

طبيعة عقود البوت وأثارها القانونية

إبراهيم مجاهدى *

تعتبر عقود البوت من الأنظمة القانونية المبتكرة مقارنة بعقود الامتياز، وقد استخدمت في مشاريع البنية الأساسية، التي تخضع لأنظمة قانونية متباينة، وقد تم اللجوء إلى هذه العقود بعد ظهور العجز المالي على بعض الدول، مما دفعها إلى تطبيق آليات جديدة لتنشيط القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية، وخاصة في مجالات الطرق والمواصلات والمياه والكهرباء والغاز وتوليد الطاقة، والنقل بالسكك الحديدية والنقل البحري، وفي بعض مجالات التجارة الدولية. إن الاستثمار في مجالات البنية الأساسية عن طريق إشراك القطاع الخاص يعمل على إحداث تنمية داخلية من دون الإضرار بالمصلحة العامة، التي تعمل الدولة المانحة لهذه العقود على حمايتها.

مقدمة

قد تلجأ الدولة لإقامة مشروعاتها الكبرى إلى إشراك القطاع الخاص على أن تنقل له الملكية المؤقتة لإدارة وتشغيل هذا المشروعات، على أن يعيد نقلها مرة أخرى إلى الدولة بانتهاء مدة العقد، وقد تحقق هذه العقود كثيرا من المزايا التي تدفع إلى إبرامها، كما تتخذ عدة صور بحسب ما يتمتع به الممول لها من حقوق. هذا النوع من العقود كثيرا ما يشجع الاستثمار الأجنبي ونقل التكنولوجيا بين الدول، وتعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل ملكية عقود التكنولوجيا، التي تعنى شركة المشروع فيها بإقامة مرفق عام وتشغيله مدة العقد، وفي نهاية العقد تقوم الجهة المستثمرة الوطنية أو الأجنبية للمشروع بنقل ملكيته إلى الدولة المضيفة. وهذه الفكرة ليست جديدة تماما، فكان أول تطبيق لها يتمثل في عقد التزام قناة السويس بتمكين الجهة الأجنبية المستثمرة للقناة مدة تسع

* أستاذ محاضر (أ)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدة ٢.

المجلة الجنائية القومية، المجلد الثاني والستون، العدد الثاني، يوليو ٢٠١٩.

وتسعين عاما، وفي نهاية هذه المدة تتم إعادة نقل ملكية المشروع للدولة المصرية.

إذا كانت لعقود البوت منافع اقتصادية، فلها مخاطرها السياسية، التي تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقامة فيه، فهي بذلك يكون لها قدرة كبيرة على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية، بهدف تحقيق أمرين، أولهما تطوير وتوسيع وتحسين أداء المرافق العامة القائمة، وثانيهما تهدف إلى إنشاء مرافق جديدة بتمويل من القطاع الخاص، فهي في هذا المجال تعمل على تحسين ظروف التنمية عمل الاقتصاد في الدولة المستثمرة، وذلك من خلال: تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة، والتشجيع على إقامة مشروعات ومرافق عامة جديدة، توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية، واستفادة الحكومة من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة.

على أن هذه الامتيازات قد تشوبها كثير من العيوب التي تشكل عبئا اقتصاديا على الدولة المستثمرة في مجال هذه العقود، مثل لجوء المستثمر سواء أكان أجنبيا أو محليا إلى السوق المحلية للتمويل اللازم للمشروع بدلا من تحويل هذه الأموال من الخارج، كما تعمل هذه العقود زيادة من أعباء الاستيراد من الخارج وتحويل المستثمر الأجنبي للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج دون أى قيود تلزمه باستثمار جزء من هذه الأموال في الدولة المضيفة، مما يؤدي إلى اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على مقدار السيولة في السوق المحلية، إن الإفراط في منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد، كالتزام الدولة بشراء وضمان الحكومة لسداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمة، غالبا ما يكون هذا السعر مرتفعا جدا، حتى تستطيع شركة المشروع استرداد ما أنفقته و تحقيق ما تبتغيه من ربح، ويكون هذا السعر بالعملة الصعبة التي تقوم شركة المشروع بتحويله

للخارج إلى حساباته من دون فرض أية رقابة من البنوك المركزية فى الدولة المضيفة على هذه الأموال المحولة. كما تقوم شركة المشروع باحتكار السوق المحلية وضمان عدم منافستها، زيادة على ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج.

لهذه الأسباب ارتأيت طرح الإشكالية فى التساؤلات القانونية التالية: ما مدى ضمان عقود البوت لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول المبرمة لها من دون تعرضها لأى مخاطر سياسية واقتصادية واجتماعية؟ وما صور وأشكال هذه العقود؟ وما الإطار القانونى المنظم لها؟ وما طبيعة الالتزامات والحقوق المترتبة على الدولة المانحة لهذه العقود من جهة، وعلى القطاع الخاص المتعاقد معها من جهة أخرى؟

وللإجابة عن التساؤلات القانونية السابقة، نتعرض فى المحور الأول إلى بيان ماهية عقود البوت، وفى المحور الثانى نتطرق إلى إطارها القانونى، وفى المحور الثالث نبين الحقوق والالتزامات المترتبة عليها.

المحور الأول: ماهية عقود البوت

تعتبر عقود البوت أحد أساليب التنمية التى تسمح بمشاركة القطاع الخاص بتمويل إقامة المرافق العامة الحيوية، التى تتصل أساسا بالبنية الأساسية، كما تضمن للدولة السيطرة فى نهاية الاستغلال على هذه المشاريع، وهذا يعنى أن ملكية المشروع لا تنقل بشكل نهائى إلى المستثمر من القطاع الخاص، بل تظل ملكيتها للدولة المضيفة طوال الفترة التعاقدية.

تسهم عقود البوت بدور فعال فى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة، عن طريق إقامة مشروعات البنية الأساسية من أجل تغطية الأعباء الثقيلة الناتجة

عن إنشاء هذه المشاريع، كما تعتبر هذه العقود وسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة وتأهيل اليد العاملة الوطنية. في إطار هذا المحور نتعرض في أولاً إلى تحديد مفهوم عقود البوت، وثانياً خصائصها، وثالثاً صورها وأشكالها.

تعتبر عقود البوت من المظاهر الأساسية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في مجال تمويل المشاريع العامة المتصلة بالبنية الأساسية، التي ظلت لفترة طويلة محتكرة من طرف الدولة في تمويل إنشائها وتشغيلها، وبما أن هذه المشاريع الكبرى تتطلب أموالاً ضخمة في إنشائها وتشغيلها تلجأ الدولة في حالة تعذر إقامتها بغير مساعدة القطاع الخاص، إلى إبرام عقود معه في هذا المجال، وذلك بنقل ملكيتها له بصفة مؤقتة، بشرط أن يقوم هذا الأخير بإعادة نقل الملكية مرة أخرى إلى الدولة بانتهاء العقد. وفي إطار هذا نعرف بتسمية هذه العقود، ثم تعريفها الفقهي، ثم تعريفها القانوني لها.

١- تعريف تسمية عقود البوت

تعرف حروف "BOT" على الترتيب لثلاث كلمات إنجليزية هي: BuiLd, Operate, Transfer، والتي تترجم إلى اللغة العربية على النحو التالي: البناء، التشغيل، ونقل (تحويل) الملكية، وتختصر ترجمتها في اللغة الفرنسية إلى (CET)، وهي اختصار لثلاث كلمات فرنسية: Construire, Exploiter, Transférer، هي المختصرات التي تشكل المراحل الثلاث لتنفيذ عقود البوت^(١).

انتقال الملكية في عقود البوت لا يعنى انتقالها نهائياً من الدولة إلى الطرف المتعاقد معها، وإنما هي بمثابة حيازة قانونية، لأن الملكية تبقى أصلاً للدولة مانحة الامتياز، وذلك باعتبار أن المشرع يبنى لحسابها، وإن كان الطرف

المتعاقد مع الدولة وما تم نقله إليه من ملكية مؤقتة، فهو ملزم عند انتهاء مدة العقد أو مدة حيازة المشروع أن يعيد الملكية للدولة مرة ثانية^(٢).

ويرى جانب من الفقه أن الترجمة الدقيقة لهذه المصطلحات يجب أن تكون كالآتي: التشييد، الاستغلال والتسليم، وحجته في ذلك كالآتي^(٣):

أ- إن مصطلح التشييد أكثر دقة ودلالة في الواقع من مصطلح البناء، لأن شركة المشروع لا يقتصر دورها على عملية البناء وحده، بل يتجاوز ذلك إلى دراسة الجوانب الاقتصادية والمالية والتسويقية والبيئية والفنية للمشروع، وهذا ما يجعل التشييد هو مجموعة من العمليات المتكاملة التي تهدف إلى التجسيد الواقعي للمشروع، وما عملية البناء إلا جزءا من تلك العمليات.

ب- إن مصطلح الاستغلال أكثر دقة من مصطلح التشغيل، لأن مصطلح التشغيل، وإن كان يتضمن جزءا من الحقيقة، باعتبار أن الشركة المنجزة للمشروع تقوم فعلا بتشغيله، غير أن هذا المعنى يهمل حقيقة كون المشروع الذي تحصل الشركة المستغلة له على ما يدره من دخل ناتج عن بيع الخدمة التي يؤديها المرفق سواء بصفة مباشرة لجمهور المنتفعين، أو بصفة غير مباشرة إلى الإدارة العامة التي تتولى فيما بعد تزويد المنتفعين بتلك الخدمة، فمصطلح الاستغلال أشمل من مصطلح التشغيل، لأنه يشتمل على كل عناصر المرحلة الثانية لهذه العقود من تشغيل واستفادة من إيرادات المرفق موضوع التعاقد.

ج- إن مصطلح نقل الملكية يعني أن شركة المشروع تمتلك المرفق العام، وهو ما لا يتفق مع الواقع، حيث إن شركة المشروع يحق لها فقط الانتفاع بالمشروع الذي يخولها حق استعمال المرفق العام واستغلاله والحصول

على مقابل الخدمة المقدمة، فملكية المرفق العام منعقدة للجهة الإدارية صاحبة الملكية الأصلية، وبالتالي فلا يمكن لشركة المشروع أن تنقل ملكية ما لا تملك. إن مصطلح نقل الملكية في عقد البوت لا يدل على ملكية شركة المشروع للمرفق العام الذي تريده، فإنه لا يتصور أن تؤول ملكية المشاريع المنجزة وفق أساليب عقود البوت إلى غير الدولة، وإنما تلجأ الدولة إلى القطاع الخاص كاستثناء للاستفادة من الخبرات ونقل التكنولوجيا وتمويل المشاريع^(٤). ورغم هذه الانتقادات الموجهة لمصطلحات عقود البوت من الناحية الفقهية، فإن أغلب البحوث والدراسات ظلت محتفظة بهذه التسمية الشائعة "البناء، التشغيل، ونقل الملكية".

٢- التعريف الفقهي لعقود البوت

تعرف عقود البوت على أنها "تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة، يرتبط فيها راعى المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال فترة الامتياز، على أن يقوم عند انتهاء تلك المدة بتحويل المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة وبدون مقابل^(٥)."

وهذا المفهوم ما أكدته الدكتور جابر جاد نصار في تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروف بعقد البوت على أنه "تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، سواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص، والتي يطلق عليها تسمية شركة

المشروع، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية المانحة له^(٦).

ويذهب اتجاه فقهي إلى أن عقد البوت عبارة عن "تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية، وتمويله على نفقته الخاصة، وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق، وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصا له طول مدة الترخيص، ويلتزم المستثمر بإعادة كل أصول المشروع أو أى من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبيّنة في اتفاق الترخيص وقرار منحه^(٧).

وعرفه آخرون على أنه "شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة أو أحد الاتحادات المالية الخاصة- لفترة محددة من الزمن- والتي يطلق عليها اسم شركة المشروع، امتيازاً لدراسة وتطوير وتنفيذ وتشغيل مشروع معين تقترحه الحكومة أو الهيئة أو شركة المشروع، وعندئذ تقوم شركة المشروع بتصميمه وبنائه وتملكه وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنوات، - الفترة المتفق عليها- بحيث تكون كافية لتسترد الشركة تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتمية من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، أو من أية مزايا أخرى تمنح لها، ضمن عقد الاتفاق، والذي يطلق عليه عقد الامتياز، وفي نهاية مدة هذه العقد تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة المانحة دون مقابل تكلفة، يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء مرحلة التفاوض على المشروع"^(٨).

وقيل إن عقد البوت هو "عملية منح الحكومة لمن يرغب في الاستثمار في أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة من الأفراد أو الشركات

الخاصة فرصة إقامة المشروعات على الأرض التي تحددها الدولة للمستثمر وتحمله أعباء شراء، وتزويد المشروع بالآلات والمعدات والتكنولوجية المتقدمة وتحمل نفقات تشغيل المشروع السنوية، وذلك في مقابل حصول المستثمر على إيراد تشغيل لمشروع، خلال فترة تحددها الحكومة، والتي تعرف بفترة الامتياز، والتي تتراوح ما بين ٢٠ إلى ٥٠ عاما، وقد تزيد في بعض الأنشطة وفقا لتقديرات واعتبارات المصلحة القومية، وبعد انتهاء الفترة المحددة في العقد، يتم تحويل المشروع أو المرفق إلى الحكومة التي يحق لها التصرف في مصيره وفقا لما تراه من اعتبارات قومية واقتصادية، فقد ترى تجديد امتيازه بشروط جديدة تختلف عن تلك الواردة من قبل، وقد ترى منح امتياز تشغيله إلى مستثمر آخر بشروط أفضل، كما يمكن للدولة بيع المشروع في إطار عملية الخوصصة^(٩).

كما يعرف نظام البوت على أنه عقد بين طرفين مالك لمشروع معين، قد يكون الدولة أو إحدى وحداتها، والثاني مستثمر من القطاع الخاص سواء أكان وطنيا أم أجنبيا، على أن يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة لإقامة المشروع، بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل من عنده، ثم تشغيله وإدارته لفترة من الزمن، يتم الاتفاق عليها، يستغل فيها المستثمر المشروع ليستعيد ما أنفقه من أموال على هذا المشروع، ويحقق أرباحا مناسبة، وفي نهاية المدة المنقذ عليها يعاد المشروع إلى مالكة الأصلي^(١٠).

من خلال هذه التعاريف السابقة نستخلص أن بعضها ركز على محل العقد دون الإشارة إلى العملية التعاقدية، لأن بعض الفقهاء من ينفي الصفة العقدية عن هذا الأسلوب من التعاقد، وذلك لخضوعه لصفة التنظيم، ويستند في ذلك إلى أن أسلوب البوت يقوم على الاتفاقيات والتعاقدات الفرعية، كما أن بعض هذه التعاريف قصدت التزامات شركة المشروع على عمليات الإنشاء فقط

دون أن تمتد إلى دور الصيانة والتجديد والتحديث، وهو ما يتنافى مع حقيقة هذه العقود.

كما أن بعض التعريفات الأخرى جاءت مركزة على الجانب الاقتصادي باعتباره وسيلة للتمويل، وقد أغفلت الجوانب القانونية لهذا النوع من العقود باعتباره عملية تعاقدية تتم لغرض معين^(١١)، وهذا ما يجعلنا نقول إن عقد البوت يقترب من عقد الامتياز، باعتباره منحة من الإدارة لإحدى الشركات المالية الخاصة تنتفع بالمشروع الذى أقامته، وذلك فى مقابل التزام الشركة، إلا أن أغلب هذه التعاريف جاء متفقاً مع مراحل إعداد عقد البوت.

ففى المرحلة الأولى منه تقوم شركة المشروع بإنشاء المشروع، ويستتبع ذلك القيام بتدبير التمويل اللازم، وضبط التجهيزات والآلات الضرورية المطلوبة فى عملية الإنشاء. أما المرحلة الثانية فتقتضى تشغيل المشروع من طرف الشركة الراعية للمشروع، وذلك بهدف تحقيق عائد مالى يغطى تكاليف إنجاز المشروع، ويدر على المستثمر عوائد فى شكل رسوم يتقاضاها من جمهور المنتفعين، وفى نهاية المدة المتفق عليها تنتقل حيازة المرفق إلى الدولة أو إحدى هيئاتها فى صورة جيدة وقابلة للاستمرار.

٣- التعريف القانونى

جاء فى تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولى (CNUDCI) أن مشاريع البوت هى أساساً شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين أو أحد الكيانات الخاصة، يشار إليها "الاتحاد المالى للمشروع" امتيازاً لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين، تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة

من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع، وفي نهاية المدة تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة، دون أية تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة، يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً^(١٢).

وقد عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO عقد البوت على أنه "اتفاق تعاقدى تتولى بموجبه شركة المشروع إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتتولى شركة المشروع إدارة تشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من المرفق، وأية رسوم أخرى شرط ألا تتجاوز ما هو مقدم في العطاء، وما هو منصوص عليه في دفتر شروط العقد المبرم، وذلك لتمكين شركة المشروع من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب للاستثمار، وفي نهاية المدة تقوم هذه الشركة بإعادة المشروع إلى الإدارة وفقاً للأساليب القانونية النافذة في كيفية طرح العطاءات"^(١٣).

وعرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي عقد البوت على أنه "اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها، بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها"^(١٤).

أما الأساس القانوني لعقد البوت في القانون الجزائري: فلم يعرف القانون الجزائري تسمية "بوت" Bot، لأن المشروع الجزائري لم يصدر تشريعات وقوانين خاصة لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب، غير أنه بالرجوع إلى قانون المياه رقم ٠٥-١٢ المؤرخ في ٠٤ غشت ٢٠٠٥ في مادته ١٧ التي تنص على أنه "تخضع كذلك للأحكام العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهيكل التي

تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز والاستغلال، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص^(١٥)، فإذا نظرنا إلى هذه المادة نجدها تشير إلى جميع مراحل البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك بداية بالبناء المعبر عنه في نص المادة بالإنجاز، ثم الاستغلال وهو ما يقابل مصطلح التشغيل في عقد البوت (Bot) وأخير نقل الملكية، كما أن نص المادة قد فصل في مسألة ملكية المشروع، حيث صنفها ضمن الأملاك العمومية التابعة للدولة، ويكون ذلك بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض، حيث تسترجع هذه المنشآت إلى أملاك الدولة.

وقد نص المشرع الجزائري في بعض المجالات على استخدام عقود البوت منها القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات^(١٦)، والذي نص في مادته ٩/٢ على أن الامتياز حق تمنحه الدولة لمعامل، يستغل بموجبه شبكة ويطورها فوق إقليم محدد، ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات" وكذلك المادة ٧ منه التي تنص على أن "ينجز المنشآت الجديدة الإنتاج الكهرباء، ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام ، حائز رخصة استغلال".

وقد نصت المادة ١٦٦ من القانون المالية لسنة ١٩٩٦ على أنه "يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة ولواحقها وتسييرها واستغلالها وصيانتها، وكذا أعمال تهيئتها و/أو توسيعها، محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو الخاص"^(١٧)، وقد نصت المادة ١٦٧ من نفس القانون على أنه "يترتب على الامتيازات المذكورة في المادة ١٦٦ السابقة تحصيل رسم المرور لصالح صاحب الامتياز، وفق الشروط المحددة في اتفاقيات وفي دفاتر

الشروط المرتبطة بها"، وبذلك تكتمل جميع العناصر المتطلبة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وقد نص المرسوم التنفيذي رقم ٣٠٨/٩٦ المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة في مادته الأولى على أن "يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها إلى منح امتياز، كما ينص عليه هذا المرسوم"^(١٨)، أما المادة الثانية من نفس المرسوم فنصت على أنه "يمكن منح امتياز الطريق السريع لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، الذي يقدم طلبا بذلك، وفق شروط وتعليمات دفتر الأعباء النموذجي الملحق بهذا المرسوم".

وتنص المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع الواردة في الملحق الأول بالمرسوم التنفيذي ٩٦-٣٠٨ على أنه "تحوّل الدولة بمقتضى هذه الاتفاقية، لشركة صاحبة الامتياز، التي تقبل القيام بالبناء والاستغلال والصيانة - حسب الحالة - للطريق السريع أو مقاطع الطريق السريع".

أما المرسوم التنفيذي رقم ٤٧٥/٩٧ المؤرخ في ٠٨ ديسمبر ١٩٩٧ المتعلق بمنح امتياز المنشآت والهيكل الأساسية للرى الفلاحي الصغير والمتوسط^(١٩)، حيث نصت المادة ٢ من هذا المرسوم على أنه "يمكن أن تمنح المؤسسات والمقاولات العمومية وكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، وتتوفر فيه المؤهلات المهنية امتياز تسيير واستغلال وصيانة المنشآت والهيكل الأساسية للرى الفلاحي الصغير والمتوسط".

كما أن المشرع الجزائري بإصداره الأمر رقم ٠٤/٠٨ المؤرخ في أول سبتمبر سنة ٢٠٠٨ المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، يكون بذلك

قد فتح المجال للتعاقد بأسلوب البوت، باعتبار المشاريع المنشأة تطبيقاً لهذا القانون تعاد إلى ملكية الدولية عند انتهاء مدة الامتياز.

ثانياً: خصائص عقود البوت

ترتبط عقود البوت بصفة عامة بمشاريع البنية الأساسية الخاضعة لرقابة السلطة الإدارية المانحة لهذه العقود، ويمكن حصر خصائص هذه العقود فى الآتى (٢٠):

١- ارتباط عقود البوت بمشاريع البنية الأساسية: تقوم عقود البوت على أساس تقديم الخدمات للمواطنين على نطاق واسع، وتغطية الاحتياجات الأساسية لتحقيق التنمية ورفاهية الشعوب، تنصب مشاريع عقود البوت على إنجاز وتشغيل المرافق العامة والأشغال العامة، وقطاعات النقل العام، والتي تدخل فى نطاق المجموعة الوطنية، باعتبار أن ملكية هذه المرافق تبقى تابعة للدولة، وهى التى تسيرها عن طريق أجهزتها الإدارية.

٢- اختصاصات الدولة أو الهيئات التابعة لها بإبرام عقود البوت مع القطاع الخاص: تبرم هذه العقود بين الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية التابعة لها، وأحد أشخاص القطاع الخاص الذى قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وتعد هذه العقود وسيلة لتمويل المشروعات العامة التى تساعد فى انتعاش الاقتصاد وتعزيز التنمية.

وتظهر الدولة فى عقود البوت كجهة مانحة للترخيص أو الالتزام، وهى الجهة التى يخولها الدستور أو القانون فى منح الترخيص للقطاع الخاص، لبناء أو تطوير وتمويل المشروع، وتتمثل هذه الجهة فى السلطة التنفيذية أو كجهة أو هيئة عامة فى اتفاق الترخيص، وهى عادة الهيئة المعنية أصلاً بتنظيم

المرفق وتقديم الخدمة المرتبطة به، وتعتمد السلطة المتعاقدة عند إبرامها لعقود البوت على مستشارين وخبراء ماليين واقتصاديين محليين ودوليين منذ المراحل الأولى للمشروع، ولتكون بذلك وثائق التعاقد الخاصة بمشاريع البوت، هي عقود الاستعانة بخبراء مستشارين لضمان أداء الخدمة العامة.

٣- غاية هذه العقود إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات منفعة عامة: إن هدف إقدام الدولة أو إحدى هيئاتها الإدارية على التعاقد وفق أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية، هو إنشاء مرافق اقتصادية لتقديم خدمات ذات منفعة عامة لجمهور المنفعين، ففي تشييد واستغلال هذه المرافق العامة، يفرض على الدولة أو إحدى هيئاتها المتعاقدة وضع مجموعة من الشروط التي تضمن مراقبتها وتنفيذها في كل المراحل.

٤- التأكيد على إشراف الدولة على المرافق العامة المنجزة وفق عقود البوت: تخول للجهة الإدارية المتعاقدة بمهمة الإشراف والرقابة على شركة المشروع أثناء قيامها بالبناء والتشييد للمرفق العام محل التعاقد، وذلك للتأكد من التزام الشركة المنجزة بالمواصفات المتفق عليها في العقد، كما يخول العقد للجهة الإدارية المبرمة له من متابعة الإشراف والرقابة على المشروع خلال مدة التشغيل، إن حق الإشراف والرقابة يمنح للجهة الإدارية المتعاقدة لحماية مصالح المواطنين والمحافظات على تقديم الخدمة العمومية بصفة مطردة وبالمواصفات المنصوص عليها في العقد.

٥- ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق العام طيلة مدة التعاقد: تخول هذه العقود للإدارة المانحة لها من الاحتفاظ بحق الملكية والتنظيم للمشروع، زيادة على حق الرقابة والإشراف طيلة مدة الامتياز، أي أن هذه

العقود تخول للإدارة المانحة حق الرقابة على التنفيذ والاستغلال، وذلك لضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد ومساواة المنتفعين من خدماته.

٦- تخفيف العبء على الموارد المالية الحكومية المحدودة: فى هذه

العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل وإنشاء وتشغيل هذه المرافق، وتحمل مخاطر التمويل بها، لتتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة ذات السيادة، والتي لا يسمح القانون بإدارتها وتسييرها واستغلالها من طرف القطاع الخاص، وتزداد أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرا أجنبيا، مما يعنى إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي، الأمر الذى يؤدى إلى تحسين ميزان المدفوعات وخفض العجز فى الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من العملة الأجنبية.

٧- توفير البنية الأساسية المناسبة للتنمية الاقتصادية: إن عقود

البوت توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدولة النامية، فالقطاع الخاص الذى يضطلع بإنشاء وتشغيل المرافق العامة، له مصلحة فى استخدام هذه التكنولوجيا فى البناء أو التشغيل أو التحديث لضمان تحقيق أكبر قدر من الإيرادات. إن نقل إنشاء المرافق العامة وتحسين ظروف العمل بها إلى القطاع الخاص يخفف العبء على الموارد المالية للدولة من اللجوء إلى الاقتراض الخارجى، وما يترتب عليه من اختلالات فى الموازنة العامة وأعباء خدمات هذه الديون.

٨- استفادة الحكومات من خبرة القطاع الخاص فى تقديم الخدمة

العامة: فالإدارة الخاصة تحرص على الفاعلية والكفاءة أكثر من الإدارة الحكومية، مما يحسن من أداء الخدمة العامة وصورة الحكومة أمام المواطنين.

٩- ضمان تحقيق فرص العمل من إقامة المشروعات العامة: إذا

كانت عقود البوت تؤدي إلى إقامة مشروعات ومرافق عامة جديدة، مما يؤدي إلى إتاحة مزيد من فرص العمل، وضخ أموال جديدة إلى السوق، مما يقلل من نسبة التضخم، ويقلل من البطالة، فضلا عن كونها تؤدي إلى خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الإنفاق أو غيرها من المشروعات التي تتم عبر هذه العقود.

ثالثا: صور وأشكال عقود البوت

تعد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الصورة الأكثر انتشارا لتنفيذ مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة، ويمكن إجمال صور وأشكال عقود البوت في الآتي (٢٢):

١- عقود البناء والتملك والتشغيل والتحويل (BOOT): هذه العقود

تتيح للمستثمر بناء المشروع وإقامة هيكله ومعداته وتملكه لفترة مؤقتة بواسطة شركة المشروع، على أن يقتصر دور الحكومة على الإشراف على التأسيس والتشغيل خلال فترة الامتياز، وبعد انتهاء هذه الفترة، يعود المشروع ملكية عامة. هذه الصيغة تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد، أي ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله، ثم يتم نقله إلى ملكية الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز، وهذا ما يشجع القطاع الخاص على اعتماد صيغة هذه العقود لتملكها للمشروع ولو لمدة محددة.

٢- عقود البناء والتملك والتشغيل (BOO): هذه العقود تبرم بين

الحكومة والمستثمر أو مجموعة من المستثمرين على إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة امتياز تتولى الإشراف على التشغيل، ولا ينتهي هذا النوع من المشروعات بتحويله إلى الملكية العامة، ولكن بعد انتهاء الفترة المحددة،

يتم تجديد الامتياز أو انتهاء المشروع لانتهاؤ العمر الافتراضى له، وفى حالة بقاءه يتعين على الدولة تعويض الملاك عن حصص الملكية وفقاً لتقييم أصول وخصوم المشروع متى رفضت تجديد العقد لهم، ومن ثم يحق للحكومة بعد ذلك التعاقد مع آخرين على إدارة المشروع من خلال عطاءات مقدمة يتم اختيار أفضلها، وفى كل الحالات تحصل الحكومة على نصيب من الإيرادات التى يحققها المشروع مقابل منح الامتياز ودعم المشروع أمام الجهات المختلفة.

٣- عقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز (BOR): يتم هذا التعاقد على

بناء المشروع، ثم تشغيله خلال الفترة المتعاقدة عليها، ثم تجديده لفترة أخرى. يجد هذا النوع مجاله فى العقود التى تحتاج إلى تجديد مدة الاستغلال، حيث يكون للمشروع منافع مستمرة، ويزيد عدد المنتفعين والمستهلكين له، لذلك تدخل الدولة فى التفاوض مع المستثمر، لحصوله على فترة زمنية أخرى لتجديد الامتياز.

٤- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (DBFO): تتفق الحكومة

فى هذه العقود مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التى تحددها الحكومة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية، على أن يتولى المستثمر المتفق مع الحكومة على إقامة المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة، ويتولى البحث عن تمويل من أحد البنوك العاملة فى الدولة أو من البنوك الخارجية، ويقوم بتشغيل المشروع وفقاً للضوابط والمواصفات التى تضعها له الحكومة بعد فترة الامتياز، حيث إن الحكومة تحصل على مقابل الأرض وعلى قيمة أو نسبة من الإيرادات مقابل منح الامتياز، ويحق للحكومة تجديد الامتياز أو منحه لمستثمر آخر مع دفع التعويض المناسب للمستثمر مالك المشروع. هذا النوع من العقود

استعملته بريطانيا في مجال الطرق السريعة، وذلك قبل تبنيتها لعقود المبادرة التمويلية عام ١٩٩٤.

٥- عقود البناء والتحويل والتشغيل (BTO): في هذا النوع من العقود، تقوم الحكومة بالتعاقد مع مستثمر خاص على بناء مشروع أو مرفق عام، ثم التخلي عن ملكيته للحكومة التي تبرم معه عقداً آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال فترة الامتياز، وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل، ومن ثم تصبح الحكومة هي المالكة للمشروع منذ البداية وهذا عكس العقود السابقة.

٦- عقود البناء والتأجير والتحويل (BLT): تتفق الحكومة في هذه العقود مع مستثمر خاص لبناء مشروع أو مرفق عام وتأجيره له لفترة زمنية، يحصل خلالها المستثمر على إيرادات في مقابل أن يؤدي للحكومة إيجار المشروع. وفي حالة عجز المستثمر على تشغيل المشروع، يجوز له تأجيره إلى مستثمر آخر لإدارته وتشغيله خلال الفترة العقد.

٧- عقود التحديث والتملك والتشغيل والتحويل (M.O.O.T): تتفق الحكومة مع المتعاقد على تطوير مرفق عام أو مشروع بنية تحتية قائم، وهذا يعني أن المستثمر لا ينشئ المشروع، وإنما يقتصر دوره في تطويره تكنولوجياً وفقاً للمستويات العالمية، مقابل أن يملكه لفترة يتولى خلالها إدارته وتشغيله، والحصول على إيراداته ثم إعادة المشروع بجميع ما وصل إليه من تطوير وحداته بعد نهاية فترة الامتياز إلى الحكومة دون مقابل.

وقد استعمل المشرع الجزائري هذه الصيغة في القانون رقم ١٢/٠٥ المؤرخ في ٠٤ غشت ٢٠٠٥، المتعلق بالمياه، حيث نصت المادة ١٠٢ على أن "يكلف صاحب امتياز بالخدمة العمومية للماء والتطهير في إطار الحدود الإقليمية للامتياز، باستغلال المنشآت والهياكل التابعة للأماكن العمومية

والاصطناعية للماء وصيانتها وتجديدها وإعادة تأهيلها وتطويرها..."، كما استعمل هذا النوع من العقود فى القانون رقم ٢٠/٠١ المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز.

٨- عقود التجديد والتملك والتشغيل (MOOT): تتعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص من أجل تجديد أحد المشروعات العامة التى تحتاج إلى تدعيم سواء من حيث المبانى أو الآلات أو المعدات أو الأجهزة، فى مقابل أن يمتلك المستثمر المشروع، ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته على أن تحصل الحكومة منه على مقابل انتقال ملكية المشروع منها إليه، فى هذا النوع من العقود يقوم المستثمر باستئجار المشروع من الجهة المالكة له، ثم يقوم بعملية تجديده وتشغيله، وبعد انتهاء مدة الإيجار يقوم بإعادته إلى الجهة المالكة له بدون مقابل.

٩- عقود البناء والتمويل والتحويل (B.F.T): يعتمد هذا النوع من العقود على مبادرة من القطاع الخاص بتقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من البنية الأساسية، ثم تقوم الحكومة بسداد تكلفة التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط.

١٠- عقد التأجير والتدريب والتمويل (L.T.T): يقوم القطاع الخاص فى هذه العقود بتمويل إقامة مشروعات وتدريب العاملين التابعين للدولة عليها، ثم تأجير هذه المشروعات للحكومة التى تقوم بتشغيلها خلال فترة معينة، على أن تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص.

١١- عقد التجهيز والتشغيل والتحويل (F.O.T): يقوم هذا العقد على أن يقوم المستثمر بتجهيز المرفق العام بالتجهيزات والمعدات والأثاث، ثم تشغيله لمدة محددة مقابل حصوله على إيرادات ناتجة عن عملية التشغيل

وتحقيق الأرباح، وعند انتهاء مدة العقد يعاد المرفق إلى الجهة الإدارية صاحبة المشروع.

هذه أهم عقود البوت القائمة على مشاركة القطاع الخاص في عملية إنشاء وتمويل وتشبيد المرافق العامة.

المحور الثاني: الإطار القانوني لعقود البوت

على الرغم من أن عقود البوت بأنواعها المختلفة انبثقت من عقود التزام المرافق العامة، وهذا ما جعل بعض الفقهاء يصرحون بأن هذه العقود ليست مستحدثة، وإنما هي عقود معروفة ومطبقة من منتصف القرن ١٩، غير أن شيوعها في الربع الأخير من القرن ٢٠، أدى ببعض الفقهاء إلى التشكيك في طبيعة هذه العقود، وهذا ما جعل الفقه يتنازع حول تكييف هذه العقود، فهناك من يعتبر أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية عبارة عن تنظيم وليس عقداً، وهناك من يضيف على هذه العقود صفة العقود الإدارية، وهناك من يعتبرها من قبيل عقود القانون الخاص القائمة على حرية التعاقد، وهناك من يعتبرها ذات طبيعة خاصة، فإن هذه المسألة تدعونا إلى الوقوف على التكييف القانوني لهذه العقود في المطلب الأول، وبيان طرق و كفاءات إبرامها في المطلب الثاني.

أولاً: التكييف القانوني لعقود البوت

قد تنازعت الآراء الفقهية في التكييف القانوني لعقود البوت، وهذا ما نحاول توضيحه من خلال الرأي الأول الذي اعتبرها تنظيمًا وليس عقداً في الفرع الأول، ثم بيان الرأي القائل بأن عقود البوت هي عقود مرافق عامة أو عقود ذات طبيعة إدارية، وهذا ما نتناوله في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث

نستعرض الرأى القائل بأن عقود البوت ذات طبيعة خاصة، وفى الفرع الرابع نبيّن موقف القانون الجزائرى من تكييفه لهذه العقود.

١ - عقود البوت تنظيم وليست عقدا

يرى جانب من الفقه على أن عقد البوت ليس اتفاقا وعقدا، أو إنما هو تنظيم اقتصادى سيلتزم تنفيذه إبرام العديد من الاتفاقيات المتشابكة والمتعددة بين أطرافها المختلفة، وتتميز مصالح الأطراف المتداخلة فى هذا التنظيم بالتعارض فيما بينها، والحكمة من اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد ضمان سير المرافق العامة باطراد فى أداء الخدمة العمومية للمواطنين.

هذا الاتجاه الفقهى ينكر الطبيعة الاتفاقية لعقود البوت، ويقرر طبيعتها التنظيمية بحجة تعارض مصالح إطرافها، وأن الاتفاقات الفرعية التى يتضمنها التنظيم ترتبط فى وجودها بالعقد الرئيسى بين الإدارة وشركة المشروع. أما العقود الأخرى التى تبرم تنفيذا لهذا العقد، والتى تكون فى شكل عقود التزام، أو عقود إشغال عامة، أو عقود توريد، أو عقود تمويل، أو عقود إدارية أو مدنية حسب الأحوال، فلا تؤثر على طبيعة عقد البوت، وهذا الرأى الفقهى يجانبه الصواب فى تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت.

٢ - عقود البوت ذات طبيعة إدارية

يرى أنصار فقه القانون العام أن عقود البوت هى عقود إدارية، وما هى إلا امتداد لنظام عقود الامتياز فى صورته الجديدة، أو أنها صورة من صور عقود التزام المرافق العامة، ويستندون فى ذلك إلى الحجج التالية^(٢٤):

أ- عقود البوت هى عقود قديمة، أبرمت فى صورة مستحدثة لعقود التزام المرافق العامة.

ب- خضوع هذه العقود لمعايير وشروط العقود الإدارية، من هذه

المعايير:

- أن يكون أحد طرفي العقد شخصا من أشخاص القانون العام.
- أن يتعلق محل التعاقد بمرفق عام.
- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص^(٢٥).

ج- موضوع وأهداف عقود البوت تخضع لأحكام القانون العام: إذا كان

موضوع وأهداف عقود البوت تنصب على إنشاء وتجديد مرافق عامة وإدارتها وتسييرها لفترة محددة، فلا يتصور خضوعها لأحكام القانون الخاص، الذي قد يؤدي في هذه الحالة إلى نوع من المساواة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو ما يتنافى مع طبيعة الغاية التي ينشدها المرفق العام. فالغاية من إبرام عقود البوت هي إنشاء المرفق العام وتطويره وتشغيله، وليست الغاية من ذلك هي إبرام العقد الذي هو وسيلة لإنشاء المرفق العام وليس غاية في حد ذاته.

د- احتواء عقود البوت على شروط استثنائية لا يتتفى عنها الطبيعة

الإدارية: إن احتواء عقود البوت على شروط استثنائية يكون مصدرها التراضي بين الجهة الإدارية المتعاقدة من جهة وشركة المشروع المتعاقدة معها من جهة ثانية، والتخفيف من الشروط اللائحية لا ينفى عن هذه العقود طبيعتها الإدارية، لأن الهدف من هذا التعاقد تهيئة المناخ القانوني للاستثمارات، والتوسع في البنود التعاقدية على حساب الشروط اللائحية لا يعني خلو عقود البوت من تلك الشروط، وإنما يعني الحد منها حتى تصبح ضامنة للمصالح المحتملة للمستثمرين وغير مضر بالمصلحة العامة.

٣- الطبيعة الخاصة لعقود البوت

ذهب اتجاه فقهي إلى أن عقود البوت هي من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعتها للقانون الخاص، أي أن طرفي العقد يكونان على نفس القدر من المساواة أثناء إبرام وتنفيذ العقد، وينفى عن الإدارة المتعاقدة امتيازات السلطة العامة لأن هذه العقود لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل في تعاقدها إلى مرتبة الأفراد العاديين، لأن مثل هذه العقود لا تقبل تمتع الإدارة بالسلطات المخولة لها في إبرام العقود الإدارية، ويستند هذا الرأي الفقهي إلى الطبيعة الخاصة لعقود البوت على الحجج التالية^(٢٦):

أ- اختلاف أسلوب التعاقد بين عقد البوت وعقد التزام المرافق العامة:

وأساس هذا الاختلاف يكمن في كون عقد التزام المرافق العامة هي عقود إدارية في حين أن عقود البوت ليس عقوداً إدارية، وإنما هي من عقود القانون الخاص التي تخضع للقانون المدني أو القانون التجاري، وينعقد اختصاص النظر في منازعتها للقضاء العادي. فالشروط الاستثنائية المتطلبة في العقود الإدارية، وهيمنة امتيازات السلطة الإدارية على العقد الإداري غير متوفرة مجتمعة أو منفردة في عقود البوت، لأن تنظيم هذه العقود وتسييرها متروكة لتقدير شركة المشروع، ولكن هذا لا يعني أن الإدارة المتعاقدة ليس لها دور في عملية التسيير والإشراف أو التدخل في تسعير الخدمة، إلا في الحدود المنصوص عليها في العقد.

ب- قيام عقود البوت على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين: أي أن التعاقد

وفق هذا الأسلوب يحكمه مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من عقود القانون الخاص.

ج- عدم خضوع عقود البوت لمعايير وشروط العقود الإدارية: فوجود

الإدارة كطرف في العقد لا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على هذا النوع من العقود، وإنما يتطلب توافر بقية الشروط كاتصال العقد بمرفق عام، وإتباع أساليب القانون العام، فاتصال عقود البوت بمرفق عام لا يعنى بالضرورة أن يكون العقد إدارياً، وذلك للأسباب التالية:

- قد تلجأ الدولة فى إدارة مشروعاتها الاقتصادية إلى أسلوب المشروع التجارى أو الصناعى دون أسلوب إدارة المرفق العام، وذلك لما يوفره هذا الأسلوب الأخير من مرونة فى نجاح المشروعات الاقتصادية، وإلى عدم نفور المستثمرين الأجانب فى قبول التعاقد مع الدول وفق ما يحقق النجاح للمشروع فى ظل اتباع أساليب القانون الخاصة، وذلك باعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافى، ومن ثم تقف الدولة موقف المساواة مع الطرف الأجنبى المتعاقد معها.
- التعاقد وفق أسلوب البوت لا يتصل فى جميع الأحوال بمرفق عام، وإنما يتصل بمشروعات استثمارية تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة، ومثال ذلك عقود إنشاء مشروعات سياحية (فنادق) تستثمر فيها الدولة مواردها المالية بغرض بيع الخدمة، وهذا ما يرتبط بالقانون الخاص أكثر من القانون العام.
- تنوع المرافق العامة وتطور أساليب إدارتها، جعل المرفق العام يفقد أهميته كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإدارى.
- عقود البوت تجرد الجهة الإدارية من احتواء عقودها على شروط استثنائية وغير مألوفة فى تعاقدتها مع شركة المشروع، وتظهر كما لو أنها فرد عادى، فتأتى الصيغة التعاقدية فى عقود البوت خالية من أى شروط استثنائية وغير مألوفة، وهذا ما يجعل هذه العقود تخضع لأحكام القانون

المدنى أو التجارى وغير خاضعة لمواصفات التعاقد وفق أحكام القانون العام.

د- تمسك الدولة بأحكام القانون العام كأساس لتكييف عقود البوت
يحرم الدول النامية من الاستثمارات: التى تسهم فى نقل التكنولوجيا وزيادة التشغيل وتحقيق الثروة، وهذا يدفع الدولة إلى إبرام هذه العقود وفق أحكام القانون الخاص كأساس قانونى لها.

هـ- إن طبيعة العقد الإدارى تتعارض مع ملكية شركة المشروع: تعد ملكية شركة المشروع فى عقود البوت ملكية تامة ونهائية، وهذا ما يتعارض مع عقود التزام المرافق العامة التى تعد الدولة هى المالكة للمشروع.

و- إضفاء الصفة الاقتصادية على عقود البوت: يجعلها خاضعة لأحكام القانون الخاص، وهذا ما يجعل طرفى العقد على قدم المساواة فى إبرامه، حيث تستبعد هذه العقود من الخضوع لأساليب وامتيازات السلطة العامة، وهذا يمنع تطبيق أحكام وقواعد المرافق العامة على عقود البوت لتباين القانون المطبق على كل منهما.

ز- نزول الدولة عن ملكية المشروع فى عقد البوت وعن ملكية الأرض
المقام عليها المشروع لصالح المستثمر الأجنبى، هذا ما ينفى خضوع هذه العقود للقانون العام، زيادة فى حالة وقوع تنازع بين الدولة والجهة المستثمرة فيها، تخضع هذه المنازعات لمحاكم التحكيم، على اعتبار أن هذه العقود هى من عقود القانون الخاص.

٤- التكييف القانونى لعقود البوت فى القانون الجزائرى

إن القانون الجزائرى لم ينص على تشريع خاص ينظم التعاقد بهذا الأسلوب من التعاقد، وإن كان قد عرف مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية التى

أشارت إلى هذه الطائفة من العقود، وذلك من خلال إلحاقها بعقود الامتياز، حيث نصت المادة ٧٦ من القانون رقم ١٢/٠٥ المتعلق بالمياه على أنه "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأمالك العمومية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص، يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم".

وقد نصت المادة ١٠ من الأمر رقم ٠٤-٠٨ المؤرخ في ٠٩/٠١/٢٠٠٨ على أن "يكرس الامتياز المذكور في المادة ٤ أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار، وكذا بنود وشروط منح الامتياز". وحدد المشرع الجزئى العمليات الداخلة ضمن عقود الامتياز الممنوحة بموجب المادة ٧٦ السابقة الذكر، وهذا ما ظهر في نص المادة ٧٧ من نفس القانون، والتي من بينها عقود إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الاحتياجات الخاصة.

فهذه العقود بناء على النصوص القانونية السابقة تبرم وفقا لقواعد القانون العام، وذلك لاحتوائها على خصائص ومميزات العقود الإدارية.

إن المادة ٢٠ من المرسوم التنفيذي رقم ٠٤-١٧ المؤرخ في ٢٠/١٢/٢٠٠٤ تكرر خضوع هذا النوع من العقود للقانون العام، وبعكس ذلك نص هذه المادة التي تقضى بأنه "يتعين على صاحب الامتياز الخضوع لأوامر السلطة المانحة للامتياز"، وهذا ما يفرض عليه الخضوع لجميع أشكال التفتيش والمراقبة التي تقوم بها الجهة المانحة سواء بطريقة مفاجئة أو بصورة منتظمة.

كما قررت المادة ٢٦ من نفس المرسوم التنفيذي إمكانية سلطة الامتياز إلغاء عقد الامتياز للأسباب التالية:

- إذا لم تتوفر الشروط التي سمحت بالحصول عليه.
- إذا لم يمتثل صاحب الامتياز لاعتذارات السلطة مانحة الامتياز التي لاحظت مخالفة خطيرة.
- إذا كان صاحب الامتياز يستغل الامتياز في ظروف مختلفة عن تلك الواردة في اتفاقية الامتياز.
- إذا خالف صاحب الامتياز أحكام هذا المرسوم بشكل خطير".

وقد نصت المادة ١٣ من المرسوم التنفيذي رقم ١١-٢٢٠ المؤرخ في ١٢ يونيو ٢٠١١ المحدد لكيفيات امتياز استعمال الموارد المائية على أنه "يمكن إلغاء الامتياز دون أى تعويض وبعد الإعذار، في حالة عدم احترام دفتر الشروط".

من خلال النصوص السابقة يتضح توافر خصائص العقود الإدارية فيما يتعلق بعقود البوت في القانون الجزائري، ويظهر ذلك بصورة جلية في جعل أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام، وجعل محل هذه العقود تنصب على إنشاء مرافق عامة لتحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى احتواء هذه العقود على شروط وقواعد استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، ويظهر ذلك فيما يتعلق بسلطة التنظيم وسلطة الرقابة على إنجاز هذه الهياكل ورقابتها. وبالاطلاع على اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركات الاستثمار الأجنبية، نجد المشرع الجزائري قد أحاط هذه العقود بكثير من الضمانات والتحفيزات المستمدة من قواعد قانون تطوير الاستثمار، الخاضعة للقانون الخاص أكثر من خضوعها للقانون العام^(٢٨).

وقد لجأت الدولة الجزائرية من خلال تعاقدتها مع المستثمرين الأجانب فى إطار عقود البوت المتعلقة بإنجاز هياكل تحلية مياه البحر إلى التحكيم الدولى كوسيلة لحل الخلافات بين الطرفين بمناسبة تنفيذ بعض هذه العقود، وهذا ما يفسر قبول الدولة الجزائرية إلى الاحتكام للقواعد والأحكام الخاصة بتسوية المنازعات فى عقود التجارة الدولية. وبذلك يكون المشرع الجزائرى قد جعل الأصل فى تكييف عقود البوت المتعلقة بإقامة هياكل تحلية مياه البحر إلى القانون العام، واستثناء على ذلك، رخص بتنفيذ المشاريع الخاصة بتحلية مياه البحر وفق أحكام قانون ٠١-٠٣ المتعلق بتطوير الاستثمار، الذى يخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص.

٣- طرق وكيفيات إبرام عقود البوت

نظرا لتعلق عقود البوت بالمرافق العامة المرتبطة غالبا بمشاريع البنية الأساسية، ونظرا لأهمية الآثار المترتبة عليها فى ضمان حسن سير المرافق العامة وتحقيق التنمية، فإنه يفرض علينا تخصيص الفرع الأول للحديث عن الإجراءات السابقة للتعاقد، ثم بيان طريقة التعاقد فى الفرع الثانى، ثم بيان كيفية إعداد مشروع عقد البوت فى الفرع الثالث.

الفرع الأول: الإجراءات السابقة للتعاقد

تتمثل الإجراءات السابقة على التعاقد فى تحديد الدولة طبيعة المشروع التى تتطلع إلى إنجازها وأهميته بالنسبة لأفراد المجتمع، فنقوم بتحديد واختيار المشاريع المزمع إنشاؤها وفق عقود البوت على أن تكون مبنية على دراسات وأسس علمية واقتصادية وفنية، يتم بعدها دراسة الخيارات التمويلية المتاحة لإقامة المشروع المحدد، وتحديد الصيغة التعاقدية الملائمة.

وغالبا ما تقوم الدولة بتحديد المشروع المطلوب إقامته وأسلوب تمويله، ولكن هذا لا ينفى إمكانية قيام شركة المشروع أو مجموعة من المستثمرين الممولين بتحديد المشروع المراد إقامته، بعرضه على الحكومة وإبداء استعدادها لتمويله وفقا لنظام البوت، فى هذه الحالة يحرص المستثمر على تحديد المشروع الذى يتوقع أن يحقق له نسبة عالية من الأرباح أو إحدى هيئاتها المركزية أو اللامركزية^(٢٩).

فالدولة هى الجهة الإدارية مانحة الامتياز والمالكة الحقيقية للمشروع،والتي تقف خلفه وتسانده وتحل مشاكله، وإن كانت تتنازل مؤقتا عن تلك الملكية للمستثمر من أجل إقامة مشروع معين ينتفع به لفترة من الزمن ثم يعود فى النهاية إليها، فهذا لا يعنى أن دور الإدارة يقتصر على توقيع العقد، وإنما مهمتها تظل قائمة فى كالاتى^(٣٠):

- متابعة عمل الشركات والتأكد من جدية التزامها بالتنفيذ: وذلك بحسب المواعيد المنصوص عليها فى العقد، وفى حالة الإخلال بها، تفرض العقوبات المالية كالغرامات المتفق عليها أو مصادرة مبالغ الضمانات.

- متابعة عمليات الإنشاء والتأكد من جودة المنشئ ومطابقته المواد المستخدمة للمواصفات القياسية:

- المتابعة الدورية والتفتيش الرقابى على حسن سير المشروع، وذلك بعد إنشائه وحسن إدارته ومدى صيانتته واحتفاظه بصلاحيته، إلى أن يتم تسليمه إلى الجهة الإدارية المانحة له.

أما الطرف الثانى فى التعاقد وهو الذى يقع عليه تصميم وبناء وتشغيل وإدارة المشروع وإقامته بالشكل الذى تم الاتفاق عليه، كما يتولى قبل ذلك القيام بالعديد من عمليات التفاوض التى تتم على النحو التالى:

- التفاوض مع الجهة الإدارية المانحة للحصول على الامتياز وحق الانتفاع: ووضع الشروط والضوابط الخاصة به، وإصدار التراخيص والتصاريح وتحديد الحقوق والواجبات بصورة دقيقة.
- التفاوض مع المقاولين لإنشاء المشروع وإبرام عقود التشييد الخاصة به: وتحديد كل الجوانب الفنية والمالية للمشروع مع وضع البرنامج التنفيذي وترقيته.
- التفاوض مع الموردين لتوريد مستلزمات التشغيل المختلفة للمشروع وإبرام العقود الخاصة بها.
- التفاوض مع شركات متخصصة لتشغيل وإدارة المشروع وصيانته والإشراف على كل جوانبه.
- التفاوض مع البنوك الممولة للحصول على القروض والتسهيلات المختلفة وإبرام العقود الخاصة بها.
- التفاوض مع شركات التأمين ومؤسسات الضمان: للحصول على الضمانات ووثائق التأمين اللازمة لتغطية المشروع من المخاطر المحتملة. أما الطرف الثالث في عقود البوت فهم الأشخاص الذين يتعين استفادتهم من المشروع، وهذا يتطلب معرفة مدى احتياجاتهم فيما يقدمه المشروع من خدمات، ومعرفة مدى تناسب الخدمة مع الرسوم المقدرة لهذه الخدمة. إذا كانت الجهة الإدارية المانحة للمشروع تركز جهودها على التقييم الاقتصادي والاجتماعي، فإن شركة المشروع تركز تقييمها على درجة الربحية الخاصة للمشروع، والتأكد من مدى قدرته على تغطية جميع الالتزامات المالية، بما فيها خدمة الدين والأرباح، بالإضافة إلى تحديد الفجوات المالية التي يتعين

على الجهة المانحة التدخل لتغطيتها، بتقديم بعض المزايا والضمانات من أهمها^(٣١):

أ- تقديم مساهمة مالية كمنحة أو قرض بفائدة منخفضة، أو الدخول كشريك فى المشروع، كما يتعين ربط المنحة بالأداء كأن تقرر منحة لكل وحدة إنتاج.

ب- تخفيض درجة المخاطرة من خلال بنود العقد التى تحمى المستثمر من بعض أوجه عدم التأكد فى المستقبل ومثال ذلك التعاقد مع شركة المشروع على شراء بعض أو كل منتجات المشروع.

٢- طريقة وكيفية التعاقد

تبرم عقود البوت وفق جملة من الإجراءات من أهمها^(٣٢):

أ- تحديد مشروعات البنية الأساسية التى تحتاج إلى:

أ- تمويل من القطاع الخاص:

- تقوم الجهة الإدارية المانحة بتحديد المرافق العامة التى تعاني من سوء تقديم الخدمات أو من قصورها فى ذلك، وبيان مدى حاجة المواطنين إليها، وتسهيل ذلك على المستثمرين فى معرفة مشروعات البنية الأساسية التى تحتاج إلى تمويل القطاع الخاص.

- وتنشئ الجهة الإدارية المانحة لتحقيق الغرض السابق، إما مؤسسة مستقلة تسهر على دراسات الجدوى لمثل هذه المشروعات، بحيث تكون تلك المشروعات تحت إدارة وتسيير المستثمرين ومؤسسات التمويل عند الحاجة.

- وقد تنشئ الجهة الإدارية المانحة جهازا تنفيذيا، يعهد إليه باقتراح وإعداد دراسات الجدوى عنها، بالإضافة إلى إعداد مشروعات القوانين واللوائح اللازمة لتحقيق قبول المشروع من قبل المستثمرين ومؤسسات التمويل.

- تحديد مجالات مشروعات البوت وفق قوانين صادرة عن السلطة التشريعية
تبيّن مجالات إبرام عقود البوت، بحيث لا تترك هذه المجالات لتقدير
السلطة التنفيذية أو لرغبات مؤسسات التمويل دون ارتباط ذلك بالسياسة
العامة للتنمية للدولة.

ب- طرح المشروع واختيار المستثمر: تعتبر عقود البوت فى الجزائر من
العقود الإدارية التى تخضع لقانون الصفقات باعتبار القانون الأساسى فى بيان
كيفية إبرام عقود الإدارة المختلفة التى تخضع للقواعد والإجراءات المتطلبية فى
اختيار صاحب المشروع فى إطار المناقشة العلانية، ويتم ذلك بواسطة الإعلان
المسبق، مع تحديد وثائق التعاقد ودفتر الشروط المتضمنة للمواصفات التقنية
والمالية اللازمة لإبرام العقد، وذلك من خلال:

- **إعلان عن المناقصة:** يعتبر إجراء جوهريا، والذي يتم بمقتضاه توجيه
الدعوة إلى كل المقاولين والمتعهدين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة، مع بيان
الشروط الموضوعية التى يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى الجهة المانحة
للامتياز. فالإعلان عن المناقصة يضمن إعلام جميع المتنافسين بموضوع
المناقصات والمزايدات العامة، حتى يتسنى لهم التقدم بطلباتهم فى الوقت
المناسب، وبالشكل المطلوب^(٣٣)، فالإعلان عن المناقصة أو المزايدة يوفر مبدأ
المساواة بين المتنافسين، وعلى أن يعامل جميع المشتركين معاملة متساوية
قانونا وفعلا.

- **تقديم العطاءات:** إن طرح العطاء يتطلب تحديد وثائق المناقصة، ثم
إتباع إجراءات تلقى العطاءات، ليتم الوصول إلى اختيار المتعاقد مع الإدارة
المانحة لعقد الامتياز. بعد الإعلان عن المشروع تتقدم الشركات بعطاءاتها فى
المواعيد، وحسب الإجراءات المحددة من الجهة الإدارية المانحة، على أن

يتضمن العطاء تحديد مصادر تمويل المشروع بموجب خطة تمويلية، تحدد تلك المصادر وتوضح الضمانات التي تكفل تنفيذها للمشروع، كما يتعين أن تتضمن العطاءات الرسومات الخاصة بالمشروع وكيفية تنفيذه، وآجال التنفيذ، على أن توضع كل الوثائق والمستندات المطلوبة في ظرف واحد مغلق. وقد نصت على ذلك المادة ٢/٥١ من قانون الصفقات العمومية الجزائرى على مشتملات ملف العرض الذى يجب أن يتكون من عرض تقنى وعرض مالى:

- **تقييم العطاءات واختيار المتعاقد:** بعد تلقى العروض من قبل المتعهدين، تقوم لجنة فحص العروض بمراقبة الوثائق والعروض المقدمة، لتعلن قبول العروض المتوفرة على الشروط المطلوبة، ورفض غيرها من العروض غير مكتملة شروط. ثم تعود هذه اللجنة إلى دراسة الاقتراحات وتقييمها لاختيار أفضلها، ويتعين أن تتم هذه العملية وفقا للقواعد والأحكام المعلنة من جهة الإدارة فى ملف المناقصة، وقد أسندت نصوص قانون الصفقات العمومية الجزائرى مهمة فحص العروض إلى لجنتين هما، لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض^(٣٤).

إن تقييم العروض فى إطار مشاريع البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص لا تقتصر على المعيار المالى فقط، وإنما يتم التركيز فيها على المعايير الفنية والتقنية للمشروع، من حيث التكلفة ونوعية التكنولوجيا المستخدمة ووفرة الصرف الأجنبى، والعمالة المستخدمة، وشروط التمويل ومصادره.

وبعد انتهاء الجهة الإدارية المانحة للمشروع من تقييم العروض وإبداء موافقتها على إرسائه وقيام الاتحاد المالى لهذه المجموعة بتكوين شركة المشروع، فإن الخطوة التالية هى دعوة الجهة الإدارية المانحة للمشروع الشركة

التي تقدمت بأفضل عرض لتوقيع عقود ومستندات تنفيذ المشروع، وذلك بعد الدخول في المفاوضات النهائية، وإعطاء الطابع الرسمي على الصفقة، والإعلان عن إتمام إجراءاتها.

المحور الثالث: الآثار القانونية لعقود البوت

تعتبر عقود البوت من العقود الملزمة للجانبين، والمرتببة لحقوق والتزامات متقابلة في ذمة أطرافها، فهناك حقوق والتزامات تقع على الإدارة المتعاقدة، تقابلها حقوق والتزامات تقع على شركة المشروع، ومصدر هذه الحقوق والالتزامات القاعدة القانونية التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين، في إطار هذا المبحث نتعرض في المطلب الأول لحقوق والتزامات السلطة المتعاقدة، وفي المطلب الثاني نبيّن الحقوق والالتزامات الواقعة على شركة المشروع.

أولاً: حقوق والتزامات السلطة المتعاقدة

ترتب عقود البوت بعض الالتزامات على الجهة الإدارية المتعاقدة من جهة، كما ترتب لها بعض الحقوق من جهة ثانية، وهذا ما نحاول الوقوف عليه من خلال الفرعين التاليين:

١- التزامات السلطة المتعاقدة

من الالتزامات التي تقع على السلطة المتعاقدة في عقود البوت، هي كالتالي^(٣٥):

أ- التزامها بتوفير المناخ القانوني الملائم لاستقبال مشاريع عقود

البوت: تلتزم السلطة المتعاقدة بالعمل على إنجاز مشاريع البوت، وذلك بتعزيز الثقة لدى المستثمرين المحليين والأجانب، وذلك عن طريق وضع إطار قانوني

محكم يسمح بالاستثمار الخاص، ويكفل تحصيل عائداته، وذلك من خلال سن قوانين تسمح بملكية القطاع الخاص، وتمويل مرافق البنية التحتية وتشغيلها، وإرساء الحق فى فرض الرسوم على الجمهور مقابل الاستفادة من خدمات المرفق العام.

كما يتعين اتسام هذه التشريعات بالمرونة، والتي لا تعيق الآليات الاقتصادية لتمويل مشاريع البنية الأساسية، كما تضمن للمستثمر تحقيق أرباح مناسبة، وحماية رأس مال المشروع وأرباحه من المخاطر التجارية.

ب- التزامها بمساعدة شركة المشروع على تنفيذ العقد: يتعين على السلطة المتعاقدة تقديم كل المساعدات الممكنة لشركة المشروع من أجل إقامة المشروع، ذلك من خلال منحها جميع التراخيص اللازمة أو تسهيل إجراءات الحصول عليها، وكما تمكنها بعد إنجاز المشروع تشغيله، واستغلاله عن طريق تقاضى الرسوم مقابل الانتفاع من خدمات المشروع.

ج- التزامها بتوفير الحماية المطلوبة لشركة المشروع المقامة على إقليمها: وذلك بأن تنص قوانينها الخاصة بتشجيع الاستثمارات المقامة على إقليمها، من أجل استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج، وذلك بأن تلتزم السلطة المتعاقدة بتوفير المزايا والضمانات لشركة المشروع، وذلك بعدم التعرض لاستثماراته بالمصادرة أو نزع الملكية أو التأميم، بالتحكيم التجارى الدولى كآلية لتسوية المنازعات، وضمان تحويل رأس المال المستثمر والعائدات الناتجة عنه، وكل المداخل إلى الخارج، وتحمل السلطة المتعاقدة لمخاطر القوة القاهرة.

٢- حقوق السلطة المتعاقدة

أ- حق السلطة المتعاقدة فى الرقابة على عقود البوت: منح السلطة المتعاقدة حق الرقابة على الاستثمارات الأجنبية المنجزة على إقليمها، وحق توجيه هذه الاستثمارات بما يحقق أهداف التنمية المحلية والمصلحة العامة.

على أن تمارس سلطة الرقابة فى إطار الحدود والضوابط المتفق عليها، على ألا تخرج هذه الرقابة فى الإشراف على تنفيذ العقد فى إطار ضمان سير المشروع بانتظام، دون أن تمتد إلى طريقة إدارة المشروع إلا إذا نص العقد على جواز ذلك، وتتم الرقابة من خلال تعيين أعضاء ممثلين للجهة الإدارية فى مجلس إدارة الشركة صاحبة المشروع، بالإضافة إلى حق تدخل الوزارات المختصة فى الرقابة وتأمين سلامة المشروع^(٣٦)، كما يحق للسلطة المتعاقدة فرض جزاءات على الشركات غير المتعاونة، وإصدار أوامر قضائية، أو اتخاذ جزاءات جزائية لنفاذ تقديم المعلومات^(٣٧).

ب- حقها فى تعديل عقد البوت بالإرادة المنفردة: يحق للسلطة المتعاقدة فى تعديل عقد البوت لما تطلبه مقتضيات المصلحة العامة، خاصة إذا تضمن العقد شروطاً لائحية غير قابلة للمفاوضة بشأنها مع شركة المشروع، فلإدارة حق تعديل العقد بما يتلاءم وحاجة المرفق العام، بشرط عدم المساس بالضمانات المقررة لشركة المشروع، كما هو منصوص عليها فى عقد البوت.

وقد نص المشروع الجزائرى فى ٨٦ من قانون المياه على أنه "يمكن فى أى وقت كان تعديل رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية أو تقليصها أو إلغاؤها من أجل المنفعة العامة، مع منح تعويض فى حالة تعرض صاحب الرخصة أو الامتياز لضرر مباشر حسب الكيفيات المحددة فى الرخصة أو

دفتـر الشـروط"، كما نص على المشرع الجزائري بمقتضى المادة ١٦ من المرسوم التنفيذي رقم ٠٨-١١٤ المحددة لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، بإمكانية تعديل التزامات الطرفين باتفاق مشترك، وذلك بقوله بأن "يقوم الطرفان- باتفاق مشترك - بالترتيبات والتعديلات اللازمة إذا رأيا ذلك ضروريا، بعد استشارة لجنة الكهرباء والغاز".

غير أن قوانين الاستثمار الجزائرية أكدت على عدم تطبيق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار الأمر ٠٣/٠١ المتعلق بتطوير الاستثمار إلا إذا طلب المستثمر ذلك^(٣٨).

٢- التزامات وحقوق شركة المشروع

في إطار هذا المطلب نتعرض إلى التزامات شركة المشروع في الفرع الأول، والحقوق المخولة لها للتمتع بها في الفرع الثاني.

أ- التزامات شركة المشروع

تتنوع الالتزامات الواقعة على شركة المشروع في عقود البوت، منها ما يتصل بإنشاء المشروع، ومنها ما يتصل بتشغيله، ومنها ما يتصل بتسليمه، والتي هي كالتالي:

- التزامها بتصميم المشروع وإنجازه وتمويله: يقع على شركة المشروع

تصميم المشروع وإنشاؤه على نفقتها الخاصة وفقا للشروط المتفق عليها مع الإدارة المتعاقدة معها.

- التزامها بإنجاز المشروع في المواعيد المحددة له: تلتزم شركة

المشروع بإنجاز المشروع وتنفيذه في المواعيد المتفق عليها في العقد، وذلك حتى يسمح للإدارة المتعاقدة معرفة أجل انتقال ملكية المشروع إليها، بعد انتهاء مدة الالتزام، فالتأخر في التنفيذ يشكل خطأ عقديا يوجب التعويض، من خلال

دفع غرامة التأخير للسلطة المتعاقدة، والتي يتم تحديدها في عقد المبرم، ويرتبط التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع في الآجال المحددة له، من خلال التزامها بتقديم الضمانات المؤكدة على حسن التنفيذ والمنصوص عليها في العقد.

- التزامها بالتنفيذ بنفسها: يفترض في عقود البوت قيام شركة المشروع بإنجاز المشروع وتشغيله بنفسها، وهذا ما أكد عليه المشروع الجزائري في المرسوم التنفيذي ١٥٢/٩٠ المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، حيث نصت المادة ٢/١٧ على أنه "يجب أن يتضمن عقد الامتياز تحت طائلة البطلان، شروط منع التنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع".

غير أن المشرع الجزائري بمقتضى المادة ٤٠ من المرسوم التنفيذي رقم ١١٤/٠٨ في الملحق الذي جاء بعنوان "دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب امتياز توزيع الكهرباء أو الغاز وواجباته" أكد على أنه "يمكن لصاحب الامتياز أن يبرم مع مؤسسات مختصة عقود مناولة، تعنى باستغلال وسائل الإنتاج محل الامتياز بالموافقة المسبقة للوزير المكلف بالطاقة، إلا أنه يبقى مسؤولاً عن سيرها الجيد" فهذه المادة تخول لشركة المشروع إمكانية التعاقد من الباطن.

- التزامها بالتشغيل والصيانة ونقل التكنولوجيا: تلتزم شركة المشروع بتشغيل المشروع وفقا للشروط المنفق عليها، كما تلتزم بمراعاة أسعار الخدمة التي يتم الاتفاق عليها، وصيانة المشروع لضمان استمرارية المشروع في تقديم الخدمة بعد تسليمه للسلطة المتعاقدة معها، وذلك من خلال تطوير آلات ومعدات المشروع وتدريب عماله للتحكم في تقديم الخدمة بطريقة جيدة وذات نوعية للزبائن. كما يتعين على شركة المشروع تزود المشروع بكل وسائل

التكنولوجيا الحديثة، لضمان زيادة الإنتاج وقابلية المشروع فى إحداث التنمية الاقتصادية.

- **التزامها بنقل ملكية المشروع فى نهاية مدة التعاقد:** تلتزم شركة المشروع بعد انتهاء مدة التعاقد بنقل ملكية المرفق العام إلى الجهة الإدارية المتعاقدة معها بحالة جيدة، وذلك من دون مقابل، كما يتعين على شركة المشروع تسليم جميع المستندات والوثائق اللازمة لتشغيل المشروع، كما تلتزم بالتعاون مع الجهة الإدارية العائد إليها المشروع بالكيفية المتفق عليها.

ب- حقوق شركة المشروع

من الحقوق الممنوحة لشركة المشروع، نذكر الآتى:

- **حقها فى الحصول على المقابل المالى:** يحق لشركة المشروع المطالبة بالمقابل المالى إذا كان منصوصا عليه فى العقد، يكون المقابل المالى فى عقود البوت سواء فى شكل رسم أو فى صورة ثمن، وهو من الشروط العقدية التى لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك من خلال مراعاة تكاليف إنشاء وإدارة المشروع وتزويده بالمعدات والآلات الضامنة لتشغيله، وطريقة دفع المقابل المالى وكيفية دفعه يكون منصوصا عليه فى العقد.

- **حقها فى المطالبة بالمحافظة على التوازن المالى للعقد:** من حق شركة المشروع المطالبة من جهة المتعاقدة معها ضمان التوازن بين حقوق شركة المشروع والتزاماتها التعاقدية، الأمر الذى يسمح باقتسام المخاطر التى يتعرض لها المشروع بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع، وهذا يعد من حقوق المتعاقد فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى يصيبه دون خطأ يرتكبه أو ينسب إليه.

ويكون لشركة المشروع حق المطالبة بالتوازن المالي للعقد في حالة حدوث ظروف استثنائية وغير متوقعة والتي لا يد فيها لأحد طرفي العقد، يجتمع المتعاقدان لمراجعة الالتزامات المتبادلة وتكييفها حسب المستجدات الطارئة، على أساس عدم تحميل الأضرار لأحد الطرفين، ويحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول على التعويض عما لحقه من ضرر بدون أن ينسب للإدارة أى خطأ، وذلك على أساس نظرية عمل الأمير، أو نظرية الظروف الطارئة، أو نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة^(٣٩).

الخاتمة

تعد عقود البوت وسيلة مهمة في رفع العبء الاقتصادي على الدول النامية باعتبارها إطاراً قانونياً يضمن تمويل مشروعات البنية الأساسية وإدارتها وفق الأساليب المعاصرة في تسيير المرافق العام من خلال إشباع حاجات المواطنين وتحقيق المصلحة العامة. إذا كان النظام القانوني لعقود البوت يتبنى أسلوب التعاقد في إطار قواعد ومبادئ أحكام القانون العام، إلا أن شركة المشروع المتعاقد معها، تحاول ربط هذه العقود الاستثمارية بالقانون الخاص لتعويض تكاليف الاستثمار وتحقيق عائد مالي مناسب.

غير أن المشرع الجزائري ألحق هذا النوع من التعاقد بمفهوم عقود الامتياز، وذلك لعدم وجود قانون جزائري متكامل بشأنها، فالقواعد المنظمة لعقود البوت جاءت متفرقة وغير موحدة، وخاصة في مجالات عقود المياه والكهرباء والغاز والطرق والري، وهي تخضع في مجملها لقواعد القانون الإداري.

وإن كانت الشركات الأجنبية المنفذة لهذه العقود تسعى إلى انتهاج سياسة الخصوصية، وفرض سيطرتها على هذا النوع من العقود، من خلال فرض رسوم الخدمات ومحاولة احتكار الخدمة العامة.

وللحد من خطورة الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة الجزائرية، عليها عدم إطالة آجال هذه العقود حتى لا يترتب عليها أوضاع يصعب التعامل معها مستقبلا، كما عليها توفير الخبرة الفنية الكافية فى القطاع العام لإدارة هذه المشاريع بعد انتهاء فترة الامتياز. وفى هذا الإطار نحاول إبداء بعض الاقتراحات لنجاح عقود البوت وعدم ترتيبها ما يلحق الضرر باقتصاد الدولة أو المساس بسيادتها، من هذه الاقتراحات الآتى:

أولا- وضع الضمانات الكافية لحماية أموال البنوك المقرضة لشركة المشروع عن طريق تقديم ما يضمن الوفاء بها من أصول الشركة.

ثانيا- إيجاد حد لتحويلات العملة الأجنبية من المستثمر للخارج خاصة فى الحالات التى لا تتطلب شراء معدات وآلات من أجل المشروع.

ثالثا- تشكيل لجنة رقابية من قبل الحكومة لرقابة شركة المشروع لسداد قروضها أو متابعة البنوك المقرضة منها للحد من الاستمرار فى السداد خشية إفلاسها أو عدم قدرتها على أسداد.

رابعا- تحديد مدة العقد بما لا يزيد على ٣٠ سنة، تستطيع من خلالها شركة المشروع تحصيل نفقاتها وتحقيق الأرباح المنتظرة من المشروع، مع إعادة المشروع فى كل صلاحياته لتقديم الخدمة للجمهور.

خامسا- إيجاد آليات قانونية فعالة فى ملاحقة المستثمر غير الجدي، وبخاصة الأجنبى الذى يستولى على أموال الدولة من دون الالتزام بتقديم الخدمات المتعاقد عليها، أو تقديمها بطريقة مخالفة لما تم الاتفاق عليه.

سادسا- تحديد الجهات القضائية المختصة بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تلك العقود، يستوى أن يكون من جهات القضاء أو التحكيم على حد سواء.

المراجع والهوامش

- ١- إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ٢٠٠٦، ص ٨٢.
- ٢- حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ٣١.
- ٣- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم البوت، دراسة في إطار القانون الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤، ص ١٧.
- ٤- عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، مصر، ص ٢.
- ٥- محمد محمد بدران، نحو أفق جديدة للخصخصة، مقال منشور في مجلة مركز الدراسات القانونية، جامعة القاهرة، بدون سنة إصدار، ص ٢.
- ٦- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤، ص ٨٦.
- ٧- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة
- ٨- نفس المرجع، ص ٣٥٧.
- ٩- محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص ٥١.
- ١٠- حامد ماهر محمد، مرجع سابق، ص ٢٧.
- ١١- صبوح صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت، وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، ص ١٤.
- ١٢- راجع تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المتعلق بالأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، الدورة ٢٩ نيويورك، من ١٤/٥ إلى ١٤/٠٦/١٩٩٦، ص ٣.
- ١٣- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، عقود الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ٢٠١٠، ص ٣٣، ٣٢.
- ١٤- محمد عثمان شبير، عقد الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية، الأصل الفقهي لتكييف عقد البوت، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الأول، صيغ مبتكرة للتمويل المصرفي

- الإسلامي، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، المملكة العربية السعودية.
- ١٥- راجع القانون رقم ١٢-٠٥ المؤرخ في ٠٤ غشت سنة ٢٠٠٥، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية رقم ٦٠، الصادرة في ٠٤/٠٩/٢٠٠٥، ص ٠٣.
- ١٦- راجع القانون رقم ٠٢-٠١ المؤرخ في ٠٥ فبراير سنة ٢٠٠٢، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية رقم ٠٨ الصادرة في ٠٦/٠٢/٢٠٠٢، ص ٠٤.
- ١٧- راجع قانون المالية لعام ١٩٩٦ الجريدة الرسمية رقم ٨٢ الصادرة في ٣١/١٢/١٩٩٥.
- ١٨- راجع المرسوم التنفيذي رقم ٩٦-٣٠٨ المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، الجريدة الرسمية رقم ٥٥ الصادرة في ٢٥/٠٩/١٩٩٦.
- ١٩- راجع المرسوم التنفيذي رقم ٩٧-٤٧٥، الجريدة الرسمية رقم ٨٢ الصادرة في ١٤/١٢/١٩٩٧ ان ص ٢٠.
- ٢٠- حصايم سميرة، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ص ١٤.
- ٢١- صبيوح صهيب، مرجع سابق، ص ١٠٠.
- ٢٢- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٥٨، ود/ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٩٤.
- ٢٣- حصايم سميرة، مرجع سابق، ص ٢٠.
- ٢٤- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٦، ص ٤٨.
- ٢٥- صبيوح صهيب، مرجع سابق، ص ٥١.
- 26- well.p.Droit International Public et Droit Administratif Mélanges Trotabas, p.52.
- ٢٧- جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٩٧.
- ٢٨- اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار- التجربة الجزائرية نموذجاً-رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة تيزي وزو سنة ٢٠٠٥/٢٠٠٦، ص ١٨٩.
- ٢٩- عصام أحمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ١١٣.

- ٣٠- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٧٣.
- ٣١- عطية عبد القادر محمد عبد القادر، درجة الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات البوت، الدار الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص ٣٧٤.
- ٣٢- أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٧٣.
- ٣٣- راجع المادة ٢٦ من قانون الصفقات العمومية الجزائرى رقم ١٠-٢٣٦ المؤرخ فى ٠٧/١٠/٢٠١٠ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم ٥٨ الصادرة فى ٠٧/١٠/٢٠١٠، ص ٠٣.
- ٣٤- راجع المواد من ١٢١ إلى ١٢٥ من المرسوم الرئاسى رقم ١٠-٢٣٦، مرجع سابق.
- ٣٥- حصايم سميرة، مرجع سابق، ص ٩٠، وكذا صبيوع صهيب، مرجع سابق، ص ٩٦.
- ٣٦- غانم محمد أحمد، مرجع سابق، ص ١٥٢.
- ٣٧- حصايم سميرة، مرجع نسايق، ص ٩٨.
- ٣٨- راجع المادة ١٥ من الأمر رقم ٠١-٠٣ المؤرخ فى ٢٠ غشت سنة ٢٠٠١، المتضمن تطوير الاستثمارات، العدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم ٤٧، الصادرة فى ٢٢/٠٨/٢٠٠١.
- ٣٩- جابر جاد نصار، عقود البوت -التطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص ١٦٤.

La Nature des Marchés et Leurs Effets Juridiques

Ibrahim Mogahedi

Les contrats de Bot sont des systèmes juridiques innovants par rapport aux contrats de concession et ont été utilisés dans des projets d'infrastructure qui sont soumis à des réglementations légales. Ces contrats ont été instaurés après le déficit budgétaire de certains pays, ce qui a conduit ces derniers à l'application de nouveaux mécanismes pour stimuler le secteur privé en projets d'infrastructure, comme les routes, le transport, l'hydraulique, l'électricité et le gaz, la production de toute sorte d'énergie, le transport ferroviaire et routier, ainsi que dans certains créneaux du commerce international.

L'investissement dans l'infrastructure en impliquant le secteur privé crée un développement interne sans nuire à l'intérêt public des pays qui engagent ce genre de contrats.

