

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

عقد البناء والتشغيل و نقل الملكية (B.O.T) و تطبيقاته في الجزائر

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

تخصص: قانون الإدارة العامة.

تحت إدارة:

أ.د. زغداوي محمد.

إعداد الطالبة:

شماشمة هاجر

لجنة المناقشة:

اللقب و الإسم	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
أ.د. بعلي محمد الصغير	أستاذ التعليم العالي	جامعة عنابة	رئيسا
أ.د. زغداوي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 1	مشرفا ومقررا
أ.د. بريكي لحبيب	أستاذ التعليم العالي	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
د. بو عبد الله مختار	أستاذ محاضر-أ.	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2013-2014 .

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر و التقدير إلي الأستاذ الدكتور:

" زخداوي محمد "

الذي تحمل أعباء الإشراف على هذه المذكرة، وقدم لي كل التوجيهات و الإرشادات القيمة في سبيل إنجاز هذا البحث، رغم انشغالاته المصنية و العلمية.

كما أتوجه بالشكر إلي كافة أساتذة قسم الحقوق بجامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي-، و جامعة منتوري- قسنطينة- و الشكر موصول أيضا إلي كل من قدم لي يد العون لإتمام هذا العمل.

قائمة المختصرات:

أولاً: بالّغة العربية.

ج.ر :	الجريدة الرّسمية .
ق.إ.م :	قانون الإجراءات المدنيّة.
ق.إ.م.إ :	قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة.
ق.م :	قانون المدني.

ثانياً: بالّغة الأجنبيّة.

ADE :	Algérienne des Eaux : الشركة العامة الجزائرية للمياه.
AEC :	Algerian Energy Company : الوكالة الجزائرية للطاقة .
CCI :	Chambre de Commerce International : غرفة التجارة الدولية.
CIRDI :	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs :aux Investissements المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.
CNUDCI :	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial : International. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

مقدمة

أصبح الاستثمار في مشروعات البنية الأساسية ضرورة لتحقيق النمو الاقتصادي، والحفاظ على دوام سير المرفق العام بانتظام، في سبيل تقديم الخدمات للمواطنين بصورة تواكب تطورات العصر، والانفتاح على السوق الحر.

فلجأت أغلب الدول لتدعيم أساليب تسيير المرافق العمومية، بطرق جديدة تتجه نحو تفويض المرفق العام، و عقدنة و خوصصة طرق التسيير، فبات على الجزائر استدراك ما فاتها من التنمية، وإيجاد مصادر لتمويل مشاريعها، وإعادة النظر في سياسة إدارة المرافق العامة و التوجه نحو إيجاد أنجع الطرق لتسييرها، بهدف ترشيد الخدمات العامة و تنميتها، حتى تكون بمثابة إنطلاقة جديدة تثبت مصداقية الدولة، و إكتساب ثقة المواطن.

فاستندت على القطاع الخاص لتمويل مشاريعها، ودفع عجلة التقدم الاقتصادي والاجتماعي فيها، و ذلك لما يتميز به من خبرة تتضمن الجوانب المالية، والفنية والإدارية، مما يتوجب على الدولة جذبها و فتح المجال أمامه للإستثمار في القطاعات الإنتاجية، و إقامة مشاريع البنية التحتية.

ظهرت عدة عقود تُفَعَّل دور القطاع الخاص، و من بينها عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية، والذي يُرمز له باختصار البوت " B.O.T " كإحدى الآليات التي تمكن الدولة من إقامة و تسيير المشاريع الضخمة، و خلق مناخ إستثماري دون إرهاق ميزانيتها، فتزايدت أهميته نظراً لإتجاه أغلب الدول و منها الجزائر إلى محاولة تطوير بنيتها الأساسية، و تحديث مرافقها العامة، فوجدت هذه الأخيرة في مشروعات البوت خير سبيل لتحقيق هذا الغرض.

و نظراً لعدم تكافئ القوى المتعاقدة في المراكز القانونية من جهة، فالدولة لما لها من إمتيازات السلطة العامة، والمستثمر- محلي أو أجنبي- كطرف ثاني يتمتع بإمكانية إقتصادية كبيرة، بالإضافة لإختلاف الأنظمة القانونية بينهما من جهة أخرى، كل هذه الإعتبارات وغيرها تؤدي إلى صعوبة التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين: فالدولة هدفها الحفاظ على

سيادتها، و تحسين نوعية الخدمة، و تحقيق المصلحة العامة، في حين الطرف الثاني هدفه الأساسي هو تحقيق الربح، وتوفير له جميع الضمانات و الظروف الملائمة للإستثمار. و بسبب عدم إضاح معالم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في الجزائر، صار من الضروري البحث عن الميكانيزمات والمقومات و الضوابط التي تفعّله، لذا سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيقاته في الجزائر، (و لكي نلم أكثر بالموضوع أردنا أن نخصّص و نركّز دراستنا على العلاقة القائمة بين الدولة والمستثمر- محلي أو أجنبي- دون الخوض في تفاصيل أكثر).

أهمية الدراسة:

- 1- تعتبر هذه الدراسة ذات أهمية، بإعتبار هذا النوع من العقود مطلباً أساسياً للبنك الدولي في إطار سياسة الخوصصة للدول الراغبة في التعامل معه.
- 2- الدور الريادي الذي يلعبه عقد البوت في التنمية الإقتصادية، سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، و هذا يدفعنا للبحث عن تنظيم قانوني واضح المعالم و متماسك البيان.
- 3- محاولتنا الكشف عن مفهوم عقد البوت، و كيفية نشأته، و تكييفه القانوني، و توضيح آثاره، و ذلك بالطرق لحقوق و إلتزامات طرفي الرابطة التعاقدية، و بيان جانب المنازعات الناشئة عنه، وآليات فضّها، و طرق نهايتها، بالإضافة إلي ذلك سنقوم بالبحث عن ميكانيزمات هذا العقد و تأثره بالإديولوجيات التي مرّت بها الجزائر.

أسباب إختيار الموضوع :

1- الدوافع الموضوعية:

- هذا النوع من العقود يجمع بين طرفين يخضعان لأنظمة قانونية مختلفة من جهة، وإختلاف القوى الإقتصادية من جهة أخرى، هذه الإعتبارات دفعتنا للإهتمام بالموضوع، محاولين معالجة جوانبه القانونية.
- تقييم هذا الأسلوب كوسيلة لتدخّل القطاع الخاص في إنشاء وإستغلال مرافق الدولة.

- تطوير أساليب فض النزاعات بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في إطار الصفقات العمومية، والعلاقات الإقتصادية الدولية، وهذا ما إستحدثه المشرع الجزائري في أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- الدوافع الذاتية:

- إثراء المكتبة الجزائرية و العربية ببحث متعلق بموضوع من موضوعات القانون الإداري.

- ندرة المؤلفات القانونية الجزائرية التي تناولت عقد البوت بالدراسة و التحليل المستفيض، و الذي يتناسب و الدور الذي يضطلع به هذا الأخير.

- التوصل إلى نتائج و توصيات تفيد في توضيح ماهيته، والإجراءات التعاقدية، وتطبيقاته في الجزائر، و آليات فض نزاعاته.

- غياب تصور تام و واضح في الجزائر حول هذا العقد، كل ذلك كون لدينا رغبة قوية في معالجة هذا الموضوع محاولين بذلك إعطاء فكرة بسيطة و واضحة حول هذا العقد.

و لعلّ هذا البحث يكون إحدى الإضاءات التي تعود بالفائدة لكلّ من المكتبة الجامعية و الباحث أو الدّارس، و حتّى المتعاقدين.

الإشكالية:

في غياب قانون خاص بعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية في الجزائر ماهو الإطار القانوني الذي ينظمه؟.

ويتفرّع عن هذه الإشكالية الرئيسية بعض التساؤلات التي تفيدنا في ضبط و تحديد هذا الإطار وهي كالتالي:

ماذا نعني بعقد البوت؟ وماهو موقف المشرّع الجزائري منه؟ ماهي ميكانيزمات هذا العقد و مامدى تأثره بالإديولوجيات التي مرّت بها الجزائر؟ ما تكييفه؟ وما هو النّظام القانوني الذي يحكمه؟.

المنهج المتبع:

تقضي الإجابة على هذه الإشكالية إستعمال المنهج الوصفي تماشيًا في كونه ضروري لوصف هذا العقد، وكذا المنهج التحليلي كونه الأنسب لتفصيل النصوص القانونية، وبعض المواقف الفقهيّة، و من أجل فهم هذا العقد في أصل نشأته و تطوره يجب إستعمال المنهج التاريخي.

إنّ الإستعمال الوظيفي المتكامل لهذه المناهج الثلاث – في نظرنا – تمكننا من التعرف على جلّ مضامين و جوانب هذا العقد.

الدّراسات السابقة:

إنّ الإشارة إلى الدّراسات السابقة و التي تناولت موضوع عقد البوت في الجزائر تقودنا لذكر كلّ من :

1- حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع "قانون التعاون الدولي"، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونيّة و السياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001 .

2- بودياب بدره هاجر، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010 .

لهذا أصبح واجبا علينا محاولة تغطية هذا النقص في المكتبة القانونيّة الجزائرية.

الصّعوبات:

أثناء القيام بهذا البحث صادفتنا عراقيل كثيرة أهمّها:

- 1- صعوبة الحصول على المعلومات المتصلة بالموضوع من الأطراف المعنيّة.
- 2- العراقيل الإداريّة التي واجهتنا خلال إتصالنا بالمكتبات الجامعيّة قصد تحصيل المراجع.

3- نقص و قلة المراجع الجزائرية التي تناولت هذا الموضوع، بالإضافة إلى أنّ الإجتهد لم يتسنّ له بعد الخوض في هذا الموضوع من الباب الواسع.

الخطّة:

تماشياً و الإشكال المطروح، و ما تتطلبه منّا دراسة هذا الموضوع، و بهدف الوصول إلى إحاطة وافية لعناصر هذه الإشكالية، ارتأينا أن نقسم موضوع دراستنا إلى فصلين إثنين:

يتضمّن الفصل الأول: ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، والفصل الثاني: النظام القانوني له.

الفصل الأول

ماهية عقد البناء والتشغيل و نقل الملكية.

الفصل الأول

ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

ظهر عقد البوت كأحد أساليب التنمية التي تسمح بمشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية، و التي تضمن للدولة السيطرة الإستراتيجية على مشاريعها¹، وبموجبه يقوم المستثمر سواء كان محلياً أو أجنبياً بتمويل بناء و تشغيل مشاريع البنية التحتية خلال فترة معينة، و إعادتها في نهاية المدّة إلى الدولة دون مقابل، وهذا ماسنحاول معرفته عند تطرقنا لمفهومه، مع إعطاء لمحة تاريخية عنه و تطور إعتماده في الجزائر.

ولما كانت العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشاكل القانونية، فإنها بتأكيد تتضاعف إذا كانت هذه العقود قد تمت بين الدولة و شخص خاص أجنبي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة²، و يتجلى ذلك في عدم تساوي طرفي العقد في مراكز القانونية، و هو ما يثير جدلاً فقهيّاً و قانونياً حول تكييفه. و للإمام بموضوعنا أكثر، يجب علينا الوقوف عند الأشكال المشتقة منه و المختلفة عنه في بعض جوانبه، و معرفة أوجه الإختلاف و التشابه بينه و بين تلك العقود التي تعكس مشاركة القطاع الخاص.

وسنعالج هذا الفصل في ثلاث مباحث أساسية نتعرض في :

المبحث الأول: مفهوم عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

المبحث الثاني: أطراف العقد و تكييفه القانوني .

المبحث الثالث: أشكال عقود B.O.T و تمييزه عن بعض العقود المشابهة له.

1: LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé, Editions EMS, Paris, 2006, P33.

2: د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، (تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص9.

المبحث الأول: مفهوم عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

لكي نتّضح لنا الرّؤية أكثر حول مفهوم هذا العقد خاصّة في ظلّ التشريع الجزائري، سوف نتعرّض في هذا المبحث إلى أهم الخصائص المشكّلة له، إنطلاقاً من التعريف، ثم نخرج إلى كيفية ظهوره على المستوى العالمي وتطورّ إعتماده محلياً.

المطلب الأول: تعريف عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية وخصائصه.

لقد فرض القطاع الخاص وجوده في بعض المشاريع التي كانت في الماضي حكراً للدولة، حيث أصبح يقوم بتمويل إنشائها و تشغيلها لمدة محدّدة من الزمن ثم إعادتها للدولة، وهو ما يعرف بعقد البوت (B.O.T)، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن موقف المشرّع الجزائري من هذه العقود.

الفرع الأول : تعريف عقد البوت (B.O.T).

أولاً: التّعريف اللّغوي.

البوت ليس إصطلاحاً قانونياً، وليس له تعريفاً قانونياً متفقاً عليه¹، وهو إختصار لثلاث مصطلحات إنجليزية تعني على التّوالي:

BUILD:B، يقابلها باللّغة الفرنسيّة: **CONSTRUIRE**، وتعني بناء و إقامة المشروع .

OPERATE:O، يقابلها باللّغة الفرنسيّة: **EXPLOITER**، وتعني تشغيل (إستغلال) المشروع.

TRANSFER:T، يقابلها باللّغة الفرنسيّة: **TRANSFERER**، وتعني نقل و تسليم ملكية المشروع إلي الإدارة التي طلبت إنشاء هذا المرفق.

ثانياً: التّعريف الفقهي.

لم تُعرّف مشاريع الـ B.O.T في بادئ الأمر، وذلك لصعوبة إيجاد تعريف دقيق يحيط إحاطة كاملة بمفهومها الشّامل الذي يضمّ عدد من العناصر التعاقدية المختلفة².

1 : 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 295 .
2 : د. إلياس ناصف، عقد الـ B.O.T، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، د ط، 2006، ص 82.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

فمنهم من عرفه أنه: " تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع)، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية".¹

واعتبره الأستاذ محمد بوسماح هو: "طريقة أخرى لإمتياز المرافق العامة معروفة خاصة في الدول الأنجلوسكسونية، والذي يعدّ نظاماً نوعياً يتمثل في إسناد لمؤسسة خاصة ببناء، وإستغلال وتجهيز مرفق عام، خلال فترة محدّدة، وإرجاعه مجاناً للسلطة التي أبرمت العقد".²

ويرى جانب من الفقه أنه: " عقد إداري حديث، يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية و الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو الهيئة العامة، بعد إنقضاء المدة المتفق عليها".³

كما عرف أنه: "عقد بين طرفين، أحدهما مالك للمشروع قد تكون الدولة أو أحد هيئاتها، والثاني مستثمر خاص - محلي أو أجنبي-، فيقوم المالك بتقديم أرض المشروع، بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويله، وتشغيله، فترة من الزمن ليستعيد ما أنفقه، ويحقق الأرباح المناسبة، ثم يعيد المشروع إلى مالكة الأصلي".⁴

ثالثاً: تعريف بعض المنظمات و اللجان:

عرفته منظمة اليونيدو (ONIDO)، منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية: "هو إتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة و تشغيل المرفق خلال فترة زمنية محدّدة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأيّة رسوم أخرى بشرط ألا تزيد على ما هو

1 : د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004، ص86.

2 : أ. نادية ضريفي، تسير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، دط، 2010، ص145.

3 : د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص81.

4: VANDOMME Laurent, To time, To budget, To specification : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre de financement des projets BOT, RDAI, N°8, 1999, P 876.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب إتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من إسترجاع الأموال التي إستثمرها، ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الإستثمار. وفي نهاية المدّة الزمّنية المحدّدة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم إختياره عن طريق الممارسة العامّة¹.

أمّا تقرير لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI)، فيعرف مشاريع البوت على أنها: " شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، أو أحد الكيانات الخاصّة، يشار إليها " الإتحاد المالي للمشروع"، إمتياز لصوغ مشروع معيّن وتشغيله، وإدارته، وإستغلاله تجاريًا لعدد من السنين تكون كافية لإسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع، وفي نهاية المدّة تنتقل ملكيّة المشروع إلى الحكومة، دون أيّ تكلفة، أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تمّ الإتفاق عليها مسبقًا"².

فالتشغيل من طرف القطاع الخاص مع الملكية العمومية للمشروع، عامل أساسي في إتفاقيات عقود البوت.³

رابعاً: موقف المشرّع الجزائري من تعريف عقد الـB.O.T.

بالرغم من أن الجزائر لم تُعرف تسمية "البوت" في قوانينها، إلا أننا نستشف هذه الصيغة القانونية من صيغ عقود الإمتياز من خلال مجموعة من النصوص القانونية ذات الطابع التشريعي والتنظيمي، فنجد مثلا نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 96-308

1: د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، حقوق الإدارة المتعاقدة وإلتزاماتها، ص 32-33.

انظر أيضا:- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 83.

- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر،

د ط ، 2008، ص 10 .

- د. إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة، القاهرة، الطبعة الأولى،

2003، ص 45 .

2 : تقرير لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان، الأعمال المقيلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، الدورة التاسعة و العشرون، نيويورك، 28 مايو -14 يونيو 1996، ص03، بتاريخ 2012/03/16، على الساعة 10:22. على الموقع :

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/822/96/IMG/V9682296.pdf?OpenElement>

Openement .

3: SHIRAVI Abdolhossein, Cadre juridique et règlementaire d'un BOT en IRAN , RDAI, N°2, 2008, P165.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة¹ نصّت على: "يخضع إنجاز الطرق السريعة و ملحقاتها و تسييرها و صيانتها و أشغال تهيئتها و/أو توسيعها إلي منح الإمتياز..² وأضافت المادة 1/29 من دفتر الأعباء النموذجي: "عند إنقضاء المدّة المترتبة عن الأحكام المادّة 28 أعلاه ، وبموجب هذا الإنقضاء لا غير، يحل مانح الإمتياز محل صاحب الإمتياز في جميع الحقوق والإلتزامات المرتبطة بالإمتياز، ويتسلم على الفور التجهيزات والأجهزة وملحقاتها"³.

من خلال هذه المادّة نستخلص عناصر عقد البوت وهي الإنجاز وتسيير ثم الإعادة. ونفس المعنى ذهب إليه المرسوم التنفيذي رقم 97-475 المؤرخ في 08 ديسمبر 1997، المتعلق بمنح إمتياز المنشآت و الهياكل الأساسية للرّي الفلاحي الصّغير و المتوسط⁴، في المادتين 2 و 3 منه لما منح المؤسسات ومقاولات العمومية وكلّ شخص معنوي خاضع للقانون الخاص تتوفر فيه المؤهلات المهنية، إمتياز إنجاز و تسيير وإستغلال وصيانة المنشآت والهياكل الأساسية للرّي الفلاحي الصّغير والمتوسط.

أمّا في ميدان النّقل الجوي نصت المادة 8 من قانون رقم 2000-05 : "تقوم الدّولة بإنشاء المحطّات الجويّة وإنجازها وتشغيلها و إستغلالها، ويمكن أن يكون إنجازها و/أو إستغلالها محلّ إمتياز يمنح لأشخاص طبيعيين من جنسيّة جزائريّة أو أشخاص إعتباريين خاضعين للقانون الجزائري ..."⁵، بالإضافة إلى المادة 3 من الأمر رقم 10-03: "يمكن أن يكون إنجاز و إستغلال محطة جوية أو مطار أو محطة طوافات بغرض فتحها للملاحة الجوية العمومية، موضوع إمتياز تمنحه السّلطة المكلفة بالطيران المدني..."⁶

- 1 : جاء تطبيقًا للمادتين 166-167 من الأمر رقم 95-27 مؤرخ في 08 شعبان 1416 الموافق 30 ديسمبر 1995 ، المتضمّن قانون المالية 1996 ، ج.ر، العدد 82 ، الصادر في 31 ديسمبر 1995، ص71-72.
- 2 : مرسوم تنفيذي رقم 96-308 مؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1417 الموافق 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة ، ج.ر، العدد 55، الصادر في 25 سبتمبر 1996، ص9.
- 3 : انظر للملحق رقم 2 .
- 4 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 14 ديسمبر 1997 ، ص20.
- 5 : قانون رقم 2000-05 مؤرخ في 10 رمضان عام 1421 الموافق 06 ديسمبر 2000 ، يعدل و يتمّ القانون رقم 98-06 المؤرخ 03 ربيع الأول عام 1419 الموافق 27 يونيو 1998 ،الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني ، ج.ر، العدد 75، الصادر في 10 ديسمبر 2000، ص4.
- 6 : أمر رقم 03-10 مؤرخ في 14 جمادى الثانية 1424 الموافق 13 غشت 2003 ، يعدل و يتمّ القانون رقم 98-06 المؤرخ في 03 ربيع الأول 1419 الموافق 27 يونيو 1998، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني ، ج.ر ، العدد 48 ، الصادر في 13 غشت 2003، ص5.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

كما أن قانون 01-02 المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنويات¹، تضمن هذه الصيغة من خلال المادة 02 حيث جاء فيها: "...الإمتياز حق تمنحه الدولة لمعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنويات"، وأضافت المادة 07 أنه: "ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء و يستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام ، حائز رخصة للإستغلال".

ويحمل مصطلح الإمتياز المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 04-417 مؤرخ في 20 ديسمبر 2004، و المحدد للشروط المتعلقة بإمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرق و/أو تسييرها نفس العناصر السابقة حيث جاء في نص المادة 5: "...يمكن أن يكون إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها محل إمتياز يمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الجزائري "2، وتضيف الفقرة 2 من نفس المادة " يمكن أن يخص الإمتياز المتعلق بالمنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات الإنجاز و التسيير أو التسيير فقط عندما تكون هذه المنشآت موجودة"³.

كما أن المشرع الجزائري فتح المجال للتعاقد بهذا الأسلوب وذلك بإصداره لقانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 غشت 2005 ، المتعلق بالمياه، حيث جاء في مادته 17: " تخضع كذلك للأملك العمومية الإصطناعية للمياه المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الإمتياز أو التفويض للإنجاز والإستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص"⁴.

و في نفس المجال جاءت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 11-220 تنص: " عند إنتهاء مدة الإمتياز، وإذا لم يتم تقديم طلب التجديد، تسترجع الدولة الهيكل المنجزة من أجل

1 : قانون رقم 01-02 مؤرخ في 22 ذي القعدة 1422 الموافق 5 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنويات، ج.ر، العدد 8، الصادر في 6 فبراير 2002، ص5-7.
2 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.
3 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.
4 : ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، ص6.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

المنفعة العمومية وكذا أراضي الوعاء المخصصة لها دون مقابل.. "1، وأضافت المادة 2 من دفتر الشروط النموذجي : "يتضمن إمتياز إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة: بناء و إستغلال وحدات إنتاج تحلية المياه المالحة..."².

وتطبيقا للمادتين 76 و78 من القانون 05-12 جاء المرسوم التنفيذي 11-340 والذي حدد إمتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية و الترفيه الملاحى من خلال المادة الأولى منه، وأضافت المادة 13 منه : "...عند نهاية الإمتياز، تسلم الهياكل المنجزة بعنوان هذا الإمتياز للدولة مجاناً طبقاً للتشريع المعمول به"³. وهونفس المعنى التي ذهبت إليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 11-341.⁴

ونستشف مرة أخرى صيغة عقد البناء والتشغيل و نقل الملكية من خلال الأمر رقم 04-08 المحدد لشروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية⁵، وذلك من خلال المادة الأولى والرابعة منه.

وبموجب المادة 19 من قانون رقم 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008، المعدل والمتمم القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، تم التطرق لهذا العقد بصورة واضحة وشاملة وذلك لماعدلت المادة 64 مكرر حيث جاء فيها: " يشكل منح إمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية، المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بوجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الإمتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب

1 : مرسوم تنفيذي رقم 11-220 مؤرخ في 10 رجب عام 1432 الموافق 12 يونيو 2011، يحدد كفيات امتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية او تلبية الحاجات الخاصة، ج.ر، العدد 34، الصادر 19 يونيو 2011، ص8 .

2 : انظر للملحق رقم 1.

3 : مرسوم تنفيذي رقم 11-340 مؤرخ في 28 شوال عام 1432 الموافق 26 سبتمبر 2011، يحدد كفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية السطحية و البحيرات لتطوير النشاطات الرياضية و الترفيه الملاحى، ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص5 .

4 : مرسوم تنفيذي رقم 11-341 مؤرخ في 28 شوال عام 1432 الموافق 26 سبتمبر 2011، يحدد كفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه و منشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص8.

5 : أمر رقم 04-08 مؤرخ 01 رمضان 1429 الموافق 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج.ر، العدد 49، الصادر في 03 سبتمبر 2008، ص04.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

الإمتياز، حق إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي تمويل أو بناء و/أو إستغلال منشأة
عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز، محل
منح الإمتياز إلى السلطة صاحبة حق الإمتياز.¹

وباستقراء نصوص السابقة نستشف توفر جميع عناصر ومراحل المتضمنة لتنفيذ عقد
البوت: وهي الإنجاز أو البناء والإستغلال، وبعدها رجوع المنشآت إلى الدولة بعد نفاذ عقد
الإمتياز.

الفرع الثاني: خصائص عقد البناء والتشغيل و نقل الملكية.

يتميز عقد الB.O.T بجملة من الخصائص، والمميزات التي تبرز حقيقته وتتمثل في:

أولاً: موضوع و مدة العقد.

يقصد بموضوع عقد البوت، ذلك التصرف القائم بين الدولة وشركة المشروع - مانح
الإمتياز-، حيث يتضمن ثلاث مراحل متتالية، تبدأ ببناء المشروع، و تمر بتشغيله، وصولاً
لتحويله، وهذا ماسنقوم بتفصيله أكثر في الفصل الثاني عند تطرقنا لإلتزامات شركة
المشروع.

و مما لا شك فيه أن عقد البوت يبرم لمدة محددة ولا يمكن تصوره كعقد أبدي، و لكن
بالمقابل لا تكون هذه المدة قصيرة جداً إلى الحد الذي لا يسمح لصاحبه بإسترداد المبالغ
المالية التي أنفقتها في إنشاء وتشغيل المرفق العمومي، وتحقيق قدر معقول من الأرباح،
خاصةً أن مثل هذا النوع من المشاريع يتطلب إمكانية بشرية ومالية ضخمة وإستعمال
تكنولوجيا عالية، وهذه المدة قد تطول كثيراً كما لو بلغت مثلاً تسعة وتسعون عام².

وُحدد مدة الإمتياز في دفتر الشروط باتفاق الأطراف، وينتهي العقد بإنتهائه - في
الحالات العادية - إلا في حالة تجديده، كما يمكن أن ينتهي قبل نهاية المدة المتفق عليها في -
الحالات الإستثنائية- كجزء على خطأ الملتزم مثلاً أو بدون خطئه، كحالة إسترجاع المرفق

1 : ج.ر، العدد 44، الصادر 3 غشت 2008، ص 15.
2 : د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص 158 .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

العمومي من طرف الإدارة و تنظيمه ثانية كلما إقتضت ضرورة المصلحة العامة، وهذا ما سنراه عند عرضنا لنهاية عقد البوت.

أما في التشريع الجزائري فلقد إختلفت المدّة من عقد لآخر، فحدّدت ب20 سنة في المادة 11 من المرسوم التنفيذي 04-17-41 حيث جاء فيها: "عندما يخص الإمتياز إنجاز المنشآت القاعدية وتسييرها لا يمكن أن تقل مدّة الإمتياز عن عشرين سنة (20) سنة ..."¹، وبلغت 33 سنة قابلة لتجديد ، و أقصاها 99 سنة بموجب المادة 4 من الأمر 04-08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية²، وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة 1/12 من المرسوم التنفيذي 09-152³.

والملاحظ في الواقع العملي أنّ الجزائر تحرص عند تعاقدتها بأسلوب الإنشاء والتشغيل على عدم جعل مدّة الإمتياز طويلة، وهذا ربّما حرصها على مسألة السيادة⁴. نخلص مما سبق أن مدّة الإمتياز بصيغة البناء والتشغيل ونقل الملكية تختلف من عقد لآخر باختلاف أهمية المرفق العمومي، وشروط و ظروف إنشائه وإستغلاله، و يرجع تقديرها للإدارة مانحة الإمتياز التي تحددها بالإتفاق مع الملتزم.

ثانياً: الجانب المالي.

تحتاج المشروعات المؤسسة بنظام البوت إلى مبالغ لتمويلها، وهذه الفكرة هي الحجر الأساسي في هذه المشروعات، لأنّ التمويل هو العمود الفقري لها فتحتاج إلى مبالغ كبيرة لتشييدها أو ترميمها، و إعادة تشغيلها⁵.

1 : ج.ر، العدد 82 ، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.

2 : ج.ر، العدد 49، الصادر 03 سبتمبر 2008، ص04.

3 : مرسوم تنفيذي رقم 09-152 مؤرّخ في 7 جمادى الأولى 1430 الموافق 02 مايو 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج.ر، العدد 27، الصادر في 6 ماي 2009، ص6.

4: نظرا لطول مدة التزام قناة السويس، التي وصلت الى 99 عاما، تمّ إعتبار هذا الأمر أنه السبب الرئيسي لإحتلال مصر سنة 1882، و العدوان الثلاثي عليها عام 1956. انظر:- د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزارطية، د ط، 2008، ص648.

5 : فيصل عليان إلياس الشديفان، تمويل مشروعات البوت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010، ص510.

1. في مرحلة البناء: وتتوقف الموافقة على تمويل مثل هذه المشاريع على توفر

مجموعة من العناصر، أهمها¹:

– توافر دراسة جدوى إقتصادية ذات نتائج مقبولة تأخذ في الإعتبار أسوأ الإحتمالات، حيث تعتبر هذه الدراسة ذات أهمية في جذب المستثمر أو طرده، فيجب أن تكون دقيقة لأنها عامل أساسي يعتمد عليه المستثمر في إتخاذ قرارته، على أن تعاد الدراسة بمعرفة البنك الممول.

– وجود خطة أو برنامج مالي واضح يبرر تكلفة المشروع و مصادر تمويله وكيفية السداد.

– التأكيد من توفر الموارد اللازمة للتنفيذ و تكلفتها، وكذلك مصادر الطاقة اللازمة للتشغيل.

– وجود عدد مناسب من مستهلكي السلعة أو الخدمة.

– إستقرار المناخ السياسي و الإقتصادي و القانوني في الدولة المضيفة، وضرورة توافر جميع الموافقات و التراخيص اللازمة للمشروع.

فتمويل المشروع يقوم على نظام (Project Finance) أي التمويل الذاتي، الذي يعتمد على السداد المشروع و الوفورات و العائدات المتحققة منه، وكذلك يعتمد على التدفقات النقدية (Cash flow)²، وهذا ماجاء في المادة 11 من دفتر الأعباء التّموذجي للطريق السريع: " يتحمّل صاحب الإمتياز جميع التّفقات الضّرورية لبناء الطّريق السريع وتكيفه وصيانته و إستغلاله ما لم توجد أحكام مخالفة..."³، كما إشتطت المادة 13 من المرسوم التّنفيذي 04-417⁴، على وجوب توفر الوسائل المالية الضّرورية في صاحب الإمتياز لإنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطّرق وأو تسيرها ويرفق عند تقديمهم العروض ما يثبت وجود الرأسمال.

1 : فيصل عليان إلياس الشديفان، مرجع سابق ، ص510.

2 : فيصل عليان إلياس الشديفان، مرجع نفسه ، ص509.

انظر أيضاً: - د. موسى خليل متري، تمويل المشاريع – هيكلية ال BOT - ، مجلة جامعة دمشق للعلوم

الإقتصادية و القانونية، المجلد 21، العدد الثاني، 2005، ص117 .

3 : انظر للملحق رقم 2.

4 : ج.ر، العدد 82 ، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص32.

ويوجد على الأقل ثلاثة أطراف معنية بتمويل المشروع: راعي المشروع ومالك المشروع - المقترض- وممول المشروع - مانح القرض- فضلاً عن الدولة عندما يتعلق الأمر بمشروع بنىة تحتية، فمثلاً تسعى هذه الأخيرة في عدم التدخل مباشرة بالمشروع كمول أو مقترض أو راعٍ مباشر ولكن لها دوراً مهماً فيه، وأهم أدوارها هو تقديم الضمانات السياسية والإقتصادية للمشروع وتقديم التسهيلات مثل الأرض والإجازات والتراخيص الضرورية لإنشائه، ومنح الإعفاءات الضريبية وضمان التبادل الحر للأموال إخراجها.. إلخ¹ وهذا ماجاء في المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-341: "يتم التنازل عن أراضي الوعاء الضرورية لإعداد هياكل في أسفل السدود و نقاط المياه و منشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدوكهربائية لصاحب الإمتياز من طرف إدارة الأملاك أو المصلحة المسيرة حسب الحالة."²، ونفس المعنى نصت عليه المادة 3 من الإتفاقية النموذجية الخاصة بمنح إمتياز الطريق السريع: "تسلم الدولة لصاحب الإمتياز بمقتضى الشروط المحددة في دفتر الأعباء، الأراضي المكتسبة سابقاً والمنشآت الكبرى التي أنجزها"³.

أما راعي المشروع مثل متعهد البناء Consortium يمكن أن يكون شركة أو مجموعة شركات تتحد بوحدة المصلحة ومقدم المعدات ومقدم المواد الأولية- أو مستخدمى المشروع.

وفيما يخص الممول عادة مايلجأ المتعهد، لتمويل مشروعه، في نظام البوت إلي المصارف و المؤسسات المالية، المحلية و الأجنبية، لتمده بالإتمادات اللازمة، ونظراً إلي ضخامة الأموال المراد إستثمارها، قد يلجأ المستثمرون إلي الحصول على الإئتمان، ليس فقط من مصرف واحد، بل من عدة مصارف تشكل فيما بينها إتحادات مالية⁴.

ويتجلى من الواقع العملي أن أغلب العقود التي تبرمها الجزائر مع المؤسسات الأجنبية بصيغة الإنشاء و التشغيل تكون بمساهمة الرأس المال الوطني بنسبة

1 : د. موسى خليل ميري، مرجع سابق، ص121.

انظر أيضاً:- د.حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص295.

- : LEDANG Doanh, Les rapports entre la société Ad-hoc BOTet la puissance publique, RDIC, N°4, 1997, P896.

2 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص04.

3: انظر للملحق رقم2.

4 :د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص109.

معتبرة، و هو الأمر الذي يعتبر من التطبيقات الخاطئة لعقود البوت ، كونها تتناقض مع الفلسفة التمويلية لهذا النظام¹.

2. في مرحلة التشغيل: تستوفي شركة المشروع في هذه المرحلة حقوقها المالية من

المنتفعين مباشرة، ولا حاجة لها لإستفاء الإستناد على كفالة الدولة أو كفالة المؤسسات الخاصة، وذلك في شكل رسوم، من أجل إسترداد نفقات التوظيف وتسديد الديون المقترضة لتمويل هذه المشاريع والحصول على الربح المأمول²، وهذا ما أكدته المادة 05 من الإتفاقية النموذجية الخاصة بمنح إمتيازات الطرق السريعة حيث نصت: "يرخص للشركة صاحبة الإمتياز بتحصيل رسوم المرور بالطريق السريع وأتأوى عن التجهيزات الملحقة ضمن الشروط المحددة في دفتر الأعباء " ³، و أضافت المادة 23 من نفس دفتر الأعباء النموذجي " يجب أن يتم تحصيل رسوم المرور بكيفيات متساوية بالنسبة للجميع دون أية محاباة مع مراعاة أحكام المادة 24 أدناه"⁴، و هو نفس المعنى الذي ذهبت إليه المادة 16 من الملحق الثاني لدفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها.

لكن هذا لا يمنع من أن شركة المشروع يمكن أن تتقاضى حقوقها المالية من جهة الإدارة إذا نصت بعض العقود أو القوانين عن إلتزام الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع، بالأخص في المجالات الحيوية مثل شراء منتوج الشركات التي تقوم بإنجاز محطات الكهرباء أو المياه على أن تقوم هي بعد ذلك ببيعه للجمهور.⁵

وبالمقابل يتعين على شركة المشروع أن تدفع للإدارة مانحة الإمتياز مقابل مالي نتيجة منحها للإمتياز وهو ما يطلق عليه مصطلح الإتاوة، حيث نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي 11-220: "يتعين على صاحب الإمتياز تسديد كل الإتاوات المستحقة مقابل إستعمال

1: BENACHENHOU Abdellatif, Les nouveaux investisseurs, Alpha Design, 2006, P77.

2 : د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص 89-90.

3 : انظر للملحق رقم 2.

4 : انظر للملحق رقم 2.

5 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 300-301 .

انظر أيضاً:- د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 60.

- د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 38.

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

الأملك العمومية..."¹، وهذا ما أكده قانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية في المادته 77: "يتعين على من يستغل الثروات والموارد السطحية و الجوفية أن يدفع للدولة أتاوى...."²، و أكدت مرة أخرى المادتين 15 من المرسوم التنفيذي 11-340 و 11-341 نفس المعنى: "يتعين على صاحب الإمتياز دفع كل الإتاوى المستحقة المنصوص عليها في التشريع المعمول به مقابل إستعمال الملك العمومي للمياه."³

فضلا على ذلك نصت المادة 64 مكرر من القانون 08-14 " ينتج عن منح الإمتياز دفع صاحب الإمتياز إتاوة سنوية على أساس القيمة الإيجارية لملاحق الملك العمومية الممنوح له و/ أو نتائج إستغلال هذا الملحق، تحصل لفائدة ميزانية الجماعات العمومية المالكة...."⁴.

3. في مرحلة التحويل: عند إنتهاء المشروع يعاد إلى الدولة دون مقابل أو

مقابل تعويض يجري الإتفاق عليه في بنود العقد.⁵

ثالثاً: مجالات تطبيقه.

من المشاريع المهمة التي يتم إنشائها عن طريق عقود ال B.O.T هي: مشاريع البنية التحتية المتعلقة بالمرافق العمومية الأساسية، التي تقوم الدولة بها أساساً: كإنشاء المطارات والطرق والجسور والموانئ محطات الكهرباء والأنفاق، والإتصالات السلكية واللاسلكية، والمرافق التحتية، وسواها⁶، بالإضافة إلي المجمعات الصناعية، إستصلاح الأراضي - كإقامة مشاريع التنمية العمرانية أو إستصلاح الأراضي الزراعية، أو إقامة مشاريع الري⁷ - و فيما يخص مشروعات السياحة و إن كانت لا تعد من مشروعات البنية الأساسية بل تعد من المشروعات التي تساعد في تنمية الدّخل القومي مثل إنشاء الفنادق والمسارح

1 : ج.ر، العدد 34، الصادر في 19 يونيو 2011، ص 8 .

2 : ج.ر، العدد 52، الصادر 02 ديسمبر 1990، ص 1676 .

3 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص 13.

4 : ج.ر، العدد 44، الصادر 3 غشت 2008، ص 15.

5 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 200 .

6 : د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 87.

انظر أيضاً: - أ.محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال (BOT)، المكتب الجامعي الحديث،

د ط، 2009، ص 79.

- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 107.

7 : د. إلياس ناصف، مرجع نفسه، ص 111.

انظر أيضاً: - د. جابر جاد نصار، مرجع نفسه، ص 88.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

والملاهي.... إلخ، إلا أن الواقع العملي أثبت وجود العديد من هذه المشاريع جرى التعاقد عليها عن طريق عقد البوت، حيث قامت الحكومة البريطانية بطرح هذا النوع من المشاريع للتمويل بواسطة القطاع الخاص.¹

ومن المرجح أن يتزايد الإهتمام بإتباع هذا المفهوم في تمويل المشاريع، ليس في الهياكل الضخمة فحسب، بل أيضاً فيما يخص المشاريع الصغيرة و المتوسطة.² ولما كانت معظم المشاريع البنية التحتية تدخل في نطاق أملاك المجموعة الوطنية التي نصت عليها المادة 17 من دستور : " الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض، و المناجم، المقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، و المياه و الغابات، كما تشمل النقل بالسكك الحديدية و النقل البحري والبريد و المواصلات السلكية واللاسلكية، وأملاك أخرى محددة في القانون."³ وبالتالي تبقى هذه المشاريع ملك للدولة ويتم تسييرها طبقاً للقانون وهذا ما جاء في نص المادة 18 من الدستور.

وفيما يخص المجالات التي مستها النصوص المنظمة للإمتياز في الجزائر بصيغة البناء و التشغيل فقد شملت: الطرق السريعة و المياه، وتوزيع الكهرباء والغاز بواسطة القنوات ، النقل البري و الجوي، على أنه يلاحظ أن المجال الرئيسي الذي طبقت فيه هذه العقود في أرض الواقع هي محطات تحلية مياه البحر، و محطات توليد الكهرباء.

1 : 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، ص16.

2 : تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص4.

3 : دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996.

المطلب الثاني: ظهور عقد البوت و إعتماده في الجزائر.

إن الحديث على عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية في الجزائر يفرض علينا أولاً تبيان خلفيته التاريخية.

الفرع الأول: الخلفية التاريخية لعقد الـB.O.T.

اختلف بعض الفقهاء حول ظهور عقد البوت فمنهم من أكد أنه نشأ و تطور في ظلّ النظام القانوني الأنجلوساكسوني،¹ و اعتبره آخرين إنه ليس نظاماً تعاقدياً مبتكراً في كليته حيث ترجع جذوره إلى ما يعرف بعقود الإمتياز التي كانت منتشرة في أواخر القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين في فرنسا و غيرها من الدول،² و بالتالي هو تطبيق عصري للإمتياز الذي أوجده النظام الرأسمالي كإطار قانوني تم من خلاله إستغلال ثروات الدولة، حيث كان الإمتياز في أول مراحلها يتضمن أشغلاً لذلك سُمي بعقد إمتياز الأشغال العامة، ثم أصبح كوسيلة للمشاركة في تسيير المرفق العام، دون أن يتضمن أشغلاً عامّة و هو ما يسمى بعقد إلتزام المرافق العامة، ثم ظهر عقد الإمتياز كوسيلة متطورة لإنشاء و إدارة المرافق العامة و هو ما يسمى بعقد الـBOT.³

وقد إستخدمت فرنسا هذه العقود لتنفيذ مشروعات السكك الحديدية، و محطات الكهرباء، و التزويد بمياه الشرب، كما أن مصر و سوريا عرفتا هذا النظام في الأربعينات حيث تم تزويد مصر الجديدة بالكهرباء و الماء، و خطوط الترام و وفقاً لهذا النظام، كما تعتبر قناة السويس من الأمثلة الشهيرة لعقود الإمتياز بنظام الـB.O.T في نهاية القرن 19.⁴

وقد اختلفت في هذا الأسلوب تقريباً منذ الثلاثينات من القرن 20 و خاصة بالنسبة لمشروعات البنية الأساسية، و اقتصرت تطبيقه في مجال التنقيب عن الثروات الطبيعية و خاصة

1: LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé :La relation entre concédent et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure, Revue trimestrielle politique et management public, Vol 21,N°01,Mars 2003,P16.

انظر أيضاً: - أ. نادية ضريفي ، مرجع سابق، ص 81.

- د. مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق ، ص 305.

2 : نهلة عمر عبد الرحمن، عقود الـ BOT و أثرها في جذب الاستثمار، وزارة النقل، المنشأة العامة للطيران المدني ، 2010، ص 2، بتاريخ 01-12-2011، على الساعة 18:03. على الموقع:

www.motrans.gov.iq/research-mot1/conference/research/bot.pdf.

3 : د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 30.

4 : نهلة عمر عبد الرحمن ، مرجع نفسه، ص 2.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

البتروول. وفي منتصف الثمانينات عام 1984 تم العمل به وذلك بتوقيع إتفاقية تنفيذ نفق المانش (The Channel Tunnel) الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا وذلك بين كل من الحكومتين البريطانية والفرنسية من جهة وبين شركة يوروتانال (Eurotunnel) من جهة أخرى¹.

وينسب إصطلاح عقد الـB.O.T إلى تورجوت أوزال (Turgat Ozal) الذي كان رئيسا للوزراء في تركيا، فكان أول من أطلق هذا التعبير في أوائل الثمانينات، غداة إجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص، حيث شرح إستراتيجيته في التنمية والإصلاح الإقتصادي وذلك بإسناد مشاريع البنية التحتية إلى القطاع الخاص على أساس عقد الـB.O.T فأصبح نهجاً إقتصادياً جديداً في تركيا².

الفرع الثاني: إعتقاد عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية في التشريع الجزائري.

إن إمتياز المرافق العمومية بالرغم من أنه وليد الإيديولوجية الليبرالية لتسيير المرافق العمومية، إلا أنه إستعمل في الجزائر منذ الإستقلال إلى يومنا هذا ولكن بنسب متفاوتة بين مختلف المراحل التي مر بها النظام القانوني الجزائري³.

وبإعتبار أن عقد البوت هو تطور حديث لعقد إمتياز المرافق العامة فلم يجد صدا في مفاهيم الإقتصاد الموجه، ونظريات الدولة المتدخلة في الفكر الإشتراكي، والذي ساد الجزائر بعد إستقلالها، وما وجد لا يتعدى أن يكون مجرد إتفاقية لحالة خاصة لإمتياز بناء وإستغلال مرفق شبكات التوزيع العمومي للطاقة الكهربائية لصالح مؤسسة كهرباء وغاز الجزائر⁴.

1 : محمد غازي الجلالي، نظام البناء و التشغيل و النقل (BOT) العودة الى المستقبل، كلية الهندسة المدنية، جامعة دمشق، ملحق 1-4، ص 493، بتاريخ 01-12-2011، على الساعة 18:04. على الموقع:

www.osamakadi.com

2: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 46 .

انظر أيضا:- د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص 92.

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

د ط، 2008، ص 10.

- د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 290.

3 : ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 2، الطبعة الأولى، 2004، ص 197.

4 : إتفاقية مؤرخة في 01 ذي القعدة 1384 الموافق 3 مارس 1965، تتضمن منح مؤسسة "كهرباء و غاز الجزائر

"الإمتياز لبناء وإستغلال شبكة التغذية العامة الموجودة أو التي ستوجد في البلاد، ج.ر.ج.ج، العدد 27، الصادرة 30

مارس 1965، ص 314. (و تجدر الإشارة إلى أن هذه الإتفاقية لم نعثر لها على أثر في الجريدة الرسمية الصادرة باللغة الفرنسية)

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

حيث كان الإمتياز في تلك الحقبة غالبًا ما يتم لإقامة علاقة قانونية بين الدولة من جهة والمؤسسات العامة التي أحدثت لتسيير النشاطات أو القطاعات المؤممة¹.

وبمجرد البدء في الإصلاحات السياسية و الاقتصادية التي عرفتها الجزائر بعد 1988، و بداية التوجه التدريجي نحو إقتصاد أكثر تحرر من هيمنة الدولة، وهذا ما كرس في المادة الأولى من دستور 1989 لما حذف عبارة "الدولة الجزائرية دولة اشتراكية"² التي كانت تتضمنها المادة الأولى من الدستور 1976، بالإضافة إلى تكريسه لإحترام الملكية الخاصة طبقا للمادة 49 منه: "الملكية الخاصة مضمونة"³، كل هذا أثر إيجاباً على سير المرافق العمومية بالجزائر بمختلف أنواعها والتي فتحت أبوابها لأشخاص القانون العام والخاص لإدارتها عن طريق عقود الإمتياز بنظامه الكلاسيكي، أما فيما يخص عقد البناء والتشغيل و نقل الملكية فلم نجد له أثر في المنظومة التشريعية الجزائرية خلال هذه الحقبة.

وفي منتصف التسعينات وخاصة بعد صدور دستور 1996 أكدت الجزائر مرة أخرى تبنيها للنظام الليبرالي، وإجتهت نحو تشجيع الإستثمارات الوطنية والأجنبية في كل القطاعات خاصة بعد إنفتاحها على العالم الخارجي، وتكريسها لحرية الصناعة والتجارة الشيء الذي أكدته المادة 37 من الدستور: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"⁴، وقد جسدتها بإبرامها وإنضمامها لعدة إتفاقيات ثنائية، متعددة الأطراف والمتعلقة بتشجيع الإستثمار وحمايته مثل: المرسوم الرئاسي 95-345⁵، والأمر 95-346⁶.

1 : أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن

عكنون، الجزائر، طبعة 1996، ص441.

2 : دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1976.

3 : دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989.

4 : ج.ر، العدد76، الصادر 8 ديسمبر 1996، ص12.

5 : مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 06 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، يتضمن

المصادقة على الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر، العدد66، الصادر 05 نوفمبر 1995.

6 : أمر رقم 95-346 مؤرخ في 06 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج.ر، العدد66، الصادر 05 نوفمبر 1995.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

مما إنعكس إيجاباً على عقد الإمتياز بنظامه الكلاسيكي وخاصة عقد الـ B.O.T، وهذا التطور الإيجابي قد سارته المدونة التشريعية الجزائرية التي أصبحت غنيّة بجملّة من النصوص القانونية والتنظيمية المكرّسة والمنظمة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في مختلف القطاعات مثل: الطرق السريعة والمياه والنقل العمومي... إلخ، وذلك قصد بناء وتشبيد مرافق عموميّة كبرى وتسييرها لتجنيب الدولة صرف أموال ضخمة ربّما لا تستطيع توفيرها، بالإضافة إلى الثقة في القطاع الخاص فيما يخص قدراته الفنيّة وكفاءته في الإدارة. وقد تمّ تكريس هذا النظام الجديد لأول مرة في الجزائر من خلال المادتين 166-167 من الأمر رقم 95-27 المؤرّخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمّن قانون المالية 1996¹ والثلاثان تضمنتا إمتياز إنجاز الطرق السريعة وإستغلالها وصيانتها، وتطبيقاً لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 96-308 مؤرّخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلّق بمنح إمتيازات الطرق السريعة²، من خلال إتفاقية الإمتياز ودفتر الأعباء التّموذجي الملحقين بالعقد³.

وبالرغم من وجود النص الذي يعطي إمكانية منح الإمتياز بنظام الـ BOT في هذا المجال، إلاّ أنّه لم يطبق في أرض الواقع، وخير دليل على ذلك هو مشروع الطريق السيار شرق-غرب الإستراتيجي الذي بقي لسنوات حبر على ورق، فخلقت الدولة الوكالة الوطنية للطرق السريعة⁴ لإنجازها من خلال صفقات عمومية كلفت مليارات الدنانير الجزائرية. ياترى لماذا هذا التخوف و التردد من طرف السلطات العمومية الجزائرية؟!.

كما توسع إستعمال عقد البوت ليشمل المنشآت والهيكل الأساسية للرّي الفلاحي الصّغير و المتوسط وذلك بموجب المرسوم التنفيذي 97-475 مؤرّخ 08 ديسمبر 1997⁵.

ونظراً للمشاكل التي عرفها قطاع النّقل الجوّي العمومي، وخاصة العجز المالي الذي مسّ شركة "الخطوط الجوية الجزائرية" في بداية التسعينيات، وعجز الدولة عن الدّعم

1 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 31 ديسمبر 1995، ص 71-72.

2 : ج.ر، العدد 55، الصادر في 25 سبتمبر 1996.

3 : انظر للملحق رقم 2.

4 : مرسوم تنفيذي رقم 92-302 مكرر مؤرّخ في 6 محرم 1413 الموافق 7 يوليو 1992، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية

للطرق السريعة، ج.ر، العدد 61، الصادر 12 غشت 1992، ص 1609.

5 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 14 ديسمبر 1997.

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

المالي المستمر، إلى جانب القواعد الجديدة التي تحكم قطاع النّقل الجوّي الدولي المتميّز بالمنافسة و تحرير الأسعار، أدّى بالسلطات العامّة بالجزائر للتّفكير في وضع حلول لهذه المشاكل، و من بين الإقتراحات المقدمة هو فتح قطاع النّقل الجوّي العمومي أمام المستثمرين الخواص الوطنيين و الأجنبي¹.

وهي الفكرة التي تبناها المشرّع من خلال إصداره للقانون 2000-05²، والأمر 03-10³، المعدلان و المتممان للقانون 98-06⁴ المحدد للقواعد العامّة المتعلقة بالطيران المدني.

و بالفعل في 8-4-2002، تم الإعلان عن مناقصة تولية خاصّة بمنح الإمتياز لتجديد و توسيع و تسيير و صيانة مطار الجزائر، و إستئناف أشغال المطار الجديد - هواري بومدين- والذي توقفت به الأشغال منذ 10 سنوات نظراً للمشاكل العديدة التي يعاني منها خاصّة نقص تمويل المشروع ، لذا قرّرت الدّولة منح إمتياز بناء و إستغلال و تسيير هذا المطار لمجموعة من المستثمرين لهم القدرة على إتمام بناء المحطة الجديدة بكلّ توابعها و تسيير المطار وفقاً للمقاييس الدوليّة، إلا أنّ فتح أظرفة المناقصة الدوليّة التي تمت بتاريخ 27-01-2002، لم يسفر عن إختيار أي شركة من الشّركات التي تقدمت بعروضها بسبب عدم إستفائها للمعايير الواردة في دفتر الشّروط، هذا القرار أثر على جلّ المستثمرين الوطنيين و الأجنبي المهتمين بهذا المشروع خاصّة بعد أن قررت الحكومة إنهاء مشروع بناء المطار باللّجوء إلي الخبرة الأجنبيّة الكفؤة و تكفل الدّولة بذلك⁵.

نتساءل عن سبب التردد في عدم تقديم الشركات الأجنبيّة الكبرى والتي تملك الخبرة، و التكنولوجيا العالية في هذا المجال لعروضها؟.

1: بوكموش سرور، النظام القانوني للإستثمار في مجال الطيران المدني، مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2001-2002، ص50.

2 : ج.ر، العدد 75، الصادر في 10 ديسمبر 2000.

3 : امر رقم 03-10 مؤرخ في 14 جمادى الثانية 1424 الموافق 13 غشت 2003، يعدل و يتمّ القانون رقم 98-06 المؤرخ في 03 ربيع الاول 1419 الموافق 27 يونيو 1998، الذي يحدد القواعد العامّة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر، العدد 48، الصادر 13 غشت 2003.

4 : قانون رقم 98-06 مؤرخ في 03 ربيع الاول عام 1419 الموافق 27 يونيو 1998، يحدّد القواعد العامّة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر، العدد 48، الصادر في 28 يونيو 1998 .

5 : أ. نادية ضريفي، مرجع سابق ، ص226-227.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

وفي جانفي 2003 بدأت شركة صينية – CSCEC – بأشغال إنجاز المحطة الجديدة للمطار، و موقف للطائرات بعد أن أبرمت عقداً بالتراضي – gré à gré - مع وزارة النقل لإنجاز المشروع بتمويل من الخزينة العمومية وتعهدت بإتمام المشروع في مدة لا تتجاوز 24 شهراً¹.

وفي سنة 2001 جُسد عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية مرة أخرى في المادة 51 من القانون 01-13²، قصد إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال المسافرين وتسييرها من طرف شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الجزائري ضمن الشروط المحددة قانوناً، وهو ما تم فعلاً تنظيمه بموجب المرسوم التنفيذي 04-417 مؤرخ في 20 ديسمبر 2004، الذي حدّد الشروط المتعلقة بإمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها³.

كما توسع إستعمال عقد البوت ليشمل عدّة قطاعات مثل توزيع الكهرباء والغاز حيث تضمنت المادة 02 و 07 من القانون رقم 02-01، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات⁴ هذه الصيغة.

وإهتماماً من الدولة بقطاع المياه، وقصد إشباع حاجيات الناس من خدماته كمّاً ونوعاً، صدر قانون المياه 05-12⁵، حيث تضمن طرق وكيفيات إدارة وتسيير الخدمات العمومية للمياه والتّطهير عن طريق الإمتياز وتفويض الخدمة العمومية، وتطبيقاً لأحكام المادتين 76 و 78 منه صدر المرسوم التنفيذي رقم 11-220 المحدد لكيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة⁶، تمّ المرسوم التنفيذي رقم 11-340، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات

1 : أ. نادية ضريفي ، مرجع سابق ، ص 227.

2 : ج.ر، العدد 44، الصادر 08 غشت 2001، ص 10.

3 : ج.ر، العدد 82 ، الصادر في 22 ديسمبر 2004.

4 : ج.ر، العدد 8، الصادر في 6 فبراير 2002.

5 : ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005. (الغى قانون رقم 83-17 مؤرخ في 5 شوال 1403 الموافق 16

يوليو 1983، يتضمن قانون المياه ، ج.ر ، العدد 30، الصادر في 19 يوليو 1983).

6 : ج.ر، العدد 34، الصادر في 19 يونيو 2011 .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

الرياضية والترفيه الملاحى¹، فالمرسوم التنفيذي رقم 11-341، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية²، وذلك من خلال إتفاقية الإمتياز ودفتر الأعباء النموذجي الملحقين بالعقد .

وبموجب القانون رقم 08-14³ المعدل و المتمم للقانون رقم 90-30 و المتضمن قانون الأملاك الوطنية، تم التطرق لعقد الـBOT بصورة واضحة وشاملة وذلك من خلال المادة 64 مكرر.

و تجدر الإشارة إلى أنّ فترة التسعينات، رغم ثراء المدونة التشريعية الجزائرية بالتصوص القانونية المنظمة لعقد الـB.O.T، ورغم كل التسهيلات والضمانات القانونية المقدمة للإستثمار الوطني والأجنبي من طرف الدولة الجزائرية مثل: المرسوم التشريعي 93-12⁴، إلا أنه لم يرى الثور في أرض الواقع.

و مع بداية الألفية الثالثة، بدأت الجزائر تستقرّ أمنياً وسياسياً وإقتصادياً، بموجب تدابير أقرتها الدولة، بالإضافة إلى الوفرة المالية التي حققتها الخزينة العمومية بإرتفاع أسعار النفط، كذلك إتجاه الإدارة الجزائرية نحو تشجيع أكثر للإستثمار الوطني والأجنبي، وذلك بإقرار ضمانات قانونية، وإمتيازات جبائية وجمركية⁵، مما أدى إلى إنتعاش وإزدهار نظام إمتياز البوت، فشجّع المستثمرين الخواص الوطنيين والأجانب على خوض تجربة إنشاء وتسيير المرافق العمومية، وزاحموا في ذلك الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية التي كانت قد فشلت في تحقيق السير الحسن لهذه المرافق، وأنهكت كاهل الخزينة العمومية بالمساعدات المالية، فعرف السوق الجزائري تنافسية كبيرة بين عدد من الشركات الأجنبية لكن الملاحظ هو الحضور الكبير للشركات الإسبانية و التي قامت بإنجاز و تسيير خمسة

1 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011 .

2 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011 .

3 : ج.ر، العدد 44، الصادر 3 غشت 2008، ص15.

4 : مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1414 الموافق 5 اكتوبر 1993، يتعلق بترقية الإستثمار، ج.ر، العدد 64، الصادر 10 اكتوبر 1993.

5 : المادة 36 من قانون 12-12 مؤرخ 12 صفر 1434 الموافق 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية 2013، ج.ر، العدد 72، الصادر في 30 ديسمبر 2012، ص13.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

وحدات تحلية مياه البحر عبر التراب الوطني مثل: الكونسورتيوم "جيدا" Le Consortium Geida والذي يضم أربع شركات إسبانية CODESA, BESESA, SADYT, COBRA والتي أنشأت سنة 2004، حيث إشتراك هذا التمرکز مع الشركة الجزائرية للطاقة AEC من أجل إنتاج الماء الخالي من الملح وذلك بمنطقتين من بينهما سكيكدة¹.

هذا بالإضافة إلى المجمع الإسباني أنيما أكاليا ENIMA AQUALIA وشركة مشتركة مع AEC و الذي قام بإنجاز وإستغلال وصيانة مصنع لتحلية مياه البحر في مستغانم بطاقة تقدر ب 100000 م³، والتي كلفت 100 مليون دولار وتستغل لمدة 25 سنة². وكذلك الشراكة بين PRIDESA الإسبانية و SNC Lavalin الكندية لإنجاز و إستغلال وحدة تحلية مياه البحر بزيروالدة تكلف 155 مليون دولار.

وفي نفس الميدان، وقعت شركة مياه تيبازة عقدا مع الشركة الكندية SNC lavalin والإسبانية ACCIONA AGUA بقيمة 150 مليون دولار من أجل تصميم و إنشاء ثم تشغيل وتملك ونقل الملكية (DBOOT) محطة تحلية مياه البحر، وذلك لمدة 25 عام³، بالإضافة إلى الشركة الأمريكية " LONICS " التي قامت بشركة مشتركة مع AEC من أجل بناء، وتأمين تسيير وحدة تحلية المياه بالحامة بالجزائر العاصمة بطاقة تقدر ب 200.000 م³ في اليوم.⁴

أما في مجال توليد الكهرباء أبرمت شركة كهرباء سكيكدة و شركة كهرباء حجر النوس "تيبازة" ، التابعة لشركات عمومية و هي سوناطراك وسونالغاز والوكالة الجزائرية للطاقة « AEC » عقداً مع مجموعة SNC Lavalin بقيمة 600 مليون دولار، لتصميم

1 : أ. نسرین برجی، مبارک بوعشة، الإستثمارات الأجنبية المباشرة و دورها في تنمية و تطوير قطاع المحروقات بالجزائر، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعية ، العدد 31، 2012، ص 68.

Voir aussi :- BENACHENHOU Abdellatif, Op.Cit,P76.

2 : أ. نسرین برجی، مرجع نفسه، ص 68.

Voir aussi :- BENACHENHOU Abdellatif,Op.Cit, P76-77.

3 :حصايم سميرة، مرجع سابق، ص 11-12 .

4: BENACHENHOU Abdellatif,Op.Cit,P 145.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

وإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة، مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدّة¹، و هذا المشروع هو الأول الذي ينشأ وفقا للقانون رقم 01-02².

و ما يلاحظ في الواقع العملي أن الوكالة الجزائرية للطاقة « AEC » هي المساهم الوطني برأس مالها الإجتماعي مع الشركات الأجنبية المستثمرة في الجزائر .

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 نخرج للتكييف القانوني وموقف المشرّع الجزائري من هذا التكييف .

المطلب الأول: أطراف عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

نظراً لعدم إستطاعة غالبية البلدان على تلبية إحتياجات البنية الأساسية لجأت للقطاع الخاص كبديل لتمويلها وتشغيلها، فإتخذت من عقود البوت كآلية إقتصادية 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.

أولاً : الدولة كطرف في عقد ال-B.O.T.

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

1 : BENACHENHOU Abdellatif,Op.Cit, P149-150.

2 : حصايم سميرة ، مرجع سابق، ص12-13.

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

كان الطّرف المتعاقد مع الشّخص الأجنبي ليس الدّولة ذاتها، بل هو جهاز تابع لها ويعمل لحسابها¹.

ولقد إنّجه الفقه في تحديد المقصود بالدّولة كطرف متعاقد في إطار العقود التي تهدف إلى تحقيق التّنمية الإقتصادية إلى إتجاهين معارضين²:

1. الإتجاه المضيق لعقود الدّولة: وفقا لهذا الإتجاه فإنّ مصطلح عقود الدّولة

يقنصر على العقود التي تقوم الدّولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها.

2. الإتجاه الموسع لعقود الدّولة: وفقا لهذا الإتجاه فإنّ مصطلح عقود الدّولة يشمل

علاوة على العقود التي تقوم الدّولة بإبرامها بنفسها، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها.

ومن أجل تأكيد وجهة النّظر الموسعة لعقود الدّولة إستند جانب من الفقه إلى نص المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدّولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمار وبين الدّول ورعايا دول أخرى³ (CIRDI)، والذي طور فكرة المقصود بالسّلطة المتعاقدة في مجال الإستثمار⁴، 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 إتصالاً مباشراً بأحد الإستثمارات،....." ⁵.

وما يلاحظ من خلال المادة 1/ 25 الصادرة باللّغة العربية أنّها أسقطت عبارة الهيئة العامّة أو الجهاز تابع للدّولة بخلاف النّص 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

1 : د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 37 .

2: د. حفيظة السيد الحداد، مرجع نفسه، ص 38.

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

4: د. الأسعد بشار محمد، عقود الإستثمار في العلاقات الدّولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2006 ، ص 15.

انظر أيضا:- د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 39 .

5: ج.ر، العدد66، الصادر في 05 نوفمبر 1995، ص 28.

qu'il désigne au centre), et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement".¹

وبالتالي الترجمة الصادرة بالعربية ناقصة، و التي وجب أن تكون كالآتي:
"يختص المركز بالنظر في المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة (أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز)، و أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، و التي تتصل إصلاً مباشراً بأحد الإستثمارات...."

نخلص مما سبق أنّ 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 الصّفات 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 الإقتصادية،....."².

فالسّطة 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 فإنّ إعطاء مهمة إبرام هذه العقود من طرف هذه الأجهزة يخلق جو من المنافسة ويشجع على خروج الإقتصاد الوطني من التخلف والركود.

وهذا ما أكدّه المشرع الجزائري لما خول للوالي و لرئيس المجلس الشعبي البلدي سلطة منح الإمتياز وذلك من خلال المادتين 7 و 9 من قانون 04-417 حيث نصّت المادة 07: "عندما يصرّح بأنّ المنشآت القاعدية لإستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطّرق ذات منفعة محلية يمنح الإمتياز رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً ويمنحه الوالي

1: ج.ر، العدد66، الصادر في 05 نوفمبر1995، ص23.

2: مرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرّخ في 1 ربيع الأول1434 الموافق 13 يناير 2013، يعدّل و يتمّ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرّخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر2010، و المتضمّن تنظيم الصّفات العموميّة، ج.ر، العدد02، الصادر13 يناير2012، ص05.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

المختص إقليميا عندما يقر بأنها ذات منفعة جهوية أو وطنية¹، وهونفس المعنى ذهبت إليه المادة 5 من المرسوم 475-97 المتعلق بمنح منشآت والهيكل الأساسية للرّي الفلاحي الصّغير والمتوسط. " يمنح الإمتياز بقرار من الوالي المختص إقليميا الذي يعمل لحساب الدّولة"².

وفي الحقيقة أن الدّولة في عقود البوت قد تُمثل من خلال عدة جهات³:

أ-الجهة مانحة الترخيص أو الإلتزام: وهي الجهة التي يخولها الدّستور أو القانون الحق في منح الترخيص أو الإلتزام للقطاع الخاص ببناء أو تطوير وتمويل مرفق من مرافق البنية الأساسية لفترة معينة وتتمثل في السّلطة 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 أنّ هذه العقود هي عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية إحتياجات هذه الجهات أو الشركات، على أنّ هذا العقد يكون في كلّ أحواله عقداً مدنياً يخضع في أحكامه لما إتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدني.⁴

ونظراً لخطورة وحساسية إمتياز المرافق العمومية الوطنية من التّواحي السياسية، والإقتصادية، والقانونية، فلقد أوجب المشرّع الجزائري في بعض القوانين، أن يكون منح الإمتياز موضوع الإتفاقية من طرف الوزير المكلف بذلك القطاع والذي يتصرف لحساب الدّولة، وهذا ما نصّت عليه المادة 2/02 من المرسوم التنفيذي 96- 308 المتعلق بالطرق السريعة، بالإضافة إلى ضرورة المصادقة على هذه الإتفاقية بموجب مراسيم يتخذها مجلس الحكومة، وهذا ما أكدته المادة 03 من نفس القانون.

1: ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.

2: ج.ر، العدد 82، الصادر في 14 ديسمبر 1997، ص21.

3: أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص58-59.

4: د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص90.

وهو نفس المعنى ذهبت إليه المادة 116 من الأمر 10-03¹، 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 المدّة، وتدعى "شركة المشروع". حيث تتكون عادة هذه الهيئة الخاصة من شركة أو مجموعة من الشركات ذات قدرة مالية عالية تتشكل فيما بينها مايدعى بـ "الإتحاد المالي" أو "Consortium"². يُعرف "كونسورتيوم المؤسسات" أنه: عقد مبرم بين مؤسّستين أو أكثر بغرض الحصول على صفقة توريد سلع، أو تقديم خدمات، أو تنفيذ صفقة بصفة مشتركة أو تضامنية، يتخذ عدّة أشكال حسب طبيعة نشاطه، دون أن ينشأ عنه كياناً ذاتياً أو شخصية قانونية مستقلة عن أشخاص الشركاء³.

ويأخذ سيناريو تكوين هذه الشركة من الناحية العملية عدّة مراحل⁴ :

المرحلة الأولى: هي الدّخول في إتفاق تعاقدى بين عدة شركات للدّخول في العطاء وتقديم عرض مشترك، وتبدأ المرحلة الثانية: في حالة رسو العطاء وتقديم عليهم فتمتى رسى العطاء على أصحاب العرض المشترك يتم إبرام إتفاق تفصيلي بتحديد حقوق والتزامات المساهمين في شركة المشروع، وتأتي المرحلة الأخيرة: الممثلة في شركة المشروع وإكتسابها الشّخصية الإعتبارية المستقلة.

هذا فإن المشرّع الجزائري في قانون الصّفقات العمومية فضّل وإشترط ضرورة تكوين شركة تضامن إّجاه الدّولة أو بالشّراكة في المشاريع الإقتصادية، وهذا ما أكدته المادة 08 من المرسوم الرئاسي 23/12: " يجب أن يتدخل المتعاهدون، في إطار تجمع المؤسسات،

1: ج.ر، العدد48، الصادر في13 غشت 2003.

2: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص298.

Voir aussi: - LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé ,Op.Cit,P70.

3 : حصايم سميرة، مرجع سابق، ص27.

4 : أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص63.

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل المالكية.

في شكل تجمع بالتّضامن أو بالشّراكة.¹، وأضافت الفقرة 04: "يكون التّجمع بالتّضامن عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التّجمع بتنفيذ الصّفقة كاملة."²

كما يمكن أن يتكون الإتحاد المالي الذي يتولى تنفيذ المشروع من شركات تنتمي إلى أكثر من دولة³، بالإضافة إلى أنّه من الضّروري أن يكون من بين الأطراف الخاصّة المنفذة للمشروع شركة خاصّة تنتمي أصلاً إلى الدّولة المضيفة التي سيتم تنفيذ المشروع بها، فهذا يؤدّي إلى تحقيق العديد من المزايا مثل: وجود درجة أكبر من الخبرة المحلية، و التّمتع بتأييد حكومي وشعبي ملحوظ، وكذا فإنّ مثل هذا الأمر من شأنه أن يضمن عمليات نقل التّقنيات الأجنبية المتطورة إلى الدّولة المضيفة النّامية⁴، وهذا مانصّت عليه المادة 58 من الأمر 09-01 المتضمّن قانون المالية التّكميلي لسنة 2009، لما وضعت معايير بشأن الأهلية ومقتضيات أخرى تتعلّق بأصحاب الأسهم في شركة الأسهم، حيث نصّت: "لا يمكن إنجاز الإستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثّل فيها المساهمة الوطنية المقيمة بنسبة 51% على الأقل من رأس المال الإجمالي، ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدّة شركاء."⁵ وبالتالي خوّلت للأجانب الحق في أن تكون لهم أسهم في الشّركة ولو بنسبة مئوية معينة وتخصّص النّسبة الباقية للمستثمرين المحليين، وتعتبر الـ AEC المساهم الوطني بنسبة 51% من رأس المال الإجمالي في مجال تحلية مياه البحر، و توليد الكهرباء.

بالإضافة إلى أنّ المشرّع الجزائري فتح المجال أمام الأشخاص الأجانب، عندما لم يشترط الجنسية الجزائرية في صاحب الإمتياز، وهذا ماكرّسته المادة 01 من الأمر رقم 01-03: "يحدّد هذا الأمر النّظام الذي يطبّق على الإستثمارات الوطنية و الأجنبية المنجزة في النّشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات وكذا الإستثمارات التي تنجز في إطار

1: مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق 18 يناير 2012، يعدّل و يتمّ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، و المتضمّن تنظيم الصفقات العموميّة، ج.ر، العدد 04، الصادر 26 يناير 2012، ص 14.

2: ج.ر، العدد 04، الصادر 26 يناير 2012، ص 14.

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

4: د.شكري رجب العشموي، إسماعيل حسين إسماعيل، سمير محمد عبد العزيز، معايير السلامة الإستثمارية و مشروعات -أسس-نماذج-حالات، المكتب العربي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، دط، دون سنة نشر، ص 189-190.

5 : أمر 01-09 المؤرخ في 29 رجب 1430 الموافق ل 22 يوليو 2009، المتضمّن قانون المالية التّكميلي لسنة 2009، ج.ر، العدد 44، الصادر في 26 يوليو 2009، ص 13.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

منح الإمتياز و/أو الرخصة¹، 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"².

بالإضافة إلي 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 أيضاً الطرف أو الجهة المسؤولة عن دخول الإتفاقيات التعاقدية الخاصة بالمشروع مع الحكومة المضيفة ومقاول البناء، و شركة تشغيل المشروع وموردي المعدات، والمواد الخام، و ما إلى ذلك من الأطراف³.

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

نظراً 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 البوت⁴.

فالدولة تفوض الهيئة الخاصة لبناء المشروع وتشغيله لمدة زمنية محددة، كما تبرم الدولة مع بعض الجهات الإستشارية عقود توفر لها الإستشارات والمعلومات اللازمة التي

1: أمر رقم 03-01 مؤرخ في 1 جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، يتعلّق بتطوير الإستثمار، ج.ر، العدد 47، الصادر في 22 غشت 2001، ص 05.

2: مرسوم رئاسي 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: د.شكري رجب العشموي، مرجع سابق، ص 188.

4: أ.هاشم عوض عبد المجيد، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت "BOT" كآلية للخصخصة في الدول العربية، الرياض، ص 136، بتاريخ 14-10-2011، على الساعة 21:32. على الموقع:

<http://www.globalarabnetwork.com/economics-anddevelopment/economic-reports/5509-2011-08-13-01585923>.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

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 لبيع 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 الـBOT، حيث يؤدون دوراً بالغ الأهمية لمعاونة الجهة الإدارية المختصة في تحديد جدوى المشروع الإقتصادية، الإجماعية و المالية من وجهة نظر الدولة (خصائص المشروع-موقعه-آثاره الإجماعية-آثاره البيئية- توزيع المخاطر-التقييم المالي.....إلخ)، و تحضير مستندات العطاء و تقييم العروض وهذا مانصت عليه المادة 158 من المرسوم الرئاسي 236/10: " يمكن اللجنة أن تستعين على سبيل الإستشارة بأي شخص ذي خبرة من شأنه أن يساعدها في أشغالها."¹، بالإضافة إلي تمثيل الجهة الحكومية في مرحلة التشيد و التشغيل.²

وعلى الدولة أن تجري الرقابة على الإستشارين، ولها الحق في إنهاء العقد في حال إخلال المتعاقد معها في القيام بالواجبات الملقاة على عاتقه.³

ثانياً: الممولون (عقود التمويل).

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

1 : ج.ر، العدد58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص56.

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

3 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 350 .

* : لمزيد من التفاصيل انظر لـص.ص 9 - 12 من هذه المذكرة .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

وتتنوع مؤسسات التمويل من حيث طبيعة نشاطها وأغراضها ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع: مؤسسات التمويل التجارية، مؤسسات التمويل التنموية ووكالات التنمية الوطنية.¹

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.²

و في حالة الإقتراض بلا ضمان، فإنّ المؤسسات المقرضة تعتمد على كمّ التدفقات النقدية و كذا أصول المشروع كضمان لسداد الديون، أمّا في حالة الإقتراض بضمان محدود فهي تشير دائما إلى الوضع الذي تتدخل فيه الحكومة، بحيث تجعل إيرادات المشروع أكثر تأكيدا،³ مثل: شراء الدولة للخدمة.

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 الـ BOT غالبا ما تتم وفقا لشكل محدد وهو عقد تسليم المفتاح.⁴

1 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه ، ص 356.

2 : أ.محمد أحمد غانم، مرجع نفسه ، ص 75.

انظر أيضا:- د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص 109-110.

3: LYONET DU MOUTIER Michel,Financement sur projet et partenariat public-privé,Op.Cit, P89.

4 : أ: هاشم عوض عبد المجيد، مرجع سابق، 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، لقاء أجره 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.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

وتتميز هذه العقود بقصر مدتها إذا ما قورنت بمدة تنفيذ عقد البوت كأن تتراوح من سنة إلى 3 سنوات.¹

رابعاً: 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، و تعد أعمال الصيانة من الأعمال الضرورية لتشغيل المرفق باستمرارية، و تتصف هذه الأعمال بالطابع الدوري و تجري إستناداً لبرنامج محدد سلفاً.² و نجاح هذا العملية غالباً ما تكون شركة التشغيل و الصيانة أحد مؤسسي المشروع.³

و تتجلى أهميّة العقد في كونه يمكن السّطة المتعاقدة من سدّ حاجيات الجمهور كما يضمن للدائنين التدفقات النقدية "cash flow" "لسداد الديون".⁴

خامساً: موردون (عقود التوريد).

تلجأ شركة المشروع إلى الموردين لتزويد بعض المعدات و الآلات التي تدخل في تشييد المشروع و لكثها لازمة لتشغيله في مراحل لاحقة.⁵ و لا بدّ أن يوضّح في حالة زيادة سعر التوريد على ما هو متفق عليه، أن يتحمّل الجهة الحكومية تلك الزيادة، فمشاريع محطات توليد الكهرباء مثلاً، تحتاج إلى الوقود المتمثل في البترول أو الفحم و أحياناً مساقط المياه ، لذلك فإنّ شركة المشروع تتفق مع مورد الوقود على تقديم كمية محددة بسعر محدد خلال فترة طويلة نسبياً، حتى تضمن إستقرار السّعر، و في حالة عدم حصول المحطة على الكمية المتفق عليها في العقد ، فإنّ المورد يلتزم بدفع قيمتها و هو ما يعرف بمبدأ " Bay or Pay " .⁶

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

2: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص354.

3 : البشيشي أمل، نظام البناء و التشغيل و التحويل BOT ، سلسلة جسر التنمية، دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية،المعهد الوطني للتخطيط، الكويت، العدد35، الصادرة في نوفمبر2004، ص05.

4: HAROUN Mehdi, Op.Cit,P25.

5 : أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 78.

6 : حصايم سميرة، مرجع سابق، ص85.

و تتجلى أهمية العقد في كونه يحمي شركة المشروع و حقوق المقرضين¹.

سادساً: مشتري الخدمة (عقود شراء الخدمة).

يعتبر عقد شراء الخدمة من بين أهم العقود اللازمة لإبرام مشاريع الـ 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

يشترى الخدمة التي يقدمها المشروع،² ويؤمن هذا العقد لشركة المشروع إيرادات ثابتة ويعدّ إحدى الضمانات الأساسية لتمويل المشروع خلال مرحلة التشغيل و يضمن للجهات الممولة سداد القروض المبرمة معها.

ويكثر هذا النوع من العقود في ظل مشاريع إنتاج الطاقة الكهربائية،³ و هذا ما هو واقع في الجزائر، فمنتوج الطاقة الكهربائية أو المياه يباع لمشتري وحيد وهو السونلغاز أو السوناطراك، و ذلك بتسعيرة متفق عليها مسبقاً في العقد ، ويعاد بيعه لموزع وحيد في الجزائر ADE بسعر محدد من طرف السلطات، و تتحمل الخزينة العمومية فارق السعر⁴، 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 التعريفه التي سنتقضاها الشركة مقابل تقديمها هذه الخدمات.⁵

سابعاً: 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

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

2 : أ. هاشم عوض عبد المجيد، مرجع سابق، ص 138.

3 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 354-355.

4 : BENACHENHOU Abdellatif, Op.Cit, P 77-93.

5 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه، ص 355.

- لمزيد من التفاصيل ارجع للصفحة 12 و 13 من هذه المذكرة .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

المخاطر، مما يحتم على الشركة الإعتماد على شركات التأمين لتوفير التغطية التأمينية لمختلف أنواع المخاطر،¹ سواء كانت مخاطر بناء أو مخاطر تجارية أو سياسية أو طبيعية.... إلخ،² 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 تعطي الأخطار الناجمة عن إنجاز و/أو تسيير الإمتياز وتلك المتعلقة بالتزاماته ومسؤولياته ، يجب أن تودع عقود التأمين التي تغطي أخطاره وإلتزاماته ومسؤولياته شهرا قبل بداية إنجاز و/أو تسيير المنشأة القاعدية لدى السلطة المانحة للإمتياز"³.

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،⁴ بالإضافة لوكالة ضمان الإستثمار.

و قد 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.⁵

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 تنطوي على تفاصيل شديدة التعقيد ولذلك - وكما قلنا سابقاً- ولكي نلم بموضوعنا أردنا أن نخصص ونركز دراستنا، على العلاقة القائمة بين الأطراف الرئيسية للعقد.

1: البشيشي أمل، مرجع سابق، ص6.

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

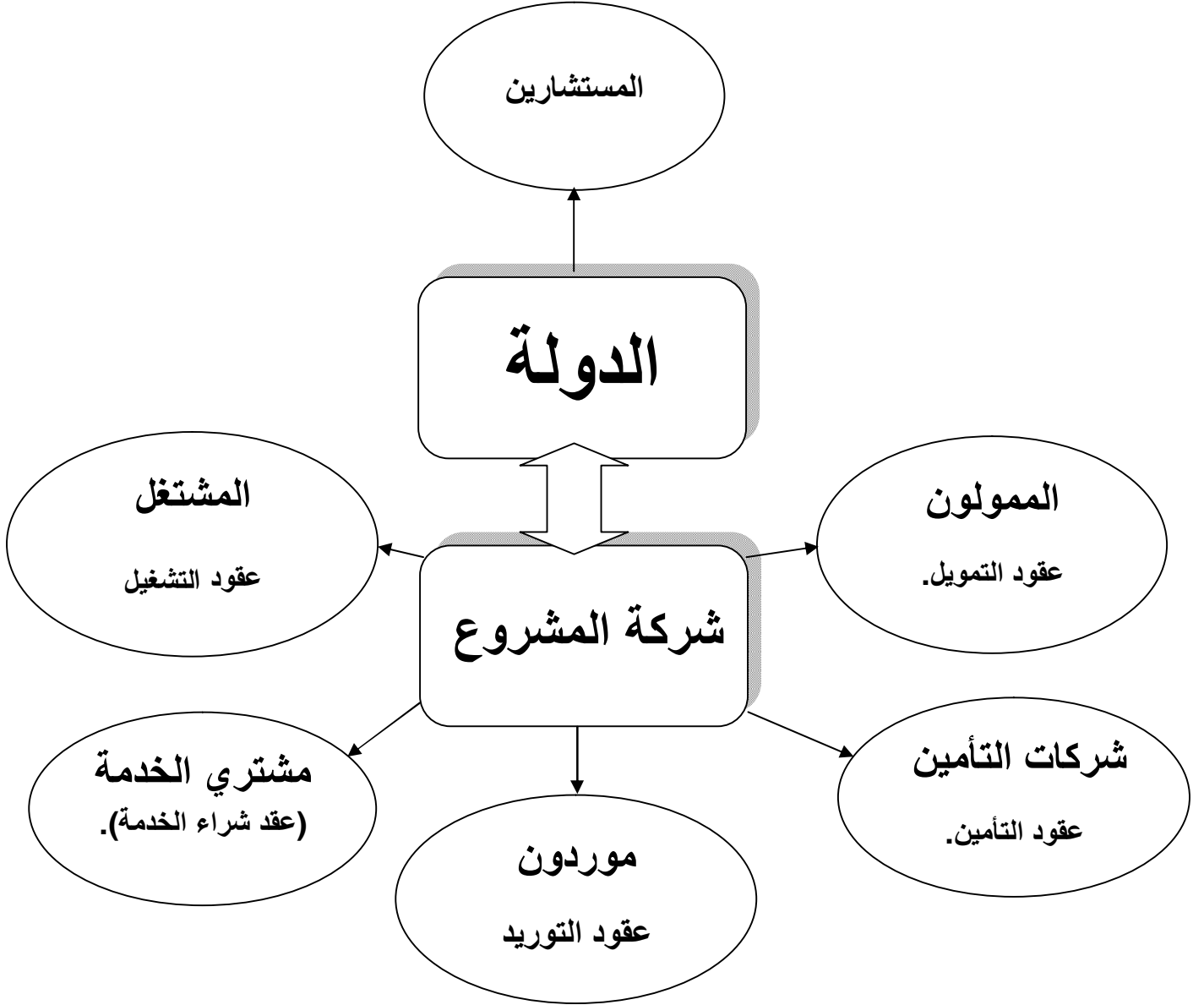
مخاطر التشغيل: و تتمثل في ظهور عيوب فنية في المشروع، أو حدوث انقطاع في مصادر الطاقة، أو نشوب حريق. مخاطر التطوير: تشمل الضغوط التنافسية التي قد تتعرض لها الشركة من قبل منتجين جدد في حالة حدوث تغيرات تكنولوجية يصاحبها انخفاض التكلفة، وهو ما يترتب عليه خسائر ناجمة عن تحول الطلب. المخاطر التجارية: مثل حدوث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

3: ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.

4: أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 78.

5: حصايم سميرة، مرجع سابق، ص 87.

الهيكل العام لمشروعات الـ BOT .



المطلب الثّاني: التّكييف القانوني لعقود البناء و التّشغيل و نقل الملكية

تكمّن أهميّة التّكييف القانوني لعقد الـ BOT في تحديد النّظام القانوني الذي يخضع له العقد، و الجهة القضائية صاحبة الإختصاص في منازعاته، وهذا يفرض علينا تحديد طبيعته سواء من النّاحية الفقهية أو القانونية.

الفرع الأوّل : التّكييف الفقهي لعقود البوت.

لقد ذهب البعض إلى إعتبار عقود البوت من العقود الإداريّة لما تتمتع به الدّولة من إمتيازات السلطات العامّة، بينما ذهب إتجاه آخر إلى إعتبارها من عقود القانون المدني بالنظر للمكانة التي تحظى بها الشّركات الأجنبيّة، وبين هذا وذاك ذهب فريق آخر إلى ضرورة تكيّف كل عقد على حدى لتكون بذلك عقود البوت حسب هذا الإتجاه ذات طبيعة خاصّة.

أولاً: الطبيعة الإدارية لعقود البوت.

1. **العقد الإداري الداخلي:** يتّجه كثير من فقهاء القانون العام إلى تكييف هذه العقود على أنّها عقود إدارية،¹ وإسترشد أنصار هذا الرّأي بالأدلة التّالية:

أ- **عقود البوت هي إمتداد لعقد الإمتياز:** حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن:

" إلتزام المرافق العامّة ليس إلاّ عقداً إدارياً يتعهّد أحد الأفراد أو الشّركات بمقتضاه بالقيام على نفقته و تحت مسؤوليته بتكليف من الدّولة أو إحدى وحداتها الإداريّة، وطبقاً للشّروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامّة للجمهور، وذلك مقابل التّصريح له بالإستغلال المشروع لمُدّة محدّدة من الزمن وإستيلائه على الأرباح."²

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 شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. انظر:- د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص38.

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

- د. عبد العزيز خليفة، المنازعات الإداريّة، ضوابط التحكيم في المنازعات العقود الإداريّة، دار

الكتاب الحديث، د ط، 2008، ص106.

2 : د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص26.

انظر أيضاً:- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص81.

- د. جابر جاد نصار، مرجع نفسه، ص100.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

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

ب- خضوع عقود البوت لمعايير العقد الإداري. وتتمثل في¹:

- وجود شخص عام طرفًا 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 إمتيازات للدولة لا بدّ من إعتبارها أمورًا لا جدال فيها ولا تفاوض عليها، وواجبًا حكوميًا لا بدّ منه لتحقيق رفاهية الشعب، والتي لا تأتي إلا بممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية و الإدارية،² وفي المقابل تُعطى لشركة المشروع أو المستثمر إمتيازات لا نجدها في القانون الخاص مثل: طلب إعادة التوازن المالي.
- كما أسترشد أنصار هذا الرأي، أن إسناد جهة الإدارة لشركة المشروع إنشاء وإدارة مرفق عام، كان بها من باب أولى إنشائه، يعتبر هذا أمرًا إستثنائيًا يستدل به على الصفة الإدارية للعقد.³

ج- من الصعب القول بإعمال النظرية العامة للعقود في القانون الخاص على مثل هذه العقود: لأنّ 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.⁴

1 : د. احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص383.

انظر أيضًا:- د.عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص79.

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

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

2 : د.الاسعد بشارمحمد، مرجع سابق، ص73.

3 : د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص141.

انظر أيضًا:- د.عبد الفتاح البيومي حجازي ، مرجع نفسه، ص84.

- د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص99.

4 : د.عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع نفسه، ص85.

انظر أيضًا: - د . مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع نفسه، ص89.

ويترتب على هذه الآراء عدّة آثار نذكرها:¹

– ضرورة إتباع الإدارة لقانون الصّفات العمومية.

– إذا لم يكن بالعقد نص خاص بالتحكيم، فإنّه يخضع بشأن منازعته للمحاكم الإدارية ومجلس الدولة، بإعتبارهما الجهة الأصلية في الفصل في مثل هذه المنازعات. وهو ما يجعل الطّبيعة الإدارية لهذه العقود ثابتة لا جدال فيه.

2. العقد الإداري ذا الطابع الدّولي:

أ- تعريفه : عرفه الفقيه *Piere Regli* على أنّه : " عقود طويلة المدّة، طرفها هما الحكومة وأجهزة تابع لها من جهة، وشخص أجنبي طبيعى أو إعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود بإستثمارات ضخمة، وتتضمّن شروطاً ومزايا غير مألوفة".²

كما عرّف أنّه تلك العقود التي أبرمتها الدّولة بوصفها سلطة عامّة مع أطراف أجنبية مثل: عقود شراء الأسلحة، وعقود إمتياز المرافق العامّة، و العقود التي تستند الدّولة بمقتضاها إستغلال ثرواتها الطّبيعية، و بصفة خاصّة التّنقيب عن البترول إلى الشّركات الأجنبية.³

و عرفه الدكتور خليفة عبد العزيز، العقد الإداري الدّولي: هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري، من كون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ويتعلّق بمرفق عام، وتظهر فيه إرادة الشّخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام، من خلال إنطواء العقد على شروط إستثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية وبين الصّفة الدّولية من حيث إتصال العقد بمصالح التجارة الدّولية بإنطوائه على رابطة تتجاوز الإقتصاد الدّاخلي للدّولة المتعاقدة.⁴

ب- المعايير المميزة للعقد الإداري الدّولي: ويتنازع تمييز العقد الإداري الدّاخلي عن العقد الإداري الدّولي معيارين:

1 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص 89.

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

3 : أ. محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 104.

4 : د. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدّاخلية و الدّولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، دط، 2006، ص 130.

✓ **المعيار القانوني لدولية العقد:** وفقاً لهذا المعيار يعد العقد الإداري تولىً إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال 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، والعملية المستخدمة في الوفاء المقابل لأداء الإلتزام التعاقدية.¹

ولقد اختلف أنصار هذا الإتجاه في مسألة جوهرية وهي مدى فاعلية هذه العناصر فيما إن كانت جميعها متساوية في دمة 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 الدولية، بينما يرى جانب آخر أن العقد يستمد صفة الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها.² وعلى الرغم من وضوح هذا المعيار والسهولة العملية إلا أنه انتقد من حيث أنه يتسم بالجمود، إذ يكفي أن يكون في الرابطة العقدية عنصراً أجنبياً حتى يقال بدولية العقد.

✓ **المعيار الإقتصادي لدولية العقد:** وبتطبيق هذا المعيار يعدّ العقد دولياً، إذا تضمن إنتقال الأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى، أو إذا تعلقا العقد بمصالح التجارة الدولية، أي إذا إنطوى على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي لدولة معينة.³ وقد عيبَ على هذا التعريف الإقتصادي لدولية العقد أنه جاء غامضاً فالعقد يعدّ دولياً 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 دولياً 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.⁴

1 : د. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية ، مرجع سابق ، ص130.

2 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص129.

3 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع نفسه، ص129.

4 : د. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية، مرجع نفسه، ص131.

ثانياً: عقود البوت من قبيل العقود المدنية.

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقود البوت هي عقود مدنية، وأسترشد أنصار هذا الرأي بالبراهين التالية¹:

- 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 فرداً عادي وبالتالي تخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري.
- إنّ 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 أنّ أحكام التّحكيم تنفي الطبيعة الإدارية لهذه العقود، إذ أنّ أحكام التّحكيم لم تسبغ على عقود البوت الصّفة الإدارية و إعتبرتها عقود خاصة.
- تتعارض الطبيعة الإدارية لعقود البوت مع سياسة تشجيع الإستثمار، حيث يؤدي إعتناق الدّول لهذا التّكيف إلى تخويف المستثمر وإعراضه عن إستثمار أمواله.

ثالثاً: الطبيعة الخاصة لعقود البوت.

وعلى خلاف الإتجاهين السّابقين، يقف إتجاه ثالث من الفقه موقفاً وسطاً، في إعتبار عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة، وإسترشد هذا الفريق بالبراهين التالية²:

- على الرّغم أنّ لهذا العقد جذوراً تتمثّل في عقود الإمتياز، إلاّ أنه يوجد بينهما العديد من الإختلافات الجوهرية، بحيث أصبحت عقود البوت تبرم بعد مفاوضات شاقّة من الطرفين، كما أنّها تعدّ مفهوماً جديداً في مجال الدّراسات القانونية، يقوم على إستخدام التّمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة وذلك عن طريق الإتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها شركة المشروع.

1 : د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص31-32.
انظر أيضاً:- د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص304-305.
- د. عصام احمد البهجي، مرجع سابق، ص102.
2 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص142.
انظر أيضاً:- د. عصام احمد البهجي، مرجع نفسه، ص104.
- د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص385.

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

- ويضيف أصحاب هذا الإتجاه، بأن هذه العقود تتطلّب وضع قوانين جديدة تحكم العديد من الأمور ومنها ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع ومدى جواز تحويل الأموال التي يحقّها المشروع، و إجراءات تسوية المنازعات وديًا، وكيفية إعادة المشروع إلى الدّولة، و الرّسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها.
- ويذهب البعض إلا أنّ الطّبيعة الخاصّة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، إنّما تستند هذه الخصوصيّة من موضوعها، وإرتباطها بخطط التّنمية في الدّولة المضيفة.¹

لذلك يصعب وضع تكيف محدود وثابت لهذه العقود، وإّما يلزم مراجعة كلّ عقد على حدى وذلك لأسباب التّالية:²

- ✓ خلو نصوص القانون المدني من الإشارة إلى مثل هذه العقود .
- ✓ عدم وجود تنظيم قانوني لمعالجة هذه التّوعية من العقود.
- ✓ إنّ هذه العقود تقترب من العقود الإداريّة لتعلّقها بمرفق عام، وأنها تقتضي ظهور الدّولة كسلطة عامّة بالإضافة إلى أنّها لا تحتوي على شروط إستثنائية وبالتالي تخرج عن نطاق العقود الإداريّة.

الفرع الثاني: موقف المشرّع الجزائري من تكّيف عقد الـB.O.T.

بعد إستعراضنا لمضمون الإختلافات الفقهيّة حول التّكّيف القانوني لهذا العقد، وفي غياب نظام قانوني جزائري خاص شامل ودقيق له*، بالإضافة إلى إفتقارنا لسوابق قضائية نرتكز عليها في هذا الشأن، ورغم وجود عدة أحكام سواء كانت مراسيم أو قوانين متفرقة

1 :د. الاسعد بشارمحمد، مرجع سابق، ص112.

2 : د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق ، ص386.

* : نجد بعض القوانين أعتبرت عقد البوت عقد إداريا نذكر على سبيل المثال المادة 03 من قانون البوت السنغالي:

"les contrats BOT sont des contrats administratifs qui sont régis par les dispositions de la présente loi, ainsi que par celles du code des obligations de l'administration , dans la mesure ou elles ne sont pas contraires aux dispositions de la présente loi". La loi BOT sénégalaise N°2002-550, du 30 Mai 2002, le 08-06-2012 à 14:56H. sur site :

[http:// www.droit-afrique.com/images/textes/Sénégal%20-%20loi%20 BOT.pdf.](http://www.droit-afrique.com/images/textes/Sénégal%20-%20loi%20BOT.pdf)

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

منظمة لهذا الإمتياز، إلا أنّ المشرّع لم يقدّم بتكليفه، و باعتبار أنّ العقود الإدارية في الجزائر يتمّ تحديدها قانوناً، 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 كميّات تحديد دفاتر الشّروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدّولة للتجارة الخارجية التي تنص: "إمتياز إحتكار الدّولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدّولة التّبعيات والشّروط التي يخضع لها أصحاب الإمتياز، وتبين حقوقهم و واجباتهم إزاء الدّولة."²

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

فضلا على ذلك، فإن المشرّع الجزائري إعتبر هذا النوع من العقود من عقود القانون العام، خاصة في مجال استعمال الموارد المائية، حيث نصت المادة 76 من القانون 05-12 المتعلّق على أنّه: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأمالك العمومية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص..."⁴

بالإضافة إلى أنّ النصوص المنظمة لهذا العقد إستعملت عبارة "إمتياز" CONCESSION في جميع القوانين لدلالة عليه.

أما الحالة الثانية: في حالة منح المشرّع الإختصاص التّوعي للفصل في التّراعات المتعلّقة بالعقود التي تبرمها الإدارة، إلى الجهات القضائية الإدارية، وهي القاعدة التي

1 : بوياب 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، ص40.

2 : ج.ر، العدد 03، الصادر في 18 يناير 1989، ص70.

3 : ج.ر، العدد 49، الصادر في 03 سبتمبر 2008، ص05.

4 : ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، ص12.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

كرّسها المشرّع الجزائري لما تبنى المعيار العضوي من خلال المادة 7 من الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية¹، وتقابلها المادة 800 من القانون 08-09 المتعلق ق.إ.م.².

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

وباعتبار أنّ 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 أنّها تتضمن حركة و إنتقال لرؤوس الأموال والسّلع و الخدمات عبر الحدود.

وفي هذا السياق، نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق لتعريف العقد الدولي صراحة، لكن يمكننا الإعتماد على بعض الأسس التي تضمنتها المنظومة قانونية الجزائرية مثل: المادة 02 من المرسوم التشريعي 93-09 المعدّل و المتمم للمادة 458 مكرر للأمر 66-154: " يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التّحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج."³، ما يفيد من خلال هذه المادة أن المشرّع الجزائري جمع بين المعيارين القانوني والإقتصادي للإضفاء الصّفة الدولية على العقد.

1 : أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، العدد 47، الصادر 9 يونيو 1996، ص 582.

2 : قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر، العدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008، ص 75.

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

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل المالكية.

لكن تغيّر هذا في ظل قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد جاء في نص المادة 1039 على أنه: "يعد التّحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التّحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل".¹

والملاحظ من خلال هذا النص أن المشرّع الجزائري في ظلّ هذا القانون تبنى المعيار الإقتصادي دون المعيار القانوني وهذا لما إشتراط أن يتعلق النزاع بالمصالح الإقتصادية للدولتين، وربما كان ذلك إقتداءً بالمشرّع الفرنسي والإتفاقية الأوروبية للتّحكيم التجاري الدولي.²

1 : ج.ر، العدد21، الصادر في23 أبريل 2008، ص93.
2 : حصايم سميرة، مرجع سابق، ص 42.

المبحث الثالث: أشكال عقد الـB.O.T و تمييزه عن بعض العقود المشابهة له.

إذا كان مفهوم البوت في صورته الأصليّة يعني البناء و التّشغيل ثم نقل الملكية، فلقد أفرز الواقع العملي صيغ قانونية مشتقة منه، ومغايرة عنه، في بعض أو كلّ عناصره، ولكّنها تنصب تحت العنوان العريض لعقد البوت، بالإضافة إلى أنّه توجد عقود أخرى تعكس مشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية للدولة، ونظرًا للتشابه الموجود بين عقد البوت و بعض هذه العقود فإنّه صار من الضروري إظهار مختلف الخصوصيات التي ينفرد بها كل عقد.

المطلب الأول: صور عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

لا يجري تنظيم عقد البوت تحت شكل واحد، وإّما تتعدّد صورته، فنجد ما هو منصب على مشاريع جديدة وأخرى تنصب على مشاريع قائمة بحاجة للتّجديد.

الفرع الأوّل: الأشكال التّعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة.

أولاً: عقود البناء و التّشغيل و التّمك و نقل الملكية: (BOOT)

Build –Operate-Owen -Transfer .

نلاحظ من خلال هذه الصيّاغة أنّه أضيف حرف "o" ثاني إلى Bot، وهو الحرف المأخوذ من كلمة owen التي تعني يملك، ويقصد به تملك المستثمر للمشروع الذي قام بإنشاءه.

وعقد الـBOOT هو العقد الذي تلتزم بمقتضاه شركة المشروع بتقديم التّمويل اللازم لإقامة المنشآت، وصيانتها، و تشغيلها، نظير تمتعها بحق ملكية المنشآت خلال فترة متفق عليها في العقد، تتقاضى فيها من جمهور المنتفعين مقابل خدمة، وبنهايتها تنتقل ملكيّة المنشأة للجهة الحكومية المتعاقدة.¹

وهكذا فإنّ صيغة الـBOT تختلف عن صيغة الـBOOT في عدم احتفاظ القطاع الخاص بملكية المنشأة طوال مدّة التّشغيل، بينما تقرّله هذه الملكية في ظلّ نظام

1 : د.مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (BOOT)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، د ط ، 2010، ص14.

الـ BOOT¹، و هنا فإنّ شركة المشروع لا تمتلك المرفق أو المشروع في ذاته لكنّها تمتلك العناصر التي أوجدتها مثل الأدوات والمعدات والآلات.²

ثانياً: عقود البناء و التشغيل و تجديد الإمتياز: (BOR) .

Build –Operate-Renewal

تعني كلمة Renewal تجديد المشروع .

ومن خلال هذه العقود يتم بناء المشروع تم تشغيله لفترة زمنية متفق عليها وغالبا ما يترتب على ذلك إستمرار المنافع من المشروع، و زيادة عدد المتعاملين منه، وزيادة الرّسوم المفروضة، وبهذا تدخل الدّولة في مفاوضات متجدّدة مع المستثمر، لحصوله على فترة زمنية أخرى و ذلك لتجديد عقد الإمتياز.

و يستخدم في حالات عدم إمكانية زيادة شروط مدّة الإمتياز لعقبات قانونية أو تشريعية³.

ثالثاً: عقود البناء و التملك و التشغيل (BOO) :

Build-Owen-Operate .

حيث تلتزم الهيئة الخاصة في عقد الـ Boo ببناء و تشغيل المرفق العام دون أن يتم تحويل المشروع إلى ملكية الدّولة عند إنتهاء مدّة العقد، وإّما يجري تجديد الإمتياز أو ينتهي العمر الإفتراضي للمشروع، كما يحق للدّولة التعاقد مع هيئة خاصة جديدة لإدارة المشروع من خلال إستدراج عروض أو مناقصات عامة تجري من خلالها إختيار العارض الأفضل، و في جميع الحالات تحصل الحكومة على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل منح الإمتياز ودعم المشروع أمام الجهات المختلفة.⁴

1: LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé, Op.Cit, P305.

2 : د.مي محمد عزت علي شرباش، مرجع سابق، ص15.

3 : أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص11.

4 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص313 .

و يرى جانب من الفقه أنّ هذا النّوع من العقود يعدّ شكلاً من أشكال الخوصصة التامة،
و لكن بأسلوب الـBOT.¹

رابعاً: عقود البناء و التّأجير و التّحويل:(BLT)

Build-Lease-Transfer

تقوم شركة المشروع ببناء المشروع، ثمّ تملكه مدّة العقد تم تقوم بتأجيره للجهة الإدارية التي تقوم بتشغيله بنفسها أو عن طريق الآخرين، و ذلك مقابل حصول شركة المشروع على مبلغ مالي بصفة دورية طوال مدّة العقد، و يرى محمد الروبي الإصطلاح الدقيق هو التّشيد و تأجير الإستغلال، و التّسليم، و ذلك أنّ شركة المشروع لا تملك المرفق حتّى يتسنى لها تأجيره لجهة الادارة.²

الفرع الثاني: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة.

أولاً: عقد التّحديث و التّملك و التّشغيل و التّحويل:(MOOT)

Modernize-Owen-Operate-Transfer.

تتعهّد الشركة الخاصّة في هذا النوع من العقود بتحديث المشروع وتطويره تكنولوجياً و فقا لمعايير عالمية، و تتولّى تشغيله لفترة معينة، ثمّ تعيده في نهاية الفترة إلى المالك دون مقابل.³

إلا أنّه يقتضي على الهيئة الخاصّة تدريب العاملين في القطاع العام على التّجهيزات و البرامج الحديثة قبل مدّة من التّحويل، و يساهم هذا العقد في نقل التكنولوجيا الحديثة إلى القطاع العام.⁴

و لقد إستعمل المشرّع الجزائري هذه الصّيغة في نص المادة 102 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه حيث جاء فيها: "يكلّف صاحب إمتياز الخدمة العمومية للماء و التّطهير في

1 د. عصام احمد البهجي، مرجع سابق، ص 23 .

Voir aussi :- LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé, Op.Cit, P305.

2 : د . مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 17 .

3 : حشمو عدنان، الإستثمار في التنمية وفق نظام BOT ، المجلة الإقتصادية لمركز التنمية الإدارية ، دمشق، ص 03.

4 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 314.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

إطار الحدود الإقليمية للإمتياز، بإستغلال المنشآت و الهياكل التابعة للأملاك العمومية الإصطناعية للماء و صيانتها و تجديدها و إعادة تأهيلها وتطويرها".¹

كما إستعملت هذه الصيغة لتعريف الإمتياز في القانون 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز.²

ثانياً : عقود الإيجار و التّجديد و التّشغيل و التّحويل: (LROT)

Lease- Renewal- Operate- Transfer.

يتميّز هذا النوع من العقود بإستئجار المشروع من الجهة المالكة له، تمّ يقوم بعملية تجديد وتشغيله وبعد إنتهاء المدة المحددة للإيجار يقوم بإعادته إلى الجهة المالكة بدون مقابل.³

إذن هذه أهم أشكال عقود ال BOT و هناك أنواع أخرى لا يمكن حصرها إلا أنّها تجمع في كونها تهدف لإشتراك القطاع الخاص في إنشاء المرافق العامّة وتسييرها، وتجب الإشارة إلى أنّ الفارق الجوهرى بين عقود البوت والعقود المشتقة منها يكمن في مقدار الحقوق التي تتمتع بها شركة المشروع، ومدى السّطات التي تمتلكها خلال فترة الإستغلال وهذا ما أجمع عليه الفقه.⁴

1 : ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، ص14.

2 : ج.ر، العدد8، الصادر في 6 فبراير 2002، ص5-7.

3 : د. عصام احمد البهجي، مرجع سابق، ص 24 .

4 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص41.

المطلب الثاني: تمييز عقد البوت عن العقود المشابهة له.

نبيّن في هذا المطلب نقاط التّطابق و الفروق الموجودة بين عقد البوت والعقود التي تعكس مشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية للدولة.

الفرع الأول: تمييز عقد البوت عن بعض العقود الكلاسيكية.

أولاً: عقد الإمتياز و عقد البوت.

يعرف عقد الإمتياز بأنه إتفاقيّة تكلف الإدارة بمقتضاه شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً بتأمين تشغيل مرفق عام¹.

وقد عرفه المشرّع الجزائري في المادّة 21 من القانون 83-17 المعدّل والمتمّم بموجب الأمر 96-13 المتعلّق بقانون المياه: يقصد بالإمتياز بمفهوم هذا القانون: "عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصاً اعتبارياً عاماً أو خاصاً قصد ضمان أو أداء خدمة ذات منفعة عمومية و في هذا الصدد، يمكن أن تمنح لصالح الهيئات والمؤسّسات العموميّة و الجماعات المحليّة والأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص"².

كما عرفته التّعليمة 842/3.94 المتعلّقة بإمتياز المرافق العامة المحليّة وتأجيرها

المؤرّخة في 07 سبتمبر 1994، الإمتياز هو: "...عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية

المختصّة فرداً أو شركة خاصّة بإدارة مرفق عام وإستغلاله لمُدّة معيّنة من الزّمن، بواسطة

عمّال وأموال يقدّمها صاحب حق الإمتياز "الملتزم" على مسؤوليته، مقابل رسوم

يدفعها المنتفعون من خدماته و ذلك في إطار النّظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق."³

نستنتج من خلال هذه التعاريف أنّ الطائفتان من العقود تتفقان في مسألة إسناد إدارة

وتسيير المرفق للقطاع الخاص، و يتّحمل صاحب الإمتياز عبء ومخاطرة التشغيل طوال

مدّة العقد المحدّدة، كما أنّ الملكية تظلّ لجهة الإدارة في كلا العقدين .

كما تتوافق عقود الإمتياز مع عقود البوت في أنّ كلاهما يحصل على حقوقها الماليّة

من المنتفعين بالخدمة، هذا الأمر لا يمنع من أنّ شركة المشروع يمكن أن تتقاضي حقوقها

1 : أحمد محيو، مرجع سابق، ص440.

2 : أمر رقم 96-13 مؤرخ في 28 محرم 1417 الموافق 15 يونيو 1996، يعدّل و يتمّ القانون رقم 83-17 المؤرخ في 22 ربيع الثاني 1403 الموافق 16 يوليو 1983، والمتضمن قانون المياه، ج.ر، العدد37، الصادر 16 يونيو 1996، ص4.

3 : بودياب بدره هاجر، مرجع سابق، ص10 .

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

المالية من جهة الإدارة في عقود البوت إذا نصت بعض العقود أو القوانين عن إلتزام الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع بالأخص في المجالات الحيويّة مثل شراء منتوج الشركات التي تقوم بإنجاز محطات الكهرباء أو المياه على أن تقوم هي بعد ذلك ببيعه للجمهور.

و بالرغم من إتفاق غالبية الفقهاء أنّ عقود البوت تجد أساسها في عقود الإمتياز، فإنّه مع ذلك تختلف عنها في نقاط جوهرية تتمثل في:

قيام المستثمر في عقود البوت بتصميم المشروع و بنائه و تحمّل تكاليفه والقيام بشراء معدات و الآلات المستخدمة في المشروع و بهذا يتكفل هذا المستثمر عبء ضخم جدّاً من النّاحية الإقتصادية.

وبالتالي فإنّ عقود الإمتياز هي عقود تسيير أمّا عقود البوت هي عقود تمويل مقترنة بالتسيير.

فضلا عن ذلك تختلف عقود البوت عن عقود الإلتزام في مسألة تحمّل المخاطر، فتمويل مشاريع البوت يتم عن طريق مؤسسات التمويل دون حق الرجوع - أو بحق رجوع محدّد- ولا على شركة المشروع ولا على السّلطة المتعاقدة، لأنّ عائدات المشروع هي الضمان، كما أنّ المخاطر عادة موزّعة بين الأطراف المشاركة في المشروع من مقاولين، ومشغلين وموردين، على عكس الحاصل في عقود الإلتزام أين تقع كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة على عاتق الملتزم.¹

زد على ذلك فإنّ الرّسوم التي يتقضاها الملتزم مباشرة من المنتفعين تكون رمزية إذا ما قورنت بتلك التي تتقضاها شركة المشروع وذلك من أجل تغطية نفقات البناء و التّشغيل بالإضافة إلى الأرباح المعتبرة التي تتحصّل عليها .

ثانياً: عقد الأشغال العمومية و عقد البوت.

تحلّل عقود الأشغال العموميّة مكانة مهمّة في أساليب إنشاء المشاريع العمومية وفي نظريّة العقود الإداريّة.²

1: HAROUN Mehdi, Op.Cit, P23 .

2: DELAUBADERE André, Op.Cit, P376.

الفصل الأوّل : ماهية عقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية.

حيث تعرف عقود الأشغال العامّة أو عقود المقاولات العامّة هي العقود التي يتعهّد بمقتضاها المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو التّرميم أو الصّيانة في عقار لحساب شخص معنوي عام لتحقيق مصلحة عامّة، و ذلك مقابل ثمن تلتزم به الإدارة.¹

وهو تقریباً نفس التّعريف المنصوص عليه في المادّة 13 من ق. ص، صفقة الأشغال هي: "قيام المقاول ببناء أو صيانة تأهيل أو التّرميم أو هدم، منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التّجزهيرات المشتركة الضّرورية لإستغلالها....."².

و من شروط عقد الأشغال العامّة يجب أن يكون موضوع العقد عقاراً وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، و تهدف الأشغال محل العقد لتحقيق نفع عام.³

و يشتهر عقد ال BOT بعقد الأشغال العمومية في أنّ كلا العقدين يجري تنفيذه لمصلحة الجهة الإدارية المعنيّة مقابل بدل معين يتم الإتّفاق عليه.

و لكن العقدين يختلفان في مسائل متعدّدة: ففي عقد الأشغال العامّة يقوم المقاول بإنشاء المشروع و تسليمه إلي الجهة الإدارية لكي تديره بمعرفتها، وبالتالي فإنّ مهمّة المقاول تنتهي بإنشاء المشروع، أمّا في عقود البوت فإنّ الملتزم ينشئ ويدير المرفق العام.

بالإضافة إلي أنّ المقاول في عقود الأشغال العامّة يتحصّل على حقوقه الماليّة من الإدارة⁴، أمّا في عقود البوت فشركة المشروع تتحصّل على حقوقها الماليّة سواء من الجمهور أو جهة الإدارة في حالة شراء الخدمة من طرف الدّولة.

كما أنّ التزامات الأطراف في عقود الأشغال العامّة تكون محدّدة غالباً لحظة التوقيع على العقد، سواء من حيث الأسعار أو المقابل المالي، وكذلك محل العقد، ما عدا بعض أنواع العقود التي ترد على التزامات ذات الطّبيعة المركبة، في حين يصعب تحديد التزامات المتعاقد بدقّة في عقود البوت طويلة مدّة، التي تتأثر بالمعطيات الإقتصاديّة و الماليّة و الفنيّة من جهة، وإرتباط حقوق المتعاقد الماليّة بنتائج الإستغلال من جهة أخرى.⁵

1 : السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص192.

انظر أيضاً: - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص118.

2: ج.ر، العدد58، الصادر في 07 أكتوبر 2010، ص7.

3 : د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص118.

4 : د. الياص ناصف، مرجع سابق، ص121.

Voir aussi :- DELAUBADERE André, Op.Cit, P377.

5 : حصايم سميرة، مرجع سابق، ص49.

بالإضافة إلى الإختلاف الموجود في المدة التعاقدية، حيث تكون طويلة في عقود البوت مقارنة مع عقد الأشغال العمومية .

الفرع الثاني: تمييز عقد البوت عن بعض العقود الحديثة.

أولاً: عقد الخوصصة و عقد البوت.

تعددت التعريفات حول الخوصصة، فمنهم من عرفها أنها العملية التي تتركز على تحويل ملكية المشروعات العامة من القطاع العام إلى القطاع الخاص،¹ أو منهم من عرفها أنها عقد إداري تبرمه الإدارة كطرف أول مع طرف آخر من القطاع الخاص كطرف ثان، و بمقتضى هذا العقد يتصرّف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً، و من آثار هذا العقد إعتبار الطرف الثاني مساهماً في رأس المال و شريكاً في إدارة الشركة بنسبة ما يملكه، أمّا في حالة نقل ملكية المشروع كلياً إلى الطرف الثاني، فتنقطع صلة الإدارة نهائياً بالمشروع.²

ولقد عُرفت بموجب الأمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها و الذي نصت المادة 13:

" يقصد بالخوصصة كلّ صفقة تتجسّد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، و تشمل هذه الملكية :

- كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة و/أو الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام، و ذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص إجتماعية أو إكتتاب لزيادة في الرأسمال.
 - الأصول التي تشكّل وحدة إستغلال مستقلة في المؤسسات التابع للدولة."³
- ويتشابه عقد الـ BOT و عقد الخوصصة في أنّ كلا الأموال العامة يجري تملكها للقطاع الخاص، لكنهما يختلفان في كون أنّ عقد الـ BOT ينصب على تسيير

1 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص260.

2 : د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص130 .

3 : أمر رقم 04-01 مؤرخ في 21 جمدي الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها، ج.ر، العدد47، الصادر في 22 أوت 2001، ص11-12. (المعدل و المتمم بموجب الأمر 01-08 المؤرخ في 21 صفر 1429 الموافق لـ 28 فيبرابر 2008، ج.ر، العدد11، الصادر في 2 مارس 2008) .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

مرفق عام بمدة محددة بواسطة الملتزم مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط وقواعد تتصل بإنشائه، و تشغيله فضلا عن الحق في الرقابة والإشراف عليه حتى إنتقال ملكيته إليها في نهاية فترة الإمتياز.¹

ثانياً: عقد الشراكة و عقد البوت .

يعرف عقد الشراكة P.P.P: "بأنه عقد طويل المدى، بمقتضاه تشترك مؤسسة من القطاع عموميّة مع مؤسسة من القطاع الخاص، بتمويل أو غير تمويل، إنجاز وتشغيل منشأة عامّة، ويمكن أن يكون موضوعه خدمة مرفق عام، وينص العقد على النتائج المنتظرة وتحديد المسؤوليات، والإستثمارات، والمخاطر، والأرباح والهدف من كلّ هذا تحسين نوعية الخدمات المقدمة للمواطنين."²

و نجد أن المشرع الجزائري لم يقدّم بتعريف عقد الشراكة، بخلاف المشرع الفرنسي الذي عرفه في المادة 01/01 من القانون 2008-735.³

وعلى الرّغم من إتفاقية عقود البوت مع عقود PPP من ناحية المهام المُقامة والأطراف و التي تستهدف تمويل و تسيير مشاريع البنية الأساسية، بالإضافة إلي طول مدة التعاقدية، فهناك من إعتبر أنّ عقود البوت نموذجاً من نماذج عقود الشراكة⁴، فالعقدين يختلفان فيما يخصّ تحمل المخاطر الماليّة و التشغيل و الإدارة فنجد أنّها تقع على عاتق شركة المشروع

1 : د. الياس ناصف، مرجع سابق، ص 131 .

2 : DE SERRES Andrée, La structuration des PPP dans le contexte Québécois , Cahier de recherche, N°14,2005,P2, le 08-06-2012 à 12 :00H. sur site : www.esg.uqam.ca/document.

3: "Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance ,l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public." voir :-La loi française N° 2008-735 du 28 juillet 2008,Relative aux contrats de partenariat,le 08-06-2012 à 14:56H.sur site : www.legifrance.gouv.fr.

4 : LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé :La relation entre concédent et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure, Op.Cit,P17. Voir aussi : -Etienne AMMBLARED , Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux, la gazette des communes,des départements, des régions ,cahier détaché,N°02, 06 Octobre 2003,P248, le 08-06-2012 à 14 :56H. sur site: http://www.fondation-igd.org/upload/pdf/Publi/Entrep_SPL.pdf

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

في عقود البوت على أن تتمكن كل العائدات التي يديرها المشروع طوال الفترة التعاقدية وذلك لتحقيق الأرباح و تغطية تكاليف المشروع، أمّا في عقود الشراكة تنص على تقاسم المخاطر و الإستثمارات والأرباح¹.

بالإضافة إلي أنّ المقابل المالي في عقود الشراكة يتحدّد في شكل ثمن مجزأ تدفعه الإدارة بصفة دورية شهرية أو نصف سنوية طوال مدّة العقد².

1: DE SERRES Andrée,Op.Cit, P15.

2 : AMMLARED Etienne,Op.Cit, P248.

خلاصة الفصل الأول

نخلص ممّا سبق ذكره أنّ عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية هو عقد إداري، يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، و طرف خاص – محلي أو أجنبي- سواء كانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص، يطلق عليه شركة المشروع، بغرض بناء و إستغلال مرفق عمومي، وكذا القيام بأعمال الصيانة، لمدة محددة، و في نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى السلطة مانحة الإمتياز دون مقابل و بحالة جيّدة و خاليا من كافة الأعباء، و بالتالي يعتبر هذا العقد وجه من أوجه تفويض المرفق العام .

ونجد أنّ المشرع الجزائري لم يعرف تسمية البوت في قوانينه، إلّا أنّنا نستشف صيغته بالرجوع للقوانين المنظمة للإمتياز، والذي مسّ عدة مجالات نذكرها: الطرق السريعة، المياه و توزيع الكهرباء و الغاز و النقل.

إلا أنّ هذا العقد لم يشهد تطورا كبيرا في الميدان العملي، مقارنة بالميدان التشريعي، حيث تشير الإستثمارات في شكل البناء - و التشغيل - التحويل والتي يضمن فيها صاحب الإمتياز تمويل الإستثمار بالمشاركة في رأسمال، ليست منتشرة بالقدر الكافي¹، مقارنة بالإمتياز بنظامه الكلاسيكي، لكن الملاحظ أنّ الدولة الجزائرية إستعملت هذه الصيغة بالأخص في مجال تحلية مياه البحر و محطات توليد الكهرباء، حيث أصبح هذا العقد شائعا و يتوقع إستمراره، و زيادته و ربّما مضاعفته في بداية هذا القرن.

وأخيرا رّغم كلّ الضمانات و الإمتيازات الممنوحة للمستثمرين، نخلص إلي أنّ عقد البوت هو عقد إداري، وذلك لتضمّنه معايير العقد الإداري (وجود شخص عام طرفا في العقد و هو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تبنيه للمعيار العضوي، بالإضافة لإتصال العقد بالمرفق العام و بالتالي تحقيق المصلحة العامة، و إتباع أساليب القانون العام

KPMG:1 ، دليل الإستثمار في الجزائر، 2006 ، ص56 ، بتاريخ 2-01-2013 ، على الساعة 19:32. على الموقع:
<http://www.ambalgdamas.com/dz/algimages/pdf/Investirar.pdf,P56>.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

-Les clauses exorbitantes-: كحقّ الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد، و يكتسب الطابع الدولي متى تضمن إنتقال لرؤوس الأموال و سلع وخدمات بين دولتين و ذلك حسب ق.إ.م.إ 08-09 .

الفصل الثاني

النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية

الفصل الثاني:

النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

بما أن عقد البوت تتعارض فيه مصالح الأطراف، الدولة من جهة و المتعاقد معها من جهة أخرى، فإنّ هذا يؤثر حتمًا على النظام القانوني له، وذلك بدايةً بالإجراءات، فتقوم الإدارة بإختيار المتعاقد وفقًا لقواعد التي يتطلبها التعاقد معها، إلا إذا نصّ القانون على خلاف ذلك، والهدف منه إختيار أفضل العروض من الناحية الفنية، والمالية لإنشاء المرفق وإدارته و صيانتها، مروراً بآثاره القانونية والتي تتمثل في حقوق وواجبات تخصّ كلاهما، و نتيجة لهذه العلاقة التعاقدية ينتج عنها العديد من المنازعات القانونية، و التي يتم الفصل فيها عن طريق القضاء أو بطرق سلمية، وصولاً للقواعد التي تحكم نهايته والتي لا تختلف عن القواعد التقليدية التي تطبق على العقود الإدارية و المتمثلة في: النهاية الطبيعية و الغير الطبيعية.

وسنعالج هذا الفصل في ثلاث مباحث أساسية نتعرّض في :

المبحث الأول: المسار التعاقدى لعقد البوت.

المبحث الثاني: آثار عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

المبحث الثالث : نهاية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية

المبحث الأوّل: المسار التّعاقدي لعقد البوت.

يقتضي قبل البدء في إجراءات إختيار شركة المشروع التي ستؤكل إليها تنفيذ عقد البناء والتشغيل، تحديد المشروع موضوع العقد بصورة دقيقة و شاملة، وإجراء دراسة جدوى للتّحقّق من قابليّة المشروع لإنتاج الإيرادات التي تكفي لتغطية نفقات البناء والتشغيل، وفي نهاية المطاف يتم إبرام العقد، و ذلك بالمصادقة عليه، وإعتماده، و دخوله طور التّنفيذ.

المطلب الأوّل: الإجراءات السّابقة للتّعاقد.

يسبق عمليّة إختيار الهيئة الخاصّة لإجراءات يقتضي على الدّولة إتخاذها، تبدأ بتحديد المرفق الذي تنوي إنشاءه وتشغيله عن طريق عقد البوت، ومن تم إعداد دراسة جدوى وذلك من أجل التّحقق من قابليّة المشروع لتحقيق الأرباح.

الفرع الأوّل: تحديد المشروع.

تعدّ مرحلة تحديد المشروع نقطة البداية لعقد البوت، حيث تقوم الدّولة بإختيار المشروع بناءً على دراسات، و أسس علميّة، وإقتصاديّة، وفنيّة¹.
ولذلك فإنّه من العناصر الأساسيّة التي تحكم عقود البوت مراعاة عنصر المكان الذي سيتمّ فيه إنشاء المشروع، وما يتوافر فيه من موارد، وإمكانيّات ظاهرة أو مستقبليّة يمكن أن تظهر أو يتم إجرائها في هذا المكان، وهذا ما نصّت عليه المادة 04 من المرسوم التّنفيذي 11-220: "يجب أن يتضمّن طلب الإمتياز المنصوص عليه.... التّحديد الجغرافي لموقع إنجاز الهياكل المزمع إنجازها، حجم الميّه الواجب إنتاجها في اليوم، الإستعمال المرتقب للميّه المنتجة..."²، بالإضافة إلي مدى إمكانيّة قيام مشروعات أخرى مماثلة للمشروع الأصلي أو إنشاء مشروعات منافسة له، يتمّ فيما بعد دراسة الخيارات التّمويليّة المتاحة لإقامة المشروع المحدّد وتحديد الصّيغة التّعاقديّة الملائمة³، والعنصر الثاني هو عنصر التّوقيت أو الزّمان الذي يستغرقه لإقامة المشروع.⁴

1: LEDANG Doanh, Op.Cit, P894.

2 : ج.ر، العدد 34، الصادر في 19 يونيو 2011، ص 7 .

3: LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé, Op.Cit, P32.

4 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص 150..

وإذا كانت الجهة الإدارية في غالب الأمور هي من تقوم بتحديد المشروع المطلوب إقامته وأسلوب تمويله نظراً لحاجتها لهذا المشروع، فلا يوجد ما يمنع أن تبادر شركة المشروع أو مجموعة من المستثمرين الممولين بتحديد المشروع المزمع إقامته¹.

الفرع الثاني: دراسة جدوى المشروع.

بعد تحديد المشروع وتعريفه يجب القيام بإجراء دراسة جدوى لهذا المشروع، حيث تعرف دراسة جدوى على أنها: "مجموعة من الأسس العلمية، المستمدة من علوم الاقتصاد، والمحاسبة، وبحوث العمليات، والتي تستخدم في تجميع البيانات ودراستها، أو تحليلها بقصد التوصل إلى نتائج تحديد مدى صلاحية هذه المشروعات من عدة جوانب قانونية، وتسويقية وبيئية، ومالية، واجتماعية"².

و تمرّ دراسة الجدوى بالمراحل الآتية³:

- تحديد المشروع، والغرض منه، والفوائد المترتبة على تنفيذه، وأثره على المنطقة، والتوسعات المستقبلية، واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعة، وتحديد درجة ملائمة المرافق ومشروعات البنية الأساسية لنشاط المشروع وتشغيله.
- إختيار الموقع المناسب للمشروع، بما يعود بالفائدة المباشرة على المنتفعين وعلى الشركة صاحبة المشروع، وبيان عوامل الإنتاج المختلفة التي تمثل مجموع المدخلات في المشروع.
- دراسات التكاليف المبدئية للمشروع، بما في ذلك الأرض، والمعدات، والآلات والبنية الأساسية والإستثمارية اللازمة له.
- إستشراف التعرّيفة المتوقعة للخدمة، وعلى نحو لا يمثل عبئاً على المستهلك العادي، مع إدخال البعد الإجتماعي والسياسي ضمن ضوابط هذه التعرّيفة، كما تتضمن

1: NGUYEN Dinh Hi, Mode de financement de projet contrat de construction-opération - transfert de technologies (B.O.T.), RIDC, vol 49, N°4, Octobre-Décembre1997, P 885.

2 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص151.

انظر أيضاً:- د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص114.

3 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع نفسه، ص152.

انظر أيضاً:- د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص157-158.

- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص179-180.

الدراسة ما يتوقع من تطور تكنولوجيا بحيث يمكن التحكم في مقدار الضمان ومداه فقد يختفي معه التزام الدولة بتقديم هذا الضمان مستقبلا.

- إعداد خريطة مساحية لأرض المشروع الإستعمارية والمخصصة لغرض الإستثمار في المشروعات البوت حيث تكون دراسة التكاليف الإستثمارية فيها أكثر دقة وتفصيلاً.

ويقع عبء إجراء دراسة الجدوى قبل تقرير إنشاء المشروع على عاتق الدولة المعنية أو إحدى هيئاتها، وهذا من نصت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي 04-417: "يتعين على صاحب الإمتياز إحترام أحكام المادة 4 أعلاه، والمخططات التي تعدها السلطة المانحة"¹، بالإضافة إلى المادة 3 من المرسوم التنفيذي 96-306 و التي نصت: "...يتم تسليم دراسات التعريف والدراسات الخاصة بالمشاريع التمهيدية الموجزة و المفصلة التي يعدها مانح الإمتياز إلى صاحب الإمتياز"²، على أن إذا لم تكن للحكومة الخبرة الواسعة في مجال المشروعات المنفذة عن طريق عقد البوت فقد تحتاج إلى الإستعانة بالخبراء والإستشاريين من الداخل و الخارج لكي تحقق دراسة جدوى شاملة ووافية³، كما أن شركة المشروع تعد جدوى خاصة بها من أجل التحقق من مدى ربحية المشروع وكفايته الإقتصادية⁴.

المطلب الثاني: طرح المشروع للتعاقد.

بعد الإنتهاء من تحديد المشروع ودراسة الجدوى، وقبل إبرام العقد، تقوم الإدارة بطرح المشروع للتعاقد، متبعة في ذلك الإجراءات المنصوص عليها في قانون البوت للدولة، لكن و لسبب غياب مثل هذا القانون في الجزائر، فهذا يفرض عليها إتباع الأساليب المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية بإعتباره المرجع الأساسي الذي يبين كيفية إبرام العقود الإدارية.

1: ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص32.

2: ج.ر، العدد55، الصادر في 25 سبتمبر 1996، ص11.

3: لمزيد من التفاصيل انظر للصفحة 30 من هذه المذكرة.

4: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص331.

الفرع الأول: أساليب إبرام عقد البوت.

ينشأ عقد البوت باعتباره عقداً إدارياً، بين الدولة أو إحدى هيئاتها من جهة، وشخص معنوي أو طبيعي الذي يوكل إليه تنفيذ الإلتزام من جهة أخرى، فتقوم الإدارة بإبرام العقد بطريقتين إحداهما تمثل القاعدة العامة في حين تعد الثانية إستثناء يتم اللجوء إليه في حالات المحددة قانوناً، ولقد نصت المادة 25 من ق.ص.ع على هاذان الأسلوبين وهما على الترتيب: أسلوب المناقصة، وأسلوب التراضي البسيط، لكن نجد أن القوانين المنظمة لهذا الإمتياز لم تلزم الدولة باتباع أساليب سابقة الذكر، ما يعني أنها منحت السلطة التقديرية لإختيار صاحب الإمتياز و ذلك عن طريق تقديم عرضه في شكل طلب ، و هذا ماسنأتي بتفصيله.

أولاً: أسلوب المناقصة.

إنّ الهدف من وضع قواعد لإختيار شركة المشروع، هو تمكين الإدارة من إختيار أفضل عرض، سواء من الناحية الماليّة أو التّقنيّة، حيث عرفه المشرّع الجزائري من خلال المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10: " هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدّة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصّفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.¹" و المناقصة سواء كانت وطنيّة أو دوليّة، تتمّ حسب أحد الأشكال المحدّدة في المادة 28 من نفس المرسوم الرئاسي وهي: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة و الإستشارة الإنتقائيّة، المزايده، و المسابقة.

وبالرّجوع للنصوص المنظّمة لمنح الإمتياز الخاصّة بالإنشاء والتّشغيل نجده قد لجئ لهذا الأسلوب من أجل إختيار شركة المشروع في المادة 08 من المرسوم التّنفيذي 417-04: "يجري المناقصة، حسب طابع المنشأة المقرّرة منح إمتيازها، رئيس المجلس الشّعبي البلدي، أو الوالي..."².

وتحكم المناقصة عدّة مبادئ منها ما نصّ عليها القانون الصّفقات العموميّة في مادته الثالثة حيث جاء فيها: " لضمان نجاعة الطلّبات العموميّة، والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصّفقات العموميّة مبادئ حريّة الوصول للطلّبات العموميّة، و المساواة

1 : ج.ر، العدد58، الصادر في7 أكتوبر 2010، ص9.

2 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

في معاملة المرشّحين، وشفافيّة الإجراءات ، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم¹، و منها ما نصّت عليه بعض القوانين المنّظمة لهذا الإمتياز، وهي مبدأ المنافسة والتي نصّت عليه المادّة 6 من القانون 02-01، والمرسوم التّنفيدي 09-152 في مادّته 2 و3.

ولإختبار شركة المشروع تقوم الدّولة في مشاريع البوت، بإتباع إجراءات تنافسيّة تبدأ بالإعلان عن المناقصة تم تقديم العروض، فتقيمها.

1. الإعلان عن المناقصة: يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراء أساسياً، حيث بمقتضاه

يتم توجيه الدّعوة إلى كلّ الملتزمين للإشتراك بالمناقصة والتّعاقد مع الإدارة، وهو يتضمّن دعوة إلى الإطلاع على الشّروط الموضوعيّة التي يتمّ على أساسها تقديم العروض إلى الجهة الإداريّة المانحة².

ويجب أن يتضمّن الإعلان عن المناقصة البيانات الإلزاميّة المنصوص عليه في المادّة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10 وهي: تسميّة المصلحة المتعاقدة، وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي، كفيّة المناقصة، شروط التّأهيل أو الإنتقاء الأولي، موضوع العمليّة، قائمة موجزة بالمستندات

المطلوبة مع إحالة القائمة المفصّلة إلى أحكام دفتر الشّروط ذات الصّلة، مدّة تحضير العروض، ومكان إيداع العروض، مدّة صلاحيّة العروض، إلزاميّة كفالة التّعهد، ويكون التّقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا تفتح" ومراجعة المناقصة، ثمن الوثائق عند الإقتضاء.

ويحرّر الإعلان حسب المادّة 49 من المرسوم الرئاسي 236/10: باللّغة العربيّة، وبلغة أجنبيّة واحدة على الأقل، كما ينشر، إجبارياً في النّشرة الرّسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على

1 : ج.ر، العدد58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص5.

2 : د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص193.

انظر أيضاً: - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص148.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

المستوى الوطني، بالإضافة في عقود البوت فإّته من الممكن نشرها في صحيفة التي تصدرها دائرة شؤون الإعلام التابعة للأمم المتّحدة "development business"¹. ولقد إستحدث قانون الصّفقات العمومية 10-236 و لأول مرّة طريق جديد للإعلان و هي التّعاقّد الإلكتروني المنصوص عليه في الباب السّادس تحت عنوان " الإتّصال و تبادل المعلومات بالطّريقة الإلكترونيّة".

وليس من مصلحة الدّولة أن يتقدم عدد كبير من المستثمرين ، حيث يصعب عليها تحديد أيّهم أكثر قدرة أو جدّية، وقد يكون من الأفضل تقديم عدد محدود من المستثمرين بعروض محدّدة وجادّة حتّى يسهل إختيار أحدهم للقيام بالمشروع،² ومسألة تقليص و تحديد عدد المرشّحين نضّمها المشرّع في المادّتين 30 و 31 من المرسوم الرئاسي 236/10: بـ" المناقصة المحدودة" و"الإستشارة الإنتقائيّة".

2. تقديم العروض: بعد الإعلان عن المناقصة، يتمّ تقديم العروض من خلال مشروع آخر، أو شركة قائمة بذاتها- عرض فردي- أو من خلال عرض مشترك، وهنا تظهر فكرة "الكونسوتيوم" حيث يتجمّع المستثمرين ويكوّنون إتحادًا ماليًا، لإعداد العطاء، ويوقع أعضاء الإتحاد إتفاقيّة مبدئيّة يحدّدون فيها نسبة مساهمة كلّ منهم في رأس المال.³

ويسبق تقديم العروض إثبات الأهليّة، فإعداد العطاء، ثم فتح الأظرفة:

أ- أهليّة المتعاقد: إثبات أهليّة المتعاقد تأخذ أحد الصّورتين: الصّورة الأولى أن يرفق الرّاغب في التّعاقّد مع الجهة الإداريّة مع عطائه سابقة خبرته، والمستندات الدّالة عليها، أمّا الصّورة الثانية: وهي الأكثر شيوعيًا من النّاحية العمليّة ويطلق عليها الدّعوة إلى سبق التّأهيل، وتعني دعوة المتقدّمين إلى المناقصة لتقديم مستندات سابقة الخبرة أو السّابقة الأعمال

1:- دليل الأونسيترال التّشريعي بشأن مشاريع البنية التّحتية المموّلة من القطاع الخاص، أعدته لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدّولي الأونسيترال، الأمم المتّحدة، نيويورك، 2001، بتاريخ 11-01-2013، على الساعة 22:3، ص84. على الموقع:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/working_groups/1PFIP.html

2: د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع سابق، ص164.

انظر أيضًا:- د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص128.

3 : د. عبد الفتاح البيومي حجازي، مرجع نفسه، ص166.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

تقبل تقديم العطاء¹، ولقد إعتد المشرّع الجزائري الصّورة الثّانية في المادّة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10. ويذهب جانب من الفقه إلى أنّ الدعوة إلى تقديم سابق الخبرات، والتأهيل تعدّ ذات فائدة كبيرة بالنسبة للشركات أو الكونسورتيوم، لأنّها قد تؤدّي إلى الإمتناع عن الدّخول في منافسة تكبّدها الكثير من التّكاليف، كما أنّ تقديم الخبرات السّابقة والتأهيل السّابق يساعد جهة الإدارة في تحديد وتقييم مؤهّلات المتقدّمين للعطاء بسرعة.

ب- إعداد العطاء: بعد إثبات أهليّة المتعاقد، يبدأ هذا الأخير الإعداد لتقديم عرضه، وفقا للشروط والمواصفات التّقنية والماليّة، التي أعلنتها الإدارة المانحة، فيجب على شركة أو مجموعة الشركات التي تتقدّم بالعطاء أن تقدّم المستندات التي تدلّ على عدم الإعسار، أو أنّها غير موضوعة تحت الحراسة، وعدم وجود إجراءات قانونيّة ضدّهم، وأنّ هذه الشركات أو مجموعة الشركات تقوم بسداد الضّرائب، بالإضافة إلى تقديم مايفيد الخبرة في ذات المشروع موضوع المناقصة، و نوع المشروعات التي شاركت فيما قبل ذلك وقدرتها على إيجاد التّمويل اللازم والكافي للمشروع المالي، كما يجب أن يتضمّن عرض الخرائط، والرّسومات الخاصّة بالمشروع المالي، وخطّة التّنفيذ، ومراحل الزمّنيّة²، وهذا ما حدّدته المادّة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10: حيث تضمّنت مايجب أن تشمله العروض سواء من النّاحية التّقنية، أو الماليّة.

3. فتح وتقييم العروض: يستلزم القانون أن يتمّ تقديم العروض إلى جهة الإدارة في الوقت المحدّد، والمعلن عليه في المناقصة، وهنا تمارس عمليّة الرّقابة الدّاخلية للصفقات العموميّة، ولقد أسندت هذه المهمّة إلى لجنّتين: لجنة فتح الأظرفه، ولجنة تقييم العروض وهذا ما نصّت عليه المادّة 121 و 125 من المرسوم الرئاسي 236/10.

فنقوم لجنة فتح العروض، في جلسة علنيّة، وبحضور كافّة المتعهّدين (المادّة 123 من المرسوم الرئاسي 236/10) بعدّة مهام.³

1 : د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص166.

انظر أيضاً:- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 193-194.

2 : د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص195.

3 :المادّة 122 من المرسوم الرئاسي 236/10: "...تثبث صحة تسجيل العروض على سجل خاص، تعد قائمة المتعهّدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفه عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المفتوحات و التخفيضات المحتملة، تعد وصفا مفصلاً للوثائق التي يتكون منها كل عرض..." انظر أيضاً :- المادّة 3 من المرسوم التنفيذي 09-152، ج.ر، العدد 27، الصادر في 6 ماي 2009، ص05.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

تمّ تأتي المرحلة التالية وهي تقييم العروض: حيث تختلف تشكيلة لجنة تقييم العروض عن الأولى، وحقيقة الأمر أنّ اللجنة التي يناط بها تقييم ينبغي أن تكون من الخبراء و المتخصصين في كافة النواحي الفنية المتعلقة بالمشروع، بالإضافة إلى أنّ المستشارين المتخصصين في هذه اللجنة، ذو مستوى رفيع في تكوينها، وكلما تسلح أعضاؤها بالموضوعية والحياد، والنزاهة، فإنها بدون شك ستقوم بعمل يحقق الصالح العام¹، وهذا مانصت عليه المادة 2/125 من المرسوم الرئاسي 23/12: " يمكن أن تستعين المصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتنا بكلّ كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض..."²

ويجب أن تتم عملية التقييم وفقا للقواعد والأسس التي أعلنت عنها في دفتر الشروط، حيث يتم البث غالبا على مرحلتين³:

- مرحلة الترتيب التقني للعروض، مع إقصاء العروض التي لم تتحصّل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

- مرحلة دراسة العروض المالية للمتعهدين، الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، ثم يتمّ المنح المؤقت حسب المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236/10.

وهكذا فإنّ اللجنة المختصة بالتقييم لا تقيم على أساس معيار السعر فقط، بل ينبغي أن تقوم بالإستناد إلى معايير أخرى مثل: التكنولوجيا المستحدثة، والتدريب، ومصادر التمويل، ووفرة الصّرف الأجنبي.

وفي الأخير لا تكون الصفقات صحيحة و نهائية و رسمية، إلّا إذا وافقت عليها السلّطة المختصة⁴.

ثانياً: أسلوب التراضي البسيط.

1 : د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 133.
2 : دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 81.
3 : ج.ر، العدد 04، الصادر 26 يناير 2012، ص 18-19.
انظر أيضاً: دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مرجع نفسه، ص 100-102.
4 : المادة 04 من المرسوم الرئاسي 23-12، ج.ر، العدد 02، الصادر 13 يناير 2012، ص 6.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

عرّف المشرّع الجزائري التّراضي في نص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 98/11 هو: " إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدّعوة الشّكلية إلى المنافسة".¹، كما أضافت نفس المادّة أنّ إجراء التّراضي البسيط يعتبر قاعدة إستثنائية، لإبرام العقود لا يمكن إعتماؤها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10 وهي كالآتي:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحثّل وضعيّة إحتكاريّة، أو ينفرد بإمتلاك الطّريقة التّكنولوجيّة التي إختارتها المصلحة المتعاقدة.

- في حالات الإستعجال الملح، المعلّل بخطر داهم يتعرّض له ملك أو إستثمار قد تجسّد في الميدان، ولا يسعّه التّكليف مع آجال المناقصة، بشرط أنّه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة التّنبؤ بالظّروف المسبّبة لحالات الإستعجال، وأن لا تكون نتيجة لمناورات للمماطلة من طرفها.

- في حالة تمويل مستعجل مخصّص لضمان سير الإقتصاد، أو توفير حاجات السّكان الأساسيّة.

- عندما ما يتعلّق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهميّة وطنيّة، وفي هذه الحالة يخضع اللّجوء إلى هذا النوع الإستثنائي لإبرام الصّفقات إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، و هذا مانصّت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي 09-152: "يمكن أن يمنح الإمتياز بالتّراضي بعد ترخيص من مجلس الوزراء، وإقتراح من المجلس الوطني للإستثمار..."².

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسّسة عموميّة حقا حصريا للقيام بمهمّة الخدمة العموميّة، وتحدّد هذه الأخيرة بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالماليّة والوزير المعني.

- عندما يتعلّق الأمر بترقيّة الأداة الوطنيّة العموميّة للإنتاج ، وهنا يتعيّن الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.

1:مرسوم رئاسي 11-98 مؤرّخ في 26 ربيع الأول 1432 الموافق 1 مارس 2011، بعدّل ويتمّم المرسوم الرئاسي 10-236 الموافق 7 أكتوبر 2010، و المتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية، ج.ر، العدد 14، الصادر في 6 مارس 2011، ص15.

2:ج.ر، العدد 27، الصادر في 6 ماي 2009، ص6.

- زد على هذا فإنّ المشرع الجزائري نصّ صراحة على أنّ الصّفات المبرمة وفقا لإجراء التّراضي البسيط، لا تخضع لأحكام المادة 24 من المرسوم الرئاسي 236/10، والتي تناولت ما يجب أن تتضمّنه دفاتر الشّروط المناقصات الدّولية بالنّسبة للمتعهّدين الأجنب، من الإلتزام بالإستثمار، وذلك في نفس ميدان النّشاط موضوع الصّفقة مع مؤسّسة أو مؤسّسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز الأغلبية في رأسمالها الإجماعي جزائريّون مقيمون.

وسواء كُنّا بصدد إبرام بأسلوب المناقصة أو التّراضي فإنّه يجب على المؤسّسات الأجنبيّة المتعهّدة تقديم ضمانات ذات طابع حكومي¹، وكذا ضمانات حسن التّنفيذ².

فإتياع الدّولة أسلوب التّراضي يحرّرها من الإجراءات الصّارمة التي تحكم المناقصات بكافة أنواعها، فهو يعطي للإدارة حريّة واسعة في إختيار المتعاقد معها، وفي المقابل فإنّ هذا الأسلوب قد ينطوي على العديد من المساوئ كونه لا يكفل مستوى الموضوعية، والشفافية التي يمكن تحقيقها بأسلوب التّنافس.

وأجازت المادة 6 من المرسوم التّنفيذي 417-04 إجراء هذا الأسلوب حيث نصّت: "عندما تكون المزايدة غير مثمرة يمنح الإمتياز بالتّراضي"³.

هذا وقد ألتمز المشرّع الجزائري في المادة 42 من المرسوم الرئاسي 236-10 على وجوب تعليل المصلحة المتعاقد إختبارها عند كلّ رقابة تمارسها أي سلطة مختصة.

ثالثًا: تقديم الطلبات.

وبإستقراء جملة النّصوص القانونية و التّنظيمية التي تضمنت شروط و كفيات منح الإمتياز بصيغة البوت، نجدها أعطت للإدارة السلطة التقديرية في إختيار المتعاقد معها، وذلك لما سمحت للراغبين في الحصول على هذا الإمتياز بتوجيه عروضهم في شكل طلبات إلى السّلطات المعنية، وهذا ماأكّدته المادة 04 من المرسوم التّنفيذي 475-97 حيث نصّت: "يجب على الأشخاص الراغبين في الحصول على إمتياز إستغلال المنشآت والهيكل الأساسية للرّي الفلاحي الصّغير و المتوسّط أن يقدّموا طلباتهم لمدير المصالح الفلاحيّة في

1 : المادة 94 من المرسوم الرئاسي 236-10، ج.ر، العدد58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص21.

2 : المادة 95 من المرسوم الرئاسي 236-10، ج.ر، العدد58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص21.

3 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

الولاية المعنيّة التي تشعروهم بالإستلام.¹، كما نصّت المادة 03 من المرسوم التّنفيذي 11-220: "يوّجه طلب الإمتياز لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة حسب الحالة إلى الوزير المكلف بالموارد المائيّة بالنّسبة للهياكل المنجزة لغرض المنفعة العموميّة، الوالي المختص إقليميا بالنّسبة للهياكل المنجزة لتلبية الحاجيات الخاصّة."² ونفس المعنى ذهبت إليه المادتين 04 من المرسوم التّنفيذي 11-340، والرسوم التّنفيذي 11-341، والمادة 02 من المرسوم التّنفيذي 96-308.

وتشترط بعض القوانين المنظمة للإمتياز بصيغة البوت، ما يجب أن يتضمنه طلب الإمتياز من بيانات و نذكر على سبيل المثال: المادة 05 من المرسوم التّنفيذي 11-340،³ و المرسوم التّنفيذي 11-341 .

ويخضع الطلب للدراسة من طرف جهات معنية نذكر مثلاً: اللّجنة التّقنية لدى الوزير المكلف بالموارد المائيّة و هذا مانصت عليه المادة 06 من المرسوم التّنفيذي 11-340. لكن قصد حماية صاحب الطلب من تعسف الإدارة أوجب عليها التبرير في حالة الرفض ، وأعطى لصاحب الطلب المرفوض طلبه حق الطعن أمام الوزير المكلف بالقطاع حيث جاء في المادة 10 من المرسوم التّنفيذي 11-340: " يمكن رفض طلب الإمتياز لا سيما عندما يتعارض المشروع الذي يقدمه مع الشروط المرتبطة بأمن المنشآت و حماية الموارد المائيّة ، و يبلغ صاحب الإمتياز بأسباب الرفض."⁴، ونفس المعنى نصت عليه المادة 06 من المرسوم التّنفيذي 11-341.

و في نهاية المطاف يمنح الإمتياز بقرار من السلطة المختصة، و هذا ماأقره المشرع الجزائري من خلال المادة 11 من المرسوم التّنفيذي 11-340: " يمنح إمتياز إستعمال

1 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص21.

2: ج.ر، العدد 34، الصادر في 19 يونيو 2011، ص05 .

3 : " يجب أن يتضمن طلب الإمتياز المنصوص عليه في المادة 4 أعلاه البيانات الآتية: بالنسبة للأشخاص الطبيعيين – الاسم و اللقب و العنوان. بالنسبة الأشخاص الطبيعيين – إسم الشركة و عنوان مقرها الإجتماعي. تعيين السد و النقاط المياه أو منشأة التحويل المعية بالهياكل المراد إعدادها. -مذكرة تقنية تتضمن:

*التصميم و خاصصيات الهياكل المزمع إنجازها.

* حجم المياه الواجبات استعمالها سنويا و توزيع المنسوب الواجب استخراجها في الوقت المحدد.

*مستخرج من الخريطة يبين موقع الهياكل المزمع إنجازها و المصنع الهيدروكهربائي.

*المخطط الإجمالي للهياكل المزمع إنجازها و ملحقاتها.

*مذكرة توضح القدرات التقنية و المالية لصاحب الطلب."

4 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص05.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

الموارد المائية السطحية و البحيرات لتطوير النشاطات الرياضية و الترفيه الملاحى على أساس رأي اللجنة التقنية بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية.¹، و هو نفس المعنى أقرته المواد 09 من المرسوم التنفيذي 11-341، و المادة 05 من المرسوم التنفيذي 9-475 وفي الأخير يمكن القول أنه رغم منح السلطة التقديرية للإدارة لإختيار صاحب الإمتياز، إلا أنها يجب عليها إتباع إجراءات ذات طابع تنافسي و تكريس مبدأ المساواة و الشفافية في إختياره.

الفرع الثاني: إبرام العقد و تكوينه.

بعد إنتهاء الإدارة من تلك الخطوات التمهيدية في إختيار أفضل المستثمرين، تنتقل إلى مرحلة جديدة، وهي مرحلة إبرام العقد، فتبدأ بالتفاوض، ثم إنعقاده، وبعده ذلك تقوم بإفراغ هذا الإتفاق في وثائق خاصة، و هذا ما سنفصله أكثر.

أولاً: التفاوض.

يعد التفاوض ركيزة أساسية لمفهوم أو تطور القانون العام للعقد، والتي تستمر قائمة إلى لحظة إقتران القبول بالإيجاب، ويُعرّف التفاوض في نطاق العقود بأنه: " تبادل الإقتراحات و المساومات، و الإمكانيات، و التقارير، و الدراسات الفنية، بل و الإستشارات القانونية التي تبدلها أطراف التفاوض، ليكون كلّ منها على بيّنة من أفضل الأشكال القانونية، التي تحقّق مصلحة الأطراف و التعرف على ما سيسفر عنه الإتفاق من حقوق، و التزامات لطرفيه"²، و لذلك و لإنجاح عملية التفاوض، يجب على كلتا الطرفين التحلي بحسن النية، و الموضوعية و السعي للتغلب على كافة العقبات.

غير أنّ عقد البوت يتميز ببعض السمات و الأوضاع الخاصة التي تفرقه عن العقود بصورتها العامة، و ذلك لأنه يدور في إطار العقود الإدارية، و من سمات هذه العقود أن تفرض على المتفاوضين إتباع أحكام قانونية يتوجب عليهم إتباعها، و بالتالي يكون مجال

1 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص05.

2 : د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص201.

انظر أيضاً:- د.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص125.

- د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص140.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

حرّيتهم في التّفاوض محدود¹، وفي هذا الصّدّد تقول الدّكتورة سعاد الشّرقاوي: "إنّ إبرام بعض العقود الإداريّة يعتبر عملاً شاقّاً، و يحتاج إلى تضافر جهود قانونيين، و مهندسين، و أطباء وإقتصاديّين، و رجال المال، والرّجوع إلى وثائق و قوانين وطنيّة، وإلى وثائق و إتفاقيات إقليميّة و دوليّة، من تم فإن مثل هذه العمليات تحتاج إلى عدة أشهر من العمل المتواصل و الإعداد الجيد لإبرام العقد"².

وعادة ما تبدأ مرحلة التّفاوض بالجانب الفّني من المشروع، وبخطة التّشغيل و الصّيانة (Les négociations techniques)، وبعد ذلك و في ضوء إحتياجات كلّ من طرف العقد، و مدى قدرته في الإستجابة لها تبدأ المفاوضات القانونيّة (Les négociations juridiques) التي تستهدف تحديد شروط التّعاقّد و أحكامه³.

و ينتج بعد المفاوضات القانونيّة صياغة بنود العقد في ضوء الأحكام والنّصوص القانونيّة، ومنها مدّة العقد، و مواعيد التّنفيذ، و صيانة المعدّات ، والآلات ، والأدوات ، و تحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع ، والقانون الواجب التّطبيق.

وإذا كان أغلب قوانين الصّفقات العموميّة تحظر إجراء مفاوضات بين الطرفين⁴، كما هو مؤكّد في المرسوم الرئاسي المتعلق بقانون الصّفقات العمومية، إلا أنّنا نجد بعض القوانين المنظمة للإمتياز بصيغة البوت تجيز هذا الإجراء مثل: المادة 8 من دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بالطّرق السّريّة: "يتمّ تحديد كميّات الإنجاز و التّمويل بإتفاق مشترك بين مانح الإمتياز و صاحب الإمتياز"⁵، و أكدت المادة 17 من دفتر الشّروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطّرق و/أو تسييرها نفس المعنى: "يجب أن يكون تحديد تسعيرات الدّخول إلي المنشأة القاعدية من طرف ناقلي المسافرين، عبر الطّرق المرخصين قانوناً، موضوع تشاور مع الناقلين، والسّلطة

1 : د. إلياس ناصف، مرجع نفسه، ص203.

2 : د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص111.

3 : د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص204.

انظر أيضاً:- د. إبراهيم الشهاوي، مرجع نفسه، ص171.

3: دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية المموّلة من القطاع الخاص، مرجع سابق، ص80-81.

5 : انظر للملحق رقم2.

المانحة للإمتياز، ومديرية النقل في الولاية، وكذلك مديرية التجارة في الولاية المختصة إقليمياً¹

ورغم طول مدة التفاوض إلا أنه قد لا تفضي إلى أي إتفاق²، ومن ثم يثور الإشكال حول مدى حق الدولة في الانتقال إلى صاحب العطاء التالي؟ فنجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه الحالة.

ثانياً: انعقاد العقد.

يتم إبرام عقد البوت بتوقيعه من طرف الجهة الإدارية و شركة المشروع، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي 417-04: "تدخل هذه الإتفاقية حيز التنفيذ بمجرد التوقيع عليها. حرر ب... في... السلطة المانحة للإمتياز صاحب الإمتياز"³.

وفي أغلب الأحيان ونظراً لخطورة هذا الإمتياز أوجب المشرع الجزائري ضرورة المصادقة على هذه الإتفاقيات بموجب مراسيم، وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 308-96: "يصادق على إتفاقية منح الإمتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة، بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي بالداخلية و المالية و الطرق السريعة"⁴، بالإضافة إلى أن بعض القوانين تشترط لمنح الإمتياز، ترخيص من مجلس الوزراء و إقترح من المجلس الوطني للإستثمار.⁵

من خلال ماسبق يثار التساؤل التالي : في حالة عدم المصادقة على العقد من طرف السلطات المكلفة (والي ، وزير)، هل يؤدي ذلك إلى تجميده؟ أي عدم قابليته للتنفيذ؟ مما يؤدي بنا بالقول أن إرادة المتعاقدين غير كافية لإنعقاده.

من خلال نصوص القانونية المشار إليها سابقاً نلاحظ أن المشرع الجزائري علق تنفيذ العقد بالمصادقة عليه من طرف السلطات المختصة، ولقد أصاب في ذلك لكون هذه العقود تمس بمشاريع البنية التحتية.

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

2 : LEDANG Doanh, Op.Cit, P 896.

3 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص33.

4 : ج.ر، العدد 55، الصادر في 25 سبتمبر 1996، ص9.

5 : المادة 13 من المرسوم الرئاسي 159-09، و المادة 07 من المرسوم التنفيذي 341-11.

ثالثاً: وثائق عقد البوت الـ BOT.

ينكون عقد البوت من وثيقتين مهمتين تكونان الشكل النهائي له :

1. **إتفاقية الإمتياز:** هي أقصر جزء في عقد الإمتياز، حيث تقتصر على تحديد الأطراف بدقة، و ضبط مضمون الإتفاق الذي يتمثل في إلتزام الإدارة بمنح المرفق العام لشركة المشروع، لإنشاء وتسييره و إعادته، وذلك وفقاً لما يحدده دفتر الشروط، وهذا ما أكدته المادة 9 من المرسوم التنفيذي 04-417: "يمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها، بموجب إتفاقية إمتياز يوقعها حسب الحالة رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو الوالي المختص إقليمياً و الرأسي عليه المزاد"¹، كما نصت المادة 11 من الملحق دفتر الشروط الذي يحدد كفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة على: "تحدّد الشّروط والكيفيات التقنية، و المائيّة لتموين بمياه المنتجة بواسطة الهياكل المنجزة لغرض المنفعة العموميّة، بموجب إتفاقية مبرمة بين صاحب الإمتياز ومانح الإمتياز"²، وهو نفس المعنى نصّت عليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي 97-475.

2. **دفتر الشّروط:** عرفه الأستاذ DELAUBADERE على أنه: دعوة للتعاقد وليس إيجاب، فالإيجاب هنا يتقدّم به العارض وإن كان معالم الإيجاب، وشروطه تتحدّد بناء على الشّروط التي قرّرتها الإدارة في دفتر الشّروط.³

و هو جزء لا يتجزأ من إتفاقية الإمتياز، وهذا ما أكدته المادة 12 من المرسوم التنفيذي 04-417: "تشكّل هذه الإتفاقية و دفتر شروطها كياناً واحداً"⁴.

ويحتوي دفتر الشّروط على نوعين من الشّروط :

أ- **شروط تنظيمية:** وهي تتعلّق بإنشاء وتسيير المرفق، و توضع من قبل الإدارة دون تدخّل شركة المشروع، و عليه أن يقبلها دون مناقشة.

1 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص 31.

2 : انظر للملحق رقم 1 .

3 : DELAUBADERE André, Op.Cit, P 611.

4 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص 33.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

ب- شروط تعاقدية: وهي الشّروط المتعلقة بالعلاقة بين أطراف العقد مثل: المدة، والضمانات والإمّيازات ، وشروط نهاية العقد...إلخ.

و يشمل دفتر الشروط بالأساس على: دفتر البنود الإدارية العامة، ودفاتر التّعليمات المشتركة، ودفاتر التّعليمات الخاصة و هذا ما نصت عليه المادة 62 من المرسوم الرئاسي 23/12، كما توجد وثائق يجب أن يتضمّننها وهي: جدول الأسعار بالوحدة، و تفصيل تقديري وكمّي¹.

وما يلاحظ من خلال دفاتر الشّروط الخاصة بإمّياز بنظام البوت، أنّها تتبّع المرسوم أو القانون الذي يرخص بمنح الإمّياز، و هذا ما أكدته المادة: 2/19 من المرسوم التنفيذي 04-417: "ترفق نماذج إئفاقية الإمّياز ودفتر الشّروط الملحقين الأوّل، والثاني بهذا المرسوم."² بالإضافة إلى أنّ تسميتها هي دفاتر الشّروط النموذجية، حيث تعتبر نموذج أعد لنوع من عقود الإمّياز الواردة على مرفق محدّد بذاته مثل: دفتر الأعباء النموذجي لطرق السريعة، دفتر الشّروط النموذجي المتعلق بمنح الإمّياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطّرق و/أو تسييرها. من خلال هذا نستنتج:

– أنّ إلزام الجماعات المحليّة بدفاتر الشّروط النموذجية ، يؤكّد فكرة عدم ثقة الدّولة في عمل الجماعات المحليّة، و كذلك تدّخلها المستمر في الشّؤون المحليّة وتقليص فكرة الديمقراطيّة.

– كما أنّ تقييد الجماعات المحليّة، وإلزامها بإتباع دفاتر الشّروط النموذجية الصّادرة عن طريق التّنظيم، دليل على إزدياد حدّة مراقبة الإدارة المركزيّة الوصية على أعمال الجماعات المحليّة³.

1 : المادة 51 من المرسوم الرئاسي 12-23، ج.ر، العدد04، الصادر 26 يناير 2012، ص11.

2 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص 31.

3: بودياب بدره هاجر، مرجع سابق، ص68-69.

المبحث الثاني: آثار عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

تبرز آثار عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية عند تنفيذه، وهذا ماسنقوم بتحليله في المطلب الأول من خلال تطرقنا لحقوق و إلتزامات كلا الطرفين، أمّا الأثر الثاني يتمثل في المنازعات التي يمكن أن تثور أثناء مرحلتي الإنجاز و الإستغلال.

المطلب الأول: تنفيذ عقد البوت.

يرتب عقد البوت إلتزامات متبادلة بين أطرافه، شأنه في ذلك شأن سائر العقود، ولكّنه يختلف عن العقود العادية، بكونه يقوم أساساً على خلفية العقد الإداري، وسنتناول فيما يأتي إلتزامات و حقوق كلا الطرفين.

الفرع الأول: إلتزامات و حقوق الدولة.

أولاً: إلتزامات الدولة .

1. إلتزام الدولة بتنفيذ عقد البوت بحسن نية: إنّ تنفيذ العقد بحسن نية يعد من المبادئ الأساسية في كافة العقود المدنية و الإدارية، ونعني هنا: بأن تقوم الإدارة المتعاقدة بإحترام جميع إلتزاماتها العقدية، وتنفيذها بطريقة سليمة، بعيداً عن الغشّ و التّدليس¹. وعلى هذا تلتزم الدولة:

- تسليم موقع المشروع خالياً من العقبات، و الموانع التي تحول دون تنفيذه، حتى تتمكن شركة المشروع بالبداً في تنفيذ الأعمال في المواعيد المحددة².

- كما يجب على الدولة توفير لشركة المشروع بعض الأموال اللازمة لتنفيذ المشروع: كالأراضي و خطوط السكك الحديدية و خطوط نقل الطاقة³، وهذا ما نصّت المادة 3 من

الإتفاقية النموذجية الخاصة بمنح إمتياز الطريق السريع:

1: د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص149.

2: د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 211.

انظر أيضاً:- د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص195.

- د. وضاح محمود الحمود، مرجع نفسه، ص162.

3: د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص295.

انظر أيضاً:- د. موسى خليل مئري، مرجع سابق، ص117.

-: LEDANG Doan Hi, Op.Cit,P896.

- :AL-HUSSAINY Alaa Ibraheem ,The Obligations And Therights Come From Contractbuild, Operate And Transfer (b.o.t), ((A comparative study)), Submitted to the Council of the College of LawBabylon University as a part of the requiremen for gaining the Master degree in the Public Law Republic of Iraq, 2008, P123.

" تسلّم الدّولة لصاحب الإمتياز بمقتضى الشّروط المحدّدة في دفتر الأعباء، الأراضي المكتسبة سابقا والمنشآت الكبرى التي أنجزها"¹ ، وجاء في المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-341: "ينم التنازل عن أراضي الوعاء الضرورية لإعداد هياكل في أسفل السدود و نقاط المياه و منشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدوكهربائية لصاحب الإمتياز من طرف إدارة الأملاك أو المصلحة المسيرة حسب الحالة"²، " ضف إلى ذلك أن الدّولة قد تقوم بمنح الأرض لشركة المشروع على سبيل الإيجار مقابل قيمة إيجارية رمزية³. وهذا ما نصّت عليه المادة 09 من الأمر 04-08 " يمنح الإمتياز بالمزاد العلني، مقابل تسديد الإتاوة الإيجارية السنوية الناتجة عن المزداد العلني، يمنح الإمتياز بالتراضي، مقابل دفع إتاوة إيجارية سنوية كما هي محدّدة من مصالح أملاك الدّولة المختصة إقليمياً، و التي تمثّل 20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الإمتياز." ⁴

- أمّا الإلتزام الثالث الذي يقع على عاتق الدّولة؛ هو حماية المنافسة العشوائية التي قد تحرمه من إسترداد إستثماراته الضخمة، لذلك تعتمد الدّولة على حماية المستثمر من المنافسة، عن طريق السّماح لشركة واحدة، أو أكثر من الإستثمار في نشاط موضوع واحد⁵.

2. توفير البيئة القانونية والإدارية: يعد الإستقرار القانوني في أيّ دولة عنصراً أساسياً، ومهماً لجذب الإستثمار الأجنبي، ودعم الإستثمار المحلي بشكل عام، ويتطلّب ذلك مناخاً قانونياً ملائماً، وتشريعات قوية ومستقرّة، فغياب البيئة الجيدة، يؤدي إلى إنهيار جميع العقود والإتفاقيات التي تبرم وفقاً لهذا النّظام، وعليه فإنّه يتعيّن على الدّولة التي ترغب في إتباع نظام البوت، أن تعمل على مراجعة الأطر القانونية، وإصدار تشريعات جديدة تتناسب وطبيعة هذه المشروعات.

1: انظر للملحق رقم 2.

2 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص 04.

3 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 323.

انظر أيضاً: - د. عصام أحمد البيهي، مرجع سابق، ص 196.

4 : ج.ر، العدد 49، الصادر في 03 سبتمبر 2008، ص 05. وهو الأمر الذي تضمنته المادة 15 من المرسوم التنفيذي 152-09.

5 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه ، ص 324.

انظر أيضاً: - د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 150.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

وبالفعل فلقد قامت الجزائر كغيرها من الدول بإعادة النظر في الإطار القانوني للإستثمارات الأجنبية، فصدر المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الإستثمار¹، وتطبيقاً للأمر 03-01 صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-08 المتعلق بشكل التصريح بالإستثمار وطلب ومقرّر منح المزايا وكيفيات ذلك²، بالإضافة للأمر 06-08 والمتعلق بتطوير الإستثمار³ الذي منح المزيد من الضمانات للمستثمرين الأجانب.

ومن بين التسهيلات التي منحتها الدولة الجزائرية لمستثمريها نجد مثلاً خفض مبلغ الإتاوة الإجارية طبقاً للمادة 16 من المرسوم التنفيذي 09-152⁴، بالإضافة إلى ضمان عدم المساس بالعقد حيث نصت المادة 15 من الأمر 03-01 على: " لا تطبق المراجعات و الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، إلّا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁵، بالإضافة إلى تسهيلات تحويل الرأسمال المستثمر، و العائدات الناتجة عنه، و المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية، وهذا ما أكدته المادة 31 من الأمر 03-01، ومن أجل تحديد كيفية تطبيق هذه المادة أصدر المشرع النظام 05-03 المتعلق بالإستثمارات الأجنبية⁶.

وتوجد عدّة مبادئ أساسية منظمة للإستثمار نذكر على سبيل المثال:

أ- مبدأ حرية الإستثمار: ولقد كرّس لأول مرة في القانون 90-10 المتعلق بالتقدي و القرض في المادة 183: "يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر، لتمويل أية نشاطات إقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنه أو أي شخص معنوي..."⁷، ولقد أكد عليه المشرع مرة ثانية بالمرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الإستثمار في مادته الثالثة، و كذا الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الإستثمار والذي نص

1 : ج.ر، العدد 64، الصادر في 10 أكتوبر 1993.

2 : مرسوم تنفيذي رقم 08-09 مؤرخ في 16 ربيع الأول 1419 الموافق 24 مارس 2008، يتعلق بشكل التصريح بالإستثمار وطلب ومقرّر منح المزايا وكيفيات ذلك، ج.ر، العدد 16، الصادر في 26 مارس 2008 .

3 : أمر رقم 06-08 مؤرخ 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15 يوليو 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 03-01 مؤرخ في 1 جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، و المتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر، العدد 17، الصادر في 19 يوليو 2006.

4 : ج.ر، العدد 27، الصادر في 6 ماي 2009، ص 6.

5 : ج.ر، العدد 47، الصادر في 22 غشت 2001، ص 7.

6 : نظام رقم 05-03 مؤرخ في 28 ربيع الثاني 1426 الموافق ل 6 يونيو 2005، يتعلق بالإستثمارات الأجنبية، ج.ر، العدد 53، الصادر 31 يوليو 2005.

3 : ج.ر، العدد 16، الصادر في 18 أبريل 1990، ص 541.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

في مادته الرابعة منه: " تنجز الإستثمارات بكلّ حرية تامّة... "1، ذلك قبل أن يصبح مبدأ دستوريًا من خلال المادة 37 من دستور " حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون."2

ب- مبدأ المساواة: المقصود بمبدأ المساواة هو عدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب من حيث الحقوق و الإمتيازات، وهذا ما أكدّه المشرّع في المادة 14 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الإستثمار: "يعامل الأشخاص الطبيعيّون و المعنويّون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيّون و المعنويّون الجزائريّون في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصّلة بالإستثمار."3

ثانيًا: حقوق السّطة المتعاقدة.

1. سلطة الإدارة في الرّقابة والتّوجيه: تحدّد الرّقابة التي تمارسها السّطة الإداريّة في مفهومين: مفهوم ضيق و مفهوم واسع.

أ- المعنى الضيق: وهو حقّ الإدارة في الرّقابة، والإشراف على تنفيذ العقد، وضمن أن يتفق هذا التنفيذ مع نصوص العقد، وما هو متفق عليه بين الطرفين، و تجسّد هذه الرّقابة في أعمال ماديّة يقوم بها رجال الإدارة ، كدخول المرفق ، والمخازن، والورشّة، و الإطلاع على الوثائق، والأوراق، و هذا المعنى الضيق للرّقابة هو مقررّ للإدارة حتّى ولم ينصّ عليه العقد، لأنّه يعدّ من النظام العام.4

ب- المعنى الواسع: حيث تتدخّل الإدارة بشكل أكبر في إختيار وسائل التنفيذ، وتوجيه أوامر مباشرة للملتزم، وهي تقترب لسّطة التعديل.5

إنّ الرّقابة بالمعنى الواسع تتفق مع عقد البوت، و السبّب في ذلك هو أنّ الوسائل التقنيّة و التكنولوجيّة متجدّدة بإستمرار، و العقد يمتدّ لمدّة طويلة، فالإعتراف للإدارة بسّطة التّوجيه يعني أنّها تلزم المتعاقد معها دوماً بإتباع الوسائل الأحدث، و الأكفأ في إدارة المرفق العام.

4 : ج.ر، العدد47، الصادر في 22 غشت 2001، ص5.

5 : ج.ر، العدد76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، ص12.

6 : ج.ر، العدد47، الصادر في 22 غشت 2001، ص7.

4 : د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص74.

انظر أيضًا: - د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص248

- Al-HUSSAINY Alaa Ibraheem, Op.Cit, P143.

5 : Al-HUSSAINY Alaa Ibraheem, Op.Cit, P143-144.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

وتكتسب الرّقابة التي تمارسها الدّولة في عقود البوت أهميّة ترجع لسببين: طول مدّة العقد ، بالإضافة إلى إلتزام شركة المشروع بالتّسليم المرفق بحالة جيّدة تسمح بإستمراره و إستغلاله بعد إنقضاء المدّة.¹

و تتنوّع سلطة الإدارة في الرّقابة ما بين الرّقابة الفنيّة والتقنيّة، والرّقابة الماليّة، و رقابة الصّيانة و التّجديد،² وعادة ما تتضمّن دفاتر الشّروط الملحقة بعقد الإمتياز إجراء مثل هذه الرّقابة و هذا ما نصت عليه المادة 31 و 18 من دفتر الأعباء التّمودجي الخاص بالطّريق السّريع حيث نصّت هذه الأخيرة: " يتّم ضمان المراقبة، في مرحلة الإستغلال بما فيها المراقبة التقنيّة للمنشآت الكبرى من طرف السّلطات، والمصالح المعنيّة لهذا الغرض من طرف مانح الإمتياز..."³، ولقد أكّدت المادة 16 من دفتر الشّروط التّمودجي المتعلق بإمتياز إستعمال الموارد المائيّة بالإقامة هياكل تحليّة مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة نفس المعنى: " زيادة على المراقبات المنصوص عليها في التّشريع المعمول به، يمكن السّلطة المانحة للإمتياز، و في كلّ وقت إجراء المراقبات في الموقع للتّأكد من نشاطات إنتاج المياه منقّدة من طرف صاحب الإمتياز.... "⁴، بالإضافة إلى المادة 26 من دفتر الشّروط التّمودجي المتعلق بإمتياز إنجاز المنشآت القاعديّة لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطّرق و/أو تسييرها: "يتعيّن عليه الخضوع لأشكال التّفنّيش، و المراقبة التي يقوم بها فجائيًا و بانتظام، الأعران التّابعون للسّلطة المانحة للإمتياز..."⁵، و ذهبنا المادة 18 من المرسوم التنفيذي 11-340، و المادة 14 من المرسوم التنفيذي 11-341 إلى تأكيد نفس المعنى.

تجدر الإشارة إلى أنّ سلطة الرّقابة و التّوجيه ليست مطلقة بل مقيدة بإعتبارين هما⁶:

- 1 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 361.
- Voir aussi: - Al-HUSSAINY Alaa Ibraheem, Op.Cit, P151.
- 2 : د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 245.
- انظر أيضًا: - د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 246.
- د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 85-86.
- د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 205.
- 3 : انظر للملحق رقم 2.
- 4: انظر للملحق رقم 1.
- 5 : ج.ر ، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.
- 6 : Al-HUSSAINY Alaa Ibraheem, Op.Cit, P144.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

– وجوب أن تتوافر ضمانات للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسّفها وإنحرافها في إستعمال السّلطة، وذلك بإستغلال هذه السّلطة لتحقيق أهداف بعيدة عن المصلحة العامّة.

– عند ممارسة سلطة الرّقابة و التّوجيه ينبغي أن لا يتطوّر الأمر إلى حدّ التّدخل بشؤون المرفق الداخليّة و إلاّ عد تدخّل الإدارة إستغلالاً مباشراً، وليس تعاقداً.

2. سلطة الإدارة في تعديل عقد البوت: يتّسم عقد البوت بطول مدّته ، وخلال هذه الفترة

يمكن أن تطرأ تغيّرات سياسيّة و إجتماعيّة و إقتصاديّة، فتقوم الدّولة بالتّدخل لتغيير

شروط العقد بما يضمن السير المنتظم للمرفق العام وتحقيق المصلحة العامّة.

ولممارسة سلطة التّعديل يجب توفر الشّروط التالية وهي: إنحصار التّعديل في إطار

العقد الأصلي، مراعاة مبدأ المشروعيّة عند ممارسة سلطة التّعديل، و أن تجسّد ظروف

جديدة تسوغ تعديل العقد¹.

إنّ سلطة التّعديل لا تمسّ جميع شروط العقد، و إنّما تقتصر على تلك المتعلقة بتسيير المرفق

العام "Clauses qui intéressent le fonctionnement"، ومن ثمّ لا تملك الإدارة تعديل شروط

العقد ذات الصّلة بالمرفق العام².

و ممّا لا شك فيه أنّ حق الإدارة في التّعديل حقّ ثابت و لا نقاش حوله في الجزائر و هذا ما

نصّت عليه صراحة المادة 86 من قانون 05-12 المتعلّق بقانون المياه: " يمكن في أيّ وقت

كان تعديل رخصة أو إمتياز إستعمال الموارد المائيّة أو تقليصها أو إلغائها من أجل المنفعة

العامّة..."³، بالإضافة إلى المادة 7 فقرة الأخيرة من دفتر الأعباء النموذجي لإمتياز الطرق

السريعة "يمكن مانح الإمتياز أن يطلب كلّ الإضافات و التّوضيحات و أن يأمر بجميع

التّعديلات التي يراها مفيدة بشأنها."⁴، و المادة 2/8 من نفس الدّفتر: " يتعيّن عليه، حسب نفس

الشّروط، إنجاز أو إستعمال التّعديلات و المنشآت الكبرى الإضافيّة التي قد يأمر بها مانح

الإمتياز..."⁵، وأكّدت هذه السّلطة في ق.ص.ع من خلال المادة 103: " يشكّل الملحق وثيقة

1 : AL-HUSSAINY Alaa Ibraheem , Op.Cit, P159.

2 : د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص280.

3 : ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، ص 13 .

4 : انظر للملحق رقم 2.

5 : انظر للملحق رقم 2.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية في الصفقة"¹

3. سلطة الإدارة في توقيع الجزاء: تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات مع المتعاقد معها في حالة ما إذا قصر، أو إمتنع، أو تأخر عن تنفيذ إلتزاماته العقدية، فتعدّ هذه السلّطة من أخطر السلّطات التي تتمتع بها الإدارة والسبب في ذلك يعود إلى طبيعة موضوع العقد ألا وهو المرفق العام، ووجوب سيره بانتظام و إطارا تحقيقا للمصلحة العامة، وتستمدّ الإدارة حقّها في توقيع الجزاءات من إمتيازات السلّطة العامة.

حيث تمتاز الجزاءات الإدارية بصفات خاصة نلخصها في النقاط التالية:²

- حقّ الإدارة في التوقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة.
- حقّ الإدارة في التوقيع الجزاءات حتى ولو لم ينصّ عليه في العقد.
- أنّ الإدارة تملك توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى إثبات الضرر.
- إعدار المتعاقد مع الإدارة قبل التوقيع الجزاء.

ولقد إستقرّ غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية إلى³ :

أ-جزاءات مالية: وهي عبارة عن مبالغ من المال يحقّ للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخلّ بإلتزاماته التعاقدية، سواء إمتنع عن تنفيذها، أو نقدها على وجه غير مرض بالكامل، أو حل غير محلّه دون موافقة الإدارة، و هذا مانصّت عليه المادة 12/24 من المرسوم الرئاسي 03/13: "إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أنّ الإستثمار لم يتجسد حسب الرزنامة الزمنية و المنهجية المذكورين أعلاه، لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي...وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية..."⁴

1 : ج.ر، العدد04، الصادر 26 يناير2012، ص16.

2: د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص112.

انظر أيضاً:- د. إبراهيم الشهراوي، مرجع سابق، ص256.

-: AL-HUSSAINY Alaa Ibraheem, Op.Cit, P180.

3 : د.إبراهيم الشهراوي، مرجع نفسه، ص260.

انظر أيضاً:- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص203.

- د. وضاح محمود الحمود، مرجع نفسه ، ص117.

4 : ج.ر، العدد02، الصادر 13 يناير2012، ص06.

ب- جزاءات ضاغطة: وتهدف إلى الضّغط عليه وإجباره على التنفيذ.
ج- جزاءات فاسخة: للإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية قبل الأجل المحدد في عقد البوت، وأصطلح على هذه السلطة بالفسخ بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة و الإسقاط عند ما يتعلق بعقد الإلتزام¹، وهذا ما نصّت عليه المادة 30 من دفتر الأعباء التّمودجي للطريق السّريع: "يتحمل صاحب الإمتياز سقوط حقوقه بسبب عدم إستئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت و بسبب عدم الوفاء بالإلتزامات التي يفرضها دفتر الأعباء و يقرّر مانح الإمتياز سقوط حقوقه بعد الإعذار غير المتبوع بالتنفيذ."²

الفرع الثاني: إلتزامات و حقوق شركة المشروع.

أولاً: إلتزامات شركة المشروع.

تتنوّع هذه الإلتزامات حسب المرحلة التي يكون فيها المشروع.

1. إلتزام شركة المشروع بتنفيذ موضوع العقد:

أ- إلتزام شركة المشروع بتصميم المرفق وتمويله وإنشاءه: و هذا الإلتزام واضح من الحرف "B" أي إختصار لكلمة "Build"، و الذي يعني بناء و تشيد، حيث يعتبر الإلتزام الجوهري لشركة المشروع، و من الطبيعي و المنطقي أن يسبق مرحلة البناء و التشيد مرحلة التصميم و تهيئة الموقع:

✓ **مرحلة التصميم :** و على هذا الأساس يتم تنفيذ المشروع، وهنا تحتفظ الإدارة بنسخ من الرّسومات و التصميمات الخاصة بالمشروع.

✓ **تهيئة الموقع لتنفيذ المشروع:** و هي مرحلة التنفيذ الفعلي للمشروع، و هنا يجب على جهة الإدارة، أن تقوم بتسليم الموقع لشركة المشروع و تضمن عدم التّعرض.

✓ **مرحلة التشيد :** تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وفقاً للموصفات الفنية المتفق عليها، حيث يلتزم بتنفيذ الرّسومات و التصميمات و الإشتراطات الواردة في العقد أو ملاحق وهذا ما جاء في المادة 16 المرسوم التنفيذي 04-417" يكون صاحب الإمتياز مسؤولاً عن

1 : د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص274.
2 : انظر للملحق رقم 2.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

إدارة الإنجاز و/أو التسير، ويتعيّن عليه في مجال الإنجاز، إحترام أحكام المادة 04 و المخطّطات التي تعدّها السّلطة مانحة الإمتياز"¹

والأصل أن الإلتزام بالتصميم و التشيد هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فيجب تصميم المرفق و إنشائه، على النّحو الذي يمكنه من تحقيق الغرض من إنشائه، وعلى هذا تنعقد مسؤوليّة شركة المشروع إذا لم يتمّ البناء بالمواصفات السّابقة الإلتفاق عليها.²

قد جرى العمل الدّولي، على أن يقتصر دور جهة الإدارة على تحديد المواصفات العامّة الوظيفيّة، والغاية النّهائيّة المرجوّة من المشروع، كطاقة الإستجابة، وكفاءته الفنيّة، و المواصفات البيئيّة، وعلى أن تترك كافّة التفاصيل الأخرى لتحقيق هذه الغايات لشركة المشروع.³

ب- إلتزام شركة المشروع بالتّشغيل: وهي المرحلة التّالية بعد البناء، حيث يجب على شركة المشروع الإلتزام بإدارة المشروع وفقاً لما هو متفق عليه سلفاً في عقد البوت، وغالباً ما يتضمّن عقد البوت جداول، و مواصفات التّشغيل، والقواعد المتعلقة بتقارير التّشغيل، وأسس تحدّد مواعيد الصّيانة، والرّسوم، والمواصفات الفنيّة للتّشغيل.⁴

وتكتسب هذه المرحلة أهمية لكلا الطرفين، فبالنسبة لشركة المشروع تسعى للوصول إلى مرحلة التّشغيل لتحصيل رسوم الخدمة التي تقدّمها للجمهور، و تحقيق قدر معقول من الأرباح لتغطية ما أنفقته على بناء المشروع، و في المقابل تعتبر هذه المرحلة مهمّة للدّولة، لأنّ كفيّة التنفيذ تتصل بضرورة إلتزام شركة المشروع أثناء التّشغيل بالمحافظة على المبادئ الأساسيّة التي تحكم سير المرافق العامّة، والإلتزام بصيانة المشروع، ونقل التّكنولوجيا، و تدريب العاملين، و حماية البيئة وهذا ما سنتطرّق إليه :

1 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص32.

2: د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص151.
انظر أيضاً: - أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص129-130.

3 : د. عصام أحمد البهجي، مرجع نفسه، ص151.

4: د. عصام أحمد البهجي، مرجع نفسه، ص151.
انظر أيضاً: - د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص378.

✓ التزام شركة المشروع بضرورة احترام المبادئ الأساسية لسير المرفق العام:

📌 مبدأ المساواة: ويقضي هذا المبدأ أن يساوى جميع الأفراد أمام المرفق العام الذي يقدّم

لهم الخدمة العامّة، ويجد مبدأ المساواة أساسه الدّستوري في نص المادة 29.

أما فيما يخص القوانين المنظمة لعقد الإمتياز بصيغة البوت فلقد قرّرَ هذا المبدأ في المادة 11 من دفتر الشّروط التّمودجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشأة القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها: "يتعيّن على صاحب الإمتياز القيام بما يلي: معاملة متعاملي نقل المسافرين عبر الطرقات مهما كان القانون الذي يخضعون له، معاملة سوية"¹، ونفس المادة ذهبت إليه المادة 23 من دفتر الأعباء التّمودجي الخاصّ بالطريق السريع: "يجب أن يتمّ تحصيل رسوم المرور بكيفية متساوية بالنسبة للجميع دون أية محاباة."²

📌 مبدأ الإستمرارية: إنّ مبدأ دوام سير المرفق العام يقتضي أن يتابع الملتزم قيامه بسير هذا المرفق مهما إستجد من صعوبات إلا في حالة القوة القاهرة، وذلك لأنّ توقف المرفق العام عن أداء الخدمة سواء كان هذا التوقيف دائماً أو مؤقتاً، يتعارض مع طبيعة المرفق العام.

فلقد نصّت بعض القوانين على ضرورة التزام شركة المشروع لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد، مثل المادة 8 من دفتر الشّروط التّمودجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشأة القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها: "يجب تسيير المنشأة القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات، بصفة مستمرة، وتوفير دوما إنتظام في الخدمات لجميع المستعملين"³، وكرست المادة 4/13 من دفتر الأعباء التّمودجي لطريق السريع هذا المبدأ: "يجب على مانح الإمتياز أن يحدّد الأحكام الخاصة بالخدمة الدّنيا التي يجب أن يضمنها صاحب الإمتياز للمحافظة على دوام حركة المرور في ظروف أمنية حسنة..."⁴

وإذا ما قصرت الشركة في القيام بهذا الإلتزام يكون من حق الجهة الإدارية إمّا الحلول، محلّها في القيام بالعمل وتسيير المرفق العام حتّى يثبت للجهة الإدارية قدرة شركة المشروع

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

2 : انظر للملحق رقم 2.

3 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.

4 : انظر للملحق رقم 2.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

وبشكل قاطع على إستئناف القيام بتقديم الخدمة لجمهور المنتفعين بها، وإمّا التعاقد مع شركة متخصصة في شؤون التشغيل، تتولى إدارة المرفق وتشغيله لمدة معينة مقابل ثمن محددًا، على أن تعود إيرادات التشغيل إلى شركة المشروع.¹

■ **مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل:** ويقصد بهذا ضرورة إستجابة و مسايرة المرفق للقواعد المنظمة لعمل المرفق العام والتطور والتغيير الذي يحصل في الحياة الإجتماعية، وذلك تحقيقًا للمصلحة العامة.

وقد ذهب البعض إلى القول بأنه يصعب تطبيق هذا المبدأ في عقود ال BOT، فالتعديل والتطوير الذي يكون ضروريًا على المرفق، إنما يجب أن يكون بإتفاق الطرفين، كما يجب الأخذ بعين الإعتبار مصالح شركة المشروع، وتمكينها من إسترداد ما أنفقته، وتحقيق الربح الذي تنتشه لذا يجب أن يترتب على إستخدام الإدارة لهذه السلطة ضرورة تعويض شركة المشروع تعويضًا يساوي قيمة هذا التعديل، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول عكس ذلك²، وهذا ما أكدته المادة 12 من دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بالطريق السريع: "يلزم صاحب الإمتياز بالتهيئة في كل وقت..."³، و نفس المعنى نصت عليه المادة 13 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة: "يتعين على صاحب الإمتياز ضمان صيانة منتظمة وتجديد مناسب للتجهيزات بغرض ضمان حسن سيرها."⁴

1: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص378.

انظر أيضًا: - دويب حسين صابر عبد العظيم، الإلتزامات التي ترتبها عقود ال B.O.T في مواجهة شركة المشروع، المؤتمر الثامن عشر عقود البناء و التشييد بين القواعد القانونية التقليدية و النظم القانونية المستحدثة، ص80، بتاريخ 2012-02-01، على الساعة 14:22. على الموقع:

www.uaeu.ac.ae/19/arabic_prev_conf2010.asp

2 : دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع نفسه، ص82.

3 : انظر للملحق رقم 2.

4 : انظر للملحق رقم 1.

✓ **إلتزام شركة المشروع بالصيانة:** تلتزم شركة المشروع في عقد ال BOT بإجراء صيانة دورية للمشروع، ويحدّد العقد المبرم بين جهة الإدارة وشركة المشروع مواعيد الصيانة، وطرقها، وتشمل جميع أدوات ومعدّات المشروع¹، وهذا مانصّت عليه المادة 19 من دفتر الشّروط التّمودجي المتعلقة بإمّتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطّرق و/أو تسييرها: "يلزم صاحب الإمتياز بضمان التسيير الفعّال للممتلكات التي منح بشأنها الإمتياز، والسّهر على المحافظة عليها، والقيام أو العمل على القيام على نفقته بصيانتها وتصليحها، أو إستبدال العناصر المتلفة"² وهذا ماأكّدته المواد: 13 من دفتر الأعباء التّمودجي المحدد لإمّتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة، و المادة 12 من دفتر الأعباء التّمودجي لطريق السريع، و المادتين 15 من المرسوم التنفيذي 11-340، و المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-341، وأخيراً المادة 05 من المرسوم التنفيذي 08-114 حيث جاء فيها: "واجب صاحب الإمتياز في أداء الخدمة بالقيام بتطوير المنشآت وإعادة تجديدها وصيانتها وتصليحها"³

إنّ جهة الإدارة صاحبة مصلحة أصلية في مراقبة الصيانة، إنطلاقاً من أمرين أولهما: تعلق المشروع بمرفق عام، وتأديته خدمة عامّة لجمهور المنتفعين، وثانيهما: أنّ شركة المشروع تلتزم في نهاية العقد بنقل ملكية المشروع للجهة الإدارية بحالة جيدة⁴. وتظل شركة المشروع ملزمة عرفاً بأعمال الصيانة وإن لم ينصّ العقد عليها⁵.

✓ **الإلتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها:** يعدّ نقل التكنولوجيا من أهمّ الإلتزامات المترتبة على المتعهد أو شركة المشروع في عقد ال BOT، وذلك نظراً لطول مدة العقد وضخامة الإستثمارات، ممّا يستدعي الإستعانة بالتكنولوجيا المتطورة.

1: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص378.

Voir aussi :- AL-HUSSAINY Alaa Ibraheem , Op.Cit, P117.

2 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.

3 : مرسوم تنفيذي رقم 114-08 مؤرّخ في 03 ربيع الثاني 1429 الموافق 9 أبريل 2008، و المحدد لكيفيات منح إمتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها، ج.ر، العدد 20، الصادر في 13 أبريل 2008، ص07.

4: AL-HUSSAINY Alaa Ibraheem , Op.Cit, P117.

5: د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه ، ص378.

انظر أيضاً: - د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص275.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

ويتكوّن مصطلح التّكنولوجيا من مقطعين الأوّل "Techno" ويعني الفن أو الصّناعة، والثاني "Loges" ويعني الدّراسة والعلم، أي دراسة الفنون المتعلقة بالصّيانة¹.

ولقد عرفت منظمة اليونيدو التّكنولوجيا" هي عبارة عن حصيلة إجماليّة من المعارف، والخبرات، والمهارات اللازمة لتخطيط وتصميم، وتنفيذ إنشاء وتشغيل أحد المشروعات البنيّة الأساسيّة فضلا عن الجوانب الإداريّة، والتنظيميّة، والتسويقيّة ذات الصّلة بالمشروع المعني.²

ويحقّق الإلتزام بنقل التّكنولوجيا مصلحة لكلا الطّرفين: فهو يعتبر فرصة جيّدة للدّول لإكتساب وإستعمال التّكنولوجيا الحديثة، وفي المقابل تسهل على شركة المشروع تحصيل أكبر قدر من الفوائد والأرباح، لكن من ناحية أخرى فإنّ نقل التّكنولوجيا هي إحدى آليات لشركات غير الوطنيّة في السّيطرة على الدّولة المضيفة من خلال إحتكارها لإنتاج بعض أنواع معيّنة من التّكنولوجيا وتطويرها.

ويتمّصل إلتزام نقل التّكنولوجيا بضرورة تدريب عمّال الإدارة المضيفة، على إستخدام التّكنولوجيا المستعملة في المشروع حتّى إذا إنتقل إليها في نهاية مدّة الإلتزام تصبح قادرة على تشغيله، وهذا مانصّت عليه المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10: "يجب أن تشير كلّ صفقة إلي التّشريع و التّنظيم المعمول بهما وإلي هذا المرسوم، ويجب أن تتضمّن على الخصوص البيانات الآتية:.....- البنود المتعلقة بإستعمال اليد العاملة المحليّة."³ وهذا ولا يقتصر التّدريب على الموظّفين والعمّال المكلفين بإدارة المشروع، وإّما فضلا عن ذلك يجب أن يمتد إلى الموظّفين الحكوميين المكلفين بالإطلاع بمسؤوليّات رقابيّة، وإشرافيّة.⁴

ولقد ثار جدل حول إعتبار هذا الإلتزام بدل عناية، أو تحقيق نتيجة، فقد ذهب الإلتجاه الأوّل بأنّ إلتزام شركة المشروع بتدريب العمالة الوطنيّة هو إلتزام بتحقيق نتيجة، وتبريرهم في ذلك أن شركة المشروع لا تستطيع التّصلّ من المسؤوليّة عن طريق إثبات العناية المعقولة، أمّا الإلتجاه الثاني فيذهب إلى جوب التّفارقة بين إلتزام شركة المشروع بإدماج

1: د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص160.

انظر أيضاً:- د.دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص89.

2: د. عصام أحمد البهجي، مرجع نفسه، ص160.

انظر أيضاً:- د.دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع نفسه ، ص89.

3 : ج.ر، العدد58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص16.

4 : د.دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع نفسه ، ص95.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

العمالة الوطنيّة في العمالة الفنيّة المعقدة في المشروع القيام به، وبين إلتزام شركة المشروع بإكتساب هؤلاء العمّال المهارات الفنيّة والتقنيّة حيث يعدّ هذا الإلتزام ببذل عناية حيث يمكن لشركة المشروع التّصلّ من مسؤوليّتها بمجرد إثبات أنّها قامت ببذل العناية¹.

✓ إلتزام شركة المشروع بحماية البيئة: نظراً للأهمية الكبيرة التي أصبحت تحظى بها البيئة، صار من الضروري على صاحب الإمتياز -شركة المشروع- أن يلتزم بحمايتها، و هذا ماأقره المشرع الجزائري في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10: "يجب أن تشير كل صفة إلى التشريع المعمول بهما و إلي هذا المرسوم، و يجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية: ... البنود المتعلقة بالبيئة..."² ، و في ذات المعنى نصت المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق إمتياز إستعمال الموارد المائية السطحية و البحيرات لتطوير النشاطات الرياضية و الترفيه الملاحية: "يجب أن يسهر صاحب الإمتياز على الحفاظ على نظافة نقطة المياه موضوع الإمتياز..."³ و نفس المعنى نصت عليه المادة 21 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة هذا الإلتزام⁴، بالإضافة إلي المادتين 10 من المرسوم التنفيذي 08-114، و المادة 02 من دفتر الشروط الذي يحدد البنود و الشروط المطبقة على منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأراضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثماريّة و اللتان أكدنا نفس المعنى.

ج- إلتزام شركة المشروع بنقل الملكية: وهنا لا يقصد بنقل الملكية هو تمتع صاحب الإمتياز (شركة المشروع) بالسلطات الثلاث: وهي الإستعمال والإستغلال والتّصرف ، وإنما يكون لها الحق في الحيابة القانونية، فالملكية تكون أصلاً لمناح الإمتياز، بإعتبار أن المشروع يبنى لحسابه، وما يتم نقله في نهاية العقد هو حيابة المشروع و ليس الملكية.⁵

1 : د.حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 233.

2 : ج.ر، العدد 58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص 16.

3 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص 06 .

4 : انظر للملحق رقم 1.

5 : LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé : La relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure, Revue trimestrielle politique et management public, Op.Cit, P10.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

حيث تعتبر نقل ملكية المشروع في نهاية المدّة إلى الدولة إلتزاماً أساسياً في عقود ال B.O.T، والأصل أنّ المشروع ينتقل بدون مقابل حيث أنّ شركة المشروع قد إستردت ما أنفقته في إنشاء المشروع أثناء فترة تشغيله علاوة على الأرباح التي حصلت عليها وذلك من عائدات بيع خدمة المنتج، وهذا مانصّت عليه المادة 29 من دفتر الأعباء التّمودجي لطريق السّريع: " عند إنقضاء المدّة المترتبة عن أحكام المادة 28 أعلاه، وبموجب هذا الإنقضاء لا غير محلّ مانح الإمتياز محل صاحب الإمتياز في جميع الحقوق و الإلتزامات المرتبطة بالإمتياز"¹، وهو نفس المعنى أكدته المادتين 2/13 من المرسوم التنفيذي 11-340 و المادة 2/11 من المرسوم التنفيذي 11-341.

و تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري في المادة 808 من ق.م²، قد أقر عدم قيام الحيّزة على العمل الذي يأتيه الغير، إذا كان مجرد رخصة -وهذا ما ينطبق على عقود البوت - و بالتالي لا يمكن تطبيق الحيّزة على العقد، خاصة و أنّ المادة 827 من ق م تجعل من حائز المنقول أو العقار الذي إستمرت حيّزته 15 سنة بدون إنقطاع، مالكا له. فضلاً عن ذلك فإن المادة 689 من نفس القانون لا تجيز تملك أموال الدولة بالتقادم .

ويجب تحويل المرفق العام بحالة جيّدة صالحة للإستعمال، حيث يقتضي تحويل جميع أصول المشروع سواء كانت عقارية أو منقولة إلى الإدارة، فتنقل ملكية المرفق إليها خالية من أيّ حقوق للغير، كالرّهون، والتأمينات إلا إذا نصّ العقد على ذلك³. هذا وقد تجد الإدارة المضيفة أنّ من مصلحتها أن تعهد إلى نفس الشركة بإدارة، وتشغيل المشروع مدّة من الزمن، فعندئذ يتوجّب عليها أن يقوم عقد جديدًا يكون موضوعه إدارة المشروع، وهذا مانصّت عليه المادة 10 من المرسوم التنفيذي 11-220: "عند إنتهاء

1 : انظر للملحق رقم 2.

2 : أمر رقم 75-58 مؤرّخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج.ر، العدد 78، الصادر 30 سبتمبر 1975، ص 1042.

3 : د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 280.

انظر أيضاً:- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 118.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

مدّة الإمتياز، وإذا لم يتمّ تقديم طلب التّجديد، تسترجع الدّولة الهياكل المنجزة...¹ بالإضافة للمادة 1/13 من المرسوم التنفيذي 11-340.

2. التزام شركة المشروع بمدّة التّنفيذ: تدلّ عبارة مدّة التّنفيذ على معاني ثلاث²:

- يقصد بمدّة التّنفيذ الفترة التي تُمنح للملتزم، وهي مدّة تتراوح بين 20 و 99 عاما.
- يقصد بمدّة التّنفيذ المدّة التي يلتزم المتعاقد خلالها بإقامة المنشآت، وتأمين الأجهزة والمعدّات اللازمة، لإستغلال المرفق العام.
- يقصد بمدّة التّنفيذ المواعيد الدّورية لأداء الخدمات للمنتفعين، كمواعيد تسيير القطارات.

ويتضمّن عقد البوت تحديد تاريخ بدايته ونهايته، و هذا مانصّت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي 04-417: "يتعيّن على صاحب الإمتياز وضع الإمتياز حيّز التّنفيذ في الأجل المحدّد في إتفاقيّة الإمتياز"³ وإذا خلا العقد من ذلك فتبدأ مدّة التّنفيذ من اليوم الذي يسلم فيه لشركة المشروع جميع المستندات اللازمة للبدء في تنفيذ الأعمال، وإذا ثار شكّ حول تاريخ البدء في التّنفيذ ينبغي البحث عن النية المشتركة للطرفين، بشرط أن يكون العقد مصادق عليه من السّلطة المختصة، وتّم إبلاغه للمتعاقد حتّى ولو كانت أعمال التّنفيذ قد بدأت قبل تاريخ التّصديق.⁴

ونظراً لأهميّة التّقيّد بمهل المحدّدة في عقد البوت، تملك الدّولة سلطة فرض غرامات تأخير على شركة المشروع، في حال تأخّرت في تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقها، ولكن لا يمنع ممّا سبق وجود مبررات قانونيّة لعدم مراعاة مدّة التّنفيذ في عقود البوت، وتتلخّص في أمرين الأوّل القوّة القاهرة أو الحادث المفاجئ، والثاني فعل الإدارة⁵، ويجوز لطرفي العقد ال B.O.T تحديد مفهوم وشروط القوّة القاهرة بنص في العقد وهذا مانصت عليه المادّة 3/12 من دفتر الأعباء النموذجي الخاص بالطريق السّريع: "ويقصد بحالة القوّة القاهرة

1 : ج.ر، العدد 34، الصادر في 19 يونيو 2011، ص8.

2 : أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص135-136.

انظر أيضاً:- د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص209.

3 : ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص32.

4 : د. إبراهيم الشهاوي، مرجع نفسه، ص210.

5 : أ.محمد أحمد غانم، مرجع نفسه، ص138.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

مختلف الظواهر الطبيعيّة الإستثنائيّة التي لا يمكن توقّعها و لا مقاومتها و لا التّغلب عليها و تجعل تنفيذ الخدمة أو الأشغال مستحيلة و خارجة عن نطاق إرادة صاحب الإمتياز"¹، و هو نفس المعنى نصت عليه المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10.

وأخيرا نتفق مع ما ذهب إليه الفقيه جيز بأنّ الإلتزام بمدة التّنفيد ينتج ضمناً وحتماً من فكرة المرفق العام وليس بحاجة إلى نص تشريعي ولا إلى شرط خاص في العقد².

3. إلتزام شركة المشروع بتنفيذ العقد بنفسها: يجرى إختيار شركة المشروع في عقد ال BOT عن طريق الإستناد إلى مبدأ المنافسة و العلانية و المساواة، و يجب أن تسبق عمليّة تقديم العروض التقنيّة والماليّة تأهيلاً مسبقاً للعارضين، بهدف التّحقق من كفاءتهم وقدرتهم على إنجاز المشروع، وسلامة وصفها القانوني، وهذا يعني وجوب توفر بعض الإعتبارات في شركة المشروع و على هذا يجب عليها أن تلتزم بتنفيذ العقد بنفسها وهذا ما يدعى بالإعتبار الشّخصي.

وقد ثار خلاف فقهي في فرنسا حول مدى وجوب فكرة الإعتبار الشّخصي في العقود الإداريّة؟.

فقد ذهب الفقيه Jeze إلى القول بتفاوت مدى فكرة الإعتبار الشّخصي من عقد لآخر، ففي مجال العقود الإداريّة كأساس هذه الفكرة: هو صلة العقد بالمرفق العام، فيكون الإلتزام بهذه القاعدة على درجة كبيرة من الوضوح كلّما إستندت صلة العقد بالمرفق العام، لذا تظهر هذه القاعدة بوضوح في مجال عقود الإلتزام، نظراً لسيطرة وهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولّى شؤون إدارته، ويشكك الفقيه دي لوبادير في ذلك ويرى أن القضاء يطبّق قاعدة الإلتزام الشّخصي بالتّنفيد على جميع العقود دون أن يميّز عقد الإلتزام بأهميّة خاصّة³.

وبالتالي يهدف الإعتبار الشّخصي لإطمئنان الإدارة على قدرة الملتزم على إنشاء مرفق و إدارته و إستثماره لمدة طويلة .

1 : انظر للملحق رقم 2.

2 : أ. محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 139.

3: د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 103.

انظر أيضاً: - د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 189.

- د. دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 68.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

والسؤال المطروح: هل من الممكن أن يختلف الأمر إذا ورد نص في العقد يسمح لشركة المشروع أن تتنازل عن العقد لشركة أخرى؟ فإنّ النصوص التعاقدية تكون واجبة التطبيق، أمّا إذا خلى العقد من مثل هذه النصوص فإنّ الأمر يقودنا إلى التساؤل حول إمكانية التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن.

أ-التنازل عن العقد في عقود البوت: هو تصرف قانوني يبرم بين الملتزم والغير، ويترتب عليه إحلال الغير محل الملتزم في القيام بالتزاماته، وإكتساب حقوقه الناشئة عن عقد الإلتزام.¹

ولمّا كان التنازل عن العقد يعدّ إهدرا لقاعدة الإعتبار الشّخصي، لأنّ إختيار المتعاقد من قبل الجهة الإدارية إنّما يخضع لمجموعة من الإعتبارات الشّخصية، والمتمثلة في مدى قدرته الماليّة و كفاءته التقنية و كذلك سمعته .

إنّ هذه القاعدة تتعلّق بالنّظام العام، بل هي مقرّرة لمصلحة جهة الإدارة، و التي قد ترى أنّ هذا التنازل الذي يؤدّي إلى إخلال شركة محل الشركة الأولى قد يحقق مصلحتها، لذا فإنّ الأمر متروك في النّهاية لتقرير جهة الإدارة.²

ويجب ضرورة توفّر الشّروط التالية للقول بصحّة هذا التنازل:³

- موافقة جهة الإدارة مانحة على التنازل .
- صدور قرار مجلس الوزراء بالموافقة على التنازل .
- أن تكون شركة المشروع الأصليّة قد أوفت بكامل إلتزاماتها المترتّبة على العقد، حتّى تاريخ طلب التنازل .
- وفاء الملتزم بالشّروط التي تصنعها جهة الإدارة للموافقة على التنازل.

1: د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص105.

انظر أيضاً:- د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص193.

- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص221.

2: أ.محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص133.

انظر أيضاً:- د.دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص69.

3: د.دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع نفسه، ص71.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

فضلاً عن ذلك، فإن التنازل يتم بموافقة الممول، وتدخله هذا يبرره مصلحته في التثبيت فيما إذا كانت شروط عقد التشغيل تكفي لتحصيل عائدات معقول تغطي الديون و خدماتها¹.
أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه منع مسألة التنازل في العديد من القوانين المتعلقة بهذا الإمتياز ونذكر على سبيل المثال المادة 12 من المرسوم التنفيذي 04-417: "يكون الإمتياز شخصياً، و غير قابل للتنازل..."². و المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-220: "إمتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر، أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، غير قابلة للتنازل..."³ و أكدت المادة 32 من دفتر الأعباء التّموذجي لطرق السريعة نفس المعنى حيث نصت: "لا يتم أي تنازل جزئي أو كلي عن إمتياز بناء الطريق السريع، و صيانتها، و إستغلاله.." ⁴، و المادة 2/17 من المرسوم التنفيذي 09-152 المحدد لإنجاز مشاريع إستثمارية: " يجب أن يتضمن عقد الإمتياز، تحت طائلة البطلان، شروط منع التنازل أو الإيجار من الباطن للإمتياز قبل إتمام المشروع"⁵.

ب-التعاقد من الباطن في عقود البوت: يقصد به إتفاق المتعاقد الأصلي مع الغير لتنفيذ جزء من الإلتزامات موضوع العقد، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 107 من المرسوم الرئاسي 10/236: " يشمل التعامل الثانوي جزءا من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة."⁶.

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد: فالتنازل يعني حلول شخص جديد حلولا كلياً محل الملتمزم في كافة حقوقه و إلتزاماته، ممّا يمثل إهداراً واضحاً لفكرة الإعتبار الشّخصي، أمّا التعاقد من الباطن: فيعني قيام شخص بتنفيذ جزء أو أكثر من أعمال العقد، وهو لا يمثل إخلالاً لفكرة الإعتبار الشّخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، إذ أنّ الإعتبار الشّخصي لا يعني أبداً إلتزام المتعاقد شخصياً بالتنفيذ المادّي لموضوع العقد، بقدر ما يعني المسؤولية الشّخصية للمتعاقد *la responsabilité personnelle* عن ذلك التنفيذ، وهو في هذا

1: د. جابر وليد حيدر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2009، ص490.

2: ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.

3: ج.ر، العدد 34، الصادر في 19 يونيو 2011، ص34.

4: انظر للملحق رقم 02.

5: ج.ر، العدد 27، الصادر في 6 ماي 2009، ص6.

6: ج.ر، العدد 58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، ص23.

الإطار يسمح بلا شكّ بإمكانية التعاقد من الباطن طالما أنّ المتعاقد الأصلي ضامن و مسؤول شخصياً عن تنفيذ العقد برمته في مواجهة الإدارة¹.

ويشترط في التعاقد من الباطن في كافة العقود الإدارية على السواء ضرورة موافقة جهة الإدارة عليه²، وغالباً ما تمارس الإدارة رقابتها على المتعاقد من الباطن على الأقل في النواحي الفنية و الماليّة و الأمنيّة³.

وقد نصّ المشرّع الجزائري على إمكانية التعاقد من الباطن في المادة 40 من المرسوم التنفيذي 114-08 في الملحق دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب إمتياز "يمكن صاحب الإمتياز أن يبرم مع مؤسّسات مختصّة عقود مناولة تعنى بإستغلال وسائل الإنتاج محل الإمتياز بالموافقة المسبقة للوزير المكلف بالطاقة إلاّ أنّه يبقى مسؤولاً عن سيرها الجيد"⁴.

ثانياً: حقوق شركة المشروع.

1. **الحقّ في المقابل المالي:** يعتبر المقابل المالي من أهمّ حقوق شركة المشروع في عقد البوت لأنّه هو الباعث الحقيقي على التعاقد لتسيير المرفق العام، كما أنّ غاية و هدف شركة المشروع من هذه الأعمال العديدة و المتتالية، و المكلفة هو إستثمار رأس المال الموجود لديها بما يؤدي إلى تحقيق النفع الخاص لشركة المشروع. ومن الثابت في عقود البوت أنّ المقابل النقدي يكون في شكل رسوم يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالخدمة، غير أنّه إذا رأت الدولة أنّ سعر الخدمة التي يقدّمها المرفق عالية التكلفة، و لا تتناسب مع قدرة جمهور المنتفعين، فلها أن تتدخل عن طريق شراء الخدمة و إعادة بيعها إلى الجمهور، و هذا ما قمنا بتفصيلة سابقاً في الفصل الأول.

يعدّ المقابل المالي في عقود البوت من الشّروط التعاقدية التي لا تستطيع الدولة بمفردها أن تنفرد بتعديلها دون موافقة المتعاقد،⁵ وهذا ما أكدته المادة 17 من دفتر الشّروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطّرق

1: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 197.

انظر أيضاً: - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 107.

2: د. دويت حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 75.

3: د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 233.

4: ج. ر. ، العدد 20، الصادر في 13 أبريل 2008، ص 13.

5: د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 181.

انظر أيضاً: - د. إبراهيم الشهاوي، مرجع نفسه، ص 79.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

و/أو تسيرها:" يجب أن يكون تحديد تسعيرات الدخول إلى المنشأة القاعدية من طرف ناقلي المسافرين، عبر الطرقات المرخصين قانوناً، موضوع مشاور مع الناقلين، والسلطة المانحة الإمتياز، ومديرية النقل في الولاية، وكذلك مديرية التجارة في الولاية المختصة إقليمياً"¹ إن تعديل هذه الشروط من جانب واحد يسبب الضرر لشركة المشروع، و لها الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر الذي لحقها.

وعلى هذا يجب أن تغطي الرسوم المقررة و المتفق عليها في العقد كافة النفقات و المصروفات التي قامت بها شركة المشروع بالإضافة إلى تحقيق الربح .

2. الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد: إن السعر المحدد بالإتفاق لا يمكن تغييره

عادة، فالمتعاقد شأنه شأن الإدارة يجب أن ينفذ إلتزاماته بالسعر ، إلا أن بعض الأحداث الغير المتوقعة وإلى حدّ ما، يمكن أن تحدث وتؤدي لإضراب خطير في وضع العقد، فتجعل تنفيده باهظ الكلفة، و قد ينتهي أيضاً بدمار المتعاقد، فإن طبقت في مثل هذه الظروف البنود المتفق عليها بشكل حازم ، يؤدي إلى تدهور وضع المتعهد و بالتالي إنقطاع العمل بالمرفق العام، الأمر الذي يعني عدم كفاية المصلحة العامة، إن هذا الإعتبار الأخير يوصل للإعتراف بحقّ التوازن المالي للعقد : بمعنى أن تتحمل الإدارة زيادة الأعباء الناتجة عن تنفيذ العقد.²

ولقد كرّس المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصّفة في إطار الأحكام التشريعية التنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث عن حلّ ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كلّ طرف من الطرفين"³، و أكدت المادة 138 من القانون 05-12 نفس المعنى فنصت: "تستند أنظمة تسعيرة خدمات الماء إلى

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

2 : أحمد محيو، مرجع سابق، ص386-387.

3 : ج.ر، العدد 04، الصادر 26 يناير 2012، ص17.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

مبادئ التّوازن المالي¹، وأضافت المادة 142 من نفس القانون: "يمكن مراجعة أسعار خدمات الماء إذا اقتضى تطوّر الظروف الإقتصادية العامّة".²

ولقد ظهرت 3 نظريّات لتطبيق مبدأ التّوازن المالي للعقد:

أ-نظرية فعل الأمير: وهي صدور عمل، أو إجراء من سلطة عامّة بصورة غير متوقّعة، و بدون خطأ من جانبها، و يترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة يؤدّي إلى الإخلال بالتّوازن المالي للعقد الإداري، و يستوجب تعويضه.³، ولقد نصّت المادة 2/6 من دفتر الأعباء التّموذجي الخاص بالطّريق السّريع: "إذا لم يتسنّ لصاحب الإمتياز إحترام الرّزنامة المنصوص عليها أعلاه لأسباب إدارية أو تقنيّة أو ماليّة خارجة عن إرادته، فإنّه يحدّد بالإتفاق المشترك مع مانح الإمتياز التّعديلات التي يمكن إدخالها على هذه الرّزنامة"⁴

ولقد إستقرّ الفقه و القضاء الإداري، على ضرورة توفّر شروط لإنطباق عمل الأمير⁵:

- أن يكون ثمة عقد من العقود الإداريّة .
 - أن يكون الفعل الضّار صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة.
 - إفتراض أنّ الإدارة المتعاقدة لم تخطيء ،فمسؤوليتها عقديّة بلاخطأ.
 - الإجراء الصّادر عن الإدارة غير متوقّع .
 - أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشارك فيه من يمسه الإجراء العام.
- وفي حالة توفّر هذه الشّروط تستطيع شركة المشروع طلب فسخ العقد، إذا كان تنفيذه مستحيلًا، أو مرهقًا أو لها الإستمرار في تنفيذه مع التّعويض الكلي للأضرار المتسبّبة.

1 : ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، ص17.

2 : ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، ص17.

3 : د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص290.

انظر أيضًا: - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص312.

- : DELAUBADERE André, Op.Cit, P712.

4 : انظر للملحق رقم 2.

5 : د. جابر جاد نصار، مرجع نفسه ، ص313-314.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

ب-نظرية الظروف الطارئة: تعتبر الظروف الطارئة مستقلة عن إرادة أطراف العقد، فقد يحصل أن يستجيد خلال مرحلة تنفيذ العقد ظروف إقتصادية تفرض على المتعاقدين أعباء باهضة أو مدمرة.¹

من خلال التعريف السابق نستنتج أنه لتطبيق هذه النظرية يجب توفير الشروط التالية:

– أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع لا يمكن دفعه.

– أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقد.

– أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب إقتصاديات العقد.

– أن يؤدي إلى تنفيذ العقد مرهقا لشركة المشروع .

ويترتب على أعمال هذه النظرية²:

– إستمرارية المتعاقد في تنفيذ إلتزامته.

– حقّ شركة المشروع في الحصول على تعويض جزئي.

وتجد أساس تطبيق هذه النظرية في المادة 3/107 من قانون المدني: " غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب على حدوثها، أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يردّ الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"³

ج-نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: تنتهض نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة على أساس مواجهة المتعاقد مع الإدارة، أثناء تنفيذ الإلتزامات العقدية لمشاكل وصعوبات مادية إستثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين أبرم العقد.⁴

1 : أحمد محيو، مرجع سابق، ص390.

2: د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص342.

انظر أيضاً:- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص136.

- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص131.

- د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص344.

3: ج.ر، العدد78، الصادر في 30 سبتمبر1975، ص20.

4: د. جابر جاد نصار، مرجع نفسه ، ص345.

و يشترط لإستحقاق التّعويض توقّر شروط خاصّة¹:

- أن تكون صعوبات ماديّة، و غير عاديّة و إستثنائيّة .
 - أن تكون الصّعوبات طارئة أو غير متوقّعة .
 - أن يترتّب على تنفيذ العقد نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد و تزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة.
- و يترتّب عليها ضرورة إستمرار المتعاقد في التّنفيد العقود مع ضرورة حصوله على تعويض كامل².

المطلب الثاني : آليات فض المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد البوت:

نظراً لطول فترة تنفيذ عقود البوت و التي قد تصل إلى 99 سنة ، قد تنشأ منازعات بين أطراف العقد في أيّ مرحلة من مراحلها سواء كان ذلك خلال الإنجاز أو الإستغلال، و بما أنّ هذا العقد تتعارض فيه مصالح الأطراف، الدولة من جهة، و المتعاقد معها سواءً كان وطنياً أو أجنبياً من جهة أخرى، فلا بدّ أن تثور مشكلة كيفية تسوية النزاع، فهل تتم بالسبيل القضائيّة أو الغير القضائيّة ؟

الفرع الأول : التسوية القضائيّة لمنازعات البوت.

إنّ سيادة الدولة وأمنها، يفرضان عليها التمسك بإختصاص قضائها الداخلي لتسوية نزاعاتها التي تنشأ أو تنفد في نطاق إقليمها، لدى نجد أغلب التشريعات و منها الجزائر تحرص كلّ الحرص على عدم المساس بهما.

1 :د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص345.

انظر أيضاً: - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق ، ص193.

- د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق ، ص181.

- د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص319.

2: د. جابر جاد نصار، مرجع نفسه، ص345.

انظر أيضاً: - د. إبراهيم الشهاوي، مرجع نفسه، ص320.

- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص334.

- : LYONET DU MOUTIER Michel, Financement sur projet et partenariat public-privé, Op.Cit, P107.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

إنّ تكييف عقود البوت على أنّها عقود إداريّة كما سبق بيانه، يفرض وكقاعدة عامّة خضوع المنازعات الناشئة عنها للقضاء الإداري خاصة الدّول التي تأخذ بنظام ازدواجيّة القضاء كالجزائر¹.

وباستقراء النّصوص القانونيّة الجزائريّة وعلى رأسها الدّستور نجد أن المادّة 143 منه نصت على: " ينظر القضاء في الطّعن في قرارات السّلطات الإداريّة "2، من خلال هذه المادّة نلاحظ أنّ المؤسّس الجزائري:

- لم يخضع العقود الإداريّة الصّادرة عن السّلطات الإداريّة لرقابة القضاء وذلك بإستعماله مصطلح قرارات فقط دون العقود، لكن بالرجوع لنص الفرنسي نجد أنّه إستعمل مصطلح " ACT " أي تصرّف وعمل وبتالي تدخل العقود الإدارية في نطاق رقابته.

- لم يحدّد الجهة الإداريّة المختصّة بالنّظر في الطّعن أي ترك المجال واسعاً وهنا يثار التّساؤل؟ من هي الجهة المختصّة؟ هل القضاء الإداري أو العادي ؟

وبالرجوع إلى القانون نجد أنّ المشرّع الجزائري إعتد على المعيار العضوي لتحديد الجهة القضائيّة المختصّة، وهذا مانصّت عليه المادّة 800 من ق.إ.م.إ. ، و التي تجعل المنازعات التي تكون الدّولة أو الولاية أو البلدية و المؤسّسات العموميّة ذات الطابع الإداري طرفا فيها من إختصاص القضاء الإداري، وفي نفس القانون نجد المادّة 803 توجب رفع دعاوى أمام المحاكم الإداريّة في المواد المبينة أدناه وهي: " وفي مادة العقود الإداريّة ، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي ترفع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد و تنفيذه "3.

أمّا فيما يخصّ تحديد نوع الدّعاوى نجد أنّ المشرّع الجزائري حدّد أربع أنواع من الدّعاوى و هي: الإلغاء و فحص المشروعيّة ، دعوى التفسير، و أخيراً دعوى القضاء الكامل هذا ما أكّده المادّة 801 ق.إ.م.إ.

1: المادّة 152 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996.

2 : ج.ر، العدد76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، ص28.

3 : ج.ر، العدد21، الصادر في 23 أبريل 2008، ص76.

بالإضافة إلى أن ق.إ.م.إ خصّ الفصل الخامس من الباب الثالث للإستعجال في مادّة إبرام العقود و الصّفات -مواد 946- 947- ، حيث تجيز لكلّ شخص له مصلحة في إبرام العقد أن يرفع دعوى إستعجاليّة أمام القاضي الإداري الفاصل في المادّة الإداريّة في حالة مخالفة إجراءات الإشهار و المنافسة .

الفرع الثاني : التّحكيم كوسيلة وديّة للفصل في منازعات عقد البوت.

إنّ المستثمر في عقود البوت سواء كان وطنياً أو أجنبيّاً لا يرغب بوسائل التّسوية القضائيّة الداخليّة، لأنها لا توفر له الأمان القانوني، و ذلك بسبب إختلاف المراكز القانونية للأطراف المتنازعة، كما أنّ التّسوية القضائيّة في نظر المستثمر ليست لديها الكفاءة و الخبرة اللازمة، ناهيك عن كون القاضي الوطني ملزماً بتطبيق القانون الداخلي، مما ينزل الشك و الريبة بنظر المستثمر، مما يجعل اللجوء للوسائل الغير قضائيّة أي الوسائل الوديّة -التّحكيم - هو الحل الأمثل.

أولاً: ماهية التّحكيم.

1. تعريف التّحكيم: لقد تعددت التعريفات للتّحكيم بحسب الزاوية التي يُنظر منها إليه، و إن كان جميعها ينصبّ في قالب واحد تدور حول جوهر واحد تعبّر عنه، حيث عُرف بأنّه: "تقنية تهدف إلى إعطاء حلّ في المسألة التي تنطوي على علاقة بين شخصين أو أكثر من جانب واحد أو أكثر من أشخاص آخرين - و المحكم أو المحكمين - يستمدّون سلطتهم من إتفاق خاص و يقرّر على أساس هذا الأخير دون أن يعهد بهذه المهمة من قبل الدّولة"¹

كما عرّفه مركز الريبو التّحكيم: " إجراء يرفع على أساسه نزاع بإتفاق الطّرفين إلى محكم واحد أو أكثر لإصدار حكم في النزاع يكون ملزماً للطّرفين."²

2. مبررات اللجوء للتّحكيم: أصبح اللجوء إلى التّحكيم-داخلي أو دولي - في منازعات العقود الإداريّة أمراً واقعيّاً، بإعتباره وسيلة ناجحة يتفق عليها أطراف الخصومة بإرادتهم الحرّة، وذلك لما يوفره لهم من مزايا: كالسرّعة في حسم المنازعات وتحقيق

1 : FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, Editions Litec, Paris, 1996, P12.

2 : بلقواس سناء، مرجع سابق، ص5.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

العدالة الواقعيّة، والحفاظ على سرّيّة المعلومات التي تعتبر عاملاً مهمّاً في هذه العقود، ناهيك عن تلافيه للتّعقيدات إجراءات النّظام القضائي من بطء في حسم القضايا، و عدم سرّيّة الجلساته، وهدر الكثير من الوقت والجهد والمال، بالإضافة إلى الحفاظ على العلاقة الوديّة بين الأطراف .

و بالرغم من مزايا التّحكيم في حسم منازعات هذه العقود، إلا أنّ ذلك لا ينفى العيوب و المساوئ التي قد تترتب على اللجوء للتّحكيم، و مفاده عدم توافر الضّمّانات القضائيّة في التّحكيم، ويضاف إلى ذلك أنه يكلف نفقات باهظة، كما قد تمارس هذه الشّركات ضغوطاً على المحكمين لإصدار القرارات التي في صالحها¹.

3. تمييز التّحكيم عن بعض الوسائل الوديّة الأخرى: إذا كان التّحكيم يعتبر أحد وسائل

فض النزاعات الناشئة عن العقود الإداريّة، إلا أنّه يختلف عن غيره من وسائل تسوية المنازعات، نذكر على سبيل المثال: الصّلح، القضاء، الوساطة.

أ- الصّلح و التّحكيم : لقد عرّف المشرع الجزائري الصّلح في المادة 59 ق.م: " عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، ذلك بأن يتنازل كلّ منهما على وجه التبادل عن حقّه"²

✓ أوجه التّشابه :

- كلاهما طريقة بديلة لحسم النزاع بدلاً من القضاء.
- يؤدّيان إلى إنهاء النزاع بين الطرفين المتنازعين، طبقاً للمادة 462 من الأمر 75-58.
- التّحكيم و الصّلح متفقان من حيث النّطاق، حيث أنّهما يقتصران على حسم المنازعات التي لا يكون موضوعها متعلق بالنّظام العام، أو حالة الأشخاص أو أهليتهم طبقاً للمادة 2/1006 من ق.إ.م.إ.، غير أنّ المشرّع أجاز الصّلح في المسائل الماليّة النّاجمة عن الحالة الشّخصية طبقاً للمادة 461 من ق.م.

✓ أوجه الإختلاف:

- إجراءات التّحكيم محدّدة قانوناً، أمّا الصّلح يتمّ بتلاقي الإرادتين.

1 : د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص313.

2 : ج.ر، العدد78، الصادر في 30 سبتمبر1975، ص1975.

- في الصلح يتنازل كل طرف عن جزء من حقه ، أما التحكيم فإن الأطراف المحكّمة لا يقدمون أي تنازل ، وإنما يقومون بتكليف هيئة التحكيم بالفصل في النزاع¹.
- لا يكون الصلح قابلاً للتنفيذ بذاته، إلا إذا أفرغ في صورة عقد رسمي أو تم أمام القضاء ، أما التحكيم فينتهي بحكم التحكيم ملزم للأطراف المتنازعة ، ويعد سنداً تنفيذياً من صدر الأمر بتنفيذه من القضاء، و يطعن فيه بطرق الطعن المقررة.

ب-القضاء و التحكيم :

✓ أوجه التشابه:

يعتبر القضاء و التحكيم أسلوبين لحلّ النزاع، كما أنّ القضاء هو الذي يعطي الطبيعة التنفيذية لحكم التحكيم.

✓ أوجه الاختلاف :

- يستطيع القضاء النظر في جميع المنازعات أيًا كانت طبيعتها، أما التحكيم لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية و المسائل المتعلقة بالنظام العام .
- لا يتم اختيار القضاء المختص من قبل أطراف النزاع، عكس التحكيم.
- الأحكام القضائية تكتسي حجية الشيء المقضي به ، في حين لا تلزم أحكام التحكيم سوى الأطراف المتنازعة.

ج-الوساطة و التحكيم :

الوساطة هي: "إلتجاء الأطراف إلى طرف آخر لمساعدتهم في حلّ الخلاف بينهم و الوصول إلى إتفاق مما يجنبهم الكثير من الجهد و الوقت و النفقات إذا ما تعهدوا إلى التحكيم أو القضاء"²

✓ أوجه التشابه:

لا شك أنّ كلّ من التحكيم و الوساطة كآلية لتسوية المنازعات له خصائص تتمثل في السريّة و الرضائية، و غيرها من المزايا التي يمكن توظيفها في إطار تسوية المنازعات الخاصة بتنفيذ مشروعات البنية التحتية ذات التمويل الخاص .

1: بلقواس سناء، مرجع سابق، ص36.

2 : د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص201.

✓ أوجه الاختلاف :

- الحل المقترح من قبل الوسيط غير ملزم لطرفي النزاع ،عكس حكم التّحكيم فهو خاص وملزم لأطرافه إلّا أنّه لا يصبح له القوّة التّفيذية إلّا بعد عرضه على القضاء.
- بالإضافة إلى أنّ الوساطة تستهدف إلى إختصار الوقت و الجهد ، فأطول الوساطات لا تستغرق أشهر قليلة¹ وهذا ما أكّده المادة 996 ق.إ.م.إ " لا يمكن أن تتجاوز مدّة الوساطة ثلاث أشهر"² كما لا تجوز الوساطة في قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كلّ ما من شأنه أن يمس النّظام العام -المادة 994 ق.إ.م.إ.-.

ثانياً : إمكانية اللّجوء إلى التّحكيم في العقود الإداريّة و عقود البوت.

1. موقف الفقه:

- لقد إنقسم الفقه حول جواز اللّجوء إلى التّحكيم في العقود الإداريّة بشكل عام و عقد ال BOT بشكل خاص إلى فريقين إحداهما مؤيد، و الآخر معارض له:
- أ-الإتجاه المؤيد: لقد إستند أنصار الرّأي المؤيد للتّحكيم في العقود الإداريّة على عدة حجج³:
- لا يوجد نصّ تشريعي يمنع التّحكيم في العقود الإداريّة .
- إن اللّجوء إلى التّحكيم لا يعني عدم صلاحية القضاء الوطني للنظر في مثل هذه المنازعات، بقدر ما يعني أن القضاء الوطني لا يوّاكب و لا يحقق السرعة التي تقتضيها المصلحة العامّة.
- التّحكيم لا يُشكّل مساس بسيادة الدّولة، طالما أنّ القضاء قد إحتفظ بحقه في الرّقابة عن أعمال المحكّمين و حكم التّحكيم .
- لا بدّ من الأخذ بعين الإعتبار حاجات التّنمية، لا سيما في دول العالم النّامي التي تحتاج إلى إبرام عقود دّولية لتأمين الإستثمارات الأجنبيّة، و تُعلّق الشّركات الأجنبيّة قبولها لإبرام هذه العقود على إدراج البُند التّحكيمي، وبالتالي يقتضي إباحة التّحكيم مراعاة لهذه الإعتبارات.

1 : د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص202.

2: ج.ر، العدد21، الصادر في23 أبريل 2008، ص90.

3 : د. وضاح محمود الحمود، مرجع نفسه، ص209.

انظر أيضاً:- د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص423.

ب-الإتجاه المعارض : لقد إستند أنصار الرأي المعارض للتحكيم على عدّة حجج نذكرها:

– أن التحكيم يسلب إختصاص القضاء الوطني ، ومساس بسيادة الدولة.¹

– استند البعض لفكرة النظام العام، و نادى بعدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية

لكونها تستهدف تحقيق الصالح العام الذي يعدّ قوام النظام العام²

– إخلال التحكيم بمبدأ الفصل بين السلطات، و خاصة التنفيذية و القضائية، لأنّ هذا

المبدأ يحول دون خضوع الإدارة في قضاياها لقضاء خاص، على إعتبار أنّ القضاء الإداري

هو صاحب الإختصاص في نظر المنازعات الإدارية ، والإتفاق على التحكيم يشكّل إعتداء

على هذا الإختصاص.³

2. موقف المشرع الجزائري:

أ-الإتفاقيات الدولية: إنّ المعاهدات المصادق عليها تتمتع بقيمة قانونية أعلى من القوانين، و

ذلك حسب المادة 132 من الدستور⁴، و بالتالي بمجرد المصادقة على المعاهدة التي تجيز

التحكيم فإنّه يرفع الحظر على القوانين الوطنية، وستقوم بعرض بعض الإتفاقيات الدولية

التي صادقت عليها الجزائر و التي تجيز التحكيم في العقود الإدارية نذكرها على سبيل

المثال:

✓ الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو

1958 و الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها⁵، وتعدّ هذه الإتفاقيات من أهمّ

الإتفاقيات الدولية التي عنيت بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، ومن إستقراء نصوص هذه

الإتفاقية يتبيّن أنه بالرغم من أنّ هدفها هو تنشيط التحكيم في مجال العلاقات التجارية

الدولية، إلّا أنها لم تنص على قصر نطاقها على المنازعات التجارية فقط، وبالتالي فإنّ هذه

1 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص422.

انظر أيضاً:- د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص292.

2 : بلقواس سناء، مرجع سابق، ص76.

3 : د. مروان محي الدين القطب، مرجع نفسه، ص422.

انظر أيضاً:- د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص209.

4 : دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996.

5 : مرسوم رقم 88-233 مؤرخ 25 ربيع الاول 1409 الموافق 05 نوفمبر 1988 ، يتضمن الانضمام بتحفظ الي

الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة بإعتماد القرارات

التحكيمية الاجنبية وتنفيذها، ج.ر، العدد48، الصادر في 23 نوفمبر 1988.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

الإتفاقية تسري على كافة المنازعات و منها منازعات العقود الإداريّة و التي تعتبر عقود البوت جزءا منها.

✓ إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدّول و رعايا الدّول الأخرى¹: حيث نصّت صراحة على التّحكيم في العديد من موادّها فنجد المادة 2/1: "و غرض المركز هو توفير طريقي التوفيق و التّحكيم من أجل تسوية منازعات المتعلقة بالإستثمارات"² وأضافت المادة 26: " موافقة أطراف النزاع على طرحه على التّحكيم في نطاق هذه الإتفاقية يعتبر ما لم ينص على غير ذلك، تخليًا عن مباشرة أي طريق آخر لتسوية، و يجوز للدّولة المتعاقدة أن تشترط موافقتها على طرح النزاع على التّحكيم في نطاق هذه الإتفاقية، إستيفاء طرق التسوية الداخليّة سواء إداريّة أو قضائيّة"³

✓ الإتفاقية بين حكومة الجمهوريّة الديمقراطيّة الشّعبيّة وحكومة الجمهوريّة اليونانيّة حول التّشجيع و الحماية المتبادلين للإستثمارات الجزائر و اليونان حيث نصّت المادة 08: " إذا لم يتم التّوصل إلى تسوية بهذه الطّريقة خلال 06 أشهر من بداية المفاوضات يرفع الخلاف بناء على طلب أحد الطّرفين المتعاقدين إلى محكمة التّحكيم"⁴

✓ الإتفاقية المتضمّنة إنشاء الوكالة الدوليّة لضمان الإستثمار حيث جاء في نص المادة 23/ب: " تقوم الوكالة أيضا: بتشجيع التسوية الوديّة للمنازعات بين المستثمرين و الدّول المضيفة"⁵، ثمّ جاءت المادة 4 من الملحق الثاني و مابعدّها لتحديد إجراءات التّحكيم.

✓ إتفاقية تشجيع و ضمان الإستثمار بين دول إتّحاد المغرب العربي: حيث نصّت المادة 20: " إذا تعذر تسوية الخلاف بتلك الطّرق يتم عرضه بطلب من أحد الأطراف المتعاقدة أمام الهيئة القضائيّة لدّول الإتّحاد أو على هيئة التّحكيم"⁶.

1: ج.ر، العدد 66، الصادر في 05 نوفمبر 1995.

2: ج.ر، العدد 66، الصادر في 05 نوفمبر 1995، ص 25.

3: ج.ر، العدد 66، الصادر في 05 نوفمبر 1995، ص 29.

4: مرسوم رئاسي رقم 01-205 مؤرخ في 2 جمادى الأولى 1422 الموافق 23 يوليو 2001، يتضمّن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهوريّة الديمقراطيّة الشّعبيّة وحكومة الجمهوريّة اليونانية حول التّشجيع و الحماية المتبادلين للإستثمارات، الموقع بالجزائر يوم 20 فبراير 2000، ج.ر، العدد 41، الصادر 29 يوليو 2001، ص 08.

5: ج.ر، العدد 66، الصادر في 05 نوفمبر 1995، ص 10.

6: مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 5 جمادى الثانية 1411 الموافق 22 ديسمبر 1990 يتضمّن المصادقة على الإتفاقية لتشجيع و ضمان الإستثمار بين دول إتّحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 1 محرم 1411 الموافق 23 يوليو 1990، ج.ر، العدد 6، الصادر 6 فيبرابر 1991، ص 206.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

ب- القوانين: كان موقف الجزائر من التّحكيم حذرًا في بداية عهدها بالإستقلال، و الذي تطوّر و أصبح موقفا عدائيا، بعد صدور قانون الإجراءات المدنيّة عام 1966 أين جاءت المادة 3/452 منه يمنع الدّولة و الأشخاص المعنويّة العامّة اللّجوء إلى التّحكيم.¹ و على الرّغم من هذا الرّفص القانوني للتّحكيم، فإنّ الجزائر لجأت إليه في منازعاتها مع الشّركات الأجنبيّة بموجب إلتزاماتها النّاجمة عن إتفاقيات إيفيان (IVIAN)، بالإضافة إلى الإتفاقيات الإقتصاديّة الأخرى منها، الإتفاقيّة المبرمة مع الشّركة الأمريكيّة GETTY في أكتوبر 1968².

و حقيقة الأمر أنّ رفض السّلطات الجزائرية لفكرة التّحكيم يرتبط إرتباطاً و طيّدًا بفكرة السّيادة، الذي يقتضي عدم إخضاع أيّ منازعة تكون الدّولة أو إحدى هيئاتها طرف فيها لأيّ جهة إلا لقضائها و تطبيق قانونها.

لكن إستدرك المشرع الجزائري موقفه بعد إصداره ق. إ. م. إ عندما نصّ صراحة على عدم جوازية طلب الأشخاص المعنويّة العامّة للتّحكيم ما عدا في علاقتهم الإقتصاديّة الدّولية أو في إطار الصّفقات العموميّة (المادة 3/1006 من القانون 08-09)، و ما يلاحظ أن ق. إ. م. إ لم يورد نصوص قانونيّة تبين كيفية تطبيق هذه المادة .

وباعتبار أنّ الدّولة الجزائرية قد حظيت خطوات متقدّمة نحو التّفتح الإقتصادي، و تشجيع الإستثمار الأجنبي، فقامت بإصدار قوانين تحفيزيّة، ومنح ضمانات و إمتيازات متنوّعة، و خاصّة في كيفية تسوية المنازعات النّاشئة عنها : فجاءت المادة 17 من الأمر 03-01 المتعلّق بترقيّة الإستثمار تنص: "يخضع كلّ خلاف بين المستثمر الأجنبي، و الدّولة الجزائرية يكون بسبب إجراء إتّخذته الدّولة الجزائرية ضده للجهات القضائيّة المختصّة، إلّا في حالة وجود إتفاقيّة ثنائيّة أو متعدّدة الأطراف أبرمتها الدّولة الجزائرية تتعلّق بالمصالحة و التّحكيم، أو في حالة وجود إتفاق خاص ينصّ على بند تسويّة أو بند يسمح للطرفين بالتّوصل إلى إتفاق بناءً على تحكيم خاص"³، بالإضافة للمادة 115 من المرسوم الرئاسي

1: MAHIOU Ahmed, Evolution du droit de l'arbitrage, Revue Mutations, N°44, Fevrier 2003, P16.

2 : MAHIOU Ahmed, Op.Cit, P11-16.

3: ج.ر.ج.ج، العدد47، الصادر في 22 غشت 2001، ص7. وهي نفس المعنى ذهبت إليه المادّة 41 من المرسوم التشريعي 93-12، ج.ر، العدد64، الصادر في 10 أكتوبر 1993، ص09.

23/12 نصت على: "تسوّى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصّفقة في إطار الأحكام التّشريعيّة التّنظيميّة المعمول بها، غير أنّه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث عن حلّ وديّ للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلّما سمح هذا الحل بما يأتي:..."¹، من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري ترك المجال واسعاً في تحديد الأسلوب الودي لحل النزاع، هل هو الصلح أم الوساطة أو التّحكيم؟ بالإضافة إلي أنّ المشرع الجزائري في القوانين المتّظمة لهذا الإمتياز صمّت على كيفيات و آليات فض و تسوية المنازعات الناشئة عنها .

ثالثاً: القواعد المنظمة للتّحكيم الداخلي و الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنيّة

و الإداريّة 08-09.

يجري الإتفاق على التّحكيم الداخلي أو الدولي من قبل أطراف النزاع، ويتضمّن هذا الإتفاق عدد المحكمين ومواصفاتهم، والقواعد القانونيّة الواجب التّطبيق على موضوع النزاع، ويصدر القرار عن المحكمين الذين يلزم طرفي النزاع، إلا أنّه لا يتمّتع بالقوّة التّفيذيّة إلا بعد عرضه على القضاء والأمر بتنفيذه.

1. صور التّحكيم :

أ- شرط التّحكيم: عرّفته المادة 1007 من ق.إ.م.إ: " شرط التّحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متّصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التّحكيم"².

ب- إتفاق التّحكيم: عرّفته المادة 1011 من ق.إ.م.إ: "الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التّحكيم"³.

2. شروط صحّة شرط التّحكيم وإتفاقيّة التّحكيم:

أ- الكتابة: يُعتبر شرط الكتابة إلزامياً لصحّة التّحكيم وإتفاق التّحكيم، وإلا وقع باطلاً وهذا ما نصّت عليه المادة 1008 والمادة 1012 ق.إ.م.إ.

1 : ج.ر، العدد04، الصادر26 يناير2012، ص17.

2 : ج.ر، العدد21، الصادرفي23 أبريل2008، ص90

3 : ج.ر، العدد21، الصادرفي23 أبريل2008، ص91.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

ب- تعيين المحكمين: بالإضافة إلى شرط الكتابة يجب أن يتضمّن شرط وإتفاق التّحكيم تحت طائلة البطلان كفيّة تعيين المحكم، أسمائهم، وموضوع النزاع، وهذا ما نصّت عليه المادتين 1008 و1/1012، وتتشكّل محكمة التّحكيم من محكم أو عدّة محكمين بعدد فردي طبقاً للمادة 1017 من ق.إ.م.إ، حيث تسند مهمّة التّحكيم لشخص طبيعي متمتعاً بحقوقه المدنيّة، وإذا عُيّنّت إتفاقية التّحكيم شخصاً معنوياً يتولّى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر كمحكم طبقاً للمادة 1014 ق.إ.م.إ.

وفي حالة رفض المحكم المعين القيام بالمهمّة يستدل بمحكم آخر من طرف رئيس المحكمة الواقع في إختصاصها محلّ إبرام العقد أو محل تنفيذه طبقاً للمادة 1009 و1012 ف3، و المادة 1009 و3/1012 ق.إ.م.إ، كما يجوز رد المحكم وذلك في الحالات المنصوص عليها في المادة 1016 ق.إ.م.إ.

ج- المدّة : وقد حدّدت المادة 1018 ق.إ.م.إ أجل أربعة أشهر لإنهاء إتفاق التّحكيم تبدأ من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التّحكيم غير أنّه يمكن تمديد هذا الأجل.

3. الإجراءات التّحكيميّة : جاءت المادة 1044 ق.إ.م.إ ، تقيد إختصاص محكمة التّحكيم

لتفصل إلّا في إختصاصها، هذا و يجب على الأطراف إثارة الدّفع بعدم الإختصاص كدفع أوّلي قبل إثارة دفوع في الموضوع، بالإضافة إلى ذلك يجب على محكمة التّحكيم أن تفصل في إختصاصها بحكم أوّلي إلا إذا كان الدّفع بعدم الإختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع ، وفي نفس السّياق جاءت المادة 1045 لتقيد إختصاص القاضي إذا كانت هناك خصومة تحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية التّحكيم على أن تثار من أحد الأطراف.

و الملاحظة من خلال هذه المادة أنّ المشرّع إستغنى عن عبارة – تعليق الإختصاص- الواردة في المادة 458 مكرر 8 ق.إ.م، وإستبدلها ب –عدم الإختصاص -.

ثمّ جاءت المادة 1046 ق.إ.م.إ لتحديد الإجراءات المؤقتة أو التّحفظيّة التي منحت لأطراف النزاع عند طلبها من محكمة التّحكيم، ومن أجل التأكيد على فاعليّة محكمة التّحكيم في حلّ النزاع نصّت المادة 1047 على ضرورة أن تتولّى محكمة التّحكيم البحث عن الأدلّة وهو نفس ما ذهبت إليه المادة 1048.

أمّا فيما يخصّ القانون الواجب التّطبيق، لا يثير أي جدال إذا كان الأمر متعلّقاً بالتّحكيم الدّخلي إعتباراً أنّه يخضع للقانون الوطني، و الأمر على خلاف ذلك بالنّسبة للعقود ذات الطّابع الدّولي فيتّضح أنّ المشرّع الجزائري قد أعطى الحرّية الكافية للأطراف في إختيار القانون الواجب التّطبيق على النزاع ، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، غير أنّه في حالة ما إذا لم يقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التّطبيق تتدخّل محكمة التّحكيم مباشرة ،وتختار القانون إستناداً إلى قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة حسب المادة 1050 ق.إ.م.إ.

4. الآثار القانونيّة المترتّبة على التّحكيم في ظلّ قانون ق.إ.م.إ.:

أ- الإعتراف بالحكم وتنفيذه:

✓ الإعتراف بالحكم : لم يقم المشرّع الجزائري سواءً في الأمر 66-154 أو القانون 08-09 بتعريف الإعتراف بأحكام التّحكيم، ولكنّه قام بتبيان أهم الشّروط الواجب توفّرها وذلك في المادة 1051 ق.إ.م.إ. فبموجب هذه المادة يمكن الإعتراف بالأحكام التّحكيمية الدّولية داخل الجزائر إذا ما توفّر فيها شرطان رئيسيان هما:

– ضرورة قيام المتمسّك بهذه الأحكام بإثبات صحّة وجودها حسب الكيفيّة التي حدّدها المادة 1052 ق.إ.م.إ.

– أن يكون الإعتراف بهذه الأحكام غير مخالف للنّظام العام.

✓ تنفيذ حكم التّحكيم الدّخلي و الدّولي:

يعتبر التنفيذ في مجال التّحكيم الدّخلي أو الدّولي إمتداداً لدور القاضي إلى ما بعد صدور الحكم التّحكيمي، إذ أنّ أحكام التّحكيم لا تكتسب بذاتها القوّة التنفيذية إلا بعد صدور أمر قضائي من الجهة المختصة لمنحها الصّيغة التنفيذية.

وعليه فإنّ إضفاء الصّيغة التنفيذية يمثّل في حدّ ذاته إعتراف من القضاء المختصّ بصلاحيّة الحكم، و إمكانيّة تنفيذه جبراً بكافة الوسائل القانونيّة، فالقاضي هنا لا يملك سلطة التّحقق من عدالة الحكم المراد تنفيذه، لأنّه لا يعد هيئة إستئنافية، ولكنّه يملك سلطة التّأكد من صحّة إجراءاته وإمكانيّة تنفيذه دون أن يتعارض مع القانون الوطني أو أن يخالف النّظام العام .

وفي حالة ما إذا إصطدم الحكم برفض التنفيذ من طرف القاضي المختصّ، فيجوز للأطراف إستئناف أمر الرّفص خلال 15 يوماً ابتداءً من تاريخ الرّفص أمام المجلس القضائي الذي

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

تقع المحكمة في دائرة إختصاصه، على أن يتحمّل الأطراف جميع نفقات إيداع العرائض و الوثائق وأصل الحكم.

أمّا في حالة ما إذا قبل أمر التّنفيذ، يجوز للأطراف أن يطلبوا من رئيس أمناء الضّبط بالمحكمة المختصة نسخة من الحكم التّحكيمي ممهور بالصّيغة التّنفيدية حسب المادة 1036ق.إ.م.إ.

وما يميّز التّحكيم الدّاخلي عن الدّولي أنّ القرار التّحكيمي الدّولي يقتضي قبل تنفيذه أن تسبقه إجراءات الإعتراف بالقرار التّحكيمي، و ذلك طبقاً للمواد 1035-1036ق.إ.م.إ.

ب- طرق الطّعن في الحكم التّحكيمي:

✓ **التّحكيم الدّاخلي: المواد 1032-1034 من ق.إ.م.إ.**

- أحكام التّحكيم الدّاخلي غير قابلة للمعارضة.
- قابليتها لإعتراض الغير الخارج عن الخصومة، أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التّحكيم.
- قابلة للإستئناف في أجل شهر من تاريخ النّطق بالقرار، مالم يتنازل الأطراف عن هذا الحق بإتفاقيّة التّحكيم.
- يكون القرار الصّادر في الإستئناف قابلاً للطّعن بالنّقض.

✓ **التّحكيم الدّولي: لقد أخذ المشرّع الجزائري في قانون 08-09 بثلاث طرق رئيسية**

للطّعن نصّت عليها المواد 1055 و 1056 ويتعلق الأمر بالإستئناف والبطالان والطّعن و النّقض.

الإستئناف : من خلال إستقراء التّصوص المتعلقة بطرق الطّعن في أحكام التّحكيم، يمكننا القول بأن الإستئناف من شأنه أن يمس الأمر الرّافض للإعتراف أو التّنفيذ وهذا ما نصّت عليه المادة 1055 ق.إ.م.إ، ففي هذه الحالة يكون الإستئناف موجهاً ضد الأمر القضائي وليس ضد الحكم التّحكيمي، مثلما قد يمس الأمر القاضي بالإعتراف أو التّنفيذ لكن في حالات محدّدة حصرياً في المادة 1056 ق.إ.م.إ.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

✚ الطّعن بالبطلان : يمكن إبطال قرار التّحكيم الصّادر في الجزائر في الحالات الستّة المنصوص عليها 1058 ق.إ.م.إو المتعلقة بالإستئناف و يرفع الطّعن بالبطلان من تاريخ النّطق به و لا تقبل الطّعن بالبطلان بعد شهرين من التّبليغ بالأمر القاضي بتنفيذه .

✚ الطّعن بالنّقض: تكون القرارات الصّادرة بالإستئناف و الطّعن بالبطلان قابلة لنقض المادة 1051 ق إ م و إ، ومن هنا يثار التّساؤل حول أيّ وجه يمكن أن يؤسّس الطّعن بالنّقض؟ هل الأوجه المنصوص عليها في المادة 1061 أو على أساس المادة 358 ق.إ.م.إ. فرغم سكوت المشرّع إلا أنّنا نستنتج أنّ الأوجه التي جاءت بها المادة 358 ق.إ.م.إ، هي التي يؤخذ بها مادام أنّ الطّعن بالنّقض موجّه لقرارات قضائيّة صادرة عن مجالس مختصّة داخل الجزائر.

المبحث الثالث: نهاية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

باعتبار عقد البوت من العقود الإدارية محدّدة المدّة، فعلى شركة المشروع أن تستمر في تسيير المرفق العمومي طيلة المدّة المتفق عليها في العقد، وبانتهائها ينقضي العقد، وهو ما يسمّى بالنهاية الطبيعيّة لعقد البوت، ولكن أحيانا ولأسباب معيّنة ينتهي عقد البوت قبل نهاية المدّة المتفق عليها بين الأطراف المتعاقدة، وهو ما يعرف بالنهاية الغير الطبيعيّة (المبكرة- المبسترة)، وسواء إنتهى العقد نهاية طبيعيّة أو مبكرة فهو يُخلف آثار جراء ذلك.

المطلب الأوّل: طرق نهاية عقد البوت .

ينتهي عقد البوت بإحدى الطريقتين: نهاية طبيعيّة، و نهاية مبسترة.

الفرع الأوّل: النّهاية الطبيعيّة.

باعتبار عنصر الزّمن عنصر جوهري في العقود الإدارية محدّدة المدّة، ومن بينها عقد البوت فإنّه ينتهي بإنهاء مدّته وتنفيذ إلتزاماته التي تترتب عليه، هذا مانصّت عليه المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10، وقد يتم الإتفاق بين الإدارة و المتعاقد معها على تجديد عقد البوت لمدّة معيّنة، أو على إمتداد هذا العقد، وعندئذ تطبق المدّة المتفق عليها، وغالبًا ما تتضمن عقود البوت مثل هذا التّجديد أو التّمديد¹، وهذا مانصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي 11-340: "تحدد مدة الإمتياز في دفتر الشروط الخاص و يمكن تجديد الإمتياز بناء على طلب يقدم ثلاثة(03) أشهر قبل نهاية مدة صلاحيته."² و هو نفس المعنى ذهب إليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 11-341.³

و يمكن تمديد مدّة العقد كجزاء على تأخّر الدّولة أو الإدارة المعنيّة في الوفاء بالإلتزاماتها التّعاقدية: كتسليم موقع العمل، أو تأمين التراخيص المطلوبة لتنفيذ أعمال البناء أو القيام بأيّ عمل من شأنه إعاقة أو منع شركة المشروع من القيام بالأعمال المطلوبة منها، وفي حال

1: د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص382-383 .

2: ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص05 .

3 ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص08 .

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .

سبب التأخير ضرراً لشركة المشروع يحقّ لهذه الأخيرة بالإضافة لتمديد مدّة العقد، المطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها¹.

وبعد إنقضاء مدّة العقد المتفق عليها يرجع المرفق العمومي بكلّ أمواله المنقولة والعقارية للإدارة المتعاقدة مانحة الإمتياز، ويحلّ هذا الأخير محلّ شركة المشروع في كلّ حقوقها وإلتزاماتها المرتبطة بالإمتياز وهذا ما نصّت عليه المادة 1/29 من دفتر الأعباء التّموذجي لإمتياز الطرق السريعة²، و المادة 64 مكرر من القانون رقم 90-30 ، و المادة 17 من القانون 05-12.

وللإدارة كامل الحرية بعد نهاية مدّة الإمتياز إختيار طريقة أخرى لإدارة المرفق العمومي المسترجع، سواء التّأجير أو الإمتياز.

الفرع الثاني: النّهاية الغير الطّبيعيّة للعقد (النّهاية المبكرة أو المبسترة).

الأصل أنّه ينقضي عقد الإمتياز بعد نهاية المدّة المتّفقة عليها، ولكن أحيانا يمكن أن ينتهي العقد قبل نفاذ هذه المدّة، وترجع هذه النّهاية المبسترة للعقد لأسباب متنوعة و متعدّدة : منها ما يكون بقوة القانون ومنها ما يكون بطلب من صاحب شركة المشروع، ومنها ما يعود للإدارة حفاظاً على المصلحة العامّة أو لأسباب أخرى.

أولاً: إسقاط عقد البوت.

ونعني به إنهاء العقد على مسؤوليّة الملتزم نتيجة لخطأ جسيم³، ونظراً لقسوة عقوبة إسقاط عقد البوت، وجسامة الآثار المترتبة عنها، فيشترط الفقهاء توافر بعض الشّروط لإعطائه طابع المشروعية والتي تتمثل فيما يلي⁴:

- يجب إثبات أنّ شركة المشروع ارتكبت خطأ جسيم في تنفيذ إلتزاماتها العقدية، على وجه يضرّ بسير المرفق العام حيث نصّت المادة 1/30 من دفتر الأعباء التّموذجي الخاص بالطريق السريعة : "يتحمل صاحب الإمتياز سقوط حقوقه بسبب عدم

1: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 391.

2 : انظر للملحق رقم 2.

3: د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 385.

انظر أيضاً: - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 175

4: د. إلياس ناصف، مرجع نفسه، ص 387.

انظر أيضاً: - د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 411.

إستئناف تأديّة الخدمات إذا ما توقفت وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء هذا"¹.

- وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط وهذا ما تضمّنته المادة 30 نفس الدفتر: " يقرّر منح الإمتياز سقوط حقوقه بعد إعدار غير المتبوع بالتنفيذ، ويكون صاحب الإمتياز قد طلب منه مسبقا تقديم ملاحظة خلال مدّة شهر تبليغ الإعدار له."²
- إلزام الإدارة بتسبّب قرار الإسقاط و إبلاغه لها.
- وفي حال إسقاط الالتزام يحلّ منح الإمتياز محل صاحب الإمتياز في جميع الحقوق و الإلتزامات المرتبطة بالإمتياز³.

ثانياً: فسخ عقد البوت.

يتحقّق فسخ عقد البوت في الحالات الآتية:

1. الفسخ الإتفاقي: يتمّ فسخ العقد بإتفاق الإدارة مع المتعاقد معها قبل نهاية مدّته، مع تقرير التّعويض المستحق و كيفية سداده، وهو مانصّت عليه المادة 113 من المرسوم الرئاسي 236/10.

وبهذا يختلف الفسخ مع طريقة الإسترداد الإتفاقي من حيث الأساس القانوني، فحقّ الإدارة في الإسترداد حقّ أصيل سواء نص عليه في العقد أم لم ينصّ، أمّا الفسخ فيتمّ عن تراضي كامل بموجب إتفاق يتضمّن تقدير التّعويض المستحق للملتزم، و كيفية سداده، و عادة ما تلجأ الإدارة إلى الفسخ الإتفاقي لصعوبة الإلتجاء إلى الإسترداد⁴.

2. الفسخ بقوة القانون: وهو مكرس في حالتين:

أ- **القوة القاهرة:** هي كلّ حدث خارجي مستقبل عن إرادة الفرقاء غير متوقّع، و لايمكن ردّه و يحول دون تنفيذ العقد⁵، ولقد عرفتها المادة 3/12 من الإتفاقيّة النموذجيّة لإمتياز الطّريق السريّة: "ويقصد بحالة القوة القاهرة مختلف الظواهر الطبيعيّة الإستثنائيّة التي لايمكن

1: انظر للملحق رقم 2.

2: انظر للملحق رقم 2.

3: انظر للملحق رقم 2، المادة 30 من الإتفاقيّة النموذجيّة لطريق السريّة.

3: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 405.

5: د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 131.

انظر أيضاً: - أحمد محيو، مرجع سابق، ص 394.

- د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 385.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

توقّعها و لا مقاومتها و لا التّغلب عليها و تجعل تنفيذ الخدمة أو الأشغال مستحيلة و خارجة عن نطاق إرادة صاحب الإمتياز.

من خلال هذه المادة يثار تساؤل حول: هل القوة القاهرة تقتصر إلا على الظواهر الطبيعية الإستثنائية دون غيرها؟!.

ب- حالة وفاة الملتزم: الأصل أنّ آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين والخلف العام، وبالتالي فإنّ وفاة أحد المتعاقدين لا يعني إنهاء العقد وهذا ما أكّدته المادة 108 من ق.م، لكن نفس المادة وضعت شرطاً لذلك : "ما لم يتبن من طبيعة التّعامل أنّ نص القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

وما نستنتجه من المادة أنّ طبيعة التّعامل قد تمنع إنتقال آثار العقد إلى الخلف العام، ويدخل في إطار طبيعة التّعامل أنّ يكون شخص المتعاقد محل إعتبار، وبالتالي فإنّ وفاة المتعاقد تؤدّي إلى إنقضاء العقد.¹

وكما قلنا سابقاً أنّ الإعتبار الشّخصي لعقد البوت له أهميّة كبيرة، وبالتالي فإنّ وفاة الملتزم سوف يؤدّي إلى نهاية عقد البوت، هذا ما أكّدته المادة 14 من المرسوم التنفيذي 11-340: "إن منح الإمتياز مؤقت و قابل للفسخ و شخصي"²، و نفس المعنى ذهبت إليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي 04-417، إلا في حالة ما إذا وجد نص يؤكّد خلاف ذلك، أي إمكانية مواصلة إستغلال المرفق العام، وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 3/12 من المرسوم التنفيذي 04-417: "غير أنّه و في حالة وفاة صاحب الإمتياز، يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا إستغلال الإمتياز حتى إنقضاء الأجل شريطة إبلاغ السّلطة المانحة للإمتياز."³ ونخلص إلى أنّ الوفاة ليست دائماً سبباً في نهاية عقد البوت.

3. الفسخ القضائي بناء على طلب شركة المشروع: قد يلجأ الملتزم إلى القضاء طالباً

إنهاء عقده قبل الأوان لأسباب منها:⁴

1: بودياب بدره هاجر، مرجع سابق، ص94.

2 : ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011، ص05.

3: ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004، ص31.

4: د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 384-383.

انظر أيضاً: - د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص405-406.

- خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ الإلتزامات، و تعديل شروط العقد على نحو يخلّ بالتوازن الإقتصادي للعقد إخلالاً جسيماً بصورة تفوق إمكانات الملتزم الإقتصادية، أو الفنيّة، أو بتغيير جوهر العقد و جعله بمثابة عقد جديد، ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه لدى إبرام العقد.
- إخلال التوازن المالي نتيجة لظرف طارئ، و يتبيّن للملتزم أنّ إختلال التوازن المالي للعقد لن يعيده إلى نصابه.

ثالثاً: الإسترداد.

هو قرار يصدر من الإدارة لمصلحة المرفق العام، ذلك عندما يبدو مناسباً لها ألا تنتظر إنقضاء الإلتزام لإستعادة المرفق و إدارته بالطريق المباشر، ولا يتطلب هذا الإجراء إتفاقاً مع الملتزم، فالقرار في هذه الحالة أمر تقديري شرطه أن تحدد الإدارة ما إذا كان هناك سبب يبرر الإسترداد حتّى لا يكون قرارها مشوباً بإساءة إستعمال السّلطة و الإنحراف بها.¹ كما عرفه الأستاذ A.Delaubdère : إجراء منفرد صادر عن الإدارة المانحة في أثناء تنفيذ الإمتياز بغرض إنهائه قبل إنقضاء مدّته العاديّة،مقابل دفع تعويض لصاحب الإمتياز.² وهناك ثلاث حالات للإسترداد:³

1. الإسترداد التّعاقدي: وهو إتفاق ملزم بين الإدارة المانحة من جهة، و الملتزم من جهة أخرى، بمقتضاه تحدّد شروط الإسترداد وكيفية تنفيذه.
2. الإسترداد الغير التّعاقدي: تُقرّر هذا الإسترداد الإدارة المانحة بإرادتها المنفردة في أثناء تنفيذ عقد الإلتزام من دون وجود تنظيم سابق لأوضاع هذا الإسترداد في وثيقة الإمتياز، و يعدّ الإسترداد على هذا النحو تطبيقاً لسّلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإداريّة بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامّة، و في هذه الحالة يستحقّ الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل النّفقات التي تكبدها وما له من خسارة وما فاتته من ربح.

1: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص384.

2 : DELAUBADERE André, Op.Cit, P898.

3: د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص173.

انظر أيضاً:- د. إبراهيم الشهاوي، مرجع نفسه، ص397.

- د. إلياس ناصف، مرجع سابق، ص394-395.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

3. **الإسترداد التّشريعي:** قد يتدخّل المشرّع في مجال عقود الإمتياز المرافق العامّة بإصدار قوانين خاصّة ينظّم بواسطتها إسترداد بعض المرافق .

و يمكن القول بأنّ الإسترداد و الإسقاط يتفقان في أنّ كلاهما يؤديّ إلى نهاية الرّابطة العقديّة، لكنّهما يختلفان في كون الإسقاط هو عقوبة ترافق الخطأ الجسيم من قبل الملتزم، أمّا الإسترداد هو إجراء تمارسه الإدارة دون خطأ من الملتزم ويهدف للمصلحة العامّة، بالإضافة إلى أنّ هذا الأخير يرتّب حقا كاملاً للملتزم في التّعويض، أمّا الإسقاط لا يستحقّ الملتزم أيّ تعويض من الإدارة بل قد يتطلّب الأمر الحكم عليه بتعويض الأضرار التي لحقت بالمرفق نتيجة خطأه الجسيم.

المطلب الثاني: آثار إنهاء عقد البناء و التّشغيل ونقل الملكية.

لمّا كان عقد البوت يستلزم إستعمال أنواع مختلفة من الأموال منها العقارات: (الموانئ، والأراضي، و الجسور) و أموال منقولة: (السيّارات، و المواد الخام اللازمة للإستثمار) . وكما أنّه يستوجب على شركة المشروع في عقد الـ B.O.T أن ينقل ملكية المرفق العام إلى الإدارة المانحة عند نهاية الإلتزام فيقضي أن تحدّد الأموال التي تدخل في المرفق العام لتنتقل ملكيتها و الأموال التي لا تدخل في المرفق العام و التي تظلّ ملكاً لشركة المشروع¹. وتشمل:

الفرع الأوّل: الأموال التي تؤوّل إلى الدّولة مجاناً.

وهي الأموال التي تعتبر كلاً غير قابل للتجزئة فيما يتعلق بإستغلال المرفق، و ينبغي النصّ عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلّة في المشروع، كالأراضي و المصانع و الطّرق و قد ينصّ العقد على إدراج بعض المنقولات في قائمة الأموال التي تؤوّل إلى الدّولة مجاناً، وتحتوي عقود الإمتياز عادة على شروط مفصّلة بالإلتزامات المتعاقد الخاصّة بصيانة تلك الأموال والأدوات، بحيث تسلم بحالة جيّدة وصالحة للإستخدام في نهاية المدة، ومن المسلم أنّ الإلتزام بصيانة تلك الأموال مقرّر، ولو لم ينص

1 : د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص433.

الفصل الثاني: النّظام القانوني لعقد البناء و التّشغيل و نقل الملكية .

عليه صراحة في العقد ولإدارة حقّ خصم المبالغ اللازمة لإصلاح الأدوات التي قصر الملتزم في صيانتها من مستحقّاته عند تصفيّة الحساب النّهائي.

الفرع الثاني: الأموال التي يحقّ للدولة أن تشتريها.

تستطيع الدّولة شراء الأموال المنقولة التي تعتبر كلاً لا يتجزأ فيما يتعلّق بإستغلال المشروع وتحدّد شروط العقد حرّية الإدارة في شراء هذه الأموال، فقد تتمتع الإدارة برخصة الشراء من عدمه وفي أحيانا أخرى تلتزم بشراء ما يحدّده العقد من تلك الأموال والأسس التي يقوم عليها تقدير ثمنها.

الفرع الثالث: الأموال التي تبقى ملكاً للملتزم.

يحدّد عقد الإمتياز في الوثائق الملحقة الأموال التي تؤول إلى الإدارة عند إنقضاء المدّة وما عداها يكون ملكاً للملتزم.

وفيما يخصّ هذا التقسيم حدّد بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 114-08 المحدّد لكيفيات منح إمتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها، والتي نصّت: "يقصد في مفهوم هذا المرسوم بمايأتي:

أملك الإمتياز: مجموع أملاك الإسترجاع وأملاك العودة المقرّرة للإمتياز.

الأملك الخاصّة: الأملاك التي يملكها صاحب الإمتياز خارج أملاك الإسترجاع وأملاك العودة.

أملك الاسترجاع: الأملاك المخصّصة للإمتياز طيلة مدّة الإمتياز، يمكن أن تستردّ أملاك الإسترجاع من طرف الدّولة، لكن بمحض مبادرتها عنها إنتهاء مدّة الإمتياز، مقابل تعويض صاحب الإمتياز.

أملك العودة: الأملاك الضّروريّة للمرفق المتنازل عنه، لتوزيع الكهرباء أو الغاز، والتي يجب أن تعاد ملكيّتها، أو التّصرف فيها حتماً إلى الدّولة عند إنتهاء مدّة الامتياز يمكن أن تكون هذه الأملاك من أملاك عموميّة أو من الأملاك الخاصّة للدّولة، كما يمكن أن لا تكون كذلك في هذه الحالة الأخيرة تكون الأملاك ابتداء ملكاً للدّولة".¹

1: ج.ر، العدد 20، الصادر في 13 أبريل 2008، ص 06 .

خلاصة الفصل الثاني:

يعتبر عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية كآلية تمويلية تعاقدية، إذن الأصل أن يترك أمر إختيار صاحب الإمتياز للسلطة التقديرية للإدارة وفقاً لإجراءات تنافسية، وبسبب غياب قانون خاص به يحدّد إجراءاته، بالإضافة لتدخّل الجزائر عادة بنسبة معينة من المال في تمويل مثل هذه المشاريع، فإنّ الصقّة تكون محل نفقة بالنسبة لها، هذا ما يوجب عليها تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية بإعتباره القانون الأساسي في بيان كيفية إبرام العقود التي يكون أحد الأشخاص العامّة المتعاقدة الواردة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 طرفاً فيها، والتي تتطلّب مراعات مبدأ المنافسة والمساواة والشفافية لإختيار المتعامل المتعاقد معها.

وإزاء تنفيذ العقد تتمتع جهة الإدارة بسلطات واسعة والتي يقرّها القانون العام لمصلحة الإدارة المتعاقدة، فإنّ للمتعاقد جملة من الحقوق التي تمثل في الوقت ذاته إلتزامات على عاتق الإدارة ينبغي عليها الوفاء بها، حيث تتصل هذه الحقوق أساساً بالجانب المالي

و من أجل ضمان إستمرارية المرفق العام، وربحاً للوقت و التكاليف، حرص المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على إيجاد حلّ ودّي للنزاع بين أطراف العقد بعيداً عن القضاء، لهذا صار بإمكان الأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة 800 من ق.إ.م. أن تجري تحكيمياً في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، و في مادة الصفقات العمومية .

و في نهاية الفصل تطرّقنا إلي طرق نهاية عقد البوت سواء كانت طبيعية، أو غير طبيعية و الآثار المترتبة عن ذلك.

خاتمة

خاتمة:

إتجهت الدولة الجزائرية بعد تكريسها للنظام الليبرالي نحو تفويض مرافقها العامة، و خصوصية طرق تسييرها، وذلك بتشجيع أكثر للإستثمار، فأقر المشرع ضمانات قانونية، و إمتيازات جبائية و جمركية، لتحفيز المستثمرين الخواص الوطنيين و الأجانب على خوض تجربة إنشاء و تسيير المرافق العمومية في إطار تعاقدية، فظهر ما يعرف بعقد البناء والتشغيل و نقل الملكية، وهو من المواضيع التي لم تحظى بدراسة فقهية كافية في الجزائر بالإضافة إلى عدم وجود قانون شامل يحدّد إطاره القانوني، الأمر الذي دفعنا للبحث فيه مركزين على العلاقة القائمة بين الأطراف الرئيسية - الدولة و شركة المشروع -.

فتناولنا في الفصل الأول الإطار المفاهيمي و ذلك بالتطرق لتعريفه، و خصائصه، و مدى تأثر هذا العقد بالإيديولوجيات التي مرت بها الجزائر، و موقف المشرع الجزائري منه والذي لم يعرف هذه التسمية في قوانينه بل إستشفينا عناصره من بعض النصوص المنظمة للإمتياز، حيث تميّزت بثرائها لمثل هذه الصيغة، ثم تعرضنا لأطراف العلاقة التعاقدية، و بناء عليهم تمّ تحديد تكييفه القانوني معتمدين على الإتجاهات الفقهية، و أبرزنا في الفصل الثاني النظام القانوني له من خلال تبيان مساره التعاقدية، و آثاره مبينين فيه حقوق و واجبات كلا الطرفين وآليات فض نزاعاتهم، وأخيراً طرق نهائيته.

وبناءً على ما تقدّم عرضه و تحليله أفرزت دراستنا لعدّة نتائج و توصيات نذكرها على التوالي :

1-النتائج: من خلال دراستنا لعقد البناء والتشغيل و نقل الملكية، نستخلص المزايا التي يحققها هذا العقد والعيوب التي تشوبه و نجملها في ما يلي:

أ. المزايا:

✓ تخفيض العبء على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية، حيث تقوم شركة المشروع بتمويل إنشاء واستغلال المرافق العامة، وهذا يجنبها الإقتراض الخارجي والداخلي.

✓ نقل التكنولوجيا الحديثة والمعرفة الفنية، وبالتالي رفع و ترقية مستوى الخدمات البنية التحتية، و ذلك لأنّ القطاع الخاص الأجنبي له خبرة ماليّة، وفنيّة، وإداريّة مقارنة بالقطاع العام.

✓ توفير فرص عمل جديدة، و بالتالي الحدّ من البطالة، و ذلك لأنّ عمليّة الإستغلال تدوم فترة طويلة.

✓ خلق قاعدة خدماتيّة، وصناعيّة، كإنشاء الطّرق، ومحطات تحلية مياه البحر و الكهرباء، والمرافق العامّة الهامّة، و بالتالي تعدّد المشاريع ذات المنفعة العامّة .

✓ يعتبر عقد البناء والتشغيل و نقل الملكيّة وسيلة ناجحة لجلب الإستثمارات الأجنبيّة، و مشاركة القطاع الخاص في خطط التّميّة.

ب. العيوب:

✓ إشتراط شركة المشروع على الدّولة بتأمين الإحتكار حتّى تضمن سيطرتها على السّوق، و عدم منافستها، وإلا إلّزمت الدّولة بشراء الخدمة.

✓ تراجع سيطرة الدّولة على المرافق بسبب طول مدّة عقد الـBOT، فنقل الرّقابة وهذا يؤثّر على حسن سير المرفق، و نوعية الخدمة.

✓ إلزام المنّفعين بتكاليف إضافيّة خاصّة بسبب طول مدّة العقد.

✓ كما أنّ الدّولة عند شراء الخدمة أو المنتج من طرف شركة المشروع تقوم بطرحه وبيعه للمنتفعين بسعر أقلّ من سعر التّكلفة، و ذلك لإعتبارات سياسيّة و إجتماعيّة .

✓ إرتفاع تكلفة إعداد و تحضير مستندات التّعاقديّة، و تعيين مستشارين فنيين، و ماليين، و قانونيين لتمثيل الدّولة، وهذا ما يستنزف أموال باهضة.

✓ عدم وجود نظام قانوني شامل يحكم إبرام هذه العقود و تنفيذها، الأمر الذي قد يؤدّي إلى مخالفات دستوريّة، وقانونيّة نتيجة اللّجوء لهذا الأسلوب.

2-التوصيات: تتمثل في :

✓ إصدار تشريع خاص بعقد البوت، يُعرّفه تعريفاً دقيقاً، و يغطّي جوانبه القانونيّة، و

يحدّد دفاتر شروطه التّمودجيّة، للّمنع من التّلاعبات، ممّا يزيد من فعالية المرفق

العمومي ومردوديته، وتحسين نوعيّة الخدمة العموميّة، مع بيان الأسس والإجراءات

التي يثم بمقتضاها إختيار صاحب الإمتياز، والهدف من ذلك هو تكريس مبدأ المنافسة، والمساواة، و الشفافية، ومنع تعسف الإدارة، وحماية المال العام من التبيد، بالإضافة إلي تحديد الإلتزامات والواجبات القانونية لأطراف الرابطة التعاقدية في جميع مراحلها، بداية من الإنشاء مروراً بالتشغيل وصولاً بالتسليم ، و أخيراً ضرورة تنظيم علاقة بين صاحب الإمتياز وشركة المشروع والمنتفعون من خدمات المرفق العام في كل القطاعات، و ذلك لتكريس مبدأ المساواة لعدم حرمان بعض الفئات من إستغلال المرفق .

✓ إنشاء جهاز رقابي لدى كل وزارة، تتوفر في أعضائه الكفاءة القانونية، والفنية اللازمة، تتولى إجراءات التعاقد والمتابعة، والتوجيه.

✓ التوسع في الإعفاءات، والحوافز مثل الإعفاءات الضريبية، والقروض، وذلك بهدف جلب المستثمرين، وفي المقابل عدم منحهم إمتيازات تفوق عن حاجة نجاح المشروع.

✓ تشجيع المستثمرين الجزائريين للقيام بتنفيذ هذه المشروعات، أو تكوين شركات محلية مشتركة.

✓ مراجعة المنظومة التشريعية الجزائرية، و التي تؤثر على هذا العقد: مثل قانون

الإستثمار و تشجيعه (كتعديل نسبة المساهمة الأجنبية و المتمثلة في 49 %)، و قانون الملكية ، قانون الضرائب، قانون البيئة...

✓ ضرورة مواصلة إصلاح نظام العدالة و عصرنته، وتحسين التكوين المتخصص في

القضايا المتعلقة بالإستثمارات المحلية و الأجنبية، و إنشاء محاكم متخصصة في النزاعات الإستثمارية، وبعث ثقافة حقيقية للتحكيم و الإسراع في تنفيذ قرارات العدالة

لاسيما مايتعلق بالإستثمارات، و التعجيل بتفعيل آليات تطبيقية لقانون مكافحة الفساد .

✓ تكييف عقود البوت على أنها عقود ذات طابع عام- عقود إدارية - وذلك لتظهر إمتيازات السلطنة العامة .

✓ تحديد مدة العقد لما لا يزيد عن 30 سنة، وهي مدة معقولة تستطيع شركة المشروع

من خلالها أن تسترجع ماإستثمرته، بالإضافة إلى أنه يمكن للدولة الإستفادة من المشروع سواء إيجاره أو عن طريق الإمتياز.

✓ تبسيط الإجراءات البنكيّة خاصّة لدى بنوك القطاع العام، وذلك لتسهيل عملية الحصول على القروض .

✓ إدراج هذا العقد في مناهج التدريس الجامعية، و تنظيم ملتقيات للتعرف عل جوانبه المختلفة.

و في الأخير نقول أنّ تغيير وتعديل النصوص القانونية يجب أن يسبقها تغيير في الذهنيات سواء بالنسبة للدولة أو المستثمرين، و إذا لم يحدث ذلك بقيت هذه التعديلات حبراً على ورق ومسألة نظرية بحتة، فلا بد أن تنشأ قناعة لدى الجميع بضرورة التغيير الكامل لمفاهيم التي سادت الحقبة الإشتراكية، وأن تزول فكرة تعارض مبدأ تفويض المرفق العام مع مبدأ سيادة الدولة على مرافقها العامّة، حيث أن دراستنا أثبتت أن خصوصية إدارة المرفق لا يعني أبداً التنازل عنه بل ستسمح من وجود أداء عالي للمرفق، و لنوعيّة الخدمات التي يقدّمه، مع بقاء رقابة و هيمنة الدولة عليه.

الملاحق

- ✓ دفتر الشروط النموذجي المتعلق بإمتياز إستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة.
- ✓ إتفاقيّة نموذجية خاصة بمنح إمتياز الطريق السريع، مرفقة بدفتر الأعباء النموذجي.

طریق رقتہ 1

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

دفتـر الشـروط النـموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه

البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة.

المادة 01: يحدّد دفتـر الشـروط هذا الكيفيات والإجراءات المتعلقة بامتياز إستعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة لغرض المنفعة العمومية أو لتلبية الحاجات الخاصة.

الفصل الأول: نطاق الإمتياز.

المادة 2: يتضمّن إمتياز إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة :

- بناء منشآت لإقتطاع مياه البحر أو المياه المالحة ذات أصل سطحي أو جوفي،
 - بناء وإستغلال وحدات إنتاج تحلية المياه المالحة أو المنزوعة الأملاح أو المعادن،
 - الموجهة للاستهلاك البشري أو إلى إستعمالات أخرى،
 - بناء وإستغلال كلّ المنشأة الأخرى التي تسمح بمعالجة و/ أو صرف المياه القذرة.
- يتضمّن إمتياز إقامة هياكل منجزة لفرض المنفعة العمومية زيادة على :لك تموين المياه المنتجة لصالح صاحب إمتياز الخدمة العمومية للتزويد بالمياه الصالحة للشرب.

المادة 3: تقع المنشأة المذكورة في المادة 2 أعلاه في إقليم بلدية وفقا للمخطّط الملحق بدفتـر الشـروط هذا بالتفصيل.

المادة 4: : يخوّل الإمتياز لصاحبه حقّ إنتاج المياه بحجم متوسّط يقدر ب.....م³ / يوميا لضمان، حسب الحالة :

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب والمياه الصناعيّة في بلدية (بلديات).....
- سقي الأراضي الواقعة في بلدية
- الحاجات الخاصة المحددة فيما يأتي.....

المادة 5: تحدّد مدّة الإمتياز سنة (1) واحدة

ينبغي إيداع طلب تمديد الإمتياز سنة (1) واحدة قبل انقضائه

الفصل الثاني: أحكام متعلّقة بإقامة الهياكل.

المادة 6 : يتعيّن على صاحب الإمتياز الشّروع في إنجاز الهياكل موضوع هذا الإمتياز في مدّة تقدر ب... ابتداء من تبليغ قرار الإمتياز ، وإلا تمّ إعداره للشّروع في الإنجاز، تحت طائلة إلغاء الإمتياز من طرف السّلطة المانحة للإمتياز.

المادة 7 : يتعيّن على صاحب الإمتياز تطبيق التدابير الوقائيّة الموصى بها بموجب دراسة التّأثير

المادة 8 : يتعيّن على صاحب الإمتياز السّهر على احترام التّنظيم المتعلّق بمساحات الحماية التّوعيّة للموارد المائيّة .

المادة 9: يتعيّن على صاحب الإمتياز القيام، قبل إستغلال الهياكل، بمراقبة المطابقة من مصالح الإدارة الكلفة بالموارد المائيّة وهذا بالإتصال مع مصالح الإدارة المكلفة على التّوالي :

بتسيير الأملاك العموميّة البحريّة والسيّاحة والبيئة.
وفي حالة إثبات عدم تطابق الهياكل، يتمّ إعدار صاحب الإمتياز من طرف السّلطة المانحة الإمتياز بهدف إصلاحها قبل بداية إستغلالها

تكون مراقبة المطابقة موضوع محضر حضوري مرفقا بملف جرد الهياكل المنجزة.

المادة 10: يتعيّن على صاحب الإمتياز طلب الموافقة المسبّقة من السّلطة المانحة للإمتياز لأيّ تغيير أو توسيع في الهياكل.

الفصل الثالث : أحكام خاصة بالهياكل المنجزة لغرض المنفعة العموميّة.

المادة 11 : تحدّد الشّروط و الكيفيات التّقنية والماليّة للتّموين بالمياه المنتجة بواسطة الهياكل المنجزة لفرض المنفعة العموميّة بموجب إتفاقية مبرمة بين صاحب هذا الإمتياز وصاحب إمتياز الخدمة المرميّة للتزويد بالمياه الصّالحة للشّرب

المادة 12: يتعيّن على صاحب الإمتياز التّأكد من أنّ الميّه المّمونة تستجيب لمواصفات التّوعيّة المحدّدة في التّنظيم المعمول به وهذا مهما كانت خصائص نوعيّة الماء الخام.

المادة 13: يتعيّن على صاحب الإمتياز ضمان صيانة منتظمة وتجديد مناسب للتّجهيزات بغرض ضمان حسن سيرها.

المادة 14: يتعيّن على صاحب الإمتياز إعلام السّلطة المانحة للإمتياز مسبقا بكلّ تدخّل في

الصيانة يتطلب توقيفا مؤقتا لسير هياكل إنتاج المياه. يجب أن يحدّد هذا التبليغ مدّة إنقطاع إنتاج المياه.

المادة 15: يحقّ لصاحب الإمتياز، أثناء عملية الاستغلال، توقيف إنتاج المياه مؤقتا عند حدوث ظواهر تؤدّي إلى اضطراب سير الهياكل، لاسيّما في حالة تلوث الماء الخام.

الفصل الرابع: أحكام مختلفة.

المادة 16: زيادة على المراقبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن السلطة المانحة للإمتياز، وفي كلّ وقت إجراء المراقبات في الموقع للتأكد من أنّ نشاطات إنتاج المياه منفذة من صاحب الإمتياز، طبقا لأحكام عقب الإمتياز. ودفتر الشروط هذا . يتعيّن على صاحب الإمتياز تسهيل إنجاز عمليّات المراقبة من الأعوان المؤهلين قانونا على الخصوص لضمان تسهيل دخول هؤلاء الأعوان إلى الهياكل .

المادة 17: يتعيّن على صاحب الإمتياز مسك سجل الإستغلال في الموقع، تقيّد فيه على الخصوص، كلّ المعطيات الخاصّة بالأحجام المنتجة و عمليّات الصيانة المنجزة

المادة 18: يعدّ صاحب الإمتياز مسؤولا عن كلّ الخسائر المسبّبة للغير من جرّاء الإمتياز، كما يلزم باكتتاب كلّ وثائق التأمين المنصوص عليها في التشريع و التّنظيم المعمول بهما.
حرر ب..... في

صاحب الإمتياز
قرئ وصادق عليه

السلطة المانحة للإمتياز

طریق رقتہ 2

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
اتفاقية نموذجية خاصة بمنح امتياز الطريق السريع.

- يشترط المصادقة على هذه الاتفاقية بمرسوم.
- بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة،
من جهة ،
- والشركة أو المؤسسة..... المقيدة في السجل التجاري بتاريخ تحت رقم.... التي يقع مقرها في...
يمثلها (مسيرها) المفوض قانونا،
من جهة أخرى

تم الإتفاق على ما يلي:

المادة الأولى: تخول الدولة، بمقتضى هذه الاتفاقية، للشركة صاحبة الإمتياز، التي تقبل، القيام بالبناء والإستغلال والصيانة (حسب الحالة) للطريق السريع أو مقاطع من الطريق السريع.

المادة 2: تلتزم الشركة صاحبة الإمتياز، على نفقتها ومسئوليتها، بتنفيذ جميع الدراسات والإجراءات والأشغال والعمليات المالية المرتبطة بهذا الإمتياز وأن تخضع لشروط دفتر الأعباء والوثائق الملحقة به بالنسبة للبناء والصيانة والاستغلال على السواء.

المادة 3: تسلّم الدولة لصاحب الإمتياز، بمقتضى الشروط المحددة في دفتر الأعباء، الأراضي المكتسبة سابقا والمنشآت الكبرى التي أنجزها.

تحتفظ الدولة مع ذلك، بالحرية التامة في إنجاز كلّ المنشآت الكبرى الخاصة بالطريق وتحسينها التي لم ترد في هذا الإمتياز.

يجب أن تحظى كلّ المنشآت الكبرى التي أنجزتها الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية والتي ترتبط بمنشآت كبرى يشملها هذا الامتياز بموافقة صاحب الإمتياز ويكون موضوع وثيقة ملحقة باتفاقية الإمتياز هذا.

المادة 4: تلتزم الشركة صاحبة الإمتياز، على الخصوص، بضمان تمويل جميع العمليات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ودفتر الأعباء، وفق الشروط المحددة في دفتر الأعباء.

المادة 5: يرخص للشركة صاحبة الامتياز بتحصيل رسوم المرور بالطريق السريع وأتاوى عن التجهيزات الملحقة ضمن الشروط المحددة في دفتر الأعباء وحسب الأشكال المنصوص عليها في التنظيم المعمول به.

المادة 6: يسري مفعول هذه الإتفاقية ودفتر الأعباء الملحق مباشرة بعد المصادقة، طبقاً للتنظيم المعمول به.

حرر بالجزائر في.....

عن صاحب الامتياز	عن الدولة
المسيّر	الوزير المكلف
	بالطرق السريعة.

الطريق السريع

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

دفتر الأعباء النموذجي

الفصل الأول: طبيعة الإمتياز

المادة الأولى: وعاء الإمتياز

يسري الإمتياز على جميع الأراضي والمنشآت الكبرى الضرورية لبناء مقاطع الطريق السريع وصيانتها واستغلالها كما هو محدد في المادة الأولى من الإتفاقية.

كما يسري على جميع التجهيزات الملحقة الضرورية مباشرة للطريق السريع ولخدمة المستعملين والمنجزة لهدف تحسين الإستغلال.

يقوم صاحب الإمتياز ببناء أجزاء الطرق التي يقطعها الطريق السريع وصيانتها حتى وإن كانت لا تشكل جزءا منه، وكذلك الحال بالنسبة للمحولات الرابطة بين الطرق السريعة التي بناها ويصونها ويستغلها صاحب الإمتياز.

يكتسب مانح الإمتياز الأراضي الضرورية للإمتياز ويضعها تحت تصرف صاحب الإمتياز. وكذلك الحال بالنسبة للأراضي اللازمة لإعادة ربط الطرق والتي لا تعتبر جزءا من الامتياز.

تعدّ كلّ أملاك منقولة أو عقارية تابعة لصاحب الإمتياز ومستعملة مباشرة لإستغلال الإمتياز، جزءا من الإمتياز (بما فيها الحظائر و ورشات العمل التابعة لصاحب الإمتياز) ما لم يوجد إتفاق كتابي ومصادق عليه بنفس الأشكال الواردة في دفتر الأعباء هذا.

المادة 2: المواصفات العامة للمنشآت الكبرى

1.2. يتم تحديد المقطع الجانبي المستعرض النهائي للمقطع..... و المقطع الجانبي المستعرض الأدنى في مرحلة أولى ومختلف المقاطع الأخرى في مرحلة نهائية بين.....و.....في الملحق (2) المرفق بدفتر الأعباء هذا.

2.2. يكون بناء مقاطع الطريق السريع بين في مرحلة أولى على عاتق صاحب الإمتياز. وتشمل أعمال البناء هذه أيضا المحولات المذكورة أعلاه وعلى صاحب الامتياز أيضا أن ينتقل إلى المرحلة النهائية ضمن الشروط المحددة في المادة 3.8 من دفتر

الأعباء هذا.

وعلى غرار ذلك يكون بنا «الأرضيات الخاضعة لرسم المرور وتجهيزاتها والمسافة الملحقة وإشارات المرور، بالنسبة لموضوع مقاطع الطريق السريع موضوع الإمتياز على عاتق صاحب الإمتياز.

3.2. ينبغي ان يسمح الطريق السريع محوّلات الدّخول إليه بمرور القافلات العسكريّة
120.

المادة 3: إعداد المشاريع و المصادقة عليها

1.3. بالنسبة للمقاطع التي تقع بين يتم تسليم دراسات التعريف والدراسات الخاصة بالمشاريع التمهيدية الموجزة والمفصلة التي يعدها مانح الإمتياز، إلى صاحب الإمتياز الذي يتولى مهمة ضبط التفاصيل التي قد تكون ضرورية وتتعلق بأنظمة رسوم المرور ومشاريع إعادة ربط طرق المواصلات وكذا عمليات التكيف المطابقة لما جرت به العادة والتي يرى مانح الإمتياز ضرورة إضافتها بعد الإستماع إليه.

2.3. يمكن أن يقدم صاحب الإمتياز لمانح الإمتياز طلبات تعديل أو عدم الإلتزام بالتعليمات أو المعايير التي طبقة في المشروع، يجب أن تتضمن هذه الطلبات تبريرات تقنية ومالية للتعديلات أو عدم الإلتزام المطلوب. وإضافة إلى ذلك، ينبغي الإشارة إلى إجراءات الاستغلال الخاصة التي قد تبدو ضرورية بسبب عدم الإلتزام المطلوب.

الفصل الثاني: بناء الطريق السريع

المادة 4: تسليم مانح الإمتياز الأراضي المكتسبة والمنشآت الكبرى التي أنجزها.

يكون تسليم الأراضي التي أكتسبها مانح الإمتياز والمنشآت الكبرى والتجهيزات التي أنجزها والمذكورة في المادة الأولى من الإتفاقية إلى صاحب الإمتياز بموجب محاضر تصحب بكشوف وصفية وجميع المخططات الضرورية لبيان حدود الإمتياز وقوام المنشآت الكبرى والتجهيزات (الملحق 2).

وبمقتضى هذه المحاضر، يقر صاحب الإمتياز بإطلاعه التام على الأراضي والمنشآت الكبرى والتجهيزات التي سلمت له ويمتنع في المستقبل عن تقديم أي إحتجاج لمانح الإمتياز، غير أنه يمكنه أن يبدي في المحاضر التحفظات التي يراها مفيدة، وترفق المستندات المعدة

على هذا المنوال بدفتر الأعباء هذا عند التسليم.

المادة 5: تنفيذ الأشغال :

يتم تنفيذ جميع الأشغال طبقا للمشاريع التي يصادق عليها مانح الإمتياز مع إحترام البنود التقنيّة الواردة في دفتر التعلّيمات الخاصّة المطبّقة على صفقات أشغال الطرق التابعة لمصالح الأشغال العموميّة.

المادة 6: إستعمال المقاطع المقرّر بناؤها

1.6. يرفق دفتر الأعباء هذا، برزنامة تقديرية (الملحق 4) تضبط بالإتفاق المشترك بين الطرفين وتبين لكلّ مقطع من المقاطع التواريخ التي سلّم فيها مانح الإمتياز الأراضي التي إكتسبها والمقاطع التي أنجزها، إلى صاحب الإمتياز وتاريخ بداية الأشغال في كلّ مقطع وتاريخ فتحه للإستعمال.

2.6. إذا لم يتسنّ لصاحب الإمتياز إحترام الرّزنامة المنصوص عليها أعلاه لأسباب إدارية أو تقنية أو مالية خارجة عن إرادته، فإنّه يحدث بالإتفاق المشترك مع مانح الإمتياز التّعديلات التي يمكن إدخالها على هذه الرّزنامة.

3.6. يلتزم مانح الإمتياز بأن يضع تحت تصرّف صاحب الإمتياز مجموع الأراضي الضرورية لبناء كلّ مقطع قبل تاريخ إنطلاق الأشغال المحدّدة طبقا للفقرة 1.6 من هذه المادة.

يحدّد الملحق (4) رزنامة تسليم مانح الإمتياز لصاحب الإمتياز الأراضي الضرورية لبناء مقاطع الطريق السّريع بين (بيان ذلك).....

في حالة تأخر تسليم الأراضي، يدرس مانح الإمتياز وصاحب الامتياز معا انعكاسات هذا التّأخير.

المادة 7: فتح المنشآت الكبرى وتجهيزات الإمتياز للإستعمال يقوم مانح الإمتياز قبل أيّ

فتح للإستعمال الكلي أو الجزئي لمحوّل ما أو تجهيز ملحق أو مقطع من الطريق السّريع، بعملية تقييم الأشغال بناء على طلب يقدّمه صاحب الإمتياز ثلاثة (3) أشهر على الأقل قبل التاريخ المقرّر لهذا الفتح للإستعمال.

يرخص مانح الإمتياز على ضوء محضر هذا التقييم، عند الاقتضاء، ببداية استعمال

المنشآت الكبرى المعنية.

لا يعيق هذا الإجراء الشكلي الإنجاز الإحق للأشغال الخاصة بالإستكمال والتّحسين إلا إذا أوجب مانح الإمتياز لأسباب أمنية، إنجازها قبل الإستعمال، وتكون هذه الأشغال موضوع محضر تقييمي لاحق.

يجب على صاحب الإمتياز قبل ضبط كلّ محضر تقييمي أن يقدّم، بالنسبة لجزء الطريق السريع أو المنشأة المعنية، ست لم 6) نسخ من الوثائق المذكورة أدناه من بينها واحدة منسوخة

- مخططات إقامة المشروع،

- مخططات الطرق ومشمّلاتها.

- المخططات والرسومات التي تحدّد المواصفات الهندسيّة للطريق السريع وخاصة على شكل مخطوطات والمخططات الجانبيّة الطولانيّة والمخططات الجانبيّة المعترضة من جهة، وبنية الطرق وملحقاتها، من جهة أخرى،

- مخططات ورسومات شبكات التّطهير،

- الرسومات والكشوف الحسابيّة الكاملة للجسور وخاصة المقاطع الجيولوجيّة الواقعة في الأساسات ومكوّنات الأساسات وبجوارها ،

- مخططات ورسومات لبنانيات والتّجهيزات الملحقة ،

يمكن مانح الإمتياز أن يطلب كلّ الإضافات والتوضيحات وأن يأمر بجميع التعديلات التي يراها مفيدة بشأنها.

المادة 8: التعديلات الخاصة بالمنشآت الكبرى والتّجهيزات الإضافيّة

1.8. يمكن صاحب الإمتياز، بعد موافقة مانح الإمتياز، أن يعال المنشآت الكبرى والتّجهيزات التي تدخل ضمن وعاء الإمتياز كما هو محدّد في المادة الأولى، شريطة ألاّ ينجم عنها أيّ تعديل جوهري في قوام الإمتياز.

2.8. يتعيّن عليه، حسب نفس الشّروط، إنجاز أو استعمال التعديلات والمنشآت الكبرى الإضافيّة التي قد يأمر بها مانح الإمتياز يتمّ تحديد كميّات الإنجاز والتمويل بالاتفاق المشترك بين مانح الإمتياز وصاحب الإمتياز.

3.8. يدرس مانح الإمتياز وصاحب الإمتياز بالإتفاق المشترك وحسب حجم حركة المرور وتوزيعها في الزمان وشروط سيرها، التواريخ التي يتعيّن الانتقال فيها من المرحلة الدنيا للتهيئة إلى المرحلة النهائية حسب المادة 2 من دفتر الأعباء هذا بالنسبة لبعض مقاطع الطريق السريع..... أو الزيادة في عدد طرق السير. يصبح الانتقال إلى 2 x 3 طرق ضروريًا عندما يصل متوسط حركة المرور اليومية خلال فترة مستمرة تتكوّن من اثني عشر (12) شهرا : (للبيان) عدد السيّارات في اليوم في المقاطع المكوّنة من الطرق 2 x 2

يتمّ تحديد كميّات الإنجاز والتمويل باتفاق مشترك بين مانح الإمتياز وصاحب الإمتياز.

المادة 9: حدود مشتملات الطريق

يتولّى مانح الإمتياز تحديد الأراضي التابعة للملحقات العقارية للإمتياز على نفقة صاحب الإمتياز، عند الإقتضاء، وبصفة تلقائيّة، في السنة التي تلي تنفيذ مختلف أشغال الإمتياز، باستثناء مواقع التجهيزات المؤقتة للورشة وأماكن استخراج مواد البناء وتخزينها والطرق الجانبية الخاضعة للارتفاق التي لا تشكل جزءاً، من الإمتياز. يخضع هذا المخطط لموافقة مانح الإمتياز.

المادة 10: واجبات صاحب الإمتياز وحقوقه

يلزم صاحب الإمتياز باحترام جميع التّنظيمات الموجودة وأن يتدخل فيما يخصّ الأشغال المراد تنفيذها، عند الإقتضاء، في الأملاك العموميّة.

المادة 11: النفقات التي تقع على عاتق صاحب الإمتياز

يتحمّل صاحب الإمتياز جميع النفقات الضرورية لبناء الطريق السريع وتكيفه وصيانته وإستغلاله ما لم توجد أحكام مخالفة مترتبة عن التطبيق المحتمل للفقرتين 2.8 و 3.8 من المادة 8.

كما يتحمّل صاحب الإمتياز جميع التّعويضات المستحقّة للغير في نفس هذه الحالات إلا في حالة الطعن الذي قد يقدّمه صاحب الحق.

الفصل الثالث

إستغلال الطّريق السّريع

المادّة 12: إستغلال المنشآت الكبرى و التّجهيزات

يلزم صاحب الإمتياز بالتهيئة في كلّ وقت وعند الضّرورة بالتّعجيل في استعمال جميع الوسائل التي من شأنها أن تضمن استمراريّة حركة المرور في ظروف حسنة من الأمن والراحة بصفة دائمة مهما كانت الظروف وإلا يتعرّض لتطبيق الإجراءات المنصوص عليها في المادّة 39 أدناه.

وفي جميع الأحوال، يمكن إعفاء صاحب الإمتياز جزئياً أو كلياً، في حالة القوّة القاهرة التي تثبت قانوناً، من المسؤولية إزاء مناح الإمتياز. وينبغي أن يخطر هذا الأخير بالحدث كتابياً في مهلة عشرة (10) أيّام على الأكثر.

ويقصد بحالة القوّة القاهرة مختلف الظواهر الطبيعيّة الإستثنائيّة التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ولا التعلّب عليها وتجعل تنفيذ الخدمة أو الأشغال مستحيلة وخارجة عن نطاق إرادة صاحب الإمتياز.

يمكن أن تحدّد مشاريع المنشآت الكبرى على الخصوص المواصفات التي تحدّد هذه الظواهر حتّى لا يمكن لصاحب الإمتياز أن يتذرّع بالقوّة القاهرة في حالة غياب هذه المواصفات. ينبغي أن تتمّ صيانة المنشآت الكبرى التي تنجز بمقتضى دفتر الأعباء هذا صيانة جيّدة وأن تستغل على نفقة صاحب الإمتياز أو حائزي العقود المذكورة في المادّة 28 بكيفية تتماشى دائماً بصفة جيّدة مع الاستعمال المخصّص لها.

يجب أن تكون إشارات الطّرق مطابقة على الدوام للتّنظيمات المعمول بها. يتحملّ صاحب الإمتياز على نفقته وضع وصيانة خطوط المواصلات اللاسلكية البريّة والجويّة والمراكز المقاصة لضمان أمن وسلامة حركة المرور.

المادّة 13: نظام الشرّطة وتدابيرها.

1.13. يجب على صاحب الامتياز أن يحترم تدابير الشرطة التي تملئها السلطات المختصة.

2.13. يقدم صاحب الامتياز لمناح الامتياز نظام الاستغلال الذي ينوي تأسيسه بغرض

الموافقة عليه. وتعتبر الموافقة مقبولة ضمناً شهرين لم (2) من تبليغه لمناح الامتياز. يخضع

كل تعديل لاحق لنظام الاستغلال لهذا الإجراء.

3.13. يجب أن يخضع صاحب الامتياز دون أي حق في التعويض لجميع التدابير التي تتخذها السلطات التي تتمتع بسلطة شرطة حركة المرور من أجل منفعة مجموع مستعملي شبكة الطرق التي يشكل الطريق السريع محل الامتياز ~جزءا منها.

4.13. يجب على مانح الامتياز أن يحدد الأحكام الخاصة بالخدمة الدنيا التي يجب أن يضمنها صاحب الامتياز للمحافظة على دوام حركة المرور في ظروف أمنية حسنة في حالة إضراب أعوان صاحب الامتياز.

المادة 14: انقطاع حركة المرور وتقييدها

يلزم صاحب الإمتياز باحترام الأحكام المنصوص عليها في التّنظيمات المعمول بها والمتعلقة بالاستغلال داخل الورشة.

ويجب عليه من جهة أخرى أن يقدم أحكام الإستغلال داخل الورشة لمانح الإمتياز والتي ينوي تطبيقها بغرض الموافقة عليها وذلك قبل إنطلاق جميع الأشغال.

المادة 15: الواجبات المتعلقة بمختلف المرافق العمومية

يتشاور صاحب الإمتياز مع الإدارات المختصة، في إطار احترام التّنظيم المعمول به، للتوفيق بين انشغالات المرافق العمومية الأخرى وخاصة مرافق المواصلات اللاسلكية وواجباته الخاصة في حالة وجود إجراءات وأشغال تتعلق بكلّ منها.

المادة 16 : أعوان صاحب الإمتياز

يخضع الأعوان الذين يوظفهم صاحب الإمتياز لمراقبة وحراسة المنشآت الكبرى محل الإمتياز وتحصيل رسوم المرور، لموافقة مانح الإمتياز ويتم تأهيلهم ضمن الشروط المنصوص عليها في التّنظيم المعمول به. يزود أعوان صاحب الإمتياز بإشارات مميزة حسب وظائفهم وتبين هذه الإشارات بوضوح وظائفهم بحيث يسهل التمييز بينهم وبين أعوان قوّات الأمن.

يكون صاحب الإمتياز مسؤولا إزاء الغير عن تصرفات الأعوان الذين يوظفهم لمراقبة المنشآت الكبرى محل الإمتياز وحراستها وتحصيل رسوم المرور، كما يكون مسؤولا عن الأضرار التي قد يلحقها أعوانه أو تجهيزاته بالغير. وفي هذه الحالات يمكن لمانح الإمتياز،

عند الإقتضاء، سحب الموافقة لهؤلاء الأعوان.

المادة 17: سجلّ الاحتجاجات

يمسك في كلّ محطة مرور وفي جميع الأماكن المفتوحة للجمهور (محطات الخدمات، المطاعم الخ..) سجلّ يخصّ لإستقبال احتجاجات الأشخاص الذين قد تكون لهم شكاوى يقدمونها سواء ضدّ صاحب الإمتياز أو ضدّ أعوانه أو ضدّ الشركات المرتبطة بعقد مع صاحب الإمتياز.

يرقم هذا السّجل ويؤثّر مليّه أموان مصلحة المراقبة المذكورة ني المادة 1.3 من دفتر الأعباء هذا.

يبلغ صاحب الإمتياز مصلحة المراقبة بالشكاوى المسجلة في هذا السّجل كلّ شهر أو ثلاثة أشهر

تدوّن مصالح المراقبة نتائج التّحقيق الذي يتمّ بشأن كلّ شكوى. ويقدم للجمهور كلّما طلب ذلك.

المادة 18: المراقبة في مرحلة الإستغلال

يتمّ ضمان المراقبة في مرحلة الإستغلال بما فيها المراقبة التّقنيّة للمنشآت الكبرى من طرف السلطات والمصالح المعينة لهذا الغرض من طرف مانح الإمتياز. يجب على صاحب الإمتياز أن يقدم لهذه السلطات والمصالح الوثائق والتقارير المحدّدة بتعليمة من مانح الإمتياز بعدّها بعد إستشارة صاحب الإمتياز المذكور.

الفصل الرابع

النظام المالي و المحاسبي للإمتياز

المادة 19: أحكام التّمويل العامّة

يتمّ ضمان التّمويل طبقا لمخطّطات التّمويل التي تلحق (الملحق 5) بدفتر الأعباء هذا عند التوقيع على إتفاقيّة الإمتياز.

المادة 20: تعريفات المرور

1. 20 تحدّد تعريفات المرور بإشتراك بين مانح الإمتياز وصاحب الإمتياز.

20. 2. تحدد تعريفات حقّ المرور الكيلو متريّة حسب المسار التوجيهي للطريق المسيرين. ويحدّد صاحب الإمتياز أو يقترح جدول التعريفات حسب أنواع العربات.
3.20. - تخضع العربات التي لا تستجيب لتعريف النقل الإستثنائي والتي قد تلحق بالمنشآت الكبرى إتلافا أو تأكلا غير طبيعي، لتعريفات خاصّة تحدّد طبقا للفقرة 20. 1 المذكورة أعلاه.

المادة 21: إشهار التعريفات

تبلغ تعريفات حقّ المرور إلى الجمهور عن طريق الوسائل المناسبة التي يراها صاحب الإمتياز ضروريّة.
يكون صاحب الإمتياز مسؤولا عن المحافظة على الملصقات التي تبين التعريفات ويستبدلها كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

المادة 22: تطبيق رسوم المرور في حالة الإجراءات التقييدية

يظلّ صاحب الإمتياز دائما حرّا في فرض الإجراءات التقييدية في المكان والزمان الضروريين دون تعديل التعريفات قصد ضمان أمن المستعملين والمنشآت الكبرى ومن أجل إقامة وحماية ورشات أشغال الصيانة والتّحسين والتّعديل.

المادة 23: تحصيل رسوم المرور

يجب أن يتمّ تحصيل رسوم المرور بكيفية متساوية بالنسبة للجميع دون أية محاباة مع مراعاة أحكام المادة 24 أدناه.

لا تحول هذه المادة دون بيع صاحب الإمتياز لبطاقات الإشتراك ما دام بيع عدد البطاقات يتمّ ضمن شروط متساوية بالنسبة للجميع.

المادة 24: الإعفاء

لا تخضع لرسوم المرور سيارات الدّرك الوطني والأمن الوطني والإسعاف والحماية المدنية، المعينة للمداومة على الطريق السّريع، وكذا القوافل العسكرية الإستثنائية

المادة 25: تسيير الأملاك العمومية محلّ الإمتياز

يسير صاحب الإمتياز الأراضي التي تشكّل جزءاً من الإمتياز، ويخضع استغلال التجهيزات الملغقة التي يتصلّ عليها للأحكام المذكورة أدناه.

يبرم صاحب الإمتياز بكل هوية عقود استغلال التجهيزات الملصقة مبدئياً، باستثناء نقاط بيع المحروقات التي يلتزم لي شأنها باحترام التنظيم الخاص المعمول به وذلك عن طريق إعلان عن منافسة، مقابل أتاوى تدخل ضمن إيرادات الإمتياز بشرط أن :
يقدّم أسماء المتعاقدين للموافقة المسبقة لمانح الإمتياز. ويجب أن يكون الطلب مصحوباً بالوثائق التي تثبت صحة الإعلان عن المنافسة كما ينبغي تبرير أسباب الاختيار.
يتمّ تبليغ مشاريع العقود التي يبرمها مع المستغلين إلى مانح الإمتياز الذي تكون لديه مهلة شهر واحد (1) ليشعره بملاحظاته المحتملة.

يمنع بيع المشروبات الكحولية في المحلات التي تقدّم المشروبات.

المادة 26: الضرائب و الرسوم

يتحمّل صاحب الإمتياز جميع الضرائب والرسوم التي وضعت أو الواجب وضعها بما فيها الضرائب المتعلقة بالعقارات التي تدخل ضمن وعاء الإمتياز كما هو محدّد في المادة الأولى.

المادة 27: تخصيص نتائج صاحب الإمتياز

يجب على صاحب الإمتياز بناءً على نتائجه، أن يقطع المبلغ الضروي لتكوين مبلغ احتياطي كاف يستطيع عن طريقه الوفاء بإتزاماته وتنفيذ أشغال الإستكمال والتّحسين.

الفصل الخامس

مدّة الإمتياز – السّحب

المادة 28: مدّة الإمتياز

ينتهي الإمتياز (بيان ذلك).....

المادة 29: إنقضاء مدّة الإمتياز

29 . 1 - عند إنقضاء المدّة المترتبة عن أحكام المادة 28 أعلاه وبموجب هذا الإنقضاء لا غير، يحلّ مانح الإمتياز محل صاحب الإمتياز في جميع الحقوق والإلتزامات المرتبطة بالامتياز.

ويتسلّم على الفور التجهيزات والأجهزة وملحقاتها، وعلى العموم الأموال المنقولة والعقارية التي هي جزء من الإمتياز كما هو محدد في الإتفاقية ودفتر الأعباء هذا . وتؤول إليه جميع إيرادات الإمتياز

ابتداء من نفس اليوم.

2.29 - يتسلم مانح الإمتياز، عند الإقتضاء، الأموال المنقولة التي تكون ضرورية لسير التجهيزات الملحقة دون أن تكون جزءا من الإمتياز.

المادة 30: سقوط حقوق صاحب الإمتياز

يتحمل صاحب الإمتياز سقوط حقوقه بسبب عدم إستئناف تاديّة الخدمات إذا ما توقفت وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء هذا. ويقرّر مانح الإمتياز سقوط حقوقه بعد الإعدار غير المتبوع بالتنفيذ. ويكون صاحب الإمتياز قد طلب منه مسبقا تقديم ملاحظاته خلال مدّة شهر من تبليغ الإعدار له.

في حالة سقوط الحقوق، تطبيقا لهذه المادة، تطبق أحكام المادة 29 أعلاه ابتداء من تاريخ السقوط وبسبب هذا السقوط لا غير. لا يتحمل صاحب الإمتياز سقوط حقوقه في حالة استحالة الوفاء بالتزاماته بسبب ظروف القوة القاهرة الثابتة قانونا.

الفصل السادس: أحكام مختلفة

المادة 31: المراقبة التّقنيّة

تضمن السّلطات والمصالح التي عينها مانح الإمتياز لهذا الغرض، المراقبة المنصوص عليها في دفتر الأعباء هذا.

يكون للأعوان المكلفين بالمراقبة حقّ الدخول في كلّ وقت إلى الورشات والمنشآت الكبرى والمكاتب التابعة لصاحب الإمتياز والمتعاقدين معه.

يمارس صاحب الإمتياز الرقابة على نوعيّة الأشغال التي تجمع عملياتها في وثائق المراقبة أو يسند ممارسة هذه الرقابة إلى جهاز معتمد من مانح الإمتياز بغية تنفيذ الأشغال

المادة 32: التنازل عن الإمتياز

لا يتمّ أيّ تنازل جزئي أو كلي عن امتياز بناء الطريق السريّع وصيانته واستغلاله أو أيّ تغيير لصاحب الإمتياز إلى بمقتضى ترخيص يسلمه مانح الإمتياز.

المادة 33: إختيار الموطن

يجب على صاحب الإمتياز أن يختار موطنه بمقرّه الإجتماعي.

المادة 34: تبليغ الإتفاقات

يكون كلّ إتفاق يّتم بين صاحب الإمتياز ومانح الإمتياز موضوع مراسلة متبادلة بين الطرفين بمقتضى أحكام دفتر الأعباء هذا ويصبح نافذا ابتداء من التاريخ الذي يحدده مانح الإمتياز.

المادة 35: الملاحق

تشكل الملاحق المذكورة أدناه جزءا لا يتجزأ من دفتر الأعباء:

الملحق 2 : أحكام نتتبا خاصة بالطريق السريع،

الملحق 3: حدود الإمتياز وقوامه،

الملحق 4: الرّزنامة التقديرية لدخول مقاطع الطريق السريع حيّز الإستعمال بين

.....و.....*

وتسليم الأراضي من قبل مانح الإمتياز.

الملحق 5: مخطط تمويل مشروع الطريق السريع بينو.....*

الملحق 6 : التعليمات التي تطبق على المشاريع وعلى إنجازها.

عن "مانح الإمتياز" عن "صاحب الإمتياز"

* بيان ذلك.

ملحق 2

الأحكام التقنيّة الخاصة بالطريق السريع (بيان أسم المقطع)

الملحق 3

حدود الإمتياز و قوامه

1- حدود الطريق السريع محل الإمتياز.

*مقطع الطّريق (بيان ذلك) :

المبدأ : (بيان ذلك) النّقطة الكيلو متريّة

النّهاية : (بيان ذلك) النّقطة الكيلو متريّة.

* مقطع الطّريق السّريع (بيان ذلك) :

المبدأ : (بيان ذلك) لم النّقطة الكيلو متريّة

النّهاية : (بيان ذلك) النّقطة الكيلو متريّة.

2- المشتّمات محل الإمتياز :

*مقطع الطّريق السّريع (بيان ذلك)

*مقطع الطّريق السّريع

المساحات المخصّصة للرّاحة والخدمات (بيان ذلك

صاحب الإمتياز

السلطة المانحة الإمتياز

قرئ وصدق عليه

المراجع

قائمة المراجع :

أولاً: المؤلفات.

✓ باللغة العربية:

- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1996.
- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقود البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003 .
- د. إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003 .
- د. إلياس ناصف، عقد الـB.O.T، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، د ط، 2006.
- د. الأسعد بشار محمد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، 2006.
- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004 .
- د. جابر وليد حيدر، التفويض في إدارة و إستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2009.
- د. حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007.
- د. شكري رجب العشماوي، إسماعيل حسين إسماعيل، سمير محمد عبد العزيز، معايير السلامة الإستثمارية و مشروعات -أسس- نماذج- حالات، المكتب العربي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، د ط، دون سنة نشر.
- د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008.

- د. عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية، ضوابط التحكيم في المنازعات العقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، د ط، 2008.
- د. عبد العزيز خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2006 .
- د. عبد الفتاح البيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008.
- أ.محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال (BOT)، المكتب الجامعي الحديث، د ط، 2009.
- 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.
- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008 .
- د.مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (BOOT)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2010.
- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 2، الطبعة الأولى، 2004.
- أ. نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام و التحويلات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، د ط، 2010.
- د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء و التشغيل ونقل الملكية B.O.T، حقوق الإدارة المتعاقدة و إلتزاماتها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2010.

✓ باللغة الفرنسية:

- BENACHENHOU Abdellatif, **Les nouveaux investisseurs**, Alpha Design, Mai 2006.
- DELAUBADERE André, GAUDEMMENT Yves, **Traité de droit administratif**, tome1, 16^{ème} Edition, DELTA, 2002.

- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, **Traité de l'arbitrage commercial international**, Editions Litec, Paris, 1996.
- LYONET DU MOUTIER Michel, **Financement sur projet et partenariat public-privé**, Editions EMS, Paris, 2006.

ثانياً: المذكرات.

-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.

-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.

-بوكموش سرور، **النظام القانوني للإستثمار في مجال الطيران المدني**، مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2001-2002.

-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.

- AL-HUSSAINY Alaa Ibraheem ,**The Obligations And Therights Come From Contractbuild, Operate And Transfer (b.o.t)**, ((A comparative study)), Submitted to the Council of the College of Law,Babylon University as a part of the requiremen for gaining the Master degree in the Public Law, Republic of Iraq, 2008.

ثالثاً: المقالات.

✓ باللغة العربية:

-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 نوفمبر2004، ص ص18-01.

- حشمو عدنان، **الإستثمار في التنمية وفق نظام BOT**، المجلة الإقتصادية لمركز التنمية الإدارية، دمشق، ص ص 1-9.
- فيصل عليان إلياس الشديفان، **تمويل مشروعات البوت**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010.
- د. موسى خليل متري، **تمويل المشاريع – هيكلية الـBOT-**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد 21، العدد الثاني، 2005.
- أ. نسرين برجى، **مبارك بو عشة، الإستثمارات الأجنبية المباشرة و دورها في تنمية وتطوير قطاع المحروقات بالجزائر**، مجلة كلية بغداد للعلوم الإقتصادية الجامعية، العدد 31، 2012.

✓ باللغة الفرنسية :

- HAROUN Mehdi, **Arbitrage et financement de projet BOT**, Revue Mutations, N°44, Février 2003, PP22-33.
- Hi NGUYEN Dinh, **Mode de financement de projet contrat de construction-opération-transfert de technologies (B.O.T.)**, RIDC, Vol 49, N°4, Octobre-Décembre 1997, PP883-891.
- LEDANG Doanh, **Les rapports entre la société Ad-hoc BOT et la puissance publique**, RDIC, N°4, 1997, PP893-897.
- LYONET DU MOUTIER Michel, **Financement sur projet et partenariat public-privé : La relation entre concédent et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure**, Revue trimestrielle politique et management public, Vol 21, N°01, Mars 2003, PP1-27.
- MAHIOU Ahmed, **Evolution du droit de l'arbitrage**, Revue Mutations, N°44, Fevrier 2003, PP12-17.
- SHIRAVI Abdolhossein, **Cadre juridique et règlementaire d'un BOT en IRAN**, RDAI, N°2, 2008, PP165-185.

- VANDOMME Laurent, **To time, To budget, To specification: l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre de financement des projets BOT**, RDAI, N°8, 1999, PP 874-894.

رابعاً: المواقع الإلكترونية.

✓ باللغة العربية:

- نهلة عمر عبد الرحمن، عقود ال BOT و أثرها في جذب الإستثمار، وزارة النقل، المنشأة العامة للطيران المدني، 2010، بتاريخ 01-12-2011، على الساعة 18:03. على الموقع:

www.motrans.gov.iq/researchmot1/conference/research/bot.pd.

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

<http://www.globalarabnetwork.com/economics-anddevelopment/economic-reports/5509-2011-08-13-01585923>.

- محمد غازي الجلالي، نظام البناء و التشغيل و النقل (BOT) العودة إلى المستقبل، كلية الهندسة المدنية، جامعة دمشق، ملحق 4-1، بتاريخ 01-12-2011، على الساعة 18:04. على الموقع: www.osamakadi.com

- دويب حسين صابر عبد العظيم، الإلتزامات التي ترتبها عقود ال B.O.T في مواجهة شركة المشروع، المؤتمر الثامن عشر عقود البناء و التشيد بين القواعد القانونية التقليدية و النظم القانونية المستحدثة، ص 23-100، بتاريخ 01-02-2012، على الساعة 14:22. على الموقع: www.uaeu.ac.ae/19/arabic_prev_conf2010.asp

✓ باللغة الفرنسية:

– AMMBLARED Etienne, **Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux**, la gazette des communes, des départements, des régions, cahier détaché, N°02, 06 octobre 2003, PP220-258, le 08-06-2012 à 14:56H. sur site :

[http://www.fondation-igd.org/upload/pdf/Publi/Entrep_SPL .pdf](http://www.fondation-igd.org/upload/pdf/Publi/Entrep_SPL.pdf)

– DE SERRES Andrée , **La structuration des PPP dans le contexte Québécois**, Cahier de Recherche, N°14, 2005, PP1-33, le 08-06-2012 à 12 :00H. sur site: www.esg.uqam.ca./document.

خامساً: التقارير و الوثائق.

- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعنوان، **الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية**، الدورة التاسعة و العشرون، نيويورك، 28 مايو- 14 يونيو 1996، بتاريخ 16-03-2012، على الساعة 10:22. على الموقع:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/822/96/IMG/V9682296.Pdf?OpenElement>.

- دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال، الأمم المتحدة، نيويورك، 2001، بتاريخ 11-01-2013، على الساعة 3:22. على الموقع:

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission/working_groups/1PFI.html

- **KPMG**، دليل الإستثمار في الجزائر، 2006، بتاريخ 2-01-2013، على الساعة 19:32. على الموقع:

<http://www.ambalgdamas.com/dz/algimages/pdf/Investirar.pdf>

سادساً: النصوص الرّسمية.

I. الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1976.
- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989.
- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996.

II. المعاهدات و الإتفاقيات الدولية :

- مرسوم رقم 88-233 مؤرّخ 25 ربيع الأول 1409 الموافق 05 نوفمبر 1988 ، يتضمّن الإلتزام بتحفظ إلي الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتّحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة بإعتماد القرارات التّحكيمية الأجنبيّة وتنفيذها، ج.ر، العدد48، الصادر في 23 نوفمبر 1988.
- مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرّخ في 5 جمادى الثانية 1411 الموافق 22 ديسمبر 1990، يتضمّن المصادقة على الإتفاقية لتشجيع و ضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 1 محرم 1411 الموافق 23 يوليو 1990 ، ج.ر، العدد 6، الصادر 6 فيبر اير 1991.
- أمر رقم 95-04 مؤرّخ في 19 شعبان 1415 الموافق 21 يناير 1995، يتضمّن الموافقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدّول و رعايا الدّول الأخرى، ج.ر، العدد7، الصادر في 15 فبراير 1995.
- أمر رقم 95-346 مؤرّخ في 06 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، يتضمّن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدّول و رعايا الدّول الأخرى، ج.ر، العدد66، الصادر في 05 نوفمبر 1995.
- مرسوم ناسي رقم 95-345 مؤرّخ في 06 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، يتضمّن المصادقة على الإتفاقية المتضمّنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، ج.ر، العدد66، الصادر في 05 نوفمبر 1995.

- مرسوم رئاسي رقم 01-205 مؤرخ في 2 جمادى الأولى 1422 الموافق 23 يوليو 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليونانية حول التشجيع و الحماية المتبادلين للإستثمارات، الموقع بالجزائر يوم 20 فبراير 2000، ج.ر، العدد 41، الصادر 29 يوليو 2001.

III. النصوص التشريعية :

- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، العدد 47، الصادر 9 يونيو 1966.
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.
- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 19 رمضان 1410 الموافق 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، العدد 16، الصادر في 18 أبريل 1990.
- قانون رقم 90-30 مؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411 الموافق 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر، العدد 52، الصادر في 02 ديسمبر 1990.
- 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.
- مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1414 الموافق 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الإستثمار، ج.ر، العدد 64، الصادر في 10 أكتوبر 1993.
- أمر رقم 95-27 مؤرخ في 08 شعبان 1416 الموافق 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية 1996، ج.ر، العدد 82، الصادر في 31 ديسمبر 1995.
- أمر رقم 96-13 مؤرخ في 28 محرم 1417 الموافق 15 يونيو 1996، يعدل و يتمم القانون رقم 83-17 المؤرخ في 22 ربيع الثاني 1403 الموافق 16 يوليو 1983، و المتضمن قانون المياه، ج.ر، العدد 37، الصادر في 16 يونيو 1996.
- قانون رقم 98-06 مؤرخ في 03 ربيع الأول عام 1419 الموافق 27 يونيو 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر، العدد 48، الصادر في 28 يونيو 1998.

- قانون رقم 05-2000 مؤرّخ في 10 رمضان 1421 الموافق 06 ديسمبر 2000، يعدّل ويتمّ القانون رقم 06-98 المؤرّخ 03 ربيع الأول عام 1419 الموافق 27 يونيو 1998، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر، العدد 75، الصادر في 10 ديسمبر 2000.
- قانون رقم 13-01 مؤرّخ في 17 جمادى الأولى 1422 الموافق 7 غشت 2001، يتضمّن توجيه النقل البري و تنظيمه، ج.ر، العدد 44، الصادر في 8 غشت 2001.
- أمر رقم 04-01 مؤرّخ في 21 جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، يتعلّق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية و تسييرها و خصوصتها، ج.ر، العدد 47، الصادر في 22 أوت 2001. (المعدل و المتمم بموجب الأمر 01-08 المؤرّخ في 21 صفر 1429 الموافق ل 28 فبراير 2008، ج.ر، العدد 11، الصادر في 2 مارس 2008).
- أمر رقم 03-01 مؤرّخ في 1 جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، يتعلّق بتطوير الإستثمار، ج.ر، العدد 47، الصادر في 22 غشت 2001.
- قانون رقم 01-02 مؤرّخ في 22 ذي القعدة 1422 الموافق 5 فبراير 2002، يتعلّق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القوات، ج.ر، العدد 8، الصادر في 6 فبراير 2002.
- أمر رقم 10-03 مؤرّخ في 14 جمادى الثانية 1424 الموافق 13 غشت 2003، يعدّل و يتمّ القانون رقم 06-98 المؤرّخ في 03 ربيع الأول 1419 الموافق 27 يونيو 1998، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر، العدد 48، الصادر في 13 غشت 2003.
- قانون رقم 12-05 مؤرّخ 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 04 غشت 2005 ، يتعلّق بالمياه، ج.ر، العدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005 .
- أمر رقم 08-06 مؤرّخ 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15 يوليو 2006، يعدّل و يتمّ الأمر رقم 03-01 مؤرّخ في 1 جمادى الثانية 1422 الموافق 20 غشت 2001، و المتعلّق بتطوير الإستثمار، ج.ر، العدد 17، الصادر في 19 مارس 2006.
- قانون رقم 09-08 مؤرّخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة، ج.ر، العدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

- قانون رقم 14-08 مؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق 20 يوليو 2008، يعدل ويتمم القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411 الموافق 1 ديسمبر 1990، والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر، العدد 44، الصادر في 3 غشت 2008.
- أمر رقم 04-08 مؤرخ 01 رمضان 1429 الموافق 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج.ر، العدد 49، الصادر في 03 سبتمبر 2008.
- أمر 01-09 المؤرخ في 29 رجب 1430 الموافق ل 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر، العدد 44، الصادر في 26 يوليو 2009.
- قانون 12-12 مؤرخ 12 صفر 1434 الموافق 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية 2013، ج.ر، العدد 72، الصادر في 30 ديسمبر 2012.

IV. النصوص التنظيمية :

- إتفاقية مؤرخة في 01 ذي القعدة 1384 الموافق 3 مارس 1965، تتضمن منح مؤسسة "كهرباء و غاز الجزائر" الإمتياز لبناء وإستغلال شبكة التغذية العامة الموجودة أو التي ستوجد في البلاد، ج.ر، العدد 27، الصادرة في 30 مارس 1965.
- مرسوم تنفيذي رقم 89-01 مؤرخ 07 جمادى الثانية عام 1409 الموافق 15 يناير 1989، يضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر، العدد 03، الصادر في 18 يناير 1989.
- مرسوم تنفيذي رقم 92-302 مكرر مؤرخ في 6 محرم 1413 الموافق 7 يوليو 1992، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للطرق السريعة، ج.ر، العدد 61، الصادر 12 غشت 1992.
- مرسوم تنفيذي رقم 96-308 مؤرخ في 05 جمادى الأولى 1417 الموافق 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة، ج.ر، العدد 55، الصادر في 25 سبتمبر 1996.
- مرسوم تنفيذي رقم 97-475 المؤرخ 08 شعبان عام 1418 الموافق 08 ديسمبر 1997، يتعلق بمنح إمتياز المنشآت و الهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط، ج.ر، العدد 82، الصادر في 14 ديسمبر 1997.

- مرسوم تنفيذي رقم 04-417 مؤرخ في 08 ذي القعدة 1425 الموافق 20 ديسمبر 2004، يحدد شروط المتعلقة بإمتياز إنجاز المنشآت القاعدية لإستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج.ر، العدد 82، الصادر في 22 ديسمبر 2004.
- نظام رقم 05-03 مؤرخ في 28 ربيع الثاني 1426 الموافق ل6 يونيو 2005، يتعلق بالإستثمارات الأجنبية، ج.ر، العدد 53، الصادر 31 يوليو 2005.
- مرسوم تنفيذي رقم 08-98 مؤرخ في 16 ربيع الأول 1419 الموافق 24 مارس 2008، يتعلق بشكل التصريح بالإستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك، ج.ر، العدد 16، الصادر في 26 مارس 2008.
- مرسوم تنفيذي رقم 08-114 مؤرخ في 03 ربيع الثاني 1429 الموافق 9 أبريل 2008، و المحدد لكيفيات منح إمتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها، ج.ر، العدد 20، الصادر في 13 أبريل 2008.
- مرسوم تنفيذي رقم 09-152 مؤرخ في 7 جمادى الأولى 1430 الموافق 02 مايو 2009 ، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج.ر، العدد 27، الصادر في 6 ماي 2009.
- مرسوم رئاسي 10-236 مؤرخ في 28 شوال 1413 الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 58، الصادر في 7 أكتوبر 2010.
- مرسوم رئاسي 11-98 مؤرخ في 26 ربيع الأول 1432 الموافق 1 مارس 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 10-236 الموافق 7 أكتوبر 2010، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 14، الصادر في 6 مارس 2011.
- مرسوم تنفيذي رقم 11-220 مؤرخ في 10 رجب عام 1432 الموافق 12 يونيو 2011، يحدد كيفيات إمتياز إستعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجات الخاصة، ج.ر، العدد 34، الصادر في 19 يونيو 2011.

- مرسوم تنفيذي رقم 11-340 مؤرخ في 28 شوال عام 1432 الموافق 26 سبتمبر 2011، يحدد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية السطحية و البحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011.
- مرسوم تنفيذي رقم 11-341 مؤرخ في 28 شوال عام 1432 الموافق 26 سبتمبر 2011، يحدد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه و منشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج.ر، العدد 54، الصادر في 02 أكتوبر 2011.
- مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق 18 يناير 2012، يعدل و يتمّ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 04، الصادر 26 يناير 2012.
- مرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 1 ربيع الأول 1434 الموافق 13 يناير 2013، يعدل و يتمّ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 02، الصادر 13 يناير 2012.

V. النصوص الرّسّمية الأجنبيّة:

- **La loi BOT sénégalaise N°2002-550**, du 30 Mai 2002, le 08-06-2012 à 14:56H. sur site :
<http://www.droit-afrique.com/images/textes/Senegale%20-%20loi%20BOT.pdf>.
- **La loi française N° 2008-735** du 28 juillet 2008, **relative aux contrats de partenariat**, le 08-06-2012 à 14:56H. sur site :
www.legifrance.gouv.fr.

الفهرس

الصفحة	الفهرس:
أ	مقدمة.
07	الفصل الأول: ماهية عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.
08	المبحث الأول: مفهوم عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.
08	المطلب الأول: تعريف عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية وخصائصه.
08	الفرع الأول: تعريف عقد البوت (B.O.T).
08	أولاً: التعريف اللغوي.
08	ثانياً: التعريف الفقهي.
09	ثالثاً: تعريف بعض المنظمات و اللجان.
10	رابعاً: موقف المشرع الجزائري من تعريف عقد الB.O.T.
14	الفرع الثاني: خصائص عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.
14	أولاً: موضوع و مدة العقد.
15	ثانياً: الجانب المالي.
16	1. في مرحلة البناء.
18	2. في مرحلة التشغيل.
19	3. في مرحلة التحويل.
19	ثالثاً: مجالات تطبيقه.
21	المطلب الثاني: ظهور عقد البوت و إعماله في الجزائر.
21	الفرع الأول: الخلفية التاريخية لعقد الB.O.T.
22	الفرع الثاني: إعمال عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية في التشريع الجزائري.
30	المبحث الثاني: أطراف العقد و تكييفه القانوني.
30	المطلب الأول: أطراف عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.
30	الفرع الأول: الأطراف الرئيسية.

30	أولاً: الدولة كطرف في عقود الB.O.T.
31	1 . الإتجاه المضيق لعقود الدولة.
31	2. الإتجاه الموسع لعقود الدولة.
33	ثانياً: شركة المشروع.
36	الفرع الثاني: الأطراف الثانوية لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.
36	أولاً: المستشارين (العقود الإستشارية).
37	ثانياً: الممولون (عقود التمويل).
38	ثالثاً: المقاول (عقود المقاول).
38	رابعاً: المشتغل (عقود التشغيل و الصيانة).
39	خامساً: الموردون (عقود التوريد).
39	سادساً: مشتري الخدمة (عقود شراء الخدمة).
39	1. شراء الخدمة من طرف الدولة.
40	2. شراء الخدمة من طرف المنفعين.
40	سابعاً: شركة التأمين (عقود التأمين).
43	المطلب الثاني: التكييف القانونية لعقود البناء و التشغيل.
43	الفرع الأول: التكييف الفقهي لعقود البوت.
43	أولاً: الطبيعة الإدارية لعقود البوت.
43	1. العقد الإداري الداخلي.
45	2.العقد الإداري ذا الطابع الدولي.
47	ثانياً: عقود البوت من قبل العقود المدنية.
47	ثالثاً: الطبيعة الخاصة لعقود البوت.
48	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تكييف عقد الB.O.T.
52	المبحث الثالث: أشكال عقود الB.O.T و تمييزه عن بعض العقود المشابهة له.
52	المطلب الأول : صور عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية.

52	الفرع الأول : الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة.
52	أولاً : عقود البناء و التشغيل و التملك و نقل الملكية (BOOT)
53	ثانياً : عقود البناء و التشغيل وتجديد الإمتياز: (BOR)
53	ثالثاً : عقود البناء و التملك و التشغيل(BOO)
54	رابعاً : عقود البناء و التأجير و التحويل:(BLT) .
54	الفرع الثاني: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة
54	أولاً : عقد التحديث و التملك و التشغيل و التحويل:(MOOT)
55	ثانياً : عقود الإيجار و التجديد و التشغيل و التحويل: (LROT)
55	المطلب الثاني: تمييز عقود البوت عن العقود المشابهة له.
55	الفرع الأول: تمييز عقد البوت عن بعض العقود الكلاسيكية.
55	أولاً : عقد الإمتياز و عقد البوت.
57	ثانياً : عقد الأشغال العمومية و عقد البوت.
59	الفرع الثاني : تمييز عقد البوت عن بعض العقود الحديثة.
59	أولاً : عقد الخوصصة و عقد البوت.
60	ثانياً : عقد الشراكة و عقد البوت.
62	خلاصة الفصل الأول.
65	الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .
66	المبحث الأول: المسار التعاقدى لعقد البوت.
66	المطلب الأول: الإجراءات السابقة للتعاقد.
66	الفرع الأول: تحديد المشروع.
67	الفرع الثاني: دراسة جدوى المشروع.
68	المطلب الثاني: طرح المشروع للتعاقد.
69	الفرع الأول: أساليب إبرام عقد البوت.

69	أولاً: أسلوب المناقصة.
70	1. الإعلان عن المناقصة.
71	2. تقديم العروض.
72	3. فتح وتقييم العروض.
73	ثانياً: أسلوب التراضي البسيط.
75	ثالثاً: تقديم الطلبات.
77	الفرع الثاني: إبرام العقد وتكوينه.
77	أولاً: التفاوض.
79	ثانياً: انعقاد العقد.
80	ثالثاً: وثائق عقد البوت ال BOT.
80	1. إتفاقية الإمتياز.
80	2. دفتر الشروط .
82	المبحث الثاني: آثار عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية .
82	المطلب الأول : تنفيذ عقد البوت .
82	الفرع الأول: إلتزامات و حقوق الدولة.
82	أولاً: إلتزامات الدولة .
82	1. إلتزام الدولة بتنفيذ عقد البوت بحسن نية .
83	2. توفير البيئة القانونية والإدارية .
85	ثانياً: حقوق السلطة المتعاقدة .
85	1. سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
87	2. سلطة الإدارة في تعديل عقد البوت .
88	3. سلطة الإدارة في توقيع الجزاء .
89	الفرع الثاني : إلتزامات و حقوق شركة المشروع.
89	أولاً: إلتزامات شركة المشروع .

89	1. إلتزام شركة المشروع بتتفيذ موضوع العقد .
97	2. إلتزام شركة المشروع بمتدة التتفيذ.
98	3. إلتزام شركة المشروع بتتفيذ العقد بنفسها.
101	ثانياً: حقوق شركة المشروع.
101	1. الحق في المقابل المالي.
102	2. الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد .
105	المطلب الثاني: آليات فض المنازعات الناشئة عن تتفيذ عقد البوت.
105	الفرع الأول: التسوية القضائية لمنازعات البوت.
107	الفرع الثاني: التتكيم كوسيلة ودية للفصل في منازعات عقد البوت.
107	أولاً: ماهية التتكيم .
107	1. تعريف التتكيم .
107	2. مبررات اللجوء للتتكيم .
108	3. تميز التتكيم عن بعض الوسائل الودية الأخرى .
110	ثانياً: إمكانية اللجوء إلى التتكيم في العقود الإدارية و عقود البوت .
110	1. موقف الفقه.
111	2. موقف المشرع الجزائري .
114	ثالثاً: القواعد المنظمة للتتكيم الداخلي و الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09.
114	1. صور التتكيم .
114	2. شروط صحة شرط التتكيم وإتفاقية التتكيم.
115	3. الإجراءات التتكيمية.
116	4. الآثار القانونية المترتبة على التتكيم في ظل قانون ق.إ. م.إ.
119	المبحث الثالث: نهاية عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية.
119	المطلب الأول: طرق نهاية عقد البوت .

119	الفرع الأول: النهاية الطبيعية.
120	الفرع الثاني: النهاية الغير الطبيعية للعقد (النهاية المبكرة أو المبسترة).
120	أولاً: إسقاط عقد البوت.
121	ثانياً: فسخ عقد البوت.
121	1. الفسخ الإتفاقي.
121	2. الفسخ بقوة القانون.
122	3. الفسخ القضائي بناء على طلب شركة المشروع.
123	ثالثاً: الإسترداد.
123	1. الإسترداد التعاقدية.
123	2. الإسترداد الغير التعاقدية.
124	3. الإسترداد التشريعي.
124	المطلب الثاني: آثار إنهاء عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية .
124	الفرع الأول: الأموال التي توول إلى الدولة مجاناً.
125	الفرع الثاني: الأموال التي يحق للدولة أن تشتريها.
125	الفرع الثالث: الأموال التي تبقى ملكاً للملتزم.
126	خلاصة الفصل الثاني.
128	خاتمة.
134	ملاحق.
154	قائمة المراجع.
168	فهرس.