الجمهورية الجزائرية الديمقراطية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون العام

تخصص قانون عام اقتصادي

عنوان المذكرة

تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

إعداد الطالب:

–بوحيرد عبد العزيز

إشراف الأستاذ:

– معيفي العزيز

لجنة المناقشة

الأستاذ: معيفي العزيز.....مشرفا ومقررا

الأستاذ(ة).....رئيسا(ة)

الأستاذ(ة).....رئيسا(ة)

السنة الجامعية 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ ۖ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴿٧٢﴾ ﴾

الأحزاب: ٧٢

أهدي عملي المتواضع هذا إلى:

❖ زوجتي الغالية التي لاطالما كانت إلى جانبي وسندي في الأوقات الصعبة.

❖ إلى التي سهرت على الليالي، أمي رحمها الله وطيب ثراها.

❖ إلى والدي أطال الله عمره.

❖ إلى أبنائي حفظهم الله: أسماء، ملاك وعادل.

❖ إلى كل أفراد العائلة وبالخصوص إخواني.

❖ إلى كل الزملاء في مفتشية الوظيفة العمومية لولاية بجاية

❖ إلى كل الزملاء في الدفعة.

إلى كل من ساهم من بعيد أو من قريب في إنجاز هذه المذكرة.

الطالب: عبد العزى

شكر وتقدير

أحمد الله الذي وفقني لإتمام وإنجاز هذا العمل وأنار لي درب العلم والمعرفة.

أود أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ المشرف معيفي العزيز لقبواه الإشراف على هذه المذكرة، والذي لم يبخلني بالإرشاد والتوجيه والدعم أثناء إنجازه.

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربيـــة:

ج، ر، ج، ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية.

ص: الصفحة.

ص.ص: من صفحة إلى صفحة.

ط1: الطبعة الأولى

م: مادة.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: باللغة الفرنسية

ADE : Algérienne des Eaux

ADS : Aguas De Skikda

AEC : Algérienne Energie Company

AGA : Algérienne de Gestion Des Autoroutes.

B.L.T : Build Lease Operate

B.O.T : Build Operate Transfer

B.T.O : Build Transfer Operate

C.N.I : Conseil National d'investissement

D.B.F.O : Design Build Own Operate

مـــــــقدمـــــــة

تعتبر البنى التحتية للدولة العصب الرئيسي لاقتصادها، فهي محرك التنمية الاقتصادية والاجتماعية في العصر الحديث.

فإقامة المشاريع الضخمة لبناء الدول تعتبر أول خطوة ينبغي القيام بها من أجل مواكبة التطور، والذي بدوره يستلزم موازنة عامة ضخمة من أجل القيام بوظائف الدولة الحديثة.

ومن أجل تنفيذ خططها الاقتصادية كان لزاماً عليها التفكير في رصد الإمكانيات المالية اللازمة التي غالباً ما تفتقر اليها نظراً لشح الموارد لدى غالبية الدول.

وتفادياً لفرض ضرائب جديدة على مواطنيها وكذا على مختلف الأنشطة الاقتصادية، أصبح من الضروري اشراك القطاع الخاص كحل بديل يساهم في الدفع بعجلة الاقتصاد، دون الحاجة إلى الاستدانة الخارجية التي تشغل كاهل الاقتصاد الوطني.

ومع تطور فكرة اشراك القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي الذي كان حكراً على الدولة ظهر مفهوم ونوع جديد من العقود أفرزه الواقع الاقتصادي يسمى بعقود البوت B.O.T (البناء والتشغيل ونقل الملكية).

وقد ثار بشأنها جدال ونقاش فقهي حول ماهيته، بحيث اعتبرته طائفة من الفقهاء عقد من العقود الإدارية، فهناك من يعتبره قانوناً للمرافق العامة، نظرا لتحكم الدولة وتدخلها في مختلف الأنظمة وسعيها للاستجابة لاحتياجات المواطنين بمختلف الوسائل والمرافق العامة.[1]

فالدولة دائما ما نسعى إلى إقامة بنية أساسية تشمل على الانشاءات الهامة كالمطارات والموانئ والمطارات والطرق السريعة لاعتبارها شريان الاقتصاد وعصبها المحرك.

[1] - .بومزير باديس، مجلة العلوم الإنسانية المجلد 32، العدد 02 جوان 2021، ص 103.

ونظراً لكون هذه المشاريع صعب ومعقد يتطلب وسائل تكنلوجية متطورة وحديثة مما يجعل الدولة لوحدها عاجزة عن توفير الإمكانيات والموارد المالية اللازمة، وهو الأمر الذي يحكم عليها الاستعانة بالقطاع الخاص واشراكه في ذلك بغية تحقيق أهدافها الاقتصادية المسطرة.

وتعتبر بذلك عقود البوت B.O.T النمط المناسب، بحيث يتكفل من خلال القطاع الخاص بإنشاء مشروع عام بدلا من الدولة، ويتسنى لها ذلك من خلال استقطاب مستثمرين خواص سواءاً كانوا وطنيين أو أجانب قصد إنجاز هذه المشاريع وفق مخطط مدروس مسبقاً، وذلك راجع إلى الإمكانيات المادية والمالية الضخمة التي يتمتع بها المستثمرون، بالإضافة إلى التكنولوجيا الحديثة التي يمتلكونها ويستخدمونها في عملية الإنجاز.

وبعد انتهاء هذه المدة تعود أصول المشروع إلى الدولة المالكة، الأمر الذي يؤدي إلى عدم إنفاق أموال كبيرة على إنجاز هذه المشاريع وبالتالي التخفيف على ميزانيتها والمحافظة عليها من العجز.

ولتحقيق هذا الهدف كان لزاما على الحكومات الانسحاب من النشاط الاقتصادي لتفسح المجال إلى القطاع الخاص المحلي والأجنبي للقيام بذلك.

فقد كانت فكرة مشروعات البو تB.O.T الخيار الأمثل الذي اعتمده الكثير من الدول للقيام بهذا الدور، عن طريق حصول جهات غير حكومية على امتياز حكومي لإنشاء مرفق عام وتشغيله ومن ثم نقل ملكية للحكومة. [1]

فظهور نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي يعتبر أحد العقود حديثة الانتشار أصبح لجوء الدول اليه متزايد، نظراً لتزايد حاجات المواطن للمرافق العامة والبنى التحتية، فهو يعتبر وسيلة من وسائل تمويل مشروعات البنية الأساسية.

[1] -د.حمادة عبد الرزاق حمادة ، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى 2015. ص60

وتظهر أهمية هذا العقد بكونه الوسيلة السهلة التي توفر خدمات البنية الأساسية من خلال خلق فرص الشغل في الدولة، إضافة لكونه يعتبر حلاً للهيئات في تلبية الكثير من احتياجاتها ومتطلباتها، بحيث يعتبر أسلوب من أساليب تمويل المشروعات.[1]

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت" B.O.T من العقود المستحدثة التي صار لها موقع متميز من بين العقود العصرية ولذلك فإن الإشكالية التي تتبادر إلى أذهاننا خلال دراستنا لهذا الموضوع هي:

إلى أي مدى تلعب عقود البوت B.O.T دوراً محورياً في تمويل الاستثمار في مجال إنجاز البنى التحتية للدول؟

وما هي الوسائل والآليات الملائمة لحل النزاعات الناشئة عنها؟

ولدراسة هذا الموضوع والإلمام ببعض جوانبه ارتأينا اعتماد المنهج الوصفي التحليلي من خلال بيان مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بالإضافة إلى التطرق لطرق حل النزاعات الناشئة عنه وعند دراستنا للموضوع قمنا بتقسيمه إلى قسمين أو فصلين:

- الفصل الأول: ماهية عقد البوت.
- الفصل الثاني: أليات تسوية النزاعات الناشئة عن عقود البوت.

[1]- د. حسن الهنداوي، مشروعات البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2007، ص 195.

الفصل الأول:

ماهية عقد البوت

المبحث الأول

مفهوم عقد البوت

تعتبر عقود البوت B.O.T إحدى الصور والآليات المستحدثة من العقود الإدارية، والتي تعهد من خلالها الدولة أو الحكومة لإحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لمدة معينة من الزمن، على أن يكون الالتزام من هذه الأخيرة بنقل ملكيته إلى الدولة بعد انقضاء هذه الاتفاق.[1]

وقد ظهر هذا الأسلوب حديثاً كأحد أساليب التنمية التي تعتمدها الدولة والتي يكون فيها المجال مفتوحاً أمام مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مشاريع ضخمة تتطلب رؤوس أموال كبيرة، كأن يكون لبناء المنشآت والبنى التحتية خاصة ما تعلق منها بالمجال الاقتصادي، وذلك لإشباع الحاجيات الأساسية للمواطنين أساليب عديدة لدعم مشاريع التنمية، ونظراً لحاجة هذه المشاريع إلى رؤوس أموال ضخمة، فأنها تلجأ إلى الاعتماد على مصادر التمويل الخارجية.

المطلب الأول

تعريف عقد البوت

الفرع الأول: التعريف اللغوي

يعرف مصطلح البوت B.O.T أنه اختصار لثلاثة كلمات وهي Build وتعني بناء، Operate وتعني تشغيل وTransfer وتعني نقل الملكية.

ويمكن تسميته بعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل.

وقد حققت هذه المشاريع نجاحات كبيرة في الدول التي اعتمدتها لكونها تقدم حلاً لمشكلة تمويل هذه المشاريع الكبيرة كالمطارات ومحطات توليد الكهرباء وشبكات السكك الحديدية وغيرها.

ونظراً لانسحاب الدول حديثاً من الحقل الاقتصادي فاسحة المجال أمام المبادرة الحرة أو الفردية، وهو ما أدى إلى نشأة وظهور هذا النوع من أنواع العقود.

[1] – د إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحابي الحقوقية، الطبعة الثانية 2011، ص 81.

فمصطلح عقد البوت يعتبر مصطلح أفرزه الواقع العملي، بحيث ظهر بظهور الأساليب الجديدة والتي لم تكن معروفة من قبل من لأشكال الاستثمار التي تساهم في التنمية الاقتصادية للدول، وتعمل على الدفع بعجلة الاقتصاد.

وقد شاع مصطلح B.O.T في القانون الإنجليزي، نظراً لعجز الطرق التقليدية لتسيير المرافق العامة وارتفاع تكاليف النفقات على عاتق الدولة، مما أدى إلى التفكير في إيجاد طرق وأساليب أخرى تواكب التطور الحاصل في مجال التنمية مما أدى إلى فتح المجال أمام القطاع الخاص.

كما يعرف عقد البوت B.O.T بأنه شكل من لأشكال تمويل المشاريع، ومفاده أن تمنح الدولة أحد المتعاملين الاقتصادين امتياز التمويل وإنجاز أحد المشاريع، وبعدها استغلاله لمدة معينة، بهدف تحقيق منافع اقتصادي، قبل أن تقوم الدولة باستعادته بعد انقضاء هذه الفترة.[1]

وبالتالي فإن عقد البوت يمكن للدولة من إنجاز مرافق عامة وتسييرها دون أن تعتمد على خزينتها أو البحث عن مصادر لتمويل إنجازها، وبالتالي فإن هذا العقد يمكن اعتباره كوسيلة بيد الدولة لتمويل إنجاز المشاريع العمومية وتسييرها.[2]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقد البوت

من الفقهاء من يعرف عقد البوت B.O.T بأنه آلية من آليات تمويل مشاريع البنى التحتية ذات الأهمية الاستراتيجية للدولة، أو إحدى مؤسساتها العامة عن طريق عقد امتياز، من أجل إنجاز احدى المشاريع ذات الطابع العام.

كما يعرف جانب آخر من الفقه بكونه تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى احدى الشركات الوطنية كانت أم أجنبية من القطاع العام أو القطاع الخاص وتسمى شركة المشروع لإنجاز أو إنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.[3]

---

[1] - د إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحابي الحقوقية، الطبعة الثانية 2011، ص 81.

[2] - د.بن قادة محمود أمين، عقد البوت كصوة من صور عقد الامتياز، مجلة القانون الدولي والتنمية المجلد 07 العدد 02 سنة 2019 ص 95: جامعة وهران.

[3] – د. وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يمثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، 2011، ص 19.

أما الأستاذ J.B.AUBY فقد عرفه 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 (التحويل).[1]

وقد عرفه كذلك الأستاذ J.M.Loncle عقد البوت B.O.T بأنه «عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها تجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وانشاء واستغلال مرفق عام ثم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام في نهاية العقد».[2]

الفرع الثالث: تعريف بعض المنظمات الدولية واللجان

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عقد البوت B.O.T بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بموجبه الحكومة مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتيازا لإنجاز مشروع معين وتشغيله وادارته واستغلاله تجارياً.

بينما عرفته منظمة اليونيدو (ONIDO) المتمثلة في منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية « هو اتفاق تعاقدي يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق واية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد على ما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التب استثمرها و مصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة».[3]

---

[1] - AUBY (J.B) Bilan et limites de l'analyse de la gestion déléguée du service public. La gestion du service public colloque de 14 et 15 novembre 1996.R.F.D.A. Paris. P30.

[2] - Loncle (J.M) Grands projets d'infrastructures. Le montage Operate. Transfer (B.O.T) R.A.D.L n°08, paris 1997, p 946.

[3] –د. وضاح محمود المحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها ص ص 32.33.

بينما عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات ، تمنح بموجبه الحكومة مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتيازاً لإنجاز مشروع معين، وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري

أولى المشرع الجزائري على غرار باقي أغلب التشريعات العالمية المعاصرة أهمية بالغة للمجال الاقتصادي، وبالرجوع إلى النصوص القانونية المتضمنة التعريف بالعقود الإدارية منها، فلم يتم ذكر مصطلح عقد البوت بصريح العبارة، إلا أننا عندما نقرأ نص المادة 18 من الدستور[1] فنجد إشارة فيه إلى مشاريع البنية التحتية بحيث نص على «الملكية العامة هي ملك للمجموعة الوطنية».

فبمجرد بدأ الدولة في تنفيذ الإصلاحات الاقتصادية والسياسية التي عرفتها الجزائر بعد سنة 1988 وتوجهها تدريجيا نحو اقتصاد أكثر تحررا من هيمنة الدولة وتكريسها لاحترام مبدأ الملكية الخاصة وهو ما أثر إيجابيا على سير المرافق العامة بالجزائر والتي فتحت أبوابها لأشخاص القانون العام والخاص لإدارتها عن طريق ما يسمى بعقود الامتياز.

أما في مجال النقل الجوي فقد نصت المادة 08 من قانون رقم 05/2000 «تقوم الدولة بإنشاء المحطات الجوية وإنجازها وتشغيلها واستغلالها، ويمكن أن يكون إنجازها أو استغلالها محل امتياز يمنح لأشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية أو أشخاص اعتباريين خاضعين للقانون الجزائري.»[2]

[1] – دستور الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية الصادر بموجب استفتاء 1996/11/28 منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 1996/12/07 ج.ر.عدد 76 صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996 معدل ومتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002 ج.ر.عدد 25 صادر بتاريخ 14 أفريل 2002.

[2] – قانون رقم 2000–05 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 يعدل ويتمم القانون رقم 98–06 المؤرخ في 27 جوان 1998 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالطيران المدني ج.و.عدد 75 الصادرة في 2000/12/10 ص 10.

كما نصت المادة 03 من الأمر 03-10«يمكن أن يكون إنجاز واستغلال محطة جوية أو مطارات أو محطة طوافات بغرض فتحها للملاحة الجوية العمومية، موضوع امتياز تمنحه السلطة المكلفة بالطيران المدني».[1]

كما أنه بإمكاننا أن نستكشف ذلك من نص المادة 17 من قانون المياه[2] التي نص على «تخضع كذلك الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد التفريض للإنجاز والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص»

كما تظهر لنا جليا كذلك ملامح عقود البوت ضمن مجال الكهرباء والغاز بحيث نصت المادة 02[3] منه على أنه «الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يشتغل بموجبه شبكة ويطورها فوق إقليم محدد ولمدة محدد لهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات»، وأضافت المادة 07 منه أنه «ينجز المنشآة الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام حائز لرخصة الاستغلال».

وبموجب القانون رقم 14/08 المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية ثم التطرق لعقد B.O.T خلال المادة 64 مكرر[4] من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتم، وتبرز أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أو تحويلها B.O.T من حيث التمويل، هذا الأخير يكون من طرف القطاع الخاص، بحيث بإمكان إقامة مشروعات المرافق الكبرى دون أن تتحمل الدولة أعباء هذا التمويل، ومنه فإن الدولة تسعى إلى الاستعانة بالقطاع الخاص للاضطلاع ببناء

[1] – الأمر 03-10 المؤرخ في 2003/08/13 يعدل ويتمم القانون رقم 06/98 المؤرخ في 1998/06/27 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني ج.ر.العدد رقم 48 الصادر في 13 أوت 2003 ص 05.

[2] – القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-03 مؤرخ في 23 جانفي 2008 المتعلق بالمياه ج.ر.ج.ج العدد 04 لسنة 2008.

[3] – القانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فيفري 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ج.ر.ج.ج عدد 08 لسنة 2008.

[4] – قانون الأملاك الوطنية ج.ر.ج.ج العدد 54 صادر بتاريخ 2011/11/02.

وتشغيل البنية الأساسية ذات الأعباء التمويلية الكبيرة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، لأن ذلك يؤدي إلى حصول القطاع الخاص على العديد من المزايا.

المطلب الثاني

تمييز عقود البوت عن غيره من العقود الأخرى

لا شك أن تعدد العقود واختلافها باختلاف أهدافها يجعل بعضها متشابهة في بعض الصفات ومختلفا في صفات أخرى.

الفرع الأول: عقد البوت وعقد الامتياز

نص قانون البلدية رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 في مادته 155 على أنه «يمكن للمصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 منه أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم».

كما نصت المادة 156 من نفس القانون على «يمكن للبلدية أن تفوض التسيير المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها».[1]

فما يمكن استخلاصه هنا هو التشابه القائم بين كل من عقد البوت وعقد الامتياز باعتبار كلاهما يندرجان ضمن أحكام القانون العام، وكذلك يتعلقان بإنشاء وتسيير المرافق العامة.

نصت كذلك المادة 149 من القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية على صورة الامتياز بقولها«إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق

[1] – القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية ج.ر.ج.ج عدد 37 سنة 2011.

الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها».[1]

فالإدارة تتمتع بالسلطات التقليدية من امتيازات السلطة العامة في عقود الامتياز، بينما في عقد البوت B.O.T البناء، التشغيل ونقل الملكية فإن ممارسة الإدارة لسلطاتها التقليدية ينص عليها في بنود العقد.

الفرع الثاني: عقد البوت وعقد الصفقة العمومية

عرفتها المادة الثانية (02) من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كما يلي «هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم مع متعاملين اقتصاديين وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والدراسات».[2]

كما نصت المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر على ما يلي «الامتياز تعهد السلطة المفوضة للمفوض له أما أنجاز المنشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة الرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام»[3].

وبذلك نجد أن كل من عقد البوت وعقد الصفقات العمومية يتشابهان في كون أن الإدارة طرفا في العقد البوت وأن كل منهما يدخل ضمن عقود القانون العام ويختلفان في كون عقود الصفقات العمومية ينصب في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسة، بينما تنصب عقود البوت أساسا في مشاريع البنية التحتية.

[1] – القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 يتعلق بالولاية ج.ر.ج.ج العدد 12 لسنة 2012.

[2] – المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ر.ج.ج عدد 50 لسنة 2015.

[3] - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سابق.

الفرع الثالث: عقد البوت وعقد التأجير التمويلي

يعتبر العقد التأجيري التمويلي نوع من العقود الحديثة النشأة، فهو يعتبر وسيلة من وسائل تمويل المشاريع فنجد أن كل من المقاول والمستأجر يتولى إدارة المشروع واستثماره أثناء تنفيذ العقد.

فأوجه الشبه بين عقد الايجار التمويلي وعقد البوت في كون كلاهما يعتبران أداة من أدوات ووسائل تمويل المشروع.

فالمقاول يمنح له امتياز من طرف الإدارة يمكنه من استيفاء الرسوم من الجمهور لمصلحته الخاصة والمستأجر يتعامل مع الجمهور ويتعاقد معه. ففي عقد التأجير التمويلي يخير المستأجر في نهاية مدة العقد إما شراء الآلات والمعدات والعقارات أو بإعادتها للمستأجر بينما لا يملك المقاول أو الملتزم نفس الخيار.[1]

المطلب الثالث

أشكال عقود البوت

تعتبر عقود البوت B.O.T أحد الآليات الاقتصادية والقانونية التي ظهرت نتيجة انتهاج نهج الخصخصة وتشجيعا للقطاع الخاص للقيام بدور أساسي في التنمية الاقتصادية.[2]

فتنظيم عقد البوت B.O.T لا يجري تحت شكل واحد وإنما تتعدد صورها بحسب غايات ومقاصد المتعاقدين وتكون على الأشكال الآتية:

[1] – الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 129.

[2] – د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلة القانونية التي تثيرها عقود البوت B.O.T وما يمثلها ..دار الجامعة الجديدة ص ص 23-30.

الفرع الأول: البناء والتملك والتشغيل والتحويل أو باختصار كلمة B.O.O.T

ويمكن تسميته بعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل، في هذا الشكل من العقود تقوم الشركة المتعاقدة معها ببناء المشروع على نفقتها الخاصة وتشغيله لحسابها وتنقل الملكية بعد ذلك إلى الجهة المانحة[1] بحالة ممتازة وقابلة للاستمرار.

وتتميز هذه الصورة من العقد في أنها تتيح للشركة ملكية المشروع هذه العقد، في حين يكون المشروع للجهة الإدارية أثناء البناء والتشغيل في عقد B.O.T.

الفرع الثاني: البناء والتملك والتشغيل B.O.T

وهو الشكل التقليدي الذي تقوم بموجبه الشركة المشروع ببناء المشروع وتشغيله، ولكنها تلتزم بتحويل ملكيته إلى الحكومة بعد انتهاء المدة المتفق عليها.[2]

الفرع الثالث: عقد M.O.O.T

وهو اختصار للكلمات Modemize-Own-Operate-Transfer

ويمكن تسميته بعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية، ويتضمن هذا العقد اتفاق الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع إحدى الشركات في القطاع الخاص على تحديث أحد المشروعات مقابل تملك المشروع على أن يتم نقل ملكية المشروع في النهاية إلى الدولة أو الشخص المعنوي العام.[3]

---

[1] – د.مازن ليلو رافي التطور الحديث لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية جامعة القادية، قسم القانون، ص.ص 13-18.

[2] – د.الياس ناصيف، العقود الدولية، عقد B.O.T في القانون المقارن الطبعة الثانية- منشورات الحلبي الحقوقية ص 121.

[3] – د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يمثلها، دار الجامعة الجديدة، ص 23.30.

الفرع الرابع: عقد B.T.O

وهو اختصار لكلمات Build-Transfer-Operate

ويسمى كذلك عقد البناء ونزع الملكية والتشغيل ويعني قيام الدولة أو أحد الأشخاص المعنوي العامة بالاتفاق مع أحد الشركات القطاع الخاص على إنشاء أحد المشروعات ثم نقل ملكيته للدولة أو ذلك الشخص المعنوي العام مقابل ابرام عقد جديد يتضمن إدارة وتشغيل هذا المشروع من قبل الشركة خلال المدة المتفق عليها مقابل حصص إرادات المشروع.[1]

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود البوت

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت من حيث تأكيد أو نفي الصفة التعاقدية على مشروعات عقود البوت، فهناك جانب من الفقهاء ممن كيفوها ورجحوا انتمائها إلى عقود القانون الخاص، وذهب آخرون إلى كونها ذات طبيعة خاصة، بينما راجح الفقهاء يرون أنها عبارة عن امتداد وتطور لفكرة عقد الالتزام أو امتياز المرافق العامة.[2]

المطلب الأول

التكييف القانوني لعقود البوت

لقد تطرق المشرع الجزائري لعقود الامتياز الخاصة باستعمال الأملاك الوطنية ولاسيما في نص المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، وكان لازما عليه أن يفعل كل نوع على حدي، وهذا لوجود بعض الاختلافات التي قد تؤدي إلى آثار قانونية مهمة في العلاقة بين الإدارة المتعاقدة والشخص المستفيد من الامتياز.

[1] – د.مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T جامعة القادسية.

[2] – د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت، مرجع سابق ص 23-30.

وإذا كانت عقود الامتياز المتعلقة باستعمال الأملاك الوطنية أو عقود امتياز المرفق العام هي عقود إدارية، إلا أته هناك اختلاف فقهي في تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت، فهناك من يعتبرها عقودا تدخل في نطاق القانون الخاص وهناك من يعتبرها عقود إدارية.[1]

الفرع الأول: عقود البوت تدخل ضمن نطاق القانون الخاص

يرى جانب من الفقهاء ذات عقد البوت B.O.T يدخل ضمن عقود القانون الخاص ويبررون موقفهم في كوت مصلحة الدولة تنزل إلى مستوى الأفراد الطبيعيين، فعندما تريد الدولة القيام بمشروع وتمويله وفقا لهذا النظام وأن مستثمري هذه الدولة ومواطنها يصعب عليهم إنجاز ذلك المشروع، ولذلك نجدها تلجأ في ذلك للتعامل مع الشركات الدولية والمستثمرين الأجانب.[1]

وبما أن هؤلاء المستثمرين ليس بإمكانهم التعامل مع الدولة فب حال تمسك هذه الأخيرة بما لها من امتيازات السلطة العامة في مواجهة رعاياها، ولذلك نجدها مضطرة إلى التنازل عن امتيازاتها المستمدة من القانون العام والتعامل مع الأفراد في نفس المساواة.

وعليه فإن الدولة تبرم عقود البوت B.O.T وفقا لمبدأ سلطات الإرادة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، ويكون أطراف العقد في نفس المستوى ولا يجوز لطرف في العقد فرض أو إجبار الطرف الآخر على الخضوع او تنفيذ الالتزامات لا تتفق مع مصالحه وإرادته الحرّة.[2]

ويرى جانب من الفقه أن عقود البوت B.O.T تخضع لقواعد القانون الخاص بالنظر إلى الهدف الاقتصادي والغاية المرجوة من العقد، ومتطلبات التجارة الدولية وأسلوب الخوصصة التي غالبا ما تلجأ اليه الدول النامية.

فالدولة عندما تبرم عقد البوت، فهي تدخل ف مفاوضات مع المستثمرين، وبالتالي تقف معهم على قدم المساواة وهنا يكون العقد من القانون الخاص، وبالتالي فإن المنازعات التي يمكن تنشأ عنه

[1] – د.الياس ناصيف، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 125.

[2] - د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت، مرجع سابق ص 20.

تخضع للقضاء العادي[1] ويستند أصحاب هذا الاتجاه في كون هذه العقود تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ويسودها مبدأ سلطات الإرادة، بحيث تتعامل الدولة بأسلوب الإدارة الخاصة وذلك عن طريق عدم تضمين العقد شروط استثنائية.

كما أن عقود B.O.T تعتبر من عقود التجارة الدولية التي تقوم على إقامة مشروعات استثمارية وبواسطة شركات دولية وتخضع إلى التحكيم، وأن إقصاؤها عن قضاء مجلس الدولة يؤكد انتفاء طبيعتها الإداري، وأن المتعاقد مع الإدارة في هذا العقد غالبا ما يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية وتتمتع بحماية دولية وسياسية لا تسمح بتطبيق القانون العام أو نظرية العقد الإداري.[2]

الفرع الثاني: عقود البوت من عقود القانون الإداري

يرى جانب آخر من الفقهاء أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم مع الأجانب، وذلك استناداً لفكرة السيادة وعدم الخضوع للقوانين الأجنبية فهي حسب هذه الطائفة تدخل ضمن طائفة عقود الامتياز أو التزام المرافق العامة، فهي عقود إدارية بطبيعتها ولكن بصورة حديثة وجديدة. ويستند أنصار هذه الفكرة لدعم موقفهم في توفر كل عناصر ومبادئ العقود الإدارية من كون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام، وكونه يهدف إلى خدمة المرفق العام، وأن يتضمن شروطاً استثنائية مألوفة في القانون الخاص.[3]

فعهد الامتياز وفق ما استقر عليه القضاء عقد يتعهد به أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي ترفع لها بأداء خدمة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستلاءه على الأرباح.[4]

---

[1] – بن قادة محمود أمين، عقد البوت B.O.T كصورة من صور عقد الامتياز مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 07، العدد 02 سنة 2019 ص 98.

[2] – د.حمادة عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى 2015. ص 60.

[3] – د.بومزير باديس، مجلة العلوم الإنسانية المجلد 32، العدد 02 جوان 2021، ص 103.

[4] - د.حمادة عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، مرجع سلبق ص 60.

الفرع الثالث: عقود البوت ذو طبيعة خاصة

ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار عقود البوت ذو طبيعة خاصة رغم أن لها انتماء لعقود الامتياز باعتبار عقود البوت يتم ابرامها من خلال آليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة، بحيث يجب الأخذ بعين الاعتبار كل عقد وطبيعته القانونية، فعقد البوت يتم إبرامه بعد مفاوضات شاقة بين طرفي العقد، فأصبح له مفهوم جديد في القانون إذ يعتمد على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة.

فعقد البوت B.O.T حسب أنصار هذه الفكرة ذو طبيعة خاصة لكونه يحمل في طياته وسائل القانون العام ووسائل القانون الخاص.[1]

المطلب الثاني

أطراف عقود B.O.T

تقوم مشروعات عقود البوت B.O.T على طرفين رئيسيين في العلاقة القانونية وهما الجهة المانحة للمشروع أو الالتزام ويتمثل في الدولة، والطرف الثاني الملتزم أو ما يسمى بشركة المشروع.

وتمثل الدولة كطرف رئيسي في عقد البوت عن طريق مؤسساتها وهيآتها المختلفة كالوزارات والمؤسسات والأشخاص المعنوية المحلية أو المركزية.[2]

الفرع الأول: الدولة كطرف في العقد

ومن الجهة التي يخول لها القانون أن تمنح حق الامتياز باعتبارها المالكة الحقيقية للمشروع، سواءا تمثل في البناء أو التطوير أو تمويله من الأساس، لفترة معينة، فدور الدولة هنا لا يتمثل فقط

[1] – حميدة زينب، مولاي عمار، بوزيد كيحول، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 02 سنة 2017 ص 450.

[2] – د. حصايم سميرة، عقد البوت B.O.T إطار لإستقبال القطاع الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو سنة 2008/2007 ص 23.

في ابرام العقد، بل يتعداه إلى متابعة عملية التنفيذ والسهر على سيه بجدية، ويتمثل دورها كذلك في المراقبة والتفتيش الدوري حتى بعد الانتهاء من المشروع.

فقد يتم منح حق الامتياز عن طريق السلطة التشريعية بموافقة البرلمان، كما يمكن لأن يتم عن طريق السلطة التنفيذية ممثلة في الوزارات المختلفة.

فالعلاقة التعاقدية في عقد البوت B.O.T أو نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية تكون علاقة مباشرة دون تدخل أطراف أخرى، فهي علاقة ثنائية بين الدولة مانحة الامتياز مع الشركة المشروع أو المستثمر المكلف بالإنجاز.

وما يميز هذه العلاقة هو الجانب العضوي في تمييز العقد الإداري، بحيث نجد أنه يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام.[1]

ولعل أهم ما يجعل عقد البوت B.O.T ذو أهمية اقتصادية لاعتباره الهدف الرئيسي منه هو كونه يجعل الدولة في غنى عن الاستدانة الخارجية ومالها من انعكاسات على الاقتصاد من تبعية ومديونية خارجية مما يؤدي لاختلال الميزانية.

بالإضافة إلى ذلك فإن الدولة حريصة من وراء التعاقد بهذا الأسلوب إلى ضمان السير الفعال لمرافقها العامة وتحسين الخدمات بأقصى قدر ممكن، ولاسيما الاستفادة من الخبرات الأجنبية في بعض المجالات وخاصة ما تعلق منها بالجانب التكنولوجي الذي تفتقره مؤسساتها الوطنية منها والخاصة.

فالدولة بلجوئها إلى التعاقد عن طريق عقود البناء والتشغيل B.O.T، تسعى من وراء ذلك إلى المحافظة على مواردها الوطنية من النفاذ من جهة، وتحسين نوعية الخدمة من جهة أخرى.

[1] – د. حسن الهنداوي، مشروعات البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2007، ص 195.

الفرع الثاني: صاحب الامتياز (الملتزم)

وتسمى كذلك بشركة المشروع وهو الطرف الذي يلتزم بتجسيد المشروع من بماء وتشغيل وتقل الملكية وذلك حسب الشكل المتفق عليه. فعقد البوت يستلزم قيام الجهة مانحة الترخيص أو الدولة بجملة من المفاوضات والتي تتبعها دراسات تقنية واقتصادية عن جدوى المشروع.

وشركة المشروع يمكن أن تتألف من عدة شركات كل منها لها اختصاصها تعمل كل واحة منها على تحقيق المشروع.

وتكون مسؤولية شركة المشروع كاملة أمام الجهة المانحة للمشروع عن الأخطاء والتجاوزات التي قد تحدث أثناء إنجاز المشروع واستغلاله.[1]

المطلب الثالث

تطبيقات عقد البوت B.O.T في الجزائر

الفرع الأول: عقد إنشار الطريق السريع

يعتبر مشروع انجاز الطريق السريع شرق غرب من أهم المشاريع التي اعتمدت فيها الجزائر على تطبيق نظام التعاقد عن طريق البوت B.O.T.

فهو أضخم مشروع قاعدي جسدته الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، وذلك نظرا لما يتطلب من إمكانيات مالية ضخمة، مما جعل الدولة تلجأ إلى طريق التمويل الخاص من أجل تحقيق هذا الهدف، ولعل الدوافع الرئيسية للتفكير بإنجازه هو تحسين منظومة النقل البري للمسافرين والبضائع تدعيما للحركة الاقتصادية في شتى المجالات وتلبية حاجيات المواطنين.[2]

---

[1] – تطبيقات عقد البناء.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 1996/09/18 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة ج.ر.ج.ج عدد 55 لسنة 1996.

وقد أدى ارتفاع عدد السيارات والمركبات ضمن الخضيرة الوطنية مما أدى إلى ارتفاع عدد حوادث المرور والاختناقات التي تشهدها الطرق الرئيسية إلى جعل الدولة الجزائرية تضع ضمن خططها الاستراتيجية فكرة انشاء وعصرنة شبكات الطرقات وجعلها تتماشى والتطورات الاجتماعية والاقتصادية لبلدنا.

وبذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 1996/09/18 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة.

كما نصت المادة 166 من الأمر رقم 95-27 المتضمن قانون المالية لسنة 1995 [1] «لا يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة ولواحقها وتسييرها واستغلالها وصيانتها وكذا كل أعمال تهيئتها أو توسيعها محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو الخاص شريطة وجود طريق بديل وذلك وفق كيفيات محددة في اتفاقيات وفي دفاتر شروط يصادق عليها بنص تنظيمي»[1].

فالطريق السيار يعتبر من أضخم المشاريع بالبنية للجزائر المستقلة، فهو الطريق مغاربي وإفريقي يغبر بداخل الوطن عبر 24 ولاية، وقد قدرت تكلفة إنجازه الأولوية حوالي 6إلى 7 مليار دولار، ولكنها ما لبثت أن ارتفعت تكلفته إلى أضعاف ذلك.

وهو طريق يربط شرق الجزائر بغربها من الحدود التونسية شرقا إلى الحدود المغربية غرباً، وتتخلله محطات للخدمات. وقد أسندت مهمة متابعة إنجاز للوكالة الوطنية للطرقات.[2]

سلهم إنجاز الطريق السيار في عدة مزايا اقتصادية تسعى الدولة الجزائرية إلى تحقيقها من خلال:

- تطوير العلاقات الاقتصادية بين الدول المغاربية والبحر الأبيض المتوسط.

[1] – المادة 166 من الأمر رقم 27/95 يتضمن قانون المالية لسنة 1995.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 05-250 مؤرخ في 10 جويلية 2005 المتضمن إنشاء الشركة الجزائرية لتسيير الطرق السريعة للسيارات ج.ر.ج.ج عدد 48 لسنة 2005.

- ربح الوقت وتكلفة نقل البضائع والأشخاص.
- التقليل من حوادث المرور.
- تلبية متطلبات المتنقلين والمسافرين بين الولايات.
- بعث الاقتصاد المحلي والجهوي.
- التخفيض من تكلفة استعمال واستغلال السيارات.
- تطوير وبعث السياحة الوطنية.[1]

الفرع الثاني: عقد تحلية مياه البحر

ويقصد بذلك إزالة الأملاح من المياه، فتتحول مياه البحر المالحة إلى مياه عذبة صالحة للشرب والزراعة الصناعة.

كما يمكن تعريفها بأنها تحويل المياه المالحة إلى مياه نقية من الأملاح لتصبح قابلة للاستخدام. فعنصر الماء باعتباره حيويا فهو من الأملاك العمومية للدولة، نظمها المشرع الجزائري في نص المادة 17 من قانون المياه[2] التي نصت على «تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكاً يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص»

ومن أمثلة الاستثمارات المنجزة في إطار عقود الامتياز التي أبرمتها الدولة نجد:

- ابرام اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة المشروع أقواس دو سكيكدة (SPA Aguas do Skikda) الذي بموجبه تتعهد شركة المشروع بإنجاز مصنع لتحلية مياه البحر في سكيكدة بسعة تقدر ب (100000 ألف متر مكعب يوميا بتكلفة 6,105 مليون دولار لمدة 30 سنة).

[1] – د. حسن الهنداوي، مشروعات البوت، مرجع سابق، ص 196.

[2] – قانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-03 المؤرخ في 03 جانفي 2008 المتعلق بالمياه ج.ر.ج.ج. عدد 04 سنة 2008

- تم ابرام كذلك اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة المشروع حامة وتر ديزالينا شن(Hama Water Desalination) والذي بمقتضاه يتم انجاز مصنع لتحلية مياه البحر بمدينة الحامة بالجزائر العاصمة سعتها (200000 م³ في اليوم بسعر 256 مليون دولار[1].
- وفي تفس الإطار تم إنجاز مشاريع أخرى تضم مصانع لتحلية مياه البحر كهرماء " KAHRAMA" بأرزيو في وهران وفق نظام B.O.T بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار من جهة و شركة المشروع كهرماء "KAHRAMA " الناشئة عن اتحاد الشركة الجزائرية للطاقة A.E.C والشركة الجنوب إفريقية بلاك أندفيمش أفريكا ليميتد [2]

Black and Vitch Africa Limited

- كما تم انجاز محطة لتحلية مياه البحر بمستغانم من طرف شركة المشروع

"Fomento de construccionessy contrat assa" الاسبانية 26% وبنسبة 48% للشركة الجزائرية للطاقة A.E.C.

[1] – اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واتر ديزاليناشن ج.ر.ج.ج العدد 07 سنة 2007 الصادر بتاريخ 28 جانفي 2007.

الفصـــــــل الثانـــــي:

آليات تسوية منازعات عقود البوت

B.O.T

المبحث الأول

التسوية القضائية لمنازعات عقود B.O.T

ينتهي عقد البوت تغيره من العقود المحددة المدة بنهاية طبيعة بانتهاء مدته، وقد ينتهي فيلعب عنصر الزمن دورا أساسيا في العقود الإدارية المحددة المدة ينتهي بانتهاء مدته وتنفيذ الالتزامات التعاقدية المتفق عليها.[1]

كما انه يمكن تمديد مدة العقد كجزاء على تأخر الدولة أو الإدارة أو إخلالا لها بالتزاماتها التعاقدية كتسليم موقع العمل أو القيام بأي عمل من شأنه إعاقة ومنح الشركة من القيام بعملها مما يسبب لها ضرراً، فيحق لهذه الأخيرة المطالبة بالتعويض.[2]

وأحيانا أخرى يمكن أن ينتهي عقد البوت في انتهاء المدة المتفق عليها قي العقد لأسباب متنوعة فمنها ما يكون بطلب من صاحب شركة المشروع، ومنها ما يعود للإدارة حفاظا على المصلحة العامة، أو يكون عن طريق فسخ العقد إما بالتراضي بين الإدارة والملتزم أو الفسخ بثوة القانون بسبب قوة ظاهرة خارجة عن نطاق الأطراف كالوفاة.[3]

ويمكن أيضا أن ينتهي العقد عن طريق الفسخ القضائي ناتج عم إخلال الإدارة بالتزاماتها.

فعقود البوت من العقود المعقدة والمترابطة، بحيث إلى جانب العقد الرئيسي يوجد عقود أخرى تتفرع منها، ويتدخل منها الأطراف المنفذة لها، ونظرا لامتداد تنفيذها لمدة زمنية طويلة فمن الأكيد أته يمكن أن تقع منازعات بين الأطراف بمناسبة الإنجاز أو الاستغلال والتنفيذ.[4]

فالتساؤل الذي يمكن إثارته بهذا العدد هو أنه في حالة عدم اتفاق الطرفين في بعض الجوانب أو في حالة قيام أحدهما بالإخلال بالتزاماته التعاقدية، ففيها تتمثل الوسائل والطرق التي

---

[1] - سديرة محمد علي، محلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الرابع عليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط 331.

[2] – أحمد حرير، المظام القانوني لعقود البوت ودورها في تمويل الاستثمار، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن عدد 6، 2017.

[3] – د.الياس ناصيف، مرجع سابق، ص

[4] – وبائل حسم المنازعات التي تنشأ عن التحديث والتملك والتشغيل، د.ندى زهير الفيل، السيد ياسر سبهان حمد مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 18 العدد 12 سنة 2020.

تمكن طرفي عقد البوت من إيجاد حل مناسب لنوع النزاع، باعتبار أن عقد البوت من عقود الاستثمار الدولية.

بمعنى آخر عل يؤول الاختصاص بالنظر في المنازعات الناشئة عن عقود البوت إلى القضاء الداخلي أو الوطني؟ أم يؤول إلى جهة أجنبية باعتبار العقد يشمل عنصر أجنبي؟

المطلب الأول

اختصاص القضاء في النظر في منازعات عقود البوت B.O.T

فعند حصول نزاع بين الأطراف المتعاقدة في عقود البوت فإن الحل يتمثل في طريقين أساسيين، وهي إما بغرض هذا النزاع أمام القاضي الوطني للدولة المضيفة، وإما عرضه على جهة أجنبية باعتبار عقد البوت من عقود الاستثمار.[1]

ونظرا لطول فترة تنفيذ عقود البوت، والتي قد تصل إلى مدة 99 سنة، فإذا تعارضت فيه مصالح الأطراف، الدولة من جهة والمتعاقد معها سواءا كان وطنيا أو أجنبيا فلا بد أن يؤول اختصاص النظر في المنازعة إلى القضاء الداخلي أولا.

إن تكييف عقود البوت على أنها عقود إدارية كما سبق ذكره، وكقاعدة عامة فإن المنازعات الناشئة عنها تخضع للقضاء الإداري، ولاسيما الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء كالجزائر.

ويعد القضاء الداخلي صاحب الاختصاص الأصيل بالفعل في منازعات عقود البوت، قيمكن اللجوء اليه لحسم هذه المنازعات وإصدار حكم فيها.[2]

1- د. بومزير باديس، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة المجلد 32 العدد 02 جوان 2021.

2 – رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، رسالة الدكتوراه كلية الحقوق، حامعة الموصل سنة 2010 ص ص 203-204.

فمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة يمنعها بوصفها طرفا قي هذه العقود من الخضوع لقضاء دولة أجنبية بأية صورة من الصور لقضاء دولة أخرى.[1]

فالمقاضاة أمام قضاء دولة أخرى أجنبية يحمل في وضعه انتهاك لسيادة الدولة والمساس باستقلالها.

فإذا كانت السيادة تفرض على الدول لاسيما النامية منها التمسك باختصاص قضائها الداخلي لتسرية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار ذات العنصر الأجنبي، فأن حاجتها للرسوم والاستثمارات الأجنبية تجعلها تتنازل عن اختصاص قضائها الداخلي.

المطلب الثاني

التحكيـــــــم

يعرف التحكيم على أنه إيقاف أطراف النزاع على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما مستقبلا، أو تنشأ بالفعل نتيجة وجود علاقة قانونية بين الأطراف، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية[2].

فإذا كان التحكيم بصفة عامة قد واجه اعترافات كثيرة، فإنه في نطاق العقود الإدارية بوجه خاص، قد واجه تصلب القضاء الإداري وعدم تسامحه إزاء نزع اختصاصه بالنظر في منازعات العقود الإدارية.[3]

الفرع الأول: تعريف التحكيم

يعرف التحكيم لغة بأنه مصدر حكم وأصلها حكم، حكم، حكماً "أحكمه فحكم" أي أرجعه فرجع وحكم الفرس، جعل عليه حكمة.

---

[1] – سديرة محمد علي، عقود البوت ودورها في تسيير المرافق العمومية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الرابع جامعة عمار ثليجي الأغواط.

[2] - د.مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحابي القوقية ص 410.

[3] - د.حمادة عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، مرجع سابق ص 132.

أما اصطلاحا فقد أوردت العديد من التعريفات للتحكيم فعرف بأنه الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم، سواء كان اسم الحكم أو المحكمين مذكورا في الاتفاق أو لم يكن[1].

وقد عرفه البعض بأنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف النزاع معين على عرض نزاعهم على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة وفقا لما ينص الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي، ويصدر أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها[2]. والتحكيم يمكن أن يكون داخليا أو خارجيا.

أولاً: التحكيم الداخلي

فبعد مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية بتاريخ 1988/06/12 وجب على المشرع الجزائري تعديل قانون الإجراءات المدنية وإقرار التحكيم صراحة لمسايرة آليات تطور الأدوات القانونية وخلف ضمان قضائي.

يعين القائمون بالتحكيم من قبل أطراف النزاع مباشرة وبالرجوع إلى النظام التحكيمي عملا بأحكام المادة 1041 الإدارية ق.إ.م.إ فقرة 01، في حالة إذا أجري التحكيم في الجزائر ولم يعين المحكمين، فإنه يجب على المعني بالأمر رفع طلبه إلى الجهة القضائية المختصة المحددة في اتفاق التحكيم.

ثانيا: التحكيم الدولي

إن غالبية الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى المتعلقة بالاستثمارات، المنشأة بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعاية الدول الأخرى

[1] - د.الياس ناصيف، مرجع سابق ص 130.

[2] – د. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا للإجراءات المدنية و الإدارية والقرانين المقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر ص 38.

المعروفة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 1956/03/10، وصادقت عليها الجزائر بتاريخ 1995/10/30، وإما لمحكمة تحكيمية خاصة.[1]

الفرع الثاني: أهمية التحكيم في تسوية منازعات عقود البوت B.O.T (مزاياه)

أولاً: التحكيم يعتبر كضمانة لتشجيع الاستثمار

بحيث يعتبر عقد البوت من عقود الاستثمار، وبالتالي فإن المستثمر المتقاعد مع الحكومة في عقد البوت يسعى إلى استثمار أمواله في الدولة من خلال بحثه عم الضمانات التي تعطيه أكبر قدر من الأمان والاطمئنان ويعتبر التحكيم من بين هذه الضمانات، فالدولة المضيفة تهدف إلى جلب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق تقديمها لعديد من الضمانات، أما قي حالة عدم وجود هذه الضمانات فقد يؤدي ذلك إلى عدم تحمس المستثمرين للاستثمار في الدولة نظرا لعدم قناعتهم بمختلف الضمانات الممنوحة وأبرزها اللجوء إلى التحكيم.[2]

ثانيا: خوف المستثمر الأجنبي من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المضيقة

بحيث تعتبر الدولة في حالة تعاقدها وفقا لأي نمط طرفا غير عاديا من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها.[3]

بحيث يمكن أن تدخل بحياد القضاء، خاصة إذا كان نظام الفصل بين السلطات غير مطبق بشكل لائق او غياب الشفافية والمزاعة لدى القضاء الوطني، وحتى وإن كان قضاء الدولة يتصف بالحياد والنزاهة، فإنه في نظر الشخص الأجنبي يعتبر قضاء غير محايد، حتى عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بالمصالح الاقتصادية لبلده، وبالتالي في حالة اعتياد الدولة باللجوء إلى القضاء لتسوية

[1] – د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق ص 316.

[2] – د.حمادة عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، مرجع سابق ص 60.

[3] – د.قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة الجزائر ص 211.

نزاعها التي قد تثور في إطار الصفقات العمومية. فإن عقد البوت يتميز بميزة أساسية هي توفره في العديد من الحالات على العنصر الأجنبي.

فالتحكيم في نظر المستثمر يعتبر شرط أساسي للتعاقد فغالب ما يضع هذا الأخير لشرط التحكيم كبند أساسي في بنود العقد وسيبعد بذلك اللجوء إلى قضاء الدولة المضيقة خوفا من عدم الحياد.

ثالثا: السرعة في الفصل في النزاع

من بين أسباب تفادي أطراف عقد البوت إلى القضاء الوطني في حالة حدوث نزاع بينهما، هو طول إجراءات التقاضي عكس التحكيم الذي يمتاز بسرعة إجراءاته، بحيث يمتاز التحكيم من خلال إجراءاته المتمثلة في سماع الأطراف وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على موضوع النزاع وصولا إلى حكم التحكيم بمدته القصيرة التي تعتبر أقصر بكثير من تلك المتعلقة بالقضاء الوطني، بحيث تمتد العملية التحكيمية التي تنتعي بصدور الحكم النهائي من 03 أشهر إلى 06 أشهر.

وقد يحددها المشرع الجزائري ب 04 أشهر، وجاء ذلك في تص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

أما في حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني فإنه في غالب القضايا المتعلقة بمجال الاستثمار قد يؤدي إلى طول مدة الفصل فيها، وفي انتظار صدور حكم القضاء يبقى تنفيذ العقد مجمدا مما يؤدي إلى تجميد الاستثمارات ورؤوس الأموال.[2]

الفرع الثالث: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود البوت B.O.T

نظرا لكون الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها طرفا في العقد الرئيسي للمشروع، أي أنه يوجد شخص معنوي عام كطرف في العقد، فقد حدث خلاف فقهي حول دخول الدولة كطرف في

[1] – م 1018 من ق.إ.م.إ.ج.ج.

[2] - د. وضاح محمود المحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص ص 32،33.

اتفاق التحكيم بحجة الحصانة القضائية للدولة وسيادتها التي تمنعها من اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعتها.[1]

فغالبا ما تكون شركة المشروع شخصا معنويا أجنبيا عن الدولة المضيفة للمشروع مما يؤدي إلى تخوفها من افتقار القضاء الوطني للحيادية وتمسكها بمبدأ السيادة، لذا لفضل اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة ملائمة لحسم النزاعات التي تنشأ عن هذا العقد.[2]

وبذلك ظهر اتجاهان مختلفان بخصوص هذه الفكرة، إذ يذهب أصحاب الاتجاه الأول باستبعاد المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها من الخضوع للتحكيم، ويكون الاختصاص للنظر في هذه المنازعات للقضاء الوطني وينحصر دور التحكيم في نظر منازعات القانون الخاص أي المنازعات التي تنشأ عن العلاقات القانونية بين الأفراد التي لا تكون طرفا فيها، وبوصف عقد البوت B.O.T وفقا لهذا الاتجاه على أنه عقد ذات طبيعة إدارية، وبالتالي يكون اختصاص القضاء الإداري.

أما أنصار الاتجاه الثاني الذين يؤيدون فكرة جواز التحكيم في عقود البوت B.O.T إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية طرفا فيها لطبيعة هذه العقود التي تدخل في مجالات حيوية بالنسبة للدولة، وتشجيعا على الاستثمار فاللجوء إلى التحكيم لا يعني التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء.[3]

[1] - د.حمادة عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، مرجع سابق ص 60

[2] - بن قادة محمود أمين، عقد البوت B.O.T كصورة من صور عقد الامتياز، مرجع سابق، ص 98.

[3] - د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت، مرجع سابق ص 23-30.

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من منازعات عقود البوت B.O.T

إن تكييف عقود البوت من طرف أغلب التشريعات العالمية المعاصرة ومنها الجزائر، بحيث جاء بمفهوم المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ميلي تصه:

«تسوى النزاعات التي تطرأ على الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أفكار الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عاد تنفيذ صفقاتها...»[2]

كما نص الدستور الجزائري في مادته رقم 143 على ما يلي «ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية»[3]

فالمشرع الجزائري بناءا على هذه المادة لم يحدد الجهة الإدارية المختصة بالنظر في الطعن، أي ترك المجال واسعاً للنظر في الاختصاص بين القضاء العادي والإداري.

فالعقود الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية لا تخضع لرقابة القضاء لأن المشرع الجزائري هنا استعمل كلمة قرارات ولم يستعمل عقود، عكس نظيره الفرنسي الذي استعمل Actes أي تصرف.

[1] – المرسوم الرئاسي 15-247.

[2] – دستور الحمهورية ج.د.ش المادة 152.

[3] – المادة 143 من الدستور الجزائوي ج.ج.د.ش لسنة 1996.

ونظراً لطبيعة عقود البوت الخاصة وارتباطه بمشاريع البنى التحتية التي تمثل مصلحة حيوية للدولة المضيفة، التي غالبا ما تحرص على اخضاع مثل هذه العقود لقضائها الوطني ولقوانينها الوطنية ما لم يكن اتفاق على خلاف ذلك.[1]

لذلك نصت أغلب التشريعات الوطنية على أن المنازعات التي تنشأ بين الدولة والمستثمرين الأجانب يجري معالجتها ضمن اختصاصها القضائي، غير أته من النكن اتباع وسائل أخرى باتفاق الطرفين.[2]

وبالتالي تدخل العقود الإدارية في نطاق رقابته، وبالرجوع إلى القانون نجد أن المشرع الجزائري اعتمد على المعيار العضوي لتحديد الجهة القضائية المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة 800 من ق.إ.م.إ التي تجعل المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها من اختصاص القضاء الإداري.

وفي نقس القانون نصت كذلك المادة 803 على أنه «...وفي مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة، التي ترفع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد وتنفيذه».[3]

فهذه المادة توجب رفع الدعاوى أمام المحاكم الإدارية المتعلقة بالإلغاء، فحص المشروعية، دعوى التفسير والقضاء الكامل، حسب ما نصت عليه المادة801 من ق.إ.م.إ.

[1] – د.وراء يونس، محمود، المرجع السابق، ص ص 201، 204.

[2] - د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت، مرجع سابق ص 19.

[3] – ق.إ.م.إ.

المبحث الثاني

التسوية غير القضائية لمنازعات عقود البوت B.O.T

تعتبر الوسائل السلمية لفض النزاعات الناشئة عن عقود البوت، وسائل غير قضائية يتم اللجوء اليها من قبل الأطراف المتنازعة لتجنب الإجراءات المعقدة للقضاء التي تستغرق الكثير من الوقت والجهد.[1]

وتنص معظم عقود البوت B.O.T على تسوية منازعاتها بالطرق السلمية قبل اللحوء إلى الطرق الأخرى غير السلمية، وذلك بهدف المحافظة على ودية العلاقات بين الأطراف المشاركة في المشروع، ويطلق عليها الوسائل البديلة كل النزاع[2] Alternative Disputes Resolution

وانتشرت هذه الوسائل في العديد من الأنظمة القانوني، وأصبحت تشكل بديلا عن قضاء الدولة والتحكيم، ويتم اللجوء اليها في كافة أنواع النزاعات المدنية والتجارية والإدارية والجنائية بل دخلت إلى مجال الرياضة وأصبحت من الوسائل المفضلة لتسوية المنازعات الرياضية.[3]

وانتشرت الوسائل البديلة في الكثير من الأنظمة القانونية والدول المتقدمة، وحظيت بكثير من الأهمية في الدراسات والبحوث الحديثة.

وتتميز الوسائل غير القضائية لفض المنازعات عقود البوت بأنها تركز على أسباب وجوهر النزاع القائم بين طرفي العقد، أكثر من تركيزها على الجوانب القانونية التي هي جوهر عمل القضاء كما تستهدف هذه الوسائل الوصول إلى حلول سريعة للنزاعات القائمة.[4]

---

[1] - د.حمادة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 120.

[2] – د.الياس ناصف، مرجع سابق، ص 381.

[3] – مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص422.

[4] – د. رواء يونس محمود، المرجع السابق، ص 201–204.

وتتنوع الوسائل السلمية لفض منازعات عقود البوت B.O.T، وتتمثلا غالبا في المفاوضات التي تؤدي إلى إجرام اتفاق الصلح بين الأطراف المتنازعة، والوساطة والتوفيق.[1]

المطلب الأول

التفاوض أو المفاوضة

وهي المرحلة التي تمهد لإبرام اتفاق التسوية بين الطرفين المتنازعين، وما يتخللها من مناوشات حول كل مل يتصل بالتسوية المراد عقدها.

وليس للمقاوضة شكل محدد يجب اتباعه على وجه الالزام، فالمفاوضات بهذا المفهوم تعد من بين الحلول البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة، وتتوقف نجاح عملية المفاوضات على شخصية القائمين عليها. فعند حدوث لأي نزاع، وذلك قبل اللجوء إلى أي احراء آخر.[2]

فالتفاوض هو حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين للوصول إلى اتفاق بين المتفاوضين بما يحقق مصلحة كل منهم، بقدر متبادل من التنازل يقدمه كل طرف للآخر.

ويتجسد التفاوض في عقد البوت B.O.T بالحوار المتبادل بين بين الجهة المانحة وشركة المشروع الذي يبغي حسم النزاع القائم بينهما بالاتفاق المباشر دون اللجوء إلى القضاء.[3]

يهدف التفاوض إلى إعادة التفاهم بين أطراف العقد وعودة العمل في تنفيذ المشروع إلى ما كان عليه فبل نشوء النزاع، فهو يمنح الأطراف الحق في تولي حل خلافاتهم بأنفسهم بالاتصال المباشر بينهم لحسم النزاع.

---

[1] – د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 381.

[2] – د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دار الكتب القانونية القاهرة، سنة 2008 ص 503.

[3] – د.بن قادة محمود أمين، عقد البوت كصوة من صور عقد الامتياز، مرجع سابق، ص 98.

تبدأ المفاوضات عادة بالاتصالات الأولية بين الأطراف لتحديد إمكانية التفاوض حول تسوية النزاع دون اللجوء إلى القضاء، أو بمعنى آخر إمكانية التفاوض من حيث المبدأ، وإذا ما تم الاتفاق على هذا المبدأ يجري التفاوض على مبدأ حسن النيو والصدق والأمانة.[1]

والمفاوضات هي الوسيلة الأكثر شيوعا في حسم النزاعات التجارية الكبيرة سيما النزاعات بيمن الشركات العملاقة ومنازعات القانون البحري والمنازعات المتعلقة بعقود المقاولات الدولية ومنازعات التأمين وإعادة التأمين.[2]

المطلب الثاني

الوساطة

في حال فشل التفاوض بين طرفي عقد البوت B.O.T يكون لهما الاستعانة بطرف ثالث للمساعدة في التوصل إلى حل مشترك لحسم النزاع بالوساطة، التي تعد إحدى الوسائل لحسم النزاعات التي تنشأ عن عقد البوت B.O.T.[3]

يمكن تعريف الوساطة بأنها إجراء غير ملزم يجريه شخص محايد بعد تسميته والاتفاق عليه لإزالة الخلاف القائم بين طرفين أو أكثر باقتراح حلول غير ملزمة لهم ومساعدتهم على الاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بينهم بهدف ايجاد صيغة توافقية دون أن يقرض عليهم حلا أو يصدر قرارا ملزما، بل يجعلهم يتخذون القرار الحاسم بأنفسهم.[4]

ويجري الاتفاق على اللجوء إلى الوساطة بين طرفي العقد بموجب نص يفضي بذلك في العقد، أو عند نشوء النزاع، ويحدد الاتفاق مدة مجددة يقتضي على الوسيط انجاز مهمته خلالها، وذلك

[1] - د.حمادة عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، مرجع سلبق ص 60.

[2] – د. حسن الهنداوي، مشروعات البوت، مرجع سابق، ص195.

[3] – د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص403.

[4] – – د.حمادة عبد الرزاق، التحكيم في عقود البوت، مرجع سلبق ص 60.

قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، كما يحدد الاتفاق المواصفات التي يقاضي توفرها في الوسيط[1] أو الوسطاء وكيفية سير عمل الوساطة، وبيان القواعد التي يقتضي التقيد بها عند حل النزاع القائم والإجراءات التي يعتمدها الوسيط.[2]

يبدأ الوسيط أعمال الوساطة بمقابلة طرفي النزاع كل على حدى لسماع مطالبه لتضييق أوجه الاختلاف بينهم، ثم يعمل على اجتماع بين طرفي النزاع يقوم فيه بتوضيح الرؤية لكل طرف بمشاكل النزاع والنتائج التي تترتب في حالة عدم التوصل إلى حل للخلاف الذي يقوم بينهما، وفي النهاية يقدم اقتراحا لحلول واختيارات للطرفين لحل الخلاف.[3]

فالوساطة إذا عملية اختيارية من حيث اللجوء اليها، ومن حيث الالتزام بما يقترحه الوسيط، فلا يمكن احبار الأطراف المتنازعة على تنفيذ الاتفاق الذي انتهت اليه الوساطة بناءا على اقتراح الوسيط.

وتتميز الوساطة كوسيلة لقض النزاعات الناشئة عن عقود البوت B.O.T باختصارها للجهد والوقت ويحدد عقد الوساطة مهلة انجاز الوسيط لمهمته، والتي غالبا لا تتجاوز عدة أشهر، كما تختصر الوساطة النفقات التي يتكبدها أطراف النزاع عمد اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لاسيما الدولي منه، كما تكفل الوساطة قدرا من السرعة والخصوصية أثناء القيام بها، إذ يلتزم الوسيط بالحفاظ على سرية المعلومات التي يطلع عليها أثناء قيامه بالمهام المسندة اليه.

[1] – هواري ليلى، تسوية النزاعات في عقود البوت، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المركز الجامعي غليزان، عدد 03 سنة 2016.

[2] – د.حمادة عبد الرزاق حمادة ، مرجع سابق، ص 210.

[3] - د.مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ص 13، 18.

المطلب الثالث

التوفيق

يعتبر التوفيق أحد الوسائل البديلة التي تلجأ اليها أطراف عقد البوت B.O.T في حال فشل المفاوضات للوصول إلى حل يحسم النزاع القائم.[1]

فالتوقيف يعتبر الطريق الثاني الذي يلجأ اليه أطراف عقد البوت B.O.T للوصول إلى حل توفيقي لحل المشاكل التي تنشأ بينهما عن طريق اختيار موفق أو أكثر محايد، يتولى وضع الحلول الوسط والبدائل المختلفة للمنازعات والخلافات التي تنشأ بين الأطراف.[2]

والتوفيق هو الفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية، ويقترب دور الموفق من دور الوسيط حيث يقتصر دور كل منهما على تقريب وجهات النظر وتقديم مقترحات وسط للطرفين.

وذهب البعض الآخر إلى أن التوفيق في فض المنازعات هو في حقيقته وساطة وهو عملية مرنة يقوم طرف ثالث محايد ومدرب جيدا بتسيير التفاوض بين طرفي النزاع على نحو معين وقد لا تكون هذه التسوية في كثير من الأحيان[3] استجابة لقواعد قانونية أو مبادئ قضائية مستقرة.

فالتوفيق بوصفة آلية لتسوية النزاعات يتصف بالسرية وغبر الرسمية، بمعنى عدم التقيد بأية شكلية أو إجراءات ملزمة فضلا عن رضائية الحل الذي يسفر عنه، أي عدم الزامية القرارات الصادرة عن الموفق، لذا يعد التوفيق آلية سريعة لحسم المنازعات غير باهضه التكاليف.[4]

---

[1] – د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 474.

[2] – د.مروان محي الدين القطب، ، مرجع سابق، ص 408.

[3] – د. ناصر حابر حاد، التوفيق في منازعات الدولية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، صنة 2002، ص 09.

[4] – د.حمادة عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 213.

وقد يكون اللجوء إلى التوفيق اجباريا بمقتضى نص العقد القانوني أو في القانون أي أنه إذا فرض المشرع اللجوء إليه في بعض المنازعات قبل سلوك أسلوب آخر.

خـــــاتمـــــــة

من خلال بحثنا هذا تمكنا من التوصل إلى كون عقود البوت تتميز غيرها من العقود بخصائص ومميزات فريدة مقارنة عن غيرها من أنواع العقود.

فعقود البوت تلعب دورا رئيسيا في التنمية الاقتصادية للدول، وقد لاقت نجاحا كبيرا في الوقت الحديث، وذلك نظرا لتمكن الدول بواسطتها من استقطاب رؤوس الأموال ضخمة وشركات متخصصة لتوجه نشاطها نحو آفاق عالمية[1].

لذلك كان لزما على الدول لكي تواكب ركب التطورات الاقتصادية العالمية وأن تفسح المجال أمام القطاع الخاص، ليقوم بدور فعال في عملية التنمية الاقتصادية، وفي آن واحد فهي في حاجة ماسة إلى توفير بنية أساسية قوية من شبكات للطرق والمواصلات والمياه، كهرباء وموانئ ومطارات، تسهيلا لعملية التنمية الاقتصادية.

وقد ساهمت عقود البوت بشكل أساسي في تنفيذ تطور مفهوم وظائف الدولة والمال العام والانفاق.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من العقود، أي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بموجي المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم.

فعقود البوت تعد إذن أسلوت من أساليب تفويض المرافق العامة على اعتبار أنها تطبيقا مطورا لعقود الامتياز، فهي آلية حديثة لتمويل المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية إذ تساعد الدولة على انحاز مرافق عامة ضخمة دون لأن يؤثر ذلك على ميزانيتها.

فهي تقدم خدمة عامة أساسية تتمثل في اتاحة فرص الشغل للجميع، كما تعمل على تخفيف العبء على كاهل الدولة بإعطاء الفرص للقطاع الخاص (سواء المحلي أو الأجنبي) في المشاركة في بناء المرافق الأساسية. الأمر الذي يسهل ويساهم في توفير الموارد عن طريق اقتصارها على الحكومة.

[1] - د. حصايم سميرة، عقد البوت إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع التنمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

كما تساعد في توفير التقنيات المتطورة والتكنولوجيا الحديثة اللازمة لتشييد المرافق العامة التي لا تتوفر محليا، فيأتي بها المستثمر الأجنبي الذي يتمتع بالخبرة العالمية.

قائمة المراجع

باللغة العربيـــــــة

أولاً: الكتـــــب

1. د إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحابي الحقوقية، 2011.
2. حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت (B.O.T) دار الجامعة الجديدة، مصر سنة 2015.
3. د. حسن الهنداوي، مشروعات البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ط1، سنة 1995.
4. د.مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الطبعة الأولى سنة 2009.
5. د. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا للإجراءات المدنية والإدارية والقرانين المقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع.
6. د.قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة الجزائر.

7. ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية:

1. د. رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، رسالة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة الموصل سنة 2010.

ب- المذكرات الجامعية:

1. حصايم سميرة، عقد البوت B.O.T إطار لاستقبال القطاع الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو سنة 2008/2007.
2. صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة العامة، القانون وتسيير الإقليم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة. 2013.
3. معوشي شادية، مزاي راضية، تطبيق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيآت الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، حامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2015.

ج- المقالات

1. د. بومزير باديس، عقود البوت وتطبيقاتها في الجزائر مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32 العدد 02 جوان 2021.
2. بن قادة محمود أمين، عقد البوت B.O.T كصورة من صور عقد الامتياز مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 07، العدد 02 سنة 2019.
3. حميدة زينب، مولاي عمار، بوزيد كيحول، الطبعة القانونية لعقود البناء، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 02 سنة 2017.
4. د. أحمد حرير، النظام القانوني لعقود البوت ودورها في تمويل الاستثمار، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن عدد 6، 2017.
5. سديرة محمد علي، عقود البوت ودورها في تسيير المرافق العمومية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الرابع جامعة عمار ثليجي الأغواط.

6. د.هواري ليلى، تسوية النزاعات في عقد البوت محلة القانون العام، الجزائري والمقارن، المركز الجامعي غليزان، عدد 03، سنة 2016.
7. فردي كريمة، النظام القانوني لعقد الامتياز في إطار الاستثمار، مجلة العلوم الإنسانية عدد 46 ديسمبر 2016 مجلد(أ).
8. د. ندى زهير الفيل، السيد ياسر سبهان حمد، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 18، العدد 12، سنة 2020 وسائل حسم المنازعات التي تنشأ عن التحديث والتملك والتشغيل.

ثالثا: النصوص القانونية

أ- الدستور:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية الصادر بموجب استفتاء 1996/11/28 منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 1996/12/07 ج.ر.عدد 76 صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996 معدل ومتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002 ج.ر.عدد 25 صادر بتاريخ 14 أفريل 2002 وبالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر. عدد 63 صادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008/ معدل ومتمم بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 عدد 04 مؤرخ في 07 مارس 2016.

ب- الاتفاقيات:

1. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وكهرماء (KAHRAMA) ج.ر.ج.ج عدد 7 لسنة 2007.
2. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وأقواس دو سكيكدة (A.D.S) ج.ر.ج.ج عدد 7 لسنة 2007.

ج- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/06/26، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ج.ر.ج.ج عدد 44 لسنة 2005.
2. مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-54 المؤرخ في 08 جوان 1996 المضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج عدد 27 لسنة 1993(ملغى).
3. أمر 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار ج.ر.ج.ج عدد 47 لسنة 2001.
4. أمر رقم 06-08 مؤرخ في 15 جوان 2006 يعدل أمر 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار ج.ر.ج.ج عدد 47 لسنة 2006.
5. القانون رقم 02-01 مؤرخ في 05 فيفري 2002 يتعلق بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات ج.ر.ج.ج عدد 08 لسنة 2002.
6. القانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فيفري 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ج.ر.ج.ج عدد 08 لسنة 2002 .
7. قانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-03 المؤرخ في 03 جانفي 2008 المتعلق بالمياه ج.ر.ج.ج. عدد 04 سنة 2008.
8. القانون رقم 09/08 مؤرخ في 04 أوت 2005 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 03/08 مؤرخ في 23 جانفي 2008 المتعلق بالمياه ج.ر.ج.ج. عدد 04 لسنة 2008.
9. القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية ج.ر.ج.ج عدد 37 سنة 2011.

10. القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 يتعلق بالولاية ج.ر.ج.ج العدد 12 لسنة 2012.

د- النصوص التنظيمية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتثمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر.ج.ج عدد 58 لسنة 2010 (ملغى).
2. المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ر.ج.ج عدد 50 لسنة 2015.
3. المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 1996/09/18 يتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة ج.ر.ج.ج عدد 55 لسنة 1996.
4. المرسوم التنفيذي رقم 05-250 مؤرخ في 10 جويلية 2005 المتضمن إنشاء الشركة الجزائرية لتسيير الطرق السريعة للسيارات ج.ر.ج.ج عدد 48 لسنة 2005.
5. المرسوم التنفيذي رقم 220/11 المؤرخ في 12 جوان لسنة 2011 يجدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أحل المنفعة العامة.

<u>باللغة الفرنسية:</u>

1- AUBY (J.B) Bilan et limites de l'analyse de la gestion déléguée du service public. La gestion du service public ,actes et colloque des 14 et 15 novembre 1996 au sénat organisé par l'institut français des services administratives.R.F.D.A. n°3 Paris 1997.
2- Loncle (J.M) Grands projets d'infrastructures. Le montage Operate. Transfer (B.O.T) R.A.D.L paris n°08.

فهرس

فـــهرس

الموضوع	الصفحة
إهداء	
شكر وتقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	02
الفصل الأول **ماهية عقود البوت**	05
المبحث الأول **مفهوم عقد البوت**	06
المطلب الأول: تعريف عقد البوت وخصائصه	06
الفرع الأول: التعريف اللغوي لعقد البوت	06
الفرع الثاني: التعريف الفقهي لعقد البوت	07
الفرع الثالث: تعريف بعص المنظمات الدولية واللجان	08
الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري	09
المطلب الثاني: تمييز عقد البوت عن غيره من العقود	11
الفرع الأول: عقد البوت وعقد الامتياز	11
الفرع ثاني: عقد البوت والصفقة العمومية	12
الفرع الثالث: عقد البوت وعقد التأجير التمويلي	12

المطلب الثالث: أشكال عقود البوت	13
الفرع الأول: البناء والتملك والتشغيل والتحويل	14
الفرع الثاني: البناء والتملك والتشغيل	14
الفرع الثالث: عقد M.O.O.T	14
الفرع الرابع: عقد B.O.T	15
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البوت	15
المطلب الأول: التكييف القانوني لعقود البوت	15
الفرع الأول: عقود البوت تدخل ضمن نطاق القانون الخاص	16
الفرع الثاني: عقود البوت من عقود القانون الإداري	17
الفرع الثالث: عقود البوت ذو طبيعة خاصة	18
المطلب الثاني: أطراف عقد البوت B.O.T	18
الفرع الأول: الدولة كطرف في العقد	18
الفرع الثاني: صاحب الامتياز (الملتزم)	20
المطلب الثالث: تطبيقات عقود البوت في الجزائر	20
الفرع الأول: عقد إنشاء الطريق السريع	20
الفرع الثاني: عقد تحلية مياه البحر	22
الفصل الثاني: **آليات تسوية منازعات عقود البوت B.O.T**	24
المبحث الأول: التسوية القضائية لمنازعات عقود البوت	25

المطلب الأول: اختصاصات القضاء في النظر في منازعات عقود البوت	26
المطلب الثاني: التحكيم	27
الفرع الأول: تعريف التحكيم	27
أولاً: التحكيم الداخلي	28
ثانياً: التحكيم الدولي	28
الفرع الثاني: أهمية التحكيم في تسوية منازعات عقود البوت	29
أولا: التحكيم كضمانة لتشجيع الاستثمار	29
ثانياً: خوف المستثمر الأجنبي من عدم حياد القضاء	29
ثالثاً: السرعة في الفصل في النزاعات	30
الفرع الثالث: مدى جواز اللجوء إلى التحكيم	30
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من منازعات عقود البوت	32
المبحث الثاني: التسوية غير القضائية لمنازعات عقود البوت	34
المطلب الأول: التفاوض أو المفاوضة	35
المطلب الثاني: الوساطة	36
المطلب الثالث: التوقيف	38
خاتمة	41
قائمة المراجع	44
فهرس	50