فعالية وجودة، وهذا ناتج عن التحولات التي عاشتها الدولة الجزائرية إثر التقلبات الإقتصادية المتكررة، ومحاولة الدولة الإنسلاخ من النظام الإشتراكي الماركسي والتحول إلى الدولة الضابطة الحارسة بدلا من الدولة المتدخلة، حيث فتحت المجال لإستقطاب رؤوس أموال أجنبية للإستثمار، وأعطت الحرية كاملة للمستثمر من خلال إشراك القطاع الخاص في تمويل المشاريع والمساهمة في عملية الإنماء الإقتصادي.

وعقد البوت هو أحد الحالات التي تعبر عن الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، والذي يظم ثلاثة مراحل تتمثل في الإنشاء والإستغلال ثم تحويل المشروع إلى الجهة المانحة بعد إنتهاء مدة الإمتياز وتحقيق مبتغى كل طرف، فهذا العقد ينحصر بين جهتين مختلفتين ومتعارضتين في المصالح الدولة المضيفة للإستثمار صاحبة السيادة من جهة، وشركة المشروع من جهة أخرى ولكل مركزه القانوني ولكل هدفه و مبتغاه الذي يطمح لتحقيقه، فمصلحة الجهة المانحة مصلحة عامة هدفها تلبية إحتياجات المواطنين من خلال إنشاء مرفق عام، في حين أن مصلحة الملتزم هي مصلحة خاصة هدفها الحصول على هامش ربح جيد ، لذلك لابد من التوافق بين المصلحتين.

ونظرا لعدم تنظيم المشرع الجزائري لقانون خاص بهذا النمط تحت مسمى عقد البوت مما أوجد صعوبة في تكييف هذا العقد ، ولهذا إعتمدنا على إسقاط بعض القوانين التي جاءت في صيغة إمتياز والتي تحمل مراحل عقد الـBOT على بعض المشاريع التي أقيمت بهذه الصيغة والتي جاءت تحت مسمى عقود الإمتياز، وهذا من أجل محاولة تكييف قالب قانوني له، كما إعتمدنا على بعض التشريعات المقارنة من أجل التعرف على مختلف المراحل التي يمر بها هذا النمط وذلك من خلال تجارب بعض الدول التي تبنت هذا النظام وإعتمدته لإقامة مشاريعها الكبرى.

الكلمات المفتاحية

الإستثمار– عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PPP – عقد البوت BOT – عقد الإمتياز– تسوية المنازعات .

Résumé :

La majorité des pays‹ y compris l'Algérie‹ cherchent à libéraliser l'économie et à S'ouvrir sur l'économie de marché et ce en attirant les investissements étrangers dans la finalité d'obtenir des capitaux étrangers et en concluant des contrats d'investissement visant à satisfaire les besoins de ses citoyens efficacement en sus de la qualité. il est le fruit des mutations qu'a connu l'état algérien suite aux fluctuations économiques successives et la tentative de l'état de rompre avec le système socialiste marxiste et devint un état régulateur et contrôlant au lieu d'un état interférant‹ car il ouvrait la voie à attirer des capitaux étrangers pour investir‹

il à laissé toute liberté à l'investisseur en impliquant le secteur privé dans le financement des projets et en contribuant au processus de développement économique.

Le contrat bot est l'un des cas qui exprime le partenariat entre les secteurs public et privé qui comprend trois étapes représentées dans l'établissement et l'exploitation‹le projet a été transféré au donateur après la fin de la période de concession et l'objectif de chaque partie était atteint pour l'investissement souverain d'une part.

Et la société de projet d'autre part‹ et chacun des ses statuts juridiques‹ et chacun de ses buts et plaisirs qu'elle aspire à atteindre‹ l'intérêt du donateur est un intérêt public dont le but est de répondre aux besoins des citoyens à travers l'établissement d'un établissement public. Considérant que l'intérêt obligé est un intérêt privé dont le but est d'obtenir une bonne marge bénéficiaire‹ il doit donc y avoir consensus entre les deux intérêts‹ et étant donné que le législateur algérien n'a pas réglementé une loi spéciale dans ce style‹ il a exhorté le nome de le contrat bot‹ qui a rendu difficile l'adaptation de ce contrat‹ et pour cela nous nous sommes appuyés sur l'abandon de certaines lois qui se sont présentées sous forme de concession‹ qui porte les étapes du contrat bot sur certains des projets qui ont été établis sous cette forme‹ qui portaient le nom de contrats de concession

Ceci afin d'essayer d'adapter un modèle juridique pour cela‹ nous somme également appuyés sur quelques législations comparées afin d'identifier les différentes étapes que traverse ce schéma‹ à travers les expériences de certains pays qui ont Adopté de ce système et l'ont adopté pour établir leurs grands projet.

Mots –clés : Investissements – contrats de partenariats public prive PPP – contrats de Bot – contrat de concession – Règlement des différends.

Abstract :

The majority of countries، including Algeria، are seeking to liberalize the economy and to open up to the market economy by attracting foreign investment with the aim of obtaining foreign capital and by concluding investment contracts aimed at meet the needs of its citizens efficiently in addition to quality، it is the fruit of the changes experienced by the Algerian state following successive Economic fluctuations and the state's attempt to break with the Marxist socialist system and became a regulating and controlling state، because it paved the way for attracting foreign capital to invest ، he left full freedom to the investor by involving the private sector in the financing of projects and by contributing to the process of economic disruption

The bot contract is one of the cases that expresses the partnership between the public and privates sectors which includes three stages represented in the establishment and the operation، the project was transferred to the donor after the and the objective of each part was achieved ، and each of its legal statues

And each of its goals and pleasures that it aspires to achieve، the interest of the donor is a public interest whose purpose is to meet the needs of citizens، through the establishment of a public institution،

Considering that the obligated interest is a private interest whose goal is to obtain a good profit margin، there must therefore be consensus between the two interests، and given that the Algerian legislator has not regulated a special law in this style، he urged the Nome of the bot contract، which made it difficult to adapt this contract، and for this we relied on the abandonment of certain laws which came in the form of a concession، which carries the steps of the bot contract on some of the projects that were established in this form، which were called concession contracts

This in order to try to adapt a legal model for this we have also relied on some comparative legislation in order to identify the different stages that this scheme goes through، through the experiences of certain countries which have adopted this system and the have adopted to establish their major projects

Key Word :

Investments - Public-private partnership contracts PPP - BOT contract - Concession Contract - Settlement of Disputes.