وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

عـقـد الـبوت

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص:إدارة أعمال

إعداد الطالب(ة):– قادة أحمد

بإشراف:د.كحيل حكيمة

– رقيق بلعربي بن شرقي

لجنة المناقشة:

1) الأستاذة :تومي هجيرة .....رئيسا.

2) الأستاذة:كحيل حكيمة .....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذة:مرباح صليحة.....عضوا مناقشا

تاريخ المناقشة.....

السنة الجامعية :2018/2017

كلمة شكر وتقدير

أولا وقبل كل شيء نشكر الله عز وجل و نحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل .

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على انجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهناه من صعوبات، ونخص بالذكر الأستاذة المشرفة الدكتورة كحيل حكيمة التي وجهتنا لإتمام هذا البحث .

ولايفوتنا أن نشكر كل أستاذة قسم الحقوق الذين كانوا عوننا الكبير نقدم لهم كل الشكر والاحترام.

كما نتوجه بالشكر لكل الأشخاص من العائلة والأصدقاء من قريب أو بعيد الذين قدموا لنايد المساعدة

الإهداء :

إلى رمز الكفاح في الحياة الذي تعب من أجل تربيتي.إلى من غرس في القيم و الأخلاق في قلبي..... إلى من أحمل لقبه بكفل فخر و اعتزاز ....أبي أطال الله في عمره.

إلى التي حملتني و هنا على وهن و سقتني من نبع حنانها ، و كان دعاؤها و رضاها عني سر نجاحي... أمي حفظها الله.

إلى من قاسموني عطف و حنان أمي و أبي... إلى كل العائلة الكريمة من إخوتي وأخواتي الأعزاء .

إلى كل أبناء إخوتي وأخواتي .

إلى كل من علمني حرفا أساتذتي الكرام .

إلى كل زميلاتي وزملائي من الطور الابتدائي إلى الجامعة و زملائي في قسم الحقوق .

إلى كل من ساهم من بعيد أو قريب في هذا الجهد .

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع .

أحمد

الإهداء :

إلى من قال في حقهما تعالى " و قل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى والدتي و والدي اللذان انتظرا لحظة تشريفي لهما .

إلى كل إخوتي ، و إلى زوجتي و بناتي.رجاء.مريم منال.نسيم.

إلى أستاذتي الفاضلة كحيل حكيمة جزاها الله خيرا على كل شيء .

إلى جميع معلمي و أساتذتي من الطور الابتدائي إلى الطور الجامعي

إلى من ساعدوني و لم يبخلوا علينا بتشجيعاتهم و دعواتهم إلي خاصة.

و إلى من جمعتني بهم الدراسة بكلية الحقوق جامعة جيلالي بونعامة بخميس مليانة ، أصدقائي و زملائي

إلى من جمعتني بهم الحياة و قدمو لي يد المساعدة من قريب و من بعيد .

إلى هؤلاء جميعا اهدي هذا العمل المتواضع .

بن شرقي

أولاً :باللغة العربية

ص :صفحة.

ف :فقرة.

ثانيًا :باللغة الأجنبية

AEC: Algérien Energy Company.
ARAMCO: Arabian American Oil Company.
BOT: Build, Operate, Transfer.
BOO: Build, Operate, Owen.
BOOT: Build, Operate, Owen, Transfer.
BOR: Build, Operate, Renewal.
BOOT: Build, Operate, Owen, Transfer.
B LT: Build, lease, Transfer.
B R T: Build, Rent, Transfer.
BTO: Build, Transfer, Operate.
CCI: Chambre de Commerce International.
CDI: Commission du Droit International des Nations Unies
CIRDI: Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.
CNUDCI: Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.
DBFO: Desing, Build, , Finance, Oprate.
DBOOT : Desing, Build, Oprate, Own, Transfer.
FIDIC: Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.
LROT: Lease,Renewal, Operate, Transfer.
MOOT: Modernize,Operate, Owen, Transfer.
N°: Numéro.
ONUDI: Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel.
P: Page.
SONATRACH : Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation, et la Commercialisation des Hydrocarbures (Algérie).
SONELGAZ : Société Nationale d'Électricité et de Gaz.
UNCITRAL: The United Nations Commission of International Trade Law
UNIDO : United Nations Industrial Development Organization

مقدمة

مقدمة

تمثل التنمية الهدف الأساسي الذي تسعى إلى تحقيقه الدولة ، و ذلك عن طريق توفير البيئة المناسبة لإشباع الحاجات الأساسية للمواطنين ، و تلجأ الدولة في سبيل ذلك إلى إنشاء العديد من المرافق العامة كمحطات الكهرباء ، الموانئ ، المطارات ، المحطات النووية محطات تحلية مياه البحر ، و غيرها من المرافق و المنشآت الضرورية ، و لما كانت هذه المرافق تتطلب استثمارات ضخمة ، و تشكل عبئا ثقيلا على ميزانية الدولة ، و خاصة الدول النامية و التي خرجت في أغلبها للتو من عهد الاستعمار ، إلى عهد الدولة المستقلة، كان لزاما على هذه الدول اللجوء إلى آليات قانونية و اقتصادية تكفل لها تحقيق التوازن بين متطلبات التنمية و النفقات المالية ، و على هذا لم تجد هذه الدول سوى اللجوء إلى القطاع الخاص بما يشمله هذا القطاع من مستثمرين وطنيين و أجانب ،خاصة في ظل النظام العالمي الجديد المبني على أسس الاقتصاد الحر و العولمة في أبعادها الاقتصادية و التكنولوجية و حتى السياسية[1].

إن آليات اقتصاد السوق والانفتاح الاقتصادي فرضت على الدول النامية الدخول في عدة صيغ للتعاون مع القطاع الخاص و ذلك بهدف الاستفادة من قدرات هذا الأخير في المجال التكنولوجي و التمويلي و الاستفادة من الطرق الحديثة في تسيير المرافق العامة ويتم التعاون فيما بين القطاع العام و القطاع الخاص على أساس تبادل المنافع و المصالح بين جميع الأطراف، فالدولة من واجبها تحقيق المصلحة العامة و إشباع الحاجات الضرورية للمواطنين ، و القطاع الخاص يسعى من وراء ما يقدمه من استثمارات إلى تحقيق الربح بدرجة أولى، و في هذا الصدد تظهر جليا أساليب الشراكة بين القطاع العام و الخاص في تمويل إقامة المرافق العامة و من بينها عقود البوت كوسيلة ناجعة و فعالة لتحقيق التوازن بين أهداف و طموحات كل من القطاع العام و القطاع الخاص في إطار من التعاون المبني على تبادل المصالح[2].

---

[1] –**حصايم سميرة** ،عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، مذكرة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011 ، ص 3.

[2] –**صبوع صهيب** ،(النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيقاته في الجزائرB.O.T)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامة، القانون و تسيير الإقليم ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية 2012 /2013 ، ص2.

يعد عقد البوت أو ما يسمى بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، من أهم الوسائل التي استحدثت لتحقيق هذه الغاية، فعقد البوت ، كوجه لتفويض المرفق العام طريقة جديدة لإدارة المرافق العمومية تهدف إلى إنشاء مشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى القطاع الخاص دون فقدان ملكيتها[1].

اختلف الفقه في أصل نشأة عقود البوت إلى عدة اتجاهات، إذ ذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى اعتبار أن عقود البوت قديمة النشأة ويرجع تطبيقها إلى عصر الدولة الرومانية حيث كانت تمول مشروعات الطرق والجسور عن طريق القطاع الخاص، ثم يتولى الممولون بعد ذلك بتحصيل ما يدفعوه المنتفعين بخدمات تلك المشروعات .

أما أصحاب الاتجاه الثاني فيذهبون إلى أن عقود البوت ما هو إلا ظهور جديد لعقود امتياز المرافق العامة تحت هذا المسمى، وبالتالي لا يمكن اعتبار عقد البوت مبتكرا في مجمله بل ترجع جذوره إلى ما يعرف "بعقد الامتياز"، الذي كان منتشرا في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول، وقد اختفى هذا الأسلوب تقريبا منذ ثلاثينيات القرن العشرين، خاصة بالنسبة لمشاريع البنية الأساسية واقتصر تطبيقه في مجال التنقيب عن الثروات الطبيعية [2].

في منتصف الثمانينات حصل تطوران مهمان على صعيد تطبيق هذا النظام، يتمثل أوله في توقيع اتفاقية تنفيذ نفق" **المانش** "الرابط بين كل من فرنسا وبريطانيا وذلك بين كل من الحكومة الفرنسية والبريطانية من جهة، وشركة **"Tunel "Euro** من جهة أخرى، وثانيه في دعوة رئيس الوزراء التركي آنذاك" **تورجوت أوا زل" Turgot Ozal** لاستخدام هذا الأسلوب في تنفيذ مشاريع البنية الأساسية في تركيا، ويرجع إليه الفضل في استخدام تعبير لأول مرة للإشارة إلى هذا النوع من المشاريع[3] .

---

[1] –**صافية اقلولي ولد رابح** ، (عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية آلية مستحدثة)، مداخلة بالملتقى الدولي الأول الموسوم ب:المرفق العمومي في الجزائر و رهاناته كأداة لخدمة المواطن ، دراسة قانونية وعملية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة الجزائر، 22و23 أفريل 2015،ص 2.

[2] –**جابر جاد نصار**، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون رقم الطبعة، سنة 2002 ، ص 41.

[3] – **ابراهيم الشهاوي عقد** ،الامتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة) ، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، بدون رقم الطبعة، سنة 2003 ص20.

فهذه الاعتبارات وأخرى دفعت بنا بالاهتمام بالموضوع واختياره ومحاولة دارسته باعتباره لصيقا بالواقع التنموي والاستثماري وبرفاهية الأفراد من جهة، وكذلك بسبب قلة الدارسات والأبحاث القانونية في ما يخص هذا النوع من العقود في الجزائر من جهة أخرى.

على هذا الأساس يطرح التساؤل عن مدى تكريس هذه العقود في التشريع الجزائري ؟

للإجابة على هذه الإشكالية، تتطلب إتباع منهج قانوني يجمع بين الوصف و التحليل 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 القانون المقارن . إضافة إلى الدراسة التطبيقية لمختلف الاتفاقيات الواردة بشأن هذا الأسلوب التعاقدي في الواقع الجزائري .

عليه ستتم دراسة هذا الموضوع في جانبه النظري بإلقاء الضوء حول تحديد مفهوم هذه العقود باعتبارها ترجمة لمشاركة القطاع الخاص في تمويل إقامة مشاريع البنية التحتية و ذلك من خلال التطرق للجوانب القانونية لعقود البوت ،(الفصل الأول)، ثم بعد ذلك ستتم دراسة هذه العقود في جانب الإطار القانوني الذي ينظم المسار التعاقدي الذي يهيكلها و الآثار التي يرتبها

الفصل الأول

الجوانب القانونية لعقد البوت

الفصل الأول : الجوانب القانونية لعقد البوت

تزايدت مع ظهور العجز المالي في العديد من الدول ضرورة تطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص في مشاريع البِنية الأساسية، خاصة أن موجة التحرر الاقتصادي ّالتي عرفها العالم في العشرية الأخيرة من القرن العشرين كانت بمثابة أرضية خصبة لدعم مثل هذا ّالتوجه، لتظهر بذلك عقود البوت كأحد وسائل عملية الخوصصة ّالتلقائية، وإن كانت مؤّقتة فهي تحافظ على الأملاك العامة للدولة مع ضمان تطويرها وتحديثها ، وقد حرص العديد من الشراح ّالذين تصدوا للتعريف بعقود البوت على إظهار دور الدولة أو الحكومة كمتعاقد أساسي مع أحد الاتحادات المالية الخاصة ّالتي تشكل شركة المشروع.

إن دراسة النظام القانوني للتعاقد وفق أسلوب يستلزم التطرق إلى تحديد مفهوم هذا العقد، و الذي سيتم التطرق إليه في المبحث الأول ، و كذلك إنشاء عقد البوت و أشكاله القانونية في المبحث الثاني.

المبحث الأول : مفهوم عقد البوت

للوقوف على مفهوم عقد البوت لا بد من التطرق إلى نشأة و تعريف هذا العقد وأهم خصائصه ، و هذا ما سنتناوله في المطلب الأول ،ثم التطرق إلى التكييف القانوني له و تمييزه عما يشابهه من العقود من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول : تعريف عقد البوت و خصائصه

من خلال هذا المطلب سنتناول تعريف عقد و إظهار خصائصه.

الفرع الأول : تعريف عقد البوت

قبل أن نقوم بتعريف عقد البوت يقتضي منا الرجوع إلى الأصل المشتقة منه كلمة البوت بحيث أن مصطلح البوت هو اختصار للمصطلح الانجليزي Build Operate Transfer ، حيث يشير الحرف B إلى كلمة Build ، بمعنى يبني ، أو يشيد أو يقيم المشروع ، والحرف O إلى كلمة Operate ،بمعنى يشغل أو يدير المشروع ، ويفضل لو يقال : يستغله، أي يجني غلته، والحرف T إلى كلمة Transfer بمعنى ينقل أو يعيد المشروع إلى الجهة الطرف في عقد البناء والاستغلال والإعادة .[1]

لقد اختلف الفقه في إعطاء تعريف جامع مانع لعقد البوت ، ومن هنا تطرقنا الى التعريف الفقهي أولا، ثم تعريف بعض المنظمات الدولية لعقد البوت ثانيا ثم التعريف القانوني ثالثا أما رابعا فتطرقنا إلى التعريف القانوني.

أولا : التعريف الفقهي لعقد البوت

حاول الكثير من الفقهاء والمشتغلين بالأبحاث القانونية صياغة تعريفات عديدة لهذا النوع من التعاقدات اختلفت تلك التعريفات بحسب و جهة النظر التي استند إليها هؤلاء الفقهاء و الباحثون القانونيون، و لم تكن المحاولات الهادفة إلى تعريف هذا النوع من العقود حكرا على فقهاء القانون فقط بل حاولت كذلك بعض المنظمات الدولية المتخصصة في المجالات الصناعية و التجارية و ضع تعريفات لهذه العقود من أجل تحديد أدق لمفهومها.

عرفه جانب من الفقه بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات ، تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعه من المستثمرين امتيازا لتمويل وتنفيذ مشروع معين ثم تشغيله واستغلاله

[1]-.**Boualem Benhamouda** ELMIFTAH Dictionnaire français-arabe Dar EL Oumma alger 2006 P .65،189،501

تجاريا لمدة زمنية يصار عند نهايتها ردة المشروع إلي الدولة.[1]

وعرفه جانب أخر من الفقه بأن عقود البوت هي تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلي احدي الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أو الخاص وتسمي شركة المشروع وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلي الدولة أو الجهة الإدارية[2].

إلا أن هذا الرأي قد انتقد علي قول من انه قد أشار إلي محل العقد (الغرض منه) وهي المشروعات دون أن يشير إلي العملية التعاقدية ذاتها، كما انه قد جعل التعاقد قاصرا علي الحكومة وحدها أي الشخص المعنوي العام وذلك لا يتناسب مع التطور الاقتصادي .

كما عرفه جانب أخر من الفقه بأنه تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث احد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله علي نفقته الخاصة وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصا له طوال مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه[3] .

يؤخذ علي هذا الرأي انه ذكر أن التشغيل قد يقوم به المستثمر بنفسه أو عن طريق الغير والتشغيل عن طريق الغير لا يتم إلا بموافقة من الجهة المانحة ، كما يؤخذ عليه أن الجهة المانحة لا تمنح ترخيص بل تنفذ بنود تعاقدية متفق عليها بين طرفا التعاقد ، فلا يجوز القول بأنه ترخيص بل هو تنفيذ التزام .

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف هذه النوعية من العقود العقود التي تبرمها الحكومة (أو إحدى الجهات التابعة لها) ويسمي بالمتعاقد مع إحدى الشركات

---

[1] – **هاني صلاح سري الدين** ، التنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة 2001، ص 45.

[2] –**إلياس ناصف** ،عقد BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بدون رقم الطبعة، لبنان سنة 2006، ص 81.

[3] – **عبد الفتاح بيومي حجازي** ،عقود البوت في القانون المقارن دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى سنة 2016، ص13.

الوطنية أو الأجنبية ، وتسمي بشركة المشروع لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن على أن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلي الدولة أو المتعاقد[1] .

ونجد أن هذا التعريف قد تلافي السلبيات التي تضمنتها التعريفات السابقة حيث أشار إلي العملية التعاقدية ، كما أشار الى أن العقود قد تبرم بواسطة الحكومة أو احدي الجهات التابعة لها ، وهنا التبعية قد تكون اقتصادية بمعني ملكية أموال الشركة أو الهيئة بالكامل للدولة ولكنها تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الدولة أو التبعية السياسية ، ولكن ما يؤخذ علي هذا التعريف اقتصاره فقط علي حالة قيام شركة المشروع بالإنشاء والتشغيل دون أن يمتد إلي باقي الحالات مثل تجديد المشروعات القائمة وتجديدها[2].

ثانيا : تعريف بعض المنظمات الدولية لعقد البوت

لم تقتصر الاجتهادات في إيجاد تعريف لعقد البوت على الفقه فقط ، بل تم التطرق إليه من قبل بعض المنظمات الدولية ، و هذا ما سنتطرق اليه من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **(UNCITRAL)** ، و منظمة اليونيدو **(UNIDO)** للتنمية الصناعية التابعة للأمم المتحدة

أ – تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) لعقد البوت:

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **(UNCITRAL)** [3] عقد البوت بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، أو أحد الكيانات الخاصة يشار إليها بعبارة الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع امتيازا لتنفيذ مشروع معين ، و تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا وفي نهاية مدة

[1] – **عبد الفتاح بيومي حجازي** ، مرجع سابق ، ص 14.

[2] – المرجع نفسه، ص 14.

[3] –**UNCITRAL** الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي. وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد على 50 سنة. وتتمثل مهمة الأونسيترال في عصرنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية.

الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلي الحكومة[1].

عقود البوت هي شكل من أشكال تمويل المشروعات وهذا التعريف اقتصادي أكثر منه قانوني حيث أن العملية التمويلية تمثل دافعا مهما نحو إبرام هذا النوع من العقود وخصوصا في دول العالم النامي حيث أن العجز الكبير في الموارد والحاجة الملحة إلى إنشاء مشروعات البنية الأساسية.[2]

لكن الدافع التمويلي ليس الوحيد ولكن هناك دافع لا يقل أهمية وهو الحاجة الماسة إلي جلب التكنولوجيا المتقدمة والتي تكون في اغلب الأحوال محتكرة من قبل الشركات الدولية النشاط فيتم اللجوء إلي هذه النوعية من العقود لجلب هذه التكنولوجيا , بالإضافة أيضا أن هذا التعريف قد اغفل العملية التعاقدية وهي هنا مهمة , حيث أننا بصدد إبرام عقد بين المالك والملتزم ، بل أن العقد يلعب دورا مهما في تحديد التزامات أطرافه ، أشار التعريف أيضا إلي أن الغرض من منح الامتياز هو تنفيذ مشروعات البنية الأساسية فقط ، خلاف الواقع العملي الذي أكد إمكانية استخدام هذه العقود في مجالات أخري وهو الأمر الذي أكده الفقه من إمكانية استخدام عقود البوت في مجالات عديدة غير مشروعات البنية الأساسية كإنشاء المجمعات الصناعية ، أن التعريف قد أشار ضمن عناصره تحقيق شركة المشروع لأرباح ويعني ذلك انه إذا قد خسرت الشركة يحق لها إبطال العقد بإرادتها المنفردة .

ومما سبق فإننا نتفق مع هذا الرأي الذي عرف عقد البوت بأنه العقد الذي يبرم بين الدولة (أو احدي الجهات التابعة لها) مع احدي الشركات الخاصة الوطنية أو الأجنبية (شركة المشروع) لإنشاء أو تجديد مرفق عام وإدارته أو تملكه لفترة من الزمن تتناسب مع

---

[1]–تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان: الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية الدورة29 نيويورك، من 28 ماي إلى 14 جوان 1996 المنشور على الموقع الآتي www. *unctad*.org. 05/02018 على الساعة 09:30

[2] – **حامد ماهر محمد**، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون رقم الطبعة ، سنة2005،ص 31.

ما أنفقه بالإضافة إلي تحقيق ربح معقول علي أن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلي الدولة أو الجهة التابعة [1].

ب – تعريف منظمة اليونيدو (UNIDO) للتنمية الصناعية التابعة للأمم المتحدة لعقد البوت:

عرفت منظمة اليونيدو **(UNIDO)** [2] للتنمية الصناعية التابعة للأمم المتحدة في دليلها لعام 1995، عقد البوت كما يلي : " هو اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما ذلك عملية التصميم و التمويل و القيام بأعمال التشغيل و الصيانة لهذا المرفق " .

تقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة و تشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، و أية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء و ما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها و مصاريف التشغيل و الصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، و في نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخصية خاصة جديدة يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة .[3]

ثالثا : التعريف القضائي لعقد البوت :

عرف قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في فتواه رقم 369 الصادرة في 16 ديسمبر 1949 عقد البوت ، بأنه عقد يتعهد بمقتضاه شخص بان يقوم على حسابه و على مسؤوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطره ، و ما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر ، و يمنح في سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة ، و ذلك مقابل جعل يؤديه إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمال المرفق[4] .

---

[1] – **جمال عمران المبروك** عقود التشييد و الاستغلال و التسليمB. O.T و تكييفه القانوني دراسة تحليلية مركز جيل البحث العلمي مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة لبنان (طرابلس) العدد 19 نوفمبر 2017 ص 73

[2] –UNIDO مؤسسة دولية متخصصة، تسعى إلى تعزيز وتسريع وتيرة التنمية الصناعية المستدامة في الدول النامية، للحد من **الفقر** في العالم وحماية البيئة.

[3] – **إبراهيم الشهاوي**، مرجع سابق، ص 45.

[4] .– المرجع نفسه ص 17و 18.

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا عقد البوت على انه ليس إلا عقدا إداريا يتعهد احد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى و حداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن و استيلاءه على الأرباح فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة و موضوعه إدارة المرافق العام و لا يكون إلا لمدة محددة و يتحمل الملتزم المشروع و أخطاره المالية و يتقاضى عرضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين[1].

رابعا : التعريف القانوني:

بالرغم من الانتشار الواسع لعقود البوت في العالم ، إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف في قوانينه مصطلح "البوت" ، خاصة وأن الجزائر فتحت المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في عملية التنمية الاقتصادية الوطنية سواء في الدستور الجزائري لسنة 1996 الذي كرس مبدأ حرية الصناعة و التجارة بموجب المادة 37 منه ، أو في مختلف قوانينها وهي كثيرة و متعددة التي كرست مبدأ التكامل بين كل من القطاع العام و القطاع الخاص في القيام بمختلف المشاريع الاستثمارية[2] ، و هذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل فيما يتعلق بمكانة عقد البوت في الدستور و التشريع الجزائري.

أ – مكانة عقد البوت في الدستور الجزائري :

بسبب الأزمة المتعددة الأوجه التي عرفها الاقتصاد الوطني ،لاسيما بعد فشل النموذج الاقتصادي المتبع وانخفاض المداخيل من العملة الصعبة نتيجة الانخفاض المأساوي للإيرادات النفطية التي كانت تخفي سوء التسيير وتركيب دواليب الاقتصاد ومظاهره السلبية، فكرت السلطات العمومية في ضرورة إيجاد طرق جديدة لإعادة هيكلة الاقتصاد الوطني من خلال إصلاح عميق يمس مختلف القطاعات والمجالات ، ووضع

---

[1] – **ابراهيم الشهاوي**، مرجع سابق، ص 46.

[2] – المرسوم الرئاسي رقم 96_438 المؤرخ ب 7 ديسمبر 1996 المتضمن الدستور الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية رقم76 المؤرخة في 8/ 12/ 1996، المعدل بالقانون رقم 02 –03 المؤرخ في 10/ 04/ 2002، الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14/ 04/ 2002، القانون رقم 08– 19 المؤرخ في 15/ 11/ 2008، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 11/16/ 2008.

إطار ومنظومة تشريعية وتنظيمية جديدة للنظام الاقتصادي تندرج في إطار تكريس وترقية المبادرة الخاصة، وإعطائها الدور المنوط بها إلى جانب قطاع الدولة.

فالدولة أصبحت ملزمة بإعادة تنظيم الاقتصاد الوطني حسب مقتضيات الكلفة و الفعالية، ومن ثم وضع حد للاحتكار العمومي إذ أولت السلطات العمومية أهمية خاصة للقطاع الخاص.

الذي تم تهميشه لمدة طويلة ،حيث أصبح يشكل البديل والمخرج الوحيد والكفيل بإقامة اقتصاد قوي ومنافس. وقد تم تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة في الدستور الجزائري لسنة 1996، الذي فتح المجال أمام القطاع الخاص الوطني بكل حرية.حيث تنص المادة 37 منه على ما يلي :" حرية الصناعة و التجارة مضمونة ، و تمارس في إطار القانون ".

كما كرس دستور الجزائري لسنة 1996 الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج، من خلال المادة 52 منه التي جاء فيها: " الملكية الخاصة مضمونة" بالتالي فقد أولى الدستور عناية بالغة لمبدأ حرية المبادرة ، حيث فتح المجال أمام القطاع الخاص الذي لم يعد يضطلع بدور ثانوي بالمقارنة مع القطاع العام .

ب- مكانة عقد البوت في التشريع الجزائري:

لم يبادر المشرع الجزائري إلى إصدار تشريع ينظم تعاقدات الدولة في مشاريع البنية الأساسية بتمويل القطاع الخاص سيما في مجال إنجاز الطرق ، المطارات ، النقل بالسكك الحديدية.... الخ ، إلا أنه نجد في القوانين الجزائرية ما يوحي إلى أن المشرع قد فتح المجال و لو دون قصد للتعاقد بأسلوب البوت في بعض مشاريع المرافق العامة أو البنية التحتية.

لاسيما في مجال الموارد المائية و مجال الكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات و في القانون المحدد لشروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية[1].

[1] –**صافية اقلولي ولد رابح** ، مرجع سابق،ص5.

ب-1- مكانة عقد البوت في قانون المياه:

إذا كان المشرع الجزائري لم يعرف في قوانينه تسمية " بوت" ، فإنه بالرجوع إلى المادة 17 من القانون رقم 05-12 [1]، المتعلق بقانون المياه ، نستشف صيغة من صيغ عقود البوت ، التي جاء فيها ما يلي : "تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت و الهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للانجاز و الاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص. يمكن استخلاص من محتوى المادة جميع المراحل المتضمنة في تنفيذ عقود البوت وهي التشييد أو الانجاز أو البناء و الاستغلال و تحويل الملكية الى الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض ، وتطبيقا لذلك استعملت هذه الصيغة في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة طبقا لأحكام قانون الاستثمار رقم 01-03 المعدل و المتمم.[2]

استعملت الحكومة الجزائرية هذه الصيغة في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة ومن المشاريع الموقعة في هذا الإطار العقد المبرم بين شركة مياه تيبازة مع الشركة الكندية SNC Lavalin و الاسبانية Acciona Agua بقيمة 150مليون دولار.و من أهم المشاريع نجد ايضا إنشاء و تشغيل و صيانة محطة تحلية المياه بمستغانم بتكلفة 100مليون دولار ، و ذلك لمدة 25 عاما بمساهمة الوكالة الجزائرية للطاقة AEC[3].

[1] – القانون رقم 05-12 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 4 غشت سنة 2005، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية عدد 60 ،الصادرة في30 رجب 1426 الموافق ل04 سبتمبر 2005، ص6.

[2]– الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار ، المعدل و المتمم.

[3] –**إقلولي محمد** ، "في مدى استقبال القانون الجزائري عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق الجزائر ، عدد 2013/02 ، ص 10.

ب-2- مكانة عقد البوت في مجال الكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات:

يحمل مصطلح الامتياز المنصوص عليه في القانون رقم 02-01[1] المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، نفس المعنى، حيث جاء في نص المادة 02 منه: "....الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل سيشغل بموجبه شبكة و يطورها فوق إقليم محدد و لمدة محددة ، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات. تضيف المادة 07 من نفس القانون مايلي : " ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء و يستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام ، حائز رخصة للاستغلال.

نستشف من خلال نص المادتين 02 و 07 ، أن المشرع الجزائري قد فتح المجال للتعاقد بنظام البوت لأن توزيع الكهرباء و الغاز يدخل ضمن نشاط المرافق العامة ، كونه أورد المراحل المتضمنة في عقود البوت و المتمثلة في الانجاز و الاستغلال ، ثم إعادة المشروع للدولة باعتبار أن توزيع الكهرباء و الغاز نشاطا للمرفق العام. ومن المشاريع الموقعة في هذا الاطار العقد المبرم بين شركة كهرباء سكيكدة التابعة لسوناطراك وسونلغاز و الوكالة الجزائرية للطاقة مع مجموعة SNC Lavalin بقيمة 600 مليون دولار، لتصميم و إنشاء و تشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة، قابلة للتجديد لنفس المدة. ما تجدر الإشارة إليه أن تمويل المشروع يكون من طرف الدولة و ليس من تمويل المستثمر و هو ما يبعد هذه العقود من المعنى الحقيقي لعقود البوت[2] .

ب-3- مكانة عقد البوت في مجال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية :

لقد فتح المشرع الجزائري التعاقد بأسلوب البوت في مجال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية بموجب الأمر رقم 08 - 04 ، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة

[1] -القانون رقم 02-01 المؤرخ في22 ذي القعدة 1422 الموافق 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية ،عدد 08 الصادرة في23 ذي القعدة 1422 الموافق 06 فبراير 2002، ص5، ص7.

[2] -**إقلولي محمد** ، مرجع سابق ، ص11.

لإنجاز مشاريع استثمارية[1]، حيث تضمنت المادة 03 منه على منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة لفائدة المؤسسات و الهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص لاحتياجات مشاريع استثمارية، كما أضافت المادة 07 من نفس الأمر رقم 08 – 04 ، على أن مشاريع الاستثمار القابلة لمنح الامتياز منها تلك التي يكون لها طابع الأولوية و الأهمية الوطنية و المحدثة لمناصب الشغل و التي تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة.

الملاحظ من خلال هذا القانون ، أن المشرع قد مهد للتعاقد بنظام البناء و التشغيل و نقل الملكية على اعتبار أن انجاز المشاريع تطبيقا لهذا القانون يعود الى الدولة بعد انتهاء فترة الامتياز المحددة بمدة أدناها 33 سنة ، قابلة للتجديد مرتين و أقصاها 99 سنة بإصدار المشرع الجزائري لقانون رقم 08-04 يكون قد سمح باعتناق التعاقد بنظام البناء و التشغيل و نقل الملكية ، و هوما يجعلنا نقول أنه لا يوجد مانع من اللجوء الى هذا الأسلوب في تعاقدات الدولة مع القطاع الخاص [2].

الفرع الثاني : خصائص عقد البوت

يتميز عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، ولعل التطرق إلى هذه الخصائص يزيد من إيضاح و حصر مفهومه ، و يمكن إجمال هذه الخصائص فيما يلي:

أولا: عقد يبرم بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص

يتم إبرام عقد البوت بين طرفين ، الأول جهة الإدارة المتمثلة في أشخاص القانون العام، هيئات عامة ، وزارات ومصالح حكومية، فهي تعتبر إما أشخاص إقليمية تحدد على أساس إقليمي كالدولة الولاية والبلدية ، وإما أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع

---

[1] –الأمر رقم 08 – 04، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ،المؤرخ في أول رمضان عام 1429، الموافق أول سبتمبر سنة 2008 الجريدة الرسمية ،عدد 43الصادرة في3 رمضان 1429 الموافق 03 سبتمبر 2008،ص4،ص5.

[2] –**صافية اقلولي ولد رابح**، مرجع سابق ،ص7.

من نشاط معين من قبل الهيئات العامة، وإما أشخاص عامة مهنية كالنقابات التي اعترف لها القانون بالشخصية المعنوية العامة، أمّا الطرف الثاني في عقد البوت وهو شركة المشروع، وفي غالب الأمر ما تكون شركة المشروع مؤسسة من مجموعة من المستثمرين اللذين يملكون رؤوس الأموال يرغبون في توظيفها بالشكل الذي يحقق لهم قدرا معقولا من الربح[1] .

ثانيا : عقد محدد المدة

يتم تنفيذ عقد البوت في شكل امتياز يمنح لمدة محددة تسمى مدة الامتياز ، عادة ما تكون هذه المدة طويلة نسبيا، و ذلك تمكينا لشركة المشروع من تغطية نفقات إنشاء المشروع أو المرفق، أو صيانته أو تجديده، إضافة إلى الحصول على إيرادات مالية و أرباح، كنتيجة لاستغلال المرفق، و يتم ذلك في شكل رسوم تتقاضاها شرك ة المشروع من المنتفعين من المرفق بدل الخدمات ، بما يتيح لها تحقيق هامش معقول من الربح ، هذا الربح الذي يمكن أن يتحقق عن طريق بيع الخدمة مباشرة إلى الجهة الإدارية المانحة أو إلى وسيط بينها و بين المنتفعين.[2]

ثالثا : عقد تجاري

لقد وردت مجموعة من التعاريف للعقد التجاري من ابرز هذه التعاريف ان العقد التجاري هو العقد الذي يجريه التاجر اذا كان متصلا بحرفته التجارية .

و لمعرفة ما إذا كان عقد البوت عقدا تجاريا أم لا يجب الرجوع إلى المعايير و النظريات التي تحكم العمل التجاري .

أ – نظريات تحديد الأعمال التجارية

لتحديد الأعمال التجارية لابد من الوقوف على المعايير و النظريات المتفق عليها من قبل الفقه لتحديد طبيعة الأعمال التجارية و التي تكمن في ثلاث نظريات:

---

[1] –**معوش شادية و مزاي راضية**(تطبيقات عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T) مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الجماعات المحلية و الهيئات الإقليمية كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم القانون العام جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2016،السنة الدراسية 2016/2015 ، ص15.

[2] – المرجع نفسه ، ص18.

أ -1-نظرية المضاربة

يرى أصحاب هذه النظرية أن القصد الأساسي من العمل التجاري هو تحقيق الربح أو ما يعرف بالمضاربة؛ فكل عمل يقوم به الشخص بهذا القصد تثبت له الصفة التجارية و بالتالي يخضع لأحكام القانون التجاري. إلا أن الواقع ينفي مطلق صحتها ، وإن كانت على جانب من الصواب ؛ حيث أن هناك الكثير من الأعمال المدنية ما يقصد منها تحقيق الربح .

كما أن هناك من الأعمال التجارية ما لا يقصد من ورائها الربح ، كأن يضطر التاجر في بعض الظروف إلى البيع بأقل مما يشتري ، إذا خشي على بضاعته من التلف أو هبوط أسعارها،ومع ذلك يظل عمله عملا تجاريا، يتضح في الأخير أن معيار المضاربة معيار غير كاف لتحديد العمل التجاري ، و إن كان يشكل عنصرا جوهريا لهذا العمل[1].

أ -2-نظرية التداول

يرى أصحاب هذه النظرية أن العمل التجاري هو كل عمل متعلق بتداول الثروات، من وقت خروجها من عند المنتج حتى وصولها إلى المستهلك. فالأعمال التي تدخل في تداول السلعة من تصنيع و نقل وبيع هي أعمال تجارية ؛ أما الأعمال المدنية فهي الأعمال التي تحدث قبل تداول الثروات أو بعد وصولها إلى المستهلك (تتناول الثروات وهي في حالة ركود ، إلا أن هذه النظرية لا تصدق على كل الأعمال، فهناك أعمال تدخل في حركة التداول إلا أنها لا تعتبر تجارية ، كعمل المنتج الزراعي الذي يعد عملا مدنيا ، مع أنه أول من يدفع السلعة إلى التداول. صف إلى ذلك أن التداول أصبح يشمل جميع الأنشطة الإنسانية و لم يعد مقتصرا على التجارة فقط[2].

أ -3-نظرية المقاولة أو المشروع

يرى أصحاب هذه النظرية أن التفرقة بين العمل التجاري و العمل المدني مستمدة بشكل خاص من ممارسة هذا النشاط على وجه الاحتراف ، وليس من طبيعة العمل وموضوعه . فالعمل لا يعتبر مدنيا أو تجاريا لذاته ، و إنما يعتبر تجاريا إذا تمت ممارسته على سبيل المقاولة أي (على سبيل التكرار) ، لذلك فالعمل التجاري حسب هذه النظرية

---

[1] – **أحمد محمد محرز**، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر بدون رقم الطبعة سنة 1980 ، ص 44.

[2] – المرجع نفسه ، ص 45.

هو العمل الذي يمارس على سبيل المقاولة بصرف النظر عن طبيعته أو الغرض منه ، حقق ربحا أم لم يحقق[1] .

بظهور النظرية الحديثة للأعمال التجارية التي تتعارض مع النظريات التقليدية حيث أن النظرية الحديثة لا تحدد أعمالا بعينها على إنها أعمال تجارية و إنما تقوم على أساس فكرة استغلال المشروع التجاري كونه يشكل وحدة اقتصادية سواء كمان موضوع الاستغلال صناعيا أم زراعيا و هذا ما اخذ به المشرع المصري و الفرنسي لتميز العمل التجاري عن العمل المدني و لكون عقد البوت هي عقود تتعلق بمشاريع ضخمة لدلك فهي عقود تجارية لتعلقها بأهم المشاريع الاقتصادية في الوقت الراهن .

بدلك نرى أن النظريات التقليدية و الحديثة في القانون التجاري قد حسمت موضوع عقود البوت بكونها عقود تجارية ، حيث أن هذه المشروعات تتم على شكل مشروع بنظم عمليات البناء و التشغيل و تظهر المضاربة عند تشغيل المشروع على المعدات حيث يعمل المشروع بشكل منظم لتحقيق الربح ،و بذلك تكون عقود البوت منسجمة مع النظريات التي وضعت معايير معينة للتفرقة بين العمل التجاري و العمل المدني و بذلك تكون هده العقود عقود تجارية [2].

---

[1] – – **أحمد محمد محرز**، مرجع سابق ، ص 46.

[2] –**يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري**، (تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت)، رسالة ماجستير، قسم القانون العام كلية الحقوق ،جامعة الشرق الأوسط ، عمان، الأردن ،سنة2011، ص 22 و 23.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت و تمييزه عما يشابهه من العقود

نتطرق من خلال هذا المطلب الى التكييف القانوني لعقد البوت ، و تمييزه عما يشابهه من العقود في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : التكييف القانوني لعقد البوت

اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت ونتيجة هذا الخلاف برز أمامنا ثلاث أراء نعرض لها فيما يلي:

أولا : عقد البوت من العقود الإدارية

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود البوت من العقود الإدارية، واستند أصحاب هذا الرأي على الحجج التالي بيانها في تأييد رأييهم:

أن عقود البوت ما هي إلا شكل متطور من عقود التزام المرافق العامة وحيث أن عقود التزام المرافق العامة هي عقود إدارية بطبيعتها متى اتصلت بنشاط مرفق عام وكانت الإدارة طرفا في العقد، وأضاف هذا الرأي أن الملتزم وأن كان يقوم بأعمال الإدارة في عقود التزام المرافق العامة بشكلها التقليدي فلا مانع من أن يقوم بالإنشاء في عقود البوت[1].

اعتبر البعض أن قيام الجهة المانحة بممارسة الرقابة الفنية والمالية على المشروعات تعد من قبيل الشروط الاستثنائية التي تبرر القول بإدارية العقد.

بالنسبة للحجة الأولى ففي عقد التزام المرفق العام بمفهومه التقليدي يتم التمييز بين طائفتين من النصوص نصوص تعاقدية وأخرى لائحية فالنصوص التعاقدية هي البنود المتفق عليها بين الجهة المانحة والملتزم وعليه لا يجوز تعدليها أو إلغاؤها إلا باتفاق الطرفين، أما النصوص اللائحية فهي المتعلقة بتنظيم المرفق وتظهر فيها مظاهر السلطة العامة لذا وبتطبيق ذلك على عقود البوت تصبح التفرقة بين النصوص التعاقدية واللائحية أمر صعب ، أما بالنسبة للرد على الحجة الثانية فالواقع أن ممارسة الرقابة من قبل الجهة المانحة لا يعد من قبيل الشروط الاستثنائية[2].

---

[1] –**عبد الفتاح بيومي حجازي** ، مرجع سابق، ص22.

[2] – **جمال عمران المبروك** ،مرجع سابق ،ص 84.

ثانيا : عقد البوت من عقود القانون الخاص

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عقود البوت من عقود القانون الخاص واستند أنصار هذا الرأي إلى أن عقود البوت من عقود الاستثمار فلا تستطيع الدولة تضمينها شروطا غير مألوفة والتي تضمنها في العقود الإدارية حيث أن وضع تلك الشروط لا تناسب هذه النوعية من العقود وهذا ما يميزها عن عقد التزام المرفق العام فى صورته التقليدية.

ونظرا لعدم وجود شروط استثنائية في عقود البوت فقد ذهب بعرض الفقه إلى أن عقد البوت من عقود القانون الخاص فى مصر ولكنه عقد إداري في فرنسا ويخلص هذا الرأي إلى أن عقد البوت من عقود القانون الخاص وبالتالي يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أضف إلى ذلك عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام باستثناء وجود بعرض القوانين التي تعالج جزئيات صغيرة متعلقة بنوعية مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها،كما استند أنصار هذا الرأي على خلو نصوص القانون المدني من أية أشارة إلى هذه النوعية من العقود[1].

ومن جانبنا فإننا نؤيد ونرجح ما ذهب إليه الرأي الثاني القائل بأن عقود البوت ذات طبيعة خاصة وتختلف العقود من مشروع إلى أخر، لذا يجب أن تتحدد الطبيعة القانونية لكل عقد على حدى، فالواقع أنه ليس كل العقود التي برمها الإدارة عقودا إدارية فالإدارة وهى تمارس نشاطها قد ترى أنه من الأصلح لها في بعض الأحوال أن تخلى عن امتيازاتها وعن مظاهر السلطة العامة وتنزل منزلة الأفراد لتبرم عقدا مدنيا فتكون بذلك على قدر المساواة مع الأفراد العاديين وبالتالي تخضع لنفس القواعد التي يخضع لها الأفراد في عقودهم أي الخضوع لقواعد القانون الخاص، إلا أنها في أحيان أخرى قد تفضل ارتداء لباس السلطة العامة لكى تكون في مركز متميز عن الأفراد مستخدمة في ذلك وسائل وأساليب القانون العام لتبرم عقوداً إدارية وبالتالي يكون الاختصاص للقانون الإداري والقانون العام وذلك في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج والتي منها مصر[2].

---

[1] – **جابر جاد نصار**، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية ، بدون رقم الطبعة ، القاهرة ،سنة 2002، ص 164.

[2] – **حامد ماهر محمد** ، مرجع سابق، ص 44.

ثالثا : عقد البوت ذو طبيعة خاصة

لا جدال في أن أكثر التمويل بأسلوب البوت كان ولم يزل وليد التجاء الدولة إلى طلب التمويل لإقامة مشروعات البنية التحتية ، والمرافق العامة ، ومن هذا المنظور صح أن يقال إن البوت عقد امتياز في صورة متطورة ، حيث تعهد الإدارة للملتزم، على نفقته ومسئوليته بمهمة إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام لمدة معينة، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ، مع الخضوع للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الأحكام الواردة في وثيقة الامتياز أي أن العقد يحتوي على شروط استثنائية لصالح الإدارة أو الدولة ، وهذه الشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص وعلى أساس ذلك قيل إن عقود البناء والتشغيل والإعادة عقود إدارية[1].

وعلى النقيض مما تقدم يرى البعض أن عقود البناء والتشغيل والإعادة من العقود المدنية ، أو ما يسمى بعقود القانون الخاص ، نظرا لغلبة مبدأ سلطان الإرادة على أحكامه بل قد استقر العمل على أن يوضح المتعاقدان في العقد أنه مدني ، ويقولون : إن من مصلحة الإدارة ألا تظهر في ثوب السـلطة العامة حتى لا يحجم الممولون عن التعاقد معها[2].

يجمع رأي ثالث بين الرأيين السابقين فيقول إن عقد البوت عقد إداري مركب لأنه ينشأ في ظل النصوص التعاقدية (المدنية) ولكنه في جانب منه ينفذ تحت سلطان النصوص التنظيمية ، التي ترسم الطريق لإدارة المرفق (موضوع العقد) وبمقتضى النصوص التنظيمية تملك جهة الإدارة تعديل العقد بما يتفق مع مصالحها العليا[3] .

كما يرى البعض أن عقود البوت ذات طبيعة خاصة ، فلا هي مدنية، ولا هي إدارية بالمطلق ، وإنما يكيف كل تعاقد بهذا الأسلوب في ضوء شروطه، وعناصره ، والظروف والملابسات المحيطة به ، وعلى أساس هذه النظرة الشاملة يصح أن يصنف عقد ما منها ضمن عقود القانون العام ، في حين يصنف تعاقد آخر ضمن عقود القانون الخاص[4]

رابعا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد البوت:

---

[1] – **يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري**، مرجع سابق، ص 24.

[2] – **عبد الله طالب محمد الكندري**، مرجع سابق، ص 24.

[3] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص 23.

[4] –**معوش شادية و مزاي راضية**، مرجع سابق، ص 28.

تتطلب دراسة موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد البوت ، البحث في الأسس القانونية التي تم الاستناد إليها لتطبيق هذه الطائفة من العقود، إضافة إلى البحث في تكييفه كأساس لمعرفة منظور القانون الجزائري لهذا الأسلوب التعاقدي، ثم بعد ذلك إلقاء الضوء على أهم التطبيقات العملية لهذا العقد في الجزائر.

لقد سبقت الإشارة إلى أن التكييف القانوني لهذا العقد قد عرف جدلا واسعا على مستوى الفقه القانوني، بين من يميل إلى إسباغ الصفة الإدارية على هذه الطائفة من العقود و بين من يرى أن هذه الأخيرة إنما هي في جوهرها عقود من عقود القانون الخاص ، ينطبق عليها ما ينطبق على عقود القانون الخاص من تساو في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة ، و أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك الآراء التي تعتبر هذا النوع من العقود من عقود التجارة الدولية.

نقوم بتحديد متى يمكن اعتبار عقد البوت من العقود الإدارية ، و متى يمكن اعتباره عقدا من عقود القانون الخاص .

أ –اعتبار عقد البوت عقدا من العقود الإدارية:

لقد عرف القانون الجزائري من خلال مختلف النصوص التشريعية و التنظيمية التي أشارت إلى هذه الطائفة من العقود ،إلحاق مفهوم هذه العقود دوما بمفهوم عقود الامتياز، فلم تتم الإشارة صراحة إليها و إنما جاء ذلك ضمنيا من خلال الإشارة إلى المراحل المختلفة التي تنطوي عليها هذه العقود من إنجاز و استغلال و تحويل للملكية،و هو ما تم التطرق إليه سابقا، غير أن النزوع إلى استعمال مصطلح الامتياز للدلالة على مفهوم هذه الطائفة من العقود إنما يدل في رأينا على التأثر بالرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد البوت [1].

و في صدد البحث عن التكييف القانوني لهذا العقد في القانون الجزائري فقد نصت المادة 10 من الأمر رقم 08 – 04 السالف الذكر على مايلي" :يكرس الامتياز المذكور في المادة 04أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار و كذا بنود و شروط منح الامتياز" .

كما جاء في نص المادة 76 من القانون رقم 05–12 ، المتعلق بالمياه أنه: " يسلم امتياز استعمال الموارد المائية، الذي يعد عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي

[1] –**صبوع صهيب** ، مرجع سابق، ص67.

أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم" ، و قد تم تحديد العمليات التي تدخل ضمن الامتياز الممنوح في نص المادتين 76 و 77 من نفس القانون، و التي من بينها إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة .

من خلال نص المادتين السالفتين الذكر يتضح صراحة أن عقد البوت و خاصة ما تعلق منها بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة تبرم وفقا لقواعد القانون العام، إضافة لما تم التطرق إليه سلفا، فقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 04-417 ، المؤرخ في8 ذي القعدة عام 1425 الموافق 20 ديسمبر سنة 2004الذي يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها ، مجموعة من القواعد التي تترجم بوضوح ميل المشرع الجزائري إلى اعتبار العقود المبرمة وفق هذا الأسلوب بشأن هذه المشاريع، من العقود الإدارية، وذلك لكونها تترجم بصورة جلية الخصائص و المميزات التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، و من بين ما تضمنه المرسوم السالف الذكر في هذا الشأن ، المادة 09 منه التي تنص على أنه" :يمنح الامتياز ،موضوع هذا المرسوم، عن طريق المزايدة " ، وهو ما يدل على اللجوء إلى الأساليب المتبعة في إبرام عقود القانون العام.

كما نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المؤرخ في8 ذي القعدة عام 1425 الموافق 20 ديسمبر سنة 2004[1] على أنه: "يمنح امتياز أنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و...أو تسييرها بموجب اتفاقية امتياز يوقعها حسب الحالة، رئيس المجلس الشعبي البلدي و الوالي المختص إقليميا و الراسي عليه المزاد" أي ان المادة قد حددت أطراف العقد في الجهة الإدارية ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي و الوالي المختص إقليميا من جهة و ذلك بحسب طبيعة المرفق المراد إقامته و الراسي عليه المزاد من جهة ثانية، و هو ما يمثل ترجمة لأحد الخصائص الأساسية التي تميز عقود القانون العام.

[1] -المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المؤرخ في8 ذي القعدة عام 1425 الموافق 20 ديسمبر سنة 2004 يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، الجريدة الرسمية العدد82 الصادرة في 10 ذي القعدة عام 1425 الموافق 22 ديسمبر سنة 2004 ،ص31.

بالرجوع إلى المادة 15/ 2 من نفس المرسوم التنفيذي أعلاه التي تنص على أنه:" إذا لم يمتثل صاحب الامتياز لأوامر السلطة المانحة الامتياز بعد انقضاء هذا الأجل أي أجل الإعذار تقرر هذه الأخيرة إلغاء الامتياز " ، و المادة 20 منه التي تنص على أنه: " يتعين على صاحب الامتياز الخضوع لأوامر السلطة المانحة للامتياز و مدير النقل في الولاية المختص إقليميا.

و يتعين عليه الخضوع لأشكال التفتيش والمراقبة التي يقوم بها، فجائيا و بانتظام، الأعوان التابعون للسلطة المانحة للامتياز أو الأعوان الذين يفوضهم مدير النقل في الولاية المختص إقليميا " ، يتضح لنا امتيازات السلطة العامة التي يخولها عقد الامتياز في شكل البوت للسلطة الإدارية في مجال إقامة و تسيير المنشآت القاعدية لاستقبال المسافرين عبر الطرقات، و التي تتمثل في سلطة الرقابة على إنجاز و تسيير المرفق موضوع العقد ، و هو ما يؤكد الطبيعة الإدارية لهذه العقود[1].

ضف إلى ذلك ما نصت عليه المادة 26 من نفس المرسوم التنفيذي أعلاه على أنه : "يمكن السلطة المانحة الامتياز أيضا، إلغاء الامتياز للأسباب التالية:

-إذا لم تتوفر الشروط التي سمحت بالحصول عليه

-إذا لم يمتثل صاحب الامتياز لإعذارات السلطة مانحة الامتياز التي لاحظت مخالفة خطيرة.

-إذا كان صاحب الامتياز يستغل الامتياز في ظروف مختلفة عن تلك الواردة في اتفاقية الامتياز.

-إذا خالف صاحب الامتياز أحكام هذا المرسوم بشكل خطير ".

تظهر كذلك مظاهر الرقابة التي تتمتع بها السلطة الإدارية في العقود الإدارية كترجمة لامتيازات السلطة العامة ،التي تخولها مثل هذه العقود للإدارة العامة، من خلال دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة[2]، حيث نص المادة 16 منه على ما يلي : "

---

[1] -**صبوع صهيب** ، مرجع سابق، ص68.

[2] -دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة ، الجريدة الرسمية ،العدد34، الصادرة في 17 رجب عام 1432، الموافق 19 يونيو سنة 2011 ،ص09 و10.

زيادة على المراقبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن السلطة مانحة الامتياز و في كل وقت، إجراء المراقبات للتأكد من أن نشاطات إنتاج المياه منفذة من صاحب الامتياز، طبقا لأحكام عقد الامتياز و دفتر الشروط هذا".

كما نصت المادة 10 من دفتر الشروط النموذجي المذكور أعلاه إلى أنه " يتعين على صاحب الامتياز طلب الموافقة المسبقة من السلطة المانحة للامتياز لأي تغيير أو توسيع في الهياكل " ، و هو ما يعبر بوضوح على السلطة التنظيمية التي تتمتع بها الجهة الإدارية مانحة الامتياز .

كما نصت المادة 21 من دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب امتياز توزيع الكهرباء و /أو الغاز وواجباته ، على مايلي ":يمكن للأشخاص المؤهلين لممارسة الرقابة ، المعينين من طرف الوزير المكلف بالطاقة أو رئيس لجنة ضبط الكهرباء و الغاز، أن يقوموا في أي وقت بكل الفحوص المفيدة في أداء مهمتهم و على وجه الخصوص أن يجروا التجارب و القياسات الضرورية و أن يطلعوا في عين المكان على جميع الوثائق التقنية أو المحاسبية أو أن يحتفظوا بنسخة منها....." .

كذلك المادة 12من المرسوم التنفيذي رقم 11-220، المؤرخ في 220 المؤرخ في 12 يونيو سنة 2011[1] ، و التي نصت على أن " امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاك غير قابل للتنازل عنه و لا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان .

من بين المواد التي تحيل إلى الشروط اللائحية فيما يخص عقد البوت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 11-220، و التي نصت على أنه " يمكن إلغاء الامتياز دون أي تعويض و بعد الإعذار، في حالة عدم احترام دفتر الشروط" .

من خلال ماسبق ، يتضح أن خصائص العقود الإدارية متوافرة فيما يتعلق بعقود البوت في القانون الجزائري ، و يتضح ذلك جليا من خلال كون أحد الأطراف في عقد البوت من أشخاص القانون العام، و أن هذه العقود تنصب على إنجاز مرافق عامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، إضافة إلى بروز قواعد استثنائية و غير مألوفة في القانون

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 11-220، المؤرخ في 220 المؤرخ في 12 يونيو سنة 2011 المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة ، الجريدة الرسمية الديمقراطية الشعبية العدد34 الصادرة في 17 رجب عام 1432 الموافق 19 يونيو سنة 2011 ،ص09

الخاص كترجمة للامتيازات التي تتمتع بها الجهة الإدارية المتعاقدة، و خاصة ما تعلق منها بسلطة التنظيم و سلطة الرقابة على الإنجاز و الاستغلال، و هو ما يظهر من خلال الشروط اللائحية التي تتضمنها مختلف النصوص القانونية الواردة بشأن هذه العقود ، سواء في دفاتر الشروط التي تنظم التعاقد وفق هذا الأسلوب ، أو في كيفيات و شروط منح الامتيازات، لكن هل اقتصر القانون الجزائري فقط على قواعد القانون العام لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب أم تضمن قواعد من القانون الخاص ؟[1].

ب –اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص

في واقع الأمر، فإن القانون الجزائري لم ينجر بصفة مطلقة وكلية إلى إحاطة هذا النوع من العقود، وخاصة تطبيقاتها في مجال إنشاء هياكل تحلية مياه البحر، بالقواعد المستمدة من القانون العام، بل إنه فتح المجال لإبرام هذه العقود على أسس عقود الاستثمار الدولي، حيث نصت المادة 81 من قانون 05-12 المتعلق بالمياه إلى أنه "يمكن بموجب هذا القانون، منح امتياز إنجاز و استغلال هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية، طبقا لأحكام الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار" .

إن الاطلاع على اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية من جهة والشركات التي أخذت على عاتقها أنجاز مشروعات تحلية مياه البحر على امتداد الساحل الجزائري من جهة ثانية ، هذه الأخيرة التي تعد أبرز التطبيقات العملية لعقد في القانون الجزائري يؤكد اتجاه الدولة الجزائرية إلىإحاطة هذه المشاريع بالكثير من الضمانات و التحفيزات المستمدة أساسا من قواعد قانون تطوير الاستثمار السالف الذكر، و هو ما يعكس مرونة في القانون الجزائري وعدم احتكامه بصفة كلية و مطلقة لقواعد القانون العام الذي قد يكون عاملا معرقلا لتشجيع الاستثمار و جلب رؤوس الأموال ،خاصة الأجنبية منها ، بهدف الاستفادة من الإمكانيات المالية و بالخصوص التكنولوجية ، قصد تحفيز النمو و تطوير البنية التحتية ذات الطابع الحيوي و الاستراتيجي مثل محطات تحلية مياه البحر، و محطات توليد الطاقة الكهربائية[2].

---

[1] -**صبوع صهيب** ، مرجع سابق، ص 70.

[2] –**صبوع صهيب** ، مرجع سابق، ص. 71.

إضافة إلى ذلك ، نصت المادتان 21 و 22 من الاتفاقيتين السابقتين على التوالي على عدم جواز تعديل الاتفاقيتين السابقتين إلا بوثيقة مكتوبة و موقعة من قبل الأطراف بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، وهو ما يعني بالضرورة تنازل الجهة الإدارية عن حقها في تعديل العقد من طرف واحد ، كصورة من صور امتيازات السلطة العامة التي تظهر جليا في العقود الإدارية، المطبقة عمليا في الواقع القانوني ، إن هذه الأهداف لا يمكن في الواقع تحقيقها في ظل نظام قانوني جامد لا يتمتع بالمرونة مثل ما تنطوي عليه عقود القانون العام من امتيازات للسلطة العامة، قد تصل لحد الإكراه, التي تتنافى مع مبدأ تشجيع الاستثمار و اكتساب التكنولوجيا .

إذا كان القانون الجزائري قد جعل الأصل في تكييف عقد البوت المتعلقة بإقامة هياكل تحلية مياه البحر، على انه عقود القانون العام، إلا أن الاستثناء هو سماح المشرع الجزائري بتنفيذ المشاريع الخاصة بتحلية مياه البحر وفق أحكام قانون 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، و هو ما يتضح جليا في اتفاقيات الاستثمار المبرمة في هذا الإطار بخصوص إنجاز محطتي الحامة و سكيكدة وغيرها[1].

الفرع الثاني : تمييز عقد البوت عما يشابهه من العقود

سنحاول من خلال هذا الفرع ، التمييز بين عقد البوت وبعض العقود المشابهة له كعقد الامتياز المرافق العامة و عقد الأشغال العامة و نظام الخوصصة.

أولا : تمييز عقد البوت مع عقد امتياز المرافق العامة

يصعب التمييز بين عقد البوت **و** عقد امتياز المرافق العامة، باعتبارهما وجهين لعملة واحدة، فكلاهما يقوم على أساس منح امتياز تسيير و استغلال المرفق العمومي لشخص آخر غير السلطة الإدارية مالكة المشروع ,و لمدة محددة، و أن نفس الحقوق و الالتزامات التي تتمتع بها الأطراف المتعاقدة في عقد امتياز المرافق العامة يتوفر عليها أيضا عقد الامتياز بنظام البوت .

و رغم التشابه بين النظامين، إلا أن ذلك لا ينفي وجود بعض الاختلاف بينهما الذي يتمثل أساسا في كون المشروع أو المرفق العمومي في عقد امتياز المرافق العامة يسلم

[1] –صبوع صهيب. مرجع سابق ، ص 72 و 73.

لصاحب الامتياز جاهزا أو على الأقل مكتمل البنية الأساسية لأجل تسييره و تقديم الخدمات للجمهور[1] .

على العكس من ذلك في نظام البوت فالملتزم هو من يتكفل ماديا و فنيا بإنجاز البنية الأساسية للمرفق العمومي ,و تسييره فيما بعد طيلة المدة المتفق عليها في العقد ,و في الأخير ينقل ملكيته لمانح الامتياز .

بالإضافة لذلك فإن نظام البوت يلجأ إليه عادة لتمويل بناء و استغلال المرافق العمومية الضخمة التي تعجز الدولة عن تشييدها و تسييرها بإمكانياتها البسيطة ، عكس عقد الامتياز المرافق العامة فيستعمل حتى في استغلال المرافق العمومية المتوسطة أو الصغيرة، كما أن مدة العقد غالبا ما تكون طويلة في نظام البوتأكثر منه في عقد امتياز المرافق العامة لأن نظام البوت يستلزم مدة لتشييد البنية التحتية ومدة للتسيير[2] .

ثانيا : تمييز عقد البوت مع عقد الاشغال العامة :

عرف الفقه عقد الأشغال العامة بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة في العقد[3].

بعد انتهاء الأشغال يسلمها المشروع أو العقار لكي تديره بمعرفتها كإنشاء أو ترميم المستشفيات و المدارس و الطرقات...الخ ، فمهمة المقاول في عقد الأشغال العامة تنتهي بنهاية الأشغال المتفق عليها، على العكس من ذلك في عقد البوت فالملتزم ينشئ المرفق العمومي و يمتلكه و يديره لغاية نهاية مدة الامتياز، ثم تنتقل ملكية المرفق للإدارة صاحبة المشروع في حالة صالحة لاستمرار تشغيله[4].

رغم الاختلافات السابقة الذكر إلا أن هناك نقاط تشابه تجمع كلا العقدين، حيث أنهما يتشابهان فيكون تشييد المرفق العام يكون على عاتق الملتزم و مسؤوليته، إضافة إلى أن

---

[1] – **ابراهيم الشهاوي** ,مرجع سابق، ص 48.

[2] – المرجع نفسه ، ص 49.

[3] –**أحمد سلامة بدر** العقود الإدارية و عقد البوت، (B.O.T) ، دار النهضة العربية ، مصر، بدون رقم الطبعة سنة 2003 ، ص35.

[4] –**بن محياوي سارة** ،(النظام القانوني لعقد الامتياز في القانون الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة ، سنة2013،ص25.

كلا العقدين يكون أحد أطرافه جهة إدارية عامة ، و يتم تنفيذ كلا العقدين لمصلحة الجهة الإدارية مقابل بدل معين يتم الاتفاق عليه[1].

ثالثا : عقد البوت و عقود الخوصصة

يعتبر نظام الخوصصة صفقة تبرمها الإدارة مع طرف آخر من القطاع الخاص و بمقتضاها تنقل له جزئيا أو كليا ملكية مشروع أو شركة عامة مملوكة للدولة، و من آثار هذا العقد اعتبار هذا الطرف الآخر شريكا في إدارة المشروع بنسبة ما يملكه من رأسمال أما في حالة نقل الملكية كليا فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع نهائيا[2] .

هذا ما أشار له المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 04/01المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001[3]، في المادة 13 بنصها:" يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية ,و تشمل هذه الملكية.

كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة أو الأشخاص المعنويون الخاضعون للقانون العام، و ذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة في الرأسمال.

_الأصول التي تشكل وحدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة"

يستشف من خلال نص المادة أعلاه ان عقد الخوصصة ينصب على بناء، وتشييد و استغلال مرفق عمومي من طرف الملتزم لمدة محددة دون انقطاع صلة الإدارة عن المشروع نهائيا بل تبقى لها حق الرقابة و الإشراف و التوجيه في كل مراحل البناء والاستغلال إلى غاية استرجاعها للمرفق العمومي بسبب نهاية المدة المتفق عليها، أو لسبب آخر كفسخ العقد[4]. و ليس الحال كذلك في عقد البوت.

---

[1] – **إلياس ناصيف**، مرجع سابق، ص 128.

[2] – **ابراهيم الشهاوي**، مرجع سابق، ص 50.

[3] – الأمر رقم 01-04 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001. والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية. وتسييرها وخوصصتها، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية، العدد 47الصادرة في 3 جمادى الثانية 1422 الموافق 22 غشت 2001، ص 9.

[4] –**بن محياوي سارة** ، مرجع سابق، ص 26.

المبحث الثاني : إنشاء عقد البوت أشكاله القانونية

نظرا لتعلق عقد البوت بالمرافق العامة، و التي تكون غالبا على اتصال بمشاريع البنية الأساسية، ونظرا لأهمية الآثار التي يرتبها سواء على السير الحسن للمرافق العامة، أو على التنمية بصفة عامة كان لابد من التطرق إلى المراحل الأساسية التي يمر بها إبرام هذا النوع من العقود من جهة ،و كذلك أشكاله القانونية .

المطلب الأول : إنشاء عقد البوت

سنتناول من خلال هدا المطلب أطراف عقد البوت في الفرع الأول و في الفرع الثاني سنتناول مراحل إبرام عقد البوت.

الفرع الأول : أطراف عقد البوت

سنقوم بتحديد أطراف عقد البوت و تبيان اهميتها ، وهذا من خلال تقسيمها إلى أطراف رئيسية و أطراف فرعية كما يلي :

أولا: الأطراف الرئيسية لعقد البوت

تتمثل الأطراف الرئيسية لعقد البوت في الدولة و شركة المشروع.

أ-الدولة

يقصد بالدولة المتعاقدة في مجال عقود البوت، الدولة التي تدخل في روابط تعاقدية مع أشخاص من القانون الخاص (أجنبية عادة) من أجل تنفيذ المشاريع التنموية ، وإذا كان تحديد الدولة على اعتبار أنها طرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية، لا ينير أي صعوبة تذكر إذا قامت بنفسها عن طريق من يمثلها (رئيس الجمهورية، الوزير الأول. أحد الوزراء...) بإبرام هذه العقود بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، فإن الصعوبة تثور إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس الدولة ذاتها وإنما هو جهاز تابع لها ويعمل لحسابها.[1]

اتجه الفقه في تحديد المقصود بالدولة كطرف متعاقد في إطار العقود التي تستهدف تحقيق التنمية الاقتصادية إلى اتجاهين متعارضين، أولهما الاتجاه الضيق، الذي يقصر عقود الدولة على العقود **التي** تقوم الدولة بنفسها بإبرامها من خلال من يمثلها والاتجاه

[1] – **حصايم سميرة**، مرجع سابق، ص 23.

الموسع، ٱلذي يلحق عقود الدولة بمفهومها الضيق العقود ٱلتي تقوم بإبرامها الأجهزة ٱلتابعة لها، وهو الرأي الراجح ٱلذي أيده العديد من الفقهاء، وكرسته بعض أحكام ٱلتحكيم[1].

الحقيقة أن الاتجاه الموسع لعقود الدولة هو الأَولى بالتأييد باعتباره يتناسب مع وظيفة الدولة في ٱلتنمية الاقتصادية، وٱلتي تنشئ هذه الأجهزة والهيئات لكي تقوم نيابة عنها بتحمل عبء ٱلتنمية الاقتصادية، كما أن هذه الأجهزة تتميز بالقدرات الاقتصادية الضخمة، وأن تخصصها وقوتها الاقتصادية يسمح لها بتطوير الاقتصاد الوطني عن طريق إبرام العقود الدولية، وتنفيذ السياسة الوطنية بشكل أفضل تحقيقا للمصلحة العامة ، فالهيئات أو الأجهزة العامة، وإن تعتبر مستقّلة عن الدولة من الناحية العضوية بحكم تمّتعها بشخصية قانونية مستقّلة، فإّنها تعدُّ مملوكة للدولة وتخضع لرقابتها وإشرافها، وتتولى تنفيذ مخطط ٱلتنمية المسطر لها، فتمّتعها بال شخصية القانونية المستقّلة ما هو إ لا وسيلة للقيام بالدور المخول لها، والدليل على ذلك اشتراط موافقة السلطة العامة على التصرفات ٱلتي تقوم بها، لاسيما إذا تعّلق الأمر بإبرام العقود [2].

ٱتجه جانب من الفقه من أجل تأييد وجهة ٱلنظر الموسعة لنطاق عقود الدولة، إلى الإشارة إلى ذلك نص المادة 1/25 من في اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لحل المنازعات المتعّلقة بالاستثمار الناشئة بين الدول ورعايا دول أخرى، ٱلذي طور فكرة المقصود بالسلطة المتعاقدة في مجال الاستثمار حيث تنص المادة 1/25 من الاتفاقية على أّنه : " يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز ..." ، فالمركز المذكور لا يختص فقط في المنازعات ٱلتي تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها، ولكن يمتد اختصاصه ليشمل ٱلنظر في المنازعات ٱلتي يكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة، تقوم بتحديده أمام المركز باعتبارها المحدد والمعين للجهاز ٱلذي يحل محلها في التعاقد على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية [3].

أما السلطة المتعاقدة، سواء تم تحديدها في التشريعات أو تم وضع آليات تحديدها تبعا لطبيعة النشاط أو نوع المشروع المراد إقامته بصيغة البوت، فإّنها تكون في كل الحالات

---

[1] –**إقلولي محمد** ، مرجع سابق، ص 150.

[1]– **إقلولي محمد** مرجع سابق ، ص 154.

[3] – **حصايم سميرة**، مرجع سابق، ص 25.

هيئة أو سلطة تابعة للقانون العام مثل الحكومة، أو أحد الوزراء، أو أحد الهيئات المحلية الولاية والبلدية، أو المؤسسات العمومية .فإعطاء مهمة إبرام العقود الداخلية والدولية لهذه المؤسسات يشجع خروج الاقتصاد الوطني من دائرة الركود والتخّلف، بالتالي النهوض بالّتنمية الوطنية وخلق جو من المنافسة، و قد تُمثَّل الدولة في عقد البوت من خلال جهات مختلفة:

– الجهة مانحة الّترخيص أو الالتزام، وهي الجهة الّتي يخولها الدستور أو القانون الحق في منح الّترخيص، أو الالتزام للقطاع الخاص ببناء أو تطوير وتمويل المشروع، وتتمّثل هذه الجهة في السلطة الّتنفيذية أو السلطة الّتشريعية.

–الجهة أو الهيئة العامة الطرف في اتفاق الّترخيص أو الالتزام، وهي الجهة أو السلطة المتعاقدة مع شركة المشروع، وتتمّثل عادة في الهيئة المعنية أصلا بتنظيم المرفق وتقديم الخدمة المرتبطة به[1].

ب –شركة المشروع

تعد شركة المشروع الطرف الثاني في عقود البوت، أين تلتزم ببناء وتشغيل ونقل ملكية المرفق إلى الجهة المتعاقدة .تتألف شركة المشروع من مجموعة شركات كل منها له اختصاصه الذي يساهم في تحقيق المشروع، وتكون مسئولة أمام الجهة الإدارية المانحة، والمسؤولية قد تكون تضامنية بين مجموع الشركات حيث أن مسؤولية كل شركة عضو تشمل كل أعمال و أخطاء الشركات الأخرى، وقد تكون المسؤولية فردية بحيث تكون كل شركة عضو مسئولة فقط عن أعمالها[2].

تتكون شركة المشروع عبر عدة مراحل، فالمرحلة الأولى تتمثل في الدخول في اتفاق تعاقدي بين عدة شركات للدخول في العطاء، وتقديم عرض مشترك، أما المرحلة الثانية فتكون بعد رسوا العطاء على المتقدمين، وحينها يتم إبرام اتفاق تفصيلي ينصب حول تحديد

---

[1] – **غانم محمد أحمد،** مشروعات البنية الأساسية بنظام الBOT ، ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، بدون رقم الطبعة ، سنة 2009 ، ص59.

[2] –**معوش شادية و مزاي راضية،** مرجع سابق، ص 38.

حقوق و التزامات المساهمين في شركة المشروع، ثم بعد ذلك تأتي المرحلة الأخيرة وفيها يتم تكوين شركة المشروع واكتسابها للشخصية المعنوية[1].

ويطلق على اتحاد الشركات مصطلح" **الكونسرتيوم** "والهدف من الالتجاء إلى هذه الآلية هو مجابهة التكاليف الباهظة التي تميز مشروعات البنية التحتية وكذلك الرغبة في توزيع المخاطر بين المساهمين، وقد يكون من ضمن المساهمين في شركة المشروع أو الكونسرتيوم شركة أو شركات من القطاع العام، ويتجلى ذلك خصوصا من خلال توزيع حصص التمويل على مجموعة من البنوك الوطنية والأجنبية يمكن أيضا للحكومة أن تمتلك جزءا أو أسهما في المشروع أو تدفع بإحدى هيئاتها للقيام بذلك[2].

فتتجلى أهمية التعاقد بنظام البناء والتشغيل وتقل الملكية بالنسبة لشركة المشروع، في اعتبار أن هذا الأخير يمكنه من توظيف رؤوس الأموال الضخمة ، خاصة وأن المشاريع المقامة وفقا لهذا النظام مشاريع اقتصادية موجهة إلى أعداد هائلة من المستهلكين مما يجعل فيه الربح مضمونا، ولما كانت هذه المشاريع تستهدف استحداث نشاطات جديدة، أو إعادة تأهيل أو هيكلة نشاطات قائمة، فان المستثمر له أن يستفيد من قوانين الاستثمار التي تعترف له بضمانات وامتيازات خاصة لحمايته، والتي أصبحت من المبادئ التي تقوم عليها الاستثمارات الأجنبية عموما. كما أن توجه القطاع الخاص إلى هذا النوع من العقود يسمح له بتوسيع رقعة تدخله بالاستحواذ على بعض القطاعات وتطوير النشاط الاستثماري في مشاريع كانت من قبل حكرا على الدولة[3].

وتسمح أيضا عقود البوت لشركة المشروع بالتفاوض المباشر مع السلطة المتعاقدة، وهو المجال الخصب للحصول على تنازلات وامتيازات، تتعدى التحفيزات الممنوحة لها في التشريعات الداخلية لتتمكن بذلك من احتكار إنشاء المشاريع التنموية وما يترتب عليه من ضمان عدم المنافسة، وقد أدت سيطرة لرجال الأعمال والشركات الدولية العملاقة، التي

---

[1] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص 63.

[2] – **معاشو عمار**،(الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة1998،ص99.

[3] –**معوش شادية و مزاي راضية**، مرجع سابق، ص 38.

شكلت كيانات اقتصادية ضخمة، غي المساهمة إلى حد بعيد غي بلورة القواعد التي تحكم الاقتصاد العالمي[1].

ثانيا: الأطراف الفرعية لعقد البوت

تتميز المشاريع المنفذة وفق هذا العقد عادة بالضخامة و التشابك و التعقيد نظرا لارتباطها من جهة بالبنية التحتية ، وكذلك لتعدد جوانبها التقنية و المالية و كذلك الجوانب المتعلقة بالتأمين على المخاطر من جهة ثانية، وهو ما ينتج عنه تدخل أطراف آخرين في عملية تنفيذ المشاريع، و يمكن تحديد هذه الأطراف على النحو التالي:

أ- مؤسسات التمويل :

تعتبر مشاريع البناء و التشغيل و نقل الملكية من ضمن المشاريع ذات الكلفة العالية، نظرا لكونها تنصب غالبا على مشاريع البنية التحتية و هو ما يجعل مع عملية تمويل هذه المشاريع مسألة في غاية من على الأهمية، و هو الأمر الذي جعل الكثير من الباحثين ينظرون إلى عقد البوت أنه وسيلة من وسائل تمويل إقامة المرافق العامة، و تتميز عملية الحصول على التمويل اللازم في مثل هذه المشاريع بالصعوبة، و ذلك لأسباب موضوعية تتمثل أساسا في عدم قدرة شركة المشروع على توفير الضمان اللازم لسداد القروض في حال تعثرها و إخلالها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، و كذلك لكون الدولة المضيفة لا تقدم غالبا ضمانات للممولين في حال فشل شركة المشروع[2].

و تتولى عدة مؤسسات مالية عملية التمويل، و تتنوع هذه المؤسسات من حيث طبيعة نشاطها و أغراضها ، و يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع رئيسية هي : مؤسسات التمويل التجارية، مؤسسات التمويل التنموية و وكالات التنمية الوطنية.

أ-1- :مؤسسات التمويل التجارية

وهي تشمل خصوصا البنوك التجارية، وشركات الائتمان التجاري وقد تنتمي هذه المؤسسات إلى الدولة المضيفة كما قد تكون من دول أخرى، وهي تسعى بصفة أساسية إلى تحقيق الربح عن طريق إعداد دارسات الجدوى الاقتصادية والمالية للمشروع الم ا رد تمويله وإجراء توقعات الأرباح، وتدخل مؤسسات التمويل عادة في اتفاقيات القرض الجماعي الذي

---

[1] –**اقلولي محمد**، مرجع سابق، ص40.

[2] –**معوش شادية و مزاي راضية**، مرجع سابق، ص 40.

يتم الاتفاق بموجبه على سداد كل بنك حصة معينة من قيمة القرض مع تحمل كل بنك المسؤولية في حدود حصته وينظم هذا الاتفاق العلاقات فيما بينهم ومع المقترض[1].

أ-2- هيئات التمويل الدولية:

وهي تلعب دورا بارزا في تمويل مشاريع البنية الأساسية المقامة عن طريق القطاع الخاص التي تعد إحدى مؤسسات البنك الدولي ومن أهم هذه المؤسسات :مؤسسة التمويل الدولية(IFC).

أ-3- وكالات التنمية:

هذه المؤسسات معنية أساس بعمليات التمويل وتشجيع التنمية في الدول النامية ومن أمثلتهاUSAID:الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية ، ومؤسسة الاستثمار في الخارجOPIC [2].

ب- المقاولون :

تقوم شركة المشروع في إطار تنفيذ التزاماتها التعاقدية في عقد البوت بالتعاقد مع مهندس، كما تتعاقد مع مقاول رئيسي لتنفيذ أعمال البناء، و يقوم المقاول الرئيسي بدوره بالتعاقد مع مقاولين آخرين من الباطن لتنفيذ متطلبات المشروع بالقدر اللازم لتلبيتها .

و المقاول من الباطن هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتعهد بتنفيذ المشروع بناء على عقد مع المقاول الأصلي دون أن يتعاقد مع صاحب العمل نفسه .و يتم اختيار المتعاقد من الباطن إما بصورة اختيارية غير مفروضة، بتعاقد المقاول الأصلي مع أي شخص، و إما أن يتم فرض المتعاقد من الباطن، و ذلك بترشيحه من الإدارة أو من قبل المتعاقد الأصلي ولكن بعد موافقة الجهة الإدارية المانحة[3].

وغالبا ما تبرم شركة المشروع في مشروعات البنية الأساسية عقد مقاولة مع المقاولين ويعد هذا العقد الإطار القانوني لمرحلة التشييد، وعقد المقاولة في ظل هذه المشروعات يتخذ عادة عقد تسليم المفتاح في اليد و تشمل مسؤولية المقاول إعادة تصميم المرفق و تشغيله كما يكون في كثير من الحالات هو ناقل التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل المرفق،

---

[1] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص 70.

[2] –**غانم محمد أحمد** مرجع سابق، ص 71.

[3] –**صبوع صهيب**، مرجع سابق، ص 47.

و يمكن أن تلجأ مجموعة من شركات المقاولة إلى نظام الكونسورتيوم التعاقدي من أجل تنفيذ عقد المقاولة مع شركة المشروع و ذلك بهدف تقاسم المخاطر فيما بينهم[1].

ت- الموردون :

تقوم شركة المشروع بالتعاقد مع موردين من أجل توريد بعض المعدات والآلات والتجهيزات الضرورية لتشييد المشروع وتشغيله، ويعد عقد التوريد في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود المألوفة والمتداولة والتي يمكن أن تكون متضمنة عقد التشييد ذاته[2].

ث- المشغلون

اصطلاح المشغل يشير إلى الشركة التي تتولى مسؤولية التشغيل التجاري للمشروع و إدارته و صيانته طوال مدة الامتياز، و عادة ما تكون شركة التشغيل و الصيانة إحدى الشركات التابعة للمساهمين في شركة المشروع، و قد تنشأ هذه الشركة خصيصا لأغراض التشغيل ، وفي أحوال أخرى قد يتم اختيار شركة التشغيل و الصيانة من خلال إجراء مناقصة مفتوحة[3].

ج- مؤسسات التأمين

نظرا لضخامة المشاريع المقامة وفقا لأسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية، فانه يستلزم الوقاية من كل المخاطر التجارية، الطبيعية والسياسية منها التي قد تنجر عنها أثناء مرحلتي التشغيل والتشييد .لذلك كله فانه يتم اللّجوء إلى الشركات المتخصصة في أسواق التأمين التجارية بالأخص لدى المؤسسات المالية الدولية، كالبنك العالمي ووكالات ضمان الاستثمار من أجل الحصول على تأمين كاف لهذه المخاطر، وتقوم شركات التأمين بتقديم خدماتها للشركة المنفذة سواء تعلق الأمر بتأمين العمال أو التأمين ضد توقف العمل وضد انقطاع التدفق النقدي.وقد يكون من مصلحة جميع الأطراف الدولة المضيفة، شركة المشروع، البنوك والمشغلين التنسيق في هذه العملية حتى لا يحدث تكرار التأمين على كل الأطراف، لذا يفضل دائما أن يتم عند شركة واحدة حتى يسهل الحصول على خصم وحتى يتم حصر كل مصاعب التأمين من جهة واحدة[4].

---

[1] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص 75.

[2] –**معوش شادية و مزاي راضية**، مرجع سابق، ص 43.

[3] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص 71.

[4] –**صبوع صهيب**، مرجع سابق، ص 48.

الفرع الثاني : مراحل إبرام عقد البوت

يمر عقد البوت بثلاث مراحل أساسية تتمثل أولاهم في مرحلة الإعداد الفني و القانوني لمشروع العقد ، و ثانيهم مرحلة طرح المشروع للتعاقد ، و ثالثهم مرحلة وضع الاطار القانوني للعقد ، نبين ذلك على النحو التالي:

أولا: مرحلة الإعداد الفني و القانوني لمشروع عقد البوت

تتمثل مرحلة الإعداد الفني و القانوني لمشروع عقد البوت في الإجراءات السابقة على التعاقد في تحديد المشروع المراد إنشاؤه و دراسة الجدوى للمشروع و إعداد الوثائق الأولية للتعاقد.

أ- تحديد المشروع

تتمثل الخطوة الأولى في إقامة أي مشروع تنمو لاسيما مشاريع نظام البوت في تحديد مدى الحاجة إليه وبيان مواصفاته الفنية، وتقع مهمة تحديد المشروع على كاهل الحكومة أو الجهة المتعاقدة، وتبتدئ هذه الخطوة عادة بتقدير الطلب على خدمات مشاريع البنية الأساسية ومن ثم تحديد نسبة العجز المتوقعة في خدمات كل مشروع من هذه المشاريع وتحديد أولويات الحاجة إليها، ووفقا لذلك يمكن تحديد أو اختيار المشروع بناءا على دراسات وأسس علمية واقتصادية وفنية، ليتم بعدها دراسة الخيارات التمويلية المتاحة لإقامة المشروع المحدد، وتحديد الصيغة التعاقدية الملائمة له [1].

تستعين الهيئة الحكومية غالبا، بكافة الخبرات الفنية الموجودة لديها في الإدارة المعنية أو تقوم بطلب المعونة الفنية من الجهات الأكثر تخصصا في الدولة ، للبحث عن مدى الاحتياج إلى طاقات إضافية من خدمات البنية التحتية، ثم دراسة الوسائل المختلفة المتاحة لتمويله، بما في ذلك دراسة إمكانيات ومزايا ومخاطر تنفيذه بأسلوب البت بدلا من التنفيذ الحكومي المباشر له ، إذ لابد من التفكير بجدية في اعتمادها هذا الأسلوب كوسيلة فعالة للتوسع في متطلبات البنية التحتية مع ضرورة الرجوع إلى قانون البوت في الدولة أو إلى القوانين المتعلقة بمنح الامتيازات إذا كانت تسمح باستخدام هذه الآلية التمويلية في المشروع المرغوب تنفيذه[2].

---

[1]- **إلياس ناصيف**، مرجع سابق، ص 176.

[2] -**البهجي عصام أحمد**، عقود البوت، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر الإسكندرية بدون رقم الطبعة، سنة2008، ص 113.

وإذا كانت الجهة الحكومية في غالب الأمور هي من تقوم بتحديد المشروع المطلوب إقامته وتحديد أسلوب تمويله، فلا يوجد ما يمنع شركة المشروع من تحديد المشروع المزمع إقامته بعرضه على الحكومة وإبداء استعدادها لتمويله وفقا لنظام البوت والمؤكد في أن المستثمر سيحرص جديا على تحديد المشروع الذي يتوقع أن يحقق له نسبة عالية من الأرباح[1].

ب- دراسة جدوى المشروع

تعرف دراسة الجدوى على أنها" مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات التي تستخدم في تجميع البيانات والمعلومات ودراستها وتحللها في ضوء محيط ما، بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية تنفيذ المشروع، وذلك من عدة جوانب قانونية مالية، تسويقية، اجتماعية وبيئية [2].

وتشمل دراسة الجدوى تقييم مختلف الجوانب المحيطة بالمشروع، وذلك بدراسة المزايا المتوقعة منه والتنبؤ بتكاليفه الإجمالية وتدفقاته الإدارية خلال العمر الإنتاجي المتوقع من تشغيل مرفق البنية التحتية، مع أهمية مراعاة التحفظ في الوسطية لتجنب الوقوع في فخ التفاؤل الزائد بمعنى أنه يجب عدم المبالغة في الإيرادات المتوقعة والتهاون في شأن التكاليف المحتملة[3].

فضلا عن ذلك تتم دراسة أهمية وقدرة المشروع على خلق فرص عمل جديدة للعمال الوطنية، بما يساهم في تحقيق تنمية المجتمع ، كما ينبغي على السلطة المتعاقدة أن تجري تقييما للأثر البيئي للمشروع في إطار دراسة جدواه، فقد وجد في بعض البلدان أنه من المفيد مساهمة القطاع العام بقسط من التقييم الأولي للأثر البيئي، وفي مختلف الخيارات المتاحة للتقليل من ذلك الأثر إلى حد أدنى والجدير بالذكر أن هناك قوانين تلزم المشاركين في المناقصة بإرفاق طلبهم بتقرير عن دراسة جدوى المشروع يتضمن مسح شامل للمشروع ووصف للنواحي الهندسية والفنية والتكنولوجيا المستخدمة .وكذلك تحليل مالي للمشروع يشمل تكاليف الاستثمار والتشغيل وهياكل التمويل[4].

---

[1] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص 113.

[2] – **حامد ماهر محمد**، مرجع سابق، ص 72.

[3] –**معوش شادية و مزاي راضية**، مرجع سابق، ص 45.

[4] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص 114و115.

ت- إعداد الوثائق الأولية للتعاقد

يعد إعداد الوثائق الخاصة لطرح المشروع للّتعاقد أهمها دفاتر الشروط، أحد الإجراءات الّتحضيرية والأولية للدخول في عملية الاختيار قصد الإرساء على شركة المشروع المناسبة لإقامة مشروع بْنية تحتية بنظام البوت، حيث تتطّلب طبيعته المركبة إعداد وثائق ومستندات على نحو مستفيض، تؤدي إلى تغطية كافة الجوانب الفّنية للمشروع، بما في ذلك المخطط الأولي للتعاقد ووثائق الاختيار الأولي، وطلب تقديم الاقتراحات وكافة الّتعليمات بشأن إعدادها كما تتضمن المستندات على كافة الاتفاقات الرئيسية، بما فيها الصيغة المبدئية لاتفاقية أو مسودة اتفاق المشروع الخاص بعقد البوت ، والمعايير الّتي على أساسها يّتم تنظيم العلاقة بين الجهة الحكومية مانحة الّترخيص، وشركة المشروع المرتقبة، وهو ما يضمن كفاءة إجراءات الاختيار وشفافيتها، لابد أن تصاغ الوثائق الأولية وفقا للمعايير الدولية، وأن تكون دقيقة ومحددة تأخذ في اعتبارها مصالح شركة المشروع، لتحظى بثّقة الشركات العالمية المتخصصة .فليس من الصواب الإسراع في إصدار هذه المستندات بقدر ما يعطيه التمهل والتروي من حيث إصدارها على مستوى رفيع وعالمي، ليعطي بذلك الّثقة الكبرى للشركات للدخول في المنافسة للفوز بإنشاء المشروع[1].

هذا ونجد في العديد من الدول مستندات عامة تستخدم لتعاقدات القطاع العام، قد تحتوي على قدر من الّتفصيل، تحوي شروط عامة مفيدة في الإسراع بإنجاز الوثائق المتعّلقة بمشاريع البوت[2].

ثانيا : مرحلة طرح المشروع للتعاقد

تقوم الجهة الحكومية، بعد الإعداد الفني والقانوني للمشروع بما يلزم لطرح المشروع للتعاقد، مّتبعة في ذلك الإجراءات الّتي يمليها عليها القانون في الدولة، وتّتبع السلطة العامة في تعاقدها السبل الّتي تنص عليها القوانين الوطنية والّتي تتراوح بين الأساليب التنافسية المنظمة من خلال الدعوى للتنافس على المشروع ، أو بالاعتماد على سبيل الاتفاق المباشر للتعاقد دون التقيد بإجراءات شكلية[3].

---

[1] - **حصايم سميرة**، مرجع سابق، ص 67.

[2] -**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص117 .

[3] - **حصايم سميرة**، مرجع سابق، ص68.

أ- الدعوى للتنافس على المشروع

تتضمن أغلب القوانين الخاصة بمشاريع البوت استعمال الإجراءات الّتنافسية لاختيار شركة المشروع[1]، وبالرجوع إلى القوانين الجزائرية المنظمة لمنح الامتيازات بشأن إنشاء وتشغيل بعض المشاريع، نجدها أيضا تتطّلب اختيار المستثمر في إطار المنافسة دون أن تلزم الجهة الحكومية بإبرام هذه العقود بإتباع الأساليب المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، وهو ما يعني إمكانية اختيار شركة المشروع وفقا لقواعد تحددها خارج نطاق هذا القانون[2]، ويتم غالبا الاعتماد على الإعلان عن المناقصة أولا، ليتقدم المستثمرين المؤهلين بعطاء اتهم ثانيا، والّتي يتم تقييمها لاختيار أفصل الاقتراحات ثالًثا.

1 -الإعلان عن المناقصة

تطبيقا لنص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 [3] ، يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراءا أساسيا وجوهريا بالّنسبة لنظام المناقصات العامة، يّتم بمقتضاه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعاهدين الراغبين في الّتعاقد مع الإدارة .

يتعين أن يحتوي عرض المناقصة على المعايير اللازم توّفرها حتى يمكن لمستثمر ما أن يفوز بالمشروع، وتتعّلق هذه المعايير عادة بالوقت اللازم لتنفيذ المشروع، وتكلفة تقديم الخدمة للجمهور، وفترة الّتشغيل، والمواصفات الّتي تكفل الحصول على تكنولوجيا متقدمة، وبيان الشروط والّتسهيلات الّتي يتض منها المشروع وغيرها من المعايير يدخل الإعلان عن المناقصة في مفهوم الدعوى للّتعاقد، ولا يعد إيجابا، فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء ولا تتحدد معالمه وشروطه، إلا بناءا على الشروط والأحكام الّتي قررتها الإدارة[4].

ويعد نظام المناقصات العامة أكثر قدرة على توفير درجة عالية من المرونة والكفاءة، وعلى جذب أكبر قدر ممكن من المستثمرين المحليين والأجانب الّذين يتحمسون لتنفيذ المشروع، وهو ما يشجع القطاع الخاص المحلي والأجنبي على إظهار أكبر قدر ممكن من

---

[1] - **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص 117.

[2] - **حصايم سميرة**، مرجع سابق، ص68.

[3] -المرسوم التنفيذي رقم 10 - 236 المؤرخ في 28 شوال عام. 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 58،الصادرة في28 شوال عام. 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010،ص9.

[4] - **جابر جاد نصار**، سابق، ص 118.

نوايا الإبداع والابتكار الّتقني، لما يكفله من مزايا التكامل والشفافية واكتساب ثقة الرأي العام في مشاريع البوت[1].

2- تقديم العطاءات

بناء على الإعلان عن المناقصة، يقوم المستثمرون الراغبون في الّتعاقد على إنشاء المشروع بتقديم عروضهم على ان يتم قبل ذلك إثبات أهليتهم ثم إعداد عطاءاتهم ، فبخصوص اثبات الاهلية نجد ان الدولة المتعاقدة عند الإعلان عن أي المناقصة اشتراط ضرورة إثبات أهلية المتعاقد وجدارته، وذلك بالدعوة إلى سبق التأهيل وتعني دعوة المتقدمين إلى المناقصة لتقديم المستندات الدالة على سابقة خبرتهم في المجال المرغوب التعاقد بشأنه[2] ، حيث اعتمد المشرع الجزائري في حالة العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة وهي الصفة الّتي تميز عمليات عقد البوت، حيث دعا إلى اعتماد أسلوب الاستشارة الانتقائية، أو الدعوة إلى الانتقاء الأولي، وهو ما جاء في المادة 31 ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم 10 - 236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

أما بخصوص اعداد العطاءات ، فيتولى كل اّتحاد مالي يرغب الدخول في المنافسة للفوز بالمشروع، بعد الإعلان عن المناقصة وقبل إعداد العطاء، العمل على التأكد جديا من الجدوى الاقتصادية للمشروع ومدى قدرته على تحقيق أرباح مستقبلية مقبولة، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال القيام بإعداد دراسة جدوى خاصة مفصلة للمشروع للوقوف على جوانبه المختلفة، بالأخص مستوى الربحية، ليتم بعدها إعداد العطاء[3].

يجب أن يتضمن العطاء تحديد مصادر تمويل المشروع عن طريق خطة تمويلية محكمة، كما يتضمن على مختلف الضمانات الّتي تكفل تنفيذها، مع بيان الرسومات الخاصة بالمشروع وخطة تنفيذه، والمدة الزمنية اللازمة لذلك، وقد فصلت نصوص الّتنظيم الجزائري المّتعلق بالصفقات العمومية في مشمولات ملف العرض، الّذي يجب أن يتكون من عرض مالي وتقني ،وذلك في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

---

[1] -**العشماوي شكري رجب، إسماعيل إسماعيل حسن، عبد العزيز سمير محمد**، معايير سلامة الاستثمارية ومشروعات. BOTأسس، نماذج ، حالات، المكتب العربي الحديث ، مصر الإسكندرية، بدون رقم الطبعة ، سنة 2007،ص141.

[2] - **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص 120.

[3] -**العشماوي شكري رجب**، ،مرجع سابق، ص27.

3- تقييم العروض و البث فيها

بعد تلقي العروض من قبل المتعهدين، تقوم لجنة فحص العروض بتدقيق الوثائق والعروض المقدمة لتعلن قبول عروض من تتوافر فيهم الشروط المطلوبة و رفض العروض غير مكتملة الشروط ، ثم تنتقل اللجنة المختصة بفحص العروض إلى تقييم العروض التي تتوفر فيها الشروط القانونية لتنتهي بعد ذلك إلى اختيار العرض الفائز، و يكون تقييم العروض من قبل لجنة تتشكل من خبراء و استشاريين فنيين وماليين و قانونيين على درجة عالية من الكفاءة، كما يجب أن يكون العرض المقدم موافقا للقواعد و الشروط و المعايير التي أعلنت عنها الإدارة في دفتر الشروط [1].

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري رغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة، اشترط اعتماد المناقصة، لإضفاء الطابع النهائي والرسمي عليها، والإعلان عن إتمام إجراءاتها، وقد جاءت المادة08 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية معلنة أن الصفقات لا تكون صحيحة إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة.

ب - :الاتفاق على التعاقد :

تنطوي مشاريع البِنية الّتحتية الممولة من القطاع الخاص في بعض البلدان، على تفويض من جانب السلطة المتعاقدة لحق وواجب توفير الخدمة العمومية عن طريق الاّتفاق المباشر، فهي تخضع لنظام قانوني خاص يختلف من جوانب عدة عن الّنظام الّذي يطبق عموما على إرساء العقود العمومية، المتعّلقة بشراء السلع والإنشاءات والخدمات فقد أجاز القانون02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، منح رخص الإنجاز لطالبها قصد بناء منشآت جديدة لإنتاج الكهرباء، وهو ما يفهم من نص المادة 22من نفس القانون فإتباع الجهة الحكومية لأسلوب الاتفاق المباشر أو الّتراضي يخولها إمكانية الّتفاوض مباشرة مع المستثمرين، دون التقيد بأي إجراءات شكلية، لذلك ذهب البعض إلى أن الجهة الإدارية تظهر في الّتعاقد كأحد أشخاص القانون الخاص، متمّتعة بحرية كبيرة تعفيها من إتباع إجراءات أو شكليات في إبرام عقودها[2].

---

[1] - **إلياس ناصيف**، مرجع سابق، ص 196.

[2] - **حامد ماهر محمد** ، مرجع سابق، ص87.

ثالثا : مرحلة وضع الإطار القانوني لعقد البوت

تمر مرحلة وضع الإطار القانوني لعقد البوت الدخول في المفاوضات ألّتي تعد من المقدمات الأولية اللازمة في عقود الدولة المرتبطة بعملية الاستثمار عموما، ثم تأتي اتفاقية المشروع و ملحقاتها.

أ: المفاوضات

يعرف التفاوض بأنه"تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدارسات الفنية، بل الاستشارات القانونية بين أطراف التفاوض، ليكون كل منهما على بيّنة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصالحه، وتعرفه على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات ".
تعتبر المفاوضات المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد قبل إبرامه، أين تبتدئ هذه المرحلة بمناقشة الجانب الفني للمشروع وطرح خطة للتشغيل والصيانة في ضوء احتياجات كل طرف ومدى قدرته على الاستجابة لمتطلبات الطرف الآخر[1].

ومن المشاكل الخاصة التي تواجهها السلطات المتعاقدة في هذه المرحلة هو الخطر في احتمال أن تفضي المفاوضات مع مقدم العرض الذي وقع عليه الاختيار، إلى ضغوط لتعديل ما ورد أصلا في الاقتراحات بشكل يلحق الضرر بالحكومة أو المستهلكين، فلا ينبغي السماح بإدخال تغييرات على العناصر الأساسية للاقتراح التي يمكن أن تشوّه الافتراضات التي تم على أساسها تقييم الاقتراحات وتحديد رتبها،كما أنه من المهم ضمان الشفافية في إجراء تلك المفاوضات وعدم إفضائها إلى إدخال تغييرات على الأساس الذي قامت عليه طلبات العروض، ولإنجاح عملية التفاوض لابد من التحلي بقدر كبير من الموضوعية وحسن النية واحترام الطرف الآخر[2].

-ب: اتفاقية المشروع و ملحقاتها

تعتبر اتفاقية المشروع ، الوثيقة التي تمثل التعاقد بين الحكومة المضيفة وشركة القطاع الخاص ، يتم التوقيع عليها بعد موافقة الحكومة على إرساء العطاء وتكوين شركة المشروع، التي تعتبر نقطة الانطلاق لتنفيذ المشروع.

تضم اتفاقية المشروع مجموعة المسائل القانونية المحددة لنطاق المشروع والغرض منه وجميع التفاصيل المتعلقة بالتنفيذ، من حقوق والتزامات الأطراف، مسألة توزيع المخاطر بين

---

[1] – **حامد ماهر محمد** ، مرجع سابق، ص91.

[2] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق ، ص 143.

شركة المشروع والحكومة، القانون الواجب التطبيق وكيفية تسوية المنازعات، بالإضافة إلى مختلف النصوص القانونية التي تحكم عملية استعانة طرفي العقد بأطراف خارجية، لإتمام بعض العمليات المؤقتة أو الدائمة الخاصة بالمشروع[1].

كل هذه الاعتبارات تجعل من اتفاقية المشروع الأساس القانوني لأي بنيان تعاقدي، أما عنصر 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.

ونظرا للتعقيد الشديد الذي تتميز به عقود البوت، فإنه من الضروري الدخول في ترتيبات تعاقدية متعددة ترتبط في جوهرها باتفاقية المشروع وتبرم تنفيذا لعقد البوت، وتتمثل في عقود التمويل، عقود المقاولة، عقود التشغيل والصيانة، عقود التوريد، عقود شراء الخدمة، عقود التأمين[2].

المطلب الثاني : أشكال عقد البوت

أفرز الواقع العملي مدى حاجة الدولة للقطاع الخاص في إنشاء مشاريعها التنموية وتغطية كل مشروع، وتشكل بذلك ترتيبات تعاقدية مختلفة، ومن بين هذه الصيغ التعاقدية، نجد ما ينصب على مشاريع جديدة ، و هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، وأخرى تخص مشاريع قائمة بحاجة إلى تحديث أو تجديد ، سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة

تعتمد الدول لإقامة مشاريع تنموية جديدة على العديد من الصيغ أو الأشكال في إطار تعاقدها بنظام البوت، من هذه الصيغ نذكر الأشكال الآتية:

أولا: عقد البناء و التشغيل و التملك و نقل الملكية BOOT

في هذا الشكل تقوم شركة المشروع ببناء المرفق وتملكه و إدارته وتشغيله طول مدة العقد ويفهم ذلك عندما أضيف حرف"**O**" الثاني إلى مصطلح **BOT** ويعني به**"Owen"** التي تعني" **يمتلك**"، والذي يقصد به تملك المستثمر للمشروع الذي قام بإنشائه .ويختلف هذا الشكل عن شكل البوت في أنه يتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد[3].

---

[1] –**العشماوي شكري رجب**، ، مرجع سابق، ص177.

[2] – **سلام أحمد رشاد محمود**، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل (BOT) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون رقم الطبعة ،سنة2004،ص99.

[3] – **إلياس ناصيف**، مرجع سابق، ص 122.

ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين الشكلين، بينما يميز آخرون بينهما على اعتبار أن الفرق الأساسي يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله، فحين تكون الملكية لشركة المشروع في عقد الBOOT ، ثم تقوم بنقلها إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز، فإنها تكون للدولة المتمثلة بالجهة الإدارية المختصة في عقد البوت، على اعتبار المشروع يبنى لحسابها[1].

ونشير إلى أن المشرع الجزائري في المادة 228من القانون المدني[2] قد أقر عدم قيام الحيازة على العمل الذي يأتيه الغير، إذا كان مجرد رخصة ، وهو الأمر الذي ينطبق على عقد البوت بالتالي لا يمكن تطبيق أحكام الحيازة على العقد بالأخص المادة 827 التي تجعل من حائز العقار أو المنقول الذي استمرت حيازته 15 سنة بدون انقطاع مالكا له، فضلا عن ذلك فان أموال الدولة لا يجوز تملكها بالتقادم، وهو ما جاء في المادة 689 من ذات القانون.

ثانيا :عقد البناء و التملك و التشغيل BOO

تبرم هذه العقود بين الحكومة من جهة و مستثمر أو مجموعة من المستثمرين و تستهدف إقامة المشروع و تملكه و تشغيله، و في هذا النوع من العقود لا يلزم المستثمر بتحويل المشروع إلى المالك، ذلك أن هذا العقد لا يتضمن عنصر نقل الملكية Transfer ، فهو شكل من أشكال الخوصصة و لكن قد ينتهي بانتهاء العمر الافتراضي للمشروع أو تعويض الدولة للملاك عن حصص الملكية[3].

وعادة لا ترحب الدول بهذا النوع من المشروعات إلا في حالات نادرة كأن تنتهي حاجة الدولة من المشروع بعد انتهاء فترة الالتزام أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع، و عليه فإن جانبا من الفقه يرى أن عقود البوت تعد من قبيل أشكال الخوصصة و لكن بأسلوب البوت[4].

ثالثا :عقد البناء و التشغيل و تجديد الامتياز BOR

يشتمل عقد البناء و التشغيل و تجديد الامتياز على تشييد المشروع أو إنشائه و إدارته طول مدة الامتياز وفي نهاية المدة يتم تجديد الامتياز لمدة أخرى، وفيه يتم التجديد بنفس

---

[1] – **معوش شادية و مزاي راضية**، مرجع سابق، ص 23.

[2] – الأمر رقم 75–58 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

[3] –**عبد الفتاح بيومي حجازي** ، مرجع سابق، ص 70.

[4] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص 23.

الشروط أو شروط جديدة، و هذا النوع من العقود قائم على وعد، و يتم اللجوء إليه في حالة و جود عقبات قانونية أو تشريعية تحول دول تمديد الامتياز الممنوح [1].

و يتم في هذا النوع من العقود التعاقد على بناء المشروع، ثم تشغيله للفترة الزمنية المتفق عليها، وغالبا ما يترتب على ذلك استمرار المنافع من المشروع و زيادة عدد المتعاملين مع المشروع و زيادة الرسوم المفروضة، و لهذا قد تدخل الدولة في مفاوضات جديدة مع المستثمرين من أجل تجديد عقد الامتياز الذي يجمعها بهم[2].

رابعا:عقد التصميم – البناء –التمويل – التشغيل DBFO

يعتمد عقد التصميم – البناء– التمويل – التشغيل ، على قيام الشركة الخاصة بتصميم المشروع منذ البداية و ببنائه وتوفير التمويل اللازم له، بالأخص عندما يحتاج المشروع إلى تمويل مستمر وكاف لحسن إدارته، لتأتي عملية التشغيل فيحصل الطرف الخاص على إيرادات المشروع، و بعدها تؤول الملكية إلى الدولة[3].

خامسا :عقد البناء و التأجير و التحويل"B LT" or " B R T "

يعتمد عقد البناء و التأجير و التحويل على قيام شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها وإما بتشغيله عن طريق آخرين مقابل حصول شركة المشروع على مقابل مالي طوال مدة التعاقد، وبالتالي تقوم الجهة الإدارية باستغلاله وصيانته، ثم يصبح في نهاية تلك المدة خالصا للجهة الإدارية من دون أية أعباء بحيث تقوم باستغلاله دونما التزام بشيء تجاه شركة المشروع[4].

سادسا: عقد البناء و التشغيل و التحول BTO

يعتمد عقد البناء و التشغيل و التحول على قيام شركة المشروع بتشييد المرفق على نفقتها، وعند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة المتعاقدة، مقابل أن تمنحها تلك الجهة الحق في استغلال المرفق وتشغيله فترة معينة يحددها اتفاق المشروع والحصول على مقابل انتفاع

---

[1] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص 88.

[2] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص 22.

[3]– **المرجع نفسه** ، ص 23.

[4] – **حامد ماهر محمد**، مرجع سابق، ص 25.

الجمهور بالمرفق، وأهم مجالاتها الفنادق والمشروعات السياحية، وقد تفضل الدولة هذه الصورة للحد من النفوذ الأجنبي[1].

الفرع الثاني: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة

قد تكون الجهة الحكومية بحاجة إلى تجديد واستحداث مشروع قائم، لذا قد تلجأ إلى الصيغ الّتعاقدية الّتالية:

أولا:عقد التحديث و التملك و التشغيل و التحول MOOT

تتعهد الشركة الخاصة في هذا الّنوع من العقود بتحديث المشروع (Modernisé) وتطويره تكنولوجيا وفقا للمستويات العالمية، وتتولى تشغيله لفترة معينة،ثم تعيده في نهاية الفترة إلى المالك دون مقابل[2].

استعمل المشرع الجزائري هذه الصيغة في نص المادة 102 من القانون رقم 05-12 المتعّلق بالمياه، حيث نص على:" يكّلف صاحب امتياز الخدمة العمومية للماء والتطهير في إطار الحدود الإقليمية للامتياز، باستغلال المنشآت والهياكل التابعة للأملاك العمومية الاصطناعية للماء وصيانتها وتجديدها وإعادة تأهيلها وتطويرها".

ثانيا:عقد الإيجار و التجديد و التشغيل و التحول LROT

يقوم المستثمر في هذا النوع من العقود باستئجار مشروع ما من الدولة لمدة زمنية محددة في العقد، ثم يقوم بتجديد و تحديث و تشغيل و استغلال المشروع ، و بعد انتهاء المدة المحددة للإيجار يقوم بإعادته إلى الجهة الإدارية المالكة للمشروع بحالة جيدة و دون مقابل، في هذا النوع من العقود لا تتملك شركة المشروع المشروع في أي مرحلة بل تظل الملكية للجهة الإدارية المتعاقدة التي تقوم بإيجاره إلى شركة المشروع[3].

---

[1] – **حامد ماهر محمد**،مرجع سابق، ص 31.

[2] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص21.

[3] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص 24.

الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة على عقد البوت

الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة عن عقد االبوت

يرتب عقد البوت آثاره عندما تقوم الدولة أو إحدى هيئاتها العامة بإبرامه على الّنحو السابق، ونظرا لخصوصية هذه العقود الّتي تستهدف تحقيق الّتنمية الاقتصادية، فإن تنفيذها يتطّلب وسائل ضخمة واستعمال تكنولوجيات عالية وسط محيط قانوني ملائم على المدى البعيد، لذلك فإن تنفيذها لا يتأتى إلا من خلال تضافر الجهود بترتيب آثار قانونية على كل من السلطة المتعاقدة وشركة المشروع، الّتي تنعكس في الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتقهم، لُتعد بذلك واجب قانوني يترّتب على الإخلال بها توقيع الجزاء ، نحاول تبيان ذلك من خلال ما يلي :

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الأطراف المتعاقدة

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عند الإخلال ببنود عقد البوت

المبحث الأول : الآثار المترتبة على الأطراف المتعاقدة

تعتبر عقود البوت من العقود الملزمة للجانبين، ينتج عنها حقوق والتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه، سنتطرق إلى حقوق والتزامات السلطة المتعاقدة في المطلب الأول و تقابلها حقوق والتزامات شركة المشروع المطلب الّثاني.

المطلب الأول : حقوق و التزامات السلطة المتعاقدة (الدولة)

إن السلطة المتعاقدة أثناء تعاقدها مع شركة المشروع، تقع على عاتقها جملة من الالتزامات والحقوق، وتتمحور أساسا فيما يلي:

الفرع الأول : حقوق السلطة المتعاقدة (الدولة)

تملك السلطة المتعاقدة في إطار عقود البوت حق الرقابة لضمان سير المرفق العام بانتظام، ولما كانت أغلب المشاريع المقامة وفقا لهذا النّظام، تتطلب إمكانيات مالية ضخمة تحتكرها الشّركات الأجنبية، ومخطّطات دقيقة تُعدها الجهة الحكومية، فان للدولة الحق في تعديل العقد المبرم بينها و بين شركة المشروع .

أولا : الحق في الرقابة على عقد البوت

تتمّتع الدولة في إطار سيادتها بسلطة الرقابة على الاستثمارات الأجنبية المنجزة داخل حدودها الإقليمية، وذلك في كل مراحل عملية الاستثمار، والهدف من ذلك هو توجيه هذه الاستثمارات لتحقيق أهدافها الّتنموية والمصلحة العمومية[1].

ولما كانت عقود البوت تتسم بطبيعتها الخاصة ، أين يتولى صاحب الامتياز إنشاء المرفق بتمويل ذاتي وإدارته طوال فترة الامتياز، فإنه يجب على الإدارة مراعاة حدود وضوابط وهي بصدد ممارسة سلطتها الرقابية بمعنى أن الإدارة عندما تمارس حقها في الرقابة على المتعاقد معها، فإنّها تمارسه بالمعنى الضيق المتمثّل في الإشراف، والّذي يقتصر على مجرد التأكّد من تنفيذ العقد في إطار ضمان سير المشروع بانتظام واطراد، دون أن تمتد هذه الرقابة على حق التدخل في طرق إدارة المشروع، إلاّ إذا نص العقد على خلاف ذلك[2].

---

[1] **عيبوط محند وعلي**،(الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر)، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2005– 2006 ،ص 152 .

[2] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص97.

يكتسب حق الرقابة في عقود البوت أهمية خاصة بالنّظر لطول مدة التّشغيل والاستغلال الّتي قد تصل إلى 99 عاما من جهة، ومن جهة أخرى فإن التزام الشركة بإعادة المشروع بحالة جيدة عند انتهاء المدة المحددة للاستغلال، لا يمكن أن يتحقّق إلاّ إذا سلمنا بحق الجهة الحكومية في الرقابة والإشراف والتّوجيه على المشروع[1].

تكمن أهمية الرقابة الحكومية على المشغل في حلول الدولة دون تحول الاستثمار إلى عبئ اجتماعي على المستهلك، خاصة أن الهدف الأساسي للمستثمرين في مشاريع البوت هو تحصيل أكبر قدر ممكن من الأرباح عن طريق رفع سعر التّعريفة وتّتم الرقابة على هذا النوع من العقود، من خلال تعيين أعضاء ممثلين للجهة الإدارية في مجلس إدارة الشركة صاحبة المشروع، بالإضافة إلى ذلك تتضافر الوزارات المختصة في الرقابة على المشروع وتأمين سلامته هذا وتفرض العديد من القوانين، التزاما على مقدمي الخدمات العمومية بأن يزودوا جهاز الرقابة الّتنظيمية أو الحكومية بمعلومات دقيقة وفي حينها عن عملياتهم، وتمنح هذه الأجهزة حقوقا قد تتضمن توجيه الاستفسارات أو مراجعة الحسابات، بما في ذلك إجراء مراجعات تفصيلية للأداء والامتثال، وفرض جزاءات على الشركات غير المتعاونة، وإصدار أوامر قضائية أو اتخاذ إجراءات جزائية لإنفاذ تقديم المعلومات[2] .

ثانيا : الحق في تعديل عقد البوت

عرف حق السلطة المتعاقدة في تعديل العقد بنظام البوت باعتباره حقا من حقوق الإدارة التي تتطّلبها مقتضيات المصلحة العامة في العقود الإدارية العادية، جدلا فقهيا بين مؤيد ومعارض، نظرا للإمكانيات المالية الضخمة الّتي تتطّلبها هذه العقود والدراسات الدقيقة المعتمد عليها للتعاقد، خاصة مع استعمال شروط الاستقرار في عقود الاستثمار عموما الّتي تحد من سلطة الدولة في الّتعديل.

أ –سلطة الدولة في تعديل العقد بين المؤيد والمعارض

عرفت سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة جدلا فقهيا عميقا، فقد ذهب الاتجاه المؤيد لتمسك الدولة بموقفها الخاص بصفتها شخص ذو سيادة، إلى سلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة استنادا إلى امتيازات السلطة العامة، وذلك تحقيقا للمصلحة

---

[1] – **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص199 .

[2] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص.152

العامة يرى البعض أنّه إذا كانت العقود الإدارية تنص على حق الإدارة في تعديل العقد، باعتباره من الشروط غير المألوفة الّتي تميز العقود الإدارية عن غيرها من العقود، فإنّه يمكن استخدام السلطة المتعاقدة لحقها في تعديل عقود البوت، خاصةً وأنّها تتضمن شروطا لائحية غير قابلة للمفاوضة بشأنها مع الملتزم، فللإدارة سلطة تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق، شريطة عدم المساس بالمزايا والضمانات المقررة للملتزم وفق الشروط المتّفق عليها في العقد، الّتي تقتضيها الطبيعة الخاصة لعقود البوت، ويحق للملتزم الحصول على التّعويض عن الأضرار الّتي لحقته جراء التّعديل وأدت إلى زيادة أعبائه[1].

تدلّ بعض الّتجارب المقارنة في عقود البوت مثل الّتجربة الأرجنتينية، على إقرار حق الإدارة في تعديل العقد، مع تعويض شركة المشروع مقابل ذلك تعويضا يعادل ما لحقها من أضرار نص المشرع الجزائري، من جهته في المادة 86 من قانون المياه رقم 05-12 على: «يمكن في أي وقت كان تعديل رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية أو تقليصها أو إلغائها من أجل المنفعة العامة، مع منح تعويض في حالة ما إذا تعرض صاحب الرخصة أو الامتياز لضرر مباشر حسب الكيفيات المحددة في الرخصة أو دفتر الشروط».

هذا ويرى البعض، أن حق الّتعديل المعروف في العقود الإدارية لا يتلاءم تماما مع عقود البوت الّتي تبرم غالبا وفقا لقاعدة" العقد شريعة المتعاقدين"، كما أنّها تنصب على مشاريع ضخمة .ونظرا لأهميتها وتكلفتها المالية فهي تدرس بعناية ويخطط لها بدّقة، الأمر الّذي لا يترك مجالا للّتعديل إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك، حيث يجيز العقد للعميل عادة إدخال تعديلات على رسوم البناء، مع الحرص على وضع حد لكل هذه الطلبات، لكي لا تصل إلى تغيير الرسومات الأصلية تغييرا شاملا، ومن أمثلة هذه الحدود اشتراط ألا تزيد قيمة الّتعديل عن نسبة معينة من التصميمات[2].

كما ذهب جانب آخر، إلى الّتمييز بين سلطات الدولة في العقود الّتي تبرمها مع رعاياها، والعقود الّتي تبرمها مع أشخاص أجنبية أين تلتزم الدولة بمبدأ الرضائية في إبرام العقد، والّذي ينتج عنه بالّتبعية تنفيذ العقد بحسن النية والالتزام بما تعاقدت به دون إمكانية الاعتراف لها بتعديل العقد، خاصة بعد ظهور مبدأ القوة الإلزامية على الساحة الدولية، مما أدى بالهيئات الّتحكيمية إلى تكريسه في أحكامها، رغم أنّها في ذات الوقت

---

[1] –**عيبوط محند وعلي**، مرجع سابق، ص128.

[2] – **حامد ماهر محمد**،مرجع سابق، ص292.

أخذت بعين الاعتبار الحق في الّتأميم المعترف به دوليا[1].

نص المشرع الجزائري على إمكانية تعديل التزامات صاحب الامتياز باتفاق مشترك وذلك في المادة 16 من المرسوم الّتنفيذي رقم08-114المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، حيث جاء فيها : « ...يقوم الطرفان، باتفاق مشترك، بالترتيبات والتعديلات اللازمة إذا رأيا ذلك ضروريا، بعد استشارة لجنة الكهرباء والغاز».

ب- شروط الاستقرار الّتشريعي حدود لسلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة

يّتم عادة إدراج شروط الاستقرار أو الّثبات في العقود الّتي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، بهدف تجميد قانون العقد وهو الأمر الّذي تبنته مختلف الّتشريعات، بما فيها القوانين الجزائرية.

ب -1- الّتعريف بشروط الاستقرار التشريعي

يخول شرط الاستقرار الّتشريعي للأطراف المتعاقدة سلطة تجميد قانون العقد من حيث الزمان، بحيث لا يسري عليهم إلا أحكامه الّنافذة وقت إبرام العقد دون الّتعديلات المستقبلية، وذلك باستبعاد مختلف المراجعات والإلغاءات والّتعديلات الّتي تطرأ في المستقبل، الأمر الّذي أصبح أحد أهم الاهتمامات الجماعية للمستثمرين الأجانب وأبعد من ذلك، تسعى الأطراف الأجنبية إلى الاستفادة من المزايا والاتفاقات الّتي تبرمها الدولة المتعاقدة في المستقبل، والّتي قد تتضمن امتيازات و ضمانات أكثر من الإطار القانوني الأول، وذلك بإدماج شرط الّتدعيم الّتشريعي لضمان المعاملة الّتفضيلية الّتي ينص عليها تشريع الدولة المضيفة لعقود الدولة، وكذا الاتفاقات الدولية اختلفت الآراء الفقهية بين المؤيد والمعارض لصحة هذه الشروط، فقد ذهب الفقه المؤيد لفعاليتها إلى أن شروط الاستقرار تنتج آثارها لكون الأطراف قد ابتغوا ذلك ، فحرية الإرادة هي الأساس الكافي لفعالية بند الّتجميد الّتشريعي. في حين، ذهب الاتجاه المعارض إلى عدم فعالية وصحة شروط الاستقرار، وذلك بالرجوع إلى مبدأ السيادة وما تتمّتع به الدولة من سلطات تخولها حق إصدار قوانين جديدة تحقيقا للمصلحة العامة ، لارتباط هذا الأمر بالّتنمية والاستفادة من الّتكنولوجيات العالمية[2].

وحقيقة الأمر، أن شروط الّتجميد غير فعالة، لأّنه من غير المنطقي استقرار الّتشريع في حقبة زمنية معينة دون الأخذ بعين الاعتبار التحولات الدولية المستمرة، لذلك يمكن

---

[1] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص100.

[2] -**إقلولي محمد** ، مرجع سابق، ص112.

للدولة في مجال العلاقة العقدية وحفاظا على مصالح الطرفين، اشتراط إعادة الّتفاوض حول بعض البنود من أجل الحفاظ على المصلحة العمومية وضمان استقرار العلاقة العقدية، خاصة في العقود الطويلة الأمد .ومن أجل منح المستثمرين الأجانب ضمانات في إطار العلاقة العقدية يمكن الاتفاق حول احترام المبادئ العامة عند تنفيذ التزام إعادة الّتفاوض، كما يمكن الاستفادة من الشروط المعمول بها في مجال القوة القاهرة الّتي تعتبر شرطا لإعادة الّتفاوض في عقود الّتجارة الدولية، مما يسمح للأطراف تحقيق تطابق بين العقد والمعطيات الجديدة، وبالّتالي تسهيل عملية تنفيذ العقد، وهذا في ظل مختلف الضمانات الّتي تمنحها الدولة لجلب الاستثمارات الأجنبية وباعتبار عقود البوت من عقود الاستثمار الطويلة المدى فإّنه نساند مسألة عدم فعالية شروط الّتجميد[1].

ب-2- موقف المشرع الجزائري من شروط الاستقرار

أثبتت الممارسة الّتعاقدية أن شروط الاستقرار، أصبحت من الشروط المألوفة في عقود الاستثمار عموما، لاسيما في العشرية الأخيرة من القرن العشرين الّتي عرفت انفتاح البلدان الّنامية على استقبال الاستثمارات الأجنبية.

فقد تضمنت قوانين الاستثمار الّتي تلت فترة الّتسعينيات في الجزائر على شروط الاستقرار، وهو ما جاء في نص المادة 32 من المرسوم الّتشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، وكذا في سياق نص المادة 15 من الأمر 01-03 المتعّلق بتطوير الاستثمار الّتي تنص على انه : « لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، إلا إذا طلب المستثمر ذلك».

كما تنص المادة 16 من الأمر ذاته على أّنه : «لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف» وطبقا لأحكام هذه المواد، وإن كان من حق الدولة السيادي القيام بالّتعديلات الضرورية في قوانينها الداخلية، يبقى المستثمر الأجنبي خاضعا للّتشريع الساري المفعول عند إنجاز مشروعه أو الّذي تم فيه إبرام العقد.

[1] -**عيبوط محند وعلي**، مرجع سابق، ص129.

الفرع الثاني : التزامات السلطة المتعاقدة (الدولة)

تتعدد هذه الالتزامات وفقا لما تقتضيه القوانين المنظمة للاتفاقيات والعقود المبرمة، وتتمثل أهمها فيما يلي:

أولا :الالتزام بتوفير المناخ القانوني الملائم لاستقبال مشاريع البوت

تلتزم الدولة الراغبة في تطوير وإنجاح مشاريع البوت بتعزيز الّثقة لدى المستثمرين الأجانب، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توفير مناخ استثماري ملائم، عن طريق وضع إطار قانوني محكم يسمح بالاستثمار الخاص، ويكفل تحصيل عائداته.

يتبلور هذا الإطار أساسا في شكل قوانين تكبح أي إعاقة لمشاركة القطاع الخاص في مشاريع البِنية الأساسية، ويضمن انتقال دور السلطة العامة من ممّثل ومحتكر لهذه المشاريع إلى منظم لها، بالإضافة إلى مختلف تشريعات الّتي تنظم الاستثمارات وسائر المسائل الّتجارية بوجه عام، ولا يهم أن تكون بالضرورة موجهة نحو مشاريع البوت[1].

كما يجب توفير الأسس الدستورية والّتشريعية والسياسية والاقتصادية، الّتي يمكن أن تؤّثر على فرص نجاح مشروع استثماري في بلد معين، وأن تكون أكثر تحديدا بشأن تنفيذ جوانب معينة من مشاريع بوت، فلا مجال للحديث عن هذه المشاريع ما لم تكن قوانين الدولة تسمح بملكية القطاع الخاص وتمويل مرافق البِنية الأساسية وتشغيلها، وبوجه خاص إرساء الحق في فرض الرسوم على الجمهور مقابل استخدام المرفق المعتزم بناؤه أو مقابل استخدام منتجاته من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن تكون القوانين والّتشريعات المنظمة للملكية والشركات والعقود مّتسمة بقدر من المرونة، لا تعوق الآليات الاقتصادية لتمويل مشاريع البنية الّتحتية، وتتضمن من الحوافز ما يضمن للمستثمر تحقيق الربح المناسب، ومن الضمانات ما يحمي رأس مال المشروع وأرباحه من المخاطر غير الّتجارية[2].

ثانيا :الالتزام بمساعدة شركة المشروع على تنفيذ العقد

تتعهد السلطة المتعاقدة بأن تقدم لشركة المشروع كل المساعدات الممكنة من أجل تمركزها على إقليمها، ويّتم ذلك عن طريق منحها الّتراخيص اللازمة، أو تنشيط وتسهيل إجراءات الحصول عليها يجب على الدولة أن تلتزم بتسليم موقع المشروع للشركة وحيازته حيازة هادئة، وإذا ما وجد نص في العقد يلزم الدولة بنقل ملكية الأرض لشركة المشروع،

---

[1] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص90 و91.

[2] – **حامد ماهر محمد** ، مرجع سابق، ص295.

وجب عليها نقل الملكية وفقا للّنصوص والقوانين المنظمة لذلك، على أن تقوم شركة المشروع بنقل ملكية الأرض للدولة بعد انتهاء المشروع وتحقيق الغرض منه[1].

وتلتزم السلطة المتعاقدة بتوفير كافة الاحتياجات ألّتي تستلزم لتنفيذ المشروع، فإذا تم الاتفاق على إتمام العمل وفقا لمواصفات وبيانات تقدمها السلطة المتعاقدة، أو تم الاتفاق على تقديم الآلات أو الطاقة أو المواد الأولية ألّتي تستخدم في المشروع، وجب توفيرها في المواعيد المحددة[2].

ثالًثا :الالتزام بتوفير الحماية الكافية لشركة المشروع

تتضمن عقود الاستثمار عادة شرط الدولة المضيفة بتوفير الحماية المناسبة والكافية للاستثمارات ألّتي تقام على أراضيها، بل أن الدولة عادة ماتضمن القوانين الخاصة المتعّلقة بتشجيع الاستثمارات على إقليمها نصوصا تعزز تلك الحماية، فالاهتمام بّتشريعات الاستثمار أمر ضروري، باعتباره أداة الدولة في ألّتعبير عن سياستها نحو المستثمر في مجال البِْنية الأساسية وغيرها من المشاريع ألّتنموية.

لقد تعددت تشريعات الاستثمار ألّتي صدرت في الجزائر، وألّتي تعكس نظرة المشرع الجزائري للاستثمار ، وكان لكل منها طابع يعبر عن المتعّلق المرحلة ألّتي صدر فيها ويعد الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار من أهم القوانين الاستثمارية ألّتي حاولت ألّتعامل مع المتغيرات الاقتصادية الجديدة، فإن الدولة تلتزم بتوفير المزايا والضمانات ألّتي يضمنها هذا القانون لشركة المشروع[3].

المطلب الثاني : حقوق و التزامات شركة المشروع

تتولى شركة المشروع في عقود البوت تمويل وإنشاء مشروع البِْنية ألّتحتية، وتقوم بإدارته وتشغيله طوال فترة الامتياز، ببذل أقصى جهد ومواصلة الحرص الشديد في سبيل أداء التزاماتها المتعددة، والتي لا تقف عند نصوص العقد مهما كان مستوى تحديدها وبلوغها من الدقة، لذلك يحق لها ألّتمتع بالحقوق ألّتي يضمنها لها هذا ألّنوع من العقود.

---

[1] -**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص 196.

[2] - **حامد ماهر محمد** ، مرجع سابق، ص296.

[3] - الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

الفرع الأول: حقوق شركة المشروع

الّثابت في العقود بنظام البوت أن شركة المشروع هي معاون للإدارة في إنشاء وتشغيل مشاريع البِنية الّتحتية، لذلك يحق لها الحصول على المقابل المالي من منتفعي الخدمة، كنتيجة حتمية لتحمّلها لنفقات المشروع وتشغيله ، وضمان الّتوازن المالي للعقد قصد ضمان حقوقها ، خاصة وأن عقود البوت من العقود الزمنية.

أولا :الحق في الحصول على المقابل المالي

يحق لشركة المشروع في عقود البوت الحصول على المقابل المالي المنصوص عليه في بنود العقد، ويرتبط هذا الأمر أساسا بتحمل شركة المشروع لمسؤولية بناء المرفق وتشييده وتزويده بكافة المعدات والآلات وصيانة المنشآت، بالإضافة إلى قيامها بإدارة المرفق وتقديم الخدمة المطلوبة لجماهير المواطنين من أبناء دولة مقر المشروع، كما أن غاية وهدف شركة المشروع من هذه الأعمال الضخمة والمكّلفة هو استثمار رأس المال الموجود لديها، بما يؤدي إلى تحقيق الّنفع الخاص بالدرجة الأولى.ويعد المقابل المالي في عقود البوت، سواء كان في شكل رسم أو في صورة ثمن، من الشروط الّتعاقدية الّتي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك مراعاة لتكاليف إنشاء وإدارة المشروع .والقول بغير ذلك سيصعب على الدولة أمر جلب الاستثمارات الخاصة للمشاركة في إنشاء وتشغيل مشاريع البِنية الّتحتية بنظام البوت من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه المبالغ ستكون أقلّ من الّتعويضات الّتي يستلزم على الحكومة دفعها أمام هيئات الّتحكيم، جراء عدم تمكين شركة المشروع من الحصول على حّقها في المقابل المالي المتفق عليه، أو تعديله بصورة انفرادية[1].

ثانيا :الحق في الحفاظ على الّتوازن المالي للعقد

إذا كان لابد من منح الجهة الإدارية مانحة الالتزام مركزا متميزا باعتبارها سلطة عامة يقع على عاتقها مسؤولية تسيير المرافق العامة، فإن هذا المركز لابد وأن تقابله حقوق للمتعاقد معها تعادله تطبيقا لمبدأ الّتوازن المالي للعقد، الّذي أخذ بعدا متميزا في

[1] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص 181.

عقود البوت ليستهدف إيجاد الّتلاؤم الكامل بين مصالح الأطراف المتعاقدة، ويعادل كّفة ميزان العقد بينهم، بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة، حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة.

أ- فكرة الّتوازن المالي في عقود البوت

يقصد بالحفاظ على الّتوازن المالي في العقد قيام جهة الإدارة بضمان الّتوازن بين حقوق الملتزم وواجباته، الأمر الذي يسمح باقتسام المخاطر الّتي قد يتعرض لها المشروع بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع ، ويجد هذا المبدأ أساسه ومجال إعماله، في حالات الّتعويض الّتي يستحّقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة ونتيجة لطول فترة تنفيذ وتشغيل مشاريع البوت، فمن الطبيعي أن يصادف هذا الّنوع من العقود عوارض قد تؤدي إلى اختلال اقتصادياته، وهو الأمر الّذي يتطّلب تعويض المتعاقد .وقد كان لزاما، نظرا للطبيعة القانونية الخاصة الّتي تميز هذه المشاريع، أن تتطور فكرة أو نظرية الّتوازن المالي للعقد بما يتناسب وطبيعتها هذه، من مجرد استحقاق الّتعويض لتهدف الّتعادل في التزامات الأطراف، تحقيقا لفكرة الّتعادل المالي للعقد. وتأسيسا على ذلك، فقد تضمنت العديد من اتفاقات التزام المشاريع المبرمة بنظام البوت قواعد تحكم فكرة الّتوازن أو الّتعادل المالي للعقد، بما يّتفق وطبيعة المرفق أو المشروع محلّ الاتفاقية ، يذهب الاتجاه السائد إلى أّنه في حالة حدوث ظروف استثنائية غير متوّقعة لا يد فيها لأحد طرفي العقد، يجتمع المعنيين ويتفاوضان قصد مراجعة الالتزامات المتبادلة وتكييفها مع المستجدات، على أساس عدم تحمل كلّ الأضرار من قبل طرف واحد من الأطراف، وهذا هو الحل المّتبع والمعمول به على العموم في مختلف العقود الاقتصادية[1].

ب - حالات تطبيق فكرة الّتوازن المالي للعقد

يحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول على الّتعويض عما لحقه من ضرر بدون أن ينسب للإدارة خطأ، في الحالات الآتية:

ب-1- نظرية عمل الأمير

تعني هذه الّنظرية صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوّقعة وبدون خطأ منها، يترتب عليه ضررا للمتعاقد يؤدي إلى الإخلال بالّتوازن المالي للعقد مما يستوجب

[1] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص116و117.

تعويضه، وقد استقّر الفقه والقضاء الإداري على ضرورة توافر عدة شروط لانطباق عمل الأمير كما يلي:

-أن تكون الرابطة بين الإدارة والمتعاقد رابطة عقدية.

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

-أن ينشأ عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد.

-أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوّقع.

-ألا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حين آتخذت الإجراء الضار.

يترّتب على إعمال نظرية عمل الأمير، حصول المتعاقد على تعويض كامل عن كافة الأضرار آلتي أصابته، ويشمل هذا آلتعويض ما لحق المتعاقد من خسارة جراء نفقات إضافية لم تكن في حسبانه وقت إبرام العقد، كما يشمل أيضا ما فاته من كسب، والمتمّثل في الربح المعقول آلذي كان يتوّقعه أو آلذي كان واردا في العقد .ويشترط في ذلك ألا يكون المتعاقد قد ساهم بخطئه في إحداث بعض الضرر، ففي هذه الحالة يتحمل بجزء من الضرر مقابل خطئه، وقد يترتب على إعمال هذه آلنظرية إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا صار آلتنفيذ مستحيلا، كما يجوز له في هذه الحالة طلب فسخ العقد نتيجة استحالة آلتنفيذ، أو إعفاء المتعاقد من غرامات آلتأخير[1].

ب – 2- نظرية الظروف الطارئة:

يقصد بها آلنظرية آلتي تواجه ظروفا وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد لا يد فيها لإرادة الأطراف، تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة، أو بمعنى آخر فإنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وإلى خسارة غير محتملة للمتعاقد، وفي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد أن يطالب الإدارة بتعويضه جزئيا عن هذه الخسارة. يترتب على نظرية الظروف الطارئة، أن تشارك الإدارة المتعاقد معها في خسارته وتتحمل جانبا منها، وعلى ذلك فهي لا تقدم تعويضا كاملا عن خسارته، إنما تقدم له عونا يعينه على أداء التزاماته العقدية، كما أن إعمال هذه آلنظرية لا يؤدي إلى انتهاء التزامات

[1] – **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص164.

المتعاقد، فعلى الرغم من الصعوبة النّاتجة عن اظرف الطارئ فإن التزاماته مع الإدارة تظلّ قائمة. بذلك، فإن الظرف الطارئ يختلف عن القوة القاهرة، في أن هذه الأخيرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، في حين أن الظرف الطارئ يجعل التّنفيذ مرهقا فحسب. الجدير بالذكر، أن مفهوم عدم التوّقع الّذي يقوم على أساس تغير غير متوّقع للظروف، والذي يغير بصورة جذرية اقتصاديات العقد، قريب جدا من مفهوم اشتراطات الّتي تتضمنها مختلف العقود الاقتصادية (Les clauses de hardship) الهارد شيب الدولية والتي تعرف بأّنها الشروط الّتي يسمح فيها للأطراف بطلب إعادة تنظيم العقد إذا حدث تغيير في المعطيات الأولية المّتفق عليها، فُتغيّر توازن العقد وُتلحق بأحد الأطراف إعسارا غير عادل تعد تطبيقا لنظرية ا ظروف الطارئة[1].

وبما أن الجزائر تقبل بنظرية عدم التوّقع الّتي نص عليها القانون المدني[2]، فإّنها تطبق نظرية الظروف الطارئة، بل إن مثل هذه الّنظرية يعد تطبيقها من الّنظام العام، لذلك فإن العقود الاقتصادية الدولية الّتي تبرمها الجزائر لا تحتوي على اشتراطات" الهارد شيب"، ويرى البعض أن المتفاوضين الجزائريين يحاولون دائما إيجاد أقصى توازن، حتى وإن كان هذا الأمر قانونيا أكثر مما هو اقتصادي.

ب- 3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوّقعة

تقوم هذه الّنظرية على أساس مواجهة المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته لمشاكل وصعوبات مادية، ذات طبيعة استثنائية، لم يكن له أن يتوّقعها أثناء إبرام العقد.
والصعوبات المادية في الغالب صعوبات طبيعية، لم تكن في حسابات المتعاقد وقت إبرام العقد، ويترّتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام أكثر إرهاقا وأكثر تكلفة، ففي عقد الأشغال العامة تتبدى هذه الصعوبات في عدم صلاحية الأرض محل الأشغال، كأن تكون الأرض صخرية أو غير صالحة للبناء عليها، وتحتاج إلى تحضيرات أكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان وقت إبرام العقد، هذا، ولاشترط أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أمرا مستحيلا، إّنما يكفي أن تؤدي إلى جعل هذا الّتنفيذ مرهقا ومكلفا. يترّتب على هذه

---

[1] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص119.

[2] –المادّة 117من الأمر رقم 75–58 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

الّنظرية استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته، مع ضرورة تعويضه عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في التكاليف والأسعار، تعويضا كاملا .ويّتم ذلك إما في شكل مبلغ مالي تقدمه الدولة لشركة المشروع، أو بالسماح لها برفع ثمن الخدمة المقدمة للجمهور[1].

وحقيقة الأمر، أّنه إذا كانت الشركات الأجنبية تحرص دائما على ضمان الّتوازن العقدي تحقيقا لمبدأ الّتعاون، فإن الواقع أثبت وما زال يثبت بأن الشركات العملاقة ترتب هذه الأحكام لتحقيق مصالحها على حساب الغير، لذلك فإن مسألة الّتوازن العقدي تبقى مسألة ظاهرية ونظرية لا غير، لأن الطرف الّنامي في أغلب الأحوال يتح مل كل الأضرار الّتي تلحق بمختلف العقود الاقتصادية الّتي تبرمها مع هذه الشركات .والمؤكد أن هذا الأمر سيؤدي لمحال إلى رفع سعر تكلفة الخدمة المقدمة للجمهور[2].

الفرع الثاني : التزامات شركة المشروع

تتّنوع وتتعدد الالتزامات الملقاة على عاتق شركة المشروع في عقود البوت، فمنها ما يّتصل بإنشاء المشروع، وما يّتصل بتشغيله، ومنها ما يّتصل بتسليم المرفق، وإزاء هذا التّنوع في هذه الالتزامات نقوم بعرضها على الّنحو التالي:

أولا :الالتزام بتصميم المرفق وتمويله وإنشائه

يتمّثل الالتزام الجوهري لشركة المشروع في تصميم المرفق وإنشائه على نفقتها الخاصة، وفقا للشروط والمواصفات المّتفق عليها، يعد هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة، لذلك لا يكفي أنتثبت الشركة أّنها قامت ببذل العناية الكافية لتنفيذ الأعمال، فقد جرى العمل الدولي على أن يقتصر دور جهة الإدارة في تحديد المواصفات العامة الوظيفية والغاية الّنهائية المرجوة من المشروع، كطاقته الإنتاجية وكفاءته الفّنية والمواصفات البيئية، على أن تترك كافة الّتفاصيل لتحقيق هذه الغايات لشركة المشروع، وهو ما يؤدي إلى نقل مخاطر الّتصميم إلى عاتق القطاع الخاص والاستفادة من خبراته. بمع ذلك، قد يسند العقد للشخص

[1] – **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص186.

[2] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص120.

العام ألّذي يمّثل الدولة في ألّتعاقد، القيام ببعض الأعمال، كتوريد الوقود وبعض طوائف العمال[1].

ثانيا :الالتزام بمدد ألّتنفيذ

تحرص السلطة المتعاقدة جديا على تضمين المشاريع المتعاقد عليها بنظام البوت نصوصا تحدد مدد ألّتنفيذ، لتعّلق هذا ألّنوع من المشاريع بتأدية خدمة عامة للجمهور. وتدلّ عبارة مدد ألّتنفيذ في عقود البوت على معاني ثلاث.

-المدة ألّتي تلتزم شركة المشروع خلالها بإقامة المنشآت وتأمين الأجهزة، والمعدات اللازمة لاستغلال المرفق العام.

-الفترة ألّتي تمَنح لشركة المشروع لاستغلال المرفق.

-المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بمرفق الامتياز، كمواعيد تسيير القطارات والطائرات[2].

ترجع أهمية العنصر الزمني في عقود البوت لتحقيقها لنتيجة هامة تعد من أهم الآثار القانونية المترتبة على العقد، ألا وهي انتقال ملكية المشروع بعد انتهاء مدة الالتزام إلى الدولة، لذلك من الطبيعي أن يشكل تأخر المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدد خطأ عقديا يوجب ألّتعويض، وهو ما أكدته هيئة ألّتحكيم في قضية شركة ألمانية ضد الحكومة اليمنية والالتزام بتنفيذ المشروع في المواد المتفق عليها في العقد، التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية، فلا يكفي لإعفاء شركة المشروع من المسؤولية عن التأخير أن تثبت أّنها بذلت عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد المحدد ولكّنها لم تتمكن من ذلك، بل يجب عليها حتى تنفي مسؤوليتها أن تثبت السبب الأجنبي، فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير، انتفت مسؤوليتها[3].

يؤدي ألّتأخر في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق شركة المشروع إلى وجوب دفع

---

[1] – **غانم محمد أحمد،** مرجع سابق، ص130.

[2] – **غانم محمد أحمد،** مرجع سابق، ص136.

[3] – **حامد ماهر محمد** ، مرجع سابق، ص318.

غرامة تأخيرية للسلطة المتعاقدة، يّتم تحديدها في اتفاقية البوت الجدير بالذكر، أّنه يحق لشركة المشروع تمديد مدة الإنشاء إذا توافرت الأسباب ّالتي تبرر ذلك، كصدور قرار أو إعاقة من الدولة، أو حدوث ظروف استثنائية كتقّلب الأحوال المناخي.[1]

ثالثا :مدى التزام بالّتنفيذ بنفسها

يّتم اختيار شركة المشروع في عقود البوت في إطار من المنافسة والعلانية والحياد، كما أن كفاءة المتعاقد وقدراته المالية والفّنية وسابق خبرته، من العناصر ّالتي توضع في الاعتبار عند اختياره، هذا إلى جانب طول مدة تنفيذ العقد، كل هذه الأمور تضاعف من، أهمية الاعتبار الشخصي في العقد وتدفعنا للبحث عن مسألة الّتنازل عن العقد والّتعاقد من الباطن في مجال عقود البوت[2] .

أ- الّتنازل عن العقد في عقود البوت

يقصد بالّتنازل عن العقد، قيام المتعاقد مع جهة الإدارة بالّتخلي عن كل الالتزامات والحقوق المتوّلدة عن العقد، وحلول شخص آخر محّله في تنفيذ العقد بشكل كلي. ونظرا لأهمية الاعتبار الشخصي في عقود البوت، فإن شركة المشروع لا يجوز لها الّتنازل عن العقد للغير أو الّتصرف فيه على أي وجه يؤدي إلى أن تحلّ محلها شركة أخرى، غير أن هذه القاعدة لا تّتصل بالّنظام العام، ومن ثم فقد ترى الإدارة المتعاقدة أن هذا الّتنازل قد يحّقق مصلحتها، وعلى ذلك فإن مرد الأمر في الّنهاية يكون رهنا بالموافقة الصريحة والمكتوبة للإدارة، وذلك بعد أن تكون الشركة المتعاقدة قد أوفت بكافة التزاماتها عن العقد حتى تاريخ طلب الّتنازل، وبعد أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليلا المعقول لجهة الإدارة عن قدرتها المالية والفّنية ، فضلا عن ذلك، فإن الّتنازل عن العقد يتم بموافقة الممول، وتدخله هذا يبرره مصلحته في التثبت فيما إذا كانت شروط عقد الّتشغيل تكفي لتحصيل عائدات معقولة تغطي الديون وخدماتها تعتبر موافقة الإدارة عن الّتنازل عن العقد بمثابة عقد جديد يحلّ محل العقد الأصلي، وتنشأ علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتنازل إليه،

---

[1] -**البهجي عصام أحمد،** مرجع سابق، ص153.

[2] - **جابر جاد نصار،** مرجع سابق، ص135.

ليصبح هذا الأخير هو المسؤول الوحيد أمام جهة الإدارة، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، ومن ثم يتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته[1].

الجدير بالذكر، أن المشرع الجزائري في المرسوم التّنفيذي90-152 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التّابعة للأملاك الخاصة للدولة، والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية قد منع مسألة التّنازل عن الامتياز، فقد نص في المادة 17 ف 2 أنّه : « يجب أن يتضمن عقد الامتياز تحت طائلة البطلان، شروط منع التّنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع» .

ب- التّعاقد من الباطن في عقود البوت

يقصد بالتّعاقد من الباطن، اتفاق المتعاقد الأصلي مع الغير لتنفيذ جزء من الالتزامات موضوع العقد، ويشترط لذلك موافقة جهة الإدارة فلما أصبح تنفيذ المشاريع العامة يتطلّب، تعاون العديد من الشّركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه، بالأخص مع التقدم العلمي والفنّي والتخصص الدقيق في شتى مجالات الحياة، لذلك فإن الإدارة تلجأ إما إلى إبرام عدة عقود لتنفيذ مشروع واحد مع عدة شركات وهو ما يكلّفها ماليا ويأخذ منها وقتا طويلا، وإما أن تتعاقد مع متعاقد واحد يكون مسئولا أمامها عن تنفيذ المشروع، وتعطيه سلطة التّعاقد من الباطن، وهو الأمر المألوف في العقود بنظام البوت ، فقد جرى العمل على اعتماد شركة المشروع على مقاولين من الباطن لتنفيذ التزاماتها الّتي تتّسم بالطّابع الفنّي الدقيق، شريطة أن يكون ذلك بإشراف شركة المشروع والدولة، وبعد موافقة السلطة المتعاقدة في بنود العقد ذاته أو في ملحق له، والّتي لا تتطلّب شكلا معينا فقد تكون صريحة أو ضمنية، على أن هذه الموافقة لا تجعل من المتعاقد من الباطن متعاقدا مع الإدارة، إنّما تجعل هذا التعاقد مشروعا، وعلى ذلك، تبقى شركة المشروع المسؤولة الوحيدة عن تنفيذ التزاماتها أمام السلطة المتعاقدة، وتنتفي بذلك أي علاقة تعاقدية مباشرة بين السلطة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن، حتى وإن مارست الجهة الإدارية نوعا من الرقابة الفّنية والمالية على المتعاقد[2].

وقد نص المشرع الجزائري على إمكانية التعاقد من الباطن في المادة 40 من المرسوم الّتنفيذي 08 -114في الملحق الّذي جاء بعنوان " دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب

---

[1] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص107.

[2] -**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص158.

امتياز توزيع الكهرباء و أو الغاز وواجباته على:« يمكن صاحب الامتياز أن يبرم مع مؤسسات مختصة عقود مناولة تعني باستغلال وسائل الإنتاج محل الامتياز، بالموافقة المسبقة للوزير المكلف بالطاقة، إلا أنه يبقى مسئولا عن سيرها الجيد».

رابعا :الالتزام بالّتشغيل والصيانة

يقع على عاتق شركة المشروع بعد الانتهاء من إنشاء المشروع الالتزام بالّتشغيل، والصيانة.

أ- الالتزام بالّتشغيل

يمّثل الالتزام بالّتشغيل أهمية لكل من طرفي العقد، فبالّنسبة لشركة المشروع يعد الّتشغيل جوهر العقد الّذي يكفل لها استرداد ما أنفقته على بناء المشروع وتجهيزاته مع الأرباح، ومن ناحية أخرى لا تخفى أهميته بالّنسبة للسلطة المتعاقدة، إذ أن الخدمة الناتجة عن هذا الالتزام هو ما تتوخاه من العقد[1].

تلتزم شركة المشروع بإدارة وتشغيل المشروع وفقا للقواعد والشروط المّتفق عليها، فعادة ما يتضمن الاتفاق جدول ومواصفات الّتشغيل الفّنية، بما في ذلك تقارير سيره مع مراعاة القوانين والّلوائح السارية كقواعد الأمان والأحكام الخاصة بالّتشريعات البيئية، وذلك بإتباع القواعد الهندسية السليمة وتعيين عاملين مؤهلين للإدارة والإشراف فضلا عن ذلك، فإّنه من الضروري الالتزام بأسعار الخدمة الّتي يّتم الاتفاق عليها، وإذا لم تكن كافية لشركة المشروع لتحقيق العائد الّذي يغطي المصاريف الّتي أنفقتها ويحّقق لها الربح المتوّقع، تقوم دولة مقر المشروع بشراء الخدمة، وتقديم دعم مباشر لشركة المشروع يغطي ما لم تأخذه الشركة من جمهور المواطنين[2].

ب- الالتزام بالصيانة اللازمة

تظهر أهمية هذا الالتزام في كون شركة المشروع في نهاية المدة المحددة للّتشغيل تنقل ملكية المشروع إلى المتعاقد الآخر وهو صالح للاستمرار في ممارسة نشاطه، لذلك يحدد العقد عادة برامج وجداول الصيانة الدورية، ودور الشخص المعنوي العام المتعاقد في التحّقق من تنفيذ هذا الالتزام بصورة جدية ، وتستند عمليات الصيانة على المواصفات الفّنية

[1] – **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص145.

[2] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص135.

والرسومات الخاصة بالمشروع، ألّتي تم الاتفاق عليها وتنفيذها قبل البدء في ألّتشغيل، أما إذا لم يرد بالعقد ما ينظم أعمال الصيانة، فإنه يرجع في ذلك إلى العرف الساري في هذا الشأن، وما تتطّلبه الحاجة الواقعية والفعلية لإجراء الصيانة الدورية للمعدات والآلات يّتصل بالالتزام بالصيانة، التزام المشغل بتطوير آلات المشروع للمحافظة على كفاءتها ، فهناك مشاريع تستلزم في كل الأحوال تطويرا دائما للمعدات، كمحطات الكهرباء[1].

هذا وقد جعل المشرع الجزائري من واجب صاحب الامتياز في أداء الخدمة بالقيام بتطوير المنشآت وإعادة تجديدها وصيانتها وتصليحها من المبادئ الأساسية لامتياز توزيع الكهرباء والغاز[2].

خامسا :الالتزام بنقل ألّتكنولوجيا وتدريب العاملين عليها

تتضمن أغلب عقود البوت قواعد خاصة تُلزم شركة المشروع باستخدام أحدث وسائل ألّتكنولوجيا الحديثة في بناء المرفق وتدريب العاملين الوطنيين على استخدامها، خاصة وأن هذه العقود من عقود الاستثمار لنقل التكنولوجيا ينصرف لفظ ألّتكنولوجيا إلى مجموعة معلومات تتعّلق بطريقة مبتكرة لتطبيق نظرية علمية أو اختراع .و تعتبر المعلومات ألّتي يتركب منها عقد نقل ألّتكنولوجيا من ألّناحية القانونية مالا معنويا، يطلق عليه حق المعرفة[3].

عرفت منظمة اليونيدو ألّتكنولوجيا، على أنها مجموعة المعارف والخبرات والمهارات اللازمة لتصنيع منتج أو إعادة منتجات وإنشاء مشروع لهذا الغرض، وفي نفس الوقت أشارت إلى أّنه ليس من السهل تعريف نقل ألّتكنولوجيا من خلال مشاريع ألِبْنية الأساسية، لأّنها متداخلة في الخدمات والمعدات والإنتاج، وكذلك القابلية لعمليات الأبحاث والّتنمية من خلال عناصر البناء[4].

---

[1] – **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص151.

[2] – المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08 – 114 ، المؤرَّخ في 09 أبريل 2008 الذي يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها، و دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، الجريدة الرسمية عدد 20 ، الصادرة في 13 أبريل2008 ، ص 6.

[3] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص158.

[4] – **سلام أحمد رشاد محمود**، مرجع سابق، ص234 .

يحّقق الالتزام بنقل الّتكنولوجيا مصلحة لكل من طرفي العقد، فشركة المشروع لها مصلحة جدية في نقل الّتكنولوجيا الحديثة الّتي تسهل لها إدارة المشروع وتحصيل أكبر قدر من الفوائد والأرباح، ذلك أّنها تقّلل من الاعتماد على الأيدي العاملة وتساعد في تقديم خدمة رفيعة المستوى، ومن جهتها فإن الدولة المتعاقدة لها مصلحة في الحصول على الّتكنولوجيات الحديثة الّتي تساعدها في تحقيق الّتنمية الاقتصادية، ومع ذلك، فإّنه لا يخفى من أن ممولي المشروع ومقرضيه لا يهتمون بالّتكنولوجيا الحديثة بقدر اهتمامهم بالمشروع وتحقيقه للعائد الّذي يتوقعونه، لذلك على الدولة المضيفة السعي جديا لتضمين عقد البوت الالتزام بنقل أحدث الّتقنيات، وأن تحرص من خلال ممّثليها في الموقع على التأكد من استمرارية مد المشروع بالّتكنولوجيات الملائمة والمتطورة الأزمة للّتشغيل والصيانة طوال فترة الامتياز ، لضمان عدم وقوعها أسيرة لمورد الّتكنولوجيا مدى الحياة[1].

يّتصل بالالتزام بنقل الّتكنولوجيا ضرورة تدريب الموظفين والعاملين بالدولة فيما يتعّلق بالمشروع محل الّتعاقد، وذلك بتزويدهم بالّثقافة الفّنية الّنظرية والعلمية اللازمة، ويجب البدء في برامج الّتدريب هذه في مواعيد مناسبة، بل ويرى البعض أّنه يجب التزام شركة المشروع بذلك طوال مدة العقد وليس في أشهره الأخيرة فحسب، ولا مانع من تحمل دولة مقر المشروع لمرتبات هؤلاء العمال، حيث يؤدي ذلك إلى تشجيع شركة المشروع على قبول تدريب وتعليم العمال والفّنيين الوطنيين، وذلك لتمكين السلطة المتعاقدة من تشغيل المشروع بالكفاءة اللازمة عند تسليمه إياها[2].

هذا، ولا يجب أن يقتصر الّتدريب والتوظيف على المكلفين بإدارة وتشغيل المشروع، إّنما يجب أن يمتد ليحصل عليهما الموظفين الحكوميين المكّلفين بأداء مسؤوليات رقابية وإشرافية ويجب على المستثمر أن يقدم تقريرا دوريا عن مدى تقدم العمالة الوطنية، وفي حالة عدم إثبات العمالة المحلية كفاءة عالية في اكتساب المهارات الّتي تؤهلها لتولي مسؤولية المشروع مستقبلا، يجب على الدولة أن تقوم بترشيح عمالة أخرى يتولى المستثمر الأجنبي تدريبها، ويكون إثبات الكفاءة المطلوبة عن طريق اختبار وتنفيذ البرامج الّتدريبية الّتي تضعها الشركة المتعاقدة[3].

---

[1] – **جابر جاد نصار**، مرجع سابق، ص151.

[2] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص161.

[3] –**العشماوي شكري رجب**، مرجع سابق، ص104.

والملاحظ، أن بعض شركات المشروع قد تعمل على أن تظلّ الحكومة المضيفة في حاجة لها باستمرار عن طريق إمدادها ببعض قطاع الغيار الضرورية لتشغيل تلك الّتكنولوجيا، أو اشتراط شركة المشروع على الحكومة بأن شركة معينة هي الموردة لقطاع الغيار لها، وهذا الشرط يعتبر من المساوئ الّتي يجب على الحكومة المضيفة أن تتجنبها في اتفاق المشروع، وأن تعمل جديا على الدفع بالشركات الوطنية لتوريد البضائع والخدمات للمشروع كّلما كان ذلك ممكنا، وذلك بأن ينص العقد على وجوب استخدام شركة المشروع لموارد وخدمات محلية في عملية إنشاء الأعمال وصيانتها باعتباره أحد أساليب نقل الّتكنولوجيا ، وهو الأمر الّذي تضمنته اتفاقية مشروع البوت" ماليزي[1]".

سادسا :الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى السلطة المتعاقدة

عند نهاية عقد البوت ، تلتزم شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية مانحة الالتزام بحالة جيدة و صالحة للاستعمال ، و يتم ذلك بدون مقابل حيث أن الملتزم قد استرد ما أنفقه في إنشاء المشروع أثناء فترة تشغيله علاوة على الأرباح التي حصل عليها من عائدات بيع الخدمة المنتجة من المشروع لجمهور المنتفعين، و قد ينص العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل أو على تعويض رمزي بحسب الأحوال [2].

قد تجد الإدارة المضيفة أن من مصلحتها أن تعهد إلى شركة المشروع بإدارته و تشغيله مدة من الزمن، فعندئذ يتوجب عليها أن تبرم معها اتفاقا جديدا بهذا الشأن، يكون موضوعه إدارة المشروع، بعد انتقال ملكيته إلى الإدارة المضيفة، فاستمرار شركة المشروع في إدارة هذا المشروع و تشغيله، لا يؤثر على نقل ملكية المرفق إلى الإدارة، و بتنفيذ هذا الالتزام ينتهي عقد البوت و عندئذ، يجب تحويل جميع أصول المشروع، سواء كانت عقارية أو منقولة، إلى الجهة الإدارية .فتنتقل ملكية المرفق إليها خالية من أي رهون أو حقوق، إلا إذا كان العقد ينص على غير ذلك، فيجب عندئذ تنفيذ ما تم الاتفاق عليه[3].

---

[1] – **سلام أحمد رشاد محمود**، مرجع سابق، ص238.

[2] –**إلياس ناصف**، مرجع سابق، ص279.

[3] – **غانم محمد أحمد**، مرجع سابق، ص140.

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عند الإخلال ببنود عقد البوت

يعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته النّاشئة عن العقد واجبا قانونيا تقتضيه اعتبارات العدالة ومبدأ حسن النية، لذلك فإن إخلال أحد الطرفين بأي من الالتزامات ّالتي يرّتبها العقد، يترّتب عليه توقيع الجزاء ّالذي قد يرد في صورة المسؤولية العقدية ، وهذا ما سنطرق إليه في المطلب الأول، و سنتطرق إلى تسوية المنازعات الناجمة عن عقد البوت في المطلب الثاني

المطلب الأول : قيام المسؤولية العقدية في عقد البوت

إذا انعقد العقد صحيحا وَتحدد مضمونه، فإّنه يصبح واجب ّالتنفيذ، فالقوة الملزمة للعقد تقتضي قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات وفقا لما تم الاتفاق عليه، وبطريقة تّتفق مع ما يوجبه حسن النية، فإذا لم يقم المدين بالّتنفيذ الاختياري أمكن جبره على ّالتنفيذ متى كان ذلك ممكنا، وهذا هو ّالتنفيذ العيني الجبري.

الفرع الأول : أركان المسؤولية العقدية في عقد البوت

وإذا أخل المدين بالتزاماته، ولم يكن من الممكن إجباره على الوفاء بها عيًنا، كان مسئولا مسؤولية عقدية عن الأضرار ّالتي سببها للدائن، من جراء عدم ّالتنفيذ أو ّالتأخير فيه، أو تنفيذه على نحو مخالف للمواصفات المّتفق عليها، وهو ما يعطي للدائن الحق في طلب ّالتعويض[1].

يثبت للدائن هذا الحق بتوافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ عقدي، ضرر ،والعلاقة السببية، فقد جاء في نص المادة 124 من القانون المدني على أّنه: «كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالّتعويض » ويتطّلب نشوء الحق في ّالتعويض ضرورة أن يكون الدائن به قد ، أعذر المدين بوجوب تنفيذ التزامه كما تقضي بذلك المادة 179 من القانون المدني ، إلا إذا عصمه القانون من الإعذار، وفقا لما قررته المادة 181 من القانون المدني.

الأصل أن يكون ّالتعويض نقديا بقدر الضرر الحاصل، غير أّنه ليس هنالك ما يحول دون أن يكون ّالتعويض عينيا، كما لو تلف الشيء ّالذي يلتزم بالمحافظة عليه، فيمكن إلزامه بإصلاح الشيء أو إحضار شيء مماثل[2].

---

[1] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص120.

[2] –المرجع نفسه، ص121.

تتبنى عقود البوت عادة في تقدير الّتعويض، القاعدة الّتي تقوم على أساس الضرر الذي أصاب الدائن أو الكسب الّذي فاته، غير أّنه كثيرا ما يحد العقد من مطلق هذه القاعدة باستبعاد الكسب الّذي فات من تقدير الّتعويض ووضع حد أعلى تخفيفا من المسؤولية، الّتي إذا تركت وشأنها في عقد ضخم كعقد البوت يمكن أن تصل إلى مبالغ ضخمة قد ترهق المدين، لاسيما أن تحديد المسؤولية العقدية لا يصطدم في غالبية الّتشريعات الوطنية بالّنظام العام، بل أّنه أمر تجيزه نصوص صريحة في كثير منها، ويمكن تحديد الّتعويض في العقد إما بمبلغ معين أو نسبة معينة من قيمة العقد، وفي الحالتين يقدر الّتعويض على أساس الضرر الّذي وقع دون أن يتجاوز الحد الأعلى المعين في العقد، علما أن قيمة الّتعويض في عقود البوت تكون ضخمة نظرا لضخامة حجم الاستثمارات في هذا المجال[1].

يتمّثل الّتعويض في حالة الّتأخر في تنفيذ الالتزامات العقدية، في الغرامات التأخيرية الّتي تّنص عليها مختلف العقود الاقتصادية الدولية بما فيها العقود الّتي تبرمها الجزائر وهي نسب تدفع عن كل فترة تأخير، وتختلف من عقد لآخر دون أن تتعدى نسبة % 5 أو 6% على أقصى تقدير من القيمة الإجمالية للمشروع ، وإذا كان المشرع الجزائري يتشدد في المسؤولية تجاه من يخلّ بالتزاماته العقدية، فإّنه من جهة أخرى يعطي مجالا واسعا للّتهرب منها، بإقراره لإمكانية الإعفاء منها إذا ثبت أن استحالة الّتنفيذ تعود إلى سبب لا يد للمدين فيها، فقد نصت المادة 127 من القانون المدني على انه : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه على كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ صدر من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك» .

أكد قضاء الّتحكيم مسألة إعفاء المتعاقد عن تأخره في تنفيذ التزامه بسبب فعل الإدارة، بالأخص في قضية شركة أمريكية ضد شركة قطاع عام جزائرية، لذلك قضت هيئة الّتحكيم بالّتعويض لصالح الشركة الأمريكية لأن تأخرها عن تنفيذ التزاماتها لم يكن بسببها، ولكن كان بسبب فعل الإدارة الّتي لم تقم بتسليم الخرائط الطبوغرافية اللازمة لإنشاء مشروع السكة الحديدية، لوجود بند في العقد يعفي الشركة الأمريكية عن كل تأخير في الّتنفيذ في حالة عدم تسليم المستندات المطلوبة[2].

---

[1] – **حامد ماهر محمد**، مرجع سابق، ص345.

[2] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص123.

هذا، وقد أثبت الواقع العملي أن شركة المشروع تحرص عادة على إعطاء مفهوم موسع للقوة القاهرة في اتفاقية بوت، قصد تفادي دفع الغرامات التأخيرية ألّتي تلتزم بها إذا ما تأخرت في تنفيذ التزاماتها ألّتعاقدية، لتتحمل بذلك السلطة المتعاقدة الآثار ألّناجمة عن عدم تنفيذ المشروع في المدد المحددة لذلك[1].

والجدير بالذكر، أن أحكام المسؤولية العقدية في الجزائر ليست من ألّنظام العام، بدليل أن المشرع في المادة 178 من القانون المدني أجاز لأطراف العقد إ ما تشديد مسؤولية المدين وهذا كأن يتحمل تبعية القوة القاهرة ألّتي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا أو الإعفاء منها كلية، بحيث لا يسأل المدين عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو ألّتأخر فيه، ما لم يحدث ذلك نتيجة غش منه أي الامتناع المتعمد عن ألّتنفيذ أو عن ألّتأخر فيه، أو لخطأ جسيم.

الفرع الثاني : إنهاء الرابطة العقدية

تعترف عدد من القوانين الوطنية صراحة، بحق السلطة المتعاقدة وكذلك شركة المشروع، في إنهاء ألّتفاق المشروع في حالة الإخلال بالالتزامات من جانب أي من الطرفين، ولما كان الاهتمام الرئيسي لجميع الأطراف المشاركة في مشروع البِنية ألّتحتية هو ضمان اكتمال المرفق على نحو مرضي، وتوفير الخدمة العمومية بطريقة مستمرة، ونظرا للّنتائج الخطيرة للإنهاء، ينبغي اعتباره في معظم الظروف تدبيرا من تدابير الملاذ الأخير، ألّذي ينبغي أن يقتصر ألّلجوء إليه على حالات الإخلال الجسيم، كما أّنه من الصائب عموما منح مدة إضافية لمعالجة الأمر وتفادي الإنهاء[2].

وبألّنظر إلى ما تضمنه القانون المدني الجزائري، فمتى امتنع أحد طرفي العقد عن تنفيذ التزامه، فإّنه للطرف الأخر الحق في إجبار المدين على تنفيذ التزامه أو فسخ العقد مع ألّتعويض، ويجوز منح المدين أجلا حسب الظروف، أو رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بألّنسبة إلى كامل الالتزامات، وهو ما جاء في نص المادة119 من القانون المدني ، فضلا عن ذلك، يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون، عند عدم الوفاء بالالتزامات ألّناشئة عنه بمجرد تحّقق الشروط المّتفق عليها، وذلك بعد إعذار الطرف الأخر كما تقتضيه المادة 120 من القانون المدني.

---

[1] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص124.

[2] **أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى**، ألّتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية بدون رقم الطبعة ،سنة 2008 ، ص184.

وفي بعض الّنظم القانونية، يتطّلب الإنهاء من جانب صاحب الامتياز، قرارا قضائيا نهائيا، ولكن يجوز للهيئات الحكومية في الممارسة الّتعاقدية العامة لبعض البلدان، ممارسة مثل هذا الحق رهنا بالتعويض غير أن هنالك استثناء في بعض البلدان أين يتبين أن طبيعة المشروع لا تتوافق مع حقوق الإنهاء، لذلك تحرص على تضمين هذا الأمر في قوانينها. هذا، وقد نصت القوانين الجزائرية، أّنه إذا ما قامت الدولة أو أحد أجهزتها بالاستيلاء على المشروع الاستثماري قبل انتهاء الفترة الّتعاقدية، فإّنه يكون ذلك في إطار القانون، مع التزامها بالّتعويض العادل والمنصف وهو ما جاء في المادة 20 من الدستور الجزائري ، كما نصت عليه المادة 16 من الأمر 03 – 01المتعّلق بتطوير الاستثمار.

الجدير بالذكر، أن المشرع الجزائري اّتجه في القوانين اّلتي تسمح نسبيا باستقبال مفهوم البوت، نحو مسألة إنهاء العقد كجزاء لإخلال صاحب الامتياز بالتزاماته العقدية، حيث جاء في نص المادة 87 من القانون رقم 05-12 المتعلق بقانون المياه عل انه "تلغى الرخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية بدون تعويض، بعد إعذار يوجه لصاحب الرخصة أو الامتياز، في حالة عدم مراعاة الشروط والالتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون، والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه، وكذا الرخصة أو دفتر الشروط "وقد جاء في الأمر رقم 08 – 04 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الّتابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، على إمكانية إسقاط حق الامتياز عن كل إخلال من المستفيد بالتزاماته اّلتي يفرضها عليه القانون، مع دفع الدولة تعويضا مستحقا له بعنوان فائض القيمة المحتملة اّلتي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية، ومن جهة أخرى نص على إمكانية منح صاحب الامتياز أجلا إضافيا، يتراوح من سنة إلى ثلاث سنوات حسب طبيعة وأهمية المشروع، وذلك إذا لم يتم كن صاحب الامتياز من إتمام مشروعه الاستثماري في الأجل المحدد[1].

[1] –المادّة 12 / 1من من المرسوم التنفيذي09-152المؤرخ في 2 مايو الذي 2009 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الّتابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع،الجريدة الرسمية العدد 27 الصادر في 6 مايو 2009.

كما نص في القانون رقم 02-01 المتعلق بقانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، على إمكانية السحب المؤّقت لرخصة استغلال المنشأة أو سحبها نهائيا، في الّتقصير الخطير المحددة قانونا[1].

لما كانت عقود البوت من العقود الملزمة للجانبين، فإذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحّقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء كبير من التزاماته، وهو الأمر ّالذي تضمنته العديد من الأنظمة القانونية، كما جاء في سياق نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني : تسوية المنازعات الناجمة عن عقد البوت

نظرا لطول فترة تنفيذ العقود بنظام البوت، فمن الطبيعي أن تنشأ منازعات بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين المستثمرين الأجانب عموما، لذلك لا يكفي أن تحدد الدولة القواعد ّالتي تعامل الاستثمارات الأجنبية على أساسها، بل يجب أن يطمئن المستثمرون إلى وجود وسائل عادلة لتسوية ما قد ينشأ من خلافات، و هدا ما سنتطرق اليه من خلال تحديد آليات تسوية المنازعات في الفرع الأول ، و تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

الفرع الأول: آليات تسوية المنازعات

إذا كانت مقتضيات السيادة تفرض على الدول بالأخص النّامية منها التّمسك باختصاص قضائها الداخلي لتسوية المنازعات النّاجمة عن عقود الاستثمار ذات العنصر الأجنبي، فإن حاجتها للاستثمارات الأجنبية جعلها تتنازل عن اختصاص قضائها الداخلي، لترحب بدلا عن ذلك بالوسائل ّالتي فرضتها المعاملات التّجارية الدولية لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، لما تقدمه هذه الوسائل من ضمانات للمستثمر الأجنبي الخاص، والّتي من شأنها أن تشجعه على الدخول في المشاريع الاستثمارية الكبرى في البلدان النّامية وغيرها، وذلك سواء كانت هذه الوسائل ودية، أو بالاعتماد على التّحكيم التّجاري كقضاء خاص في هذا النّوع من العقود.

أولا : تسوية المنازعات وديا

ترجع أغلب المنازعات ّالتي تثار خلال تنفيذ عقود البوت إلى أسباب ذات طبيعة فّنية، يؤدي عدم مواجهتها فور حدوثها إلى تفاقمها مما يؤّثر سلبا على العلاقات بين أطراف

---

[2]– المادّة 149 من القانون رقم 02-01 مؤرخ في22 ذي القعدة 1422 الموافق 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات.

العقد، لذلك ظهرت الحاجة إلى اللّجوء إلى الوسائل الودية الّتي تجرى من خلال مساعي حميدة بعيدا عن فكرة الخصومة، والّتي تستهدف الوصول إلى تسوية سريعة للّنزاع وغير ملزمة لطرفيه بغير رضاهما، خاصة وأّنها تهّتم بجوهر الّنزاع وأسبابه أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية، وتتمّثل هذه الوسائل في التفاوض ، الّتوفيق ، الخبرة الفّنية ، وكذا المحاكمات المصّغرة[1].

أ- التفاوض

يعرف التفاوض على أّنه حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين، بهدف الوصول إلى تقريب وجهات الّنظر بين الأطراف والوصول إلى اّتفاق، ويّتم ذلك غالبا بتنازل كل طرف عن جزء من مطالبه، والّتسليم للطرف الآخر ببعض ما يثبته من حقوق، وبذلك فإن أسلوب الّتفاوض في تسوية المنازعات يستهدف المصالحة بين أطراف العقد ، و تحرص العديد من عقود البوت النص على أسلوب الّتفاوض المباشر كوسيلة لفض المنازعات نظرا لأهميته، خاصة وأن البنك الدولي قد وضع قواعد إرشادية في مجال الاستثمارات الأجنبية اّلتي تؤكد على ضرورة تفضيل أسلوب الّتفاوض بين الأطراف المتنازعة قبل اللّجوء إلى الّتحكيم[2] .

وغالبا إن لم نقل في كل العقود اّلتي تّتخذ هذه الوسيلة أداة لفض المنازعات، يّتم تحديد شروط وإجراءات تنظيم المفاوضات باتفاق الطرفين، فقد يّتفق الأطراف أثناء الّتعاقد على تحديد فترة زمنية، يلتزمون خلالها بإتباع طريق الّتفاوض بغية الّتوصل إلى حل الّنزاع، بحيث لا يجوز لهم قبل إنهاء هذه المدة اللّجوء إلى وسائل أخرى لتسوية الّنزاع، كما يمكن الاّتفاق على أن يّتم الّتفاوض بين المديرين الّتنفيذيين لطرفي الّنزاع لمناقشة الاقتراحات المطروحة للّتسوية،

بحيث يهدف إجراء التفاوض إلى عرض الّنزاع على أشخاص آخرين غير من كان لهم دور في الوقائع اّلتي أدت إلى ظهوره، وهم أشخاص يكونون بحكم موقعهم أكثر قدرة على مواجهة الّنزاع والوقوف على أسبابه الحقيقية، ومن ثم يمكن اختيار الحلّ الأكثر موضوعية والأكثر قبولا لدى طرفي العقد[3].

---

[1] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص131.

[2] -**البهجي عصام أحمد** ، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2008 بدون رقم الطبعة ، ص35.

[3] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص133.

ب- التوفيق

جاء في نص المادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون النّموذجي للجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدولي للتّوفيق أنّه : « يقصد بالتّوفيق، أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التّوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين الموفق مساعدتها في سعيها إلى التّوصل إلى تسوية ودية لنزاعها النّاشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتّصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق صلاحية فرض حل للنّزاع على الطرفين».

ويعرف التّوفيق، على أنّه :اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق موفق أو هيئة توفيق تتولى تحديد مواضيع النّزاع وتقديم مقترحات، قد تلقى قبول الأطراف أو رفضهم[1].

نجد التّوفيق كآلية ودية لتسوية المنازعات النّاجمة عن عقود التّجارة الدولية في مختلف الهيئات التحكمية الدولية، و مثال ذلك المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،بحيث تبدأ عملية التّوفيق بين أطراف النّزاع بمجرد إبداء أي طرف لرغبته في تسوية النّزاع وفقا لهذه الآلية، أو بالمشاركة في إجراءات التّوفيق، فموافقة الأطراف على ذلك، شرطا جوهريا لمواصلة العملية، وذلك نتيجة للطابع الاختياري وغير الملزم لها ليسعى بعدها الموفق إلى التّقريب بين وجهات نظر الأطراف، وتقديم الاقتراحات الّتي يراها مناسبة لفض النّزاع بالتّراضي، ملتزما بذلك بمبادئ الحياد والعدل والإنصاف، ودون أن تكون لهذه المقترحات الطابع الإلزامي في مواجهة الأطراف .تخضع طريقة إجراء التّوفيق لاتفاق الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاتّفاق يكون للموفق أن يسير إجراءاته بالطريقة الّتي يراها مناسبة، إلاّ إذا كان الطلب موجه إلى أحد المراكز الّتي وضعت تنظيما خاصا بذلك، على غرار مركز تسوية منازعات الاستثمار (CIRDI)[2].

عندما تتوصل لجنة التّوفيق إلى مقترحات يرى الأطراف أنّها محققَة لمطالبهم ومصالحهم المتباينة، يتّم توقيع اتفاق بين هذه الأطراف على قبول اقتراحات التّسوية، ويصبح هذا الاتّفاق ملزم وواجب التّنفيذ منذ اللّحظة الّتي يبدي فيها الأطراف قبولهم ورضائهم، تنتهي عملية التّوفيق بالتّوقيع على الاتفاق الّذي توصل إليه الطرفان، أو بفشل

---

[1] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق،.، ص43.

[2] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص134.

العملية لعدم الوصول إلى نتيجة مرضية، كما تنتهي بانسحاب أحد الأطراف أو باتفاق الطرفين على إنهاء إجراءات الّتوفيق.

تجدر الإشارة إلى أن الفرق الوحيد بين الوساطة والّتوفيق، يتمّثل في كون الوسيط في سعيه لتقريب وجهات الّنظر بين الأطراف المتنازعة، يّتصل بكل طرف على حدى قبل الاجتماع بهما ليتوصل إلى الحلّ الوسط، على عكس الموفق الّذي يقوم بمناقشة موضوع الّنزاع مع الطرفين لاقتراح الحلّ الّذي يراه مناسبا لذلك يرى البعض أن الوسيط عبارة عن موّفق، ودوره أكثر فعالية[1].

ت- الخبرة الفنية

قد تتعلق الخلافات بطريقة حساب الفواتير أو كيفية احتساب فروق أسعار العملة أو غير ذلك من الخلافات الأخرى، ففي هذه الخلافات يتم اللجوء إلى خبير متخصص لتسوية هذه المنازعات و بأقل تكلفة ممكنة و دون التأثير في حسن العلاقة بين الأطراف [2].

حيث يتفق الأطراف على اختيار خبير، و هذا الأخير لا يقوم بالفصل في النزاع و لكن دوره يتجلى عند حد إبداء الرأي في النزاع محل الخلاف فقط .و هكذا تصبح الخبرة وسيلة تساعد القاضي أو المحكم على الفصل في النزاع ذي الطابع التقني، و غالبا ما يتم الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم الرأي أو تقديم تقرير بصدد الجوانب الفنية في الموضوع. علما أن رأي الخبير غير ملزم للخصوم في عقد البوت[3].

أما قرارات هؤلاء الخبراء فهي غير ملزمة، بمعنى أنها لا تمنع الطرف الذي يعترض عليها من الالتجاء إلى التحكيم بعد ذلك، و قد يتفق على أن يكون لبعض هذه القرارات طبيعة ملزمة، و خاصة في المنازعات المالية ذات القيمة الصغيرة، ، إذ لا يتصور اللجوء إلى التحكيم بشأنها .أما باقي المنازعات فيظل القرار غير ملزم فيها، و بالتالي يجوز لطرفي النزاع في العقد اللجوء إلى الخبير الفني المتخصص ليبدي رأيه في مسائل فنية محل الخلاف، و غالبا ما يكون الخبير محكما في موضوع النزاع بغية كسب الوقت وتوفيرا للجهد .

و قد قامت عدة هيئات مثل غرفة التجارة الدولية "CCI" بوضع نظام للخبرة الفنية يلجأ إليه الأطراف بغية تعيين خبراء لحل النزاع القائم بينهم، و يتضح هذا النظام من خلال

---

[1] -**عيبوط محند وعلي**، مرجع سابق، ص320.

[2] - **هاني صلاح سري الدين**، مرجع سابق، ص373.

[3] -**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق، ص45.

تعيين و اقتراح خبراء في عمليات التجارة الدولية، فلكل طرف الحق في طلب اقتراح خبراء للنظر في نزاع معين، أما تعيينهم فيتطلب اتفاقا مسبقا بين أطراف العلاقة فإن مهامه تتمثل في بحث نقاط الخلاف بين الأطراف، و تقديم الاقتراحات اللازمة لتسويته، و تكون مقترحاته في هذا الصدد غير ملزمة للأطراف التعاقدية، و يتم ذلك باللجوء إلى غرفة التجارة الدولية لتعيين هذا الخبير، و إذا عين بهذه الصفة فإن مهامه تتمثل في بحث نقاط الخلاف بين الأطراف ، و تقديم الاقتراحات اللازمة لتسويته، و تكون مقترحاته في هذا الصدد غير ملزمة للأطراف[1].

ت- المحاكمات المصغرة

يقصد بنظام المحاكمات المصّغرة، ذلك الّنظام الّذي يقوم فيه طرفا الّنزاع في عقد البوت، بإحالة الّنزاع إلى هيئة تتكون من رئيس محايد وعضوين، يختار كل من الطرفين المتنازعين واحد منهما من كبار موظفيه في مستويات إدارية عليا ممن لهم دراية بتفاصيل الّنزاع، ويتولى العضوان اختيار الرئيس، وإن لم يّتفقا على شخصه يّتم تعيينه عن طريق جهة محايدة مثل غرف الّتجارة أو مراكز الّتحكيم[2].

يطلب من الهيئة المشكلة إعداد مشروع الّتسوية وتقديمه للأطراف، وإن لم تتمكن الأعضاء من التوصل إلى مشروع مقبول منهم جميعا، يتقدم الرئيس بمشروع من إعداده ويلتزم الأطراف بعدم السير في أي إجراء قضائي أو طلب الّتحكيم أثناء هذه المحاكمة المصّ غرة، ولكن لا يلتزمون بقبول مشروع الّتسوية الّذي يّتم إعداده، كما لا يمكن لأي من الطرفين استعمال أي معلومات أو دليل يّتصل بعمله أثناء المحاكمة ضد خصمه، إذا لم تكّلل إجراءاتها بالّنجاح [3].

والحقيقة أن الغاية من هذا الأسلوب هي طرح أبعاد الّنزاع الفّنية والقانونية على أطرافه أنفسهم أو ممّثليهم، ولكن نتيجة الأسلوب غير ملزمة لهم إلا برضاهم، وهو ما يفترض من أن الّتسوية الّتي يّتم التوصل إليها سوف تكون مرضية لطرفي الّنزاع،

---

[1] –**صبوع صهيب**، مرجع سابق،.، ص145.

[2] –**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق،.، ص47.

[3] – **حامد ماهر محمد**، مرجع سابق، ص451.

الأمر ّالذي يكفل تنفيذها دون صعوبات، فضلا عن ذلك، يهدف هذا الأسلوب إلى حلّ ّالنزاع بأّقل قدر ممكن من ّالتعقيدات والمشاكل والّتكاليف. والجدير بالذكر، أن أسلوب المحاكمات المصّ غرة أثبت نجاحا في الولايات المّتحدة الأمريكية، حيث استطاع حل منازعات معقدة.

ثانيا : تسوية المنازعات عن طريق التحكيم الدولي التجاري

بالإضافة إلى وسائل تسوية المنازعات الودية التي تم التطرق إليها آنفا، يبرز التحكيم كوسيلة أساسية لفض المنازعات التي يمكن أن تنشا بين أطراف العقد و خاصة العقود التي تتضمن طرفا أجنبيا أو تكون مبرمة بين نظم قانونية مختلفة مثل عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، و نظرا لانتشار اللجوء إلى هذا الأسلوب كان لابد من إلقاء الضوء حول أهم جوانب هذه الوسيلة الفعالة لتسوية المنازعات المحتملة.

أ- تعريف التحكيم التجاري الدولي

يعد التحكيم بصفة عامة نوعا من أنواع القضاء وفقا للمعيار الموضوعي ، لأن الأمر فيه يتعلق بالفصل في النزاع تطبيقا لقواعد القانون الموضوعي، و يحوز قرار المحكم حجية الأمر المقضي به، و هو ما لا تتمتع به إلا الأعمال القضائية، فالمحكم ليس من رجال السلطة القضائية، و لكنه يستمد سلطته في الفصل في المنازعة من القانون الذي يجيز التحكيم قبل أن يستمدها من إرادة طرفي النزاع، أي إن القانون قد منحه ولاية القضاء بخصوص المنازعة التي حكم فيها، والتحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم و أحكمه فاستحكم أي صار محكما في ماله تحكيما و يقال حكمنا فلان بيننا أي أجزنا حكمه فينا [1].

و يعرف على أنه " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، حيث ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم، أو أكثر ليفصلوا فيه " [2].

يذهب تعريف آخر إلى أن التحكيم هو ":نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها ، أو أنه مكنة لأطراف النزاع بقضاء منازعاتهم بعيدا عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون كي تحل النزاع، و ذلك عن طريق أشخاص يختارونهم " .

---

[1] -**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق،.، ص28.

[2] -**صبوع صهيب**، مرجع سابق،.، ص150.

فالتحكيم يقدم على أنه بديل لنظام التقاضي أمام المحاكم، فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين إنما يعني في حقيقته سلبا لاختصاص قضاء الدولة المختص أصلا بالفصل في موضوع النزاع، و هو أمر يرتب بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار المحكمين، فهذا القرار يصبح منهيا للخصومة محل النزاع[1].

ب- مبررات اللجوء إلى التحكيم في فض نزاعات عقد البوت

يلعب التّحكيم دورا مهما في حسم المنازعات الّتي تثيرها عقود الاستثمار، بما فيها عقود البوت، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطّائفة من العقود، وأنّه أصبح القضاء الطّبيعي في هذا المجال، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب تتعلّق أساسا بما يتمتّع به التّحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات هذا النّوع من العقود، والّتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

-طابع السرية الّذي تتميز به هذه الآلية، خلافا للقضاء العادي القائم على مبدأ العلانية.

-السرعة الّتي يمتاز بها الّتحكيم وبساطة إجراءاته، على عكس ما تّتسم به طرق الّتقاضي العادية من بطئ وتعقيد ومماطلة.

-ميزة التخصص الّتي تتوفر لدى المحكم أو المحكمين، باعتبار أّنهم يكونون غالبا من أصحاب الاختصاص في المجال محل الّنزاع.

-الحرية الّتي يتمّتع بها الأطراف في ظلّ الّتحكيم من عدة جوانب، مثل اختيار نوع الّتحكيم والمحكم أو المحكمين، والقانون الواجب الّتطبيق ومكان انعقاده وزمانه.

-استقلال اتفاق الّتحكيم، بمعنى أن وجود اتفاق الّتحكيم أو صحته أو نفاذه لا يتوّقف على مصير العقد الأصلي، وتبعا لذلك يظلّ الاختصاص معقودا لهيئة الّتحكيم للفصل في حقوق والتزامات أطراف الّنزاع، والحكم في الطلبات والدفوع، حتى إذا كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلا ولا أثر له[2].

كما يؤدي استقلالية اتفاق الّتحكيم إلى قبول عدم خضوعه بالضرورة إلى ذات القواعد القانونية الّتي تحكم العقد الأصلي، فإذا اقتصرنا على استقلال الاّتفاق عما يصيب العقد الأصلي من بطلان، لكان معنى ذلك أّنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه، وكان القانون

---

[1] -**البهجي عصام أحمد**، مرجع سابق،.، ص30.

[2] - **نفس المرجع**،.، ص49.

الواجب الّتطبيق عليه يحظر شرط الّتحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر، فإن هذا الاستقلال لن يحول دون أن يقع اتفاق الّتحكيم باطلا، وبذلك فإن مبدأ استقلالية شرط الّتحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق الّتحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للّنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا الّنظام أّنه لا يجوز لسلطة العامة الّتمسك بأحكام قانونها الوطني للتخّلص من اتفاق الّتحكيم ألّذي أبرمته، فمجرد وجود هذا الاّتفاق يكفي لقابلية الّنزاع للّتحكيم، وهو الأمر ألّذي من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين ويحصن شرط الّتحكيم من كل أسباب البطلان هذا، ويرتبط الّلجوء إلى الّتحكيم بمخاوف المستثمرين الأجانب من الّلجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار واستعمالها لسيادتها، بتطبيق قوانينها الوطنية عند الّنظر في المنازعات أمام محاكمها، كما يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط الّتحكيم في العقد لعدم ثّقته في نزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، وعدم توّقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل بشأن الّنزاع[1].

حرصا من البلدان لاسيما الّنامية منها على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أّقرت بالّتحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار من أجل الحصول على المصداقية الضرورية في العلاقات الاقتصادية الدولية، وهو الاّتجاه ألّذي سلكته الجزائر. وحقيقة الأمر، أّنه وإن كان الّتحكيم يتمّتع بمزايا جعلته من أهم وسائل تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، إن لم نقل الوسيلة الوحيدة ، فإّنه لا يخفى أّنه أصبح وسيلة في يد البلدان المتقدمة ألّتي تفرض سيطرتها على مراكز الّتحكيم الّتجاري الدولي لتحقيق مصالحها، وذلك بجعل نفقاته باهظة، ما يجعل البلدان الّنامية تتخوف من الّلجوء إليه من جهة، ومن جهة أخرى تحكمها في مسألة القانون الواجب الّتطبيق[2].

ت- موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي التجاري

اتسمت نظرة الجزائر للتحكيم بانعدام الثقة و حتى بالعدائية في بداية الاستقلال حيث كانت الموارد البترولية و غالبية امتيازات استغلالها في يد الشركات الفرنسية، و كان مشكل التحكيم مطروحا حتى قبل الاستقلال أي أثناء مفاوضات إيفيان حيث كانت الموارد الطبيعية تشكل حجر عثرة في وجه المفاوضات بين الطرفين، فكان بها القبول باللجوء للتحكيم من بين الضمانات التي طالب الطرف الفرنسي فيما يتعلق بنظام المنازعات بالنسبة للخلافات

[1] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص141.

[2] -**صبوع صهيب**، مرجع سابق،.، ص150.

المحتملة مع الشركات الفرنسية العاملة في مجال البترول خصوصا ما تعلق بالضرائب و الرسوم[1] .

قد سعت فرنسا للحصول على تنازلات مهمة من طرف المفاوضين الجزائريين تستهدف إخضاع النزاع البترولي لإجراءات للتحكيم الدولي .و قد تم التوصل لاتفاق بين الطرفين في 14 سبتمبر 1963 لضبط نظام للتحكيم الذي يتم تنفيذه .و تم تعويض هذا الاتفاق باتفاقات 29 جويلية 1965 التي أعادت ظبط نظام المحروقات و شروط تدخل الشركات الفرنسية و كذلك نظام تسوية المنازعات في إطار التحكيم، وهو ما أدى إلى الحد من صلاحيات الدولة في حالة نشوب نزاع مع الشركات الفرنسية و بالتالي التأثير على ممارسة الدولة لحقوقها السيادية، فكان نظام التحكيم المنظم بواسطة الاتفاق الجزائري الفرنسي السالف الذكر قد انحرف ولا سيما عن القواعد والإجراءات المتعارف عليها بموجب القانون الدولي و القوانين الداخلية للدول، مما أدى ببساطة إلى شل صلاحيات الدولة الأكثر حساسية مثل تلك المتعلقة بتحصيل بالضرائب[2] .

هذا النظام الغير متوازن لم يكن من الممكن الاستمرار في قبوله من طرف الجزائر، لأن ظروف توقيعه كانت تتسم بعدم الندية بين الأطراف المتفاوضة، و كذلك بسبب السياق الدولي السائد خاصة مع انضمام الجزائر لمجموعة 77 و التي نادت بتكريس كامل سيادة الدولة في تحديد الأحكام المنظمة للتحكيم، وقد عرف هذا التوجه مستوى كبير من المقاومة من شركات النفط ومماطلة الحكومة الفرنسية و هو ما أدى تدريجيا إلى تطرف المواقف الجزائرية تجاه الاتفاق الجزائري الفرنسي للتحكيم البترولي خصوصا و الذي تطور فيما بعد إلى عداء شامل للتحكيم، و قد تم وضع حد لنظام التحكيم بعد تأميم المحروقات سنة 1971 حيث أصبحت المنازعات تحال على الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا، المختصة بالفصل في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المادة 422 في فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1969 قد نصت على عدم جواز التحكيم بالنسبة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، غير أن الجزائر ما لبثت أن تراجعت عن موقفها العدائي للتحكيم من خلال توقيع اتفاقات ثنائية مع بعض الدول النامية في مجال الشراكة الاقتصادية و التقنية، وفي سنة

---

[1] –**صبوع صهيب**، مرجع سابق،.، ص151.

[2] – المرجع نفسه، ص152.

4614قامت الجزائر بخطوة مهمة في هذا الاتجاه من خلال قبول البروتوكول المتعلق بالجهاز القضائي لمنظمة الدول العربية المصدرة للنفط و التي كان لها نتيجة هامة تتمثل في الاختصاص الإجباري لهيئة قضائية دولية في تسوية مجموعة من النزاعات التي قد تقوم بين الجزائر و مختلف شركائها العرب[1].

قد أقرت الجزائر اللجوء على التحكيم التجاري الدولي بصفة واضحة بموجب المرسوم رقم 93-09 السالف الذكر المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب الأمر 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ث- اثر التحكيم التجاري الدولي في فض النزاعات عقد البوت

يعتبر إقرار وقبول الدولة بالّتحكيم الّتجاري الدولي كآلية لفض المنازعات الّناجمة عن عقود البوت ذات العنصر الأجنبي، تعبيرا عن تراجع الاختصاص القضائي الداخلي وتنازلا للدولة عن حصانتها القضائية ، وبذلك تصبح ملتزمة بما سيصدر عن الهيئات الّتحكيمية من قرارات، وتسعى إلى تنفيذها احتراما لتعهداتها الّتعاقدية والتزاماتها الدولية، لتعتبر بذلك متنازلة عن حصانتها الّتنفيذية .

ث-1- اثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة

قد تدفع الدولة الطرف في عقود الاستثمار عموما، وفي سعيها للتخّلص من قبولها عملية الّتحكيم مع المستثمر الأجنبي بما تتمّتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية، للقول بعدم جواز خضوعها للّتحكيم، فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أّنه تأسيسا على فكرة السيادة والمساواة بين الدول، فإن كل دولة تتمّتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية [2].

ولما كان الّتحكيم له طابع خاص يتمّثل في أّنه يجد أساسه في إرادة الأطراف، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط الّتحكيم بالعقد بإرادتها الحرة، ورغم ما ذهب إليه الفقه التقليدي من أن إدراج هذا الشرط في العقد لا يعني تنازل الدولة عن الحصانة القضائية، فقد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه الحديث إلى أن الدولة تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت بشرط الّتحكيم، حيث أن اتفاق الدولة على هذا الأخير يعني تنازلها عن سيادتها

---

[1] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص143.

[2]- **الأسعد بشار محمد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى ، سنة2006 ، ص386.

بالّنسبة للموضوع الّذي جرى الاتفاق بشأنه على الّتحكيم، خاصة وأن المح كم لا يصدر حكمه باسم الدولة، إّنما ينّفذ مهمة عهدها بها الأطراف، حيث يمكن اعتباره كما يرى البعض مهمشا أو مضعفا لحصانة الدولة، فاتفاق الّتحكيم يتعارض وبشكل مباشر مع الحصانة ضد القضاء[1].

والملاحظ حاليا هو لجوء بعض الدول بغرض تشجيع الأجانب للاستثمار في دولهم، إلى حد الّنص على الّتنازل عن حصانتها القضائية، مثال ذلك ما جاء في قانون البوت الغيني[2].

ث-2- اثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة

قد تتمسك الدولة المتعاقدة في سعيها لعرقلة عملية الّتحكيم وبعد صدور الحكم الّتحكيمي في مواجهتها، بحصانتها لمواجهة إجراءات تنفيذه، مما يثير الّتساؤل عن أثر اتفاق الّتحكيم الّذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة، فهل لها أن تتمسك بها في مواجهة إجراءات الّتنفيذ، أم أن مجرد موافقتها على الّتحكيم يعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها هذه؟. يذهب جانب كبير من الفقه، إلى أن اتفاق الّتحكيم الّذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل تنفيذ حكم الّتحكيم، بمعنى أن وجود هذا الاتفاق في ذاته يعتبر تنازلا منها عن حصانتها الّتنفيذية، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتجسيدا لفعالية اتفاق الّتحكيم، إذ أن قبول الدولة باللّجوء إلى الّتحكيم سيكون فارغا من أي معنى إذا استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعيق تنفيذ حكم الّتحكيم .لذلك فإن تنازل الدولة عن الحصانة القضائية يستتبعه بالضرورة تنازلها عن الحصانة الّتنفيذية، ما يوافق بالمقابل أن إدراج المستثمر الأجنبي لبند أو شرط الّتنازل عن الحصانة القضائية سيمتد على الحصانة الّتنفيذية، وهو ما تم تأكيده في القرار الصادر عن محكمة الّنقض الفرنسية في جوان 1998 بمناسبة قضية (CREIGHTON)[3].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

---

[1] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص146.

[2] - **الأسعد بشار محمد**، مرجع سابق، ص387.

[3] - **حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص147.

إذا كانت العقود الداخلية لا تثير مشكلة اختيار قانون العقد لخضوعها بداهة للقانون الداخلي، فإن الأمر يختلف بشأن العقود ألّتي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، ألّتي تثير مسألة تنازع القوانين من جهة، واختلاف المراكز القانونية لأطرافها من جهة أخرى،ما يجعل من مسألة القانون الواجب ألّتطبيق من المسائل الشائكة.

أولا : الإعمال بقانون إرادة الطرفين :

يتمّتع العقد الدولي ببعض الامتيازات ألّتي تعطي أطرافه حرية اختيار القانون الواجب ألّتطبيق، تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، ألّذي استقر لدى فقه القانون الدولي الخاص نتيجة التطورات ألّتي عرفها منذ ظهور نظرية ألّتنازع ، ليصبح هذا الحلّ مكرسا قانونا، سواء أكانت إرادة الأطراف في إعمال المبدأ صريحة أو ضمنية. ومع ازدياد حاجة البلدان ألّنامية إلى تطوير اقتصادياتها، نجحت الشركات الأجنبية ومن ورائها هيئات ألّتحكيم في الحد من تطبيق قانون الإرادة، بهدف استبعاد قانون الدولة المضيفة[1].

أ :ظهور فكرة خضوع العقد لقانون الإرادة:

وذهب الفقه الإيطالي إلى أن خضوع العقد لقانون محل إبرامه يستند إلى إرادة طرفيه الضمنية، ألّتي ألّتجهت إلى اختيار هذا القانون باعتباره قانون الدولة ألّتي تم فيها إبرام العقد، وذلك بعد أن كانت العقود في ظلّ ألّنظرية ألّتقليدية تخضع لقانون الدولة ألّتي أُبرم فيها في ظلّ غياب أي دور للإرادة في تحديد القانون الواجب ألّتطبيق، انطلاقا من ذلك ظهرت نظرية الفقيه الفرنسي دمولان Dumoulinألّذي نادى لأول مرة بضرورة إعطاء المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب ألّتطبيق بإرادتهم، وهو ما أضفى إلى نظرية قانون الإرادة أو فكرة سلطان الإرادة ألّتي سادت معظم بلدان العالم فقها و قضاء،

ومع نهاية القرن ألّتاسع عشر، استقر مبدأ سلطان الإرادة ألّذي أعطى الأطراف حق اختيار القانون الواجب ألّتطبيق على العقد، سواء بألّتطبيق المطلق للمبدأ كما رأى Laurant ومن بعده أنصار ألّنظرية الشخصية، أو بالاستناد إلى قوة القانون نفسه ألّذي يمنح الإرادة المقدرة على هذا الاختيار، بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، وليس إلى مطلق سلطان الإرادة كما رأى Brocher وأنصار ألّنظرية الموضوعية[2].

---

[1] – **المرجع نفسه**، ، ص150.

[2] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص148.

اتفق فقه القانون الدولي الخاص على الأخذ بمبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، لكّنه اختلف حول مسألة مدى هذه الحرية، فقد ذهب اتجاه فقهي إلى القول أّنه للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار القانون ألّذي يحكم عقدهم بدون قيد أو شرط، سوى أن يكون قائما على حسن النية وعدم مخالفة ألّنظام العام، فإذا توفر ذلك وجب الأخذ بهذا الاختيار حتى ولو كان القانون المختار منبت الصّلة بالعقد.

بينما ذهب جانب آخر إلى القول بتقييد حرية المتعاقدين في الاختيار، فاشترط أن يكون القانون المختار تربطه بالعقد صّلة حقيقة، فإرادة الأطراف تنحصر في تركيز العقد في مكان معين طبقا لملابسات هذا العقد، وإذا ألّتجهت إلى قانون بعيد عنه يجب على المحكم إهمالها واختيار قانون أكثر اتصالا بالعقد، في حين حاول البعض ألّتوفيق بين الاتجاهين، فذهبوا إلى أ ن إرادة المتعاقدين في الاختيار ليست مطلقة كما ذهب أنصار الاتجاه الأول، وليست مقيدة كما ذهب أنصار الاّتجاه ألّثاني، إّنما يشترط لصحة الاختيار أن تكون هناك صّلة بين القانون المختار والعقد، ويتحّقق ذلك باختيار قانون جنسية أو موطن أحد المتعاقدين، أو قانون مكان إبرام أو تنفيذ العقد[1].

ب- ألّتكريس القانوني لمبدأ قانون الإرادة:

أخذت العديد من الاتفاقات الدولية بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب ألّتطبيق على العقد، فقد ن صت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية للّتحكيم ألّتجاري الدولي لعام 1961على أن : «للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع ألّنزاع...» وقد سارت على نفس المنهج اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، حيث نصت المادة 12 ف 1 من المرسوم الرئاسي95 -345 على انه «تفصل محكمة ألّتحكيم في ألّنزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف...»

كما نص القانون ألّنموذجي ألّذي وضعته لجنة الأمم المّتحدة للقانون ألّتجاري الدولي سنة 1985في المادة 28 /1 على أّنه : «تفصل هيئة ألّتحكيم في ألّنزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة ألّتطبيق على موضوع ألّنزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أّنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك

[1] - المرجع نفسه ، ص149.

الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك»[1].

اعتمد المشرع الجزائري على ذات المبدأ من خلال نص المادة 1050 من القانون رقم 08-09 المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008[2]، و مفادها« تفصل محكمة الّتحكيم في الّنزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ».

كما جاء في المادة 18 من القانون المدني الأمر 05-10 اعترافا بمبدأ حرية الإرادة في اختيار قانون العقد -وإن كانت هذه الحرية مقيدة -على أّنه:« يسري على الالتزامات الّتعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كان له صّلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ».

ت :محاولات الحد من تطبيق قانون الإرادة:

على الرغم من أن قانون الدولة المتعاقدة هو الّنظام القانوني الّذي يكون عادة مختصا بحكم هذه الّنوعية من العقود، وهو الّذي اختاراه المتعاقدان لحكم عقدهما، فإن مراجعة السوابق الّتحكيمية، تدل على وجود اتجاه لدى بعض هيئات الّتحكيم إلى استبعاد قواعد قانون الدولة المضيفة للاستثمار، على أساس اعتبارات مختلفة ، كما ذهب المستثمرين الأجانب إلى تطبيق نظرية الإدماج، لينزل بذلك القانون المختار منزلة الشروط الّتعاقدية [3].

ت-1-اتجاه هيئات الّتحكيم لاستبعاد قانون الإرادة:

ذهبت بعض هيئات الّتحكيم إلى استعاد قواعد قانون الدولة المضيفة، على أساس تخّلف هذا القانون وعدم ملاءمته لمعاملات الّتجارة الدولية، أو بحجة استكمال النقص في قواعده.

لا يكون من المستساغ أن يستبعد المحكم القانون الّذي انصرفت إليه إرادة الأطراف بعبارات واضحة وصريحة، بيد أن أحكام الّتحكيم كثيرا ما خالفت ذلك في العديد من في قضية شيخ أبو ظبي Lord Asquith القضايا الّتي عرضت عليها .فقد ذهب المحكم إلى عدم تطبيق القانون المختار، على أساس أّنه غير ملائم لحكم المعاملات الدولية

---

[1] -**إقلولي محمد** ، مرجع سابق، ص289.

[2] -القانون رقم 08-09 المؤرخ في18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخ في 17 ربيع الثّاني عام 1429 الموافق ل 23 : أبريل سنة 2008

[3] -**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص155.

الحديثة، استخفافا بقدر الشريعة الإسلامية ومكانتها كنظام قانوني قابل للّتطبيق في مجال المعاملات الّتجارية الحديثة، ليخضع بذلك العقد للمبادئ العامة المتعارف عليها في الأمم المتمدنة، وينتهي إلى تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره انعكاسا لهذه المبادئ، سارت بذات الاّتجاه محكمة الّتحكيم في قضية حاكم قطر، حيث ذهب المحكم أّنه لا يوجد في قطر كيان مستقر من المبادئ القانونية القابلة للّتطبيق على تكوين عقود تجارية عصرية[1].

ذهبت بعض أحكام الّتحكيم إلى استبعاد قواعد القانون الداخلي بالرغم من وجود اتفاق من الأطراف على تطبيقه، وذلك بحجة الّنقص الّذي يتواجد في قواعد ذلك القانون واللّجوء بذلك إلى قواعد القانون الدولي لتكملة هذا الّنقص[2].

ت-2-اتجاه المستثمر الأجنبي إلى تطبيق نظرية الإدماج:

إن مقتضى فكرة الإدماج هو أن تنزل أحكام القانون المختار لحكم العقد الدولي منزلة الشروط الّتعاقدية، بحيث لا يكون لها إلا قوة وقيمة شروط العقد، مما يسمح للمتعاقدين باستبعاد ما يرون استبعاده من قواعد آمرة في هذا القانون، وبعدم الاعتداد بأية تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد وخلال فترة تنفيذه، الأمر الّذي يترّتب عليه إفلات العقد الدولي من حكم القانون[3].

ظهرت هذه الفكرة في عقود الاستثمار، كمحاولة لتحصين المستثمر الأجنبي ضد ما تتمّتع به الدولة في العقد من سلطات تشريعية تجعلها في مركز تعاقدي غير متكافئ .ومن أمثلة عقود الاستثمار الّتي تم الاّتفاق فيها على اندماج القانون المختار في العقد نجد العقد المبرم بين حكومة موريتانيا وشركة Planet Oil and Mineral Corporation حيث نصت المادة الرابعة على:« قانون التعدين الّذي جمدت أحكامه طوال مدة العقد الحالي يلحق بالّنصوص المدرجة في ملحق الاتفاق الحالي ويعد جزءا لا يتجزأ منه». كما تعرض قضاء الّتحكيم بدوره لفكرة اندماج القانون المختار في عقود الاستثمار، وإنزاله منزلة الشروط الّتعاقدية بمناسبة الّتعرض لشروط الّثبات الّتشريعي، بالأخص في قضية Sapphir[4].

ثانيا : الإعمال بقانون الدولة المتعاقدة :

---

[1] – **حصايم سميرة** مرجع سابق ،ص 156.

[2] –**الأسعد بشار محمد**، مرجع سابق، ص125.

[3] –المرجع نفسه، ص185.

[4] –**إقلولي محمد**، مرجع سابق، ص187.

يذهب جانب كبير من الفقه إلى ضرورة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم تضمين العقد لنص يحدد القانون ّالذي يحكمه، باعتباره قانون دولة ّالتنفيذ كما أّنه في الغالب قانون محل الإبرام، لذلك فإّنه القانون ّالذي يجب أن يحكم مختلف الجوانب العقدية بما في ذلك الآثار المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها العقدية[1].

استند أنصار هذا الاّتجاه إلى حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الضربية أين جاء:« كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما». وأكدت المحكمة على أّنه: « لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات ّالتي قبلتها وّالتي تتعّلق بهذا القرض، تخضع لأي قانون غير فالمحكمة أخذت بمبدأ خضوع العقد للقانون الداخلي بالّنظر إلى أطراف العلاقة » قانونه العقدية، على أساس أن أحكام القانون الدولي العام تقتصر على العلاقات بين أشخاص القانون الدولي.

وقد أخذت بذلك محكمة ّالنقض الفرنسية، في أحد أحكامها حين ذهبت إلى أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة، يخضع لقوانين هذه الدولة ، كما ذهبت محكمة ّالتحكيم في قضية Aramco إلى تبني ذات الاتجاه و أوضحت أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب ّالتطبيق على الشروط الموضوعة لعقد الامتياز، إذ أّنه من المفترض أن العقود ّالتي تبرمها الدولة ذات السيادة، تخضع لقانونها الوطني حتى يّتم إثبات العكس[2].

أخذت بذات الاتجاه اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI في المادة 42 /1 ، عندما ألزمت هيئة ّالتحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة، شاملا القواعد الخاصة بتنازع القوانين والاستعانة بمبادئ القانون الدولي الملائمة لطبيعة ّالنزاع، وبناء على ذلك يمتنع في هذه الحالة تطبيق أي قانون وطني آخر غير قانون الدولة المتعاقدة إلا من خلال قواعد ّالتنازع في الدولة المضيفة، أما مبادئ القانون الدولي فيؤكد البعض أّنه لا يّتم إضافتها إلى قانون الدولة إلا لتكملة ما يعتري هذا القانون من نقص، أو من أجل تفسير بعض مواد القانون ّالتي يشوبها شيء من الغموض[3].

---

[1] –**أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى**، مرجع سابق، ص365.

[2] –**إقلولي محمد**، مرجع سابق، ص330.

[3] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص159.

تعرض الاتجاه المنادي بتطبيق قانون الدولة المضيفة للّنقد، على أساس أن قضاء محكمة العدل الدولية الدائمة، لم يعد مواكبا للتطورات ألّتي لحقت بالّتجارة العالمية، وأن الدولة ألّتي تتعاقد مع شركة أجنبية، لا تتعاقد بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، بل باعتبارها مجرد شخص عادي لا يجوز لها أن تتمسك بحصانة تشريعية تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها، إذ أن ذلك يعد خرقا لمبدأ المساواة بين الأطراف في العلاقة العقدية، كما أن هذه ألّنظرية لا توّفر الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي ألّذي يتمسك بضرورة خضوع العقد لقواعد القانون الدولي[1].

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى أن محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها، ذهبت إلى عدم وجود قرينة خاصة لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد المبرم بين الدولة وإحدى الشركات الأجنبية[2].

ذهب جانب من الفقه إزاء الانتقادات السابقة، إلى الدفاع عن خضوع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا إلى المبادئ الأساسية للقانون الدولي للّتنمية، خاصة منها" مبدأ السيادة على ألّثروات الطبيعية"، ألّذي تعتبره الدول ألّنامية شرطا أساسيا لممارسة سيادتها الاقتصادية، وذلك بالاعتماد على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ألّتي تؤكد هذا المبدأ، خاصة وأن هيئة ألّتحكيم في قضية Liamco ذهبت إلى أن هذه القرارات وإن لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون فإّنها على الأّقل تعد دليلا على الاتجاه المسيطر لدى الرأي العام الدولي المتعّلق بالحق في السيادة على ثرواتها، ألّذي يجب أن يُمارس في حدود احترام الاتفاقيات ألّتعاقدية والالتزام بالّتعويض[3].

تعرض هذا الاتجاه للّنقد، حيث ذهب البعض إلى أن هذه القرارات لا تعدو عن كونها مجرد توصيات موجهة للدول الأعضاء، ولا تمّثل قواعد قانونية لها صفة الإلزام، حيث لا يوجد في ميثاق الأمم المّتحدة ما يفيد صراحة بإلزامية هذه ألّتوصيات، كما أن هذه القرارات لاتعد من مصادر القانون الدولي المحددة في المادة 38 " من ألّنظام الأساسي لمحكمة العدل الدوليةCIJ" ، ضف إلى ذلك أن قيام مثل هذه القاعدة يتطّلب كما يشير البعض

---

[1] –**أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى**، مرجع سابق، ص366.

[2] –**حصايم سميرة** ، مرجع سابق، ص160.

[3] –**أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى**، مرجع سابق، ص367.

ممارسة حقيقية من جانب البلدان النّامية وليس مجرد خطابات في منتديات ومحافل دولية، فضلا عن أن التصويت على هذه القرارات تحكمه في الغالب اعتبارات سياسية لا قانونية.

هذا، ويعتمد أنصار ضرورة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، على أساس أنّه قانون دولة التّنفيذ، على ما جاءت به اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية الّتي نصت على: « يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بصورة وثيقة »،وتعد الدولة الّتي ينفّذ فيها العقد هي أكثر الدول الّتي ترتبط بالعقد[1].

وحقيقة الأمر، أن هذه النّظرية دافعت عنها البلدان النّامية استنادا إلى سيادتها النّشريعية والقضائية، بحيث رفضت كل أشكال التدخل الأجنبي مهما كانت طبيعته، فمن المستحيل التوفيق بين مبدأ السيادة وإخراج العقد من الاختصاص الإقليمي سواء من حيث القانون الواجب التطبيق أو وسيلة تسوية المنازعات، وهو ما دفع أغلب القوانين الوطنية بما فيها القانون الجزائري إلى النّص على تطبيق القانون الوطني، فبعد التأميمات عام 1971تؤكد كل النّصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية على تطبيق القانون الجزائري كمبدأ عام[2].

[1] --**أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى**، مرجع سابق، ص370.

[2] -**إقلولي محمد**، مرجع سابق، ص334.

الخاتمة

خاتمة

يتضح من خلال البحث أن عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية تعد وسيلة هامة وفعالة في رفع العبء الاقتصادي على الدول النامية لكونها توفر إطارا قانونيا لتمويل إقامة مشاريع

البنية التحتية، وإدارتها وفق الأساليب الحديثة في التسيير بما يؤدي إلى قيام المرفق العام بالوظيفة المنوطة به على أكمل وجه ،و هي إشباع الحاجات العامة للمواطنين و تحقيق المصلحة العامة كمظهر من مظاهر التنمية.

كما يظهر كذلك أن هذه العقود في حقيقتها تتميز بنوع من التعقيد و التشابك، و هذا راجع بالأساس إلى تنوع الأهداف التي تسعى لتحقيقها ، فهي تسعى إلى تمويل إقامة المرافق العامة من جهة، إضافة إلى كونها تعد أسلوبا من أساليب تفويض المرافق العامة على اعتبار انها تعد امتدادا و تطبيقا متطورا لعقود الامتياز ، فهي إذا تجمع ما بين الجانب التمويلي و جانب الإدارة و التسيير.

إن البحث في النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، يشير إلى أن هذا الأسلوب التعاقدي يتم غالبا وفق قواعد و مبادئ القانون العام، أي أن خصائص القانون الإداري هي التي تظهر في العقد بشكل جلي، فهذه العقود تنصب على مرفق عام غالبا ما يكون من مرافق البنية التحتية كالمطارات، الموانئ، محطات تحلية مياه البحر، و غيرها، كما أنها تنعقد بين شخص من أشخاص القانون العام كالدولة أو احد الأشخاص القانونية التابعة لها من جهة و بين شركة المشروع، أي أن شرط وجود الجهة الإدارية العامة في العقد متوافر في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، إضافة إلى ظهور امتيازات السلطة العامة في هذه العقود من خلال السلطات المخولة لجهة الإدارة في الإشراف و الرقابة و التنظيم.

غير أن التطبيق العملي لهذا النوع من العقود يشير إلى ارتباطه أساسا بجلب الاستثمارات وطنية كانت أو أجنبية، و هو ما يؤدي إلى الحد من اللجوء إلى امتيازات السلطة العامة في هذا النوع من العقود عن طريق التقليل من الشروط اللائحية في حدود ضمان السير الحسن للمرفق العام و قيامه بوظيفته في تحقيق المنفعة العامة و التركيز على الشروط التعاقدية في العقد كركيزة لتوفير مناخ استثماري جاذب لرؤوس الأموال و لإتاحة الفرصة لشركة المشروع لتعويض تكاليف الاستثمار و تحقيق عائد مالي مناسب.

إن الجزائر لم تبق بمعزل عن التطور الذي عرفته أساليب إدارة و تسيير المرافق العامة، بل حاولت أن تواكب التطورات الحاصلة في هذا المجال، و هو ما جعل القانون

الجزائري يدرج عقد البوت من الناحية العملية ، و خاصة في مشاريع تحلية مياه البحر كأبرز تطبيق لهذا الأسلوب التعاقدي في القانون الجزائري.

غير أن القانون الجزائري لم يعرف تسمية ال " BOT"، بل تم إلحاق هذا الأسلوب التعاقدي دوما بمفهوم عقود الامتياز ، و هو ما يعني تبني القانون الجزائري للاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية لهذه العقود، كما أن القانون الجزائري لا يشتمل على تشريع خاص لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب، كما هو الحال في بعض الدول كتركيا مثلا، فنجد أن القواعد المنظمة لهذه العقود مبعثرة وغير موحدة ، وذلك في عدة تشريعات تتعلق بمجالات مختلفة، كالمياه و الكهرباء و الطرقات و الري ، و غيرها من المجالات.

عليه فإنه من الأجدى أن يتم تنظيم هذه العقود وفق تشريع خاص موحد لكي يسهل من الناحية العملية تطبيقه على أرض الواقع.

أما من حيث تطبيق هذا الأسلوب في الجزائر فإن دراسة مختلف العقود المبرمة في هذا الإطار تشير إلى لجوء الدولة الجزائرية إلى الاعتماد على القواعد المستمدة من قوانين الاستثمار السارية المفعول، و الحد من امتيازات السلطة العامة إلى حدها الأدنى، و هذا راجع إلى الرغبة في جلب رؤوس الأموال للاستثمار في قطاعات البنية التحتية و الاستفادة خاصة من التكنولوجيا المتقدمة التي تقدمها الشركات العالمية الكبرى في مجالات اختصاصها، و كذلك الاستفادة من خبراتها في مجال الإدارة و التسيير.

غير أن هذه الرغبة في جلب الاستثمارات لا يجب أن تؤدي إلى الاندفاع بشكل مطلق وراء هذا الأسلوب التعاقدي، دون ضوابط تكفل عدم إطلاق يد المستثمرين الخواص و خاصة الأجانب على المرافق العامة للدولة ، لتفادي خروج المرفق العام عن القيام بوظيفته الأساسية في تلبية الحاجات العامة للجمهور، ذلك أنه و في جميع الأحوال فإن الغاية الأساسية للقطاع لخاص هي تحقيق أكبر قدر من الربح، و هذا الأمر و إن كان مفهوما، غير أنه لا يجب أن يكون على حساب المستفيدين من المرفق العام.

ملخص

يشهد العالم منذ العشرية الأخيرة من القرن العشرين اتجاها متصاعدا نحو التحرر الاقتصادي وفتح المجال للمبادرات الفردية وسياسة الخوصصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تزايد العجز المالي في العديد من الدول، الأمر ّالذي أدى بها إلى تبني فكرة عقد

البوت كآلية تمويلية تعاقدية، تقوم أساسا بالاعتماد على استثمارات القطاع الخاص بالأخص الأجنبي منه لإنشاء وتشغيل مشاريع البنية الّتحتية والاستحواذ على عائداتها طوال الفترة الّتعاقدية، بشكل يسمح لها باسترجاع نفقاته والحصول على العائد المطلوب من الأرباح، ليتم بعدها نقل ملكية المشروع للدولة المالكة له أصلا.

وإذا ما تم الّتعاقد وفقا لهذا الأسلوب، فإن ذلك يتطّلب توفير بيئة قانونية ملائمة وحماية فعالة للاستثمار في هذا الّنوع من المشاريع، بشكل يّتفق مع ما تمليه مقتضيات الّتجارة الدولية وضرورة الّتعاون لتحقيق الّتنمية الاقتصادية الشاملة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع و المصادر

أولا : المراجع باللغة العربية :

أ – النصوص التشريعية و التنظيمية :

1 ـ الأوامـــر :

01– الأمر رقم 75–85 المؤرخ 20رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم , الجريدة الرسمية عدد47 الصادرة 9 يونيو 1966.

02– الأمر رقم 01–03 المؤرخ في أول جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير الأستثمار , الجريدة الرسمية عدد 47 صادر في 3 جمادى الثانية 1422 الموافق 22 غشت 2001 المعدل و المتمم.

03– الأمر رقم 08 – 04 مؤرخ في أول رمضان عام 1429. الموافق أول سبتمبر سنة 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الأمتيازعلى الأراضي التابعة الأملاك الخاصة الدولة و الموجهة الأنجاز مشاريع استثمارية – الجريدة الرسمية ،عدد 43الصادرة في3 رمضان 1429 الموافق 03 سبتمبر 2008.

2 ـ القوانين :

01–القانون رقم 02–01 المؤرخ في22 ذي القعدة 1422 الموافق 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية ،عدد 08 الصادرة في23 ذي القعدة 1422 الموافق 06 فبراير 2002.

02–القانون رقم 05–12 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426، الموافق 4 غشت سنة 2005، يتعلق بالمياه ،الجريدة الرسمية ،عدد 60 الصادر في30 رجب 1426 الموافق04 سبتمبر 2005.

03- القانون رقم 08-09 المؤرخ في18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 17 ربيع الثّاني عام 1429 الموافق ل 23 أبريل سنة 2008.

3ـ المراسيم

ـ المراسيم الرئاسية

01- المرسوم الرئاسي رقم 96_438 المؤرخ ب 7 ديسمبر 1996 المتضمن الدستور الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية رقم76 المؤرخة في 8/ 12/ 1996، المعدل بالقانون رقم 02 -03 المؤرخ في 10/ 04/ 2002، الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14/ 04/ 2002، القانون رقم 08- 19 المؤرخ في 2008/11/15 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 2008/11/16.

02 -المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المؤرخ في 28 شوال عام. 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم. الصفقات العمومية ،الجريدة الرسمية العدد 8،الصادرة في28 شوال عام 1431، الموافق 7أكتوبر سنة2010.

ـ المراسيم التنفيذية

01-المرسوم التنفيذي رقم 04-417 المؤرخ في8 ذي القعدة عام 1425 الموافق 20 ديسمبر سنة 2004 يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها -الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد82 الصادرة في 10 ذي القعدة عام 1425 الموافق 22 ديسمبر سنة 2004.

02-المرسوم التنفيذي رقم 08 - 114 ، المؤرَّخ في 09 أبريل 2008 الذي يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و /أو سحبها، و دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، الجريدة الرسمية عدد 20 ، الصادرة في 13 أبريل2008

03-المرسوم التنفيذي09-152المؤرخ في 2 مايو الذي 2009 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الّتابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 27 الصادر في 6 مايو200 .

04-المرسوم التنفيذي رقم 11-220 المؤرخ في 12 يونيو سنة 2011 ، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة الجريدة الرسمية ، العدد34 الصادرة في 17 رجب عام 1432 الموافق 19 يونيو سنة 2011.

4- الكتب

ـ الكتب المتخصصة

1-إبراهيم الشهاوي عقد الامتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنة) ، مؤسسة الطوبجي القاهرة، بدون رقم الطبعة، سنة 2003 .

2-إلياس ناصف عقد BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ، بدون رقم الطبعة، سنة 2006

3-أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية و عقد البوت (B.O.T) ، دار النهضة العربية مصر بدون رقم الطبعة، سنة 2003 .

4-البهجي عصام أحمد، عقود البوت، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة مصر الإسكندرية ، بدون رقم الطبعة، سنة 2008 .

5-البهجي عصام أحمد، ، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة مصر الإسكندرية بدون رقم الطبعة ، سنة 2008 .

6-العشماوي شكري رجب، إسماعيل إسماعيل حسن، عبد العزيز سمير محمد، معايير سلامة الاستثمارية ومشروعات BOT أسس، نماذج ، حالات، المكتب العربي الحديث مصر الإسكندرية ، بدون رقم الطبعة، ، سنة 2007.

7-جابر نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة ، بدون رقم الطبعة ، سنة 2002

8-حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية القاهرة، بدون رقم الطبعة، سنة 2005.

9-عبد الفتاح بيومي حجازي عقود البوت في القانون المقارن ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،الطبعة الأولى ، سنة.2016

10-غانم محمد أحمد، مشروعات البنية الأساسية بنظام الBOT ، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، بدون رقم الطبعة، سنة 2009 .

11- هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى سنة2001.

ـ الكتب العامـــة

1- أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى، الّتحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، بدون رقم الطبعة ،سنة 2008.

2-أحمد محمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، بدون رقم الطبعة ، سنة 1980.

3-الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، الطبعة الأولى ،سنة 2006.

5 - الرسائل الجامعيـــة والمذكرات

01-بن محياوي سارة ، (النظام القانوني لعقد الامتياز في القانون الجزائري) ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة ، السنة الجامعية 2013/2012.

02-حصايم سميرة ،(عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية) مذكرة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، السنة الجامعية 2011/2010.

03-صبوع صهيب ،(النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيقاته في الجزائر B.O.T) مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامة، القانون و تسيير الإقليم ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية 2013/2012.

04-عيبوط محند وعلي،(الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر)، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، السنة الجامعية 2006/2005.

05- معاشو عمار،(الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1998/1997 .

06- معوش شادية و مزاي راضية ،(تطبيقات عقد البناء و التضغيل و نقل الملكية B.O.T) مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية

و الهيئات الإقليمية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون العام ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، السنة الجامعية 2016/2015.

07- يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، (رسالة ماجستير تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت)، قسم القانون العام كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط عمان الأردن ، السنة الجامعية 2011/2010.

6- المقالات

1-إقلولي محمد ، "في مدى استقبال القانون الجزائري عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق الجزائر ، عدد 02 سنة 2013 .

02- جمال عمران المبروك عقود التشييد و الاستغلال و التسليمB. O.T و تكييفه القانوني دراسة تحليلية مركز جيل البحث العلمي مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة لبنان (طرابلس) العدد 19 نوفمبر 2017 .

03- صافية اقلولي ولد رابح ، عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية آلية مستحدثة، مداخلة بالملتقى الدولي الأول الموسوم ب:المرفق العمومي في الجزائر و رهاناته كأداة لخدمة المواطن دراسة قانونية وعملية جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة الجزائر 22و23 أفريل 2015.

7- الوثائق :

UNCITRALالهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي. وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد على 50 سنة. وتتمثل مهمة الأونسيترال في عصرنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية.

تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان، الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية الدورة29 نيويورك، من 28 ماي إلى 14 جوان 1996 .

8 – المواقع الكترونية :

1–موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

www.uncitral.org يوم 05/02018 على الساعة 09:30

2– موقع النصوص القانونية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

www.goradp.dz

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

-.Boualem Benhamouda ELMIFTAH Dictionnaire français-arabe Dar EL Oumma alger 2006

الفهرس

الفهرس

الإهـداء

كلمة شكر وتقدير

قائمة المختصرات

مقدمة :.....07

الفصل الأول : ماهية عقد البوت.....11

المبحث الأول : مفهوم عقد البوت 12

المطلب الأول : تعريف عقد البوت و خصائصه.....12

الفرع الأول : نشأة عقد البوت (B.O.T) 12

الفرع الثاني : تعريف عقد البوت (B.O.T).....12

أولا : التعريف الفقهي لعقد البوت.....12

ثانيا : تعريف بعض المنظمات الدولية لعقد البوت.....14

أ – تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.....14

ب – تعريف منظمة اليونيدو(UNIDO) للتنمية الصناعية التابعة للأمم المتحدة لعقد البوت 16

ثالثا : التعريف القضائي لعقد البوت.....16

رابعا : التعريف القانوني.....17

أ – مكانة عقد البوت في الدستور الجزائري.....17

ب– مكانة عقد البوت في التشريع الجزائري.....18

ب–1– مكانة عقد البوت في قانون المياه.....19

ب–2– مكانة عقد البوت في مجال الكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات.....20

ب–3– مكانة عقد البوت في مجال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة

الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية.....20

الفرع الثاني : خصائص عقد البوت 21

أولا: عقد يبرم بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص.....21

ثانيا : عقد محدد المدة.....22

ثالثا : عقد تجاري.....22

أ – نظريات تحديد الأعمال التجارية.....22

أ –1–نظرية المضاربة.....23

أ –2–نظرية التداول.....23
أ –3–نظرية المقاولة أو المشروع.....23
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية اعقد البوت.....25
الفرع الأول : التكييف القانوني لعقد البوت.....25
أولا : عقد البوت من العقود الإدارية.....25
ثانيا : عقد البوت من عقود القانون الخاص.....26
ثالثا : عقد البوت ذو طبيعة خاصة.....27
رابعا : موقف المشرع الجزائري.....28
أ –اعتبار عقد البوت (B.O.T) عقدا من العقود الإدارية.....28
ب –اعتبار عقد البوت (B.O.T) من عقود القانون الخاص.....32
الفرع الثاني : تمييز عقد البوت عما يشابهه من العقود.....33
أولا : تمييز عقد البوت مع عقد امتياز المرافق العامة.....33
ثانيا : تمييز عقد البوت مع عقد الاشغال العامة.....34
ثالثا : عقد البوت و عقود الخوصصة.....35
المبحث الثاني : إنشاء عقد البوت و إشكاله القانونية.....36
المطلب الأول : إنشاء عقد البوت.....36
الفرع الأول : أطراف عقد البوت.....36
أولا: الأطراف الرئيسية.....36
أ–الدولة كطرف في عقد البوت.....36
ب –شركة المشروع.....38
ثانيا : الأطراف الفرعية لعقد البوت.....40
أ–مؤسسات التمويل 40
أ–1– مؤسسات التمويل التجارية.....40
أ–2– هيئات التمويل الدولية 41
أ–3– وكالات التنمية.....41
ب– المقاولون.....41

ت- الموردون.....42
ث- المشغلون.....42
ج- مؤسسات التأمين.....42
الفرع الثاني : مراحل إبرام عقد البوت.....43
أولا :مرحلة الأعداد الفني و القانوني لمشروع عقد البوت.....43
أ- تحديد المشروع.....43
ب- دراسة جدوى المشروع.....44
ت- إعداد الوثائق الأولية للتعاقد.....45
ثانيا : مرحلة طرح المشروع للتعاقد.....45
أ- الدعوى للتنافس على المشروع.....46
أ-1 - الإعلان عن المناقصة.....46
أ -2 -تقديم العطاءات.....47
أ- 3 -تقييم العروض و البث فيها.....48
ب - الاتفاق على التعاقد.....48
ثالثا : مرحلة وضع الإطار القانوني لعقد البوت.....49
أ- المفاوضات القانونية.....49
ب- اتفاقية المشروع و ملحقاتها.....49
المطلب الثاني : أشكال عقد البوت.....50
الفرع الأول: الإشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة.....50
أولا: عقد البناء و التشغيل و التملك و نقل الملكية BOOT.....50
ثانيا :عقد البناء و التملك و التشغيل BOO.....51
ثالثا :عقد البناء و التشغيل و تجديد الامتياز BOR.....51
رابعا :عقد التصميم – البناء –التمويل – التشغيل DBFO.....52
خامسا :عقد البناء و التأجير و التحويل BLT.....52
سادسا: عقد البناء و التشغيل و التحول BTO..... 52
الفرع الثاني : الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة.....53
أولا :عقد التحديث و التملك و التشغيل و التحول MOOT.....53

ثانيا :عقد الإيجار و التجديد و التشغيل و التحول LROT.....53
الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة على عقد البوت.....55
المبحث الأول: الآثار المترتبة على الأطراف المتعاقدة.....56
المطلب الأول: حقوق و التزامات السلطة المتعاقدة (الدولة).....56
الفرع الأول: حقوق السلطة المتعاقدة (الدولة).....56
أولا :الحق في الرقابة على عقد البوت.....56
ثانيا :الحق في تعديل عقد البوت.....57
أ- سلطة الدولة في تعديل العقد بين المؤيد والمعارض.....57
ب- شروط الاستقرار التّشريعي حدود لسلطة الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.....59
ب- 1 التّعريف بشروط الاستقرار التشريعي.....59
ب-2 موقف المشرع الجزائري من شروط الاستقرار.....60
الفرع الثاني : التزامات السلطة المتعاقدة (الدولة) 61
أولا :توفير المناخ القانوني الملائم لاستقبال مشاريع البوت.....61
ثانيا :مساعدة شركة المشروع على تنفيذ العقد.....61
ثالثًا :توفير الحماية الكافية لشركة المشروع.....62
المطلب الثاني : حقوق و التزامات شركة المشروع.....62
الفرع الأول : حقوق شركة المشروع.....63
أولا :حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي.....63
ثانيا :الحق في الحفاظ على التّوازن المالي للعقد 63
أ- فكرة التّوازن المالي في عقود البوت.....64
ب - حالات تطبيق فكرة التّوازن المالي للعقد.....64
ب- 1 نظرية عمل الأمير.....64
ب - 2 نظرية الظروف الطارئة 65
ب- 3 نظرية الصعوبات المادية غير المتوّقعة 66
الفرع الثاني : التزامات شركة المشروع.....67
أولا :الالتزام بتصميم المرفق وتمويله وإنشائه.....67
ثانيا :الالتزام بمدد التّنفيذ.....68

ثالثا :مدى الالتزام بالّتنفيذ بنفسه.....69
أ- الّتنازل عن العقد في عقود البوت.....69
ب- الّتعاقد من الباطن في عقود البوت.....70
رابعا :التزام شركة المشروع بالّتشغيل والصيانة.....71
أ- الالتزام بالّتشغيل.....71
ب- الالتزام بالصيانة اللازمة.....71
خامسا :الالتزام بنقل الّتكنولوجيا وتدريب العاملين عليها.....72
سادسا :الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى السلطة المتعاقدة.....74
المبحث الثاني : الآثار المترتبة عند الإخلال ببنود عقد البوت.....75
المطلب الأول : قيام المسؤولية العقدية في عقد البوت.....75
الفرع الأول : الجزاء المترتب عن المسؤولية العقدية في عقد البوت.....75
الفرع الثاني : إنهاء الرابطة العقدية.....77
المطلب الثاني : تسوية المنازعات الناجمة عن عقد البوت.....79
الفرع الأول : آليات تسوية المنازعات.....79
أولا : تسوية المنازعات وديا.....79
أ- التفاوض.....80
ب- التوفيق.....81
ت- الخبرة الفنية.....82
ث- المحاكمات المصغرة.....83
ثانيا : تسوية المنازعات عن طريق التحكيم الدولي التجاري.....84
أ- تعريف التحكيم التجاري الدولي.....84
ب- مبررات اللجوء الى التحكيم في فض نزاعات عقد البوت.....85
ت- موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي التجاري.....86
ث- اثر التحكيم التجاري الدولي في فض النزاعات عقد البوت.....88
ث-1- اثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة.....88
ث-2- اثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة.....89
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....90

أولا : الإعمال بقانون و إرادة الطرفين.....90
أ :ظهور فكرة خضوع العقد لقانون الإرادة.....90
ب :الّتكريس القانوني لمبدأ قانون الإرادة.....91
ت :محاولات الحد من تطبيق قانون الإرادة.....92
ت-1-اتجاه هيئات الّتحكيم لاستبعاد قانون الإرادة.....93
ت-2-اتجاه المستثمر الأجنبي إلى تطبيق نظرية الإدماج.....93
ثانيا : الإعمال بقانون الدولة المتعاقدة.....94
الخاتمة.....98
ملخص..... 101
قائمة المراجع 103
الفهرس