جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال المتطلبات لنيل شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون أعمال

عنوان المذكرة

عقد البوت (BOT) كآلية لتمويل مشاريع البنية التحية

إعداد الطالبات:

فاطمة الزهراء برهان

جنة الفردوس فرتوني

فريال بن الزين

إشراف:

صليحة بن أحمد

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
بن الشيخ هشام	أستاذ التعليم العالي	رئيسًا
صليحة بن أحمد	أستاذ محاضر قسم "أ"	مشرفًا
بوخالفة عبد الكريم	أستاذ مساعد	مناقشًا

السنة الجامعية:2023 - 2024

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال المتطلبات لنيل شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون أعمال

عنوان المذكرة

عقد البوت (BOT) كآلية لتمويل مشاريع البنية التحية

إعداد الطالبات:

فاطمة الزهراء برهان

جنة الفردوس فرتوني

فريال بن الزين

إشراف:

صليحة بن أحمد

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
بن الشيخ هشام	أستاذ التعليم العالي	رئيسًا
صليحة بن أحمد	أستاذ محاضر قسم "أ"	مشرفًا
بوخالفة عبد الكريم	أستاذ مساعد	مناقشًا

السنة الجامعية:2023 - 2024

شكر

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات ، الحمد لله والشكر له وحده أن وفقنا لإنجاز هذا العمل وألهمنا الصبر على المشاق .

نتقدم بجزيل الشكر لكل من علمنا حرفا طيلة مسيرتنا الدراسية ، والشكر الخاص لأستاذتنا الفاضلة الأستاذة بن أحمد صليحة لقبولها الإشراف علينا، والتي أغرقتنا بالنصائح والتوجيهات فكانت السند ونعم المشرفة طيلة العمل .

كما نتوجه بالشكر لأساتذتنا الكرام أعضاء لجنة المناقشة على رحابة صدورهم بقبول مذكرتنا

لكل أساتذة الجامعة بدون استثناء وخاصة الأستاذ بامون لقمان، ومن رافقونا طيلة سنوات الدراسة .

فجزاهم الله عنا كل خير ولهم منا كل التقدير والاحترام .

إهداء

إلى من وهباني كل ما يملكان ، إلى من كانا يدفعانني قدما نحو النجاح وأعاناني للوصول إلى مبتغاي ، إلى من سهرا على تعليمي ، إلى من قدما لي تضحيات جسام حتى أتخطى كل التحديات والصعاب

إلى أبي وأمي الغاليان على قلبي أطال الله عمرهما.

إلى عبد الرحمان وزوجته وأبنائه ، وسيد أحمد، من سندت ظهري نور الهدى وأبنائها ، إسراء، خولة، يسرى وأبنائهم كل واحد باسمه، الذين تقاسموا معي عبء الحياة وكانوا لي السند والقوة والحب.

إلى الذين تحملوا معي الصعاب وكانوا شعلة الأمل لي، عائلتي الصغيرة

فلذات كبدي وقرة عيني، جهينة، عيسى، سندس، عماد الدين، محمد منجي، وإلى زوجي الدافع والمعين، حفظهم الله .

إلى عائلته زوجي الكريمة حفظهم الله ورعاهم، كل باسمه وعلى رأسهم الحاج بلخير، الذين قدموا لي يد العون و ساندوني للوصول إلى ما وصلت إليه اليوم .

إلى كل أساتذتي وعائلتي وأصدقائي ورفاقي وكل من عرفته .

أهدي نجاحي الذي انتظرته لسنوات

فاطمة الزهراء برهان

إهداء

ما سلكنا البدايات الا بتوفيقه وما بلغنا النهايات الا بتوفيقه وما حققنا الغايات الا بفضله فالحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة الدراسية.

اهدي بكل حب و تواضع ثمرة جهدي:

- **الى اول من انتظر هذه اللحضات ليفتخر بي ،صاحب السيرة العطرة ، الى ذلك الرجل العظيم الذي ساندني بكل حب في ضعفي،الداعم الاول لي...ابي العزيز**

ادامك الله ظلا لنا

*** الى التي تعجز الكلمات عن وصفها التي كان دعاؤها سر نجاحي ، الو من بها اعلو وبها ارتكز الى معلمتي و سيدتي العظيمة... امي. الحبيبة متعك الله بالصحة والعافية**

*** الى من عشت معها اجمل لحظات حياتي الى شمعة دربي ، الى من شاهدت معي متاعب الدراسة ...عمتي حفظها الله**

*** الى من كان لي الداعم الاكبر في كل خطوة،فشكرا كثيرا على ثقتك بنجاحي و دفعي نحو الافضل...زوجي العزيز**

*** الى زينة حياتي و بهجتها الى من سهروا معي اليالي...اخوتي حفظهم الله**

فرتوني حنة الفردوس

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم الحمدلله الذي ما نجحنا وما علونا و لا تفوقنا إلا برضاه الذي ما اجتزنا دربا ولا تخطينا جهدا إلا بفضله

انتهت الرحلة... ولم تكن الرحلة قصيرة ولم تكن سهلة و ليس من المفترض ان تكون كذلك ..ومهما طالت فستمضي بحلوها ومرها وها انا الان بعون الله تعالى اتمم هذا العمل المتواضع...

اهدي هذا النجاح لنفسي اولا ثم الى كل من سعى معي لاتمام هذه المسيرة و دمتم لي سندا لا عمر له...

الى جنة الله في الارض و نبراس ايامي ووهج حياتي الى من كان دعاؤها سر نجاحي التي افنت عمرها في سبيل ان احقق طموحي، معلمتي و قدوتي الاولى (أمي الغالية) اللهم احفظها وارزقها العفو والعافية.

الى من احمل اسمه بكل افتخار..طاب بك العمر يا سيد الرجال و طبت لي عمرا يا (ابيالحبيب) ادامك الله لنا

الى سعادتي الدائمة و اجمل من كان في مسيرتي طيلة سنواتي الدراسية و كان عونا و سندا لي دائما (اخوتي و خالاتي)

الى رفيقة الخطوة الاولى و الخطوة الاخيرة الى من كانت في سنوات العجاف سحابا ممطرا ...حبيبتي (فاطمة الزهراء)

الى من كانوا سندا لي في هذه المرحلة وسبب سعادتي و نجاحي في اكمال مسيرتي بنجاح (صحباتي العزيزات) دمتم لي دائما

فريال بن الزين

قائمة المختصرات

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ص: صفحة.

د.ط : دون طبعة .

ط : طبعة .

مقدمة

مقدمة

يقع على عاتق الدول الالتزام بإنشاء العديد من المرافق العامة مثل محطات الكهرباء والصرف الصحي، وإمدادات المياه وإنشاء الطرق والموانئ البحرية والبرية وغيرها، فمن خلال هذه المرافق العامة يتسنى للدول تقديم الخدمات العامة لمواطنيها، وتلبية احتياجاتهم الضرورية.

ولما كانت مشاريع البنية التحتية تتطلب الخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة، بالإضافة إلى رؤوس أموال ضخمة، وبالتالي فإن مسألة تمويل هذه المشاريع لها تأثير مباشر على التنمية المستدامة والوضعية الاجتماعية لمواطني الدولة هذا من جهة، ومن جهة أخرى على ميزانيتها العامة لاسيما بالنسبة للدول النامية، فمعظم هذه الدول تعاني عجزا في موازناتها العمومية وهي لا تستطيع تلبية احتياجات شعوبها لتشييد مشاريع البنية الأساسية، ويكون لزاما عليها اتخاذ أحد الخيارين، إما عدم تلبية الحاجة إلى إنشاء هذه المشاريع، أو اللجوء إلى زيادة الضرائب على مواطنيها، وكلا الخيارين يؤدي إلى نتائج سيئة اقتصاديا واجتماعيا، لذلك اتجهت الدول إلى البحث عن صيغ جديدة لتمويل مشاريع البنية التحتية تتنازل من خلالها عن دورها التقليدي في إقامة وإشراك القطاع الخاص ليمارس دورا في هذا المجال.

ولأن الاقتصاد الوطني للدول لم يعد في معزل عن الاقتصاد العالمي، وفي ظل اتجاه معظم دول لا سيما منها النامية إلى الانتقال من نظام الاقتصاد الموجه إلى نظام اقتصاد السوق، حيث تم فتح باب المبادرة للقطاع الخاص الذي أصبح ينظر إليه كشريك إلى جانب الدولة للاضطلاع بمهمة التنمية الاقتصادية.

وعلى ذلك لجأت الدول إلى أساليب صيغ حديثة في إقامة مشاريع البنية التحتية تجتمع كلها في الاعتماد على القطاع الخاص المحلي منه والأجنبي، بصورة رئيسية وبأشكال مختلفة، مع عدم تهميش دور الدولة، وذلك في إطار العمل بمبدأ التعاون لتحقيق

التنمية، فمن خلاله يمكن للدولة الرقابة على حسن أداء مشاريعها والتي تعد من الاعتبارات التي تعكس سيادة الدولة على أراضيها.

وتبعا لذلك ظهر نظام البوت والذي يسمى اختصارا (B.O.T)ويقصد به عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، المتمثل في الاستعانة بالقطاع الخاص ليقوم بإنشاء البنية التحتية بتمويله الذاتي مقابل الحصول على حق الاستغلال كامل للمرفق العام خلال فترة محددة من الزمن، بموجب عقد امتياز تحدد فيها شروط استغلال المرفق التي تمكن المستثمر من استعادة التكاليف التي أنفقها من رأسماله الخاص، على أن يقوم بنقل ملكية المرفق العام وتسليمه إلى الدولة عند نهاية فترة الامتياز في حالة جيدة وصالحة للاستعمال.

لذلك أصبحت تولي أهمية كبيرة لضبط أسواقها، وتوفير البيئة القانونية اللازمة لإشراك القطاع الخاص في بناء وتشغيل المرافق العامة عن طريق عقود البوت، والتي تعد عقودا حديثة نسبيا في الجزائر وإن كانت على المستوى الدولي ظهرت منذ فترة، وقد قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بوضع الدليل التشريعي لعقد البوت، والذي ساعد الدول على وضع إطار تشريعي مناسب لضمان مشاركة القطاع الخاص في بناء وتشغيل مرافقها العامة.

ورغم أهمية عقد البوت كآلية للشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أننا لاحظنا قلة الدراسات السابقة التي تتناول هذا الموضوع في التشريع الجزائري، ورغم ذلك هناك بعض الدراسات التي تناولت هذا الموضوع[1]، حيث تتمحور جميع هذه الدراسات حول أهمية عقد

[1]– حصايم سميرة، عقد البوت B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع: قانون التعاون الدولي، جامعة تيزي وزو– كلية الحقوق، 2011.

– بولقواس سناء، الطرق المستحدثة في انشاء وتسيير المرافق العامة–عقد البوت نموذجا–، أطروحة دكتورة في العلوم القانونية، تخصص: قانون اداري وإدارة عامة، جامعة باتنة01– كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2016.

البوت في تحقيق التنمية الاقتصاديةّ، أما مضمون دراستنا فهو مكمل لهذه الدراسات، من حيث أنّه يركز على الطبيعة القانونية لعقد البوت هذا من جهة، ومن جهة أخرى دور هذا العقد في تمويل مشاريع البنية التحتية.

وبناء على ما تقدم تبرز أهمية دراسة عقد البوت ودوره في تمويل مشاريع البنية التحتية فيما يلي:

– بعدما ثبت عجز الدولة في استمرارها بالقيام بدور الدولة الراعية للشؤون العامة، وفشل السياسات المتبعة في توجيه الاستثمارات نحو البنية التحتية والتراجع تبرم الجهات الممولة عقود التمويل مع شركة المشروع بعد دراسة المشروع موضوع العقد والتحقق أولا من قابلية المشروع لإنتاج الإيرادات الكافية لتغطية التكلفة وسداد القروض التي قدمتها .

مع العجز الاقتصادي الذي تعاني منه العديد من الدول، توافقت حاجة الدول لمساهمة القطاع الخاص في إقامة هذا النوع من المشاريع، مع حاجة القطاع الخاص لمجالات عمل تكفي لتشغيل طاقتهم الكامنة.

– يندرج عقد البوت في نطاق عقود الاستثمار الدولي، التي تلقى إقبالا عليها من قبل دول العالم الثالث ومنها الجزائر، لما لها من أهمية في تلبية المصالح الاقتصادية والمرفقية والخدماتية للدول، وذلك لما توفره من قدرات مالية معتبرة وتكنولوجية عالية، بالأخص تلك التي تحتكرها المتعددة الجنسيات.

–عقد البوت في الغالب ما تبرمه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام وصفها سلطة عامة مع شخص من أشخاص القانون الخاص قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وطنيا أو أجنبيا، فعادة ما تنتمي أطراف عقد البوت لأنظمة اقتصادية مختلفة من جهة، ومن جهة أخرى اختلاف القوى الاقتصادية بينها، فقد أصبح المستثمر لا سيما الأجنبي الذي يواجه الدولة بوصفها صاحبة السلطة العامة على تأمين نفسه بمختلف الضمانات القانونية لحماية نفسه، ولو كان بالحد من الصلاحيات السيادية للدولة.

– إن عقد البوت يمر بمراحل متعددة بدء من مرحلة التحضير واختيار الملتزم به، وينتهي بإعادة المشروع وأصوله إلى مانحه، مما يجعل العلاقة التعاقدية في عقد البوت شديدة التعقيد نظرا لكثرة الالتزامات وتشعبها، وهذا ما يؤثر في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد هل يصنف ضمن العقود الإدارية أي عقود القانون العام، أم يصنف من عقود القانون الخاص.

– يعتبر نظام البوت النموذج التعاقدي الأنجع للدول النامية لتنفيذ المشاريع الاستثمارية المتعلقة بالبناء والتشغيل ونقل الملكية، فهو النمط الجديد من أنماط العلاقة التعاقدية يجسد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يمارس هذا العقد دورا تكميليا في مشاريع البنية التحتية، وللحفاظ على توازن مصالح أطراف هذا العقد واستجابة لمقتضيات التعاون يستلزم تحديد الإطار القانوني والاقتصادي لتجسيد هذا النوع من العقود.

– نظام البوت هو نظام تعاقدي تمويلي يتولى فيه القطاع الخاص بناء المرفق العام ثم تشغيله طوال المدة المحددة في العقد بعيدا عن ميزانية الدولة، ثم إرجاع المرفق العام إلى الدولة، لذلك اتجهت الجزائر كغيرها لتبني العمل بعقد البوت.

أما الهدف من هذه الدراسة فيكمن في:

– التعريف بعقد البوت باعتباره آلية شراكة بين القطاعين العام والخاص، وبيان أهميته في تمويل مشاريع البنية التحتية.

– معالجة الجوانب القانونية المرتبطة بعقد البوت، وبيان النظم التي تتزاحم على تطبيقه خصوصا مع اختلاف الأنظمة القانونية للدول التي تبنت هذا النوع من العقود وأثره على سيادة الدول التي طبقته.

أما عن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع فهو لأسباب ذاتية والمتمثلة في ندرة الدراسات التي تناولت عقد البوت كآلية لإنشاء وتسيير المرفق العام، وهو بذلك يختلف عن الطرق التي كان يعول عليها في تسيير المرفق العام كعقد الامتياز، إضافة إلى ذلك فإن عقد البوت

يتضمن شروطا مستحدثة غير مألوفة في العقد الإداري بصورته التقليدية،أما بالنسبة لأسباب الموضوعية لاختيار الموضوع فهي عديدة، أهمها التعمق في أهمية الاطلاع على النصوص المنظمة لعقد البوت في التشريع الجزائري ومدى تطورها لمواكبة التطورات الحاصلة في مجال إنشاء وتشغيل نقل ملكية المرفق العام.

ومن خلال ما سبق فإن موضوع دراستنا يسلط الضوء على تولي القطاع الخاص مهمة تمويل مشاريع البنية التحتية عن طريق آلية عقد البوت، مما يجنب الدولة المضيفة اللجوء للاقتراض والمديونية ويرفع العبء عن ميزانيتها العامة وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: **ما مدى أهمية الدور الذي يقوم به عقد البوت في تمويل مشاريع البنية التحتية، لا سيما وأن الطرف الأجنبي القائم على تنفيذه شركات تتمتع بقوة اقتصادية وحماية قانونية خاصة؟.**

للإجابة عن هذه الإشكالية استخدمنا المنهج الوصفي من خلال استعراض كل ما يتعلق بالتعريف بعقد البوت وذكر أنواعه وتمييزه عن العقود المشابهة له وتحديد طبيعته، كما تم الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل المواد القانونية المنظمة لعقد البوت والقواعد الناظمة لمراحل اختيار شركة المشروع والآثار المترتبة.

وتحقيقاً لمتطلبات هذه الدراسة تم تقسيمها إلى فصلين الفصل الأول تكوين عقد البوت، والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين؛ مبحث أول يعالج تحديد عقد البوت، ومبحث ثان مراحل إبرام عقد البوت.

أما في الفصل الثاني تعرضنا إلى الآثار المترتبة على عقد البوت وهو بدوره قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول تناول حقوق والتزامات طرفي عقد البوت، والمبحث الثاني تقييم نظام التعاقد بأسلوب البوت.

الفصل الأول

الفصل الأول: تكوين عقد البوت

نظرا لتزايد العجز المالي في كثير من الدول ألحت الضرورة على تطبيق آليات جديدة لتنشيط الاستثمارات خاصة المتعلقة بالبنية التحتية، والتعاقد مع القطاع الخاص، وخاصة أن موجة التحرر الاقتصادي التي عرفها العالم مؤخرا كانت أرض خصبة لدعم وتطور هذا التوجه، لتظهر عقود البوت كآلية لتمويل هذه المشاريع وتحقيق التنمية فهي تحافظ على الأملاك الوطنية مع تطويرها وتحديثها ولأن هذا النظام مستحدث في الجزائر سنتطرق لتحديد عقد البوت[1](المبحث الأول) لنعرج إلى مراحل إبرام عقد البوت في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد عقد البوت

كثر مؤخرا الحديث عن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، والذي يرمز له بالبوت BOT الذي ينصب على البنية التحتية للدولة والمرافق العامة، والذي يقتصر هذا النوع من العقود على الدولة كطرف رئيسي فيها، مع شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان معنويا أو طبيعيا قد يكون أجنبيا أو وطنيا، ولتحديد هذا النوع من العقود سنتطرق لمفهومه وخصائصه (المطلب الأول) ثم لنتطرق لأنواع عقود البوت بأنواع صيغها وأشكالها(المطلب الثاني)، ثم الذهاب لأطراف عقد البوت (المطلب الثالث)، ثم الطبيعة القانونية لعقود البوت (المطلب الرابع).

[1]– بن ديدة نجاة، عقد ال bot في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الأول، العدد 02، 2015، ص 9 .

المطلب الأول : مفهوم عقد البوت وخصائصه

لتعريف عقد البوت(BOT)، يجب التطرق للتعريف الفقهي وتعريف المنظمات الدولية لعقد البوت (الفرع الأول) ثم التطرق لأهم خصائصه المتمثلة في كون عقد البوت كأحد وسائل تمويل المشاريع العامة، وارتباطه بمشاريع البنية التحتية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تعريف عقد البوت

يمثل عقد البوت (**BOT**) صورة مستحدثة وجديدة من العقود الإدارية وهذا ما فرضه الواقع ولهذا وجب وضع تعريف محدد وواضح لهذا العقد ومصطلح البوت (BOT) هو اختصار لثلاث مصطلحات باللغة الإنجليزية .

BUILD.....وتعني البناء وإقامة أو تشييد مشروع

OPERATE.....وتعني التشغيل أو إدارة المشروع

TRANSFER..... تحويل وتعني النقل أي نقل ملكية المشروع الى الجهة التي طلبت إنشاء المرفق أو المشروع .[1]

وقد قام الفقه وكذلك المنظمات الدولية وبعض التشريعات بوضع تعريف لشكل من أشكال التمويل ، عقد البوت لذا سنتطرق للتعريف الفقهي لعقد البوت(أولا)ثم موقف المشرع الجزائري من عقد البوت(ثانيا).

أولا : التعريف الفقهي لعقد البوت

[1]–وضاح محمود المحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، ط1، دار الثقافة، عمان،2010، ص 31 وما يليها.

لعقد البوت أهمية خاصة لأنه يكفل للدولة تقديم خدمات عامة وفقا لخططها التنموية التي تحتاج إلى تمويل ضخم حيث ينتقل هذا العبء إلى عاتق القطاع الخاص ولهذا اهتم الفقهاء سواء في فرنسا أو في مصر، وحاولوا وضع تعريف جامع لهذه العقود، ولهذا سنتناول تعريف الفقه الفرنسي وتعريف الفقه المصري.

أ-تعريف الفقه الفرنسي لعقد البوت:

عرف الأستاذ J.M LONCLE عقد البوت، بأنه عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها تجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وإنشاء واستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد.

وقد عرف الأستاذ J.BAuby بأنه:"عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولى الملتزم تمويل إنشاء المشروع (البناء) ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الاستغلال) وفي نهاية المدة يلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة المانحة (تحويل)"[1].

ب-تعريف الفقه المصري لعقد البوت :

[1]- حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، د ط، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2013، ص 14، مقتبس

-Lancle J.M, Grand projets d'infrastructures , le montage , opérât Transfer (BOT) , RADL , n8 , Paris ,,1997 P946.

-Auby J.B Bilan et limiter de l'analyse de la gestion du service public, la gestion des servoi, public actes du colloque le 14 et 15 novembre 1996 au sénat organise par l'institut français des science administratives , R.F.D.A.1997, n3 P 30.

عقد البوت في الفقه المصري يعني، تعهد الحكومة بمشروع معين لشركة خاصة لإنشاء وتشغيل مرفق عام لمدة معينة، ثم تنتقل ملكية المرفق إلى الدولة، يمكن للأفراد أيضا تطوير وتمويل مشروعات وتشغيلها لحسابهم الخاص مقابل عائد من تشغيل المرفق طيلة مدة العقد[1].

ثانيا: تعريف المنظمات الدولية لعقد البوت.

على غرار الفقه قامت بعض المنظمات الدولية بوضع تعريف لعقود البوت، ومن بين هذه المنظمات منظمة اليونيدو، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

عرفت منظمة اليونيدو عقد البوت[2] بأنه:"اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد عما هو مقترح في العطاء وماهو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وعند نهاية المدة المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخصية خاصة جديدة تم اختيارها عن طريق الممارسة العامة"[3].

---

[1]– حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 15 .

[2]–منظمة اليونيدو (unido)هي منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (United Nations Industrial DevelopmentOrganization)

[3]–بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 10 .

وعرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسترال) عقد البوت بأنه:" شكل من أشكال تمويل المشروعات، وعليه تمنح الحكومة بمقتضاه امتياز لمجموعة من المستثمرين (الاتحاد المالي للمشروع) لتطوير مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لمدة زمنية محددة تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجاريا أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز وفي نهاته تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع"[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من عقود البوت

لدراسة النظام القانوني لعقود البوت في الجزائر ومعرفة موقف المشرع منها لابد من استعراض النصوص الدستورية والتي سنتطرق لها في التنظيم الدستوري لعقود البوت (أ)، ثم نبين التنظيم التشريعي لعقود البوت (ب) وذلك بالتطرق لبعض النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري والتي ذكر فيها مصطلح الامتياز بصورته المستحدثة عوضا عن مصطلح عقد البوت، نوجزها فيما يلي :

أ-التنظيم الدستوري لعقود البوت

عند رجوعنا للدستور الجزائري لا نجد نصا صريحا يتناول عقد البوت، فالنص الوحيد الموجود متعلق بالملكية والازدواجية التي تبناها المشرع في هذا الصدد، وهو ما أخذ به المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري 2016 الذي تنص المادة 18 منه على أن:" الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد

[1]-عصام احمد البهجي عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008، ص 13.

الطبيعية والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات.

كما تشمل النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وأملاكا أخرى محددة في القانون".

وأضافت المادة 20:"الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية، يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون"[1]، بالرجوع للمادتين السابقتين لم تنصا على عقود الامتياز صراحة، وإنما هناك علاقة بين الأملاك الوطنية وبين عقود الامتياز كأسلوب لإدارة المرافق العامة [2].

وعلى هذا الأساس لكي نبحث في التنظيم الدستوري لعقود البوت في الجزائر علينا الانتقال من هاتين المادتين (18 و 20) من الدستور لأحكام قانون الأملاك الوطنية حتى تظهر لنا العلاقة بينهما، نصت المادة 6 من قانون الأملاك الوطنية على أن: " تتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع الموضوعة تحت تصرف الجمهور استعمال إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام، شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفا مطلقا أو سياسيا مع الهدف الخاص لهذا المرفق" .[3]

---

[1]– القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري (ج.ر: 2016/14) .

[2]– سناء بولقواس، المرجع السابق، ص 79.

[3]– المادة 06 من القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، (ج.ر:2008/44).

ما يهمنا في دراستنا هذه، الأساليب المستخدمة من قبل القطاع الخاص في تسيير المرفق العام والتي تعد عقود الامتياز بصورته التقليدية واحدة منها مع الإشارة أنها تشبه عقود إجارة المرفق العام وعقود الإدارة... الخ .

تميل الجزائر نحو إتباع عقد جديد يعرف باسم عقد البوت وهذا يعود إلى تحول اقتصاد الدولة نحو اقتصاد السوق، حيث يتحمل الأعوان الاقتصاديين المسؤولية عن إدارة الأنشطة الاقتصادية وبمقابل ذلك تتولى الدولة دور الإشراف والمراقبة على هذه النشاطات من خلال وضع قواعد وشروط لمبادرة الأعوان الاقتصاديين لأنشطتهم[1]، التعديل الدستوري لسنة 2016 بنص المادة 1/43 على أنه:"حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون".

لأن عقود البوت وغيرها من العقود المستخدمة في إنشاء وتسيير المرافق العامة وتشييد البنية التحتية وتجديدها تعتمد على استثمارات القطاع الخاص واستفادته من الامتيازات المنصوص عليها في قانون الاستثمار .

ب-التنظيم التشريعي لعقود البوت

الجزائر لم تتضمن قوانينها تسمية البوت ولكن بالرجوع إلى قانون المياه رقم 05 /12[2]نجد صيغة من صيغ هذا العقد وذلك في نص المادة 17 والتي تنص على أنه:"تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص" وباستقراء نص المادة

[1]- بولقواس سناء ، المرجع السابق، ص 80 .

[2]- قانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 غشت 2005، يتعلق بالمياه، (ج. ر: 2005/60).

نجد توفر جميع العمليات التي يتضمنها تنفيذ عقد البوت وهي الانجاز أو البناء، الاستغلال وفي النهاية رجوع المنشآت إلى أملاك الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض[1].

ويحمل مصطلح "الامتياز" المنصوص عليه في القانون رقم 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات[2]، إذ جاء في نص المادة 02 بأنه " ..... الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل شغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات.... "، وأضافت المادة 07 أنه:"ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويشغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص حائز رخصة استغلال ".

نستنتج مما جاء أعلاه أن المشرع الجزائري أورد المراحل الرئيسية في عقود البوت وهي: الانجاز والاستغلال، ثم إعادة المشروع للدولة .

وبإصدار المشرع للأمر 08-04[3] قد فتح المجال لإبرام العقود بنظام البوت (BOT)، وإن المشاريع التي أنشئت تطبيقا لهذا القانون ترجع للدولة بعد انتهاء مدة الامتياز[4].

---

[1]-آمنة براهيمي، تحول مفهوم النشاط الإداري في القانون الإداري الجزائري – تحول سير المرافق العامة-، شهادة ماستر، قانون إداري، جامعة محمد خيضر – بسكرة، 2012، ص 60.

[2]- قانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغز بواسطة القنوات،(ج.ر: 2008/08).

[3]- الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المعدل والمتمم، (ج .ر:2008/49).

[4]- رزق الله عبد الدايم، بن زين رشيد، عقد البوت B.O.T ودوره في التنمية، شهادة ماستر، قانون اداري جامعة العربي التبسي-تبسة، 2017، ص 12.

نص المشرع الجزائري في المادة 02[1]:"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ،تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"، وقد حدد العمليات التي تشملها الصفقات العمومية في المادة 1/29 من نفس القانون، وهي عملية انجاز الأشغال، تقديم الخدمات، التي إذا ما اجتمعت في يد متعاقد واحد [2].

الفرع الثاني: خصائص عقد البوت

لعقود البوت أهمية كبيرة خاصة بالنسبة للدول النامية التي تفتقر إلى القدرة على تجسيد المشاريع الكبرى وتسعى إلى تخفيف العبء المالي على كاهل ميزانيتها وباعتبار نظام BOT وسيلة تمويل(أولا)، وارتباط نظام البوت بالمشاريع الضخمة والبنية التحتية (ثانيا) باعتبارهما من أهم خصائص عقد البوت BOT.

أولا: عقد البوت كأحد وسائل تمويل المشاريع العامة

يعتبر التمويل أهم عنصر في عقد البوت، فهو ما يدفع الحكومة باللجوء إلى القطاع الخاص للتعاقد وفق نظام BOT، حيث يرتكز هذا النظام على استخدام التمويل من (شركة المشروع)لإنشاء مشاريع عامة وهي تعتبر مشاريع ضخمة تتطلب ميزانية كبيرة جدا، وعلى

[1]– مرسوم رئاسي 15–247،المؤرخ في :16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، (ج.ر:2015/50) .

[2]- رزق الله عبد الدايم ، بن زين رشيد، المرجع السابق ، ص 14 .

ذلك الأساس فإن نظام البوت يحقق ميزة كبرى، تتمحور في عدم تحمل ميزانية الجهة المانحة لأية تكاليف لتمويل المشروع وتسديد القروض [1].

ويعتبر الوسيلة التي يرى منها تحقيق التوازن المنشود بين نقل المخاطر ومسؤوليات إنشاء وإدارة المشروع الاقتصادي إلى شركة المشروع من جهة، ومن جهة أخرى توفير خدمات للجمهور ومرافق عامة بسعر معقول[2].

ويتم الاعتماد في التمويل على مصادر متنوعة، فقد تكون عبارة عن أموال شركة المشروع بحد ذاتها، كما قد يتم الاعتماد على القروض والاكتتاب بالأسهم وغيرهما[3].

وعليه فإن نظام BOT يعتمد على التمويل بضمان السداد من عوائد المشروع، حيث يتم استعادة ما تم إنفاقه على المشروع من الإيرادات الذي يحققه هذا المشروع وليس أمام الجهات المقرضة إلا الاعتماد على التدفقات النقدية والإيرادات الناشئة عن استغلال المشروع[4].

ثانيا: ارتباط عقود البوت بمشاريع البنية التحتية

نظرا لأهمية مشاريع البنية التحتية وتأثيرها على ميزانية الدولة كان لزاما عليها البحث عن أساليب لتمويل مشاريعها وتخفيف الضغط والعبء عليها، يطلق على مشاريع البنية

---

[1]– محمد دمان ذبيح عقد البوت ماهيته ومزاياه، مجلة الإحياء، المجلد 20، العدد 25، جوان 2020، ص 442.

[2]– أوراغ رقية، أوراغ خديجة، عقد البناء والتشغيل والتحويل (BOT)كآلية لجذب الاستثمارات الأجنبية، مذكرة ماستر، قانون الأعمال، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2021، ص 12 .

[3]– بوخيرة حسين، عقد البوت أداة لتمويل التنمية الاقتصادية المستدامة في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة , المجلد 09، العدد 02، 2022/09 ، ص 454 .

[4]– محمد دمان ذبيح، المرجع نفسه .

التحتية والتي تعرف أيضا بالمشاريع الكبرى التي لا يستطيع الأفراد القيام بها، ووجب على الدولة تمويلها وتنفيذها لخدمة جمهورها.

وتعرف مشاريع البنية التحتية بأنها:"مجموع الخدمات التي تتولى الدولة تقديمها، والمنشآت التي تتولى تشييدها إضافة إلى الخدمات التي تعتمد على العمالة الكثيفة كجمع النفايات، وتقديم خدمات النقل، وتتشكل البنية التحتية من الطرق والمطارات والموانئ والسكك الحديدية ومحطات مياه الشرب وشبكاته، ومحطات توليد الكهرباء وشبكاتها وشبكات الغاز الطبيعي والصرف الصحي والاتصالات ومرافقها بالإضافة إلى الخدمات الصحية".

ويتضح لنا من خلال هذا التعريف أهمية وضرورة البنية التحتية وضخامة الأموال التي يجب توفرها لتتمكن الدولة من تشييدها وتجسيدها[1]، تقوم مشاريع البنية التحتية على توفير الخدمات للمواطنين على أوسع نطاق ، وتغطية جميع الاحتياجات الضرورية وتحقيق التنمية والرفاهية، وبناءا على ذلك عندما تكلف الدولة القطاع الخاص بتنفيذ هذه المشاريع يكون في نطاق عقود تضمن لها حسن الأداء وعدالة التوزيع والأسعار المناسبة فتوفر ذلك في عقود البوت الذي يضمن لها السيطرة على هذه المشاريع وتقديم أفضل الخدمات [2].

تعد مشاريع البنية التحتية خاصة أساسية في مجال مشاريع البوت ومن أهم أنواعها المرافق العامة والأشغال العمومية وقطاعات النقل العام فالمرافق العامة تتضمن القوى الكهربائية والغاز والاتصالات السلكية واللاسلكية وإمدادات مياه الصرف الصحي وجمع

[1]–براق محمد وعبد الحميد فيجل، عقد البوت (BOT) كآلية شراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل مشاريع البنية التحتية إشارة إلى تجارب غربية وعربية، مجلة الدراسات الاقتصادية المعاصرة، العدد05، 2018، ص 5 .

[2]– حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 14.

القمامة .... الخ، والأشغال العامة تشمل الطرق، السدود، الإنفاق، قنوات الري والصرف الزراعي.

قطاعات النقل تشمل السكك الحديدية، النقل داخل المدن وبينها، الموانئ، المطارات وغيرها يظهر جليا بأن مشاريع البنية التحتية تعد من أهم المجالات التي ازدهر بها عقد البوت، إلا أنه واقعيا يوجد العديد من المشاريع تم التعاقد فيها بهذا النظام لا تدخل ضمن البنية التحتية مثل المشاريع المتعلقة بمجالات الترفيه والسياحة، وكذلك المتعلقة بإنشاء السجون، حيث قامت الحكومة البريطانية بطرح هذا النوع من المشاريع للتمويل بواسطة القطاع الخاص، فكلما اتسع مجال الوعي بالإمكانات التي تنطوي عليها مشاريع البوت، فإنه غالبا مايمكن تزايد الاهتمام بهذا النظام في تمويل المشاريع ليس فقط في مجال البنية التحتية والمشاريع الضخمة و وإنما ما يخص المشاريع المتوسطة والصغيرة [1].

المطلب الثاني : أنواع عقد البوت

تتعدد أنواع عقد البوت لكن في إطار واحد وهذا حسب مضمون كل عقد ومن هذه الصيغ نجد ما ينصب على مشاريع جديدة (الفرع الأول) ومنها ما ينصب على مشاريع قائمة تحتاج تجديد أو تحديث (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة .

تعتمد الدول لإقامة مشاريع جديدة على عدة صيغ وأشكال في إطار نظام BOT ومن أهمها ما يلي:

أولا: عقود البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية BOOT.

[1]–حصايم سميرة ، المرجع السابق ، ص 15 .

هو نظام تعاقد بين الدولة والقطاع الخاص الذي يقوم ببناء المشروع و استغلاله لفترة محددة يكون حينها المالك ويأخذ كل عائدات المشروع خلال تلك الفترة وفي نهاية المدة تنتقل ملكية المشروع وحيازته للطرف الأول (الدولة)[1] .

ثانيا : عقد البناء والملكية والتشغيل BOO .

بموجبه يقوم المستثمر بتمويل المشروع وبنائه وتشغيله طيلة فترة العقد إلا أنه لا يلتزم بتحويل المشروع إلى الدولة لأنه لا يتضمن عنصر نقل الملكية حيث ينتهي بانتهاء العمر الافتراضي للمشروع مع قيام الدولة بتعويض الملاك عن حصص الملكية [2].

ثالثا : عقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز BOR .

ويتم ببناء المشروع ، وتشغيله لفترة محددة، ثم يجدد لفترة أخرى، وهذا يتم في العقود التي تتطلب تجديد مدة الاستغلال لضمان استمرارية الانتفاع بالمشروع وتزايد عدد المنتفعين والمستهلكين له، ولهذا نجد أن الدولة تدخل في مفاوضات متجددة مع المستثمر ليحصل على فترة زمنية أخرى لتجديد الامتياز[3].

رابعا: البناء والتمليك والتأجير ثم التحويلBOLT.

---

[1]–جمال رحال، المرجع السابق، ص 289 .

[2]–حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 19.

[3]–حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 20 .

بموجب هذا العقد، تلتزم الحكومة بتكليف المستثمر ببناء وتشغيل وتأجير المشروع للغير لفترة طويلة، ويتحمل المستثمر تكاليف المشروع ويحقق نسبة من الأرباح من الإيجار، مع التزامه بنقل المشروع إلى الدولة عند نهاية العقد [1].

الفرع الثاني: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة

نجد أحيانا أن الجهة الحكومية تحتاج إلى تجديد أو تحديث مشروع قائم ولذلك قد تلجأ إلى الصيغ التعاقدية الآتي ذكرها :

أولا: عقد التحديث والتملك والتشغيل MOOT.

ونجده في مشروع قائم بغية تحديثه أو تطويره بتقنية ليست متاحة لدى الدولة ويتملكه منفذ المشروع ويتولى تشغيله، شرط اقتسام العائد مع الدولة إلى حين إعادتها دون مقابل[2].

استعمل المشرع الجزائري هذه الصيغة في نص المادة 102 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، كما نجده استعملها عند تعريفه لعقد الامتياز في القانون رقم02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز.

ثانيا:إعادة التأهيل والتشغيل والتحويلROT

يستخدم في مشروعات متعثرة حيث يتولى القطاع الخاص تحمل المسؤولية وتحمل كل المخاطر للإصلاح وإعادة التأهيل وإعادة هيكلتها، وتطبيق تقنيات وخبرات جديدة، ثم تشغيل ونقل الملكية[1].

---

[1]- بوزيد بورنان، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (bot) كآلية لتمويل البنية التحتية، جامعة الجزائر 3، ص 228.

[2]- محمد صلاح والبشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية – تجارب دولية وعربية مختارة ، مجلة ابحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 17 ،جوان 2015، ص 182 .

ثالثا: عقود الإيجار والتجديد والتشغيل والتحويل LROT

في هذا النوع تستأجر الشركة مرفقا عاما موجودا من عند الدولة أو الهيئة العمومية ثم تجدده وتحدثه وتسيره وتستغله خلال مدة العقد ثم تعيد ملكيته للدولة عند انتهاء مدة العقد.

إن هذا التنوع في أشكال عقود البوت يعطي للدولة حرية الاختيار للنوع الذي يحقق مصالحها وأهدافها، فتعدد هذه الصيغ وخروجها عن العناصر الأساسية لعقد البوت من بناء وتشغيل ونقل للملكية، سيؤدي إلى تطور العقد وخلق صيغ جديدة من العقود [2].

المطلب الثالث: أطراف عقود البوت

يتطلب تنفيذ عقد البوت وجود أطراف أصلية متعاقدة، سنتطرق لها في (الفرع الأول) وإلى جانب هذين الطرفين يوجد أطراف دخيلة (الفرع الثاني) مساهمة في التنفيذ .

الفرع الأول: الأطراف الأصلية لعقود البوت

تتطلب عقود البوت طرفين أصليين هما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام المختصة بإبرام العقد وشركة المشروع المتعاقدة معها التي تقوم بإنشاء وتسيير المرفق لاحقا، نبين هذين الطرفين كالآتي:

أولا: الدولة أو أحد أشخاص القانون العام

عرفت بأنها:"الجهة المالكة الضمنية والحقيقية للمشروع، والتي تقف خلف المشروع وتسانده وتؤيده وتحل مشاكله، لاعتبارها التي تمتلك الأراضي والمرافق، وهي بموجب ملكيتها

---

[1]– جمال رحال، المرجع السابق، ص 290 .

[2]– آمنة براهيمي، المرجع السابق، ص 71.

الأصلية تقوم بالتنازل المؤقت عن هذه الملكية بمنح حق امتياز إقامة المشروع وتحدد مدة الانتفاع به، وتحدد أيضا ضوابط وشروط استخدامه "[1].

حتى يتمكن الجهاز التنفيذي في الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من إبرام عقود البوت مع شركة المشروع، يجب وجود قانون صادر عن السلطة التشريعية ينظم إدارة المرافق العامة، تشمل هذه العقود كيفية التنفيذ والبناء وينص على نقل ملكية المرفق العام في نهاية العقد .

وعلى هذا الأساس يجب على الدولة أو شخص القانون العام المتعاقد القيام بكل ماهو ضروري لإنجاح تنفيذ العقد[2].

وعليه تتطلب مسؤوليات الدولة المضيفة أن توفر الأرض المناسبة لإقامة المشروع، وتقديم حق حق الامتياز اللازم لشركة المشروع للبدء في تنفيذه وإدارته، كما يتعين على الدولة المضيفة تقديم الضمانات التشريعية والقانونية التي تحمي الاستثمار على أراضيها، مع مراعاة المصالح القومية والوطنية والاقتصادية العليا للدولة[3] .

ثانيا: شركة المشروع

عرفت شركة المشروع بأنها:"الوحدة صاحبة الامتياز، وقبل إنشائها يتم تكوين اتحاد مالي بين المؤسسين من القطاع الخاص، ويكون هذا الاتحاد مسؤولا عن إعداد دراسة جدوى

---

[1]– بولقواس سناء ، المرجع السابق ، ص 99.

[2]– المرجع نفسه .

[3]– آمنة حديدي، محمد امين بربري، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تعزيز القدرة التنافسية لتنمية قطاع النقل وفقا لعقد البناء – التشغيل ونقل الملكية – دراسة حالة مطار الملكة علياء–الاكاديمية الاجتماعية والانسانية، القسم (أ) العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 12، العدد 02 ،2019 ، ص 85 .

المشروع، وتقديم عرض لتنفيذه وتكوين شركة المشروع، وتحصيل حصة رأسمال من كل المؤسسين، أما شركة المشروع فتقوم بعمليات الاقتراض وإبرام العقود مع الأطراف المعنية مثل الحكومة وشركات المقاولات وموردي المواد الأولية، وتعتبر هي المسؤولة عن سداد خدمة الدين أمام البنوك "[1].

يتضح لنا من خلال ما سبق أن شركة المشروع قد تكون متكونة من شركة واحدة أو عدة شركات لها قدرة مالية ضخمة، تشكل اتحادا ماليا فيما بينها، لكي تكون قادرة على مواجهة تكاليف المشروع .

الفرع الثاني: الأطراف الدخيلة في عقود البوت

الأطراف الدخيلة في عقود البوت هي الأطراف التابعة لشركة المشروع، ليشكلوا مجموعة عمل تتشكل قبل التعاقد أبرزها وأهمها: المقاولون (أولا) والخبراء والممولون(ثانيا).

أولا: المقاولون

المقاول هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تختاره شركة المشروع للقيام بأعمال البناء بوسائله الخاصة، ويكون من مؤسسي شركة المشروع أو غالبا طرف فيها، ويكون المسؤول عن إعداد وتصميم وتشييد وتوريد وتركيب المعدات اللازمة للمشروع الذي سيتم إنشاؤه.

بسبب ضخامة حجم المشاريع التي تتم تنفيذها ن طريق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية(BOT) من الصعب على المقاول القيام بتنفيذها بمفرده دون الحاجة إلى الاستعانة بمنشآت متخصصة، يمكن للمقاول والمنشأة المتخصصة عقد عقود مقاولة من الباطن، حيث

[1]– بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 100 .

يتعهد الطرف الثاني بتنفيذ جزء من الأعمال المتعلقة بالمشروع، وتكون علاقته مع المقاول الأصلي ولا تتعلق بالمستثمر[1].

ثانيا: الخبراء والممولون

الخبراء يلعبون دورا هاما في مراحل إنجاز المرافق العامة، حيث يقدمون خدمات استشارية ودراسات متنوعة للدولة المضيفة وشركة المشروع، تشمل هذه الخدمات إعداد دراسات الجدوى، تقديم العروض، إنجاز المخططات، وإقامة المرفق، كما يقومون بتوريد الأجهزة والمعدات اللازمة للانتقال إلى مرحلة تشغيل المرفق العام، لهذا تقوم شركة المشروع بتعزيز خبراتها الفنية المتخصصة، سواء خبراء ماليون أو قانونيين دوليين أو مكاتب الهندسة الاستشارية .

كما تتطلب عقود البوت إعتمادات مالية كبيرة لأنها تتعلق بمشاريع البنية التحتية وإنشاء مرافق عامة للدولة، لذلك يتم تمويل هذه العقود عادة من قبل جهات مالية محلية ودولية، يمكن أن يكون التمويل من مؤسسات مالية إسلامية أو دولية، وقد يتم تشكيل اتحاد من البنوك لتمويل هذه المشاريع، حيث يتصرف بنك أو اثنين كوكيل عن البنوك الأخرى في عمليات التفاوض[2].

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية لعقود البوت

لتحديد النظام القانوني المناسب لأي عقد يجب معرفة نوع العقد وطبيعته مما يساعد في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عنه، بالإضافة إلى تحديد القانون الذي يطبق على

[1]– أوراغ رقية، أوراغ خديجة، مرجع سابق، ص 25 .

[2]–بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 104 .

العقد والنظام القضائي المعني بالنظر في أي نزاعات تنشأ عن العقد[1]، كما يجب التمييز بينه وبين ما يشابهه من عقود (الفرع الأول)، لنتطرق إلى اختلاف الفقهاء وهذا في التكييف القانوني لعقد البوت (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تمييز عقود البوت عن الأنظمة القانونية المشابهة

سنتناول التمييز بين عقود البوت وأنواع العقود الأخرى المشابهة له، والتي تعكس مشاركة القطاع الخاص في المشاريع العامة .

أولا: عقد البوت وعقد الأشغال العامة

عقود الأشغال العامة هي العقود التي يقوم فيها المقاول بتنفيذ أعمال بناء أو ترميم أو صيانة في عقار لصالح جهة عامة، مقابل تعويض مالي يلتزم به الجهة الإدارية ، وتعتبر هذه العقود أساسية في إجراءات إنشاء المشاريع العامة وفي نظرية العقود الإدارية [2] .

يتشابه عقد البوت بعقد الأشغال العامة من حيث الأطراف وأن كلاهما ينفذ لمصلحة الحكومة أو الجهة الإدارية المعنية مقابل بدل معين متفق عليه[3]، كما أنهما يهدفان لبناء المرافق العامة والبنية التحتية ويتناولان العقار، وينفذان لصالح الحكومة لتحقيق المصلحة العامة، ونظرا إلى التعاملات بين الدول أخذت بعدا دوليا عند إبرامها مع مقاول أجنبي[4].

---

[1]–وليد بلوفة، أحمد بركات، عقد البوت الأسلوب الحديث لتمويل مشاريع البنية التحتية ، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 11 ، العدد 1 ،2023 ، ص 927 .

[2]– حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 47 .

[3]– إلياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت BOT في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان،2011، ص 128 .

[4]– حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 48 .

رغم الشبه بين عقد البوت وعقد الأشغال العامة إلى أنهما يختلفان في كون أن في عقد الأشغال العامة يتضمن بناء المشروع وتسليمه للجهة الإدارية دون إدارته، وينفذ بأموال الدولة، حيث ينتهي دور المقاول بعد التنفيذ ويحصل على تعويضه من الجهة الإدارية.

أما في عقد البوت الوضع مختلف تقوم شركة المشروع بإنشاء وتشغيل المرفق العام وتديره وتجني العائدات حتى انتهاء العقد، ثم بتم نقل ملكية المشروع للدولة لتتولى التشغيل[1]، فالتشغيل يعتبر جوهر العقد بالنسبة لشركة المشروع .

وعلى هذا الأساس فإن المدة التعاقدية تكون قصيرة بالنسبة لعقود الأشغال العامة وطويلة في عقود البوت لتتمكن من تحصيل ما أنفقته لبناء المشروع وهامش من الربح .

ثانيا : عقد البوت وعقد الامتياز

انطلاقا من تعاريف عقد البوت فإن العناصر المكونة له هي البناء، التشغيل ونقل الملكية وارتباطه بالمرافق العامة، وباعتبارهما وجهان لعملة واحدة فإنهما يهدفان إلى توليد المرافق العامة وتحويلها للدولة بعد فترة معينة، مما يخفف عبء إدارتها على الدولة ،وعلى هذا الأساس أعتبر عقد البوت نموذج متطور لعقد امتياز المرفق العام، وعرف الكثير من الفقهاء على أن عقد البوت هو صورة مستحدثة وجديدة لعقود الامتياز، فعقد الامتياز هو:"عقد إداري يتم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون (الفرد أو الشركة) يتعهد بمقتضاه الملتزم بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقا للشروط الموضوعة له، مقابل التصريح باستغلال المشروع لمدة محددة

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 128 .

من الزمن واستيلائه على الأرباح ويكون الاستغلال في صورة التصريح للملتزم بتحصيل أجر أو رسم من المنتفعين " .

بالرغم من كل هذا التشابه بين النظامين إلا أنه هناك اختلاف بينهما، المتمثل في كون مشروع المرفق العمومي في عقد الامتياز يسلم للطرف المستفيد من الامتياز جاهزا أو على الأقل مكتمل البنية الأساسية لأجل تسييره وتقديم الخدمات للجمهور على عكس نظام البوت فالملتزم (شركة المشروع) يتكفل ماديا وفنيا وتقنيا ببناء البنية التحتية وتسييره طيلة المدة المتفق عليها ونقل ملكية المشروع للدولة مانحة الامتياز عند انتهاء العقد ، ويلجأ لنظام البوت عادة من أجل تمويل بناء واستغلال المرافق العمومية الضخمة التي تعجز الدولة عن تشييدها وتسييرها بإمكانياتها البسيطة عكس عقد الامتياز الذي يستعمل في استغلال المرافق العمومية المتوسطة أو الصغيرة .

ونجد اختلاف في مدة العقد حيث غالبا ما تكون طويلة المدى في نظام البوت لأنه يستلزم مدة طويلة لتشييد وتسيير البنية التحتية، عكس عقد الامتياز[1]

ثالثا: عقد البوت وعقود الشراكة PPP

إن عقد شراكة القطاع العام والخاص PPP هو:" عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية لمرفق عام، وإدارتها وتشغيلها وصيانتها خلال مدة العقد المحددة ،في

[1]– رزق الله عبد الدايم، بن زين رشيد، المرجع السابق، ص 23 .

ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، وذلك مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طول مدة الفترة التعاقدية[1].

وعلى الرغم من اتفاق عقد البوت وعقد الشراكةppp من ناحية المهام والعمليات وطول مدة العقد، إلا أنهما يختلفان في الاحتساب المالي حيث يدفع المبلغ المستحق للمتعاقد في عقود الشراكة بشكل دوري أو شهري من قبل الإدارة، وهنا لا تنشأ أي علاقة مع المستفيدين بخدمات الإنشاء والتجهيز محل العقد، وعليه فإن هذا المقابل المالي لا يرتبط بنتائج الاستغلال كما نراه في عقد البوت وإنما يرتبط بتكلفة الاستثمار والاستغلال .

إضافة إلى ذلك فإن عقود الشراكة PPP تقوم على تقاسم المخاطر والاستثمارات والأرباح، التي تحدد في العقد، وهذا ما يميز عقود الشراكة، خلافا لعقود البوت أين تتحمل شركة المشروع المخاطر المالية ومخاطر التشغيل و الإدارة، على أن تتملك كل العائدات التي يدرها المشروع طوال فترة التعاقد وذلك لتغطية تكاليف المشروع وتحقيق هامش الربح [2].

الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقود البوت

يوجد اختلاف بين الفقهاء بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت حيث ذهب رجال فقه القانون العام إلى اعتبار عقود البوت هي تطور لعقود الالتزام وبذلك يدخل في مفهوم العقود الإدارية (أولا)، وأنكر رجال فقه القانون الخاص ذلك واعتبروا عقد البوت من

[1]– حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 50 .

[2]– حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 52 .

قبيل القانون الخاص (ثانيا)، في حين ذهب الفريق الثالث إلى اعتبار عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة (ثالثا)[1].

أولا : عقود البوت تطور لعقد التزام المرافق العامة الإدارية

يرى رجال فقه القانون العام بأن عقود البوت هي عقود حديثة وتعتبر تطويرا لعقود الامتياز، تتطلب إتباع العقود الإدارية، أي قواعد المناقصات والمزايدات [2].

استندوا أنصار هذا الاتجاه الفقهي للحجج الآتية :

أ-حجج الاتجاه المؤيد لهذا التكييف

- عقد البوت هو تطوير حديث لعقود التزام المرافق العامة التي تعتبر عقود إدارية.

-عقد البوت يتبع معايير العقد الإداري الثلاثة والتي تشمل وجود طرف من القانون العام، وتطبيقه على مرافق عامة، واحتواه على شروط غير مألوفة في العقود الخاصة .

- بعض التشريعات القانونية تعتبر عقود البوت عقودا إدارية، على سبيل المثال نص المشرع الفرنسي في الأمر 2004-559 المتعلق بعقود الشراكة بأن العقود المبرمة مع أشخاص القانون العام او الخاص تعتبر عقود إدارية وعقد البوت يعد من بينها.

- هدف عقد البوت هو تحقيق المصلحة العامة من خلال إنشاء وتجديد وتشغيل المرافق العامة، وهذا يعتبر غاية كل إدارة عمومية، مما يجعله عقدا إداريا[3] .

---

[1]-عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 92 .

[2]- المرجع نفسه .

[3]- أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع السابق، ص 18 .

ب-حجج الاتجاه المعارض لهذا التكييف

-عقد البوت قد لا يتطلب وجود طرف من أشخاص القانون العام، بل قد يكون أحد الأطراف من أشخاص القانون الخاص، والفقه اجمع على أن العقد الذي لا يشترك فيه أحد من شخصيات القانون العام لا يكون بالضرورة عقدا إداريا مطلقا.

- عقد البوت قد لا يهدف دائما إلى تحقيق المصلحة العامة، بل قد يكون التركيز على الربح والاستغلال الاقتصادي للمشروع المتعلق بالعقد وبالرغم أن النظر إلى عقد البوت كطبيعة إدارية يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار، وقد يثير مخاوف المستثمرين ويبعدهم عن الاستثمار في الدول التي يعتبر فيها البوت عقدا إداريا[1] .

يرى أنصار هذا الرأي انه يجب على الدول تجنب أحكام القانون العام فيما يتعلق بعقد البوت لجذب الاستثمار الأجنبي، وذلك لزيادة الاستثمارات الوطنية والأجنبية .

ثانيا : عقود البوت من عقود القانون الخاص

اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن عقود البوت من عقود القانون الخاص لأنها تشبه عقود الاستثمار في كونها لا تقبل أن تضمنها الإدارة شروطا استثنائية وهذا بحسب طبيعتها، واستندوا في ذلك على الحجج التالية :

أ-حجج الاتجاه المؤيد لهذا التكييف

- عقد البوت، من العقود في القانون الخاص التي تعتمد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والتعاقد وفق مبدأ سلطان الإرادة وهذا ما يجعل عقد البوت أقرب إلى عقود

[1]- أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع السابق، ص 19 .

القانون الخاص أكثر من عقود القانون العام، وتقوم على أساسه حقوق والالتزامات متساوية بين طرفي العقد .

– عقود البوت هي عقود استثمارية لا يمكن للدولة تضمينها شروطا غير مألوفة تجعلها مصنفة ضمن العقود الإدارية، وهذا الأمر يفرضه متطلبات التجارة الدولية حيث تتنازل الدولة عن بعض الامتيازات لتكون ضمن هذا النوع من العقود، مثل الأفراد العاديين

– عند حدوث نزاعات ناتجة عن عقد البوت، يتم الاختصاص فيها إما للقضاء العادي أو للتحكيم، ولا يكون القضاء الإداري ذو اختصاص في هذه الحالات، ويتم نقل اختصاص القضاء العادي بسبب طبيعة عقد البوت كعقد استثماري، ما لم يتضمن العقد شرطا خاصا ينص على التحكيم أو تسوية ودية بوسائل غير قضائية

– أن القضاء الفرنسي قد قرر في العديد من الحالات بأن العقود التي يكون أحد أطرافها أشخاص من القانون الخاص تبقى دوما ضمن نطاق العقود الخاصة[1] .

وعلى الرغم من استناد بعض فقه القانون الخاص لهذه الحجج إلا أنه هناك من اختلف معهم ، واستندوا على حججهم كالآتي :

ب–حجج الاتجاه المعارض لهذا التكييف

ينتقد جانب من فقه القانون العام الاتجاه القائل أن عقود البوت من عقود القانون الخاص واستندوا على حججهم الآتية :

– قيام الدولة في عقود البوت بممارسة نوع من الرقابة على شركة المشروع وهذا دليل أن عقود البوت من عقود القانون العام .

[1]- أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع نفسه.

– تستطيع الدولة إنهاء العقد دون الرجوع للطرف الثاني .

– أحقية الدولة في الحلول محل شركة المشروع في تشغيل المرفق العام .

– وجود نصوص واردة في عقود البوت تعطي لشركة المشروع امتيازات السلطة العامة .

– خلو نصوص القانون المدني من الإشارة إلى عقود البوت بمفهومها الحديث ولذلك خروجها من القانون الخاص[1] .

ثالثا : الطبيعة الخاصة لعقود البوت

على غرار كل الاتجاهات السابقة، يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود البوت BOT ذات طبيعة خاصة، لأنه يبرم من خلال نظم قانونية مختلفة باختلاف الظروف الخاصة بكل عقد ، ولهذا يصعب وضع قواعد عامة مجردة تقتضي كون عقود البوت ضمن العقود الإدارية أو من عقود القانون الخاص، ولهذا وجب تكييف وفحص كل عقد على حدا ووضعه تحت النظام القانوني الذي يحكمه، حتى يكون التكييف متسقا مع حقيقة العقد وكاشفا عن خصوصيته التي تميزه عن غيره[2].

فإذا كانت الصفة الإدارية الغالبة تطبق عليه قواعد القانون العام، وإذا كانت الصفة الاقتصادية أو التجارية الغالبة يطبق عليه قواعد القانون الخاص أو مبادئ التجارة الدولية،

[1]–عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 102.

[2]–أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع السابق ، ص 22.

ولا مانع من تطبيق القاضي الإداري لقواعد القانون الخاص على هذا العقد لفض النزاع المعروض عليه[1].

المبحث الثاني: مراحل إبرام عقد البوت

تعد مشاريع البوت من العقود الضخمة بكل المقاييس، فضلا عن كونها من العقود المركبة التي تتطلب تدخل مجموعة متشابكة من العقود والاتفاقات، حيث يقتضي تنفيذ كل مرحلة منها الدخول في مجموعة من الأعمال والتصرفات القانونية المتميزة ، لذلك فان القواعد التقليدية للإيجاب والقبول لم تعد قادرة على مجابهة المخاطر التي تنطوي عليها مثل هذه العقود،وعلى الرغم من اختلاف تنفيذ المشاريع بنظام البوت من مشروع لأخر، لذلك قامت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية بوضع سياسات ومراحل معينة لتنفيذ المشروع انطلاقا من الإعداد الفني والقانوني للمشروع(المطلب الأول) وصولا لطرح المشروع للتعاقد(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإعداد الفني والقانوني للمشروع

تعد عملية التجهيز الفني المشروع هي نقطة البداية حيث تقوم الدولة بتحديد المشروع الذي ترغب في إنشائه وغالبا ما يتم الطرح من الجهة الإدارية وثيقة الصلة بالمشروع وفي غالب الأمور ما يتم الطرح بناء على الدراسات الفنية التي تؤكد حاجة الجهة الإدارية للمشروع، وتشمل ثلاث مراحل مرحلة تحديد المشروع واختيار المستثمر(الفرع الأول)،ومرحلة دراسة الجدوى(الفرع الثاني)،أخيرا مرحلة إعداد الوثائق الأولية(الفرع الثالث).

[1]–أمال بولغالب، عقد البوت (BOT) بين سلطة الادارة وسلطة الارادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنغاست – الجزائر، سداسية محكّمة عدد 03 ، جانفي 2013 ، ص 146 .

الفرع الأول: تحديد المشروع و اختيار المستثمر

يمثل تحديد المشروع أهمية كبيرة، لأنه يتماشى مع خطة الدولة الاقتصادية، وأهدافها وتطلعاتها، وقدرتها على إنشاء المرفق العام، وأهمية تنفيذه في ضوء حاجات المجتمع وأولويته، ومكانة الدولة على الصعيد الإقليمي والعالمي، والتسابق الاقتصادي في عالم متعدد متسارع، متكامل، بحسب مركز الدولة وقدراتها. وكل ذلك في ضوء ترقب إقبال المشتركين على المشروع، واستعدادهم للاستثمار في جو من الأمن والازدهار والثقة بإدارات الدولة وقضائها.[1]

تتمثل الخطوة الأولى في إقامة أي مشروع تنموي لاسيما المشاريع بنظام البوت في تحديد مدى الحاجة إليه وبيان مواصفاته الفنية، وطالما أن الحديث هنا ينصب على مشاريع البنية التحتية، فان مهمة التعرف على المشروع تقع على كاهل الحكومة أو أحد المؤسسات التابعة الممثلة لها، تبتدئ عادة هذه الخطوة، بتقدير الطلب على خدمات مشاريع البنية الأساسية خلال الفترة المقبلة، ثم تحديد نسبة العجز المتوقعة في خدمات كل مشروع من هذه المشاريع وتحديد الأولويات بالنسبة للحاجة إليها. ووفقا لذلك يمكن تحديد أو اختيار المشاريع أو المشروع الأولى بالتنفيذ بناءا على دراسات وأسس علمية واقتصادية و فنية، ليتم بعدها دراسة الخيارات التمويلية المتاحة لإقامة المشروع المحدد، وتحديد الصيغة التعاقدية الملائمة له، تستعين الهيئة الحكومية غالبا، بكافة الخبرات الفنية الموجودة لديها في الإدارة المعنية، أو تقوم بطلب المعونة الفنية من الجهات الأكثر تخصصا داخل الدولة للبحث عن مدى الاحتياج إلى طاقات إضافية من خدمات البنية التحتية، ثم دراسة الوسائل المختلفة المتاحة لتمويله، بما في ذلك دراسة إمكانية ومزايا ومخاطر تنفيذه بأسلوب البوت، بدلا من

[1]-إلياس ناصيف، المرجع السابق،ص177.

التنفيذ الحكومي المباشر له. إذ لابد من التفكير بجدية في اعتماد هذا الأسلوب كوسيلة فعالة للتوسع في متطلبات البنية التحتية ، مع ضرورة الرجوع إلى قانون البوت في الدولة والى القوانين المتعلقة بمنح امتيازات، إذا كانت تسمح باستخدام هذه الآلية التمويلية في المشروع المرغوب تنفيذه[1].

يتعين على الحكومة المضيفة منذ البداية تعيين مدير عام لمشروع البوت ككل، قصد تفادي سوء الإدارة و غياب التنسيق والانتظام داخل المشروع، تكون مهامه الإشراف على معدلات التشغيل الفعلي لمراحل المشروع المختلفة ويكون عادة مسؤولا حكوميا له خبرة ودراية كافية بمشاريع البوت، كما يمكن انتداب مدير عام من الخارج، ويكون غالبا من شركة الاستشارات الإدارية، أو من شركة القطاع الخاص المحلية أو الأجنبية . وإذا كانت الجهة الحكومية في غالب الأمور هي من تقوم بتحديد المشروع المطلوب إقامته وتحديد أسلوب تمويله، فلا يوجد ما يمنع من أن تقوم شركة المشروع أو مجموعة من المستثمرين الممولين بتحديد المشروع المزمع إقامته، بعرضه على الحكومة وإبداء استعدادها لتمويله وفقا لنظام البوت. والمؤكد في هذه الحالة أن المستثمر سيحرص جديا على تحديد المشروعالذي يتوقع أن يحقق له نسبة عالية من الأرباح[2].

الفرع الثاني: دراسة الجدوى

تعرف دراسة الجدوى، على أنها مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات، التي تستخدم في تجميع البيانات والمعلومات

[1]–حصايم سميرة ، المرجع السابق،ص62.

[2]- حصايم سميرة، المرجع السابق،ص63.

ودراستها وتحليلها في ضوء محيط ما، بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية تنفيذ المشروع، وذلك من عدة جوانب: قانونية، مالية، تسويقية، اجتماعية وبيئية .

وتشمل دراسة الجدوى تقييم مختلف الجوانب المحيطة بالمشروع، وذلك بدراسة مزايا المتوقعة منه، والتنبؤ بالتكاليف الإجمالية والتدفقات الإرادية خلال العمر الإنتاجي المتوقع من تشغيل مرفق البنية التحتية، مع أهمية مراعاة التحفظ أو الوسطية لتجنب الوقوع في فخ التفاؤل الزائد، بمعنى انه يجب عدم المبالغة في الإرادات المتوقعة والتهاون في شان التكاليف المحتملة. فظلا عن ذلك، تتم دراسة أهمية وقدرة المشروع على خلق فرص عمل جديدة للعمالة الوطنية، بما يساهم في تحقيق تنمية المجتمع [1].

ينبغي أيضا في الظروف العادية، أن تجري السلطة المتعاقدة تقييما للأثر البيئي للمشروع في إطار دراسة جدواه، قبل تقرير إنشائه يقع على عاتق الحكومة أو أحدى هيئاتها التي تعهد إليها بهذا الاختصاص، إلا انه لم يكن للجهة الحكومية المعنية الخبرة الموسعة في إقامة مشاريع بنظام البوت، فلها أن تستعين بالخبرات السابقة لبعض الدول،كما يمكن لها إيفاد بعض العاملين الحكوميين لحضور دورات تدريبية في هذا المجال، أو الاستعانة بمشاريع نموذجية أعدت لهذا الغرض[2].

كما تتضمن الدراسة، تحديد المراحل وترابطها وتوقيتها. وهذا ما يتطلب أن تأتي الدراسة بالغة الدقة، وفقا للمراحل والخطوات المتتابعة، حيث تعتمد كل منها على النتائج الايجابية لسابقاتها بما تمثله من ترابط مباشر بين تسلسل المراحل. وللزمن أهمية في هذه الدراسة فإذا تم المشروع في الفترة الزمنية المحددة،فإذا طالت الفترة الزمنية الواقعة بين

[1] حصايم سميرة ، المرجع السابق ،ص64.

[2] – حصايم سميرة ، المرجع السابق،ص65.

الانتهاء من دراسة الجدوى، والحصول على موافقة الجهات المختصة بإنشاء المشروع، وبين بداية تنفيذه الفعلية، فقد يؤدي إلى انعكاسات سلبية، تتمثل في اتساع الفجوة بين محتويات الدراسة ونتائجها وما يحدث في الواقع العملي، ولاسيما إذا كان المشروع مما يتأثر بعامل الزمن وتطور التكنولوجيا السريع ،وينصب الاهتمام في دراسة الجدوى المبدئية على إبراز أهمية دورة حياة المشروع، وضمان اختياره على أسس علمية بإتباع الخطوات التالية :[1]

– تحديد المشروع والغرض منه، والفوائد الناجمة عن تنفيذه، وأثره على المنطقة والتوسعات المستقبلية، واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعته، وتحديد درجة ملائمة المرافق والمشاريع البنية التحتية لإنشاء المشروع وتشغيله.

– اختيار الموقع المناسب للمشروع، بما يعود بالفائدة المباشرة سواء على المنتفعين أو على شركة المشروع .

– بيان عوامل الإنتاج المختلفة، ومدى توافرها بالحجم، وفي الوقت المناسب، مع تحديد نسبة التصنيع المحلي والأيدي العاملة المحلية في المشروع .

– دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات والبنية التحتية والاستثمارية اللازمة له.

– تقدير التكلفة المتوقعة للخدمة، بحيث لا تشكل عبئا على دخل المستهلك العادي، مع مراعاة البعد الاجتماعي والسياسي، بحسب طبيعة الخدمة ومدى أهميتها لجمهور المستهلكين.

– دراسة بنود الضمان اللازم، الذي يأخذ بالاعتبار تعويض شركة المشروع عما دفعته من الأموال طائلة لإنشاء المشروع، في منطقة اقتصادية طبيعية، إلى حين تعمير المنطقة

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق،ص179.

بجمهور المنتفعين من خدماته، والمتوقع من تطور تكنولوجي، بحيث يمكن التحكم بمقدار الضمان ومداه .وبالمقابل دراسة بنود الضمان المترتب على شركة المشروع فيما لو لم تستكمل بناءه، أو تأخرت في البدء بإدارته وتسليمه، أو جاء تنفيذه غير متلائم مع ماهو متفق عليه.

– تحديد الموافقات الحكومية، وبيان الإجازات والتراخيص والتصاريح من الأجهزة المحلية، التي يقع المشروع في نطاق اختصاصها، ودور الجهة المانحة في سرعة الحصول على هذه المستندات.

وقد تكون دراسة الجدوى دراسة مبدئية، تعرض على الجهة الإدارية، للموافقة عليها بصورة أولية، وبعد ذلك تتم دراسة الجدوى النهائية، التي تكون أكثر دقة وتفصيلا ولاسيما لجهة المدة ة التكاليف وتحديد الرسوم.[1]

من الملاحظ أن هناك اختلاف بين التقييم الحكومي والتقييم الخاص في إطار دراسة الجدوى المشروع. ففي الوقت الذي ترتكز فيه الحكومة أكثر على التقييم الاقتصادي والاجتماعي، فان شركة المشروع ترتكز على التقييم المالي بقياس الربحية الخاصة للمشروع والتأكد من مدى قدرته على تغطية كافة الالتزامات المالية، بما فيها خدمة الدين والأرباح، بالإضافة إلى تحديد أي فجوات مالية يتعين على الحكومة التدخل لتغطيتها بتقديم بعض المزايا والضمانات[2] أهمها:

– تقديم مساهمة مالية كمنحة أو كقرض بفائدة منخفضة، أو الدخول كشريك في المشروع أين يتعين أن لا تفوق المساهمة المالية التي تقدمها الحكومة، قيمة المنافع غير المباشرة أو

[1]–إلياس ناصيف، المرجع السابق ،ص180.

[2]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص66.

الخارجية التي لا تحصل مقابلها شركة المشروع على عائد، كما يتعين ربط المنحة بالأداء كان تقرر منحة لكل وحدة إنتاج.

- تخفيض درجة المخاطر من خلال بنود العقد التي تحمي المستثمر من بعض أوجه عدم التأكد في المستقبل، ومثال ذلك التعاقد مع شركة المشروع على شراء بعض أو كل منتجات المشروع.

الفرع الثالث: إعداد الوثائق الأولية

يعد إعداد الوثائق الخاصة لطرح مشروع للتعاقد أهمها دفتر الشروط احد الإجراءات التحضيرية، والأولية للدخول في عملية الاختيار قصد الإرساء على شركة المشروع المناسبة لإقامة مشروع البنية التحتية بنظام البوت، حيث تتطلب طبيعته المركبة إعداد وثائق ومستندات على نحو مستفيض، تؤدي إلى تغطية كافة الجوانب الفنية للمشروع، بما في ذلك المخطط الأولي للتعاقد ووثائق الاختيار الأولي و طلب تقديم الاقتراحات وكافة التعليمات بشان إعدادها [1]، كما تتضمن المستندات كافة الاتفاقات الرئيسية، بما فيها الصيغة المبدئية لاتفاقية البوت أو مسودة اتفاق المشروع، والمعايير التي على أساسها يتم تنظيم العلاقة بين الجهة الحكومية مانحة الترخيص،وشركة المشروع المرتقبة، وهو ما يضمن كفاءة إجراءات الاختيار وشفافيتها.

لابد أن تصاغ الوثائق الأولية وفقا للمعايير الدولية، وأن تكون دقيقة ومحددة تأخذ في اعتبارها مصالح شركة المشروع، لتحظى بثقة الشركات العالمية المتخصصة.

المطلب الثاني: طرح المشروع للتعاقد

[1]–حصايم سميرة، المرجع السابق، ص67.

تقوم الجهة الحكومية، بعد الإعداد الفني والقانوني للمشروع بما يلزم لطرح المشروع للتعاقد متبعة في ذلك الإجراءات التي يمليها عليها قانون البوت في الدولة، وعند غياب مثل هذا القانون يتم الاعتماد على الإجراءات التي تفضي بصورة عامة إلى تحقيق الأهداف الأساسية للقواعد اللازمة لإرساء العقود العمومية، من المنافسة وعلانية، ومن اجل طرح المشروع للتعاقد في دولة مثل الجزائر، يمكن الرجوع الى قانون الصفقات لعمومية باعتباره القانون الأساسي في بيان كيفية إبرام عقود الإدارة المختلفة،وتتبع الدولة في تعاقدها السبل التي تنص عليها القوانين الوطنية والتي تتراوح بين الأساليب التنافسية (الفرع الأول)،أو بالاعتماد على المفاوضات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدعوة للمنافسة على المشروع الاستثماري موضوع العقد

تعد الدعوة للمنافسة القاعدة العامة للتعاقد بأسلوب البوت، باعتبار أن مثل هذا النموذج العقدي ذو طبيعة إدارية بالدرجة الأولى، حيث يتم اختيار المتعاقدين في هذه المشروعات عن طريق المنافسة، وبواسطة الإعلان المسبق، مع تحديد وثائق التعاقد ودفتر الشروط، التي تتضمن المواصفات التقنية والشروط اللازمة لإبرام العقد. لاعتبار أن إجراء الدعوى إلى المنافسة يراعي القواعد المتعلقة بالمنافسة والعلانية[1].

ويتم غالبا الاعتماد على الإعلان عن المناقصة (أولا)، ليتقدم المستثمرين المؤهلين بعطاءاتهم (ثانيا)، ثم يتم تقييم العروض والبت فيها لاختيار أفضل الاقتراحات (ثالثا).

أولا: الإعلان عن المناقصة

[1]– يسمينة لعجال، دليدية دوفان، التعاقد باسلوب البوت في التشريعين الجزائري و الفرنسي جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص118.

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراءا أساسيا لا تتم بدونه، وبمقتضاه توجه الدعوة إلى كل الملتزمين للاشتراك بالمناقصة، والتعاقد مع الإدارة، وهو ما يتضمن دعوة الاطلاع على الشروط الموضوعية التي يتم على أساسها تقديم العروض إلى الجهة الإدارية المانحة. ومن حيث الأساس القانوني، لا يشكل الإعلان عن المناقصة إيجابا موجها من الإدارة إلى من يريد التعاقد معها، بل هو مجرد دعوى إلى التعاقد. ويجب أن تكون المناقصة علنية من اجل تحقيق مبدأ حرية المنافسة كما يجب أن تبنى على مبدأ المساواة بين العارضين، وأن الإعلان عن المناقصة من شانه أن يؤمن مبدأ العلانية و مبدأ المساواة[1].

ومع ذلك، فان من الضروري توفر إستراتيجية مناقصات واضحة وكاملة، فالتجارب السابقة في العديد من الدول تؤكد أن نجاحي مشروع البوت يتوقف بدرجة كبيرة على الخطوات والإجراءات المحددة من اجل اختيار شركة المشروع. فإغفال مثل هذه الخطوات والإجراءات كثيرا ما يؤثر على كفاءة المشروع ، ويعد نظام المناقصات العامة أكثر قدرة على توفير درجة عالية من المرونة والكفاءة، وعلى جذب أكبر قدر ممكن من المستثمرين المحليين والأجانب الذين يتحمسون لتنفيذ المشروع، وهو ما يشجع القطاع الخاص والأجنبي على إظهار اكبر قدر ممكن من نوايا الإبداع والابتكار التقني، لما يكفله من مزايا التكامل والشفافية واكتساب ثقة الرأي العام في مشاريع البوت[2].

ثانيا : تقديم العطاءات

بناءا على الإعلان عن المناقصة، يقوم المستثمرون الراغبون في التعاقد على إنشاء المشروع بتقديم عروضهم، ويسبق ذلك إثبات أهليتهم ثم إعداد عطاءاتهم.

---

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص193.

[2]– حصايم سميرة، المرجع السابق،ص 69.

أ- إثبات أهلية المتعاقد :

تشترط الدولة المتعاقدة غالبا عند الإعلان عن المناقصة، ضرورة إثبات أهلية المتعاقد وجدارته، وذلك بالدعوة إلى سبق التأهيل، وتعني دعوة المتقدمين إلى المناقصة لتقديم المستندات الدالة على سابقة خبرتهم في المجال المرغوب التعاقد بشأنه، فقد استوجبت العديد من القوانين المنظمة لعقود البوت، وعلى كل مستثمر أجنبي يرغب في الدخول المناقصة أن يقدم بعض المستندات اللازمة لتقييم موقفه قبل السماح له بالتقدم ومنها[1]:

- شهادة خبرة وعقود لأداء مشروعات مماثلة من قبل.
- الوضع المالي والائتماني .
- أراء قانونية لكيفية التعامل مع المشروع.

تستطيع بذلك الجهة الحكومية أن تقصر الدخول في المناقصة على المشروعات التي تستطيع بحكم قدرتها المالية القيام بتنفيذ المشروع.

إعداد العطاءات :

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

[1]- حصايم سميرة،المرجع السابق،ص70.

العمل على التأكد من جدوى الاقتصادية للمشروع ومدى قدرته على تحقيق أرباح مستقبلية مقبولة، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال القيام بإعداد دراسة جدوى خاصة مفصلة للمشروع للوقوف على جوانبه المختلفة بالأخص مستوى الربحية، ليتم بعدها إعداد العطاء ،ويجب أن يتضمن العطاء تحديد مصادر تمويل المشروع عن طريق خطة تمويلية محكمة كما يتضمن على مختلف الضمانات التي تكفل تنفيذها مع بيان الرسومات الخاصة بالمشروع وخطة تنفيذه، والمدة الزمنية اللازمة لذلك.

تتمثل الخطوة التالية، في قيام كل اتحاد مالي بعد تأهيله بإرساء العطاء أو المظروف النهائي الذي تم إعداده إلى الحكومة، قبل آخر موعد محدد لإرساء العطاءات[1].

ونجد معظم الأحوال الحكومة المضيفة، تعلن أمام الشركات المتقدمة بالعطاءات المختلفة للمشروع انه من الممكن إرساء المناقصة على عطاء اتحاد مالي معين، ويتم مطالبة هذا الاتحاد بإدخال بعض التعديلات و الإيضاحات على العطاء، حتى يصل إلى الصور القادرة على ضمان تحقيق مصالح و أهداف كافة الأطراف المعنية بمشروع البوت، دون تعديله بصفة أساسية ،وهذا الشرط بالطبع يتطلب درجة عالية من المرونة من قبل الشركة أو الاتحاد المالي المتقدم بالعطاء الأفضل، وإلا فان المناقصة قد يتم سحبها منه بعد إرسائها عليه، نتيجة فشل هذا الاتحاد في التصرف بمرونة كافية لتعديل العطاء بعد إعداده.

ثالثا: تقييم العروض والبت فيها

تتولى الجهة الحكومية، بعد تقييم العطاءات عن طريق لجنة متكونة من الخبراء والاستشاريين المتخصصين في مشاريع البوت، دراسة الاقتراحات وتقييمها لاختبار أفضلها،

[1]– حصايم سميرة، المرجع السابق، ص73.

ويجب أن تتم هذه العملية وفقا للقواعد والأسس التي أعلنت عنها جهة الإدارة في ملف المناقصة.مع إمكانية ارتباط العطاء بتحفظات أو الملاحظات خاصة بنواحي الفنية،يقصد من ورائها التحفظ على احد شروط المناقصة، بفضل الاشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العطاء بعطائه[1]، و نظرا لتعقد مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، وتنوع معايير التقييم التي تطبق عادة عند إرساء المشروع، فان السلطة المتعاقدة تلجأ إلى عملية تقييم تجرى على الخطوتين، فتوضع المعايير غير المالية في الاعتبار على إحدى المعايير المالية، وربما قبلها بغية تجنب الحالات التي يعطى فيها وزن أثقل مما ينبغي لعناصر معينة من المشاريع الكبرى لاسيما في نظام البوت بناءا على عامل السعر فقط، إنما تعكف اللجنة الفنية على تقييم العروض من حيث التكلفة والنوعية التكنولوجيا المنقولة ووفرة الصرف الأجنبي والعمالة المستخدمة، وشروط تمويل ومصادره وغيرها من المعايير التي يجب الاستناد إليها.[2]

وتقوم اللجنة قصد إرساء المشروع على شركة معينة، بإعطاء درجات للعروض المتقدمة، وترتيبها طبقا لملائمتها المالية والفنية، ويتم اختبار أفضل عرض يجمع بين هاتين النقطتين، وللحكومة في حالة اختيارها لأحد العروض وكان السعر أعلى مما تتوقعه، إن التفاوض مع صاحب ذلك العرض للوصول إلى النتيجة المرجوة وهي إنشاء مشروع .[3]

وبعد إن تنتهي الحكومة من تقييم العطاءات، وبعد موافقتها على إرسائه وقيام الاتحاد المالي لهذه المجموعة بتكوين شركة المشروع، فان الخطوة التالية هي أن تدعو الحكومة

---

[1]- حصايم سميرة، المرجع السابق،ص74.

[2]-حصايم سميرة، المرجع السابق،ص74.

[3]– المرجع نفسه.

الشركة التي تقدمت بأفضل عطاء لتوقيع عقود ومستندات تنفيذ المشروع وذلك بعد دخول المفاوضات النهائية لما تطرحه من أهمية .

الفرع الثاني: التفاوض

يعد التفاوض ركيزة أساسية لمفهوم أو تطور القانون العام للعقد، وذلك في الإطار الذي تدور فيه مختلف المسائل موضوع التفاوض،وهي من الوسائل المتبعة في تسهيل عملية إرادة أفراد التعاقد، والتوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين، ولاسيما في عقود الاتفاق بالتراضي[1].

وبما إن عقد البوت غالبا ما يدور في إطار دولي، و بالتالي فان التفاوض بشأنه يدور في هذا الإطار أيضا فانه يمتاز بصعوبة التفاوض، إذ أن هذا التفاوض، مع بيوت الخبرة العالمية العاملة في مجال نقل لتقنيات الحديثة،يشكل مسالة صعبة و شائكة، وذلك لان صاحب المعرفة الفنية، غالبا ما يحاط، عن طريق ضمانات كافية تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلى بها في مرحلة التفاوض ،كوسيلة الترغيب في التعاقد، واضعا في الحسبان أن مرحلة التفاوض قد تنتهي أما بإبرام العقد أو بعدم إبرامه وذلك يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة بإحدى الوسائل الآتية: إما بطلب تعهد كتابي سابق، أو تعهد مؤسس على الثقة، أو دفع مبلغ من المال مسبقا[2].

وتقوم المفاوضات بدور مرموق في عقود البوت، حيث ترتكز على التبني الكامل لمبدأ الحرية التعاقدية، بما يعني أن كل أمر قابل للتفاوض، وقد نتج عن ذلك آلية قانونية

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص200.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص201.

مستجدة في الصيغ العقدية ،ويقتضي أن تدور المفاوضات في إطار حسن النية كمبدأ أساسي للعقود والمقصود بحسن النية، بوجه عام، هو أن يبذل كل فرد الجهد المعقول و العناية اللازمة، والتزام الصدق في تنفيذ الالتزامات وبذلك يصبح كل طرف على بينة من أمره، في ظل مناخ يسوده التعاون،بحيث يصبح كل طرف على بينة مما يدور حوله فيبنى مفاوضاته على وجه صحيح[1].

وحقيقة الأمر أن التفاوض هي تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد قبل إبرامه بل انه ليس هناك إيجاب يمكن قبوله وإنما فحسب عروض مضادة والمفاوضات بهذا المعنى تعني تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض، وعلى هذا تهدف المفاوضات إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي[2].

إن عملية التفاوض في عقود البوت قد تحتاج إلى وقت طويل قد يستغرق شهور وربما سنوات من العمل المتواصل، والإعداد تمهيدا لإبرام العقد، ومن اجل صحة المفاوضات وسلامتها يقتضي، قبل البدء بها، الاستعلام عن الطرف الأخر، ولاسيما الملتزم وكفاءته وقدرته وسمعته، لكي يدخل المتفاوضون ساحة المفاوضات على خلفية متينة تؤدي إلى حسن التعاقد و سلامة التنفيذ[3].

عادة ما تبدأ مرحلة التفاوض بالجانب الفني للمشروع، و بخطة التشغيل و الصيانة وبعد ذلك وفي ضوء احتياجات كل من طرفي العقد، ومدى قدرته على الاستجابة إلى هذه

---

[1]– المرجع نفسه.

[2]- عصام أحمد البهجى، المرجع السابق، ص131.

[3]– إلياس ناصيف، المرجع السابق ، ص203.

الاحتياجات، تبدأ المفاوضات القانونية التي تستهدف تحديد شروط التعاقد وأحكامه، وإعداد الصياغة القانونية لجوانبه الفنية من اجل إدراجها ضمن بنود العقد أو ملحقاته على شكل نصوص تستجيب لأحكام قانونية. بنتيجة المفاوضات القانونية، تتم صياغة بنود العقد في ضوء المفاهيم و الأحكام و النصوص القانونية، و منها مدة العقد ومواعيد التنفيذ و مراحله، وصيانة المعدات والآلات والأدوات والضمانات المصرفية، ومصادر التمويل و الغرامات المالية وسائر الضمانات القانونية وتحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع، والقانون الواجب التطبيق. مما يجعل توافر الخبرة القانونية في فترة التفاوض، أمر بالغ الأهمية من اجل سكب شروط العقد وأحكامه وملحقاته في صياغة قانونية سليمة، وهذا ما يؤدي إلى اتساق العقد وانسجامه مع كافة الوثائق المرتبطة به[1].

بما أن الصراحة والشفافية قاعدة أساسية في التفاوض، فينتج عن ذلك انه من غير ملائم أن يجري التفاوض مع ملتزم، إذا تبين انه غير كفؤ لإتمام المشروع على وجه صحيح، كما أن المفاوضات يجب أن تتوقف إذا تبين أن المفاوض لا يتمتع بالخبرة الكافية للقيام بالعمل، وبالتالي لإجراء التفاوض ولم يستعين بمراجع أخرى لمساعدته.

أولا: صياغة مشروع عقد البوت

لا يخفى من صياغة مشاريع العقود من أهمية،وذلك لأنها الوسيلة التي بمقتضاها يجري نقل التفكير بالتعبير عنه، بما يقيم تواصلا وتفاهما ووضوح بين النص من جهة، وطرفي الرابطة من جهة أخرى، فإذا أفرغت الصياغة وفقا للأصول والقواعد القانونية، وتضمنت استعمال المصطلحات القانونية في معناها الحقيقي المعبر عن إرادة طرفي العقد،

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص205.

فيؤدي ذلك إلى الوضوح والشفافية، ويجنب العقد سلوك طريق التقاضي، وإجراءاته وتفسيره بما يتلاءم مع نية الطرفين. ولذلك فدور القائم بصياغة العقد دور فعال ومؤثر، وعليه أن يكون ملما بالصياغة، وذا قدرة على استخدام اللغة القانونية المناسبة التي من شانها التعبير عن المعنى المطلوب بدقة تامة، فيضمن تطابق الكلمات والعبارات المختارة للمفاهيم المراد التعبير عنها. وليس هذا بالأمر السهل طالما انه يجسد أفكار مختلفة، ذات اختصاصات متعددة فلغة المحاسب ومفاهيمها ومصطلحاتها، تختلف عن لغة المهندس أو الطبيب أو القانوني وغيرهم, وعلى من يقوم بصياغة أن يكون ملما بالعبارات والمفاهيم المتعددة التي تدل بوضوح على المقصود وما تفاهم عليه المتعاقدان[1].

ولذلك يتعين اختيار المصطلحات القانونية الدقيقة. فكلمة البطلان مثلا تختلف في معناها القانوني عن الانعدام وفسخ العقد وإلغائه. كما أن التشريعات قد تختلف في تحديد مصطلحاتها فكلمة فسخ العقد في التشريع اللبناني مثلا تعني إلغاءه في تشريعات سائر الدول العربية وتعبير غرامة إكراهية في التشريع اللبناني تعني غرامة تهديدية في سائر التشريعات الدول العربية [2]

فبقدر ما تكون صياغة العقد مفهومة وواضحة ومعبرة عن إرادة الفريقين المتعاقدين بقدر ما تكون ناجحة ومفيدة وبعيدة عن مطبات الغموض والتأويل والتفسير وعن كل ما يثير خلافا حول حقيقة المعنى المقصود بالكلمة أو المصطلح، والحقيقة هي أن الصياغة القانونية للعقد تتطلب مرونة ودقة في أن واحد بغية انتقاء العبارات الواضحة من جهة، والمطاطة من جهة أخرى، إذ يقتضي الأمر اعتماد صياغة للعقود تحتوي على ضمانات ذاتية، تسمح

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص206.

[2]- المرجع نفسه.

للمتعاقد الوصول إلى حقه بالاعتماد على النص التعاقدي، وليس الرجوع إلى مبادئ عامة خارج إطار العقد، مما قد يؤدي إلى عدم إمكانية الاستجابة لتطبيق هذه المبادئ، وبالتالي إضاعة فرصة المحافظة على حقوق المتعاقد[1].

وقد أدى تزايد مشاريع البوت إلى اعتماد صياغة قانونية تعتمد دوليا، وان لم تكن موحدة فهي متقاربة فيما بينها، بشكل يجعل منها مرجعا أو قاعدة يمكن الركون إليها، واعتمادها لدى صياغة أي عقد جديد[2].

ثانيا: إعداد مشروع عقد البوت .

بعد الانتهاء من المفاوضات و الاتفاق المبدئي بين المتعاقدين يتم لانتقال إلى مرحلة إعداد مشروع العقد، وقد يرى الطرفان توقيع ابتدائي قبل إبرام العقد النهائي. وفي كلا الحالتين يتضمن العقد الأقسام الآتية:[3]

أ-المقدمة :

لابد في كل عقد من مقدمة تتضمن لفت النظر إلى اتفاق الفريقين والأعمال موضوع التعاقد، والإشارة إلى المفاوضات التي تمت بين الفريقين، والمستندات و كراسة الشروط، ومراحل التنفيذ وأهمية كل مرحلة، والتصميم على التعاقد وصحة الرضى واسم كل من الإدارة المانحة والمتعهد. وتشكل المقدمة جزء لا يتجزء من العقد.

ب- التعريف أو التعريفات:

---

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص207

[2]-إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص208

[3]-المرجع نفسه.

إن هذه التعريفات هي عادة أنكلوسكسونية بالأساس، ولكنها حاليا معتمدة في معظم دول العالم. ويتم تنفيذها بإدراج تعريف للمصطلحات والتعابير والكلمات المستعملة، وذلك في المادة الأولى أو المواد الأولى من العقد،وهي تشمل التعابير الرئيسية التي يتكرر استعمالها في المواد التالية :

تتصف هذه العادة بالدقة، في التعابير المستعملة وينتج عن وضع التعاريف نتيجتان مهمتان هما[1]:

– النتيجة الأولى: هي انه يجب استعمال العبارات المعرفة في كل مرة يراد فيها استعمال هذه العبارات، والإقلاع عن استعمال مرادفاتها.

– النتيجة الثانية: يجب أن تكتب العبارات المعرفة بحروف نافرة في متن النص. وذلك تجنبا للأخطاء التي يمكن وقوعها، إذا اخلط بين العبارات المعرفة وسواها من العبارات، ولنتجنب تفسير العقد بما لا يتفق مع قصد المتعاقدين.

–ومن المناسب أن تكون الكلمات و التعابير المعرفة قليلة العدد لكي تؤدي دورها الحقيقي، وإلا كانت عرضة للبس والاختلاط وتفسير العقد بشكل يتيح تأويل المعاني وتضاربها، وتقوم التعاريف بدور مهم في تفسير العقد.

ج– موضوع العقد:

يشير العقد إلى موضوعه، فيصف المشروع المزمع إنشاؤه مبينا مقدماته المادية والمعنوية، لان تفصيله يأتي عند الكلام موجبات كل من الطرفين.

وعادة ما يدرج في بنود العقد موجبات كل من المتعاقدين وحقوقهم المتقابلة، كما يدرج تعريف لموضوع العقد يتضمن ملخصا له، ثم يتوالى شرحه وتفصيله في الصفحات التالية.

[1]–إلياس ناصيف، المرجع السابق ،ص209

ويكون ملخص موضوع العقد مهما، ولاسيما في تعريفه وتعابيره التي يجب أن تكون دقيقة و محددة، لتعطي صورة واضحة عن محتوى الموضوع والهدف منه، وإلا أتت مشوهة لمعناها الحقيقي وناقصة، و كانت مثارا للجدل و التفسير[1].

يقتضي أن يحدد العقد موجبات كل المتعاقدين، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الإدارة المانحة تتوخى الحصول على تنفيذ جيد للمشروع بأقل كلفة ممكنة. وهذا يعني انه في عقود البوت تجتهد الإدارة المانحة، لان تفرض على المستفيدين من المرفق العام الذي ينفذه الملتزم، على اقل ما يمكن من أسعار بينما يبتغي المتعهد الحصول على أفضل ما يمكن من الأرباح، في ضوء تنفيذ جيد للمشروع[2]. ولابد من مراعاة مصالح الفريقين المتعاقدين، بالرغم من تعارضها في بعض الأحيان وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.وتشمل موجبات الملتزم تفصيل التزامه بدقة ووضوح، بما فيها مراحل تنفيذ العمل والمدة اللازمة لذلك والآلات والأدوات المستعملة، ومواصفات العمل والمواد الأولية وكل ما يتعلق بشروط العمل و العاملين فيهو كل ما يجب استيراده و استعماله من مواد مصنعة في الدولة المانحة وكيفية الإدارة المشروع وصيانته تحت مراقبة الإدارة ومدة الالتزام، وكيفية نقل الملكية. والتزام المتعهد يتقاضي سعر محدد توافق عليه الإدارة، وإذا اقتضى الأمر زيادة السعر بفعل الظروف وتبدل الأسعار فلابد من الإشارة إلى موافقة الإدارة على ذلك،في حين تشمل موجبات الإدارة المانحة تسليم مواقع العمل، و حفظ حق المتعهد ولاسيما لجهة عدم منافسته في مشروع مماثل، وتخويل حق الاستثمار طوال المدة المتفق عليها، ومراعاة حقوقه في استيفاء الرسوم المتوجبة له على المستفيدين من المرفق العام وفي حالة الظروف الطارئة.وقد

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص210.

[2]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص210.

يتضمن الاتفاق بندا يشير إلى التزام المتعهد بدفع الضرائب المفروضة على نشاطه، وإعفائه منها، أو من بعضها خلال مدة معينة[1].

وتختتم أحكام العقد بالنص على مسائل متفرقة تشير إلى فسخه، واثر القوة القاهرة عليه، و الضمان، وفض المنازعات، واختيار القانون الواجب التطبيق[2].

د- لغة العقد :

بما إن عقد البوت غالبا ما يتمتع بصفة دولية، نظرا لان الشركات التي تتعاقد مع الدولة لإنشائها و تنفيذه، عادة ما تكون من جنسيات مختلفة[3]، وبما أن العقود الدولية يقتضي الاتفاق على لغة العقد، و قد يتفق على تحريره بعدة لغات وفي هذه الحالة الأخيرة يقتضي الاتفاق على اللغة المعتمدة عند وقوع خلاف في التفسير، كما يقتضي أن يحرص العقد على إعداد قائمة بمعاني المصطلحات المستعملة فيه، لاختلاف مدلول هذه المصطلحات في اللغات المعتمدة و قد تضاف هذه القائمة كملحق للعقد، إذا عين العقد اللغة أو اللغات المعتمدة لتحريره، وجب تحرير ملاحق العقد بهذه اللغات كما تجرى بها المراسلات التي يتبادلها أطراف العقد.و لكن بما أن عقد البوت ينعقد بين المتعهد و الإدارة المانحة في بلد معين، وبما أن القانون يفرض على الإدارة المانحة أن تكون اللغة المستعملة هي لغة الجنسية ،وقد يتأتى من اللغة التي يصاغ بها العقد مشاكل عديدة، الصعب إيجاد حل واضح لها[4].

---

[1]- المرجع نفسه.

[2]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص211.

[3]-إلياس ناصيف، نفس المرجع، ص211

[4]- الياس ناصيف، نفس المرجع، ص 212.

الفصل الثاني

الفصل الثاني : الآثار المترتبة على عقد البوت

عندما تقوم الدولة أو إحدى هيئاتها العامة بإبرام عقد البوت مع القطاع الخاص على النحو الذي رأيناه في الفصل الأول، ونظرا لخصوصية هذه الآلية التي هدفها تحقيق التنمية الاقتصادية وتطوير البنى التحتية كما ذكرنا سابقا، فإن لتنفيذ هذه العقود يتطلب تضافر الجهود وتوفر رأسمال كبير واستعمال تكنولوجيات عالية، لذلك فإن تنفيذ عقود البوت مثله مثل أي عقد يرتب آثار قانونية على أطرافه (السلطة المتعاقدة، وشركة المشروع) لتصبح بعد ذلك واجب قانوني يترتب الإخلال بها توقيع الجزاء (المبحث الأول) لنعرج إلى تقييم نظام التعاقد بأسلوب البوت في (المبحث الثاني)، لنسلط الضوء على المزايا والمنافع الناتجة عن النظام وكشف مساوئه[1] .

المبحث الأول: الآثار المترتبة على أطراف عقد البوت وجزاء الإخلال به

بعد إبرام عقد البوت وتنفيذ المشروع من طرف شركة المشروع حسب الاتفاق المبرم في العقد ووفق الشروط المتطلبة في عملية التنفيذ، والتي يترتب عنها آثار قانونية تمس كلا طرفي العقد، حيث تتمتع كل من الدولة وشركة المشروع بحقوق والتزامات (المطلب الأول)، كما يترتب الإخلال بهذه الالتزامات توقيع جزاء (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: حقوق والتزامات طرفي عقد البوت

التعاقد بنظام البوت المبرم بين الدولة أو أحد هيئاتها وشركة المشروع، كغيره من العقود يترتب عنه حقوق لطرفيه (الفرع الأول)، والتزامات تقع على عاتق طرفيه (الفرع الثاني) .

[1]– حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 88 .

الفرع الأول: حقوق طرفي العقد

أولا: حقوق شركة المشروع

تتمتع شركة المشروع في عقد البوت بعدة حقوق في مواجهة السلطة المتعاقدة ويمكن إجمالها في الآتي :

أ- الحق الحصول على مقابل مالي

تسعى شركة المشروع في عقود البوت للحصول على مقابل مالي نظير قيامها بتشييد المرفق العام وتزويده بكل المعدات والتكنولوجيا اللازمة لتسييره وتشغيله[1]، والغاية من هذه الأعمال الضخمة والمكلفة هو استثمار رأس المال الموجود لدى شركة المشروع مما يؤدي إلى تحقيق النفع الخاص .

والمقابل المالي في عقد البوت سواء كان في شكل رسم أو ثمن هو من الشروط التعاقدية التي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق طرفي العقد وذلك بمراعاة تكاليف إنشاء وإدارة المشروع، إن تأثير عدم تمكين الشركات من حقوقها المالية المتفق عليها أو تعديلها بشكل فردي في مشاريع البنية التحتية بنظام البوت يعكس صعوبة الدولة في جذب الاستثمارات الخاصة، حيث تكون التكلفة أقل من التعويضات التي يمكن أن تكون مطالبة بها أمام هيئات التحكيم، وهذا يمكن أن يؤدي إلى صعوبات في جذب الاستثمارات وتشغيل المشاريع بنجاح[2] .

الجهة المانحة لا تمتلك الحرية المطلقة في تعديل الرسوم وهي بذلك تخضع لقيدين أساسين هما:

---

[1]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 144 .

[2]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 116.

– القيد الأول: التدخل التشريعي يمكن أن يحدد سعر الخدمة التي ينبغي أن يقدم عليها المنفعة من المرافق العامة، مثل تحديد سعر الكهرباء والغاز والسفر، في هذه الحالة لا يمكن للجهة المانحة أو الملتزم مجتمعين الخروج عن القيود التشريعية المفروضة في هذا الشأن، من أمثلة ذلك في التشريع الجزائري المادة 137 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه التي نصت على كيفية تحديد تسعيرة الخدمات العمومية للمياه والتي تم تحديدها عن طريق مرسوم تنفيذي رقم 07-270[1] الذي يحدد شروط وكيفيات إعداد نظام تسعير خدمة ماء السقي .

– القيد الثاني: مبدأ المساواة في الرسوم ينص على ضرورة إعطاء نفس الأهمية للمنتفعين من خلال توحيد الرسوم بينهم بناءا على المساواة متى تماثلت الظروف [2].

ب-الحق في الحفاظ على التوازن المالي .

يجب أن يتم توفير حقوق للمتعاقد مع المركز الإداري المسؤول عن إدارة المرفق العام بشكل يتوازى مع الالتزامات المطلوبة منه، وفقا لمبدأ التوازن المالي للعقد الذي يعتبر مهما في عقود البوت، ويهدف هذا المبدأ إلى تحقيق التوازن في العلاقة بين الأطراف المتعاقدين عن طريق تعويض المتعاقد بشكل عادل في ظروف وشروط معينة حتى إذا لم يكن هناك خطأ من جانب الإدارة[3]، وذلك بتطبيق النظريات المشهورة في القانون الإداري في مجال

[1]- المرسوم التنفيذي، 07-270 مؤرخ في 11 سبتمبر 2007، يحدد شروط وكيفيات إعداد نظام تسعير خدمة ماء السقي (ج. ر :57 /2007) .

[2]- أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع السابق، ص 36 .

[3]- بن ديدة نجاة، المرجع السابق، ص 18

العقود المتمثلة في:(نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)[1].

– نظرية فعل الأمير: يقصد بها:" كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية ".

ما يعاب هذا التعريف، تجاهل أن زيادة التكلفة يمكن أن تحدث دون خطأ من الجهة الإدارية، وأن الإدارة المتعاقدة ملزمة بتعويض المتعاقد المتضرر لاستعادة التوازن المالي للعقد، نظرية الأمير تعرف على أنها أي إجراء تتخذه الجهة الإدارية المتعاقدة دون خطأ يسبب ضرر للطرف المتعاقد معها، مما يفرض على الجهة الإدارية المتعاقدة تعويضه عن جميع الأضرار[2].

– نظرية الظروف الطارئة: تتفق على أنه إذا ظهرت ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ عقد إداري تؤدي إلى تخريب التوازن المالي للعقد حتى يصبح التنفيذ غير ممكن واكثر تكلفة مما كان متوقعا من قبل الأطراف، مما يتسبب في خسارة استثنائية وكبيرة لا يمكن للمتعاقد تحملها، يحق له في هذه الحالة طلب مشاركة الجهة الإدارية المتعاقدة في تحمل هذه الخسائر، وتقوم الإدارة بتعويض شركة المشروع جزئيا.

– نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: هي نظرية قديمة أطلقها القضاء الإداري، وهناك اختلاف في فقه القانون اٌداري حول هذه النظرية كنظرية قانونية مستقلة عن نظرية

[1]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 146 .

[2]- بولقواس سناء، المرجع نفسه.

الظروف الطارئة في مجال عقود الأعمال العامة، ويتم تطبيق هذه النظرية غالبا في عقود الأشغال العامة[1].

ثانيا:حقوق السلطة المتعاقدة .

تتمتع السلطة المتعاقدة بحقوق مكرسة قانونا في مواجهة شركة المشروع، تتضمن المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام ومواكبتها للتطورات، لارتباطها بحاجات المرتفقين المتطورة، سنستعرض مختلف الحقوق المخولة للسلطة المتعاقدة[2] .

أ- **الحق في الرقابة على شركة المشروع المنفذة للعقد .**

الدولة لها سلطة الرقابة على الاستثمارات الأجنبية داخل حدودها، بهدف توجيه هذه الاستثمارات نحو تحقيق أهداف التنمية والمصلحة العامة، في مختلف مراحل عملية الاستثمار، وذلك ضمن إطار سياستها.

حق الرقابة في عقود البوت يكتسي أهمية خاصة نظرا لطول مدة التشغيل والاستغلال، حيث يتطلب التزام الشركة بإعادة المشروع بحالة جيدة عند انتهاء فترة الاستغلال وجود الجهة الحكومية التي تمتلك حقوق الرقابة والإشراف والتوجيه على المشروع.

تتم رقابة عقود البوت من خلال تعيين ممثلين للجهة الإدارية في مجلس إدارة الشركة المشغلة وتعاون الوزارات المختصة وتأمين سلامة المشروع، وتفرض القوانين على مقدمي الخدمات العامة لتزويد جهاز الرقابة بمعلومات دقيقة وتمنح الأجهزة الرقابية حقوقا تتضمن توجيه الاستفسارات ومراجعة الحسابات بما في ذلك إجراء مراجعات تفصيلية للأداء والامتثال وفرض العقوبات في حالة عدم تعاون الشركات، يمكن للجهات الرقابية إصدار أوامر

[1]- أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع السابق، ص 38 .

[2]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 168 .

قضائية أو اتخاذ إجراءات جزائية لضمان تقديم المعلومات المطلوبة وفرض العقوبات المناسبة [1].

ب-الحق في تعديل عقد البوت .

في عقود البوت، قد تحدث تغييرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية خلال فترة العقد الطويلة، مما قد يستدعي تعديل شروط العقد والتزاماته بهدف ضمان استمرارية سير المشروع العام وتحقيق المصلحة العامة، سواء بإضافة شروط جديدة أو تعديل الشروط الحالية، بشرط أن يتم ممارسة سلطة التعديل وفق ضوابط تتمثل في الآتي:

- ألا يؤثر هذا التعديل على جوهر العقد الأصلي، بل يتعين أن نتناول فقط الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام.

- مراعاة مبدأ المشروعية .

- ضرورة وجود ظروف استثنائية تبرر تعديل العقد[2] .

ج- الحق في استرداد المرفق العام .

حسب النظرية التقليدية لعقود الامتياز، للإدارة الحق في استعادة المشروع العام قبل انتهاء مدة العقد، وتحل بعد ذلك محل الملتزم في التزاماته حتى ولم يخل بأي من التزاماته، ويجب أن تكون هناك بنود صريحة في العقد تحدد شروط وحالات استردد المشروع قبل نهاية مدة العقد، وهو ما يعرف "بالاسترداد التعاقدي" وهو حل نزاع يحدده القاضي استنادا إلى ما جاء في العقد ويفسره وفقا لنية الأطراف المشتركة، ومع ذلك يرى بعض الفقهاء، أن

[1]- بن ديدة نجاة، المرجع السابق، ص 16 .

[2]- دلالي عبد الجليل، المرجع السابق، ص 84 .

الحق في باسترداد المرفق العام يعتبر جزءا من النظام العام ، وأن الإشارة إليه في العقد تعد كاشفا ومنظما فقط وليس لإنشاء حق جديد.

وهناك أيضا "الاسترداد غير التعاقدي" وهو الاسترداد الذي تقوم به الدولة المضيفة بإرادتها الفردية دون وجود تنظيم قانوني يحكمه في عقد البوت، ويتم ذلك لتحقيق المصلحة العامة في حالتين معينتين أثناء تنفيذ العقد، وفي حالة حدوث الاسترداد خلال المدة التي يمنع فيها الاسترداد وفقا لنص العقد، يجب أن تكون هناك أسباب متعلقة بتحقيق المصلحة العامة تبرر هذا الاسترداد[1] .

د-الحق في توقيع جزاءات على شركة المشروع .

تتمتع الدولة بصلاحية توقيع جزاءات على المتعاقد في عقود البوت، في حالة تقصيره أو التأخر في تنفيذ التزاماته، وتعتبر هذه الصلاحية من أقوى وأخطر السلطات التي تمتلكها الدولة في مواجهة المستثمر المتعاقد معها، كون موضوع العقد هو المرفق العام جوهره تحقيق المصلحة العامة، وضرورة استمرارية تقديم الخدمات بانتظام لتحقيق النفع العام[2]، يمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى نوعين: [3]

1-**الجزاءات المالية** : وتأخذ صورتين هي الغرامات ودفع كفالة حسن التنفيذ بهدف ضمان تنفيذ العقد في الوقت المحدد لضمان سريان المرافق العامة بانتظام، حيث تحدد الغرامات عادة بشكل دقيق في العقد ويتم على المتعاقد في حال عدم تنفيذ التزاماته، في حال عدم

[1]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 174 .

[2]- دلالي عبد الجليل، المرجع السابق، ص 85 .

[3]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 176 .

تحديد الجزاءات في عقد البوت، يتم اللجوء إلى قانون الصفقات العمومية الذي ينظم العقود الإدارية لتغطية هذا النقص[1] .

والمشرع الجزائري لم يتناول بعد تفاصيل تفويض المرافق العامة، لذلك يمكن تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية حتى صدور التنظيمات الخاصة، وبخصوص كفالة حسن التنفيذ، حدد المشرع نسبة تتراوح بين 5% و 10% من قيمة العقد مع استثناءات محددة، واستقر القضاء الإداري أن الإدارة لها الحق في مصادرة مبلغ الكفالة لا يمنعها من المطالبة بالتعويض إذا تجاوزت الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ التزامات الشركة قيمة الكفالة[2].

2- سلطة إنهاء العقد .

قد تتضمن العقود أو تنص القوانين أو اللوائح حقا للإدارة في إنهاء العقد بشكل فردي، وهذا الحق يكون مرتبطا بمصلحة عامة، في حالات عقود البناء، التشغيل والتحويل (BOT)، يمكن للدولة المضيفة إنهاء العقد بإرادة منفردة إذا لم تقم الشركة ببناء المرفق العام كما هو متفق عليه، أو إذا لم تقدم الخدمات بانتظام[3]، المشرع الجزائري أوجب توجيه إعذارين للمستفيد من الامتياز(شركة المشروع في عقودBOT)، في حال عدم احترامها لشروط العقد، ويتطلب ذلك إرسال رسالة موصى مع إشعار بالاستلام.

المشرع الجزائري يفرض عقوبة على المتعاقد عند عدم امتثاله لالتزاماته العقدية من خلال الإنهاء، ويجبر الدولة على دفع تعويض للمتعاقد بسبب تحسين قيمة الأرض، كما يحق للدولة إعطاء فترة زمنية إضافية للمتعاقد تتراوح من سنة إلى ثلاث سنوات، ولكن قد

[1]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 176 .

[2]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 177 .

[3]- المرجع نفسه .

يكون ذلك سلبيا في عقود البوت المتكونة من ثلاث مراحل يمكن أن تؤثر على تتابع المراحل وتعطيل نقل ملكية المرفق العام إلى الدولة المضيفة[1].

الفرع الثاني: التزامات طرفي عقد البوت

يقع على عاتق طرفي عقد البوت مجموعة من الالتزامات، (أولا) متعلقة بشركة المشروع ، والتزامات السلطة المتعاقدة (ثانيا) .

أولا: التزامات شركة المشروع .

شركة المشروع في عقود BOT تتحمل مجموعة متنوعة من الالتزامات الثقيلة والمتعددة التي يتم فرضها عليها وفق هذا النوع من العقود، نلخصها في التالي :

أ-الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد

شركة المشروع في عقد البوت ملزمة بتنفيذ العقد شخصيا، ولا يمكنها تفويض هذه الواجبات لجهة أخرى، تم اختيار شركة المشروع بناءا على معايير شخصية، وبالتالي فإنها غير مسموح لها بتحويل تنفيذ العقد لجهة أخرى، وإذا حدث ذلك فإنه يمكن أن يؤدي إلى فسخ العقد وتحملها للمسؤولية[2] .

القاعدة التي تفرض على شركة المشروع في عقود البوت تنفيذ العقد شخصيا قد ينظر إليها باعتبارات استثنائية وبناءا على مصلحة الإدارة المتعاقدة، ولكن القرار النهائي يتوقف على موافقة صريحة ومكتوبة من الإدارة بعد أن يكون المتعاقد قد أكمل كافة التزاماته بموجب العقد وتقديم الأدلة المعقولة عن قدرته المالية والفنية.

[1]- بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 178 .

[2]- دلالي عبد الجليل، باية عبد القادر، المرجع السابق، ص 86 .

موافقة الإدارة على التنازل عن العقد تعتبر عقدا جديدا يحل محل العقد الأصلي، مما يؤدي إلى إنشاء علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة، والمتنازل هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وبناءا على ذلك يتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته[1]

ب-الالتزام ببناء وتشييد المرفق العام وتمويله

يمثل الالتزام الجوهري لشركة المشروع في تصميم وتمويل وإنشاء المرفق على نفقتها، وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها.

يجب على الشركة تحقيق النتائج، وليس فقط بذل العناية، ويقتصر دور الإدارة على تحديد المواصفات والأهداف العامة للمشروع مثل السعة الإنتاجية والكفاءة الفنية والبيئية، على أن تترك التفاصيل لشركة المشروع لتحقيق هذه الأهداف، مما ينقل مخاطر التصميم إلى القطاع الخاص ويسمح بالاستفادة من خبراته[2] .

ج- الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة

غالبا ما تشمل عقود البوت شرطا يلزم شركة المشروع باستخدام أحدث التقنيات في بناء وتشغيل المرافق العامة، وتدريب العمال المحليين عليها، خاصة في البلدان النامية، ذلك بهدف تسهيل إدارة المشروع والقدرة على تشغيله وتحقيق عوائد اقتصادية أعلى، لصالح الدولة أو شركة المشروع، إلى جانب تقديم خدمات عالية الجودة بعد نقل ملكية المرفق العام إلى الدولة[3].

[1]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 104 .

[2]- بن ديدة نجاة، المرجع السابق، ص 17 .

[3]- دلالي عبد الجليل، باية عبد القادر، ص 87 .

د-الالتزام بتشغيل المرفق العام وصيانته

في عقد البوت (BOT)، تعتبر عملية تشغيل المرفق الهدف الرئيسي الذي يتطلع إليه جميع الأطراف، حيث تدير شركة المشروع المرفق العام وفقا للاتفاق المبرم في العقد، تضمن هذه المسؤولية نوعية الخدمات، المدة، الرسوم، والتزام شركة المشروع بضمان استمرارية المرفق وتقديم خدماته بمساواة بين جميع المستفيدين، بالإضافة إلى ذلك يتعين على شركة المشروع خلال عملية التشغيل القيام بصيانة المرفق ومعداته لضمان استمراريته، وتسليمه بحالة جيدة وصالحة للاستخدام[1]

هـ-الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى السلطة المتعاقدة

بموجب العقد يجب على شركة المشروع نقل المرفق إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء فترة العقد، في حالة جيدة، ومن الممكن للطرفين التوافق على تعيين مكتب متخصص وخبير لإعداد تقرير فني حول حالة المشروع، وقد تم العمل على المستوى الدولي على أن تظل أصول المرفق صالحة للاستخدام بعد إعادتها إلى الدولة لفترة لا تقل عن نصف مدة العقد[2].

وفقا للقانون، ينتقل المشروع إلى السلطة المتعاقدة دون مقابل، حيث تستعيد شركة المشروع تكاليف بناء المشروع خلال فترة التشغيل، وتحتفظ بالأرباح التي تحققت، ومع ذلك يمكن للعقد أن ينص على حصول شركة المشروع على تعويض رمزي حسب الحالة، ويجب أن تكون جميع أصول المشروع خالية من أي رهون أو التزامات عند نقل ملكية المشروع[3].

---

[1]– المرجع نفسه .

[2]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 113 .

[3]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 114 .

تلتزم الشركة المشاركة في عقد البوت بتسليم الجهة المتعاقدة جميع المستندات والوثائق الضرورية لتشغيل المشروع، وتلتزم أيضا بالتعاون والتوقيع على أي وثائق لازمة لإتمام عملية نقل الملكية، والتي تعتبر ختاما طبيعيا لعقد البوت[1]

ثانيا: التزامات السلطة المتعاقدة

عقد البوت يفرض على عاتق الدولة مجموعة من الالتزامات تشمل:

أ-تنفيذ العقد بحسن نية

مبدأ حسن النية هو مبدأ عام في التشريعات وهو أساسي في جميع العقود المدنية والإدارية، بما في ذلك عقد البوت، يتضمن تنفيذ عقد البوت على عاتق الدولة الالتزام بحسن النية، وذلك من خلال عدم إرهاق المتعاقد معها وعدم عرقلة تنفيذ المشروع، بالإضافة إلى احترام جميع الشروط المتفق عليها[2].

ب-التزام السلطة المتعاقدة بتبسيط الإجراءات الإدارية

تلتزم الدولة في عقود البناء والتشغيل بأن تقدم دعما وتسهيلات قانونية وإدارية وتنظيمية للمستثمرين بهدف تعزيز وتطوير الاستثمار، يتضمن ذلك تبسيط إجراءات التسجيل ومنح التراخيص اللازمة للمشاريع، وتوفير المعلومات الضرورية للمستمرين، وإزالة العقبات الإدارية، وتسهيل تخصيص الأراضي اللازمة لبناء المشاريع، كما تهتم الدولة بتوفير الأمان في المناطق الاستثمارية، وضبط منظومة القوانين بما يحقق تشجيع وتحفيز الاستثمارات، خاصة تلك الناقلة للمهارات والتقنيات والتكنولوجيا الحديثة[3]

---

[1]- المرجع نفسه .

[2]- دلالي عبد الجليل، باية عبد القادر، ص 85 .

[3]- المرجع نفسه .

ج-الالتزام بتوفير مناخ قانوني ملائم لاستقبال مشاريع البوت

تتعهد الدولة المهتمة بتطوير وإنجاز مشاريع البنية التحتية العامة بتعزيز الثقة لدى المستثمرين الأجانب من خلال إنشاء بيئة استثمارية ملائمة، وذلك عن طريق وضع إطار قانوني قوي يسمح بالاستثمار الخاص وضمان جمع العوائد، يتم تحقيق هذا من خلال قوانين تعزز مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية وتضمن انتقال سلطة الإدارة من ممثل للقطاع العام إلى منظم لهذه المشاريع[1]

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزامات المترتبة على عقد البوت

تنص القوانين على أن تنفذ الأطراف في العقد التزاماتهم، ويعتبر ذلك واجبا قانونيا يتطلب احترام مبدأ العدالة، وفي حالة عدم الامتثال لأي من الالتزامات المترتبة من العقد، يمكن فرض جزاء الذي قد يرد في صورة المسؤولية العقدية (الفرع الأول[2])، لنتطرق أيضا لمدى قيام المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها الناشئة عن عقد البوت (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: قيام المسؤولية العقدية

عندما يتم توقيع عقد صحيح ويتم تحديد مضمونه، يصبح واجب التنفيذ جاريا، فقوة الالتزام بالعقد تتطلب من كل طرف التزاماته وفقا للاتفاق المبرم بينهم، بطريقة تتفق مع حسن النية، فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ اختياريا، يمكن جبره على ذلك إذا كان ذلك ممكنا، وهذا ما يعرف بالتنفيذ العيني الجبري، فلقيام المسؤولية العقدية يجب توفر أركان لها(أولا)،

[1]- بن ديدة نجاة، المرجع السابق، ص 15 .

[2]-بن ديدة نجاة، المرجع السابق، ص 18 .

كما تتعرض بعض الالتزامات إلى قوة تحول بينها وبين تنفيذ العقد مما يتطلب الإعفاء عن المسؤولية أو التخفيف منها (ثانيا) .

أولا: أركان المسؤولية العقدية

بموجب المادة 124 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني أنه:"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فإذا خرج المدين عن الالتزامات المتفق عليها ولم يكن بالإمكان إجباره على تنفيذها فإنه يتحمل مسؤولية عقدية عن الأضرار التي يتسبب فيها للدائن نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير فيه أو تنفيذه بشكل مخالف للمواصفات المتفق عليها، وهذا يمنح الدائن الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تكبدها[1]، وهو حق يثبت بتوافر الأركان الثلاثة للمسؤولية العقدية، وهي (الخطأ العقدي، والضرر، والعلاقة السببية بينهما).

الخطأ في المسؤولية العقدية يحدث عند عدم الامتثال لالتزامات العقد، إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإن عدم تحقيق هذه النتيجة يعتبر مخالفة للعقد، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، فإن عدم بذل العناية قد يعد خرقا للالتزام، تختلف معايير عدم تنفيذ الالتزامات العقدية باختلاف نوع الالتزام نفسه، كما أن المدين ليس مسؤولا فقط عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بل يكون أيضا مسؤولا عن أخطاء الأشخاص الذين يعملون تحت إشرافه مثل العمال[2].

[1]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 121 .

[2]- وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت (B.O.T)، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 97 .

يجب أن يكون الضرر الذي يوجب التعويض ضررا ماديا، وأن يحدث فعليا وقت المطالبة بالتعويض، ويكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع الحدوث عند التعاقد وفقا لتوقعات الشخص العادي في نفس الظروف الخارجية، كما أنه لقيام المسؤولية العقدية وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، حيث يفترض أن يكون الخطأ هو السبب الرئيسي لحدوث الضرر، لذا لا يوجد تعويض إلا إذا كان هو السبب الرئيسي للضرر، وبالتالي فإن المسؤولية العقدية تفترض وجود علاقة سببية[1].

يلقى عادة على المدين تحمل إثبات العلاقة السببية في القضايا العقدية، في بعض عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ويتم تحديد التعويض استنادا إلى الضرر الذي تكبده الدائن والكسب الذي فوت نتيجة لذلك، ومع ذلك قد يحد العقد هذه القاعدة من خلال استبعاد الكسب المفقود من تقدير التعويض وتحديده للضرر فقط، ويمكن أيضا وضع حد أقصى للتعويض بهدف تقليل المسؤولية العقدية، خاصة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الضخمة التي يمكن أن يصل فيها التعويض إلى مبالغ مالية هائلة تجبر المدين على إيقاف أو تقليص نشاطه[2] .

ثانيا: الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها

العقود تتطلب من المتعاقد القيام بتنفيذ التزاماته بشكل عيني، كما تم الاتفاق عليه في العقد،وإذا امتنع المتعاقد عن التنفيذ أو قام بتنفيذه بشكل غير مطابق للشروط المتفق عليها، فإنه يتحمل المسؤولية، فالمسؤولية تثبت بمجرد عدم التنفيذ على الوجه المتفق عليه، ولا يمكن أن يتم إعفاء المتعاقد من المسؤولية إلا إذا تم إثبات عدم تنفيذه لالتزامه أو الإخلال به

[1]- وليد مصطفى الطراونة، المرجع السابق، ص 98 .

[2]- وليد مصطفى الطراونة، المرجع السابق، ص 99.

كان بموجب العقد أو لسبب أجنبي خارج عن سيطرته مثل الحادث المفاجئ، القوة القاهرة وغير ذلك من الأسباب[1].

ومن بين أسباب الإعفاء عن المسؤولية أو التخفيف منها مايلي :

أ-**القوة القاهرة:** وهي حادث خارج عن إرادة أطراف العقد ولا يمكن التنبؤ به، مثل الحروب والزلازل والحرائق، يجعل هذا التنفيذ للالتزامات التعاقدية مستحيلا، ويجب أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن تفاديه وغير قابل للتحمل، ويجب أن يكون مستقلا عن إرادة المتعاقد، ولكي يتم اعتبار القوة القاهرة يجب توافر ثلاثة شروط .

1-أن يكون حدوث الحادث غير متوقع ليس فقط من قبل المدعى عليه ولكن من قبل أي شخص يكون في نفس الظروف.

2- يجب أن تكون القوة القاهرة غير قابلة للتحمل ولا يمكن دفعها،وإلا لا تعتبر قوة قاهرة

3- يجب أن يكون الحادث منفصل عن المدعى عليه وليس بسببه .

عند توفر هذه الشروط فإن المتعاقد لا يكون ملزما بتنفيذ التزاماته العقدية، ولا يحق للطرف الآخر فرض عقوبات عليه بسبب عدم تنفيذ التزاماته، كما يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد، وعندما يزول السبب الذي أدى للقوة القاهرة، يجب على المتعاقد العودة إلى تنفيذ التزاماته، في بعض الأحيان، تتضمن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بنودا خاصة بالقوة القاهرة والحوادث المفاجئة التي تنظم إعفاء الأطراف من التزاماتها، يستقل كل عقد على حدا بتفصيلها[2].

---

[1]- المرجع نفسه .

[2]- وليد مصطفى الطراونة، المرجع السابق، ص 101.

ب-خطأ المتعاقد الآخر: في حالة عدم تنفيذ أو تأخير التنفيذ يعود نتيجة لتقصير المتعاقد الآخر في الوفاء بالتزاماته وفقا لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، إذا لم تقم الإدارة بتحديد أو تسليم موقع المشروع للشركة للبدء بالعمل، فإن مسؤولية الشركة عن عدم تنفيذ العمل تنتفي في مثل هذه الحالة، أما إذا اشتركت الإدارة وشركة المشروع في الفعل الذي أدى إلى الضرر، فيجب على الإدارة أن تكون مسؤولة عن التصرف الخاطئ ليؤثر في مسؤولية الشركة وإلا فإن الشركة لا تعفى من المسؤولية ولا يخفف عنها.

ج- خطأ الغير: هو الفعل الذي ينجم عنه ضررا من قبل شخص خارجي لطرفي العقد، في عقود البوت، لا يتحمل المتعاقد مع الإدارة مسؤولية الانتهاكات في التزاماته إذا كانت هذه الانتهاكات ناتجة عن فعل الغير، ولا يعد خطأ الغير الذي يصدر من شخص له ارتباط مصلحي بالشخص المدعى عليه في مواجهة المتضرر وتظهر أهمية ذلك في مجال مسؤولية الشخص المعنوي حال أن صدر خطأ من جهة الوصايا أو الرقابة على المدعى عليه، ويجب تحديد الشخص الذي تسبب في الخطأ،وأن لا يكون خطأ الغير نتيجة خطأ المدعى عليه، وأن يكون خطأ الغير ناتجا عن سلوك يشوبه انحراف عن سلوك الشخص المعتاد، فإذا كان خطأ الغير السبب الوحيد الذي أدى إلى حدوث الضرر أمكن للمدعى عليه أن يدفع البسبب الأجنبي[1] .

د- الظروف الطارئة: تهدف هذه النظرية لمواجهة الأحداث غير المتوقعة التي قد تحدث عند تنفيذ العقود، وتجعل من تنفيذ الالتزام صعبا زمرهقا للأطراف المتعاقدة، فقد تؤدي هذه الظروف إلى تغير اقتصاديات العقد وخسارات غير متوقعة لإحدى الأطراف، وفي مثل هذه

[1]- وليد مصطفى الطراونة، المرجع السابق، ص 102.

الحالات، يحق للمتعاقد أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض الجزئي عن الخسائر التي تكبدها[1].

الفرع الثاني: مدى قيام المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها الناشئة عن عقد البوت

دفعت تطورات العلاقات الاقتصادية الدولية الدول المصنعة للتركيز على إبرام اتفاقيات ثنائية مع البلدان النامية لحماية مصالح رعاياها، الهدف الأساسي من هذه الاتفاقيات هو تطوير المسؤولية الدولية للدول في حالة إخلالها لالتزاماتها التعاقدية، فسنتطرق (أولا)،لتطور المسؤولية الدولية للدولة في ظل الاتفاقيات الثنائية لحماية استثمارات أجنبية، كما ذهبت هيئات التحكيم الدولية إلى توسيع نطاق هذه المسؤولية (ثانيا) .

أولا: تطور المسؤولية الدولية للدولة في ظل الاتفاقيات الثنائية لحماية استثمارات أجنبية

النظرية التقليدية تؤكد أن المساس بالعقد لا يعتبر عملا غير مشروع دوليا، وان مسؤولية الدولة تنشأ فقط عبر انتهاك الاتفاقيات الدولية، ولكن مع توسع التعاملات بين الدول والمستثمرين الأجانب يزداد دور الاتفاقيات الثنائية والإقليمية في حماية الاستثمارات، ذهب البعض استنادا إلى الاتفاقيات الثنائية والإقليمية، يمكن أن تصبح الالتزامات التعاقدية بين الدول التزامات دولية يحكمها القانون الدولي، مما يعني أن خرق الدولة لالتزاماتها التعاقدية يعتبر انتهاكا مباشرا للقانون الدولي العام[2] .

[1]- وليد مصطفى الطراونة، المرجع السابق، ص 103.

[2]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 127 .

نتيجة لهذه الاتفاقيات، تزايدت جوانب الحماية للمستثمر الأجنبي، حيث تحتوي على بعض الأحكام التي تضمن احترام الدولة المضيفة لالتزاماتها التعاقدية كشرط الاستقرار وشرط التحكيم، هذه الاتفاقيات المعروفة باسم" معاهدات الغطاء أو اتفاقيات المظلة " تمنح حقوقا خاصة للمستثمر الأجنبي، تهدف إلى نقل المسؤولية الدولية للدولة إذا قامت بتعديل أو عدم احترام التزاماتها التعاقدية وفرضت عليها التعويض وفقا لقوانين القانون الدولي في مجال الاستثمار وبمقتضى قانون داخلي، وبشكل خاص، مع توجه هيئة التحكيم CIRDI نحو قبول التحكيم كخيار أساسي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، استنادا على تعهد أو التزام مصدره الاتفاقيات[1].

مسؤولية الدولة تعتمد علة التصرفات غير المشروعة التي تنسب إليها في إطار العلاقات الدولية، ومن الممكن استبعاد مسؤولية الدولة في حالات معينة إذا توافرت بعض الشروط المحددة التي حددها مشروع لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة بشأن مسؤولية الدولة عن التصرفات غير المشروعة دوليا، والذي صادقت عليه في دورتها 53 في جينيف 2001، وتشمل هذه الشروط القوة القاهرة، الخطر، أو حالة الضرورة[2] .

ثانيا: موقف هيئات التحكيم من المسؤولية الدولية للدولة .

بعض هيئات التحكيم الدولية لا تشترط أن تكون أفعال الدولة غير شرعية لتعتبر مسؤولة في عقود الاستثمار ففي قضية Valtoline Petrolium أكدت لجنة التحكيم أن إلغاء الدولة المضيفة عقد الامتياز كان إجراء تحكيمي، دون النظر في شرعية هذا الإجراء وفقا للقانون الداخلي أو مبادئ القانون الداخلي .

[1]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 128 .

[2]- المرجع نفسه .

على الرغم من تأكيد لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة حول استبعاد الدول المسؤولية الدولية في حالات القوة القاهرة أو الخطر أو الضرورة، إلا أن بعض هيئات التحكيم رفضت تفهم الصعوبات التي تواجه بعض الدول والضرورة التي دفعتها لاتخاذ إجراءات تخالف التزاماتها الدولية واردة في اتفاقيات ثنائية، وتعتبر قضية الأرجنتين وشركة CMS الأمريكية مثالا بارزا على تحديد المسؤولية الدولية للدولة عند انتهاكها لالتزاماتها، لكن محكمة التحكيم رفضت الاعتراف بحالة الضرورة الناجمة عن الأزمة التي تعرضت لها الأرجنتين والتي دفعتها إلى خرق بعض التزاماتها الدولية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية، دون مراعاة الوضع الاجتماعي في الدولة .

هذه الاعتبارات توضح التوجه نحو توسع نطاق المسؤولية الدولية لتشمل جميع جوانب عملية الاستثمار، هذا يظهر بوضوح الجهود الرامية إلى تدويل العقود وإخراجها من السلطان الطبيعي لقانون الدولة المضيفة للاستثمار[1].

المبحث الثاني: تقييم نظام التعاقد بأسلوب البوت

عقود البوت شأنها شأن أي عمل يقوم به الإنسان لها من المنافع والمزايا ما يدفع الدولة إلى التمسك بها، حيث تقوم هذه العقود بتخفيف الأعباء المالية عن الموازنة العامة ورفع المستوى الاقتصادي التكنولوجي للدولة، وخلق فرص عمل في الدولة صاحبة المشروع، ورغم هذه المنافع فإنه توجد أضرار كثيرة تنجم عن إبرام هذه العقود منها توظيف عائدات الاستثمار للمصالح الخارجية، وتحمل الدولة التكاليف على المدى البعيد، وامتداد آثار عقد البوت لمدة طويلة، ولكنه بالرغم من كل المساوئ، لا يسعنا القول بأن نظام البوت هو نظام فاشل، بل على العكس من ذلك فهو نظام يتمتع بإيجابيات كثيرة.

[1]- حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 129 .

وسنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على الوجه التالي: المزايا و المنافع الناتجة عن عقد البوت(المطلب الأول)، المساوئ الناتجة عن البوت (المطلب الثاني)، مواجهة المخاطر المترتبة على عقد البوت(المطلب الثالث).

المطلب الأول: المزايا و المنافع الناتجة عن عقد البوت

من أهم الأسباب التي تدفع معظم الدول إلى اللجوء لإبرام عقود البوت هو نظرا للفوائد الكبيرة التي تقدمه، سنتطرق إليها في الفروع الآتية: نقل العبء التمويل مشاريع إنشاء المرافق العامة ومشروعات البنية التحتية من الدولة إلى القطاع الخاص(الفرع الأول)، نقل التكنولوجيا الحديثة للدولة وتحديثها(الفرع الثاني)، خلق فرص عمل للدولة صاحبة المشروع(الفرع الثالث).

الفرع الأول: نقل العبء التمويل مشاريع إنشاء المرافق العامة و مشروعات البنية التحتية من الدولة إلى القطاع الخاص

إن أهم عنصر إيجابي يمكن لعقود البوت أن تقدمه للدول التي تسعى للتعاقد في إطار هذه الصيغة، هو أن هذه العقود تعتبرها حكومة الدولة كمعجزة لمواجهة مشكل قيود الميزانية[1]، فإن الغاية من اعتماد أسلوب البوت هي الإفادة من موارد القطاع الخاص، لإنشاء البنى التحتية دون الحاجة إلى تحميل موازنة الدولة هذه الأعباء المالية[2]، وتزيد أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرا أجنبيا مما يعني إدخال استثمارات جديدة

[1]– مبارك بن الطيبي، سليمان قنقارة، عقد البوت وأثره في ترقية الاستثمار وإنجاز مشاريع البنى التحتية الحديثة، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، مجلد03، العدد2019/02، ص136.

[2] –آمنة براهيمي، المرجع السابق،ص72.

بتمويل خارجي الأمر الذي يؤدي إلى تحسين ميزان المدفوعات وخفض العجز في الموازنة العامة والتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي[1].

يؤدي الاكتتاب برأسمال الشركة الجديدة، أو بزيادة رأسمال الشركة القائمة إلى تنشيط سوق الإصدار والتداول وعمليات البورصة، وما ينشأ عن ذلك من تحريك وجذب رأس المال المحلي و الخارجي[2] .

والأمر الذي يمكنها من مواصلة حركة الإنشاء والتنمية دون تحميل ميزانية الدولة أعباء مالية أو اللجوء إلى الاقتراض[3] .

الفرع الثاني: نقل التكنولوجيا الحديثة للدولة و تحديثها

تسمح تقنية عقود الشراكة بالاستفادة من التطورات التكنولوجية ومن التقنيات الحديثة المستخدمة في القطاع الخاص، لاسيما في التسيير و الإدارة وما يرتبط بهما من عقلنة التسيير و ترشيد النفقات، ودراسة السوق واعتبار الزبون أو المستهلك المحور الأساسي لكل الانشغالات[4]توفر عقود البوت فرص مناسبة لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، لأنه من مصلحة القطاع الخاص الذي يكلف بإنشاء المرافق العامة وتشغيلها أن يستخدم التكنولوجيا الحديثة بهذه العمليات، توسيعا لنشاطه وخبرته وتطويرها، واكتساب نجاحات متواصلة على

[1]– محمد ذمان ذبيح، المرجع السابق، ص447.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق،ص.146.

[3]– باديس بومزبر، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2024، ص107.

[4]–البرعي أحمد، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في تسيير المرافق العمومية المحلية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص جماعات محلية،جامعة محمد لمين دباغين سطيف، 2023، ص123 .

الصعيد الدولي، ولاسيما في الدول النامية التي تحتاج إلى المزيد من التخصص والخبرة والتكنولوجيا في تنفيذ مشاريعها[1].

كما أن إدخال شركات مشروعات للتكنولوجيا الحديثة والمتطورة يؤدي إلى نوع من المنافسة مع الإدارة الحكومية تقود في النهاية إلى تطوير الإدارة الحكومية بما يؤدي إلى تحقيق الصالح العام في نهاية الأمر[2].

وتلتزم الشركات المتعاقدة بموجب هذا العقد نقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها لكي تستطيع الدولة متابعة إدارة المرفق العام وتشغيله بعد انتقال الملكية إليها عند انتهاء مدة العقد [3].

الفرع الثالث: خلق فرص عمل في الدولة صاحبة المشروع

تسعى الدول المضيفة لاجتذاب الاستثمار بنظام البوت، أملا في تحقيق عوائد كثيرة منها الحد من مشكلة البطالة[4]، وتشغيل الأيدي العاملة المتخصصة والعادية، وتدريبها في كافة مراحل المشروع وبما يؤدي إلى اكتسابها مهارات وقدرات عالية تساعدها على الدخول في مجال سوق العمل الدولي[5]، كما أن إنشاء هذه المشروعات المناطق الجديدة يؤدي إلى توسيع الرقعة السكانية وخلق فرص عمل جديدة حيث يؤدي ذلك إلى إنشاء الطرق الكبرى و المطارات ومحطات الكهرباء والمياه وغيرها من المشروعات التي تؤدي إلى توليد فرص

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص145.

[2]- عصام احمد البهجى، المرجع السابق، ص59.

[3]- محمد ذمان ذبيح، المرجع السابق، ص 447 ومايليها .

[4]- محمد ذمان ذبيح، المرجع السابق، ص 448.

[5]-عصام أحمد البهجى، المرجع السابق، ص57.

عمل جديدة[1]، و خصص المشرع الجزائري لهذا النوع من الاستثمارات مزايا خاصة حسب المادة 15 من قانون الاستثمار 09/16[2] حيث يمكن لنشاطات السياحية والصناعية والفلاحية الاستفادة من المزايا التي تخص جميع أنواع الاستثمارات، كما تستشير الاستثمارات المنشئة لأكثر من مئة منصب شغل للفترة الأولى من تسجيل الاستثمار إلى نهاية السنة الأولى من بداية الاستغلال من الإعفاء لمدة خمس سنوات من الضريبة على أرباح الشركات، والإعفاء لمدة خمس سنوات من الرسم على النشاط المهني. أي أن المشرع الجزائري اشترط على المستثمر للحصول على المزايا الجبائية المذكورة أن يوفر مئة منصب شغل زائد، والهدف منه محاولة التخفيف لمشكلة البطالة في الجزائر، مما يساهم في تحقيق التنمية الاجتماعية للعمال، وتحقيق التنمية الاقتصادية من وراء تشجيع الاستثمارات الأجنبية[3].

المطلب الثاني: المساوئ الناتجة عن البوت

على الرغم أن عقود البوت تشمل عدة مزايا جعلت الكثير من الدول اعتمادها إلا أن هذا لا يعني أنه ليس بها عيوب كثيرة، ولكن يمكن إيجاد حلول لهذه السلبيات من أجل تحقيق اكبر منفعة و الأخذ بهذا النموذج من العقود، وسنتناولها في الفروع الآتية: توظيف عائدات الاستثمار للمصالح الخارجية(الفرع الأول)، تحمل الدولة التكاليف على المدى البعيد(الفرع الثاني)، امتداد آثار عقد البوت لمدة طويلة (الفرع الثالث).

[1]- المرجع نفسه.

[2]– القانون رقم 16–09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار (ج.ر:2016/46) .

[3]- أوراغ رقية ،أوراغ خديجة، المرجع السابق، ص 76 ومايليها.

الفرع الأول: توظيف عائدات الاستثمار للمصالح الخارجي:

يلجأ المستثمر سواء كان أجنبي أم محليا إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلا من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات و الأجهزة من الخارج، مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية و الضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية و زيادة الطلب على العملات الأجنبية[1].

فتقوم شركة المشروع عوضا عن الحصول على مصادر للتمويل المشروع من الخارج للجوء إلى البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية للاقتراض منها، بالبحث عن مصادر داخلية للتمويل المشروع باقتراض من البنوك والمؤسسات المالية المحلية، هذه الأموال المقترضة يتم من خلالها اقتناء مختلف المعدات والوسائل التكنولوجية من الخارج، بعد تحويلها إلى العملة الصعبة، مما يؤثر سلبا على احتياطي الصرف للدولة وكذا انخفاض الدولة[2].

الفرع الثاني:تحمل الدولة التكاليف على المدى البعيد

يشكل التمويل أهم عنصر في عقود البوت فهو الدافع الرئيسي إلى لجوء الجهة المانحة للتعاقد وفق نظام البوت، حيث يرتكز على هذا النظام أساسا على استخدام التمويل من شركة المشروع لإنشاء مشروعات البنية التحتية، وهي مشاريع ضخمة تتطلب ميزانية كبيرة . وبذلك فإن نظام البوت يحقق ميزة كبرى تتلخص في عدم تحمل ميزانية الجهة المانحة لأي تكاليف لتمويل مشروع ولسداد القروض، وهو الوسيلة التي يؤمن منها أن

[1]–إلياس ناصيف،المرجع السابق، ص153.

[2]- عباس نجاة، آليات جذب استثمار في ظل عقد البوت،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال،2021،ص66.

تحقق التوازن المنشود بين نقل المخاطر ومسؤوليات إنشاء و إدارة المشروع الاقتصادي الخدمي إلى شركة المشروع من جهة وتوفير الخدمات للجمهور بالسعر المعقول من جهة أخرى[1].

يذهب أنصار وجهة نظر هذه إلى القول بأن الدولة حينما تبرم عقود البوت تلتزم في هذه العقود بشراء الخدمة أو المنتج من المشروع وتعيد طرحها للجمهور من المواطنين بعد ذلك وبهذا تلتزم الدولة بسداد تكاليف المشروع و الأرباح التي تحققها شركة المشروع ، بل أن هذه التكاليف والأرباح تكون أعلى بكثير من لو قامت الدولة بإقامة المشروع بذاتها[2].

وأنه غالبا ما تقوم الدولة بشراء الخدمة من شركة المشروع و تعيد طرحها بسعر اقل من سعر التكلفة لاعتبارات سياسية واجتماعية، وردا على هذه المخاطر و الأضرار يذهب البعض إلى أن الدولة في الحالات التي تقوم فيها بشراء الخدمة حد أدنى لمقابل هذه الخدمة فإنها لا تقوم بسداد التكلفة بالكامل دفعة واحدة وإنما يتم تقسيمها بشكل لا يرهق موازنة الدولة ولا يضيف أعباء عليها وعلى نحو يسمح لها بمواصلة عملية التنمية بشكل متوازن و إقامة مرافق جديدة و متعددة في ذات الوقت، كما أن عقود البوت لن تضيف على موازنة الدولة أي أعباء خلال مرحلة البناء و التشييد التي قد تتجاوز الثلاث سنوات[3].

الفرع الثالث: امتداد آثار عقد البوت لمدة طويلة

يمنح عقد البوت غالبا في شكل امتياز لمدة محددة تسمى مدة الامتياز تكون طويلة نسبيا، لتمكين شركة المشروع من تغطية نفقات إنشاء المشروع أو المرفق أو صيانته أو

---

[1]– أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع السابق، ص 11 ومايليها.

[2]- عصام أحمد البهجى، المرجع السابق، ص60 .

[3]-عصام احمد البهجى، المرجع السابق، ص61.

تجديده، إضافة إلى حصولها على إرادات مالية أو أرباح كنتيجة لاستغلال المرفق ، ويتم ذلك في شكل رسوم تتقاضاها شركة المشروع من المنتفعين من المرفق بذل الخدمات وقد يكون دفع المقابل من الجهة المانحة للمشروع وفق نسبة معينة محددة في الاتفاق[1] .

طول العقد وما قد ينتج عنها من منافع في مصلحة المستثمر وأضرار بمصلحة الدولة المانحة. فإذا كانت شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة عقد البوت بإعادة نقل إدارته إلى الدولة المضيفة، فإن هذه المدة قد تطول كثيرا، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلقد اختلفت المدة من عقد لأخر،وقدرت بثلاثة و ثلاثين 33 سنة قابلة للتجديد وأقصاها تسعة وتسعون 99 سنة بموجب المادة 4 من الأمر 04/08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و المواجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية[2].

فقد يرتب عن هذه المدة الطويلة بعض الآثار السلبية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة فكلما تأخر تحويل المرفق العام المنجز إلى المصلحة المتعاقدة، كما تحمل أفراد المجتمع أعباء مالية إضافية تفرضها شركة المشروع في شكل رسوم مما قد يعيق تطبيق السياسة الإجمالية للدولة المضيفة كما هو الحال بالنسبة للجزائر[3].

المطلب الثالث: مواجهة المخاطر المترتبة على عقد البوت

ولكنه بالرغم من كل هذه المساوئ لا يسعنا القول بأن نظام البوت هو نظام فاشل، بل على العكس من ذلك فهو نظام يتمتع بإيجابيات كثيرة، أتينا على ذكر بعضها في الفروع

---

[1]– أوراغ رقية، أوراغ خديجة، المرجع السابق، ص12.

[2]- عبدلي نزار، الباب الأول عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية، محاضرة الثالثة في عقود الأعمال، عقد البوت، جامعة الشاذلي بن جديد الطارف،2024، ص3.

[3]- عباس نجاة، المرجع السابق، ص 67.

التالية: تنظيم عقود البوت(الفرع الأول)، إصدار تشريعات جديدة(الفرع الثاني)، تفعيل دور مؤسسات الضمان (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تنظيم عقود البوت

يقتضي أن يجري تنظيم عقود البوت بطريقة تستهدف زيادة الإيجابيات و الحد من السلبيات، وذلك في ضوء حاجات الدول ولاسيما النامية منها، في اللجوء إلى هذا النوع من العقود غير أن هذه المسألة ليست بالأمر السهل بعدما ظهرت واتسعت فكرة العولمة، وقامت على مرتكزات من أهمها الثورة التكنولوجية العالية والنمو الهائل لحجم الشركات العالمية وكفاءتها[1].

وقد ساعدت المؤسسات لدولية على تفعيل هذا النشاط وتأطيره ضمن أسس قانونية و مؤسساتية دولية وتمثلت في منظمة التجارة الدولية وما يدعمها من اتفاقات لتحرير التجارة الدولية، وحركة انتقال الأفراد و رؤوس الأموال . إذا كان تنظيم العقود لمصلحة الدول النامية يبدو صعبا فمما لا شك فيه أنه ليس مستحيلا، ولاسيما إلى الدول المتمتعة بموارد طبيعية مهمة كالبيترول وسواه، وبقدر حاجة إلى موارد طبيعية تفعل فيها تكنولوجياتها المقدمة وبذلك تستطيع الدول النامية الغنية بالموارد ان تفرض شروطا في عقد البوت ترضى بها الشركات المتطورة، وهكذا يمكن تأمين التوازن و التكافؤ بين التكنولوجيا المتقدمة و الموارد الطبيعية[2].

[1] - إلياس ناصيف، المرجع السابق،ص 163.

[2]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص165.

الفرع الثاني:إصدار تشريعات جديدة

لا يغيب دور الدولة في ظل نظام العولمة بل على العكس يجب أن يكون لها دور أساسي تقوم به من أجل تحفيز قوى الإنتاج و مضاعفته وأحكام الرقابة على سلامة الأعمال عن طريق وضع تشريعات تؤمن الحماية و المحافظة على حقوق المستثمرين والمستهلكين، وما يرتب بالنشاط الاقتصادي في الدولة للقواعد مساندة لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته إذا كان الأمر كذلك فلابد من تحديد إطار قانوني متكامل لعقد البوت، ويجعل من آليته خيارا إستراتيجيا بوضع قانونية شاملة تستهدف تحقيق توازن في العلاقة بين طرفي هذا العقد ومن شأن صدور تشريع يتعلق بنظام البوت ويؤمن مصالح المستثمرين والدول و الأفراد على السواء[1] .

لأن غياب البيئة القانونية الجيدة لاحتضان المشاريع الاستثمارية من شأنه أن يؤدي إلى انهيار جميع العقود والاتفاقيات التي تبرم وفقا لهذا النظام. قامت الجزائر كغيرها من الدول بإعادة النظر في الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية، حيث أصدرت المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار، وتطبيقا للأمر 03/01 صدر مرسوم التنفيذي رقم90/08 المتعلق بشكل تصريح بالاستثمار و طلب و مقرر منح المزايا وكيفيات ذلك، بالإضافة للأمر 08/06 و المتعلق بتطوير الاستثمار الذي منح المزيد من الضمانات للمستثمرين و الأجانب و من بين التسهيلات التي منحتها الدولة الجزائرية لمستثمريها نجد مثلا خفض مبلغ الأتاوة الإيجارية، بالإضافة إلى ضمان عدم المساس بالعقد، حيث نصت المادة 15 ن الأمر 03/01 على"لا تطبق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص167.

على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر،إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة" ، بالإضافة إلى تسهيلات تحويل رأسمال المستثمر و العائدات الناتجة عنه[1].

الفرع الثالث: تفعيل دور مؤسسات الضمان

انطلاقا من سعي الدولة المضيفة إلى إيجاد عدة وسائل تبعث الثقة في نفس المستثمر وتشجعه على الاستثمار في أراضيها، كان عقد البوت من ضمن هذه الوسائل و الآليات التي من خلالها تقدم الدولة مجموعة من الضمانات الاستثمارية[2].

قد تكفل التشريعات المحلية و الاتفاقيات الدولية، مظلة قانونية للملتزم في مشاريع البوت ، ولكنه بالرغم من ذلك وزيادة في الحيطة وتدعيما لتوفر تنفيذ أكثر أمانا، غالبا ما يلجأ إلى تأمين ضمان خاص لدى شركات و مؤسسات الضمان يمثل العامل الحاسم والطريقة الآمنة لتوجيه استثماراته[3].

ومن العوامل التي تدفع المستثمر الأجنبي إلى الاستثمار في إقليم دولة ما وأن تكون هذه الدولة متمتعة باستقرار سياسي واقتصادي ومالي واجتماعي وهو مايعرف ب"مبدأ استقرار التشريع"، حيث يجد هذا المبدأ مرجعه في المادة 2 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها" لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي".

ويبدو الهدف جليا من ثبات التشريع فالأمن القانوني الذي يجب أن تعمل الدولة على توفيره يقوم على أساس عدم مفاجئة المستثمر الأجنبي بصفة غير متوقعة بقوانين وتشريعات

---

[1]- عبدلي نزار، المرجع السابق،ص ومايليها.

[2]- عباس نجاة، المرجع السابق، ص43.

[3]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص171.

جديدة لم تكن وقت إبرام العقد، كأن تحمل رفع نسب ضرائب مفروضة أو إلغاء لبعض المزايا التي كانت مسموحة في القانون السابق[1].

ولأهمية ومكانة هذا المبدأ فقد نص عليه المشرع في الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 15 منه "لا تطبق المراجعات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، ولذا عليه في القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار من خلال المادة 22 منه بقولها "لا تسري الآثار الناجمة عن المراجعة أو إلغاء هذا القانون الذي قد تطر مستقبلا على الاستثمار، المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". من خلال نص المادتين السابقتين يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أعطى للمستثمر الأجنبي حق الاستفادة من القانون الذي نشأ فيه مشروعه الاستثماري ، ويبقى ساري المفعول طيلة مدة الإنجاز أي أن هناك حماية للمستثمر من التغيرات التي قد تطرأ على التشريع الجزائري من إلغائه أو مراجعته أو تعديله في المستقبل ولم يكتفي المشرع بضمان استقرار التشريع للمستثمر ولكن أضاف ضمان آخر يتمثل في منح المستثمر الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن ضمانات أكبر و امتيازات و حوافز إضافية في المجال الضريبي او الجمركي مثلا، ورأى فيه المستثمر أنه الأصلح له ولا يمس بمركزه المالي بصورة سلبية فهنا بإمكان المستثمر الأجنبي الاستفادة من أحكام النص الجديد إذا طلب ذلك صراحة [2].

[1]- عباس نجاة، المرجع السابق، ص 44 ومايليها .

[2]- عباس نجاة، المرجع السابق، ص46.

الخاتمة

الخاتمة

إن الاستثمار في المشاريع الضخمة ضرورة أساسية لتحقيق النمو الاقتصادي وتقديم الخدمات اللازمة بشكل فعال للجمهور،هذا يتوافق مع التطورات العالمية، ويعكس التحول الاقتصادي والانفتاح على السوق الحر والعولمة، لذلك يجب ابتكار أساليب حديثة تتناسب مع هذا التطور لضمان استدامة ونجاح المشاريع الكبيرة، ومن إحدى الأساليب الحديثة التي تم تطويرها في مجال الاستثمار الضخم هو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، يعتبر هذا النظام نظاما مبتكرا يتمتع بعدة مزايا تميزه عن العقود الأخرى، ورغم أن هذا النوع من العقود قد أثبت نجاحه في بعض الدول، إلا أنه يظل مهمشا في الجزائر، كما أن التشريع الجزائري لا يحتوي تشريع خاص ينظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، وفيما يتعلق بتطبيق هذا الأسلوب في الجزائر يشير إلى أن العقود المبرمة في هذا السياق اعتمدت نموذج الامتياز، ويظهر اعتماد الحكومة الجزائرية على القوانين الحالية للاستثمار التي تقيد امتيازات السلطة العامة إلى الحد الأدنى، يرجع ذلك إلى رغبة الحكومة في جذب رؤوس الأموال للاستثمار في قطاعات البنية التحتية، ويظهر ذلك من خلال بعض القوانين والتنظيمات مثل قانون الولاية والبلدية وقانون المياه وقانون الأملاك الوطنية.

أن لتطبيق هذا النظام يتطلب توفر البيئة الاقتصادية والبيئة القانونية الملائمتين، فالبيئة الاقتصادية فيما يتعلق بتوفر مصادر التمويل من بنوك و أسواق مالية وغيرها، أما البيئة القانونية فيتعلق الأمر بالتشريعات القانونية التي تحمي المستثمر خاصة الأجنبي والتشريعات التي تعطي حق الامتياز في التشغيل و التسيير وغيرها من التشريعات .

من نتائج هذه الدراسة، توفير الكثير من المزايا بالنسبة للدول النامية منها :

- تخفيف العبء المالي على موازناتها المالية.
- نقل التكنولوجيا الحديثة، التخفيف من البطالة من خلال تشغيل اليد العاملة المحلية.

– تنشيط الأسواق المالية وتحميل القطاع الخاص مخاطر القيام بالمشروع.

– تهدف مشروعات البناء و التشغيل و نقل الملكية إلى توسيع قاعدة الاستثمارات خاصة فيما يتعلق بالاستثمار في البنية التحتية، فالحكومات تلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تواجه صعوبات في استكمال مشروعات التنمية الكبرى و المتعلقة بمشروعات البنية التحتية.

– تحمل الدولة الجزء الأكبر من المخاطر السياسية كتغيير القوانين والتأميم وغيرها، وكذا بعض حالات الاتفاقيات التي تلزم الدولة أو هيئة المشروع بشراء المنتج أو الخدمة ودفع المقابل عليها.

– تعد الشراكة بين القطاعين العام و الخاص بديلا استراتيجيا لتوفير خدمات البنية التحتية و ذلك من خلال تكاتف الجهود بين القطاعين العام و الخاص من أجل الرفع من جودة الخدمات الموجهة للمجتمع و تحقيق رفاهيته.

– وبناءا على التحليل السابق، من الواضح أسباب تخوف القطاع العام الجزائري من مشاركة القطاع الخاص في مشاريع كبيرة يعود إلى نقص الخبرة التقنية والفنية لدى الكوادر الجزائرية، مما يمنعهم من المشاركة بنجاح في هذه المشاريع، كما تعتبر طول فترة تنفيذ هذه المشاريع التي يمكن أن تصل إلى 99 عاما، سببا آخر لتحفظ الدولة، حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى فقدان سيادتها على المرافق لفترة طويلة، هذه العوامل تمثل تحديا يثير قلق الحكومة من المشاركة في مثل هذه المشاريع، لذا يمكن اقتراح بعض التوصيات التي يجب مراعاتها :

– تحسين بيئة الاستثمار في الجزائر وتوفير الحوافز اللازمة لجذب القطاع الخاص للمشاركة في مشاريع البنية التحتية .

– تبسيط الإجراءات وتحسين الشفافية في عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص لتقليل المخاوف وزيادة الثقة في هذه العمليات .

– وضع قوانين وتشريعات تنظم هذا النوع من العقود، وتحمي حقوق ومصالح الشركات الخاصة التي تشارك في هذه المشاريع.

– إنشاء مراكز بحثية وتطويرية لتطوير تقنيات جديدة وتحليل المخاطر وإدارتها في مشاريع البوت .

– تقديم منح دراسية وبرامج تبادل ثقافي للطلاب الجزائريين للحصول على دراسات عليا في مجالات ذات صلة بالمشاريع الكبيرة.

من خلال هذه الإجراءات يمكن تحقيق رسالة الاستقلال التكنولوجي والمالي وزيادة الاستدامة في تنفيذ وإدارة مشاريع البوت في الجزائر، وتعزيز مكانتها على الساحة الدولية في مجال البنية التحتية والتكنولوجيا .

قائمة المراجع

Les Référence

قائمة المراجع

النصوص القانونية:

1- الدستور:

- القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري (ج ر: 2016/14) .

2- النصوص التشريعية :

- قانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات،(ج.ر: 2008/08).

- القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 ، المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، (ج ر:2008/44).

- الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المعدل والمتمم، (ج ر:2008/49).

- الأمر رقم 05-12 مؤرخ في 04 غشت 2005 يتعلق بالمياه المعدل والمتمم ،(ج. ر عدد 2005/60)المعدل والمتمم .

- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار (ج.ر:2016/46) .

3- النصوص التنظيمية :

- **المراسيم الرئاسية :**

- مرسوم رئاسي 15-247،المؤرخ في :16 سبتمبر 2015 ،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،(ج ر:2015/50) .

- **المراسيم التنفيذية :**

- المرسوم التنفيذي، 07-270 مؤرخ في 11 سبتمبر 2007، يحدد شروط وكيفيات إعداد نظام تسعير خدمة ماء السقي (ج. ر :57 /2007) .

4-الكتب:

- إلياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت في القانون المقارن ، منشورات الحبلي الحقوقية، بيروت- لبنان.2011

– حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت (BOT)، د ط ، دار الجامعة الجديدة ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ، 2013.

– عصام احمد البهجي عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008،13.

– وضاح محمود المحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، ط1، دار الثقافة، عمان،2010.

5–الأطروحات والمذكرات:

– الأطروحات :

– البرعي أحمد، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في تسيير المرافق العمومية المحلية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص جماعات محلية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف، 2023.

– بولقواس سناء، الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة–عقد البوت نموذجا–، أطروحة دكتورة في العلوم القانونية، تخصص: قانون إداري وإدارة عامة، جامعة باتنة01– كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2016.

– المذكرات:

–حصايم سميرة، عقد البوت B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع: قانون التعاون الدولي، جامعة تيزي وزو– كلية الحقوق، 2011.

– وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت (B.O.T)، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

– آمنة براهيمي ، تحول مفهوم النشاط الإداري في القانون الإداري الجزائري – تحول سير المرافق العامة–، شهادة ماستر، قانون إداري ، جامعة محمد خيضر – بسكرة، 2012.

– أوراغ رقية، أوراغ خديجة، عقد البناء والتشغيل والتحويل (BOT)كآلية لجذب الاستثمارات الأجنبية، مذكرة ماستر (قانون الأعمال)، جامعة آكلي محند أولحاج ، البويرة، 2021.

– رزق الله عبد الدايم ، بن زين رشيد ، عقد البوت B.O.T ودوره في التنمية ،شهادة ماستر، قانون إداري جامعة العربي التبسي–تبسة ،2017 .

6– المقالات:

– آمنة حديدي ، محمد أمين بربري، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تعزيز القدرة التنافسية لتنمية قطاع النقل وفقا لعقد البناء – التشغيل ونقل الملكية – دراسة حالة مطار الملكة علياء– الأكاديمية الاجتماعية والإنسانية ، القسم (أ) العلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد 12 ، العدد 02 ،2019 .

– باديس بومزبر، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية كلية الحقوق،جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2021.

– براق محمد وعبد الحميد فيجل،عقد البوت (BOT) كآلية شراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل مشاريع البنية التحتية إشارة إلى تجارب غربية وعربية ، مجلة الدراسات الاقتصادية المعاصرة العدد05، 2018.

– بن ديدة نجاة، عقد ال bot في القانون الجزائري،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس ، سيدي بلعباس ،مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الأول، العدد 02، الشهر،2015.

– بوخيرة حسين، عقد البوت أداة لتمويل التنمية الاقتصادية المستدامة في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة , المجلد 09 , العدد 02، 2022/09

– بوزيد بورنان نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (bot) كآلية لتمويل البنية التحتية ،جامعة الجزائر 3 .

– دلالي عبد الجليل، باية عبد القادر نظام البوت (BOT) كآلية تعاقدية مستحدثة في مجال الاستثمار وإدارة المرافق العامة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية ، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي، تيسمسيلت ، المجلد 3، العدد 4 ، ديسمبر، 2020.

– سمير شيهاني الطبيعة القانونية لقد البناء والتشغيل والتحويل (بوت) في إطار مبدأ سلطان الإرادة , مجلة الدراسات القانونية المقارنة , المجلد 06, العدد 02 2020 .

– محمد دمان ذبيح عقد البوت ماهيته ومزاياه، مجلة الاحياء، المجلد 20، العدد 25 ، 2020/06.

– محمد صلاح والبشير عبد الكريم ، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية – تجارب دولية وعربية مختارة ، مجلة ابحاث اقتصادية وادارية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 17 ،2015/06 .

– مبارك بن طبيبي،سليمان قنقارة، عقد البوت وأثره في ترقية الاستثمار وإنجاز مشاريع البنى التحتية الحديثة، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، مجلد03، العدد02، 2019/12.

– وليد بلوفة ، أحمد بركات، عقد البوت الأسلوب الحديث لتمويل مشاريع البنية التحتية ، مجلة الحقوق والحريات ،المجلد 11 ، العدد 1 ،2023 .

7– المحاضرات:

– عبدلي نزار، الباب الأول عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية، محاضرة الثالثة في عقود الأعمال، عقد البوت، جامعة الشاذلي بن جديد الطارف 2024/2023 .

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: تكوين عقد البوت 7

المبحث الأول: تحديد عقد البوت 7

المطلب الأول : مفهوم عقد البوت وخصائصه 8

الفرع الأول: تعريف عقد البوت 8

الفرع الثاني: خصائص عقد البوت 15

المطلب الثاني : أنواع عقد البوت 18

الفرع الأول : الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة 18

الفرع الثاني: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة 20

المطلب الثالث: أطراف عقود البوت 21

الفرع الأول: الأطراف الأصلية لعقود البوت 21

الفرع الثاني: الأطراف الدخيلة في عقود البوت 23

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية لعقود البوت 24

الفرع الأول : تمييز عقود البوت عن الأنظمة القانونية المشابهة 25

الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقود البوت 28

المبحث الثاني: مراحل إبرام عقد البوت 33

المطلب الأول: الإعداد الفني والقانوني للمشروع 33

الفرع الأول: تحديد المشروع و اختيار المستثمر 34

الفرع الثاني: دراسة الجدوى 35

الفرع الثالث: إعداد الوثائق الأولية 39

المطلب الثاني: طرح المشروع للتعاقد 39
الفرع الأول: الدعوة للمنافسة على المشروع الاستثماري موضوع العقد 40
الفرع الثاني: التفاوض 45
الفصل الثاني : الآثار المترتبة على عقد البوت 54
المبحث الأول: الآثار المترتبة على أطراف عقد البوت وجزاء الإخلال به 54
المطلب الأول: حقوق والتزامات طرفي عقد البوت 54
الفرع الأول: حقوق طرفي العقد 55
الفرع الثاني: التزامات طرفي عقد البوت 62
المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزامات المترتبة على عقد البوت 66
الفرع الأول: قيام المسؤولية العقدية 66
الفرع الثاني: مدى قيام المسؤولية الدولية للدولة عن إخلالها بالتزاماتها الناشئة عن عقد البوت 71
المبحث الثاني: تقييم نظام التعاقد بأسلوب البوت..... 73
المطلب الأول: المزايا و المنافع الناتجة عن عقد البوت..... 74
الفرع الأول: نقل العبء التمويل مشاريع إنشاء المرافق العامة و مشروعات البنية التحتية من الدولة إلى القطاع الخاص 74
الفرع الثاني: نقل التكنولوجيا الحديثة للدولة و تحديثها 75
الفرع الثالث: خلق فرص عمل في الدولة صاحبة المشروع..... 76
المطلب الثاني: المساوئ الناتجة عن البوت..... 77
الفرع الأول: توظيف عائدات الاستثمار للمصالح الخارجي: 78
الفرع الثاني:تحمل الدولة التكاليف على المدى البعيد 78
الفرع الثالث: امتداد آثار عقد البوت لمدة طويلة..... 79

المطلب الثالث: مواجهة المخاطر المترتبة على عقد البوت 80

الفرع الأول: تنظيم عقود البوت 81

الفرع الثاني:إصدار تشريعات جديدة.....82

الفرع الثالث: تفعيل دور مؤسسات الضمان.....83

الخاتمة.....86

قائمة المراجع.....90

الفهرس 94

الملخص

يعتبر نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) وسيلة فعالة في التعاون بين القطاع العام والخاص وتمويل المشاريع الكبيرة والتي تتطلب استثمارات ضخمة كمشاريع البنية التحتية ، ويساهم هذا النوع من التمويل في جذب المزيد من الاستثمارات وتحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الإنتاجية ، والجزائر كغيرها من الدول تسعى لتطوير بنيتها الأساسية وتحديث مرافقها العامة وذلك بالاعتماد على الشراكة بين القطاعين وفقا لنظام البوت .

الكلمات المفتاحية: نظام البوت، القطاع العام والخاص، تمويل البنية تحتية، الشراكة.

Résumé:

Le système BOT est une collaboration entre le secteur public et privé pour financer des projets majeurs, ce qui stimule les investissements et favorise le développement économique. L'Algérie s'efforce d'améliorer ses infrastructures en utilisant ce partenariat.

Mots clés : système de bots, secteur public et privé, financement des infrastructures, partenariat.

Summary:

The BOT system involves collaboration between the public and private sectors to finance major projects, attracting investments and promoting economic development. Algeria is working to enhance its infrastructure through this partnership.

Keywords: bot system, public and private sector, infrastructure financing, partnership.