

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجبالي بونعامة - خميس مليانة -



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام عقد البوت

مذكرة لنيل شهادة الماستر
تخصص : قانون الأعمال

إعداد الطالب :
• تومي مراد

إشراف الأستاذ (ة) : د. نوي عبد النور

لجنة المناقشة :

- 1) الأستاذ : فلاح حميد رئيسا
- 2) الأستاذ : نوي عبد النور مشرفا ومقررا
- 3) الأستاذ : سواعدي الجبالي عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2021/2020

كلمة شكر

الحمد لله الدائم العطاء والجود والموجود قبل كل موجود
والشكر له تعالى على ما أهدانا رسول إلى طريق الحق
وأرشدنا من ظلمات إلى نور العلم فصلي اللهم على حبيبنا وقائدنا
وعظيمنا محمد الأمين عليه أفضل الصلوات وأزكى التسليم.
أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المحترم " نوي عبد النور " والذي كان
أكثر من أستاذ مشرف بل ومرشد .

كذلك أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم معي في إنجاز هذا العمل
سواء من قريب أو من بعيد..

الإهداء

اهدي ثمرة جهدي

إلى من تمدني بالأمان والتي تحت قدميها لنا الجنان ينبع الحنان
أمي الغالية
إلى من يضع ثقته بي والذي نجاحي يسره و النور الذي يعطيني حمايته
أبي العزيز
إلى من معهم تحلو حياتي إخوتي . .

إلى الأستاذ المشرف : " د/ نوي عبد النور "
إلى كل من كان لقاءهم نسمة وصوتهم نغمة ، إلى كل صديقاتي اللواتي
شاركنتني في إنجاز هذا العمل المتواضع ولو بكلمة طيبة أو ابتسامة
مشرقة

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذاكرتي.

مراد

مَقْلَمَةٌ

إن التغيرات و التحولات الإقتصادية التي يشهدها العالم ما فتئت تتطور في مجال عقود تمويل المشاريع قصد تحقيق التنمية المستدامة و تخفيف العبء المالي على ميزانية الدول خاصة مشاريع البنية التحتية و لا سيما عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (BOT)، حيث تعد هذه العقود أحد أهم العقود و الأكثر شيوعا نظرا لإستخدامها في تمويل مشاريع البنية التحتية لذلك تم إعتماؤها في كثير من الدول العربية و الأجنبية و ذلك بإشراك القطاع الخاص كبديل في تمويل هذه المشاريع عن طريق عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية لما يتميز به من خصائص و مميزات تلائم هذا الغرض ، فهو يشكل محورا أساسيا و فعالا في بناء المشاريع على كافة المستويات لما له من آثار إيجابية تعود على الدول من الناحية الإقتصادية و الإجتماعية و يتجلى ذلك في إستفادة القطاع العام أو الدولة من نقل التكنولوجيا و كذا استخدام المواد الأولية المحلية في المشاريع بالإضافة إلى إمتصاص اليد العاملة و القضاء على البطالة .

إن الميزانيات العامة للدول لا تفي بالغرض في إنشاء المرافق الخدمائية و المشاريع الكبرى نظرا لما تتسم به هذه المشاريع من حيث كبر حجمها و ضخامة التمويل اللازم لها ، لذلك تلجأ أغلب الدول إلى استعمال هذه العقود المستحدثة و المتمثلة في عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية لتحقيق التنمية الإقتصادية .

تتبع أهمية هذه الدراسة من أهمية موضوعها فمن خلال عقد البوت يمكن إقامة المرافق العامة و مشاريع البنية التحتية و غيرها مما يساهم في تحقيق التنمية الإقتصادية على كافة المستويات و على جميع الأصعدة حيث تعتبر هذه المشاريع بمثابة العمود الفقري لقيام أي إقتصاد إضافة إلى كونها مطلب تنموي أساسي يحقق مزايا لكل من القطاعين العام و الخاص، بالإضافة إلى كوننا بصدد دراسة جانب مهم يتمثل في الإلتزامات المترتبة على

الشركة صاحبة المشروع و حالات الإخلال بهذه الإلتزامات و الجزاء المترتب على الإخلال بهذه الإلتزامات و آليات فض النزاعات الناشئة .

و يعتبر عقد البوت من أهم العقود نظرا للمكاسب الإقتصادية التي يحققها للأطراف و هو ما جعله موضوع جدير بالدراسة و من بين الدوافع الذاتية لإختيار هذا الموضوع محل الدراسة هو ذلك الميول النفسي إلى موضوع البحث و الرغبة في دراسته ولا سيما بصفتي موظف و طالب في طور الماستر تخصص قانون الأعمال فموضوع البحث مرتبط بتخصص الماستر لأنه يندرج ضمن نطاق الأعمال ، أما فيما يخص الدوافع الموضوعية تتمثل في الإستعمال الكثير لهذا العقد من طرف الدول خاصة الدول النامية حيث يجمع بين طرفين يخضعان لأنظمة قانونية مختلفة و كذا يتميزان بتفاوت إقتصادي بينهما مما يشكل دافعا لدراسة هذا النوع من العقود المستحدثة بإعتباره إحدى آليات التمويل غير التقليدي للمشاريع العامة من خلال جلب رؤوس أموال أجنبية و نقل تكنولوجيا حديثة .

من خلال ما سبق نكون أمام مجموعة من التساؤلات المختلفة و أهمها :

ماهو دور عقد البوت كآلية شراكة بين القطاعين العام و الخاص في تمويل مشاريع البنية التحتية و المرافق الخدماتية ؟

و ينبثق عن هذا السؤال تساؤلات تتمثل في :

إلى أي مدى يمكن إعتداد عقود البوت كوسيلة لتحقيق التنمية الإقتصادية ؟

ما حقيقة عقد البوت و ماهي الطبيعة القانونية لهذا العقد المستحدث ؟

ما مدى تنظيم المشرع الجزائري لعقد البوت ؟

للإجابة على هذه الإشكالية إتبعنا منهج يجمع بين الوصف و التحليل للنصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض الأحيان ، و عليه

ستتم دراسة هذا الموضوع في جانبه النظري قصد الإلمام بموضوع البحث من جميع جوانبه قمنا بتقسيم البحث إلى فصلين تم تسليط الضوء في الفصل الأول على ماهية عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية أما الفصل الثاني تعرضنا فيه إلى الأحكام القانونية لعقد البوت و تطبيقاته في الجزائر.

و قد قمنا بختم موضوع البحث بتحديد أهم النتائج مع الإجابة على الإشكالية الرئيسية للبحث و التساؤلات الناتجة عنها.

الفصل الأول

تمهيد :

يعد عقد بوت من العقود حديثة النشأة، فقد ظهر هذا العقد في مجال الأشغال الدولية كأحدى الآليات الحديثة لخصوصية المرافق العامة، ويقصد بمصطلح بوت (B.O.T) إختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية وهي: build وتعني البناء، و operate وهي التشغيل و Transfer يقصد بها التحويل، وهو بذلك إختصار لثلاثة عمليات أساسية يتشكل منها هذا العقد، لذا فإنه وبصدد دراسة هذا الموضوع تم التطرق في هذا الفصل المعنون بالإطار المفاهيمي لعقد بوت (O . T .B) إلى بيان مفهوم هذا النوع من العقود من خلال المبحث الأول، وكذا إلى إبراز مختلف المراحل التعاقدية التي يمر بها هذا العقد وذلك من خلال المبحث الثاني وهذا وفق التقسيم الآتي:

المبحث الأول: مفهوم عقد البناء والتحويل والتشغيل (O . T .B)

تمت دراسة مفهوم عقد بوت (O . T .B) من خلال هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين، حيث تم التطرق في المطلب الأول إلى تعريف وخصائص هذا العقد، أما بالنسبة إلى المطلب الثاني فيتعلق بتحديد طبيعته القانونية وإلى تمييزه عما يتشابه معه من عقود وذلك وفق مايلي:

المطلب الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل (O . T .B) تعريفه وخصائصه.

عقد البناء والتشغيل والتحويل (O . T .B) من العقود غير المسماة وذلك نظرا لحدثة نشأته، فقد نشأ هذا العقد لأول مرة في بداية سبعينيات القرن العشرين، حيث أطلقت هذه التسمية لأول مرة من قبل رئيس الوزراء التركي تركت أوزال.¹

لذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، تم التطرق في الفرع الأول إلى تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل (O . T .B) أما في الفرع الثاني إلى خصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل (O . T .B) :

الفرع الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)

باعتبار أن عقد بوت (B.O.T) من العقود غير المسماة في التشريع الجزائري فقد أفسح المشرع المجال أمام الفقه لتعريفه وقد ظهر في هذا الشأن عديد التعريفات:

فقد عرف عقد بوت (B.O.T) بأنه: "نظام يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها. وطرف خاص أجنبي عادة ما يتخذ شكل شركة أو ما يسمى بشركة المشروع (Project company) بغرض تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية على حساب تلك الشركة، وقيامها مقابل ذلك بإستغلال المرفق والحصول على عائد هذا

¹ - مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة: الإمتياز - الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 290.

الإستغلال طول مدة التعاقد وفي نهاية تلك الفترة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة المتعاقدة دون أي مقابل وخالية من كافة الأعباء وبحالة جيدة.¹

بإستقراء هذا التعريف يتبين بأن عقد بوت (**B.O.T**) هو عبارة عن نظام تعاقد طرفاه هما الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية ذات الطابع الإداري التابعة لها، وطرف خاص أجنبي أي أحد أشخاص القانون الدولي الخاص، غير أن هذا التعريف يمكن إنتقاده على أساس أنه حصر الطرف الخاص في الشخص الأجنبي فقط دون الشخص الوطني في حين أن عقد البوت (**B.O.T**) يمكن أن يكون أحد طرفيه وطنيا.

كما إعتبر ذات التعريف أن محل هذا العقد هو إنشاء (تشبيد) أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الإقتصادية دون باقي المرافق العامة الأخرى، وأبرز ذات التعريف المراحل الثلاثة التي يمر عبرها تنفيذ هذا العقد وهي مرحلة البناء - أو كما أطلق عليها بمرحلة التشبيد والتي تتم على حساب الطرف الخاص ومرحلة الإستغلال طول مدة التعاقد والإستفادة من عائدات هذا الإستغلال من قبل الطرف الخاص- أو كما سمي في التعريف بشركة المشروع، ثم تأتي مرحلة نقل الملكية إلى الدولة المضيفة دون قيد أو شرط ودون مقابل وفي حالة جيدة وذلك عند نهاية مدة العقد.

وقد عرف عقد بوت أيضا بأنه " تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأس المال قطعة من الأرض الإقامة مشروعا من مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وفقا لمواصفات محددة سلفا بين الدولة (**B.O.T**) والمستثمر، على أن يتحمل هذا الأخير كافة أعباء البناء والتشغيل ويكون له الحق في الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محددة يتم الإتفاق عليها في عقد البوت (**B.O.T**).²

¹- أحمد هادي أحمد ديك، عقد ال (**B.O.T**) وأثره على إحداه التنمية المستدامة "دراسة تطبيقية على اليمن"، مذكرة ماجستير، تحت إشراف خالد سعيد زغول، قسم المعاملات الدولية القانونية التجارية واللوجستيات، معهد النقل الدولي واللوجستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، مصر، 2018، ص 12.

²- جمال عمران المبروك، عقود التشبيد والإستغلال والتسليم (**B.O.T**) وتكييفها القانوني (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس ليبيا، العدد 19 نوفمبر 2017، ص 79.

يفهم من هذا التعريف بأن عقد البوت (B.O.T) هو إتفاق تعهد من خلاله الدولة إلى أحد المستثمرين الخواص بمهمة إنشاء أحد مشاريع البنية التحتية أو أحد المرافق العامة وفقا للأشكال المتفق عليها في العقد، وتسلم له قطعة أرض لينشأ عليها هذا المشروع بحيث يتحمل المستثمر كافة تكاليف أعباء إنشاء المشروع وتشغيله طوال فترة العقد، ويحصل في المقابل المستثمر على عائدات تشغيل هذا المرفق طوال مدة العقد.

أما من الناحية القانونية فقد عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية على أنه: " إتفاق تعاقدى تتولى بموجبه هيئة خاصة إنشاء أحد المرافق العامة في دولة ما، وتتولى تصميمه وتمويله وصيانته ثم تقوم بتشغيله لمصلحتها مدة معينة يتم الإتفاق عليها في العقد، مع الحصول على الرسوم المحصلة نتيجة تشغيله كمقابل مناسب على الإستثمار بغية إسترجاع تكاليف الإستثمار على أن تقوم الهيئة الخاصة بتسليم المرفق العام المنشود إلى الدولة أو هيئة جديدة خاصة.¹

من خلال ما تم إيرادها من تعاريف لعقد بوت (B.O.T) يمكن الإستنتاج بأن هذا العقد هو عقد تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها مع أحد أشخاص القانون الخاص، والذي يسمى بشركة المشروع، بحيث يتولى هذا الأخير بناء أحد المرافق العامة كالطرق والمطارات من خلال تصميم المرفق العام وتمويل بنائه وتشغيله وصيانته، على أن يقوم المستثمر الخاص بإستغلال المرفق العام وتشغيله لمصلحته طيلة المدة المتفق عليها في العقد مع تحصيل رسوم التشغيل على أن يتم تسليم هذا المرفق إلى الدولة بإنهاء مدة العقد في حالة جيدة ودون مقابل. ويستمد عقد بوت أساسه القانوني في التشريع الجزائري على الرغم من عدم تعريف المشرع الجزائري له - من مختلف القوانين والتي نذكر أهمها: - القانون المتعلق بالمياه 05-12 في مادته 17 والتي جاء في نصها: "تخضع كذلك الأملاك العمومية الإصطناعية للمياه، المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الإمتياز أو التفويض للإنجاز

¹- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 295.

والإستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص.¹

فباستقراء هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري إعتترف ضمنا لهذا النوع من العقود، حيث أورد في هذه المادة مختلف العمليات التي يمر بها عقد بوت (B.O.T) وهي تفويض الإنجاز والإستغلال لأحد المرافق العامة المتعلقة بالمياه إلى أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص معنويا كان أو طبيعيا مع إسترجاع الدولة للملكية بعد نفاذ عقد التفويض وبدون مقابل، وهو جوهر عقد بوت (B.O.T).

- قانون الأملاك الوطنية 08-14 المادة 19 منه المعدلة للمادة 64 مكرر من القانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية و التي جاء فيها: " يشكل منح إمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها. العقد التي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الإمتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الإمتياز حق إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الإمتياز إلى السلطة صاحبة حق الإمتياز..."²

ما يمكن ملاحظته من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أطلق تسمية حق الإمتياز على عقد البناء والتشغيل والتحويل، وأطلق المشرع الجزائري هذه التسمية بإعتبار هذا العقد من قبيل الأملاك الوطنية بعد إنتهاء مدة العقد المبرم بين الجماعة العمومية مانحة الإمتياز والشخص الطبيعي أو المعنوي متلقي الإمتياز. وقد ذكر المشرع الجزائري بذلك جميع المراحل الثلاثة التي يمر بها تنفيذ عقد بوت (B.O.T). وحدد أطراف العقد وذكر الغرض منه وهو تقديم خدمة عامة، وما يلاحظ أيضا هو أن المشرع الجزائري لم

¹- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 هـ الموافق ل 4 غشت سنة 2005 يتعلق بالمياه، ج ر ج ج، العدد 60، الصادرة بتاريخ 30 رجب عام 1426 هـ الموافق ل 4 سبتمبر 2005.

²- القانون رقم 08-14 مؤرخ في 17 رجب عام 1429 هـ الموافق ل 26 يوليو سنة 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 9030 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق ل 1 ديسمبر 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ج ج، العدد 44، الصادرة بتاريخ أول شعبان عام 1429 هـ الموافق ل 3 غشت 2008.

ينص في هذه المادة على كيفية دفع المقابل المادي للشخص المتعاقد مع الدولة، والذي عادة ما يتم من خلال تحصيل عائدات التشغيل.

- كما نصت المادة 35 في فقرتها السادسة من قانون الصفقات العمومية 15- 247 على إمكانية إبرام الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة صفقة عمومية تخص إنجاز ودراسة وإستغلال أو صيانة مرفق عمومي، وهو جوهر عقد بوت حيث أهملت هذه المادة المرحلة الأخيرة وهي مرحلة التحويل أي تحويل الملكية إلى الدولة بعد إنتهاء فترة الإستغلال، وبالتالي فإن عقد بوت (B.O.T) يعد من قبيل الصفقات العمومية.¹

الفرع الثاني: خصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)

عقد بوت يتميز بمجموعة من الخصائص والسمات التي يختلف بها عن باقي العقود والأنظمة التعاقدية المشابهة له، تتمثل أهم هذه الخصائص في مايلي:

أولاً: عقد بوت (B.O.T) يبرم بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص.

إن عقد بوت طرفاه هما: أشخاص القانون العام وهم إما الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها وهذا ما نصت عليه المادة 49 من القانون المدني الجزائري وهي الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وكل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية كالمؤسسات العمومية الإقتصادية.²

أما الطرف الثاني في عقد بوت (B.O.T) هو أحد أشخاص القانون الخاص المتمتع بالشخصية القانونية، والذي إصطلح عليه في مختلف التعريفات بشركة المشروع والتي

¹-مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق ل 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرافق العامة، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة بتاريخ 06 ذي الحجة 1436 هـ الموافق ل 20 سبتمبر 2015

²- القانون رقم 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 58 - 75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 44، بتاريخ 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق ل 26 يونيو سنة 2005، المادة 26

تتشكل في الغالب من مجموعة من المستثمرين - سواء كانوا أشخاص معنوية أو طبيعية خاصة وسواء كانوا أجنب أو وطنيين - أصحاب الأموال.¹

يفهم من ذلك بأن عقد بوت (B.O.T) يبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها، وبين أحد أشخاص القانون الخ

ثانياً: أن عقد بوت وسيلة لتمويل المشروعات الكبيرة .

عقد بوت (B.O.T) مفاده قيام شركة المشروع بالتكفل بكافة الأعباء المالية المتعلقة بعملية بناء المرفق العام محل العقد وما يسبقها من دراسات وتصميم، وكذا تلك المتعلقة بتجهيز المرفق العام وتشغيله التي إعتادت الدولة في السابق تمويلها من الخزينة العمومية.²

حيث يفهم من ذلك بأن عقد بوت يعد إحدى طرق التمويل غير التقليدي المشاريع الكبرى المتعلقة بالبنية التحتية، والذي من خلاله يتكفل الطرف المتعاقد الخاص - شركة المشروع بكافة الأعباء المالية المتعلقة بالمشروع في مختلف مراحله إلى غاية تحويل ملكيته إلى الدولة بعد إنتهاء مدة التشغيل المنصوص عليها في العقد على أن يسترد الطرف الخاص ما أنفقه بتحصيله للرسوم خلال مرحلة تشغيله للمرفق العام.

ثالثاً: عقد بوت (B.O.T)

يهدف إلى إنشاء أحد المرافق العامة. نظراً لما يشكله إنشاء المرافق العامة - خاصة الكبرى منها - من عبء يثقل كاهل الدولة على إعتبار أنها مكلفة مادياً وتتطلب الكثير

¹ - جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الإلتزام : دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 43. (3) إلياس ناصيف، عقد (B.O.T) المؤسسة الحديثة الكتاب، طرابلس، ليبيا، 2006، ص 89.

² - إلياس ناصيف، عقد (B.O.T) المؤسسة الحديثة الكتاب، طرابلس، ليبيا، 2006، ص 89.

من الإجراءات والدراسات السابقة بالإستعانة بالخبرة، والتي تفتقر الإدارة العمومية لها، ذلك ما يدفع هذه الأخيرة إلى الإستعانة بالمستثمرين الخواص للقيام بهذه المهمة.¹ ولعل السبب الذي يدفع بالدولة إلى إبرام عقد بوت سبب العقد- هو رغبة الدولة في إستحداث مرافق عامة جديدة خدمة للمصلحة العامة- خاصة المرافق العامة المتعلقة بالبنى التحتية وتعهد بهذه المهمة إلى أحد أشخاص القانون الخاص لإنجازها نظرا لخبرته في المجال.

رابعا: عقد بوت (B.O.T)

يخضع لرقابة الجهة الإدارية المتعاقدة. تخضع شركة المشروع أثناء تنفيذها لعقد لرقابة الجهة الإدارية المتعاقدة معها سواء كانت الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، وإشرافها خاصة في مرحلتي البناء والتشغيل وذلك لضمان إلتزام شركة المشروع بالموصفات المنصوص عليها في العقد عند تنفيذه من حيث جودة المرفق وأسعار الإستغلال ومدى نجاعته في تحقيق المصلحة العامة.²

حيث يتيح بذلك عقد بوت (B.O.T) للجهة الإدارية المتعاقدة سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد طوال الفترة المنصوص عليها فيه، وذلك سعيا منها لضمان خدمات أفضل للمنتفعين من المرفق العام المراد إنشاؤه ولتفادي أي خروج من قبل شركة المشروع عما هو منصوص عليه في هذا العقد خاصة في مرحلتي البناء والتشغيل. خامسا: ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق العام الذي تم إنشاؤه .

يعد المرفق العام المتعاقد حوله ملكا للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها والتي كانت طرفا في العقد في مختلف مراحل تنفيذه، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 19 من القانون 08-14 المعدلة بالمادة 64 مكرر من القانون

¹- صهيب صبوع، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكي (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير

، تحت إشراف زهية موسى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012-2013، ص16.

²- مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت (B.O.T) ، دار الكتب القانونية، المحلة، مصر، 2008، ص 22.

30-90¹ ضمن قانون الأملاك الوطنية سالفه الذكر، والتي أدرج من خلالها المشرع الجزائري المرافق العامة المنشأة بموجب عقود بوت (B.O.T) ضمن الأملاك الوطنية، وذلك دليل على أن هذه المرافق تكون ملكا للجهة الإدارية المتعاقدة طوال فترة العقد.

سادسا: عقود بوت (B.O.T) عقود مركبة طويلة الأمد.

تتضمن عقود بوت (B.O.T) سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية التي ترتبط مع بعضها البعض والمبرمة بين كل من الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع شركة المشروع، أو بين شركة المشروع وبعض أشخاص القانون الخاص الآخرين كمكاتب الدراسات والموردين وشركات التأمين، كما أن هذا العقد يتسم بطول مدته فهو يبرم على المدى الطويل نظرا لمروره بثلاث مراحل أساسية تتخلل كل منها مجموعة من المراحل الثانوية سواء عند التنفيذ أو عند الإبرام.²

كما أن عقد بوت (B.O.T) من العقود المركبة والتي يحتاج إبرامها وتنفيذها إلى إبرام مجموعة من العلاقات التعاقدية المترابطة والمعقدة، فلا يمكن بذلك لأي طرف من أطرافه الخواص إبرامه أو تنفيذه بمعزل عن باقي الأطراف ودون الإستعانة بهم، كما أن هذا العقد يتميز أيضا بكونه عقد طويل المدة وهذه الصفة مردها الأهمية البالغة لمحل العقد - المرفق العام المراد إنشاؤه- وكذا ضرورة إسترداد الطرف الخاص فيه لما دفعه من أموال لتمويل هذا المرفق العام المنشأ، سواء عند إنشائه أو تجهيزه أو تشغيله أو صيانته، فتمنح بذلك مدة كافية للقيام بهذه المراحل وتمكين المستثمر من أن يسترد الأموال التي أنفقها على هذا المرفق ويحقق الربح الكافي الذي كان السبب في استثماره في هذا المجال.

سابعا: عقد بوت (B.O.T) هو عقد تسليم المفتاح.

يرتب عقد بوت (B.O.T) على شركة المشروع مسؤولية تصميم وإنشاء وتشغيل وصيانة المرفق العام المنشأ في مختلف المراحل التي يمر بها هذا العقد، بما في ذلك

¹- القانون 08-14 المعدل والمتمم للقانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المصدر السابق.

²- (محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 58 .

عيوب الإنشاء أو عيوب التنفيذ حتى تلك التي يرتكبها المستثمرون المتعاقدون من الباطن مع شركة المشروع وذلك إلى غاية آخر مرحلة من مراحل العقد وهي مرحلة تحويل الملكية.¹

لذا فإن عقد بوت (B.O.T) يعتبر من قبيل عقود تسليم المفتاح باليد لكون محله يعهد بإنجازه وتشغيله إلى شركة المشروع ودون أن تتدخل الدولة في ذلك، بحيث تقع المسؤولية في ذلك على عاتق شركة المشروع، سواء ما قامت بتنفيذه هي بنفسها أو ما عهدت بتنفيذه إلى مستثمرين آخرين - العلاقات التعاقدية من الباطن - بحيث يكمل هذا العقد في الأخير بتسليم المرفق العام المنجز إلى الدول وجاهز للإستعمال وفقا للغرض المنشأ لأجله وهو جوهر عقد المفتاح باليد.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد بوت (B.O.T)

وتمييزه عن باقي العقود المشابهة له. كغيره من العقود- خاصة غير المسماة منها-، تطلبت دراسة عقد البناء والتشغيل والتحويل إجراء تكييف قانوني لهذا العقد من خلال البحث في الطبيعة القانونية له في الفرع الأول من هذا المطلب وتمييزه عن ما يشابهه من عقود في الفرع الثاني وذلك كمايلي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد بوت (B.O.T)

لقد أثارَت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقد بوت (B.O.T) خلافا فقهيًا بين مختلف فقهاء القانون وشراحه وانقسموا في ذلك إلى العديد من الإتجاهات الفقهية، ويرجع ذلك في الأساس إلى كون هذا النوع من العقود حديث النشأة وكذلك بالنظر إلى كونه عقدا مركبا من عديد العقود الأخرى، وتتمثل هذه الإتجاهات الفقهية فيما يلي:

¹- المرجع نفسه، ص 59.

أولاً: عقد بوت (B.O.T) من قبيل العقود الإدارية.

يرى أنصار هذا الإتجاه بأن عقد بوت (B.O.T) يعتبر عقدا إداريا، فهو بذلك أحد الصور الحديثة للعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة العامة مع الخواص، وقد إستندوا في تدعيمهم لهذا الرأي إلى مجموعة من الحجج من بينها:

1- الجذور التاريخية لعقد بوت (B.O.T) ترجع إلى عقد الإمتياز الإداري أو ما يعرف بإمتياز المرافق العامة والذي أصبح يتخذ مظهرا جديدا هو عقد البناء والتشغيل والتحويل¹ ، فهو بذلك عبارة عن تطور لعقد إمتياز المرفق العام وليس عقد حديث النشأة، وبالتالي فهو عقد إداري لكون عقد إمتياز المرفق العام من قبيل العقود الإدارية.

2- أحد أطراف عقد بوت (B.O.T) هو شخص معنوي عام²، فعقد بوت (B.O.T) يعتبر من قبيل العقود الإدارية لكون أحد أطرافه هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، التي تبادر بإبرامه مع أحد الخواص- وهو ما سيتم تفصيله في المبحث الثاني.

3- أن الهدف من عقد بوت (B.O.T) هو تحقيق المصلحة العامة وهو الهدف الأساسي الذي تصبو إليه الدولة من خلال إبرامها لهذا العقد، بحيث تسعى إلى إنشاء أحد المرافق العامة والتي تقدم خدمة عامة إلى الجمهور وهو جوهر عمل الإدارة العمومية، ومن ذلك فإن عقد بوت (B.O.T) يعد من قبيل العقود الإدارية.

4- أن يتضمن عقد بوت (B.O.T) شروط إستثنائية وغير مألوفة³، وهي السمة التي تمتاز بها العقود الإدارية عن العقود العادية والتي تمنح الإدارة بعض الإمتيازات فيما يخص تنفيذ العقد كأحقيتها بفرض جزاءات على المتعامل الإقتصادي المتعاقد معها في حالة تأخر الإنجاز، وكذلك حقها في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وهو ما لا يتوفر بالنسبة للعقود العادية والتي تخضع لمبدأ أساسي هو مبدأ سلطان الإرادة.

¹- صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 50.

²- أحمد هادي أحمد ديك، المرجع السابق، ص 18.

³- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 28.

5- عقد بوت (B.O.T) يخضع لأحكام القانون العام¹ ، ومرد ذلك هو أن أحد أطرافه هو شخص من أشخاص القانون العام وهو إما الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التي تتبعها وكذلك محله، فكما سبق ذكره فإن هذا العقد ينصب حول إنشاء أحد المرافق العامة، وبالتالي يخضع للقوانين العامة كقانون الصفقات العمومية وقانون المياه سالف الذكر.

ثانياً: عقد بوت (B.O.T) من قبيل العقود المدنية.

يعتبر أنصار هذا الإتجاه بأن عقد بوت هو من قبيل العقود المدنية بحيث ينفي هؤلاء الطبيعة الإدارية لهذا العقد، وقد إستندوا لتدعيم رأيهم إلى مجموعة من الحجج والبراهين والتي نذكر منها:

1- عدم وجود شروط إستثنائية وغير مألوفة في عقد بوت (B.O.T)² ، فيبرر أنصار الطبيعة المدنية لعقد بوت (B.O.T) رأيهم يكون هذا العقد لا يتناسب مع وجود شروط إستثنائية وغير مألوفة، فلو وضعت شروط إستثنائية وغير مألوفة فيه يعرض العقد للتعديل أو الإنهاء بالإرادة المنفردة للإدارة، مما سيدفع حتما بالمستثمرين الخواص إلى العدول عن التعاقد وفقه، نظرا لقيمة محله والتي لا تحتمل المخاطرة كون أن عملية التمويل في كامل مراحل العقد تقع على عاتق شركة المشروع.

2- المنازعات الناشئة عن عقد بوت (B.O.T) ترفع أمام القضاء العادي³ ، حيث اعتبر هذا الجانب من الفقه بأن أي نزاع ينشأ جراء هذا العقد سواء عند إبرامه أو عند تنفيذه، يكون ضمن إختصاص القضاء العادي على إعتبره عقد من عقود الإستثمار، وذلك ما لم يتفق الطرفان على تسوية منازعتهم عن طريق

اللجوء إلى التحكيم، مما يؤكد على أن هذا العقد كونه من العقود المركبة كما سبق التطرق إليه في المطلب السابق، بإستثناء العقد المبرم بين شركة المشروع والشخص

¹- صهيب صبوع، المرجع السابق، ص 51.

²- يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، مذكرة ماجستير، تحت إشراف حمدي

سليمان القبيلات، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011، ص 19.

³- يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، المرجع السابق، ص 19.

المعنوي العام المبادر به، فإن باقي العقود التي تبرمها شركة المشروع من الباطن - والتي تعطي هذا العقد خاصية العقد المركب- مع شركات التأمين وشركات العمال والبنوك التي تتولى تمويل المشروع تعتبر عقود مدنية مبرمة بين أشخاص القانون الخاص وهو ما يضيف على هذا العقد صفته المدنية والتي تغطي بشكل واضح على الصفة الإدارية.

ثالثا: عقد بوت (B.O.T) من قبيل عقود التجارة الدولية.

يرى أنصار هذا الإتجاه بأن عقد بوت (B.O.T) يندرج ضمن عقود التجارة الدولية، ومن بين هؤلاء الفقهاء الفقيه بيار ريغلي (piere rigli) والذي إعتبر في تعريفه لعقد بوت (B.O.T) بأن الطرف الخاص فيه دائما ما يكون شخصا أجنبيا.¹ حيث أرجع هذا الفقيه الطبيعة التجارية الدولية إلى تطرق الصفة الأجنبية إلى أحد أطراف العقد وهو الطرف الخاص فيه وبالتالي فهو عقد تجاري دولي (عقد إستثمار دولي). وقد كانت مسألة تحديد دولية العقد في حد ذاتها محل خلاف فقهي وإنقسم الفقه فيها إلى ثلاث إتجاهات:

أ- إتجاه قانوني:

يرى أصحاب هذا الإتجاه بأن العقد يعتبر دوليا متى إرتبط أحد عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد نتيجة لتطرق العنصر الأجنبي إلى أحدها وقد إنقسموا بدورهم إلى إتجاهين:

¹ - هاجر شماشمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، تحت إشراف الأستاذ محمد زغداوي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2013-2014، ص 44.

- إتجاه أول: إتجاه موسع.

يرى بأن جميع العناصر القانونية للعقد تعتبر مؤثرة في تحديد دوليته متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحدها، وتتمثل هذه العناصر في الموطن، الجنسية، مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه.¹

- إتجاه ثاني: إتجاه مضيق.

يرى بأن جميع العناصر القانونية للعقد تعتبر مؤثرة في تحديد دوليته بإستثناء عنصر الجنسية، والذي لا يعتبر العقد دوليا حتى وإن تطرقت الصفة الأجنبية إلى جنسية أحد أطرافه.²

ب- إتجاه إقتصادي:

يعتبر رواده بأن العقد يكون دوليا متى أدى إلى وجود حركة دولية لرؤوس الأموال والبضائع عبر الحدود حتى وإن لم يكن هناك إرتباط لأحد عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وهذا لعدم تطرق الصفة الأجنبية إلى أحدها³، ويفهم من ذلك بأن أصحاب هذا الإتجاه يميلون إلى إعتبار العقد من قبيل عقود التجارة الدولية، إذا أدى هذا العقد عند تنفيذه إلى ترتيب أثر يتمثل في وجود حركة دولية للبضائع أو الأموال عند جلب الأموال من الخارج للإستثمار أو عند الدفع.

ج - إتجاه مزدوج :

جمع أصحاب هذا الإتجاه بين المعيارين السابقين حيث اعتبروا بأن العقد يكون دوليا إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصره القانونية، بإستثناء عنصر الجنسية بحيث يؤدي

¹- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، تحت إشراف الأستاذ قادة شهيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010-2011، ص 14.

²- محمد بلاق، المرجع السابق، ص 14 .

³- يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها (دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي)، إصدارات مكتب اليسرى للمحاماة والإستشارات، الخرطوم السودان، 2009، ص 91.

ذلك إلى إرتباط العقد بأكثر من نظام قانوني، مما يؤدي حتما إلى وجود حركة دولية للأموال أو البضائع عبر الحدود.¹

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، فإن المشرع الجزائري لم يتبنى معيارا معيناً في تحديد دولية العقد، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 1039 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين أو أكثر."²

يفهم من ذلك بأن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الإقتصادي لتحديد دولية التحكيم وهو ما يعمم على دولية العقد.

فمن خلال ما سبق التطرق إليه حول الطبيعة القانونية لعقد بوت (B.O.T) وبعد دراسة الحجج والبراهين التي دعم بها كل إتجاه فقهي لرأيه حول هذه المسألة، فإنه يرجح رأي الإتجاه القائل بأن عقد بوت (B.O.T) من قبيل العقود الإدارية نظراً لقوة الحجج المستند عليها تأسيسه لموقفه من هذه العقود.

الفرع الثاني: تمييز عقد بوت (B.O.T) عن العقود المشابهة له.

لقد سبق التطرق إلى تعريف عقد بوت (B.O.T) حيث إشتكت في ذلك جميع التعاريف حول تكون العقد من ثلاثة عمليات أساسية وهي البناء والتشغيل والتحويل، وإنطلاقاً من ذلك فإن عقد بوت (B.O.T) يتشابه مع العديد من العقود الأخرى من حيث المراحل التي يمر بها كل عقد أو من حيث الغاية المرجوة من إبرام العقد - سبب العقد-، حيث تمت دراسة أهم هذه العقود المشابهة له وإبراز أهم نقاط التشابه والإختلاف بينها وبينه بغية إزالة أي لبس يكتنف المسألة وذلك كمايلي:

¹- المرجع نفسه، ص 92.

²- القانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 سفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد 21، الصادرة بالتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق ل 23 أبريل 2008.

أولاً: تمييز عقد (B.O.T) عن عقد (B.O. O.T)

كلمة BOOT هي إختصار لأربعة كلمات باللغة الإنجليزية وهي: Build وهي تعني البناء، own ويقصد بها التملك، Operate وهي التشغيل و Transfer ومفادها التحويل، فعلى هذا الأساس عرف عقد (B.O. O.T) بأنه: "قيام الجهة الحكومية بمنح إمتياز لشركة أو مؤسسة من شركات القطاع الخاص، من أجل تشييد وبناء مرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طوال مدة الإمتياز ثم نقل ملكيته إلى الحكومة بعد إنتهاء هذه المدة.¹

فالعقد (B.O. O.T) يتشابه مع عقد (B.O.T) في ثلاثة مراحل منه وهي البناء والتشغيل والتحويل ويختلف معه في مرحلة واحدة وهي المرحلة الثانية منه وهي التملك، فملكية المرفق العام الذي تم إنشاؤه تكون الشركة المشروع في مراحله الثلاث الأولى إلى غاية المرحلة الرابعة وهي مرحلة تحويل ملكيته إلى الدولة، عكس عقد (B.O.T) والذي يكون فيه المرفق العام ملكا للدولة في جميع مراحل العقد.

ثانياً: تمييز عقد (B.O.T) عن عقد (B.O.O.T)

مصطلح (BOO) هو إختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية وهي: Build ويقصد بها البناء، own وتعني التملك و operate وهي التشغيل، ولذلك عرف هذا العقد بأنه عقد شراكة بين الدول والقطاع الخاص تقوم بموجبه شركة المشروع ببناء مرفق عام ما وتملكه وتشغيله طول فترة العقد والتي عند إنتهائها

يتعين على الحكومة أن تقوم بتسديد ثمن المرفق العام لشركة المشروع مقابل تخلي هذه الأخيرة عنه لصالح الحكومة.²

حيث يشترك هذا العقد مع عقد (B.O.T) في مرحلتي البناء والتشغيل ويختلف معه في مرحلة التملك، كما يكمن الإختلاف الجوهرى بينهما أيضا في كون عقد بوت (B.O.T)

¹- حمادة عبد الرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت (B.O.T) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 39.

²- رحيمة نمديلي، "ماهية عقد البوت (B.O.T) : بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية وخصوصتها"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية الجزائر، العدد 02، 2010، ص 126.

ينتهي حتما بنقل وتحويل المرفق العام إلى الدولة دون شرط أو قيد ودون دفع هذه الأخيرة لأي مبلغ مقابل ذلك، في حين أن عقد (B.O.T) لا ينتهي بتحويل الملكية إلى الدولة وإنما يتعين على الدولة أن تتفاوض حول ذلك، كما يمكن أن تقوم شركة المشروع ببيع المرفق العام المنشأ إلى أحد أشخاص القانون الخاص الأخرى بدلا عن الدولة.

ثالثا: تمييز عقد بوت (B.O.T) عن عقد (M.O.O.T)

عقد (M.O.O.T) هو كلمة تتكون من أربعة أحرف تمثل إختصارات الأربعة كلمات وهي: Modernize وتعني باللغة العربية التحديث، Own وهي التملك، Operate ويقصد بها التشغيل و transfer ومفادها التحويل، ويعرف هذا العقد بأنه العقد الذي تعهد من خلاله الدولة إلى أحد المستثمرين بمهمة تحديث أحد المرافق العامة الإقتصادية القائمة، وتطويره وعصرنته مع تملك هذا الأخير له وتشغيله طول فترة العقد، مع تحويل ملكيته في الأخير إلى الدولة.¹

إنطلاقا من ذلك فإن عقد (M.O.O.T) يشترك مع عقد (B.O.T) في عمليتي التشغيل والتحويل أي تشغيل المرفق العام طيلة فترة العقد وتحويل ملكيته إلى الدولة بإنهاء مدته، أما الإختلافان الجوهريان بينهما فيكمنان في عقد (M.O.O.T) يقع على مرفق عام موجود أصلا تقوم شركة المشروع بعصرنته وتطويره لا على إنشاء مرفق عام جديد كما هو الحال بالنسبة لعقد (B.O.T)، والذي يتم بموجبه إستحداث مرفق عام جديد، كما أن عقد (M.O.O.T) يتضمن أيضا تملك شركة المشروع للمرفق العام طيلة فترة العقد وهو ما يخلو منه عقد (B.O.T) في المقابل.

رابعا: تمييز عقد (B.O.T) عن عقد الخصصة.

عرف المشرع الجزائري الخصصة من خلال المادة 13 من الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصصتها المعدل والمتمم والتي جاء

¹- ياسر سبهان حمد جاد الله اللهيبي، عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T) (الماهية، التكييف القانوني، المزايا، المخاطر والضمانات) - دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، تحت إشراف ندى زهير سعيد الفيل، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2014/02/20، ص 60، 61.

فيها: "يقصد بالخصوصة طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص المؤسسات العمومية..."¹

فعقد الخصوصية بذلك هو العقد الذي تقوم الدولة من خلاله بنقل ملكية إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإقتصادي أو أحد المرافق العامة الإقتصادية إلى أحد الخواص بصفة كلية أو جزئية.

ويتشابه عقد الخصوصية مع عقد بوت (B.O.T) في كون كلاهما محله أحد المرافق العامة، وفي هذا الشأن جاء المشرع الجزائري بنص المادة 15 من الأمر 04-01 المعدل والمتمم ليحدد المؤسسات القابلة للخصوصة والتي جاء فيها: "المؤسسات القابلة للخصوصة هي المؤسسات العمومية الإقتصادية التابعة لمجموع قطاعات النشاط الإقتصادي".²

وهو ذاته محل عقد (B.O.T) في حيث الإختلاف الموجود بينهما يتمثل في أن عقد الخصوصية يقع على مرفق عام موجود أصلا في حين محل عقد بوت (B.O.T) هو إنشاء مرفق عام جديد، كما أن عقد الخصوصية مفاده نقل الملكية بصورة جزئية أو كلية من الدولة إلى أحد أشخاص القانون الخاص، عكس عقد (B.O.T) والذي تكون فيه العملية عكسية فالطرف الخاص هو من ينشأ المرفق العام ثم يحول ملكيته إلى الدولة، كما أن إستغلال الطرف الخاص المرفق العام طيلة مدة عقد بوت (B.O.T) يكون بصفة مؤقتة تنتهي بإنتهاء مدته وتحت رقابة الدولة، في حين أن نقل الملكية بموجب عقد الخصوصية يكون بصفة دائمة ويرتب لمصلحة الطرف الخاص حق التصرف فيما بعد

¹- الأمر رقم 04-01، مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق ل 20 غشت سنة 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصوصتها، جرج ج، العدد 47، الصادر بتاريخ 03 جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق ل 22 غشت سنة 2001.

²- المادة 02 من الأمر 04-01: "المؤسسات العمومية الإقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الإجتماعي مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام"، المصدر السابق.

في ملكيته، إضافة إلى باقي الحقوق المترتبة عن حق الملكية خلافا لعقد بوت (B.O.T) الذي لا يتضمن حق التصرف.

خامسا: تمييز عقد (B.O.T)

عن إمتياز المرفق العام. عقد إمتياز المرفق العام هو: "عقد إداري يعهد بموجبه أحد أشخاص القانون العام يسمى مانح الإمتياز إلى شخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الإمتياز إدارة مرفق عام على نفقته ومسئوليته تحت رقابة وإشراف السلطة المانحة ومقابل تقاضي صاحب الإمتياز بدلات من المستفيدين من خدمات المرفق العام.¹"

فهو بذلك عقد تبرمجه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع أحد الخواص ، محله إدارة أحد المرافق العامة مدة زمنية معينة على حساب الخاص ومسؤولية ، ويخضع في ذلك لرقابة وإشراف الإدارة ، مقابل الحصول على رسوم من المنتفعين بالمرفق العام .

¹- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 79.

المبحث الثاني: أطراف العقد و تكييفه القانوني.

إختلف فقه القانون العام و القانون الخاص حول تحديد الطبيعة القانونية التي يجب إدخال عقود البوت في دائرتها، وعلى هذا وحتى تتضح الصورة كاملة سنقوم في بداية الأمر بإلقاء الضوء على طرفي هذا العقد، بإعتبار ذلك يمثل خطوة أولية لتحديد طبيعته، ثم نعرض للتكييف القانوني وموقف المشرع الجزائري من هذا التكييف .

المطلب الأول: أطراف عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية.

نظرا لعدم استطاعة غالبية البلدان على تلبية إحتياجات البنية الأساسية لجأت للقطاع الخاص كبديل لتمويلها وتشغيلها، فإتخذت من عقود البوت كألية اقتصادية تمويلية يرتبط مفهومها بوجود الدولة كسلطة متعاقدة من جهة، مع شركة المشروع من جهة أخرى، وهذان الطرفان يعتبران متعاقدين رئيسيين في عقد البوت، واللذان يعتمدان على أطراف أخرى فرعية لتنفيذ المشروع.

الفرع الأول : الأطراف الرئيسية.

أولا : الدولة كطرف في عقد الـ B.O.D

يقصد بالدولة المتعاقدة في عقد البوت، الدولة التي تدخل في روابط تعاقدية مع أشخاص القانون الخاص من أجل تنفيذ مشاريع البنية التحتية، وإذا كان تحديد الدولة على إعتبار أنها طرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية لا يثير 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، لكن الصعوبة تثور إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس الدولة ذاتها، بل هو جهاز تابع لها ويعمل الحسابها.¹

¹- د. د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 2007 ، ص 37.

ولقد إتجه الفقه في تحديد المقصود بالدولة كطرف متعاقد في إطار العقود التي تهدف إلى تحقيق التنمية الإقتصادية إلى إتجاهين معارضين¹ .

1- الإتجاه المضيق لعقود الدولة: وفقا لهذا الإتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها.

2. الإتجاه الموسع لعقود الدولة: وفقا لهذا الإتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها.

ومن أجل تأكيد وجهة النظر الموسعة لعقود الدولة إستند جانب من الفقه إلى نص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمار وبين التول ورعايا دول أخرى² (CIRDI)، والذي طور فكرة المقصود بالسلطة المتعاقدة في مجال الإستثماره³، حيث نصت المادة 1/25 "يمتد إختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، و التي تتصل إتصالا مباشرا بأحد الإستثمارات،....."⁴

وما يلاحظ من خلال المادة 1/ 25 الصادرة باللغة العربية أنها أسقطت عبارة الهيئة العامة أو الجهاز تابع للدولة بخلاف النص الفرنسي الذي نص على:

"La compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre), et le

¹- د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 38.

²- وافقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 مؤرخ في 19 شعبان 1415 الموافق 21 يناير 1995، يتضمن الموافق على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج.ر، العدد7، الصادر في 15 فبراير 1995.

³- د. الأسعد بشار محمد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2006 ، ص15. انظر أيضا:- د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 39 .

⁴- ج.ر، العدد66، الصادر في 05 نوفمبر 1995، ص28.

ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement".¹

وبالتالي الترجمة الصادرة بالعربية ناقصة، و التي يجب أن تكون كالآتي:

"يختص المركز بالنظر في المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة (أو هيئة عامة أو جهاز تابع للتولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز)، و أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، و التي تتصل إتصالا مباشرا بأحد الإستثمارات....."

نخلص مما سبق أن الإتجاه الموسع لفكرة عقود الدولة هو الإتجاه الراجح.

فإذا قصرنا عقود الدولة على تلك العقود التي تبرمها هذه الأخيرة بنفسها يؤدي إلى إغفال عدد كبير من العقود، والتي أبرمت من جهات أخرى عهدت لها الدولة القيام بهذه الوظيفة نيابة عنها لتحقيق أهدافها، وهذه الأخيرة محددة من خلال أحكام المادة 02 من قانون الصفقات العمومية وهي: "الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية".²

فالسطة المتعاقدة في عقود البوت إذن تحدد عن طريق التشريعات، فإنها تكون في جميع الحالات هيئة أو سلطة تابعة للقانون العام مثل الوزارات أو أحد الهيئات المحلية ولايات، بلديات) وبالتالي فإن إعطاء مهمة إبرام هذه العقود من طرف هذه الأجهزة يخلق جو من المنافسة ويشجع على خروج الاقتصاد الوطني من التخلف والركود.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري لما خول للوالي و لرئيس المجلس الشعبي البلدي سلطة منح الامتياز وذلك من خلال المادتين 7 و 9 من قانون 04-417 حيث نصت المادة

¹ - ج ر، العدد66، الصادر في 05 نوفمبر 1995، ص23.

² - مرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 1 ربيع الأول 1434 الموافق 13 يناير 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جبر، العدد02، الصادر 13 يناير 2012، ص05

07:"عندما يصرح بأن المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق ذات منفعة محلية يمنح الامتياز رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا وبمنحه الوالي المختص إقليميا عندما يقر بأنها ذات منفعة جهوية أو وطنية"¹، وهو نفس المعنى ذهبت إليه المادة 5 من المرسوم 97-475 المتعلق بمنح منشآت والهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط " يمنح الإمتياز بقرار من الوالي المختص إقليميا الذي يعمل لحساب الدولة"²

وفي الحقيقة أن الدولة في عقود البوت قد تمثل من خلال عدة جهات:³

أ- **الجهة مانحة الترخيص أو الإلتزام:** وهي الجهة التي يخولها الدستور أو القانون الحق في منح الترخيص أو الإلتزام للقطاع الخاص ببناء أو تطوير وتمويل مرفق من مرافق البنية الأساسية لفترة معينة وتتمثل في السلطة التنفيذية أو التشريعية .

ب- **الجهة أو الهيئة العامة الطرف في إتفاق الترخيص أو الإلتزام :** وتتمثل عادة في الهيئة المعنية أصلا بتنظيم وتقديم الخدمة المرتبطة به.

لكن ليس هناك رد في المنطق القانوني ما يمنع أن يلجأ أحد النوادي أو إحدى الجمعيات الخاصة أو شركة من شركات القطاع الخاص إلى إبرام عقد البوت، ذلك أن هذه العقود هي عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية إحتياجات هذه الجهات أو الشركات، على أن هذا العقد يكون في كل أحواله عقدا مدنيا يخضع في أحكامه لما إتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدني.⁴

ونظرا لخطورة وحساسية إمتياز المرافق العمومية الوطنية من النواحي السياسية، والإقتصادية، والقانونية، فلقد أوجب المشرع الجزائري في بعض القوانين، أن يكون منح الإمتياز موضوع الإتفاقية من طرف الوزير المكلف بذلك القطاع والذي يتصرف لحساب

¹- جبر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص 31.

²- ج ر، العدد 82، الصادر في 14 ديسمبر 1997، ص 21 .

³- أم.محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام- (BOT) ، المكتب الجامعي ، الحديث، د ط، 2009 ، ص 58 .59

⁴- د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، د ط، 2004، ص 90 .

الدولة، وهذا ما نصت عليه المادة 2 / 02 من المرسوم التنفيذي 96-308 المتعلق بالطرق السريعة، بالإضافة إلى ضرورة المصادقة على هذه الإتفاقية بموجب مراسيم يتخذها مجلس الحكومة، و هذا ما أكدته المادة 03 من نفس القانون.

وهو نفس المعنى ذهب إليه المادة 116 من الأمر 03-10¹، لما خولت الإختصاص للوزير المكلف بالطيران المدني لمنح هذا الإمتياز، ويتم المصادقة عليه بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء.

ثانياً: شركة المشروع.

الطرف الثاني والأساسي في عقد البوت هو هيئة خاصة مسؤولة عن إنجاز وتنفيذ ونقل ملكية المشروع في نهاية المدة، وتدعى "شركة المشروع"

حيث تتكون عادة هذه الهيئة الخاصة من شركة أو مجموعة من الشركات ذات قدرة مالية عالية تشكل فيما بينها ما يدعى ب "الإتحاد المالي" أو "Consortium" ²

يعرف "كونسورتيوم المؤسسات" أنه: عقد مبرم بين مؤسستين أو أكثر بغرض الحصول على صفقة توريد سلع، أو تقديم خدمات، أو تنفيذ صفقة بصفة مشتركة أو تضامنية، يتخذ عدة أشكال حسب طبيعة نشاطه، دون أن ينشأ عنه كيانا ذاتيا أو شخصية قانونية مستقلة عن أشخاص الشركاء. ³

ويأخذ سيناريو تكوين هذه الشركة من الناحية العملية عدة مراحل:

المرحلة الأولى: هي الدخول في إتفاق تعاقدي بين عدة شركات للدخول في العطاء وتقديم عرض مشترك، وتبدأ المرحلة الثانية: في حالة رسو العطاء وتقديم عليهم فتمتى

¹- ج.ر، العدد48، الصادر في 13 غشت 2003.

²- د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الإمتياز -الشركات المختلطة - B.O.T- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، دون سنة نشر. ص 298.

³- : حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T : إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية و السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص 27.

رسى العطاء على أصحاب العرض المشترك يتم إبرام إتفاق تفصيلي بتحديد حقوق والتزامات المساهمين في شركة المشروع، وتأتي المرحلة الأخيرة: الممثلة في شركة المشروع واكتسابها الشخصية الاعتبارية المستقلة.

هذا فإن المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية فضل وإشترط ضرورة تكوين شركة تضامن إتجاه الدولة أو بالشراكة في المشاريع الإقتصادية، وهذا ما أكدته المادة 08 من المرسوم الرئاسي 23 / 12 : " يجب أن يتدخل المتعاقدون، في إطار تجمع المؤسسات، في شكل تجمع بالتضامن أو بالشراكة " ¹، وأضافت الفقرة 04: "يكون التجمع بالتضامن عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة" ²

كما يمكن أن يتكون الإتحاد المالي الذي يتولى تنفيذ المشروع من شركات تنتمي إلى أكثر من دولة، ³ بالإضافة إلى أنه من الضروري أن يكون من بين الأطراف الخاصة المنفذة للمشروع شركة خاصة تنتمي أصلا إلى الدولة المضيفة التي سيتم تنفيذ المشروع بها، فهذا يؤدي إلى تحقيق العديد من المزايا مثل: وجود درجة أكبر من الخبرة المحلية، و التمتع بتأييد حكومي وشعبي ملحوظ، وكذا فإن مثل هذا الأمر من شأنه أن يضمن عمليات نقل التقنيات الأجنبية المتطورة إلى الدولة المضيفة النامية، ⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 58 من الأمر 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، لما وضعت معايير بشأن الأهلية ومقتضيات أخرى تتعلق بأصحاب الأسهم في شركة الأسهم، حيث نصت: "لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة بنسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي ، ويقصد بالمساهمة

¹- مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق 18 يناير 2012، يعنل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جبر، العدد 04، الصادر 26 يناير 2012، ص14.

² - ج.ر، العدد04، الصادر 26 يناير 2012، ص14.

³ - د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه ، ص 298 .

⁴ - د.شكري رجب العشماوي، إسماعيل حسين إسماعيل، سمير محمد عبد العزيز، معايير السلامة الإستثمارية و مشروعات أسس نماذج حالات، المكتب العربي الحديث، الأزريطة، الإسكندرية، دط، دون سنة نشر، ص189-190.

الوطنية جمع عدة شركاء،¹ وبالتالي خولت للأجانب الحق في أن تكون لهم أسهم في الشركة ولو بنسبة مئوية معينة وتخصص النسبة الباقية للمستثمرين المحليين، وتعتبر ال AEC المساهم الوطني بنسبة % 51 من رأس المال الإجتماعي في مجال تحلية مياه البحر، و توليد الكهرباء.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري فتح المجال أمام الأشخاص الأجانب، عندما لم يشترط الجنسية الجزائرية في صاحب الإمتياز، وهذا ماكرسته المادة 01 من الأمر رقم 01-03 "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الإستثمارات الوطنية و الأجنبية المنجزة في النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات وكذا الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتياز و/أو الرخصة"،² وهو نفس المعنى أكدته المادة 22 من ق ص ع: "يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و المؤسسات الأجنبية"³

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يحصر أصحاب الإمتياز إلا على أشخاص القانون الخاص، و إنما وسع ليشمل الأشخاص المعنوية العامة نذكر على سبيل المثال المادة 2 من المرسوم التنفيذي 96-308 لما منحت إمتياز الطريق السريع ، لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص الذي يقدم طلبا بذلك.

في الأخير تمثل الشركة المنفذة للمشروع الأداة التي سيتم من خلالها إقتراض الأموال اللازمة للتمويل بعد أن تنتهي أو تنفذ حصة رأس مال الشركة الأصلية، وهي أيضا الطرف أو الجهة المسؤولة عن دخول الإتفاقات التعاقدية الخاصة بالمشروع مع الحكومة

¹ - أمر 01-09 المؤرخ في 29 رجب 1430 الموافق ل 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج 2، العدد 44، الصادر في 26 يوليو 2009، ص 13.

² - أمر رقم 01-03 مؤرخ في 1 جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، جبر، العدد 47، الصادر في 22 غشت 2001، ص 05.

³ - مرسوم رئاسي 10-236 مؤرخ في 28 شوال 1413 الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج 2، العدد 58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص 22.

المضيفة ومقاول البناء، و شركة تشغيل المشروع وموردي المعدات، والمواد الخام، و ما إلى ذلك من الأطراف.¹

الفرع الثاني: الأطراف الثانوية لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

نظرا لضخامة هذه المشاريع والتعقيدات الشديدة التي تتميز بها، فإنه يجب إبرام مجموعة من الترتيبات القانونية المشتملة على عدد من العقود، والإتفاقيات بين أطراف متعددة للقيام بعمل يتصل بمرفق عام، أو خدمة عامة خلال فترة محددة، بإنتهائها تحول أصول ومنقولات متعلقة بهذا العمل إلى الدولة و هذا ما يعرف بنظام البوت.²

فالدولة تفوض الهيئة الخاصة لبناء المشروع وتشغيله لمدة زمنية محددة، كما تبرم الدولة مع بعض الجهات الإستشارية عقود تقرر لها الإستشارات والمعلومات اللازمة التي تتعلق بمشاريع البوت والتي تحتاج إلى خبرة متخصصة، في حين تبرم الهيئة الخاصة مجموعة من العقود مع المتعهدين لبناء وتشغيل وصيانة المشروع، كما تبرم الإتفاقيات البيع إنتاجها سواء مع الدولة أو المنتفعين من خدماتها، وتعدد القروض مع المصارف لتأمين مصادر التمويل، وتتمثل هذه الأطراف أو العقود في:

أولاً: المستشارين (العقود الإستشارية).

تلجأ الدولة لإبرام إتفاقيات مع الخبراء والمستشارين، وذلك لعدم توفر أجهزتها على الخبرة اللازمة في مجال المشاريع المنفذة عن طريق الـ BOT، حيث يؤدي دورا بالغ الأهمية لمعاونة الجهة الإدارية المختصة في تحديد جدوى المشروع الإقتصادية، الإجتماعية و المالية من وجهة نظر الدولة (خصائص المشروع-موقعه-آثاره الإجتماعية آثاره البيئية توزيع المخاطر التقييم المالي..... إلخ)، و تحضير مستندات العطاء و تقييم العروض وهذا ما نصت عليه المادة 158 من المرسوم الرئاسي 236/10:³ "يمكن اللجنة أن

¹- د.شكري رجب العشماوي، مرجع سابق، ص188.

²- أ. هاشم عوض عبد المجيد، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت "BOT" كآلية للخصخصة في الدول العربية، الرياض، ص136، بتاريخ 14-10-2011، على الساعة 32: 21 على الموقع

<http://www.globalarabnetwork.com/economics-anddevelopment/economic-reports/55092011-08-13-01585923>.

³- ج.ر، العدد58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص56.

تستعين على سبيل الإستشارة بأي شخص ذي خبرة من شأنه أن يساعدها في أشغالها "، بالإضافة إلي تمثيل الجهة الحكومية في مرحلة التشيد و التشغيل.¹

وعلى الدولة أن تجري الرقابة على الإستشارين ،ولها الحق في إنهاء العقد في حال إخلال المتعاقد معها في القيام بالواجبات الملقاة على عاتقه.²

ثانيا: الممولون (عقود التمويل).

نظرا لضخامة حجم الأموال التي يتطلبها إنشاء مشروع البنية التحتية، فقد لا تتوفر لدى شركة المشروع المصادر المالية والسيولة النقدية الكافية لبناء وتشغيل المشروع والقيام بجميع الإلتزامات الملقاة على عاتقها، فتلجأ إلى المؤسسات المالية و المصرفية لتبرم معها القروض .

وتتنوع مؤسسات التمويل من حيث طبيعة نشاطها وأغراضها ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع: مؤسسات التمويل التجارية، مؤسسات التمويل التنموية ووكالات التنمية الوطنية³ ولا تبرم الجهات الممولة عقود التمويل مع شركة المشروع إلا بعد دراسة المشروع موضوع عقد البوت، و التحقق من قابليته لإنتاج الإيرادات الكافية لسداد القروض المعطاة من قبلها.⁴

وفي حالة الإقتراض بلا ضمان، فإن المؤسسات المقرضة تعتمد على كم التدفقات النقدية و كذا أصول المشروع كضمان لسداد الديون، أما في حالة الإقتراض بضمان محدود فهي تشير دائما إلى الوضع الذي تتدخل فيه الحكومة، بحيث تجعل إيرادات المشروع أكثر تأكيدا،⁵ مثل: شراء الدولة للخدمة.

¹-أ. محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 78.

²-د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 350 .

³-د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه ، ص 356.

⁴-أي محمد أحمد غانم، مرجع نفسه ، ص 75.

انظر أيضا:- د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص109-110.

⁵ - LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé, Op.cit, P89

ثالثا: المقاول (عقود المقاوله).

هو ذلك العقد الذي يبرم بين شركة المشروع وبين "المقاول الذي تختاره للقيام بالأعمال اللازمة للإنشاءات"، و في الغالب يكون هذا المقاول من مؤسسي شركة المشروع أو طرفا فيها حيث سعى المطورون دائما إلى تشكيل شركة المشروع من الكونسورتيوم يضم كبار الفاعلين في المشروع.

إن عقد المقاوله في المشاريع التي تنفذ وفقا لنظام ال BOT غالبا ما تتم وفقا لشكل محدد وهو عقد تسليم المفتاح .¹

وتتميز هذه العقود بقصر مدتها إذا ما قورنت بمدة تنفيذ عقد البوت كأن تتراوح من سنة إلى 3 سنوات.²

رابعا: المشتغل (عقود التشغيل و الصيانة).

ويجري إبرام هذا العقد عقب إنجاز مرحلة البناء، بحيث يصبح المرفق العام جاهز للتشغيل، فيقوم المتعاقد بتوفير المواد اللازمة و الضرورية للتشغيل و تأمين الخدمات اللازمة، وتعد أعمال الصيانة من الأعمال الضرورية لتشغيل المرفق باستمرارية، و تتصف هذه الأعمال بالطابع الدوري وتجري إستنادا لبرنامج محدد سلفا.³

وانجاح هذا العملية غالبا ما تكون شركة التشغيل و الصيانة أحد مؤسسي المشروع.⁴

¹- هاشم عوض عبد المجيد، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت B.O.T كآلية للخصخصة في الدول العربية، الرياض، ص 137.138

و يعرف عقد المفتاح في اليد على أنه عقد موضوعه الأساسي الإستثمار الصناعي. و قد يشمل استثمارات أخرى، يبرم بين الطرفين: المستثمر و المتعهد ، بحيث ينوي المستثمر القيام بمشروع معين ، و يكلف المتعهد و لقاء أجرة معينة، القيام بجميع الأعمال التي تؤدي إلى إنجاز هذا المشروع بصورة كاملة و جاهزة للعمل حالا. انظر:- د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص 131-132.

² - HAROUN Mehdi, Arbitrage et financement de projet BOT, Revue Mutations, N°44 ,Février 2003,P25.

³- د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص354.

⁴- البشيشي أمل، نظام البناء و التشغيل والتحويل BOT ، سلسلة جسر التنمية، دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد الوطني للتخطيط، الكويت، العدد35، الصادرة في نوفمبر 2004، ص05.

و تتجلى أهمية العقد في كونه يمكن السلطة المتعاقدة من سداد حاجيات الجمهور كما يضمن للدائنين التدفقات النقدية "cash flow السداد الديون".¹

خامسا: موردون (عقود التوريد).

تلجأ شركة المشروع إلى الموردين لتزويد بعض المعدات و الآلات التي تدخل في تشييد المشروع و لكنها لازمة لتشغيله في مراحل لاحقة.²

ولابد أن يوضح في حالة زيادة سعر التوريد على ما هو متفق عليه، أن يتحمل الجهة الحكومية تلك الزيادة، فمشاريع محطات توليد الكهرباء مثلا، تحتاج إلى الوقود المتمثل في البترول أو الفحم و أحيانا مساقط المياه ، لذلك فإن شركة المشروع تتفق مع مورد الوقود على تقديم كمية محددة بسعر محدد خلال فترة طويلة نسبيا، حتى تضمن إستقرار السعر، وفي حالة عدم حصول المحطة على الكمية المتفق عليها في العقد ، فإن المورد يلتزم بدفع قيمتها وهو ما يعرف بمبدأ " Bay or Pay "

و تتجلى أهمية العقد في كونه يحمي شركة المشروع وحقوق المقرضين.³

سادسا: مشتري الخدمة (عقود شراء الخدمة).

يعتبر عقد شراء الخدمة من بين أهم العقود اللازمة لإبرام مشاريع ال BOT ويمكن شراء الخدمة من طرف الدولة الشخص العام المعني. أو من طرف المنتفعين بخدمات المرفق العام:

1. شراء الخدمة من طرف الدولة: حيث تكون جهة مانحة الإمتياز هي من يشتري الخدمة التي يقدمها المشروع،⁴ ويؤمن هذا العقد الشركة المشروع إيرادات ثابتة ويعد إحدى الضمانات الأساسية لتمويل المشروع خلال مرحلة التشغيل ويضمن للجهات الممولة سداد القروض المبرمة معها.

¹ - HAROUN Mehdi, Op.cit,P25.

²- أي محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 78.

³- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقود البوت B.O.T ، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة ، د ط ، 2003 ، ص 281 .

⁴- أ. هاشم عوض عبد المجيد، مرجع سابق، ص 138.

ويكثر هذا النوع من العقود في ظل مشاريع إنتاج الطاقة الكهربائية،¹ و هذا ما هو واقع في الجزائر، فمنتوج الطاقة الكهربائية أو المياه يباع لمشتري وحيد وهو السونلغاز أو السوناطراك، و ذلك بتسعيرة متفق عليها مسبقا في العقد ، ويعاد بيعه لموزع وحيد في الجزائر ADE بسعر محدد من طرف السلطات، وتتحمل الخزينة العمومية فارق السعر²، وفي هذه الحالة يكون المستثمر غير معرض للمخاطر التجارية .

2. شراء الخدمة من طرف المنتفعين: وتتضمن هذه العقود الخدمات التي تقدمها الشركة إلى المستفيدين من خدماتها، كما تتضمن الرسم أو التعريف التي ستقضاها الشركة مقابل تقديمها هذه الخدمات.³

سابعا: شركة التأمين (عقود التأمين).

تتعرض شركة المشروع إلى العديد من المخاطر في المراحل المختلفة للتنفيذ والتشغيل، ولا تكفي الضمانات المقدمة من الأطراف المعنية بالمشروع لمواجهة هذا المخاطر، مما يحتم على الشركة الإيعتماد على شركات التأمين لتوفير التغطية التأمينية لمختلف أنواع المخاطر⁴، سواء كانت مخاطر بناء أو مخاطر تجارية أو سياسية أو طبيعية... إلخ،⁵

¹- د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص354-355.

² - BENACHENHOU Abdellatif, Op.cit,P 77-93.

³- د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه، ص 355.

: لمزيد من التفاصيل ارجع للصفحة 12 و13 من هذه المذكرة .

⁴- البشيشي أمل، نظام البناء و التشغيل والتحويل BOT سلسلة جسر التنمية، دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد الوطني للتخطيط، الكويت، العدد 35 ، الصادرة في -18.نوفمبر 2004 ، ص 06.

⁵- مخاطر البناء: ومصادرها التأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد، وعدم مطابقة العمل للمواصفات المحددة، وزيادة التكاليف عن القيمة المقدرة.

مخاطر التشغيل: و تتمثل في ظهور عيوب فنية في المشروع، أو حدوث انقطاع في مصادر الطاقة، أو نشوب حريق. مخاطر التطوير تشمل الضغوط التنافسية التي قد تتعرض لها الشركة من قبل منتجين جدد في حالة حدوث تغيرات تكنولوجية يصاحبها انخفاض التكلفة ، وهو ما يترتب عليه خسائر ناجمة عن تحول الطلب المخاطر التجارية: مثل حدوث تقلبات في المبيعات وأسعار المنتجات ، و أسعار الصرف. المخاطر السياسية : تشمل الحروب والاضطرابات الأهلية والانقلابات العسكرية وغيرها . المخاطر الطبيعية: كالعواصف والزلازل والبراكين. انظر:- البشيشي أمل، مرجع نفسه، ص 6.

حيث نصت المادة 09 من إتفاقية نموذجية تتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشأة القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها على:" يتعين على صاحب الإمتياز إكتتاب جميع التأمينات التي تغطي الأخطار الناجمة عن إنجاز و/أو تسيير الإمتياز وتلك المتعلقة بالتزاماته ومسؤولياته ، يجب أن تودع عقود التأمين التي تغطي أخطاره والتزاماته ومسؤولياته شهرا قبل بداية إنجاز و/أو تسيير المنشأة القاعدية لدى السلطة المانحة للإمتياز".¹

لذلك تلجأ شركة المشروع لعدة شركات تأمين تجارية وطنية أو أجنبية، كانت وقد تكون هذه المؤسسات هيئات دولية كما هو الحال بالنسبة لوكالة MIGA التابعة للبنك الدولي المتخصصة في التأمين ضد المخاطر السياسية،² بالإضافة لوكالة ضمان الإستثمار.

وقد يكون من مصلحة جميع الأطراف المعنية، ممثلين في شركة المشروع والبنوك وموردي الطاقة و المستغلين للمشروع والحكومة المضيفة، التنسيق في هذه العملية حتى لا يحدث تكرار التأمين على كل الأطراف، لذا يفضل دائما أن تتم عند شركة واحدة حتى يسهل الحصول على خصم، وحتى يتم حصر كل مصاعب التأمين من جهة واحدة.³

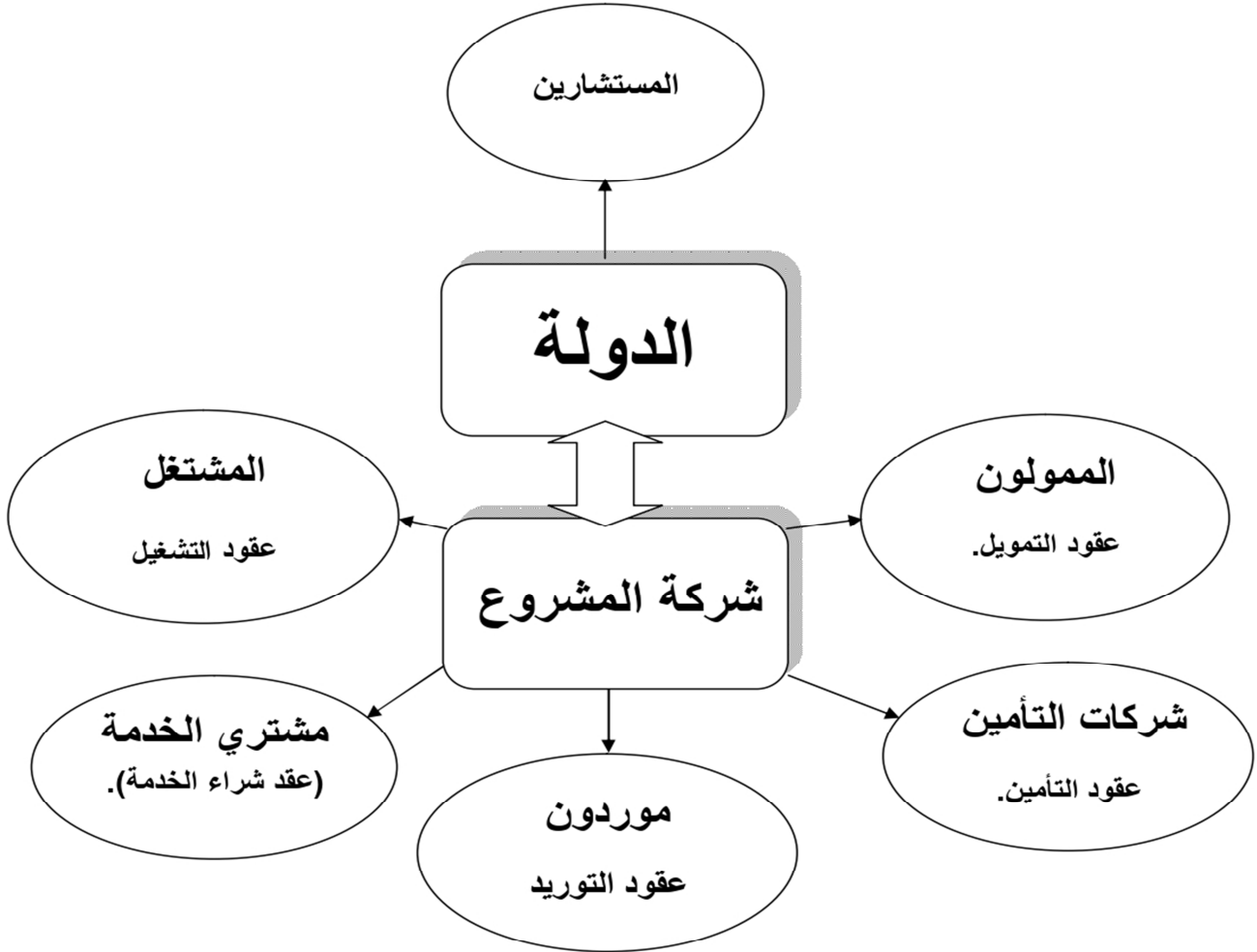
ولا يكون الأمر على النحو المبسط الذي أوردناه إذ أن الإتفاق المبرم بين الجهة مانحة الإمتياز و المتعاقد (شركة المشروع) و الإتفاقيات التي تتم بين أطراف المشروع قد تتطوي على تفاصيل شديدة التعقيد ولذلك . وكما قلنا سابقا. ولكي نلم بموضوعنا أردنا أن نخصص ونركز دراستنا، على العلاقة القائمة بين الأطراف الرئيسية للعقد.

¹- ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.

²- أ. محمد أحمد غانم، مرجع سابق ، ص 78.

³- حصابم سميرة، مرجع سابق، ص 87 .

الهيكل العام لمشروعات الـ BOT .



المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية

تكمن أهمية التكييف القانوني لعقد ال BOT في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له العقد، و الجهة القضائية صاحبة الإختصاص في منازعاته، وهذا يفرض علينا تحديد طبيعته سواء من الناحية الفقهية أو القانونية .

الفرع الأول : التكييف الفقهي لعقود البوت.

لقد ذهب البعض إلى إعتبار عقود البوت من العقود الإدارية لما تتمتع به الدولة من إمتيازات السلطات العامة، بينما ذهب إتجاه آخر إلى إعتبارها من عقود القانون المدني بالنظر للمكانة التي تحظى بها الشركات الأجنبية، وبين هذا وذاك ذهب فريق آخر إلى ضرورة تكييف كل عقد على حدى لتكون بذلك عقود البوت حسب هذا الإتجاه ذات طبيعة خاصة.

أولاً: الطبيعة الإدارية لعقود البوت.

1. العقد الإداري الداخلي: يتجه كثير من فقهاء القانون العام إلى تكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية،¹ وإسترشد أنصار هذا الرأي بالأدلة التالية :

أ. عقود البوت هي إمتداد لعقد الإمتياز: حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن: " إلتزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقا

¹- العقد الإداري: هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص. انظر:- د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص38.

انظر أيضا:- د. عصام احمد البهجي، مرجع سابق، ص93.

د. عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في المنازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، د ط، 2008، ص106.

للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له بالإستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن وإستيلائه على الأرباح¹

يرى أنصار هذا الرأي أن حيثيات الحكم ينطبق تماما على عقود البوت ما يؤكد أن عقود البوت حديثة إسمًا إلا أنها معروفة قديما.

ب- خضوع عقود البوت لمعايير العقد الإداري. وتتمثل في:²

- وجود شخص عام طرفا في العقد.

- إتصال العقد بالمرفق العام وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

- إتباع أساليب القانون العام (Les clauses exorbitantes)، كحق الإدارة في الإشراف و الرقابة على تنفيذ العقد.

ومنهم من يؤكد أن هناك امتيازات للدولة لا بد من إعتبارها أمورا لا جدال فيها ولا تفاوض عليها، وواجبا حكوميا لا بد منه لتحقيق رفاهية الشعوب، والتي لا تأتي إلا بممارسة الدولة سلطاتها التشريعية و الإدارية، وفي المقابل تعطى لشركة المشروع أو المستثمر إمتيازات لا نجدها في القانون الخاص مثل: طلب إعادة التوازن المالي.

كما أسترشد أنصار هذا الرأي، أن إسناد جهة الإدارة الشركة المشروع إنشاء وإدارة مرفق عام، كان بها من باب أولى إنشائه، يعتبر هذا أمرا إستثنائيا يستدل به على الصفة الإدارية للعقد.³

¹- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص26. انظر أيضا:- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص 81.

- د. جابر جاد نصار، مرجع نفسه، ص100.

²- د. احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص383.

انظر أيضا:- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص 79.

- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص27.

- DELAUBADERE André, GAUDEMMENT Yves, Traité de droit administratif ,tomel 1, 16eme Edition , DELTA, 2002,P 681.

³- د. الاسعد بشار محمد، مرجع سابق، ص73.

ج. من الصعب القول بإعمال النظرية العامة للعقود في القانون الخاص على مثل هذه العقود: لأن هذا سوف يؤدي إلى نتيجة غير طبيعية، وهو تكريس المساواة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، مما يؤدي بإخلال التوازن بين المصلحتين وبالتالي توقف المرفق العام.¹

ويترتب على هذه الآراء عدة آثار نذكرها:²

- ضرورة إتباع الإدارة لقانون الصفقات العمومية.

- إذا لم يكن بالعقد نص خاص بالتحكيم، فإنه يخضع بشأن منازعاته للمحاكم الإدارية ومجلس الدولة، بإعتبارهما الجهة الأصلية في الفصل في مثل هذه المنازعات. وهو ما يجعل الطبيعة الإدارية لهذه العقود ثابت لا جدال فيه .

2. العقد الإداري ذا الطابع الدولي:

أ- تعريفه : عرفه الفقيه Piere Regli على أنه : " عقود طويلة المدة، طرفها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة، وشخص أجنبي طبيعي أو إعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود بإستثمارات ضخمة، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة"³

كما عرف أنه تلك العقود التي أبرمتها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية مثل: عقود شراء الأسلحة، وعقود إمتياز المرافق العامة، و العقود التي تستند الدولة بمقتضاها إستغلال ثرواتها الطبيعية، و بصفة خاصة التنقيب عن البترول إلى الشركات الأجنبية.⁴

و عرفه الدكتور خليفة عبد العزيز، العقد الإداري الدولي: هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري، من كون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، ويتعلق بمرفق عام، وتظهر فيه

¹- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع نفسه، ص 85.

انظر أيضا: - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع نفسه، ص 89.

²- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص 89.

³- بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجاً-، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري و إدارة عامة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011 ، ص 44 .

⁴- أ. محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 104.

إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام، من خلال إنطواء العقد على شروط إستثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية وبين الصفة الدولية من حيث إتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بإنطوائه على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة¹.

ب- المعايير المميزة للعقد الإداري الدولي: ويتنازع تميز العقد الإداري الداخلي عن العقد الإداري الدولي معيارين:

المعيار القانوني لدولية العقد: وفقا لهذا المعيار يعد العقد الإداري دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على إتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، والمقصود بالعناصر القانونية التي يعول عليها في تحديد صفة العقد، جنسية الأطراف، ومكان إقامتهم، ومكان إبرام، وتنفيذ العقد، هذا إلى جانب لغة التعاقد، والعملة المستخدمة في الوفاء المقابل لأداء الإلتزام التعاقدية².

ولقد اختلف أنصار هذا الإتجاه في مسألة جوهرية وهي مدى فاعلية هذه العناصر فيما إن كانت جميعها متساوية في دمغة بأنه عقد دولي، أم أن هذا الأثر يترتب لبعض العناصر دون غيرها.

فيرى جانب من أنصار هذا الرأي تساوي العناصر جميعها في منح العقد صفة التولية، بينما يرى جانب آخر أن العقد يستمد صفة الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها³. وعلى الرغم من وضوح هذا المعيار والسهولة العملية إلا أنه انتقد من حيث أنه يتسم بالجمود، إذ يكفي أن يكون في الرابطة العقدية عنصرا أجنبيا حتى يقال بدولية العقد.

المعيار الإقتصادي لدولية العقد: وتطبيق هذا المعيار يعد العقد دوليا، إذا تضمن إنتقال الأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى، أو إذا تعلقا العقد بمصالح التجارة الدولية، أي إذا إنطوي على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي لدولة معينة .

¹- د.خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية ، دط ، 2006، ص130.

²- د.خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية ، مرجع سابق ، ص 130.

³- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص 129.

وقد عيب على هذا التعريف الإقتصادي لدولية العقد أنه جاء غامضا فالعقد يعد دوليا إذا إتصل بالتجارة الدولية إذن هو تعريف للدولة بالدولية .

وهناك جانب من الفقه القانوني يرى أن تحديد دولية العقد لا يتعارض مع المعيار القانوني الذي يعتبر العقد بمقتضاه دوليا من إتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني، ذلك لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها إنتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود والتي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني.¹

ثانيا: عقود البوت من قبيل العقود المدنية.

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقود البوت هي عقود مدنية، وأسترشد أنصار هذا الرأي بالبراهين التالية:²

- عدم خضوع عقود البوت لمعايير العقد الإداري خاصة معيار الشروط الإستثنائية والغير مألوفة في القانون الخاص، إذ تتعاقد جهة الإدارة مع شركة المشروع كما لو كانت فردا عادي وبالتالي تخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري.
- إن القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع ملكية شركة المشروع حيث لما تقوم الدولة بالتنازل عن ملكية الأرض لصالح شركة المشروع فهذا التنازل خير دليل على عدم خضوع للقانون العام.
- بالإضافة إلى أن أحكام التحكيم تنفي الطبيعة الإدارية لهذه العقود، إذ أن أحكام التحكيم لم تسبغ على عقود البوت الصفة الإدارية و إعتبرتها عقود خاصة .
- تتعارض الطبيعة الإدارية العقود البوت مع سياسة تشجيع الإستثمار، حيث يؤدي إعتناق الأول لهذا التكيف إلى تخويف المستثمر وإعراضه عن إستثمار أمواله .

¹- د.خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، مرجع نفسه، ص 131.

²- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 31-32.

انظر أيضا: - د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 304-305.

- د. عصام احمد البهجي، مرجع سابق، ص 102.

ثالثا: الطبيعة الخاصة لعقود البوت.

- وعلى خلاف الإتجاهين السابقين، يقف إتجاه ثالث من الفقه موقفا وسطا، في إعتبار عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة، وإسترشد هذا الفريق بالبراهين التالية:¹
- على الرغم أن لهذا العقد جذورا تتمثل في عقود الإمتياز، إلا أنه يوجد بينهما العديد من الإختلافات الجوهرية، بحيث أصبحت عقود البوت تبرم بعد مفاوضات شاقة من الطرفين، كما أنها تعد مفهوما جديدا في مجال الدراسات القانونية، يقوم على إستخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة وذلك عن طريق الإتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها شركة المشروع.
 - ويضيف أصحاب هذا الإتجاه، بأن هذه العقود تتطلب وضع قوانين جديدة تحكم العديد من الأمور ومنها ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع ومدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع، و إجراءات تسوية المنازعات وديا، وكيفية إعادة المشروع إلى الدولة، و الرسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها.
 - ويذهب البعض إلا أن الطبيعة الخاصة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، إنما تستند هذه الخصوصية من موضوعها، وإرتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيئة.²
 - لذلك يصعب وضع تكيف محدود و ثابت لهذه العقود، وإنما يلزم مراجعة كل عقد على حدى وذلك لأسباب التالية:³
 - خلو نصوص القانون المدني من الإشارة إلى مثل هذه العقود .

¹- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008،

انظر أيضا:- د. عصام احمد البهجي، مرجع نفسه، ص 104.

- د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص385.

²- د. الاسعد بشار محمد، مرجع سابق، ص 112.

³- د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص386.

- عدم وجود تنظيم قانوني لمعالجة هذه النوعية من العقود.
- إن هذه العقود تقترب من العقود الإدارية لتعلقها بمرفق عام، وأنها تقتضي ظهور الدولة كسلطة عامة بالإضافة إلى أنها لا تحتوي على شروط إستثنائية وبالتالي تخرج عن نطاق العقود الإدارية .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تكيف عقد ال B.O.T

بعد إستعراضنا لمضمون الإختلافات الفقهية حول التكيف القانوني لهذا العقد، وفي غياب نظام قانوني جزائري خاص شامل ودقيق له ، بالإضافة إلى إفتقارنا لسوابق قضائية تركز عليها في هذا الشأن، ورغم وجود عدة أحكام سواء كانت مراسيم أو قوانين متفرقة منظمة لهذا الإمتياز، إلا أن المشرع لم يقيم بتكيفه، و بإعتبار أن العقود الإدارية في الجزائر يتم تحديدها قانونا، سواء بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة.¹

ففي الحالة الأولى: نجد بعض النصوص القانونية التي تعتبر مثل هذه العقود إدارية مثل: المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 89- 01 مؤرخ 15 يناير 1989 الذي يضبط كفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدولة للتجارة الخارجية التي تنص: "إمتياز إحتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدولة التبعيات والشروط التي يخضع لها أصحاب الإمتياز، وتبين حقوقهم و واجباتهم إزاء الدولة"²

وأكد الأمر رقم 04-08 مؤرخ 01 سبتمبر 2008، الذي يحدد شروط وكفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية في المادة 10 منه نفس التكيف: "يكرس الإمتياز المذكور في المادة 04 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة..."³، وهو نفس المعنى الذي ذهب إليه المادة 17 من المرسوم التنفيذي 19-152.

¹ - بوياب بدره هاجر، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2009-2010، ص40.

² - ج.ر، العدد03، الصادر في 18 يناير 1989، ص 70.

³ - ج.ر، العدد49، الصادر في 03 سبتمبر 2008، ص05 .

فضلا على ذلك، فإن المشرع الجزائري إعتبر هذا النوع من العقود من عقود القانون العام، خاصة في مجال استعمال الموارد المائية ، حيث نصت المادة 76 من القانون 05-12 المتعلق على أنه: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص.¹

بالإضافة إلي أن النصوص المنظمة لهذا العقد إستعملت عبارة "إمتياز" CONCESSION في جميع القوانين الدلالة عليه.

أما الحالة الثانية: في حالة منح المشرع الإختصاص النوعي للفصل في النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارة، إلى الجهات القضائية الإدارية، وهي القاعدة التي كرسها المشرع الجزائري لما تبنى المعيار العضوي من خلال المادة 7 من الأمر 66154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية²، وتقابلها المادة 800 من القانون 08-09 المتعلق ق.إ.م.³

لكن في الحقيقة أن تكريس المشرع الجزائري للمعيار العضوي يثير عدة إشكالات خاصة بطبيعة النشاط الذي ينظمه هذا الإمتياز، لأن وجود شخص عام كطرف في النزاع لا يعني دائما أن التصرف إداري، رغم إختصاص القاضي الفاصل في المادة الإدارية فيه وهنا نطرح إشكال تحديد القانون الواجب التطبيق؟

وبإعتبار أن عقود البوت هي عقود إدارية - عقد إمتياز - هذا لا يمنع من إضفاء الطابع الدولي عليها متى أبرمتها الدولة أو أحد هيئاتها و شركة مشروع أجنبية وذلك وفقا للمعيار القانوني، ولو قمنا بتطبيق المعيار الإقتصادي، فهي تكتسب الطابع الدولي على أساس أنها تتضمن حركة و إنتقال لرؤوس الأموال والسلع و الخدمات عبر الحدود.

¹- ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، ص12 .

²- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، العدد47، الصادر 9 يونيو 1996، ص582

³- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جبر، العدد21، الصادر في 23 أبريل 2008، ص75. 3

وفي هذا السياق، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف العقد الدولي صراحة، لكن يمكننا الإعتماد على بعض الأسس التي تضمنتها المنظومة القانونية الجزائرية مثل: المادة 02 من المرسوم التشريعي 93-09 المعدل و المتمم للمادة 458 مكرر للأمر 154 - 66 : "يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"¹، ما يفيد من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري جمع بين المعيارين القانوني والإقتصادي للإضفاء الصفة الدولية على العقد.

لكن تغير هذا في ظل قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد جاء في نص المادة 1039 على أنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل"².

والملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري في ظل هذا القانون تبني المعيار الإقتصادي دون المعيار القانوني وهذا لما إشتراط أن يتعلق النزاع بالمصالح الإقتصادية للدولتين، وربما كان ذلك إقتداءا بالمشرع الفرنسي والإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي.³

¹-مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق 25 أبريل 1993، يعدل وينتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، العدد27، الصادر في 27 أبريل 1993، ص 59.

²- جبر، العدد21، الصادر في 23 أبريل 2008، ص93.

³- حصايم سميرة، مرجع سابق، ص 42.

الفصل الثاني

تمهيد :

تتميز العقود الإدارية بنظام قانوني خاص يختلف في كثير من نواحيه عن النظام القانوني للعقود المدنية أو عقود القانون الخاص، والسبب في ذلك هو أن العقود الإدارية تستهدف خدمة المرافق العامة، فتطبق عليه بعض الأحكام و يرسو الالتزام على المتعاقد و يبدأ بالتنفيذ فتتمتع الإدارة بسلطات واسعة أثناء التنفيذ ويترتب عن ذلك التزامات تقابلها حقوق للمتعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول: النظام القانوني لعقد البوت وتطبيقاته

العملية اعتمدنا خلال دراستنا له على مطلبين الأول تطرقنا فيه إلى النظام القانوني للبوت والثاني التعريف القانوني له .

المطلب الأول: النظام القانوني للبوت

الفرع الأول: إبرامه

يتم العقد بصورة عامة بتوافق إرادة الطرفين ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان القبول شاملا لموضوع العرض بكامله أو على الأقل العناصر الأساسية أو الجوهرية له، واتفاق الطرفين غير كاف إذا لم يكن الموظف المتعاقد ليس مؤهلا للتعاقد ، ولكن ماذا لو تم تعاقد الشركة المشروع عن حسن نية مع موظف لا صلاحية له للتعاقد؟ بما أن صلاحية الموظف تتعلق بالنظام العام فلا يمكن اعتبار العقد صحيحا إذا وقعه من لا صلاحية له ومع ذلك تسأل الإدارة عنه و تلتزم بالتعويض للمتعاقد معها عن طريق دفعها النفقات التي تكبدها، لكن تعتبر هذه المسؤولية غير تعاقدية لأنها تحققت قبل إنشاء العقد و تعتبر هذه المسؤولية مشتركة بين الإدارة و المتعاقد إذا ارتكب الأخير خطأ.¹

وتعتبر المصادقة على العقد أمرا أساسيا لتكوين العقد وسريانه و نافذا، و للإدارة السلطة المطلقة في المصادقة أو من عدمها و لا تكون مسؤولة بالتعويض إلا في حالة سوء النية كاستعمالها دسائس وتدليس.

و يبرم العقد و يصبح الطرفان ملزمان بتنفيذ التزاماتهم من تاريخ التوقيع أو المصادقة.²

¹- إلياس الناصيف: العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحلبي لبنان، 2011، ص 83. 186

²- بو عمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الدارية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 167.

الفرع الثاني: أركانه

أولاً: الرضا

ويتحقق ذلك باختيار كل طرف من أطراف العقد للأخر ويتم ذلك عن طريق الإيجاب والقبول. فالإيجاب يصدر عن الإدارة التي تحكمها قواعد خاصة في اختيار المتعاقد معها فهي لا تتمتع بالحرية في ذلك حيث تلتزم بإتباع أساليب محددة للتعاقد.

والسلامة عنصر الرضا في العقود الإدارية لا بد من توافر أمرين الأول إبرام العقد من مختص والثاني هو الأهلية رجل الإدارة المتعاقد باسم الإدارة.

ثانياً: المحل

ويتمثل المحل في العقود الإدارية في الشيء أو العمل أو الامتناع عن عمل الذي يلتزم به المتعاقد في مواجهة الإدارة كما يمكن تعريف المحل بأنه العملية القانونية التي تراضي الطرفين على تحقيقها والتي تقتضي إنشاء الالتزامات على عاتق الطرفين ويشترط في المحل شروط وهي: أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً، أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.

ثالثاً: السبب

القواعد التي تحكم السبب في العقد الإداري هي ذاتها التي تحكمه في العقد المدني ، ومن ثمة يعرف السبب بأنه الغرض الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء التعاقد ، وهو بذلك يتميز عن محل العقد حيث يقصد بالأخير الإجابة على التساؤل بماذا التعاقد أو بماذا الالتزام بينما السبب هو الإجابة عن لماذا التعاقد أو لماذا الالتزام؟ وهذا معناه أن السبب يعني الباعث أو الدافع إلى التعاقد بعد أن كان يقصد به أن الالتزام كل طرف هو سبب التزام الطلب الآخر.

ويشترط في سبب التعاقد أن يكون مشروع و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، علماً أن إذا وقع غلط في السبب فإن ذلك يرتب البطلان النسبي¹.

¹- أحمد سلامة بدر، العقود الدارية و عقد البوت ، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 52، 153

المطلب الثاني: تطبيقاته العملية

جاء لمجلس الدولة الجزائري في قرار صدر عنه عن عقد الامتياز "حيث أن عقد البوت التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجب السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"¹ .

فيتضح أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري و العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها في مواجهة الطرف المتعهد خاصة فيما يتعلق بسلطة أو حق الرجوع.

الفرع الأول: محل عقد الامتياز الإداري في التطبيق العملي

يعتبر عقد الامتياز البوت من أهم العقود الإدارية، وذلك نظرا للدور الذي يلعبه من تخفيف العبئ التسيير من جهة الإدارة وتغطية جانب من نفقاتها وتوفير حاجيات الجمهور وذلك من الفوائد والمزايا التي تطرقنا إليها بالفصل الأول².

* الامتياز في مجال الموارد الطبيعية تتعدد المرافق الطبيعية المعدة أساسا لتحقيق المنافع العامة للجمهور وتناول المشرع بعض بالدراسة، إلا أنه لم يمكنه تنظيمها كلها وذلك لعدم إمكانية حصرها والتطرق لها.³

¹- قرار رقم 11950، فهرس 11952، الصادر عن الغرفة 3، مجلس الدولة الجزائري، 2004، قضية بين شركة نقل المسافرين و رئيس بلدية وهران .

²- حصايم سميرة :عقود البوت إطار الاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (مذكرة لنيل شهادة الكتوراه) ،دمشق، 2011/04/12، ص 136.

³- المادة 17 من الدستور الجزائري 1996: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع" والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية والطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات.

أ- الامتياز في مجال استغلال الأراضي التابعة للأمالك الدولة

تناول المشرع ذلك في القانون 03 / 10 الذي يحدد شروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة لدولة بعد أن كان حق الانتفاع دائم في مفهوم القانون 87/19 ليتغير أو يتحول إلى حق امتياز في هذا القانون .

المادة 5: يمنح هذا الامتياز إلى أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية الذين استفادوا من أحكام القانون رقم 87 / 19 والذين هم حائزون لعقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية أو بقرار من الوالي شرط أن يكون قد أوفوا بالتزاماتهم، يقومون بإيداع طلباتهم لتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز ابتداء من تاريخ النشر هذا القانون في الجريد الرسمية لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية التي يقوم بتسجيل المستثمرة الفلاحية البطاقية.¹

في حالة إذا تعلق الأمر بمستثمرة فلاحية جماعية يتم إعداد عقد الامتياز لفائدة كل مستثمر صاحب امتياز في الشيوخ ويخصص متساوية بينما في حالة تقديم الملف من الممثل الورثة بعد عقد الامتياز في الشيوخ باسم كل الورثة.²

وتكتسب المستثمرة الفلاحية الأهلية القانونية الكاملة للاشتراط والمقاضاة والتعهد والتعاقد طبقا لأحكام القانون المدني س القانون المدني تطبيقا للمادة 20 من نفس القانون.

وكل إخلال من جانب المستثمر صاحب الامتياز يعرض عقد الامتياز للفسخ بالطرق الإدارية بعد أعمار من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الذي لم يمثل له الملتزم وقرار الفسخ قابل للطعن في أجل شهرين من تاريخ التبليغ بالفسخ ويعد المستثمر مخلا بالالتزامات إذا تم :

* تحويل الوجهة الفلاحية للأراضي أو الأمالك السطحية.

* عدم استغلال الأراضي أو الأمالك السطحية لمدة سنة.

¹ - المادة 90 قانون 10-03 يحدد شروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة .

² - أكلي نعيمة: النظام القانوني لعقد الامتياز الداري في الجزائر (مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه) 2013/12/12 ، ص 26.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

عدم دفع الإتاوة بعد سنتين متتاليتين طبقا للمادة 29 من نفس القانون. التأجير من الباطن للأراضي أو الأملاك السطحية.¹

وبمقابل ذلك يمكن للملتزم رهن حقه العيني الذي أعطاه إياه الامتياز كضمان للقروض التي يمكن له أن يطلبها.

ب- الامتياز في مجال المياه: ويعتبر مرفق المياه مقارنة بما يشبه من المرافق العامة كالاتصالات و الكهرباء خصوصية مزدوجة من جهة يتعلق الأمر بمرفق عام محلي خالصة فلا توجد مادة بديلة تسخن المياه ومن جهة أخرى فإن تسيير المرفق المياه يختلف عن تسيير مرافق الغاز والكهرباء و الاتصالات وطرق إدارة المرفق المياه كثيرة ومتنوعة منها ما هو تسيير مباشر ومنح امتياز الخدمة العمومية.

منع المشرع الجزائري أي استعمال للموارد المائية بما فيها المياه الموجهة لاستعمال الفلاحي والغير عادية من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص عن طريق منشآت وهياكل استخراج المياه أو من أجل تربية المائيات إلا بموجب رخصة أو امتياز يقدم للإدارة المختصة إعمالا للمادة 71 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه.

والمادة 77 من نفس القانون حصرت العمليات التي تخضع الامتياز لاستعمال الموارد المائية فيما يلي:

إنجاز الحفر من أجل استخراج الماء في الأنظمة المائية الجوفية المتحجرة أو البطيئة التجديد من أجل استعمالات فلاحية أو صناعية لاسيما المناطق الصحراوية. وإنشاء هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية عن طريق الربط بأنظمة توصيل المياه لضمان التحويل المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية.

- وإنشاء هياكل لتحلية المياه أو نزع أملاح والمعادن لصالح العام و إشباع الحاجيات.
- إنشاء هياكل وتنفيذ العمليات الخاصة على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير تربية المائيات والصيد القاري فيها أو النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية.

¹- حصايم سميرة: المرجع السابق، ص 128 .

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

- تزويد المصانع الهيدروكهربائية عن طريق إنشاء هياكل عند أسفل السدود ونقاط تجميع المياه ومنشآت التحويل.¹

يتوقف منح الامتياز استعمال الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة وصاحب الامتياز لدفتر شروط خاصة ويمكن في أي وقت تعديله أو إلغائه استجابة لمتطلبات المنفعة العامة مع منح تعويض لصاحب الامتياز إذا ما تعرض للضرر مباشر.

الصاحب الامتياز تفويض كلا أو جزءا من تسيير النشاطات الخدمة العمومية للمياه أو التطهير لفرع أو عدة فروع عن طريق عرضها للمنافسة والحصول على موافقة المسبقة للإدارة المكلفة بالموارد المائية.²

الفرع الثاني: التطبيق العملي لعقود الامتياز في مجال الموارد الاصطناعية

لم يقتصر عقد الامتياز على المرافق العامة الطبيعية فقط بل اتسع ليضم المرافق العامة ذات الطابع الصناعي.

أ) امتياز الطرق السريعة: المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 308 / 96 المتعلق بامتياز الطرق السريعة يخضع انجاز الطرق السريعة و ملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها إلى منح الامتياز كما ينص هذا القانون و تلتزم الشركة صاحبة الامتياز على نفقاتها و مسؤولياتها بتنفيذ جميع الدراسات و الإجراءات و الأشغال و العمليات المالية المرتبطة بالامتياز، في حين تلتزم الشركة صاحبة الامتياز بضمان تمويل جميع العمليات المنصوص عليها في الاتفاقية كما تلتزم بأن تضع تحت تصرف صاحب الامتياز مجموع الأراضي الضرورية لبناء كل مقطع قبل تاريخ انطلاق الأشغال المحددة.

ومانح الأراضي يحدد الأراضي التابعة للملحقات العقارية للامتياز على نفقة صاحب الامتياز لبناء و إنشاء الطريق السريع و تكييفه و صيانته كما يلتزم بالتهيئة في كل وقت و عند الضرورة بالتعجيل في استعمال جميع الوسائل التي من شأنها أن تضمن استمرارية حركة المرور في ظروف حسنة مالم تعثره حالة القوة القاهرة المبرهنة أو المثبتة قانونا.

¹- أكلي نعيمة: المرجع السابق ، ص 29

²- المواد 104، 105، 08 من قانون رقم 05/12 المتعلق بالمياه.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

تسقط حقوق الملتزم أو صاحب الامتياز بعد إذاره في حالة عدم قيامه أو تنفيذه للالتزامات المحددة بالدفتنر أو العقد فيتحمل تبعه ذلك في حالة استحالة الوفاء بسبب القوة القاهرة.¹

(ب) امتياز استغلال خدمات النقل الجوي: لقد تجاوز عقد الامتياز مرافق الكهرباء و الغاز و الماء فامتد ليطبق في قطاعات أخرى حساسة و العابرة خدماتها للحدود الوطنية مثل خدمات النقل الجوي و من شركات النقل الجوي الممنوح لها الامتياز الاستغلال الخليفة للطيران، أتينيا للطيران، وشركة الطيران الدولية.²

أكد المشرع أن خدمة النقل الجوي العمومي تتولاها شركة أو عدة شركات وطنية غير أن الامتياز لا يمنح إلا للشخص الطبيعي الذي يتمتع بالجنسية الجزائرية و الشخص الاعتباري الخاضع للقانون الجزائري وقام بتحديد الشركات الخاضعة للقانون الجزائري كون أغلبية رأس مالها مملوك لشركاء جزائريين.

كما استبعد الطرف الأجنبي من استغلال خدمات النقل الجوي الداخلي التي تقتصر على شركاء محليين و هذا ما يتنافى مع مبادئ الاستثمار. و ربما ذلك لحرص المشرع على إبقاء السلطة بأيدي جزائرية و ذلك الأهميتها ، و من الشروط الواجب توفرها في طالب الامتياز تقديم طلب إلى السلطة المكلفة بالطيران المدني في ثلاث نسخ مرفق بالوثائق التالية:

- القانون الأساسي للشركة .
- شهادة الجنسية الجزائرية بالنسبة للحائزين الأغلبية رأس المال.
- ما يثبت توفير الكفالة المدنية .
- نسخة من سجل القيد التجاري.
- جدول الطرق الجوية و المواقيت المقررة.
- المعلومات أو البيانات المتعلقة بتنظيم الاستقلال المقرر.
- التعريفات و الشروط النقل المقررة.
- اتفاقيات التعاون مع الشركات الأخرى إذا التزم الأمر.

¹- المادة 30 من القانون رقم 96/380 المتعلق بامتياز الطرق السريعة

²- المرسوم التنفيذي 04 / 02 المؤرخ في 14 جانفي 2002 يتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيرانو كذا دفتنر الشروط المرفق لها جر الصادرة ب 16-01-2002

- المعطيات المتعلقة بمردودية الخط المستغل.¹

يتم الرد على طالب الامتياز في أجل أقصاه ثلاث أشهر من تاريخ استلامها.²

ج) الامتياز في مجال الغاز والكهرباء: وذلك ما تم النص عليه في القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز.

يتم هذا منح الامتياز في هذا المجال بموجب مرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة بعد التشاور وأخذ رأي لجنة الضبط وفي حالة استبدال أو تغيير صاحب الامتياز يحدد التعويض وفق الدفتر الشروط أو ما جاء بالعقد عن التكاليف الاستثمارات التي أنجزها صاحب الامتياز الأسبق وبالمقابل يكون على الملتزم الالتزام با:

- استغلال الشبكة وصيانتها وتطورها لإمكانية الربط بين الزبائن والمنتجين.
- أمن الشبكات.
- جودة وحسن الخدمة.
- احترام القواعد الفنية وقواعد النظافة والأمن والحماية.³

¹- أكلي نعيمة: المرجع السابق، ص 34 - 36.

²- المرسوم التنفيذي رقم 2000 / 43 المؤرخ في 26 - 02 - 2000 يحدد شروط و كفاءات تطور الخدمات الجوية ج.ر. بتاريخ 1 مارس 2000 .

³- أكلي نعيمة: المرجع السابق، ص 39 .

المبحث الثاني : حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها

تناول الباحث في مبحث سابق التزامات شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل

الملكية مبينا أن هناك عدة التزامات تقع على عاتق الشركة لا بد لها من تنفيذها، سواء كانت هذه الالتزامات متعلقة بالمشروع ذاته كالالتزام بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها خلال المدة المحددة والالتزام بتشغيل المشروع وصيانته، أو التزامات الشركة تجاه الإدارة، كالالتزام بإعادة وتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة والالتزام بتقديم ضمانات حسن التنفيذ والتعويضات الاتفاقية، والالتزام بنقل التكنولوجيا، ولا بد هنا من البحث في حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها التي يتوجب عليها الوفاء بها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وما قد يترتب عليها من جزاءات جراء هذا الإخلال.

وعلى ذلك سوف تناقش هذه الدراسة في هذا المبحث حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها وما يترتب عليها من جزاءات جراء إخلالها بهذه الالتزامات، وذلك في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على شركة المشروع جراء الإخلال بالتزاماتها.

المطلب الأول : حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها

يتوجب على الشركة المتعاقدة مع الإدارة لإنشاء وتشغيل المشروع بموجب عقد البوت أن تعمل على الوفاء بالتزاماتها بموجب العقد، وأن لا تقصر في إنجاز هذه الالتزامات، إلا أنه في بعض الأحيان قد تخل الشركة بهذه الالتزامات التعاقدية، وقد يأخذ هذا الإخلال عدة أشكال، فقد يكون بالامتناع عن التنفيذ أو التأخير في التنفيذ ضمن مدة العقد أو تنفيذ العقد على نحو مخالف للشروط المتفق عليها مع الإدارة.

ويحدد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حالات الإخلال بتنفيذه والجزاء المترتب على ذلك من خلال:

أولاً : الامتناع عن التنفيذ.

ثانياً : التأخير في التنفيذ ضمن مدة العقد.

ثالثاً : تنفيذ العقد على نحو مخالف للشروط المتفق عليها مع الإدارة.

أولاً : الامتناع عن التنفيذ.

تعتبر شركة المشروع مخلة بالتزاماتها التعاقدية عند امتناعها عن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها، كأن تقوم الشركة بالامتناع عن تحضير واعداد الوثائق والمستندات التقنية اللازمة للبدء في البناء أو الصيانة، وفقاً للجدول الزمني المحدد في العقد، وبالاستناد لما تم التوافق عليه من معايير وي معد من قبيل الإخلال بالالتزامات التعاقدية امتناع الشركة المتعاقدة مع الإدارة عن تزويد الدولة بالمستندات المطلوبة من أجل تمكين الإدارة من إجراء الرقابة والإشراف على تنفيذ المشروع في كافة مراحله¹.

¹- القطب مروان محي الدين ، طرق خصخصة المرافق العامة، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية. 2009 ، ص 382.

ثانيا: التأخير في التنفيذ ضمن مدة العقد .

تحدد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لبعض الالتزامات مدة محددة يتوجب إنجازها ضمن هذه المدد، وإن أي تأخير في إنجاز هذه الالتزامات عن الأوقات المحددة سلفا في العقد يعد إخلالا بالالتزامات التعاقدية. كأن تتأخر شركة المشروع في عملية بناء المرفق العام الأمر الذي ينعكس سلبا على المرفق، ويؤدي إلى التأخير في عملية التشغيل وفوات نسبة من الإيرادات التي ينبغي تحقيقها، أو أن تتأخر الشركة في عملية تدريب العاملين في القطاع العام قبل مدة زمنية كافية في تاريخ انتهاء العقد الأمر الذي يحول دون قدرة الدولة على تشغيل المرفق العام بعد أن تنقل ملكيته إليها¹.

ثالثا: تنفيذ العقد على نحو مخالف للشروط المتفق عليها مع الإدارة .

توجب العقود بشكل عام على أطرافها تنفيذ بنود وشروط العقد، وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد، وأي مخالفة أو إخلال بهذه البنود والشروط يجعل التنفيذ معيبة وتشكل إخلالا بالالتزامات الناشئة عن العقد، كأن يتم بناء المرفق على وجه يخالف ما تم الاتفاق عليه من مواصفات محددة في العقد، أو أن تقوم شركة المشروع بتحديد أسعار تتجاوز السقف المسموح به في العقد².

جزاء التنفيذ المعيب.

تملك الجهة الإدارية التي تعاقدت مع الشركة على إنشاء المشروع أن تعهد العمل وهو في يد الشركة لتراقب سير العمل وما إذا كان يتم وفقا للاتفاق المبرم بين الطرفين، وبحسب الشروط و المواصفات المتفق عليها بين الإدارة وشركة المشروع، وإن الشركة ملتزمة بتنفيذ العمل طبقا لما هو متعارف عليه، فإذا ما تبين إن شركة المشروع قد أخلت ببعض الشروط

¹ - القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 382.

² - تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك 28/مايو - 14/يونيو، بعنوان الأعمال المقبلة الممكنة - مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، ص 21.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

والمواصفات، فإن للإدارة - في هذه الحالة - حق التدخل لإيقاف شركة المشروع عن المضي في عملها المعيب والمنافي لما تم التوافق عليه من شروط¹.

ولا بد لنا في هذه الحالة من التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون إصلاح العيب في طريقة التنفيذ مستحيلا، ولا يمكن إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم المشروع كاملا، وهنا يحق للإدارة بداية أن تطلب فسخ العقد لمخالفة شركة المشروع للشروط المتفق عليها.

الفرض الثاني: أن يكون إصلاح العيب في طريقة التنفيذ ممكنا، فهنا يجب على الإدارة البدء بتوجيه الإنذار للشركة لإصلاح طريقته في التنفيذ، ولا يحق للإدارة أن تطلب فسخ العقد ما دام أنه يمكن إصلاح العيب².

ولا يشترط شكلية معينة في الإنذار، وتحدد الإدارة لشركة المشروع أجلا معقولا لإصلاح العيب، فإذا انصاعت الشركة وقامت بإصلاح العيب خلال هذا الأجل، فإنه يحق لها المضي في العمل على الوجه الصحيح، أما إذا قامت الشركة بالمنازعة بأن ادعت بأن ما تقوم به من عمل هو صحيح وإن عملها غير معيب، أو سلمت بالعيب دون إصلاحه خلال الأجل المحدد، فإن للإدارة أن ترفع الأمر إلى القضاء، دون انتظار إنجاز العمل على نحو معيب ومخالف لشروط العقد وتطلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد.

المطلب الثاني : الجزاء المترتب على الإخلال بالتزامات شركة المشروع

تحدد عقود عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الجزاءات التي من الممكن إيقاعها على شركة المشروع في حال إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وتهدف هذه الجزاءات إلى حمل الشركة

¹- أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق ، ص336.

²- شنب، محمد لبيب، (1962)، شرح أحكام عقد المقاول، القاهرة، دار النهضة العربية، ص93.

المخلة بالتزاماتها على التقيد بها، وفقا لشروط العقد وإصلاح ما نتج عن هذا الإخلال من أضرار لحقت بالإدارة والمشروع.

الفرع الأول : التنفيذ العيني

إذا ما أخلت شركة المشروع بالتزاماتها وعلى وجه الخصوص التزامها بإنجاز المشروع وفقا لما تم الاتفاق عليه من شروط، وضمن المدة المحددة، والتزامها بنقل ملكية المشروع إلى الدولة المتعاقدة معها بعد انقضاء فترات الاستغلال، فيمكن جبرها على التنفيذ العيني، إذا كان التنفيذ العيني - في حد ذاته ممكنا¹.

فإذا فرضنا أن الشركة القائمة على التنفيذ قامت بمخالفة الشروط المتفق عليها في مرحلة إنجاز العمل، أو أبدت تقصيرا في الكفاءة الفنية بسبب سوء اختيار ما تم استخدامه من مواد في العمل، ففي هذه الحالة يجوز للإدارة التي تعاقدت مع الشركة أن تطالب بالتنفيذ العيني إن كان التنفيذ العيني ممكنا، أو أن تطلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين، إن كان له مقتضى، وقبل ذلك يجب أن تعذر الإدارة شركة المشروع، كما تقضي بذلك القواعد العامة. وكذلك الحال إن لم يكن العمل المطلوب إنجازه قد روعيت فيه اعتبارات متعلقة بالشركة وقدراتها كإقامة أبنية، أو وضع تصاميم لطرق أو جسور أو إلى غير ذلك، فإنه يجوز للإدارة المتعاقدة الطلب من القضاء الترخيص لتنفيذ الالتزام عن طريق شركة أخرى وعلى حساب الشركة الأولى، إذا كان التنفيذ ممكنا .

وقد تناول المشرع الأردني التنفيذ العيني ونص عليه في القانون المدني بقوله :

1- يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ ما التزمه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا².

¹- أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 335.

²- أحمد ماهر محمد حامد ، مرجع سابق، ص 335.

2- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضررة جسيم¹.
فمن خلال نص المادة السابقة يتضح لنا أن للمحكمة أن تجبر المدين على تنفيذ التزامه عينية بعد إعداره إذا كان هذا التنفيذ ممكنا، إلا أنه إذا كان التنفيذ العيني يؤدي إلى إرهاب المدين والحاق الضرر به فإنه يجوز للمحكمة إذا طلب منها المدين ذلك أن تقضي بتعويض الدائن إذا كان ذلك لا يؤدي إلى الحاق ضررا كبيرا بالدائن.

الفرع الثاني : غرامة التأخير

تملك الدولة الحق في فرض غرامات التأخير في حال تأخرت شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحيث يترتب عن كل يوم تأخير غرامات محددة إلى أن تقوم الشركة بتنفيذ الالتزام المطلوب منها².

وتحدد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مقدار هذه الغرامات والحالات التي تستوجب الغرامة، وكذلك الحد الأقصى لأيام التأخير، فإذا ما تم تجاوز هذا الحد المسموح به فإنه يحق للدولة إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض، ذلك لأن هذه العقود تقوم على مراحل متعددة يرتبط بعضها ببعض الآخر، وإن من شأن التأخير في تنفيذ الالتزامات أن يربك سير مراحل العقد وتعطيلها عما هو محدد لها من جدول زمني.

وبالتالي فإن فرض الغرامات يهدف إلى حمل شركة المشروع على تنفيذ التزاماتها خلال المدد المحددة.

وأغلب الأحيان أن تنص العقود على مبالغ مالية كبيرة تصل في بعض الأحوال إلى عشرات الآلاف من الدولارات عن اليوم الواحد، وكثيرا ما ينص الاتفاق المبرم بين الطرفين على أنه

¹- مادة (355) من القانون المدني الأردني.

²- القطب، مروان، مرجع سابق، ص 384.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

إذا تجاوز التأخير فترة معينة فإنه يحق للدولة إنهاء الاتفاق، ما لم يكن التأخير عائداً إلى تقصير الجهة الإدارية المتعاقدة أو لسبب أجنبي، أو القوة القاهرة¹.

وتستطيع الدولة إيقاع غرامة التأخير على الشركة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ويعتبر ذلك أحد الامتيازات التي تتمتع بها الدولة في مواجهة الشركة، مما يدل على الطبيعة الإدارية لعقد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.²

فالعقوبات هي مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدما، وتتص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري³.

الفرع الثالث : المطالبة بالتعويض

يحق للمتعاقد الذي لحقه الضرر من إخلال المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزاماته التعاقدية المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر، وكثيرا ما تحدد العقود مقدار التعويض كأن يشمل التعويض الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، وكذلك الكسب أو حصره بالخسارة دون الكسب الفائت⁴.

وتعتبر التعويضات الجزاء الأصلي للإخلال بالالتزامات التعاقدية ما لم ينص على جزاءات مالية في مواجهة الإخلال بالالتزامات. كما أن النظام القانوني للتعويضات قريب من نظامها المدني بخصوص كيفية تقدير التعويض، وفي شرط توفر ركن الضرر، على أن كلا من النظامين القانوني والمدني يختلفان في كيفية تحصيل هذه التعويضات على النحو التالي:

¹- راجع في ذلك: سرى الدين، هاني، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 256.

²- القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 384.

³- الطماوي، سليمان (2008)، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 490.

⁴- القطب، مروان، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 385.

1. التعويض لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر كما هو الحال في القانون الخاص، كما أن التعويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الحاصل للإدارة، مع الأخذ بالاعتبار الأخطاء التبادلية لطرفي العقد وفقا للقواعد المدنية.

2. بخصوص طريقة تقدير حجم التعويض، فقد سمح مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال لا الحصر للإدارة بأن تحدده هي مقدمة، وللمتعاقد الآخر أن ينازع أمام القضاء هذا التقدير، كما يجوز للإدارة العدول عن استعمال هذا الحق وتركه لتقدير القضاء¹.

كما يسمح التشريع الفرنسي للإدارة في الكثير من الأحيان باللجوء إلى تحصيل قيمة التعويضات بموجب أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة².

وقد تحدث المشرع الأردني عن التنفيذ بطريق التعويض في المادة 360 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 حيث نص على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين.

الفرع الرابع : فسخ العقد

من الطبيعي في العقود الإدارية استمرار تنفيذها إلى أن ينجز المتعاقد مع الإدارة العمل المطلوب منه إنجازه، فيجب عليه الاستمرار في تنفيذ العقد إلى أن تنتهي مدته، إلا أنه في بعض الأحيان قد تستجد بعد إبرام العقد، وخلال فترة تنفيذه ظروف تؤدي إلى فسخ العقد قبل انتهاء مدته المحددة.

وفي إطار الحديث عن فسخ العقد من قبل الإدارة بسبب إخلال شركة المشروع بالتزاماتها فإن الفسخ هذا قد يكون قضائيا وقد يكون فسحا اتقافية .

¹- الطماوي سليمان , مبادئ القانون الإداري , القاهرة دار الفكر العربي، 2007 ، ص 488.

²- مشار إليه لدى الطماوي، مرجع سابق، ص 488.

وقد جاء النص على الفسخ القضائي في القانون المدني الأردني بقوله:

"1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الأخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه.

2- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى، ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى" ¹.

وكذلك نص القانون المدني الأردني على أنه "إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض ²، مما يعني أنه إذا ما حكم القاضي بفسخ العقد، فإنه يتوجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وكأن العقد لم يكن أساساً ³.

ويجوز للمتعاقدان الاتفاق على فسخ العقد بحكم القانون دون الرجوع إلى القضاء في حال عدم الوفاء بالالتزام، وهو ما يسمى (الفسخ الاتفاقي الذي جاء النص عليه في المادة 245 من القانون المدني الأردني، مما يعني أن العقد يفسخ تلقائياً إذا لم يوف المدين بالتزامه، ودون الحاجة إلى التوجه إلى القضاء لرفع دعوى الفسخ، لكن الدعوى ترفع إذا ما قام المدين بالمنازعة بأن ادعى بأنه نفذ التزامه، ففي هذه الحالة فإن دور القاضي يقتصر على التحقق من أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه، فإذا ما ثبت له ذلك فإنه يقضي بفسخ العقد، على أن حكمه هنا يعتبر مقررًا للفسخ لا منشأً لها، إلا أن الشرط لا يعف من إعدار المدين، إلا أنه للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على الإعفاء من شرط الإعدار. ⁴

ومن هنا فإن المتعاقدين أن يتفقا وقت إنشاء العقد على إمكان فسخ الرابطة العقدية بحكم

¹- مادة (246) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

²- مادة (248) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³- الفار، عبدالقادر (2006)، مصادر الالتزام، عمان، دار الثقافة، ص 158.

⁴- الفار، عبدالقادر (2006)، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 159 .

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

الاتفاق، وهذا الاتفاق جائز في قوانين متعددة بعضها نصت على ذلك صراحة وبعضها تركت ذلك للقواعد العامة ولم تنص على الفسخ الاتفاقي¹

إلا أن إجراء الفسخ على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية له مساوئ وأضرار كبيرة، وذلك لأن هذه العقود تحتاج إلى الكثير من النفقات والاستعدادات والتجهيزات، وأن ما ينتج عن فسخ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من أضرار لطرفي العقد يفوق ما يرجي منه من منافع خاصة إذا جاء الفسخ في مراحل متأخرة، وبعد مضي مدة من التعاقد يكون تنفيذ العقد فيها قد قطع شوطا طويلا، فعلى سبيل المثال إذا نشأ نزاع بشأن صلاحية المعدات عند إجراء التجارب على المشروع، ورأت الإدارة عدم مطابقة المعدات للمواصفات المتفق عليها في العقد وطالبت باستبدالها، في حين ادعت شركة المشروع أن هذه المعدات مطابقة للمواصفات المتفق عليها وأصررت على ذلك، فإن ترك هذا النزاع إلى الحلول التي يفرضها القانون يؤدي بكل تأكيد إلى فسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ويترتب على ذلك التعويض عن الماضي والمستقبل في حال قضت المحكمة بفسخ العقد، إلا أن هذا الفسخ لا يحقق المصلحة لطرفي العقد، فالإدارة عند التعاقد لم تكن تبحث عن التعويضات، وبالتالي ما هي الفائدة التي تجنيها الإدارة من فسخ العقد بعد أن وصل المشروع إلى مراحل متقدمة، وكذلك الحال بالنسبة لشركة المشروع فليس بالسهولة تعويضها عما بذلته من وقت ومال وجهد خلال عملها بالمشروع. لذلك فإن الفسخ في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يعد جزءا عاديا جازا التخلّف عن الوفاء بالالتزام، بل هو إجراء مدمر يجب عدم اللجوء إليه إلا بسبب مخالفة جوهريّة²، وبعد استكمال سلسلة من الوسائل التي يمكن أن يوفرها العقد لشركة المشروع المتخلفة عن التنفيذ الإصلاح المخالفة، وتجنب الفسخ، فإذا استعصى الحل، وأصبح لا بد من فسخ العقد، فمن الخير التخفيف من آثاره قدر المستطاع. إلا أننا قد تواجه

¹ -الفضل، منذر (1991)، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - دراسة مقارنة، الجزء الأول، ط1، بدون ناشر.

² -شفيق، محسن، عقد تسليم مفتاح، القاهرة، دار النهضة العربية، ص88، 89.

مشكلة في تحديد معيار المخالفة الجوهرية، خاصة وأن العقود لا تضع تعريفاً أو معياراً (للمخالفة الجوهرية) التي توجب فسخ العقد، ولكن من الممكن التغلب على هذه الإشكالية من خلال بعض التطبيقات التي توردها العقود، والتي من خلال تحليلها يتبين أن المطلوب هو الامتناع عن التنفيذ الذي يتسبب بإحداث ضرر باهظ للدائن (الإدارة) يفوت عليه المنفعة التي كان يبتغيها في العقد¹. وإذا ما صار إلى الفسخ فإن آثاره يجب حصرها في أضيق نطاق وذلك من خلال أمرين²:

1. رفض العقد لفكرة الأثر الرجعي للفسخ نظراً لما ترتبه من آثار غير مقبولة كهدم المنشآت بعد بنائها وانتهاء خدمات العمال بعد أن تم التعاقد معهم وما ينتج عن ذلك من أضرار اقتصادية واجتماعية.

2. إن الفسخ المترتب على عدم تنفيذ جزء من العقد لا يؤدي إلى إنهاء العقد كاملاً، بل يقتصر أثره على هذا الجزء فقط، وبقاء أجزاء العقد الأخرى قائمة.

الفرع الخامس : المسؤولية العقدية

تحدثنا في الفرع السابق عن الجزاء المترتب على شركة المشروع جراء الإخلال بالتزاماتها العقدية، ولا بد لقيام المسؤولية العقدية من وجود عقد صحيح واجب التنفيذ، ولم يقدّم المدّين بتنفيذه³.

وينص القانون المدني الأردني في المادة (1/ 355) على أنه "يجبر المدّين بعد إعداره على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً". وبالتالي فإن المسؤولية العقدية لا تقوم إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وطلبه الدائن وأجبر عليه المدّين.

¹- شفيق محسن، مرجع سابق، ص 89.

²- أحمد ماهر، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 341، 342.

³- الفار عبدالقادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 140.

ولكن التنفيذ العيني إذا لم يكن ممكناً، أو أنه كان ممكن إلا أن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين الاستعداد للتنفيذ العيني فهذا ليس أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض - متى توافرت شروطه - كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام فتقوم هنا المسؤولية العقدية، وبالتالي فإن المسؤولية العقدية لا علاقة لها بالتنفيذ العيني للالتزام التعاقدية، وهي كذلك لا تتحقق في حال ما أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه لسبب أجنبي، وبمفهوم المخالفة، فإن المسؤولية العقدية تتحقق إذا لم ينفذ المدين لزامه التعاقدية تنفيذاً عينياً ، ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ استحال بسبب أجنبي خارج عن إرادته¹.

وعلى هذا الأساس سوف نبحت في أركان المسؤولية العقدية، وفي الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها فيما يأتي:

أولاً : أركان المسؤولية العقدية.

يترتب على امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بموجب العقد قيام المسؤولية العقدية بحقه، واعطاء الدائن الحق في أن يطلب التعويض، وهو حق يثبت بتوافر الأركان الثلاثة للمسؤولية العقدية، وهي الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية بينهما² والخطأ العقدي يمثله عدم التنفيذ من قبل المدين للالتزام المترتب عليه في العقد، سواء كان عدم التنفيذ ناتجاً عن عمد أو عن إهمال المدين.

وفي هذا تقول محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها من المتفق عليه أن المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية عن الفعل الضار، لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. والخطأ في المسؤولية العقدية هو خطأ قائم على الإخلال بالالتزام

¹- الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 140.

²- السنهوري، عبدالرزاق، 1981، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول : مصادر الالتزام، المجلد الأول : العقد والإرادة المنفردة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 890.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

تعاقدية¹. إلا أن معيار عدم تنفيذ الالتزام أو التخلف عن تنفيذه يختلف باختلاف الالتزام ذاته، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة يعتبر المدين متخلفاً إذا لم يحقق النتيجة المطلوبة، أما إذا كان التزاماً ببذل عناية فيكون المدين متخلفاً عن التنفيذ إذا لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي².

ولا تقتصر مسؤولية المدين العقدية على تخلفه عن تنفيذ التزامه التعاقدية، بل يكون المدين مسؤولاً مسؤولية عقدية عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في العمل، كالعمال مثلاً .

والضرر الذي يوجب التعويض هو الضرر المادي، ويجب أن يكون الضرر قد وقع فعلاً وقت المطالبة بالتعويض، أو أن يكون محقق الوقوع، وأن لا يكون محتملاً لأنه لا تعويض عن الضرر المحتمل حتى يتحقق وقوعه. وكذلك الحال فإنه لا تعويض عما فات من كسب، "فالكسب الفائت لا يدخل في الاعتبار عند التعويض نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي بعكس الحال عند التعويض عن الفعل الضار"³. وهو ما أكدته المادة 363 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 عندما نصت على أنه إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه" أما التعويض عن الضرر الأدبي في إطار المسؤولية العقدية، فما يزال محل جدل فقهي، فعلى سبيل المثال فإن المشرع الأردني لم ينهج نهج التشريع المصري الذي أورد نصاً أجاز فيه التعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية العقدية⁴.

حيث نص القانون المدني المصري على أنه

¹- قرار محكمة التمييز رقم (88 / 390)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1992، ص 537.

²- أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 343.

³- الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 144.

⁴- انظر نص المادة (222) من القانون المدني المصري.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

"1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء.

2- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

ويكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع الحدوث عند التعاقد والمعيار في هذا هو ما يتوقعه الشخص الاعتيادي إذا كان في نفس الظروف الخارجية التي وجد بها المدين.¹

وكذلك لا بد لقيام المسؤولية العقدية من وجود رابطة بين الخطأ والضرر، وهذه الرابطة هي علاقة السببية، أي نسبة الضرر إلى الخطأ، فلا يوجد تعويض إلا إذا كان الخطأ هو السبب

الرئيس في حدوث الضرر، وبالتالي فإن المسؤولية العقدية تفترض وجود علاقة سببية². أما إثبات علاقة السببية فإنها تقع على المدينة، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتبنى أحيانا في تقدير حجم التعويض، القاعدة التي تجري التقدير

على أساس الضرر الذي لحق بالدائن وما فاته من الكسب، إلا أنه في الكثير من الأحيان ما يحد العقد من هذه القاعدة من خلال استبعاد الكسب الفائت من تقدير التعويض وحصره فقط في الضرر، وكذلك من خلال وضع حد أعلى للتعويض من باب التخفيف من المسؤولية العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الضخمة، والتي قد يصل التعويض فيها إلى مبالغ مالية طائلة قد تقعد المدين عن مواصلة نشاطه³.

¹- الفار عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 144.

²- يحيى، عبد الودود (1990)، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 186.

³- أحمد ماهر، مرجع سابق، ص 344.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

وقد تناول المشرع الأردني علاقة السببية في القانون المدني حيث نص على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك"¹

ويشير مضمون هذه المادة إلى أنه إذا انتقت علاقة السببية ما بين الفعل والضرر، فإن الشخص اذي وقع منه الفعل لا يعد مسؤولاً وقد بين المشرع في نص المادة سالفه الذكر الحالات التي تنتفي بها علاقة السببية، كأن يكون ذلك بسبب أجنبي مثل الآفة السماوية، أو الحادث المفاجئ والقوة القاهرة؛ وجميعها حالات يصعب توقعها ويستحيل دفعها أو فعل الغير أو فعل المتضرر.

ثانياً: الإغفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها.

تقتضي العقود بطبيعتها أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية المترتبة عن العقد، باعتبار أن ذلك واجب قانوني يتطلب أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه عينياً حسبما تم الاتفاق عليه وبما يحقق الهدف المرجو من العقد، وأن مسؤولية المتعاقد في حال الامتناع عن التنفيذ أو عدم التنفيذ أو التنفيذ على نحو مخالف لما تم الاتفاق عليه من شروط ومواصفات أو التأخير في التنفيذ تثبت بمجرد عدم التنفيذ على النحو الذي تم الاتفاق عليه، ولا يعفى المتعاقد من المسؤولية إلا إذا أثبت إن عدم تنفيذه لالتزامه، أو إخلاله بالتزامه بموجب العقد يعود لسبب أجنبي خارج عن سيطرته مثل الحادث المفاجئ، والقوة القاهرة، وغير ذلك من الأسباب، وفي هذا ينص القانون المدني على أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن

¹-مادة (261) من القانون المدني الأردني.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر....¹.

كما أن هناك أسباب أخرى لا تصل بتنفيذ العقد إلى الاستحالة لكنها تجعله مرهقة للمدين مثل حالة الظروف الطارئة. وعلى هذا الأساس سنتناول عن أسباب الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها على النحو التالي:

أ. القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

ب. خطأ المتعاقد الآخر (الإدارة المتعاقدة).

ج. خطأ الغير.

د. الظروف الطارئة.

أ. القوة القاهرة: "القوة القاهرة هي حادث خارج عن إرادة طرفي العقد، وغير متوقع وقت إبرامه، يجعل من تنفيذ المتعاقد للالتزامات التعاقدية مستحيلا كالحرب والزلازل والاضطرابات والحرائق والانفجارات والعواصف"².

ويجب في الحادث أن يكون غير متوقع وليس بالإمكان دفعه، وأن يكون مستقلا عن إرادة المدين³.

ولا بد للقوة القاهرة من توافر ثلاثة شروط:

أولا : أن تكون غير متوقعة الحدوث ليس من قبل المدعى عليه فقط، بل من قبل أي شخص يوجد في ذات الظروف والأحوال التي وجد فيها المدعى عليه⁴.

¹ - مادة (261) من القانون المدني الأردني.

² - القطب، مروان محيي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 385.

³ - السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص 1227.

⁴ - المرجع السابق نفسه.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

ثانياً: أن تكون القوة القاهرة ليس بالإمكان دفعها، وإلا فإنها لا تعد قوة قاهرة¹.

ثالثاً: أن يكون الحادث منفصلاً عن المدعى عليه وليس بسببه، فمتى توافرت الشروط الآتية الذكر فإن المتعاقد لا يلتزم بتنفيذ التزاماته العقدية، وليس من حق المتعاقد معه إيقاع جزاءات عليه بداعي عدم تنفيذه لالتزامه، كما يحق للمتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد، على أنه في حال زوال القوة القاهرة عادت التزامات المتعاقد بالتنفيذ. وفي بعض الأحيان قد تتضمن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أحكاماً خاصة بالقوة القاهرة والحادث المفاجئ يستقل كل عقد على حدا بتفصيلها.

وقد اشارت محكمة التمييز الأردنية في بعض احكامها من القوة القاهرة حيث قضت "أن القوة القاهرة بالمعنى الفني القانوني هي القوة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وأن مجرد زيادة تكاليف النقل لا يشكل قوة قاهرة يمنع من تنفيذ الالتزام"².

كما اشارت في حكم اخر إلى القوة القاهرة عندما قضت بأن: و القوة القاهرة هي الحادث التي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه، وأن عدم امكان توقع الحادث واستحالة دفعه هما الشرطان الواجب توافرهما في القوة القاهرة.

- استقر القضاء على أن العوامل القانونية الواجبة التنفيذ تعتبر قوة قاهرة، فمتى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بعد انقضاء العقد بسبب هذه الأوامر فإنه ينقضي واجب هذا الطرف في تنفيذه وينفسخ العقد بحكم القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد ولا محل للتعويض في مثل هذه الحالة بأن التزام المدين يكون قد انقضى بقوة قاهرة"³.

¹- السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص1228.

²- قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1975/61 (هيئة خماسية) تاريخ 1975/3/6 ، منشور على الصفحة 512 من عدد مجلة نقابة المحامين، تاريخ 1976/7/1 .

³- للمزيد انظر قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1990/145 (هيئة خماسية) تاريخ منشورات مركز عدالة.

الفصل الثاني : _____ الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

ب. خطأ المتعاقد الآخر: قد يكون عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ عائدا إلى تخلف المتعاقد الآخر (الإدارة) عن الوفاء بالتزامها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، كأن لا تقوم الإدارة بتحديد أو تسليم موقع المشروع للشركة من أجل المباشرة بالمشروع، ففي مثل هذه الحالة تنتفي مسؤولية شركة المشروع.

أما إذا اشتركت الإدارة وشركة المشروع في الفعل الذي أحدث الضرر فيجب أن يكون فعل الإدارة له وصف الخطأ لكي يؤثر في مسؤولية الشركة، والا فإن الشركة لا تعفي من المسؤولية ولا يخفف عنها¹.

ج. خطأ الغير: الغير هو أي شخص غير المتعاقدين² أي أنه طرف خارجي، ففي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يتحمل المتعاقد مع الإدارة المسؤولية عن الإخلال بالتزاماته إذا كان هذا الإخلال ناتجا عن فعل الغير. ويستبعد من طائفة الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدينة ولا يعد من الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية³.

ولا يعد خطأ من الغير الخطأ الذي يصدر من شخص ارتبطت مصلحته بمصلحة المدعى عليه في مواجهة المتضرر، وتتجلى أهمية ذلك في مجال مسؤولية الشخص المعنوي في حال أن صدر الخطأ من جهة الوصاية أو الرقابة على المدعى عليه، ولا بد من أن ينسب الخطأ إلى شخص محدد، وأن لا يكون خطأ الغير نتيجة خطأ المدعى عليه، وأن يكون خطأ الغير ناتج عن سلوك فيه انحراف عن سلوك الشخص المعتاد، فإذا كان خطأ الغير السبب الوحيد الذي أدى إلى حدوث الضرر أمكن للمدعى عليه أن يدفع بالسبب الأجنبي⁴.

¹- انظر، السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 1231.

²- القطب، مروان، محيي الدين، مرجع سابق، ص 386.

³- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص 1231.

⁴- أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 351.

الفصل الثاني : _____ الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

وقد يكون الضرر نتيجة خطأ المدعى عليه، والغير فيكونان شركاء في المسؤولية وقد نص القانون المدني الأردني على أنه إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم¹.
والمقصود بالتضامن بين المسؤولين أن المتضرر يجوز له الرجوع على أي من المدعى عليه عليهم أو الغير بالتعويض كاملاً.

د. الظروف الطارئة: تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى مواجهة حوادث غير متوقعة عند إبرام العقد تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقة لمن تعاقد مع الإدارة أي أنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وخسارة قد تكون غير محتملة للمتعاقد، ففي هكذا أحوال تجيز هذه النظرية المتعاقد مع الإدارة الحق في أن يطالبها بالتعويض الجزئي عما لحق به من خسائر².

فهذه النظرية كما أشرنا تعترض تبدل الظروف والأحوال الاقتصادية عند تنفيذ العقد نتيجة حادث لم يكن متوقعا ابتداء كأن يتعهد شخص بتوريد سلعة ما بثمن معين وقبل حلول موعد التوريد ترتفع أثمان السلعة بشكل كبير بسبب حالة حرب تمنع ورودها من الخارج مثلاً، وبالتالي يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين (المتعهد) ويهدده بخسارة كبيرة³.

وقد تعرضت محكمة التمييز الأردنية في العديد من احكامها إلى نظرية الظروف الطارئة حيث نصت في أحد قراراتها على أنه: "ليس في مجلة الأحكام العدلية ما يمكن أن يستفاد منه أن واضع القانون قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة وأوجب تطبيقها، وإنما استحدثت هذه

¹- مادة (265) القانون المدني الأردني.

²- نصار، جابر جاد، عقود البوت، والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة، نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 174، 175.

³- أحمد، ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 353.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

النظرية لأول مرة في المملكة بالقانون المدني الجديد كما هو واضح في المادة 205 من هذا القانون. فإذا نص العقد الموقع بين فريقين الدعوة على أنه لا يحق للشركة المدعية المطالبة بأية زيادة أو فرق في الاسعار مهما كانت الأسباب، فإن هذا لا يعني أن الفريقين كانا يتوقعان حين تنظيم العقد ارتفاع الاسعار. ومن المبادئ السائدة أنه لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كانت هذه الظروف الطارئة لا يمكن توقعها. ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء أن ارتفاع الاسعار بسبب الحرب او الاضطراب العام لا تعتبر حالة قوة قاهرة إلا إذا جعلت الوفاة بالالتزام مستحيلا استحالة تامة، أما إذا جعلت التنفيذ عسيرا أو محتاجا إلى نفقات زائدة فلا تعتبر من الحوادث القهرية¹.

وفي قرار آخر اكدت المحكمة على الظروف الطارئة التي تستوجب رد الالتزام إلى الحد المعقول حيث قضت يعتبر الدفع بالظروف الطارئة دفعا للمسؤولية العقدية ويجوز للمحكمة رد الالتزام التعاقدى المرهق إلى الحد المعقول عملا بأحكام المادة (205) مدني².

ومن هنا فإن العدالة تتطلب التخفيف من عبء الالتزام على المدين من خلال توزيع العبء الناتج عن الظروف الطارئة على طرفي العقد، ولقد أخذ المشرع الأردني في القانون المدني بنظرية الظروف الطارئة، وأعطى للمحكمة السلطة في تعديل شروط العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك من خلال النص على أنه³ "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹- قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1978/357 (هيئة خماسية) تاريخ 1978/1/28، مركز عدالة.

²- قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 32 / 1991 (هيئة ثلاثية) تاريخ 1991/1/12، منشورات مركز عدالة.

³- مادة (205) القانون المدني الأردني.

الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر

فهذه النظرية تهدف إلى معالجة ما قد يحدث من اختلالات في التوازن ما بين التزامات طرفي العقد عند تنفيذه¹، على أن مجال هذه النظرية محصور في العقود التي يتطلب تنفيذها مدة من الزمن أي العقود المتراخية كعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في حكمه الصادر عام 1916 بخصوص القضية التي رفعها الملتزم بتوريد الغاز إلى مدينة بوردو بسبب الارتفاع الكبير في أسعار الفحم نتيجة اندلاع الحرب العالمية الأولى، فكان حكم مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا طرأت ظروف بعد التعاقد لم تكن متوقعة، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء علي الملتزم إلى حد يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد إخلالا كبيرا ، فللملتزم أن يطالب الإدارة بالتعويض عما لحقه من خسائر نتجت عن الظروف الطارئة والتي تتجاوز الحد المعقول².

وقد وضع القانون شروطا لتحقيق الظروف الطارئة، فأوجب أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة، ولا يمكن توقعها، وأن يكون من شأنها جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، وهذا هو الفرق الجوهرى ما بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما يشتركان في المفاجأة وعدم التوقع وعدم المقدرة على دفعه. إلا أنهما يختلفان في أن الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقة في حين أن القوة القاهرة تجعله مستحيلا، ويترتب على ذلك أن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام بل يرد إلى الحد المعقول وتوزع الخسارة بين طرفي العقد بينما تؤدي القوة القاهرة إلى انقضاء الالتزام، فإذا توافرت الشروط سابقة الذكر يجوز للمحكمة وفقا للظروف وبعد الموازنة أن ترد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك حسبما نص القانون.

¹ - السنهوري، عبدالرزاق، 1981، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 1224 وما بعدها.

² - أشار إليه، د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 206.

خاتمة

عقد البوت هو عقد بين مالك و ممول يتعهد فيه هذا الأخير بإقامة منشأة و إدارتها خلال فترة محددة يسترد فيها رأسماله مع تحقيق العائدات ، ثم تسليم المنشأة بحالة جيدة و لعقد البوت أهميته البالغة على مستوى الدولة و المؤسسات و الأفراد فعن طريقه يتم بناء المشروعات و المرافق الأساسية و الاستفادة من خبرات القطاع الخاص و لا سيما نقل التكنولوجيا الحديثة بالإضافة إلى توفير فرص العمل و إمتصاص اليد العاملة و القضاء على البطالة ، و ما يميز عقد البوت عن باقي العقود هو أنه عقد تمويل و استثمار في نفس الوقت و يجمع بين أطراف متعددة في منظومته و طول مدته نسبيا بالإضافة إلى أرباحه المرتفعة حيث يمر عقد البوت بمراحل عديدة بدءا من تحديد المشروع و طرحه للتعاقد و إيداع عروض من قبل المستثمرين و تقييم هذه العروض و إختيار الأفضل منها و تكوين شركة المشروع ثم بناء و تشييد المشروع و تشغيله و الإنتهاء بتسليمه حيث ينتهي عقد البوت بإنهاء مدته المحددة و قد ينتهي قبل إنتهاء مدته من قبل شركة المشروع أو بالإتفاق بين الأطراف المتعاقدة.

عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية مستمد من فكرة عقد الإمتياز حيث كان يأخذ تسمية عقد الأشغال العامة ثم أصبح كوسيلة للمشاركة في تسيير المرافق العامة فصار يطلق عليه إسم عقد تفويض المرافق العامة وفي الأخير ظهر الإمتياز اليوم في شكل جديد كوسيلة متطورة لإنشاء و إدارة المرافق العامة ثم تحويلها و ما يميز عقد البوت هو إحتكامه لقواعد قانون إبرام الصفقات العمومية التي تستند على عنصري المنافسة و الشفافية و هو من جهة أخرى يقوم على التحويلات الخاصة لشركة الإنجاز و نظرا لهذه الطبيعة الخاصة لعقد البوت فإنه كثيرا ما يتفق طرفيه على عدم الإحتكام في حالة الإختلاف في تنفيذه إلى محاكم الدولة المانحة للإمتياز و إنما يتم الإتفاق على حل الخلافات بالطرق الودية البسيطة ، و في حالة فشل هذه الطرق الودية يلجأ الطرفان إلى طريق التحكيم الدولي.

لقد واكبت الجزائر التطور الذي شهدته أساليب إدارة و تسيير المرافق العامة حيث تضمن القانون الجزائري عقد البوت من الناحية العملية و لا سيما في مشاريع تحلية مياه البحر كأبرز تطبيق لهذا الأسلوب التعاقدى في القانون الجزائري ، غير أن القانون الجزائري لم يعرف تسمية البوت بل تم إلحاق هذا الأسلوب التعاقدى دوماً بمفهوم عقود الإمتياز و هو ما يدل على تبني القانون الجزائري للإتجاه المتضمن الطبيعة الإدارية لهذه العقود كما أن القانون الجزائري لا يشتمل على تشريع خاص لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب حيث نجد القواعد المنظمة لهذه العقود مبعثرة و غير موحدة ، لذلك كان من الأفضل أن يتم تنظيم هذه العقود وفق تشريع خاص موحد لكي يسهل من الناحية العملية تطبيقه على أرض الواقع.

من خلال دراستنا لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية تم التوصل إلى النتائج التالية :

- الشراكة بين القطاعين العام و الخاص من خلال عقد البوت هي عملية بمقتضاها يعهد إلى القطاع الخاص بناء و تصميم و تشييد مشروعات البنية الأساسية و تقديم خدمات و سلع عامة.
- تمثل المشاريع التي يتضمنها عقد البوت كل ما تقدمه الدولة من خدمات و ما تشيده من منشآت لصالح مواطنيها و تعتبر العمود الفقري لقيام أي إقتصاد.
- تتميز مشاريع عقود البوت بالضخامة مما يجعل الحكومة تعهد إلى القطاع الخاص بإنشائها من خلال آليات متعددة في شكل عقود مثل عقود البوت.
- يعتبر عقد البوت من الآليات الحديثة لتمويل مشاريع البنية التحتية الإقتصادية و الاجتماعية و يقوم على مبادئ تخدم مصالح طرفي الشراكة ، و تتمثل هذه المبادئ في الإلتزام و التعهد و الإستمرارية و الشفافية .
- تمر عملية تمويل مشاريع البناء و التشغيل و نقل الملكية بعدة مراحل تتقاسم خلالها الدولة المخاطر مع القطاع الخاص كما يحصل هذا الأخير على حقوقه و تعود ملكية المشروع إلى القطاع العام في النهاية .

- يوفر عقد البوت تمويلا كافيا للمشروع و كفاءة في التنفيذ و تكلفة أقل ، و يجنب ميزانية الدولة العجز و التضخم ، غير أن له سلبيات منها أنه قد يمس بالأمن القومي ، إضافة إلى كونه يفضل اليد العاملة الأجنبية على المحلية و غيرها.
- نظرا لملاءمة عقد البوت لتمويل مشاريع البنية التحتية فقد تم إعتماده من طرف دول عربية و غربية مثل الجزائر و الولايات المتحدة الأمريكية.
- و بناء على النتائج المتوصل إليها تقترح هذه الدراسة ما يلي :
- إعتقاد عقد البوت كعقد شراكة بين القطاعين العام و الخاص لتمويل مشاريع البنية التحتية التي تتطلب أموالا ضخمة تسبب العجز في الميزانية العامة للدولة .
- إنشاء مشاريع البنية التحتية خاصة الإقتصادية من أجل تحقيق التنمية المستدامة بكل أبعادها.
- تفعيل دور القطاع الخاص في الإقتصاد من خلال عقد البوت الذي يمكن الدولة من الإستفادة من الخبرات و التجارب التي يمتلكها هذا القطاع.
- الإهتمام بالقطاع الخاص في الجزائر و إشراكه في العملية التنموية بالوطن من خلال مساهمته في تمويل المشاريع إلى جانب الحكومة من خلال عقد البوت.
- إنشاء سوق للأوراق المالية الإسلامية بالجزائر كمصدر لتمويل التنمية و مختلف مشاريع البنية التحتية من خلال إدراج أسهم القطاع الخاص للتداول فيما يشجع الاستثمار و تعبئة الادخار.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً : المراجع باللغة العربية :

أ- النصوص التشريعية القانونية :

ب- الأوامر :

- (1) أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، العدد47، الصادر 9 يونيو 1996.
- (2) أمر 09-01 المؤرخ في 29 رجب 1430 الموافق ل 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جر، العدد44، الصادر في 26 يوليو 2009، ص13.
- (3) الأمر رقم 01-04، مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق ل 20 غشت سنة 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصصتها، جرج ج، العدد 47، الصادر بتاريخ 03 جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق ل 22 غشت سنة 2001.
- (4) أمر رقم 01-03 مؤرخ في 1 جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، جبر، العدد47، الصادر في 22 غشت 2001.

2- القوانين :

- (1) القانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 هـ الموافق ل 4 غشت سنة 2005 يتعلق بالمياه، ج ر ج ج، العدد 60، الصادرة بتاريخ 30 رجب عام 1426 هـ الموافق ل 4 سبتمبر 2005.
- (2) القانون رقم 08-09 ، مؤرخ في 18 سفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد 21، الصادرة بالتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق ل 23 أبريل 2008.
- (3) القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جبر، العدد21، الصادر في 23 أبريل 2008.

(4) القانون رقم 08-14 مؤرخ في 17 رجب عام 1429 هـ الموافق ل 26 يوليو سنة 2008 يعدل ويتم القانون رقم 9030 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق 1 ديسمبر 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، جرج ج، العدد 44، الصادرة بتاريخ أول شعبان عام 1429 هـ الموافق ل 3 غشت 2008.

(5) القانون رقم 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 يعدل ويتم الأمر رقم 58 - 75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 44، بتاريخ 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق ل 26 يونيو سنة 2005، المادة 26.

3- المراسيم :

- المراسيم الرئاسية :

(1) مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق ل 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرافق العامة، ج ر ج ج، العدد 50، الصادرة بتاريخ 06 ذي الحجة 1436 هـ الموافق ل 20 سبتمبر 2015.

(2) مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال 1413 الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص 22.

(3) مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق 18 يناير 2012، يعئل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جبر، العدد 04، الصادر 26 يناير 2012.

(4) مرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 1 ربيع الأول 1434 الموافق 13 يناير 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جبر، العدد 02، الصادر 13 يناير 2012.

- المراسيم التشريعية :

- 1) مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق 25 أبريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، العدد 27، الصادر في 27 أبريل 1993.
- 2) المرسوم التنفيذي رقم 2000 / 43 المؤرخ في 26 - 02 - 2000 يحدد شروط و كفاءات تطور الخدمات الجوية ج.ر بتاريخ 1 مارس 2000 .

4- القرارات :

- 1) قرار رقم 11950، فهرس 11952، الصادر عن الغرفة 3، مجلس الدولة الجزائري، 2004، قضية بين شركة نقل المسافرين و رئيس بلدية وهران .
- 2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 32 / 1991 (هيئة ثلاثية) تاريخ 12/1/1991، منشورات مركز عدالة.
- 3) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 357/1978 (هيئة خماسية) تاريخ 28/1/1978، مركز عدالة.
- 4) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 61/1975 (هيئة خماسية) تاريخ 6/3/1975 ، منشور على الصفحة 512 من عدد مجلة نقابة المحامين، تاريخ 1/7/1976 .
- 5) قرار محكمة التمييز رقم (88 / 390)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1992.

5- الكتب :

- 1) أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقود البوت B.O.T ، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة ، د ط ، 2003 .
- 2) أحمد سلامة بدر، العقود الدارية و عقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2003.

- 3) الأسعد بشار محمد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2006 .
- 4) بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2011 .
- 5) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، د ط، 2004.
- 6) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 2007 .
- 7) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية ، د ط ، 2006.
- 8) السنهوري، عبد الرزاق، 1981، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول : مصادر الالتزام، المجلد الأول : العقد والإرادة المنفردة، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 9) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول.
- 10) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول.
- 11) السنهوري، عبدالرزاق، 1981، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 1224 وما بعدها.
- 12) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول.
- 13) شفيق، محسن، عقد تسليم مفتاح ، القاهرة ، دار النهضة العربية .
- 14) شكري رجب العشماوي، إسماعيل حسين إسماعيل، سمير محمد عبد العزيز، معايير السلامة الإستثمارية و مشروعات أسس نماذج حالات، المكتب العربي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، دط، دون سنة نشر.
- 15) شنب، محمد لبيب، (1962)، شرح أحكام عقد المقاوله، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 16) الطماوي سليمان ،مبادئ القانون الإداري , القاهرة دار الفكر العربي، 2007 .
- 17) الطماوي، سليمان (2008)، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 18) عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في المنازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، د ط، 2008.

- 19) عبد الفتاح البيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008 .
- 20) الفار، عبدالقادر (2006)، مصادر الالتزام، عمان، دار الثقافة.
- 21) الفضل، منذر (1991)، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - دراسة مقارنة، الجزء الأول، ط1، بدون ناشر.
- 22) كآلية للخصخصة في الدول العربية، الرياض. الحديث، د ط. 2005.
- 23) مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة: الإمتياز - الشركات المختلطة -BOT- تفويض المرفق العام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 24) مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الإمتياز -الشركات المختلطة -B.O.T- تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، دون سنة نشر.
- 25) مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت (B.O.T) ، دار الكتب القانونية، المحلة، مصر، 2008.
- 26) نصار، جابر جاد، عقود البوت، والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة ، نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام , القاهرة , دار النهضة العربية .
- 27) هاشم عوض عبد المجيد، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت B.O.T إلياس ناصيف، عقد (B.O.T) المؤسسة الحديثة الكتاب، طرابلس، ليبيا، 2006.
- 28) يحيى، عبد الودود (1990)، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية.

6- الرسائل الجامعية :

- 1) أحمد ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق .
- 2) أحمد هادي أحمد ديك، عقد ال (B.O.T) وأثره على إحداث التنمية المستدامة "دراسة
- 3) أكلي نعيمة ،النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، 2013/12/12 .
- 4) بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجاً ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري و إدارة عامة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011 .
- 5) بودياب بدره هاجر، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010.
- 6) تطبيقية على اليمن"، مذكرة ماجستير، تحت إشراف خالد سعيد زغول، قسم المعاملات الدولية القانونية التجارية واللوجستيات، معهد النقل الدولي واللوجستيات، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، مصر، 2018.
- 7) جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الإلتزام : دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 8) حصايم سميرة ،عقود البوت إطار الاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية مذكرة لنيل شهادة الكتوراه ،دمشق، 2011/04/12.
- 9) حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T : إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية و السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001 .
- 10) حمادة عبد الرزاق حماده، التحكيم في عقود البوت (B.O.T) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013.

- 11) صهيب صبوع، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكي (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير ، تحت إشراف زهية موسى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012-2013.
- 12) محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، تحت إشراف الأستاذ قادة شهيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010-2011.
- 13) هاجر شماشمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، تحت إشراف الأستاذ محمد زغداوي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2013-2014.
- 14) يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، مذكرة ماجستير، تحت إشراف حمدي سليمان القبيلات، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011.
- 15) ياسر سبهان حمد جاد الله اللهيبي، عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T) (الماهية، التكييف القانوني، المزايا، المخاطر والضمانات) - دراسة مقارنة- ، مذكرة ماجستير، تحت إشراف ندى زهير سعيد الفيل، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2014/02/20 .

7- المقالات :

- 1) إلياس الناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحلبي لبنان ، 2011 .
- 2) البشيشي أمل، نظام البناء و التشغيل والتحويل BOT ، سلسلة جسر التنمية، دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد الوطني للتخطيط، الكويت، العدد35، الصادرة في نوفمبر 2004.

- (3) القطب مروان محي الدين ، طرق خصخصة المرافق العامة، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية. 2009 .
- (4) يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها (دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي)، إصدارات مكتب اليسرى للمحاماة والإستشارات، الخرطوم السودان، 2009.

- المجالات :

- جمال عمران المبروك، عقود التشييد والإستغلال والتسليم (B.O.T) وتكييفها القانوني (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس ليبيا، العدد 19 نوفمبر 2017.
- رحيمة نمديلي، "ماهية عقد البوت (B.O.T) : بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية وخصصتها"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية الجزائر، العدد 02، 2010.
- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003

الوثائق :

- (1) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك 28/مايو - 14/يونيو، بعنوان الأعمال المقبلة الممكنة - مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية.
- (2) وافقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 مؤرخ في 19 شعبان 1415 الموافق 21 يناير 1995، يتضمن الموافق على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج.ر، العدد7، الصادر في 15 فبراير 1995.

المراجع باللغة الفرنسية :

1. lyonet du moutier michel, financement sur projet et partenariat public-privé, op.cit.
2. haroun mehdi, arbitrage et financement de projet bot, revue mutations, n°44 ,février 2003.
3. haroun mehdi, op.cit.
4. benachenhou abdellatif, op.cit.,
5. delaubadere andré, gaudement yves, traité de droit administratif ,tomel 1, 16eme edition , delta, 2002.
6. <http://www.globalarabnetwork.com/economics-anddevelopment/economic-reports/55092011-08-13-01585923>.

الفهرس

فهرس الموضوعات :

الصفحة	العنوان
	شكر
	إهداء
أ-ت	مقدمة
الفصل الأول : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية .	
06	المبحث الأول: مفهوم عقد البناء والتحويل والتشغيل (O . T .B)
06	المطلب الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل(O. T .B) تعريفه وخصائصه.
06	الفرع الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)
10	الفرع الثاني: خصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)
14	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد بوت (B.O.T)
14	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد بوت (B.O.T)
19	الفرع الثاني: تمييز عقد بوت (B.O.T) عن العقود المشابهة له.
24	المبحث الثاني: أطراف العقد و تكييفه القانوني.
24	المطلب الأول: أطراف عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية.
24	الفرع الأول : الأطراف الرئيسية.
31	الفرع الثاني: الأطراف الثانوية لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.
38	المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية
38	الفرع الأول : التكييف الفقهي لعقود البوت.
44	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تكييف عقد ال B.O.T
الفصل الثاني : الأحكام القانونية لعقد البوت وتطبيقاته في الجزائر	
49	المبحث الأول: النظام القانوني لعقد البوت وتطبيقاته

	المطلب الأول: النظام القانوني للبت
49	الفرع الأول: إبرامه
50	الفرع الثاني: أركانه
51	المطلب الثاني: تطبيقاته العملية
51	الفرع الأول: محل عقد الامتياز الإداري في التطبيق العملي
54	الفرع الثاني: التطبيق العملي لعقود الامتياز في مجال الموارد الاصطناعية
57	المبحث الثاني: حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها
58	المطلب الأول : حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها
60	المطلب الثاني : الجزاء المترتب على الإخلال بالتزامات شركة المشروع
61	الفرع الأول : التنفيذ العيني
62	الفرع الثاني : غرامة التأخير
63	الفرع الثالث : المطالبة بالتعويض
64	الفرع الرابع : فسخ العقد
67	الفرع الخامس : المسؤولية العقدية
79	الخاتمة
83	قائمة المصادر والمراجع
/	فهرس الموضوعات