

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل
الملكية (B.O.T) وتطبيقاته في الجزائر

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام

فرع: الإدارة العامة، القانون وتسيير الإقليم

تحت إشراف :

الأستاذة الدكتورة موسى زهية

إعداد الطالب :

صبوع صهيب

لجنة المناقشة :

أ.د : طاشور عبد الحفيظ، أستاذ التعليم العالي، جامعة منتوري- قسنطينة : رئيسا

أ.د : موسى زهية، أستاذة التعليم العالي، جامعة منتوري - قسنطينة : مشرفة ومقررة

أ.د : بن شعبان علي، أستاذ محاضر، جامعة منتوري- قسنطينة : عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2012-2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ
رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِكْرًا كَمَا
حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ
وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ

الْكَافِرِينَ﴾

صدق الله العظيم

إهداء

أهدي عصارة جهدي المتواضع إلى:

أبوي العزيزين الذين دائما كانا بجانبني في اللحظات الصعبة ولم يبخلا علي بالتشجيع و الدعم و الدعاء ، و صبرا في سبيل تحقيق هذا الهدف على امتداد السنين، فكان قصدي من وراء هذا الجهد إسعادهما ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

إلى أخي و أخواتي و كل من يحمل لي في قلبه مثقال ذرة من مودة .

إلى جدتي الغالية التي لطالما كانت سندا و منبعا لا ينضب من الحكمة و النصيحة الخالصة و المحبة الصافية.

إلى كل من تمنى لي النجاح و التوفيق و دعى لي بظهر الغيب.

شكر و عرفان

بعد الثناء و الشكر على الله عزّو جل على ما منّ به عليّ من توفيق و فضل و تيسير في إنهاء هذه المذكرة،

أود أن اتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى الأستاذة المشرفة، الدكتورة موسى زهية على قبولها الإشراف على هذه المذكرة وكذلك على الدعم و المرافقة و النصح و التوجيه أثناء القيام بهذا العمل المتواضع. كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر و التقدير لكل من قدم يد العون و المساعدة و التشجيع و الكلمة الطيبة، سواء من قريب أو من بعيد.

الطالب : صبوع صهيب

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

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

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ثانياً: باللغة الأجنبية

AEC : Algerian Energy Company

AGIP :Azienda Generale Italiana Petroli

Aramco : Arabian American Oil Company

BLT : Build, lease and Transfer

BOO : Build, Own, Operate

BOOT : Build , Own, Operate and Transfer

BOT: Build, Operate and Transfe

BOR : Build, Operate and renwal of Concession

BOOST : Build, Own, Operate, Support and Transfer

BRT : Build, Rent and Transfer

BT : Build and Opereate

BTO : Build, Transfer and Opetate

BFT : Build, Finance and Transfer

CCI : Chambre de Commerce International

CET: Construire, Exploiter et Transférer

C.E : Conseil d'Etat

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

C.P.C : Code de Procédure Civile

CPJI : Cour Permanente de Justice Internationale

DBFO : Design, Build, Finance, Operate

DBOT : Design, Build, Operate and Transfer

FIDIC : Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils

FOT : Furnish Operate, Transfer

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence

IFC: International Financial Corporation

LROT : Lease, Renewal, Operate and Transfer

LTT : Lease, training, transfer

MOOT : Modernize, Own, Operate and Transfer

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Économiques

ONUDI : Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel

Op, Cit : opere citato (dans l'œuvre citée)

OPAEP : Organisation des Pays Arabes Exportateurs de Pétrole

OPIC : Overseas Private Investment Corporation

P : page

PPP : Partenariat Public Privé

ROO : Rehabilitation, Own , Operate

ROT : Rehabilitate, Operate and Transfer

SNC : Société en Nom Collectif

SOGESID : Società Gestione Impianti Idrici (شركة تسيير مرفق المياه)

SONATRACH : Société Nationale pour la Recherche, la Production, le
Transport, la Transformation, et la Commercialisation
des Hydrocarbures

SONELGAZ : Société nationale de l'Electricité et du Gaz

SPA : Société par Actions

Texaco : Texas Oil Company

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

UNIDO : United Nations Industrial Development Organization

USAID : U.S Agency for International Development

المقدمة

تمثل التنمية الهدف الأساسي الذي تسعى إلى تحقيقه الدولة ، و ذلك عن طريق توفير البيئة المناسبة لإشباع الحاجات الأساسية للمواطنين ، و تلجأ الدولة في سبيل ذلك إلى إنشاء العديد من المرافق العامة كمحطات الكهرباء و الموانئ و المطارات و المحطات النووية و محطات تحلية مياه البحر و غيرها من المرافق و المنشآت الضرورية ، و لما كانت هذه المرافق تتطلب استثمارات ضخمة ، و تشكل عبئا ثقيلا على ميزانية الدولة ، و خاصة الدول النامية و التي خرجت في أغلبها للتو من عهد الاستعمار ، إلى عهد الدولة المستقلة، كان لزاما على هذه الدول اللجوء إلى آليات قانونية و اقتصادية تكفل لها تحقيق التوازن بين متطلبات التنمية و من جهة و النفقات المالية من جهة ثانية.

و على هذا لم تجد هذه الدول سوى اللجوء إلى القطاع الخاص بما يشمله هذا القطاع من مستثمرين وطنيين و أجانب ، خاصة في ظل النظام العالمي الجديد المبني على أسس الاقتصاد الحر و العولمة في أبعادها الاقتصادية و التكنولوجية و حتى السياسية ، خاصة بعد انهيار المعسكر الشرقي و فشل النموذج الاقتصادي الذي كان ينادي به في أغلب الدول الإشتراكية إن لم نقل في جميعها.

إن آليات اقتصاد السوق و الانفتاح الاقتصادي فرضت على الدول النامية الدخول في عدة صيغ للتعاون مع القطاع الخاص و ذلك بهدف الاستفادة من قدرات هذا الأخير في المجال التكنولوجي و التمويلي و الاستفادة من الطرق الحديثة في تسيير المرافق العامة ، ويتم التعاون فيما بين القطاع العام و القطاع الخاص على أساس تبادل المنافع و المصالح بين جميع الأطراف ، فالدولة من واجبها تحقيق المصلحة العامة و إشباع الحاجات الضرورية للمواطنين ، و القطاع الخاص يسعى من وراء ما يقدمه من استثمارات إلى تحقيق الربح بدرجة أولى.

و في هذا الصدد تظهر جليا أساليب الشراكة بين القطاع العام و الخاص في تمويل إقامة المرافق العامة و من بينها عقد ال BOT ، كوسيلة ناجعة و فعالة لتحقيق التوازن بين أهداف و طموحات كل من القطاع العام و القطاع الخاص في إطار من التعاون المبني على تبادل المصالح.

و يقوم عقد ال BOT على أساس الاستفادة من التكامل بين الدولة و الخواص و القائم على تمويل إقامة مشروعات المرافق العامة و خاصة ما تعلق منها بمرافق البنية التحتية ، و التي تعتبر الهيكل الأساسي الذي تتبني عليه كل عملية تنموية.

و لما كانت الجزائر جزءا من هذا العالم المتغير كان لابد لها أن تتأثر بالتقلبات الاقتصادية و السياسية التي يعرفها هذا العالم ، و كذلك بالأفكار و الأساليب الحديثة في تسيير مرافق الدولة و منشأتها القاعدية، و عليه فإن لجوء الجزائر إلى هذا الأسلوب التعاقدى ليس بالأمر الغريب في ظل سعيها الحثيث إلى بناء شبكة صلبة لمرافق البنية التحتية ، و من هنا جاءت فكرة البحث في هذا الموضوع باعتباره موضوعا لصيقا بالواقع التنموي من جهة إضافة إلى انتشار و توسع اللجوء إلى هذه الأساليب المبنية على التعاون و التشارك المفيد بين القطاع العام و القطاع الخاص ، و هو ما يعطي أهمية خاصة لهذا الموضوع- النظام القانوني لعقد ال BOT و تطبيقاته في الجزائر- لأن هذه العقود أو ما يطلق عليها بعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية تقدم حلول فعالة في هيكله المرافق العامة سواء من الناحية الاقتصادية أو من ناحية التسيير ، كما تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع كذلك من خلال قلة الأبحاث و الدراسات القانونية في ما يخص تطبيق هذه العقود في القانون الجزائري.

و عليه فإننا سننطلق في هذا البحث على أساس الإشكالية الرئيسية التالية : ما هو المقصود بالتعاقد وفق أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية ؟ و ما هو الإطار القانوني و العملي لتطبيق هذا الأسلوب التعاقدى في الحالة الجزائرية؟

و الإجابة على هذه الإشكالية ، تتطلب اتباع منهج قانوني يجمع بين الوصف و التحليل للنصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود ، دون إهمال المنهج المقارن في بعض الأحيان بإلقاء الضوء على بعض جوانب تطبيق هذا النوع من العقود في القانون المقارن. إضافة إلى الدراسة التطبيقية لمختلف الاتفاقيات الواردة بشأن هذا الأسلوب التعاقدى في الواقع الجزائري.

و عليه ستتم دراسة هذا الموضوع في جانبه النظري و التطبيقي بإلقاء الضوء حول تحديد مفهوم هذه العقود باعتبارها ترجمة لمشاركة القطاع الخاص في تمويل إقامة مشاريع البنية التحتية ، و ذلك من خلال التطرق لمفهومها و خصائصها و صورها و طبيعتها القانونية من حيث تكييفها و أساسها القانوني في الجزائر، (الفصل الأول)، ثم بعد ذلك ستتم دراسة هذه العقود في جانب الإطار القانوني الذي ينظم المسار التعاقدى الذي يهيكلها و الآثار التي يترتبها التعاقد وفق هذا الأسلوب على أطراف، و كفيات انقضاء الالتزامات الناشئة عنه و طرق تسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بشأن تنفيذه (الفصل الثاني).

الفصل الأول

عقد ال BOT إطار لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العامة

الفصل الأول : عقد ال BOT إطار لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ المرافق العامة

إن دراسة النظام القانوني للتعاقد وفق أسلوب ال BOT يستلزم كأولوية التطرق إلى تحديد مفهوم هذه العقود، باعتبارها وسيلة بدأ اللجوء إليها يعرف انتشارا واسعا على المستوى الدولي، ذلك أن هذا الأسلوب التعاقدية يقدم حولا تنموية فعالة خاصة للدول النامية، من حيث كونه وسيلة لتغطية الأعباء الثقيلة الناتجة عن إقامة مشاريع البنية التحتية من جهة، وباعتباره كذلك وسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة و تأهيل اليد العاملة الوطنية على استعمال الطرق الحديثة في إقامة المشاريع و تسييرها.

و لذلك كله كان لابد من التطرق لتعريف هذا العقد و الخصائص التي تميزه عن غيره من الصيغ التعاقدية التي يمكن أن تتداخل مع مفهومه والصور التي يأخذها تطبيقه في الواقع العملي (المبحث الأول)، وكذلك الاطلاع على الإطار القانوني لهذا العقد سواء تعلق الأمر بتكييفه أو الموقع الذي يحتله تطبيق هذا الأسلوب التعاقدية في القانون الجزائري باعتباره بيئة البحث و أهم تطبيقاته العملية في هذا القانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تحديد معنى التعاقد وفق أسلوب ال BOT

يعتبر التعاقد وفق هذا الأسلوب من بين المظاهر الأساسية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص " Partenariat Public Privé PPP"، خاصة في مجال تمويل إقامة المرافق العامة الحيوية والتي تتصل أساسا بالبنية الأساسية، هذه الأخيرة تعد العمود الفقري لأي عملية تنموية وهو ما يضيف على هذه العقود أهمية خاصة في مجال البحث عن حلول اقتصادية ناجعة من الناحية الاقتصادية و المالية و الاجتماعية، فكان لابد أولا من الإحاطة بمفهوم هذه الصيغة التعاقدية كأساس لتبني عليه دراسة مختلف جوانبها القانونية.

و الحقيقة أن مفهومها يتضح أساسا بتحديد تعريفها و مشتقاتها و جذورها التاريخية إضافة إلى الخصائص التي تتميز بها، و أطرافها و ذلك دون إغفال مختلف الصور التي تشتق منها و لا يكتمل تحديد مفهوم هذه العقود إلا بالتطرق للتمييز بينها و بين ما يمكن أن يلتبس بها من عقود أخرى.

المطلب الأول : مفهوم عقد ال BOT

يرتكز تحديد مفهوم عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية على تحديد معنى تسميته و ما يثيره ذلك من إشكاليات قانونية، و أصل إطلاق هذه التسمية على هذا العقد و كذلك الجذور التاريخية التي أسهمت

في ظهوره بمظهر النظام التعاقدى المستحدث و الذي يتميز عن غيره من الأنظمة التي كانت سائدة عبر الحقب التاريخية المختلفة.

إن تعريف هذه العقود كان دائما محلا للاجتهادات الفقهية و التي كانت تهدف إلى إيجاد تعريف واضح و شامل لمفهومها و مميزا لها عن غيرها من المفاهيم ، و رغم أن فقهاء القانون و خاصة الإداري منه، قدموا العديد من التعريفات الفقهية لهذه العقود ، إلا أن المجهود لم يقتصر فقط على المشتغلين بالحقل القانوني من الأساتذة و الفقهاء و رجال القانون ، بل امتد الاهتمام بهذه العقود إلى المنظمات الدولية و التي و كما سيتضح لاحقا لعبت دورا بارزا في إثراء نظامها القانوني.

الفرع الأول: معنى تسمية BOT

إن حروف BOT عبارة عن اختصار لكلمات انجليزية ثلاث هي : Build , Operate , Transfer و التي تترجم إلى اللغة العربية على النحو التالي : البناء ، التشغيل و نقل الملكية¹ و تختصر ترجمتها في اللغة الفرنسية في مصطلح CET وهي اختصار لثلاث كلمات فرنسية هي : Construire, Exploiter et Transférer.²

فحرف "B" يقصد به Build أي بناء و تشييد المشروع و ذلك بغرض إقامته. أما حرف ال "O" فهو الأول من كلمة Operate بمعنى يشغل أو يدير و المقصود من ذلك تشغيل المشروع الذي يتم إنشاؤه.

أما حرف ال "T" فهو الحرف الأول من كلمة Transfer و الذي يقصد به التحويل و الانتقال و الغرض منه نقل ملكية المشروع ممن قام بإنشائه إلى الدولة أو من يمثلها من أشخاص القانون العام كطرف ثان في العقد.³

هناك من الفقهاء⁴ كذلك من يضيف حرفا آخر للتسمية السابقة لتصبح على النحو التالي BOOT و حرف ال O في هذه الحالة إنما هو الحرف الأول من كلمة Own و التي تعني التملك فيصبح مصطلح

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دارالكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2008، ص 9.

² د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص 82.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 10.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة دراسة تحليلية للتنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة بأسلوب البناء و التملك و التشغيل و نقل الملكية للدولة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص 18.

ال BOOT دالا على البناء و التشغيل و التملك و نقل الملكية، و في كثير من الأحيان يستعمل المصطلحان للدلالة على نفس المفهوم أو للزيادة في الإيضاح.

و قد وقع جدال بين فقهاء القانون فيما يتعلق بالترجمة الأكثر دقة لمصطلحات Build, Operate and Transfer فهناك من يرى أنها تترجم إلى الآتي : البناء، التشغيل و نقل الملكية و هناك من يرى أن الترجمة الأخيرة غير دقيقة لأنها لا تعبر عن المضمون الحقيقي لمفهوم هذه العقود .

و يرى هذا الجانب من الفقه¹ أن الترجمة الدقيقة لهذه المصطلحات يجب أن تكون كالآتي: التشييد و الاستغلال و التسليم و ذلك أخذا بالحجج الآتية:

- أن كلمة التشييد أكثر دقة و دلالة على الواقع من كلمة البناء لأن دور شركة المشروع في هذه المرحلة لا يقتصر فقط على عملية البناء بل يتعداه إلى عملية دراسة الجدوى الاقتصادية و المالية و التسويقية و البيئية و الفنية ، فضلا عن تخطيط موقع المشروع و تجهيزه و القيام بالتصميمات الفنية و الهندسية الضرورية و هو ما يشتمل عليه معنى التشييد. فالتشييد هو مجموعة من العمليات المتكاملة التي تهدف إلى التجسيد الواقعي للمشروع و عملية البناء ليست إلا جزءا من تلك العمليات.

- إن كلمة الاستغلال أدق من كلمة التشغيل لأن استعمال مصطلح التشغيل حتى و إن كان ينطوي على جزء من الحقيقة على اعتبار أن الشركة المنفذة للمشروع تقوم فعلا بتشغيل المشروع ، غير أن ذلك يغفل حقيقة كون شركة المشروع تحصل في إطار تشغيلها للمشروع على ما يدره هذا الأخير 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.

إن مصطلح الاستغلال حسب رأي هذا الجانب من الفقه، يجمل كافة عناصر المرحلة الثانية لهذه عقود، من تشغيل و استفاضة من مداخل المرفق موضوع العقد.

- كذلك الأمر بالنسبة إلى مصطلح نقل الملكية ، فهو في واقع الأمر يفتقر إلى الدقة لأنه يفترض أن شركة المشروع تمتلك المرفق العام و هو ما لا يتفق مع الواقع، حيث أن شركة المشروع يحق لها فقط

¹ د. محمد الروبي، عقود التشييد و الاستغلال و التسليم BOT: دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 17 وما بعدها.

الانتفاع بالمشروع و الذي يخولها حق استعمال المرفق العام و استغلاله و الحصول على مقابل ذلك، فهي لا تمتلكه أصلاً، و الملكية منعقدة للجهة الإدارية المتعاقدة من البداية و عليه فلا يمكن لشركة المشروع ان تنقل ملكية ما لا تملك، لذلك كان من الأدق استعمال مصطلح التسليم للتعبير عن المرحلة الأخيرة لهذه العقود .

إن مصطلح نقل الملكية في عقد ال BOT لا يدل في حقيقة الأمر على ملكية شركة المشروع للمرفق و لعل ما يؤيد هذه الفكرة هو شيوع ارتباط المشاريع المنفذة وفق هذا أسلوب بالبنية التحتية، فغالبا ما تكون هذه المشاريع ذات صلة بمرافق حيوية و استراتيجية، و على قدر من الحساسية كالموانئ و المطارات و الطرق السريعة و المحطات النووية و محطات تحلية مياه البحر و غيرها، بحيث يصبح انتقال ملكيتها إلى الخواص وخاصة الأجانب مصدر تهديد لأمن الدولة و سيادتها و هو ما لا ينسجم مع ما تم التعبير عليه في نص الدستور الجزائري¹، و عليه لا يتصور أن تؤول الملكية في المشاريع المنفذة وفق هذه الصيغة التعاقدية إلى غير الدولة كسلطة عامة ذات سيادة، و إنما يتم فقط اللجوء إلى القطاع الخاص بأسلوب استثنائي للاستفادة من الخبرات و نقل التكنولوجيا و تمويل هذه المشاريع.²

و لكن و رغم وجاهة الحجج التي اعتمد عليها هذا الجانب الفقهي في توصيف هذا النوع من العقود، إلا أن الاطلاع على الأبحاث و الموضوعات المتعلقة بعقد ال BOT يخلص إلى كون التسمية الشائعة هي "البناء و التشغيل و نقل الملكية" و التي و إن كانت لا تتمتع بالدقة المطلقة غير أنها لا تبتعد في جوهرها عن ما تم تبنيه من قبل أنصار الجانب الفقهي السابق.³

و عليه فإن المصطلحات التي سيتم استخدامها في هذا البحث ستكون متوافقة مع رأي الغالبية من الفقه أي "البناء و التشغيل و نقل الملكية".

¹ نصت المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ج.ج. رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ب: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 رقم 25 ج.ج.ج. المؤرخة في 14 أبريل 2002 و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 رقم 63 ج.ج.ج. المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، على أنه: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية. وتشمل باطن الأرض، و المناجم، و المقالع، و الموارد الطبيعية للطاقة، و الثروات المعدنية الطبيعية و الحية، في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، و المياه، و الغابات. كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، و النقل البحري و الجوي، و البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، و أملاكاً أخرى محددة في القانون."

² د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت BOT في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2008، ص 44.

³ يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية دراسة مقارنة مفاهيم في التشاركية بين القطاعين العام و الخاص نماذج عقدية تطبيقية في تقنية تفويض المرافق العامة BOT، دار الفكر، دمشق، 2010، ص 212.

و كما سبقت الإشارة إليه فإن جانبا من الفقه يستعمل مصطلح ال BOT و ال BOOT في معرض الدلالة على نفس المفهوم ، و هو ما يثير في الواقع إشكالات قانونية تتعلق بحق الملكية على المشروع، و التي تنحصر وفق هذا المذهب في العناصر التي أوجدتها شركة المشروع كالألات و الأجهزة و المعدات المستعملة في تنفيذ المشروع، أما الاستغلال فلا يتم على أساس أن شركة المشروع مالكة للمشروع بل يتم على أساس أن لها حق انتفاع به يخوله لها الحق في الحيازة التي ترتب استغلاله و ليس تملكه ، و على هذا الأساس فإن ال BOOT و ال BOT يعبران عن الأمر ذاته، و أن عبارة نقل الملكية غير دقيقة على اعتبار أن صاحب الملكية الحقيقي هو الدولة ، و ما ينتقل إلى شركة المشروع أثناء مرحلة الإنشاء و التشغيل هو الحيازة و التي ترجع بدورها إلى الدولة عند نهاية المدة التعاقدية المتفق عليها.¹

الفرع الثاني: الجذور التاريخية لعقد البناء والتشغيل و نقل الملكية

يشير البعض إلى أن الجذور التاريخية لهذا الشكل من العقود ترجع إلى نظام الامتياز الذي انتشر في القرن 19 و مطلع القرن 20 ، إلا أن البعض الآخر يذهب إلى أنه يختلف اختلافا جوهريا عن نظام الامتياز القديم و أنه أحدث كثيرا من هذا النظام.²

وفي واقع الحال فإن أصل تسمية هذا النوع من العقود بهذا الاسم أي عقد ال BOT ترجع إلى بداية الثمانينات و ذلك من خلال البرنامج الانتخابي لرئيس الوزراء التركي الراحل "تورجوت اوزال" ، و قد تضمن هذا البرنامج استراتيجية تعتمد على إسناد تنفيذ المشروعات المتعلقة بالبنية التحتية إلى القطاع الخاص وفق مقارنة تعتمد على إشراك القطاع الخاص في العملية التنموية.³

أما من حيث تطبيق هذا النوع من العقود فالملاحظ أن المملكة المتحدة هي أول الدول التي شرعت في ولوج هذا الباب و ذلك تحديدا أثناء حكم حزب المحافظين بزعامة السيدة "مارغريت تاتشر" و قد تم اللجوء إلى هذه العقود آنذاك تماشيا مع ما كان يطلق عليه "مبادرة التمويل الخاص للمشروعات" ، و التي

¹ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 19.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 92.

³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 10.

تجسدت عن طريق بيع الشركات الحكومية في إطار الخوصصة، أو تنازل الحكومة عن حصصها في الشركات ذات المردودية الضعيفة، و ذلك من أجل التخفيف من الأعباء المالية الناتجة عن بقاء تلك المؤسسات تحت و صاية الدولة.¹

إن تجربة المملكة المتحدة فيما يخص تطبيق عقد ال BOT تترجم المقاربة الاقتصادية التي جاء بها المحافظون حول طريقة تنظيم الاقتصاد، لقد فتحت هذه المقاربة المجال أمام متعاملي القطاع الخاص لولوج عمليات تمويل و إنشاء مشروعات المرافق العامة و خاصة ما تعلق منها بمشروعات البنية التحتية و التي عادة ما تكون ذات تكاليف عالية و مرهقة لخزينة الدولة.²

أما من الناحية القانونية فقد عرفت تركيا أول تشريع منظم للتعاقد وفق هذه الصيغة، و ذلك في عهد رئيس الوزراء تورجوت اوزال.³

و قد شهد العقدان الأخيران توجها كبيرا لحكومات الدول من أجل الاستعانة بمصادر خارجية لإقامة و تمويل المشاريع المتعلقة بمنشآتها، عن طريق تولي القطاع الخاص هذه المهمة، بواسطة أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية BOT أو أسلوب البناء و التشغيل و التملك و نقل الملكية BOOT ، حيث تقوم الشركات الخاصة بتمويل و تصميم و بناء و تشغيل المنشأة موضوع العقد لمدة محددة ، و تبرم هذه العقود بصفة عامة بمناسبة إقامة مشروعات تتطلب تكاليف عالية مثل الطرق السريعة و الأنفاق و الموانئ و المطارات و غيرها من المرافق، و في نهاية المدة ينتقل المشروع للجهة الإدارية المتعاقدة، و

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 213.

² د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 30.

³ د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، بيروت، 2009، ص 472.

- تجدر الإشارة إلى أن أول قانون صدر في تركيا فيما يتعلق بالشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص ، كان القانون رقم 3096 ، المتعلق بتوليد و تحويل و توزيع و بيع الطاقة الكهربائية ، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية التركية بتاريخ 19 ديسمبر 1984، رقم 18610.

كما صدر قانون ال BOT تحت رقم 3996 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية التركية بتاريخ 13 جوان 1994، رقم 21959. ولمزيد من التفاصيل راجع:

KORDEL (O), « A Comparative Overview Of Public Private Partnerships With Those In Turkey », Bener Law Office, Istanbul, Turkey, Juin 2008, p. 2.

<http://www.bener.av.tr/docs/en/A%20Comparative%20Overview%20Of%20Public%20Private%20Partnerships%20With%20Those%20In%20Turkey.pdf>

تتمثل جاذبية أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية أساسا في إمكانية انتقال تكاليف الاستثمار إلى القطاع الخاص، و بالتالي التحكم في النفقات العمومية للدولة صاحبة المشروع.¹

و من أبرز ما تم تنفيذه من مشروعات وفق هذا النظام، مشروع قناة المانش بين فرنسا و بريطانيا و الذي تم توقيع العقد المتعلق به بين حكومتي الدولتين و شركة أورو تونال² EuroTunnel ، أما في الجزائر فقد تم اللجوء إلى هذا النوع من التعاقدات بصدد إنشاء محطات تحلية مياه البحر بالدرجة الأولى.

الفرع الثالث: محاولات تعريف هذه الصيغة التعاقدية

لقد تعددت محاولات تعريف عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، حيث حاول الكثير من الفقهاء و المشتغلين بالأبحاث القانونية صياغة تعريفات عديدة لهذا النوع من التعاقدات، و اختلفت تلك التعريفات بحسب و جهة النظر التي استند إليها هؤلاء الفقهاء و الباحثون القانونيون، و لم تكن المحاولات الهادفة إلى تعريف هذا النوع من العقود حكرا على فقهاء القانون فقط بل حاولت كذلك بعض المنظمات الدولية المتخصصة في المجالات الصناعية و التجارية و ضع تعريفات لهذه العقود من أجل تحديد أدق لمفهومها.

أولا: تعريف المنظمات الدولية لنظام إقامة مشروعات البنية التحتية وفق عقد ال BOT

لعل من أبرز التعاريف المتعلقة بعقد ال BOT و التي صدرت عن المنظمات الدولية ، التعريف الذي صدر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري " United Nations UNCITRAL Commission on International Trade law أو ما يعرف في اللغة الفرنسية بالـ CNUDCI Commission des Nations Unies pour le droit commercial international " و ذلك عام 1996 حيث عرّفت هذا الأسلوب بكونه: " شكلا من أشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه حكومة ما، مجموعة من المستثمرين امتيازاً لصياغة مشروع بعينه و تشغيله و إدارته و استغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل و استغلاله تجارياً، أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن العقد، وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع

¹ AURIOL (E), PICARD (P), « A Theory of BOT Concession Contracts », Centre for Economic Policy Research (CEPR) , London, Avril 2011 , p. 2.

<http://idei.fr/doc/wp/2011/theoryea.pdf>

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 94.

إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون تم الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع.¹

إن هذا التعريف تعرض للنقد من حيث كونه عرف هذا العقد بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات و هذا التعريف اقتصادي أكثر منه قانوني، ورغم أن الدافع التمويلي يشكل حافزا للجوء إلى هذه الصيغة التعاقدية إلا أنه لا يشكل الحافز الوحيد لهذا ، حيث أن هناك دافع آخر لا يقل أهمية عنه و هو السعي لجلب التكنولوجيا و التي تكون في أغلب الأحوال محتكرة من قبل الشركات المتعددة الجنسيات.²

و في هذا السياق، حاولت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية United Nations UNIDO Industrial Development Organization، أو ما تعرف باللغة الفرنسية بـ "ONUDI" - Organisation des Nation Unies pour le Développement industriel-، هي الأخرى، إعطاء تعريف لهذا العقد ، حيث عرفته بكونه " اتفاقا تعاقديا تتولى بموجبه شركة المشروع إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة ، بما في ذلك عملية التصميم و التمويل و القيام بأعمال التشغيل و الصيانة لهذا المرفق و تتولى شركة المشروع إدارة تشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من المرفق ، و أية رسوم أخرى شرط ألا تتجاوز ما هو مقدم في العطاء و ما هو منصوص عليه في دفتر شروط العقد المبرم و ذلك لتمكين شركة المشروع من استرجاع الأموال التي استثمرتها و مصاريف التشغيل و الصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب للإستثمار ، و في نهاية المدة تقوم هذه الشركة بإعادة المشروع إلى الإدارة وفقا للأساليب القانونية النافذة وفي كيفية طرح العطاءات".³

إن هذا التعريف وإن بدا أكثر شمولا من التعريف السابق، بقيامه بالتفصيل في مختلف المراحل التي يمر بها التعاقد وفق هذا الأسلوب، فلم يقصر المرحلة الأولى على الإنشاء فقط بل زاد عليه عملية التصميم و التمويل حيث أصبحت كلتا العمليتين مندمجتين في مفهوم الإنشاء، و لم يقصر كذلك دور شركة المشروع في تشغيل المرفق محل العقد فقط بل جعل هذا الدور يمتد كذلك إلى الصيانة و هو بذلك

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 12.

² د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود ال BOT وما يماثلها: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 21.

³ د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة و التزاماتها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 32- 33.

كان أكثر إحاطة في التدليل على مفهوم عقد ال BOT. غير أن ما هو ملاحظ أن هذا التعريف لا ينفذ إلى جوهر نظام ال BOT من الناحية القانونية، و هو أمر بيدهي حيث لا يدخل في اهتمام هذه المؤسسة المتخصصة وضع تعريف قانوني محدد لهذا النوع من العقود.¹

إضافة للتعريفات السالفة الذكر فقد ورد في تقرير التنمية الدولية الصادر عن البنك الدولي تحت عنوان " البنية الأساسية من أجل التنمية " سنة 1994، تعريف لعقد ال BOT كالآتي : " البناء – التشغيل – نقل الملكية، هو شكل من أشكال الامتيازات يقصد به عادة المشروعات الجديدة كلياً، و هو – أي عقد ال BOT- أن يقوم طرف خاص أو اتحاد شركات (كونسورتيوم) بتمويل و بناء و تشغيل و صيانة مرفق ما لفترة محدودة و بعد ذلك ينقل المرفق إلى الدولة أو إلى هيئة عامة أخرى و في بعض صور عقد ال BOT لا يتم تحويل المرفق إلى الدولة".²

الملاحظ في هذا التعريف هو التركيز على الصلة التي تربط عقد ال BOT بعقود الامتياز ، فالتعريف السابق يعتبره شكلاً من أشكال الامتياز و هو مع ما يتماشى مع التوجه الذي يعتبره شكلاً متطوراً من عقود الامتياز التقليدية .

ثانياً: تعريف الفقه لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية

لقد تناول الفقه هذه العقود بالعديد من المحاولات ، لصياغة تعريف جامع و شامل لها ، و تميزت هذه المحاولات بالتنوع تبعاً لوجهة النظر التي ينظر منها كل فريق من الفقهاء إلى هذا النظام التعاقدى، ويمكن تلخيص أبرز المحاولات الفقهية لتعريفها فيما يلي :

أن مشروعات ال BOT هي تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها قائمة، و يقوم القطاع الخاص بتصميم و بناء و إدارة المشروع خلال فترة محددة ، يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد التزام يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الالتزام على أن يقوم برد ذلك المشروع عند انتهاء تلك المدة في حالة جيدة بدون مقابل.³

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 218.
² محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال BOT، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009، ص 51.
³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 15.

ويذهب تعريف آخر إلى كون هذا الأسلوب يمثل علاقة عقدية تبرم بين الإدارة و جهة من جهات القطاع الخاص، تسمى شركة المشروع، يكون محلها تشييد مشروع بنية تحتية أو مرفق عام ، و إدارته لفترة محددة ، و ذلك على حساب راعي المشروع، و نفقته ، و دون أن تتكبد الحكومة أي نفقات ، مقابل الحصول على عائدات هذا المشروع طوال مدة العقد ، و يتعلق طول مدة العقد بالتكاليف الكلية لإنشاء المشروع و تشغيله من جهة، و إيراداته من جهة أخرى ، حسب ما تبديه دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروع ، فهو يتناسب طرذا مع الأولى و عكسا مع الثانية ، علما بأن الإدارة تسعى دوما إلى تقصير مدة العقد ما أمكن في حين أن شركة المشروع تعمل في الغالب على الحصول على أطول مدة عقد ممكنة ، بما يمكنها من استعادة التكاليف التي أنفقتها من رأسمالها الخاص، على أن يقوم راعي المشروع في نهاية المدة بتسليم المشروع للحكومة بحال جيدة وصالحة للتسيير دون مقابل.¹

و هناك تعريف يرى بأن مشروعات البناء و التشغيل و نقل الملكية هي تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات، وطنية كانت أو أجنبية ، و سواء كانت من شركات القطاع العام أو الخاص ، و تسمى شركة المشروع لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة.²

و يعرف هذا العقد كذلك بكونه "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 و تحمله أعباء شراء ، و تزويد المشروع بالآلات و المعدات و التكنولوجية المتقدمة و تحمل جميع نفقات تشغيل المشروع السنوية ، و ذلك في مقابل حصول المستثمر على إيراد تشغيل المشروع خلال فترة تحددها له الحكومة و التي تعرف بفترة الامتياز و التي تتراوح ما بين 20 إلى 50 عاما و قد تزيد في بعض الأنشطة وفقا لتقديرات و اعتبارات المصلحة القومية، و بعد انتهاء الفترة المحددة في العقد يتم تحويل المشروع أو المرفق إلى الحكومة التي يحق لها التصرف في مصيره وفقا لما تراه من اعتبارات قومية و اقتصادية ، فقد ترى تجديد امتيازه بشروط جديدة تختلف عن تلك الواردة من قبل، و قد ترى منح امتياز تشغيله إلى مستثمر آخر بشروط أفضل ، كما يمكن للدولة بيع المشروع في إطار عملية الخصخصة."³

¹ د. مهند مختار نوح، عقد البناء و التشغيل و التحويل BOT، هيئة الموسوعة العربية، الطبعة الأولى، دمشق، 2007، ص 19.

² د. جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 38.

³ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 55-56.

و حسبما ذكر تعريف آخر فإن هذا النوع من العقود يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات العامة، و بمقتضاه تمنح حكومة ما - لفترة محددة في الزمن - أحد الاتحادات المالية الخاصة، و يطلق عليها-شركة المشروع-امتياز دراسة و تطوير و تنفيذ مشروع معين تقترحه الحكومة أو شركة المشروع.¹

و قد عرفت كذلك هذه الصيغة التعاقدية بأنها: "تعهد الحكومة أو إحدى الجهات الإدارية إلى شركة ما-وطنية أو أجنبية أو مشتركة و سواء كانت من القطاع العام أو الخاص -لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة للجمهور، و ذلك على حساب الشركة ثم تتولى هذه الشركة إدارته و تؤدي الخدمة لجمهور المنتفعين مدة معينة تحت إشراف الجهة الإدارية و رقابتها، ثم تنقل الشركة ملكية المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في حالة جيدة قابلة للاستمرار في نهاية المدة"².

و هناك من الفقهاء من يطلق على عقد ال BOT تسمية "مشروعات البنية التحتية المحولة " و يعرفها بكونها ذلك النوع من الاستثمار الذي يتولى فيه القطاع الخاص إقامة Build و تشغيل Operate مشروع بنية تحتية ، و كان من المعتاد أن يقوم ببنائه و إدارته القطاع العام أو الحكومة، على أن يتم تحويله Transfer مرة أخرى إلى الحكومة بعد فترة ثانية يتم فيها استرداد رأس المال المستثمر و تحقيق عائد مقبول.³

و تم تعريف عقد ال BOT كذلك على أنه: "تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية و تمويله على نفقته الخاصة ، و تملك و استئجار أصول هذا المرفق و تشغيله بنفسه أو عن طريق الغير، و يكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصا له طوال مدة الترخيص بالشروط و الأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص و قرار منحه.⁴

و كذلك تم تعريفه بأنه ذلك العقد الذي تبرمه الحكومة أو إحدى الجهات التابعة لها، و يسمى بالمتعاقدين ، مع إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية تسمى شركة المشروع، لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن على أن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلى الدولة أو المتعاقد.⁵

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 15.

² د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 16.

³ د. عبد القادر محمد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية و الاقتصادية مع مشروعات ال BOT، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 648.

⁴ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 215.

⁵ د. وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 22.

و قد عرف هذا العقد أيضا بكونه " امتيازاً تمنحه الدولة أو إحدى هيئاتها لمستثمر فرد أو شركة وطنية أو أجنبية يتم بمقتضاه تدبير التمويل اللازم لإنشاء أو تطوير وإدارة وتقديم خدمات أحد مرافق البنية الأساسية للمنتفعين مقابل الحصول على عوائد لمدة محددة تنتهي بتسليمه لها في حالة صالحة لاستمراره أو اجديد العقد مرة أخرى." ¹

من خلال ما سبق يتضح أن الفقه القانوني قد اجتهد في وضع تعريف لهذه العقود، غير أن هذا الاجتهاد في واقع الأمر لم يسلم من النقد، فهناك من التعريفات من ركز على محل العقد دون الإشارة إلى العملية التعاقدية في حد ذاتها، وهناك من الفقهاء من ينفي الصفة العقدية عن الأسلوب مضافاً عليه صفة التنظيم و دليله في ذلك أن تنفيذ أسلوب ال BOT إنما يستند إلى حزمة من الاتفاقيات و التعاقدات الفرعية، غير أنه أغفل أن هذه العقود و الاتفاقيات إنما تستند في وجودها إلى عقد رئيسي يربط ما بين شركة المشروع و الجهة المانحة، و يكون هذا العقد سبباً لتولد تلك الاتفاقيات و التعاقدات الفرعية. ² إضافة لما تم ذكره فإن بعض الآراء الفقهية قد قصرت التزامات شركة المشروع على عملية الإنشاء فقط دون أن يمتد دورها إلى الصيانة و التجديد و التحديث و هو ما يتنافى مع حقيقة هذه العقود.

كما أن بعض التعريفات جاءت لتركز على الجانب الاقتصادي في عقد ال BOT باعتباره وسيلة للتمويل و قد أغفلت الجوانب القانونية لهذا النوع من العقود باعتباره عملية تعاقدية تتم لغرض معين. ³ و بالرغم من بعض الاختلافات التي ميزت التعريفات السالفة الذكر، إلا أنها قد اتفقت على إبراز المراحل التي يشتمل عليها عقد ال BOT، ففي المرحلة الأولى تقوم شركة المشروع بإنشاء المشروع و يستتبع ذلك القيام بتدبير التمويل اللازم، إضافة إلى التجهيزات و اللآلات الضرورية التي تتطلبها عملية الإنشاء، أما المرحلة الثانية فتقتضي تشغيل المشروع من طرف الشركة أو مجموعة الشركات الراعية و ذلك بهدف تحقيق عائد مالي يغطي تكاليف إنجاز المشروع، و يدر على الطرف المستثمر عوائد في شكل رسوم يتقاضاها من جمهور المنتفعين و في نهاية المدة المتفق عليها تنتقل حيازة المرفق إلى الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المتعاقدة في صورة جيدة و قابلة للاستمرار.

يرى بعض الفقه ⁴ كذلك أن عقد ال BOT يمكن أن يبرم بين طرفين من القطاع الخاص كأن تقوم شركة بالتعاقد مع شركة أخرى للقيام بإنشاء منشأة معينة كمصنع مثلاً لفائدتها، و تقوم

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 58.

² د. جابر جاد نصار، مرجع سابق ص 50.

³ د. وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق ص 21.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 15.

الشركة المنفذة للمشروع بتشغيله لفترة زمنية متفق عليها مقابل رسوم تتحصل عليها سواء من المنتفعين أو من الشركة صاحبة المشروع، قصد استرداد تكاليف إنشاء المشروع و الحصول على مردود اقتصادي مناسب بحسب ما يتفق عليه الأطراف، و يكون عقد ال BOT في هذه الحالة مبرما وفق قواعد القانون الخاص، غير أن الواقع العملي المتعلق بتطبيقات عقد ال BOT يشير إلى أن هذا النوع من العقود مرتبط أساسا بإنشاء المرافق العامة المتصلة بالبنية التحتية، و إنما كان تطبيق هذا النوع من العقود بين أشخاص القانون الخاص قائما للاستفادة من الايجابيات التي ينطوي عليها هذا الأسلوب من التعاقدات، و عليه فإن البحث سيكون منصرفا إلى عقد ال BOT المتعلقة بالبنية التحتية باعتبارها الهدف الرئيسي الذي من أجله تم ابتكار هذا الأسلوب من التعاقد.

و كمحاولة لتعريف عقد ال BOT ارتأينا أن نعرفه كالآتي: عقد ال BOT هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع شركة أو مجموعة شركات- وطنية كانت أو أجنبية أو مختلطة- بهدف تنفيذ مشروع غالبا ما يتعلق بالبنية التحتية *les projets d'infrastructure*، وتلتزم بمقتضاه شركة المشروع بتصميم المشروع و إنشائه و صيانتته وتجديده أو تحديثه و تمويله، ثم تقوم بعد ذلك باستغلاله من خلال تشغيله، و الحصول على عائد مالي لتغطية تكاليف إنجاز المشروع فضلا عن تحقيق فائض مالي، في شكل أرباح، تتقاضاها شركة المشروع كرسوم تحصلها سواء بصفة مباشرة من جمهور المنتفعين أو غير مباشرة عن طريق بيع الخدمة سواء للجهة الإدارية المانحة أو لطرف آخر، وفي نهاية مدة العقد المتفق عليها، تعيد المرفق العام إلى الجهة الإدارية صاحبة المشروع في حالة جيدة وصالحة للاستمرار.

المطلب الثاني: خصائص عقد ال BOT

يتميز عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، ولعل التطرق إلى هذه الخصائص يزيد من إيضاح و حصر مفهومه ، و يمكن إجمال هذه الخصائص فيما يلي:

الفرع الأول: يبرم هذا العقد بين الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع طرف خاص

تبرم هذه العقود بين طرفين أولهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية و ثانيهما قد يكون شخصا طبيعيا أو شركة أو مجموعة من شركات وطنية أو أجنبية، و قد ظهرت هذه العقود في الأساس كوسيلة

لتمويل المشروعات العامة، و هي بذلك تعد وسيلة هامة تساعد في انتعاش الاقتصاد و تعزيز التنمية متى انطوت على الشروط و الضمانات التي تحافظ على المصلحة العامة للدولة المضيفة، ولقد عرف القطاع الخاص كذلك التعاقد وفق هذا الأسلوب، إلا أن هذا لن ينال من المستقر عليه في العمل الدولي لهذه العقود باعتبار وجود السلطة العامة كطرف رئيسي في العقد.¹

الفرع الثاني: الهدف من هذه العقود هو إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام

إن الهدف من إقدام الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية على التعاقد وفق أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية، و ذلك لتقديم خدمات ذات نفع عام لجمهور المنتفعين كمرافق الطرق و تحلية مياه البحر و الكهرباء و المطارات و الموانئ و الاتصالات و غيرها.² ونظر للعبء الذي يشكله إنشاء المرافق العامة و خاصة ما تعلق منها بمرافق البنية التحتية كالمطارات و الجسور و الموانئ، وما يترتب من ضغوطات مالية على الميزانية العامة، فإن الكثير من الدول أصبحت تلجأ إلى هذا النوع من التعاقد كصورة من صور مشاركة القطاع الخاص في تشييد و استغلال المرافق العامة³، مع إحاطة هذه المشاركة بمجموعة من الشروط و الضمانات القانونية التي تضمن للدولة مراقبة تنفيذ المشروعات، في جميع مراحلها.⁴

الفرع الثالث: إشراف الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد و الاستغلال

من حق الجهة الإدارية المتعاقدة القيام بمهمة الإشراف و الرقابة على شركة المشروع أثناء قيامها بمهمة بناء و تشييد المرفق محل العقد، و ذلك للتأكد من التزامها بالمواصفات الفنية و الهندسية المتفق عليها في العقد، كما ينشأ الحق للجهة الإدارية المتعاقدة في الإشراف و الرقابة على شركة المشروع طوال مرحلة تشغيل المرفق و ذلك للتأكد من قيام شركة المشروع ببيع خدمات المرفق للجمهور بالأسعار و الجودة المتفق عليهما و ذلك في الحالة التي تتولى خلالها شركة المشروع تقديم الخدمة مباشرة لجمهور المنتفعين، ذلك أن الشركة المنفذة للمشروع في هذه الحالة تتوب عن الجهة الإدارية في تقديم خدمة المرفق العام للجمهور، و بالتالي فإن هذا الحق ينشأ للجهة الإدارية المتعاقدة، من أجل حماية مصالح المواطنين من جهة، و الحفاظ على مصلحة الدولة من جهة ثانية.⁵

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 21.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 21-22.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 208.

⁴ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 30.

⁵ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 22-23.

الفرع الرابع: ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق طوال مدة العقد

ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق العام طوال مدة العقد تثبت في عقد ال BOT و أغلب صورته و مشتقاته¹، حيث تتخلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في هذا النوع من العقود، عن إدارة و استثمار المشروع فقط، على اعتبار أن ذلك يعد من صلاحيات و حقوق شركة المشروع، غير أن ذلك لا يمنع من كون المرفق العام المنجز وفق هذه العقود يتصف بالعمومية، وهو ما يخول للإدارة طيلة مدة الامتياز الاحتفاظ بحقي الملكية و التنظيم فضلا عن حق الرقابة على التنفيذ و الاستغلال تطبيقا لمبادئ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد و مساواة المنتفعين من خدماته².

الفرع الخامس: عقد ال BOT هو آلية لتمويل إنشاء المرافق العامة

يتولى المستثمر، ممثلا في شركة المشروع ، بموجب الاتفاق المبرم و وفقا لهذه العقود ، تمويل إنشاء و تشغيل المشروع محل العقد سواء كان هذا المشروع من مشاريع البنية التحتية أو المرافق العامة³. و يمثل تمويل المشروع حجر الأساس الذي يقوم عليه هذا النظام التعاقدى، و يستند هذا النوع من التمويل على ثبوت الجدارة الائتمانية لشركة المشروع، أي قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية تجاه المقرضين، وكذلك قدرتها على استقطاب التمويل حتى قبل بدء البناء، أو جني أي إيرادات، و يكون الاقتراض على أساس ذلك الائتمان⁴.

و تكون مشاركة المستثمر في تمويل المشروع بصفة كلية أي أنه يتحمل على عاتقه مسؤولية توفير التمويل اللازم لإنشاء و تشغيل المشروع بصفة كلية و أحادية، و قد تكون مشاركة المستثمر في التمويل جزئية و بنسب محددة في شركة المشروع⁵ و التي يمكن أن يمثل إحداها كما أن مصادر التمويل قد تكون بنوكا أو مؤسسات مالية أجنبية كما يمكن أن تكون بنوكا أو مؤسسات مالية وطنية أي تابعة للدولة المضيفة⁶.

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق ، ص 23.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 219.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 218.

⁴ د.مي محمد غزت على شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص 23.

⁵ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 70.

⁶ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 108.

الفرع السادس: يتم تنفيذ عقد ال BOT في شكل امتياز يمنح لمدة محددة تسمى مدة الامتياز

عادة ما تكون هذه المدة طويلة نسبياً، و ذلك تمكينا لشركة المشروع من تغطية نفقات إنشاء المشروع أو المرفق، أو صيانتته أو تجديده، إضافة إلى الحصول على إيرادات مالية و أرباح، كنتيجة لاستغلال المرفق، و يتم ذلك في شكل رسوم تتقاضاها شركة المشروع من المنتفعين من المرفق بدل الخدمات المؤداة لهم ، بما يتيح لها تحقيق هامش معقول من الربح¹، هذا الربح الذي يمكن أن يتحقق عن طريق بيع الخدمة مباشرة إلى الجهة الإدارية المانحة أو إلى وسيط بينها و بين المنتفعين.

الفرع السابع: إعادة المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة

يلتزم المستثمر في نهاية مدة الالتزام بإعادة المشروع إلى الجهة الإدارية المانحة بصورة مجانية و بحالة جاهزة للتشغيل²، و قد يتم إعادة المشروع إلى الجهة الإدارية قبل نهاية مدة الالتزام شرط قيام هذه الأخيرة بدفع تعويضات عادلة لشركة المشروع، كما يمكن أن تجدد الجهة الإدارية الامتياز لمدة جديدة سواء لمصلحة الشركة المنفذة أو لطرف آخر أو بيع المشروع في إطار عملية الخوصصة³.

المطلب الثالث: صور عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية

يعد عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية الصورة الأكثر انتشارا كأسلوب لتنفيذ مشاريع البنية التحتية و المرافق العامة ولكن التطبيق العملي أظهر و جود صور أخرى اشتقت من هذه الصيغة و لكنها تتميز عنها في بعض الجوانب، تبرز أساسا في كم الحقوق و السلطات التي تتمتع بها شركة المشروع خلال فترة الامتياز، و يمكن إجمال أهم الصور التي اشتقت من هذا الأسلوب فيما يلي:

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 218-219.

² يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 218.

³ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 56.

الفرع الأول: عقد البناء و التملك و التشغيل و التحويل Build , Own, Operate and

"BOOT " Transfer

عقد ال BOOT هو ذلك العقد الذي تمنح بموجبه الدولة أو أحد أجهزتها الإدارية مستثمرا ، ترخيصا لإقامة مشروع متعلق بمرافق عامة و تمويله على نفقته الخاصة و تملك أصوله، و تشغيل المرفق و صيانتها و الحصول على مقابل مالي نظير تقديم الخدمة لجمهور المنتفعين و ذلك لسداد أعباء و تكاليف تمويله من جهة، والحصول على فائض ربح معقول من جهة أخرى و في نهاية مدة الامتياز يقوم المستثمر بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة، أو إلى أحد هيئاتها، وفقا للشروط الواردة في اتفاق الترخيص.¹

و في إطار هذا النوع من العقود تمتلك الشركة المتعاقدة المشروع خلال مدة الامتياز. وقد ثار جدل فقهي بين فقهاء القانون حول طبيعة الملكية المنعقدة لشركة المشروع، فمنهم من يرى أن عقود ال BOOT هي في الواقع تمثل نفس عقد ال BOT و لكن أضيفت كلمة تملك زيادة للتوضيح فقط.²

و يرى جانب آخر من الفقه³ أن عقود ال BOOT تختلف عن عقد ال BOT، و سبب هذا الاختلاف يرجع بالأساس إلى مسألة الملكية و التي تعد مسألة جوهرية، لأنه يعني أن شركة المشروع عندما تمتلك المشروع أثناء فترة الترخيص فإن ذلك يعني تنازل الإدارة العامة عن تنظيم المشروع و إدارته معا و هو ما يختلف مع طبيعة عقد ال BOT التي تبقى سلطة التنظيم بيد الجهة الإدارية المانحة⁴ و عليه فإن تمتع هذه الأخيرة بسلطتي التنظيم و الإدارة معا قد يشكل خطورة على سير المرافق التي تكون محل التعاقد، و بالتالي ينتفي الهدف من وراء المرافق العامة و المتمثل في تحقيق المصلحة العامة، لأن شركة المشروع حال تمتعها بهذه السلطات ستسعى لتحقيق مصالحها الاقتصادية و التجارية على حساب الصالح العام.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقود ال BOOT و لكونها تنطوي على نقل إدارة المرفق العام و تنظيمه إلى شركة المشروع فإنها تخرج من إطار عقود التفويض.⁵

¹ د. محمد المتولي، إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء - التشغيل - التحويل BOT، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الجزء الأول، القاهرة، 2001، ص 31.

² د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 18.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 251.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 252.

⁵ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 252.

غير أن جانباً آخر من الفقه يرى أن مفهوم الملكية في عقود ال BOOT لا يمكن إلا أن يتعلق بملكية مشروطة و مرحلية و مؤقتة بمدة الامتياز.¹ و ذلك لكون هذه العقود تتعلق بمرافق حيوية. و من جانب آخر فإن هناك رأياً يرى أن الملكية القائمة لفائدة شركة المشروع إنما تكون على المعدات و الأدوات و المنشآت و الوسائل و غيرها من العناصر التي تحتفظ باستقلالها و خصوصيتها و ذلك أثناء مرحلة التشييد و الإعداد لهذا التشييد، لأن وجود هذه العناصر التي أوجدتها شركة المشروع لا يتداخل مع المرفق العام في هذه المرحلة و لا يمكنها أن تكفي وحدها لإشباع حاجة عامة لدى الجمهور و لذلك فهي تبقى مملوكة بشكل خالص لشركة المشروع، أما عندما يتم إنهاء تشييد المرفق العام فإن العناصر التي أوجدتها شركة المشروع و التي كانت مملوكة لها في مرحلة التشييد تصبح متداخلة مع المرفق العام القائم و بالتالي تصبح جزءاً منه، و عليه تنتقي ملكية شركة المشروع لهذه العناصر لأنها أصبحت جزءاً من مرفق عام، غير أنها تتمتع في هذه الحالة بحق انتفاع قائم على استعمال و استغلال المرفق العام بهدف الحصول على مقابل مالي نظير تقديم خدمة للجمهور، و لا يحق لها التصرف في المرفق العام لأن ذلك من حق مالك الرقبة و هو الجهة الإدارية المانحة.²

و زيادة للتوضيح فإن شركة المشروع مثلاً لا يمكنها أن تمنع الطائرات من النزول على مطار تم إنشاؤه وفقاً لعقود ال BOOT لأنه بعد الانتهاء من إنشاء المطار تصبح الوسائل و العناصر و المنشآت التي أوجدتها شركة المشروع أثناء تشييدها للمطار كالمدرج و المستودعات و منشآت استقبال المسافرين و مراقبة الأمتعة لصيقة بالمرفق العام بعد انتهاء تشييده.³

الفرع الثاني: عقد البناء و التملك و التشغيل " BOO " Build, Own, Operate

تبرم هذه العقود بين الحكومة من جهة و مستثمر أو مجموعة من المستثمرين و تستهدف إقامة المشروع و تملكه و تشغيله، و في هذا النوع من العقود لا يلزم المستثمر بتحويل المشروع إلى المالك، ذلك أن هذا العقد لا يتضمن عنصر نقل الملكية Transfer، فهو شكل من أشكال الخصصة و لكن قد ينتهي بانتهاء العمر الافتراضي للمشروع أو تعويض الدولة للملاك عن حصص الملكية.⁴

¹ د. وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 25.

² د. عصام احمد البهجي، مرجع سابق، ص 18-19.

³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 57.

⁴ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 70.

وعادة لا ترحب الدول بهذا النوع من المشروعات إلا في حالات نادرة كأن تنتهي حاجة الدولة من المشروع بعد انتهاء فترة الالتزام أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع، و عليه فإن جانبا من الفقه يرى أن عقود ال BOO تعد من قبيل أشكال الخصصة و لكن بأسلوب ال BOT.¹

الفرع الثالث: عقد التجديد و التملك و التشغيل " ROO " Rehabilitation, Own , Operate

و في إطار هذه الصورة تسند الجهة الإدارية إلى أحد المستثمرين سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة أو مجموعة شركات تجديد و إحلال أحد المشاريع العامة القائمة و إعادة بنائها و تزويد هذا المرفق بكافة ما يحتاجه من الآلات و الأدوات و المعدات و الوسائل التكنولوجية الحديثة، مع السماح لتملك المستثمر هذا المرفق و استغلاله و الحصول على إيراداته و ذلك مقابل حصول الجهة الإدارية على مقابل مالي يقسط على عدة سنوات.²

و تلجأ الدولة إلى هذا النوع من العقود بالنسبة للمشروعات المدينة و المتكبدة خسائر فادحة بحيث لا تتمكن هذه المشاريع من الوفاء بمتطلبات الإحلال و التجديد،³ و يرى جانب من الفقه⁴ أن هذا النوع من العقود إنما هو عبارة عن شكل من أشكال خصصة القطاع العام.

الفرع الرابع: عقد التأجير و التدريب و التحويل " LTT " Lease, Training , Transfer

في هذا النوع من العقود، يقوم القطاع الخاص بتمويل إقامة المشروعات و تدريب العاملين التابعين للدولة عليها، ثم تأجير هذه المشروعات للحكومة، حتى تقوم بتشغيلها خلال فترة زمنية معينة، على أن تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص بعد ذلك.⁵

الفرع الخامس: عقد التصميم و البناء و التمويل و التشغيل Dising ,Build, Finance and

" DBFO " Operate

في إطار هذه الصورة يتم الاتفاق بين الإدارة و شركة المشروع (المستثمر) سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة أو مجموعة شركات على أن تقوم الأخيرة، بتشبيد مشروع معين على نفقتها الخاصة وفقا للشروط الفنية و التصميمات الهندسية التي تحددها الجهة الإدارية، وفي مقابل ذلك تقوم شركة المشروع

¹ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 60.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 17-18.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 18.

⁴ د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 57.

⁵ د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود ال BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 361.

بتشغيل المرفق و استثماره و يجوز لها أن تقتصر بضمان أصوله، ويكون للمستثمرين الحق في استغلال المرفق أو المشروع شريطة أن يكون هذا الاستغلال، وفقا للشروط التي تحددها الجهة الإدارية، كما تحصل هذه الأخيرة على قيمة الأرض و نسبة من الأرباح مقابل منح الامتياز، وعند انتهاء مدة العقد المتفق عليها لا تعود ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية و إنما تعود إلى المستثمر، وتلجأ الدولة إلى هذه الصورة من التعاقد في العقود الكبيرة التي تحتاج إلى مبالغ مالية ضخمة و ذات الأولويات البعيدة و الأرباح غير الفورية.¹

و مما تجدر الإشارة إليه، أنه يحق للدولة تجديد العقد أو منح تشغيل المشروع لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر مالك المشروع.²

و أن هذا النوع من العقود ينفذ في شأن المشروعات التي هي بحاجة إلى تصميم معين " Desing "مثل تصميم جسر أو نفق ذو طبيعة خاصة أو تصميم مطار أو ميناء، و الملاحظ أن هذا النوع من العقود لا يختلف كثيرا عن عقود ال BOOT و إن كان أكثر تفصيلا فيما يتعلق بالتصميم و التمويل.³

و هناك جانب من الفقه يرى أن هذه الصورة لا تعد من صور عقد ال BOT و لكنها مجرد صورة لخصوصية المرافق العامة.⁴

الفرع السادس: عقد التحديث و التملك و التمويل Modernize, Own, Oprate and

" MOOT " Transfer

تتفق الدولة في هذا النوع من العقود مع المستثمر على تطوير المرفق أو مشروع البنية الأساسية الموجود أصلا، وبهذا لا يقوم المستثمر بإنشاء المشروع و إنما تقتصر مهمته على تطويره و تحديثه في مقابل حيازته لفترة من الزمن يتم الاتفاق عليها في العقد وفي خلال هذه الفترة الزمنية يحصل المستثمر على إيرادات المشروع و الرسوم المفروضة و المحصلة جراء تشغيله.⁵

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 17.

² د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 32.

³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 67.

⁴ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 58.

⁵ د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 360.

و حقيقة الأمر أن المستثمر لا يملك المشروع بعد تحديثه إذ أنه فقط يقوم بحيازة المشروع و استغلاله و كذلك يحوز الآلات و المعدات التي قام بشرائها، ولكنها حيازة تمكنه من تحقيق أغراض المشروع، إذ يمكنه استبدال الآلات و المعدات و تغييرها بحيث لا تصبح الملكية سندا للمستثمر في أن يقوم بالتصرف في المعدات و الآلات قبل أن يترك المشروع و في هذا النوع من المشروعات يتم استبدال البناء بالتحديث أي أن العقد ينصب على التحديث.¹

الفرع السابع: عقد التصميم و البناء و التشغيل و التحويل و Desing, Build, Operate and "DBOT" Transfer

يعد المشروع في هذا النوع من العقود ذا طبيعة خاصة تعتمد على التصميم، حيث تقوم شركة المشروع بالتصميم و من ثم البناء و التشغيل و الإعادة، وتستخدم هذه الطريقة عادة في المشروعات الإنشائية الضخمة.² و يتمثل هذا العقد إلى حد بعيد مع عقد ال BOT إلا أنه يختلف عنه في أسبقية مرحلة تصميم المشروع على مرحلة بنائه، و بعد ذلك يتم تشغيله طوال مدة تنفيذ العقد و تحصيل الإيرادات الناتجة عن التشغيل و في نهاية مدة العقد يحول المشروع إلى الدولة.³

الفرع الثامن: عقد البناء و التحويل و التشغيل و " BTO " Build, Transfer and Opetate

يقصد بهذه العقود قيام الإدارة العامة بالتعاقد مع شركة المشروع على إنشاء أحد المشروعات ثم إعادته إلى الجهة الإدارية مقابل إبرامها عقداً آخر مع الشركة ذاتها، لإدارة و تشغيل المشروع خلال المدة المتفق عليها مقابل حصول شركة المشروع على إيرادات المشروع و من ثم تصبح الإدارة مالكة منذ البداية للمشروع.⁴

و قد تقوم الدولة في هذه الصورة ببناء المشروع بنفسها و تتكفل بتمويله ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص و هي صورة من صور إدارة المشروعات العامة و من أمثلة مجالات تطبيق هذه العقود، الفنادق و المشروعات السياحية.⁵

و يستوفي المستثمر رأسماله و أرباحه من عائدات تشغيل المشروع و في هذا الشكل تلتزم الجهة الإدارية بالقيام بأعمال الصيانة و التأمين على المشروع خلال فترة التشغيل.¹

¹ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 24.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 259.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 259.

⁴ د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 23.

⁵ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 123.

الفرع التاسع: عقد التحديث و التشغيل و التحويل Rehabilitate, Operate and Transfer

"ROT "

تلتزم شركة المشروع في ظل هذه الصيغة بتجديد أحد المشروعات القائمة و تأهيلها بتشغيل المشروع لفترة معينة ثم بنقل ملكيته إلى الدولة ، وهذا الشكل مفيد جدا بالنسبة للدول النامية حيث تمتلك مشروعات كبيرة تحتاج إلى تجديد و تمويل بالإضافة أنه لا ينقل ملكية المشروع للمستثمر.² و يرى البعض إمكانية استخدام هذا النوع من العقود لإعادة هيكلة بعض الشركات المتعثرة ماليا و تكنولوجيا و تسويقيا.³

كما يرى البعض أن هذه الصيغة من العقود تعد ذات فائدة كبيرة في إعادة الحياة للمرافق العامة القديمة، حيث تحتاج الكثير من هذه المرافق لإعادة التأهيل سواء بسبب مضي فترة زمنية طويلة على إنشائها أو بسبب الكوارث الطبيعية كالفيضانات و الزلازل أو بسبب الأفعال الناتجة عن الحروب و النزاعات المسلحة.⁴

الفرع العاشر: عقد البناء و التحويل "BT" Build and Operate

يتضمن هذا الشكل من العقود اتفاقا بين شركة المشروع و السلطة العامة المتعاقدة، تقوم بمقتضاه شركة المشروع ببناء و تشييد المشروع ثم تقوم بعد ذلك بنقل ملكية المشروع مباشرة إلى السلطة المتعاقدة.⁵

وبهذا يختلف هذا النوع من العقود عن عقد ال BOT من حيث كون شركة المشروع لا تقوم باستغلال المشروع أو تشغيله، و تحصل هذه الأخيرة على مقابل ما أنفقته من الدولة على فترات زمنية يتم الاتفاق عليها بحيث تغطي التكاليف التي أنفقتها شركة المشروع إضافة إلى قدر معقول من الأرباح.⁶ وهناك من يرى بأن هذا النوع من التعاقد إنما ينصب أساسا على المشاريع التي تتعلق بالبنى التحتية التي يقع على عاتق الدولة تشغيلها بنفسها و بالتالي لا يمكن وصفه بأنه عقد التزام مرفق عام أو إدراجه ضمن عقد ال BOT لأنه لا يتضمن تشغيل المرفق لمدة محددة.¹

¹ د. يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 258.

² د. وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 29.

³ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 87.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 260-261.

⁵ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 26.

⁶ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 26.

الفرع الحادي عشر: عقد البناء و التأجير و نقل الملكية Build, (lease or Rent) and

" B R T " or "B L T" Transfer

صورة هذا النوع من العقود أن شركة المشروع تقوم بتشبيد المرفق على نفقتها الخاصة، و عند إتمام المشروع تتولى تسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة في مقابل أن تقوم هذه الأخيرة بمنح شركة المشروع حق استئجار المرفق و تشغيله لفترة زمنية معينة تحددها العقد، و الحصول على مقابل انتفاع الجمهور بالمرفق، أو أن تقوم شركة المشروع عند إتمام بناء المرفق العام على نفقتها الخاصة بتأجير استغلال المرفق العام – الثابت لها مقابل تشييده على نفقتها- إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، على أن تحصل شركة المشروع على مقابل مالي بصفة دورية طوال مدة التعاقد و بالتالي فإن السلطة العامة المتعاقدة تقوم باستغلاله و صيانته و عند انتهاء مدة العقد يعود المرفق خالصا للجهة الإدارية خاليا من أية أعباء و دون الالتزام بشيء تجاه شركة المشروع.²

و يتفق هذا النظام مع نظام ال BOT في أن ملكية المشروع المنفذ تكون خالصة للسلطة الإدارية المتعاقدة و التي لها سلطة الإشراف عليه و إن كان تشغيله الفعلي و إدارته في يد المستثمر، و هذا النوع من العقود يجد مجاله في المشروعات القابلة للتأجير مثل إقامة منتجع سياحي أو إقامة سلسلة مطاعم.³

الفرع الثاني عشر : عقد الإيجار و التجديد و التشغيل و نقل الملكية Lease, Renwal,

"LROT" Operate and Transfer

يقوم المستثمر في هذا النوع من العقود باستئجار مشروع ما من الدولة لمدة زمنية محددة في العقد، ثم يقوم بتجديد و تحديث و تشغيل و استغلال المشروع ، و بعد انتهاء المدة المحددة للإيجار يقوم بإعادته إلى الجهة الإدارية المالكة للمشروع بحالة جيدة و دون مقابل.⁴

في هذا النوع من العقود لا تمتلك شركة المشروع المشروع في أي مرحلة بل تظل الملكية للجهة الإدارية المتعاقدة التي تقوم بإيجاره إلى شركة المشروع.⁵

¹ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 256.

² د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 38.

³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 53.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 24.

⁵ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 25.

الفرع الثالث عشر: عقد البناء و التشغيل و تجديد الامتياز Build, Operate and Renwal of

"BOR" Concession

هذا النوع من المشروعات يشتمل على تشييد المشروع أو إنشائه و إدارته طول مدة الامتياز و في نهاية المدة يتم تجديد الامتياز لمدة أخرى، وفيه يتم التجديد بنفس الشروط أو شروط جديدة، و هذا النوع من العقود قائم على وعد، و يتم اللجوء إليه في حالة وجود عقبات قانونية أو تشريعية تحول دول تمديد الامتياز الممنوح.¹

و يتم في هذا النوع من العقود التعاقد على بناء المشروع، ثم تشغيله للفترة الزمنية المتفق عليها، و غالبا ما يترتب على ذلك استمرار المنافع من المشروع و زيادة عدد المتعاملين مع المشروع و زيادة الرسوم المفروضة. و لهذا قد تدخل الدولة في مفاوضات جديدة مع المستثمرين من أجل تجديد عقد الامتياز الذي يجمعها بهم.²

الفرع الرابع عشر: عقد البناء و التمويل و نقل الملكية Build, Finance and Transfer

"BFT"

في هذا الشكل من العقود يقوم القطاع الخاص بإنشاء و تمويل أحد مشروعات البنية التحتية، ثم ينقله إلى الدولة و التي تقوم بدورها بدفع التكلفة إلى القطاع الخاص و لكن على أقساط و هذا الشكل انتشر خاصة في دول المجموعة الأوروبية.³

الفرع الخامس عشر: عقد البناء و التملك و التشغيل و الدعو و التحويل Build, Own, Operate, Support and Transfer

"BOOST "Operate, Support and Transfer

تلتزم الجهة الإدارية المانحة، في هذا الأسلوب التعاقدى بتقديم دعم للمشروع بعد تنفيذه من قبل شركة المشروع أو المستثمر. و يرى جانب من الفقه أن هذا النوع من العقود يتشابه في معظم عناصره مع عقد ال BOOT، و هو بذلك يمثل خوصصة مؤقتة، غير أنه يختلف عنه في مرحلة الدعم المالي الذي تقدمه السلطة الإدارية للمستثمر في هذا المجال.⁴

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 88.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 257-258.

³ د. وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 29.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 260.

الفرع السادس عشر: عقد التجهيز و التشغيل و التحويل **Furnich, Operate, Transfer** "

"FOT

يتضمن هذا العقد قيام شركة المشروع بتجهيز المرفق العام بالتجهيزات و الأثاث و من ثم تشغيله لمدة محدودة لقاء حصولها على إيرادات ناتجة عن عملية التشغيل و تحقيق الأرباح، و عند انتهاء مدة العقد، يعاد المرفق إلى الجهة الإدارية صاحبة المشروع.¹

هذه بعض الأمثلة حول بعض الصور من العقود التي تجد منطلقها في فكرة عقود ال BOT القائمة على مشاركة القطاع الخاص في عملية إنشاء و تمويل تشييد المرافق العامة، خاصة ما تعلق منها بالبنية التحتية، و لعل أهم الفروقات التي تنشأ بين هذه الصور تكمن في كم الامتيازات و المكنتات التي تتمتع بها الشركة المنفذة للمشروع و تباينه من صورة إلى أخرى سواء في مرحلة البناء أو مرحلة التشغيل أو حتى مرحلة إعادة المشروع للجهة الإدارية المتعاقدة، و يتجسد هذا التباين أساسا في اكتساب أو فقدان بعض الحقوق كحق الملكية مثلا و حدود هذه الحقوق، و ذلك بحسب النظرة التي تنظر بها الدولة أو الجهة الإدارية المانحة إلى كل مشروع من المشاريع التي تعتمزم تنفيذها على حدة، فكل مشروع له خصوصيته التقنية و الاقتصادية و الأمنية. فهناك مشاريع تمثل أهمية كبيرة لما لها من حساسية على سيادة و أمن الدولة المضيفة، مما يستدعي عدم إطلاق يد القطاع الخاص في هذا النوع من المشاريع كالمنشآت الدفاعية والاتصالات، و هناك مشاريع ذات مردودية ضعيفة و أعباء اقتصادية ثقيلة فتلجأ الدولة المضيفة إلى التعاقد و فق الصور التي تشجع المستثمرين على الاستثمار في مثل هذه المشاريع رغم حجم المخاطرة التي تنطوي عليها، و عليه فإن أهمية المشروع و الحساسية التي تحيط به تلعبان دورا أساسيا في ميل الدولة إلى التعاقد وفق أحد الصور السابقة.

و لمزيد من التبسيط ارتأينا تلخيص مجمل هذه الصور في الجدول التالي:

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 260.

جدول يلخص مختلف مشتقات عقد ال BOT

| | | |
|-----------------------|---|---|
| B.O.O.T | Build , Own, Operate and Transfer | عقد البناء و التملك و التشغيل و التحويل |
| BOO | Build, Own, Operate | عقد البناء و التملك و التشغيل |
| ROO | Rehabilitation, Own , Operate | عقد التجديد و التملك و التشغيل |
| LTT | Lease, Training , Transfer | عقد التأجير و التدريب و التحويل |
| DBFO | Dising ,Build, Finance and Operate | عقد التصميم و البناء و التمويل و التشغيل |
| MOOT | Modernize, Own,Oprate and Transfer | عقد التحديث و التملك و التمويل |
| D.B.O.T | Desing, Build, Operate and Transfer | عقد التصميم و البناء و التشغيل و التحويل |
| B.T.O | Build, Transfer and Opetate | عقد البناء و التحويل و التشغيل |
| B .R .T or B .L .T | Build, (lease or Rent) and Transfer | عقد البناء و التأجير و نقل الملكية |
| B.T | Build and Operate | عقد البناء و التحويل |
| L.R.O.T | Lease, Renwal, Operate and Transfer | عقد الإيجار و التجديد و التشغيل و نقل الملكية |
| B.O.R | Build, Operate and Renwal of Concession | عقد البناء و التشغيل و تجديد الامتياز |
| B.F.T | Build, Finance and Transfer | عقد البناء و التمويل و نقل الملكية |
| B.O.O.S.T | Build, Own, Operate, Support and Transfer | عقد البناء و التملك و التشغيل و الدعو و التحويل |
| F.O.T | Transfer Furnich, Operate | عقد التجهيز و التشغيل و التحويل |
| R .O.T | Rehabilitate, Operate and Transfer | عقد التحديث و التشغيل و التحويل |

إن هذه الأشكال المختلفة من العقود، تصب في بوتقة واحدة، وإن اختلفت الظروف المحيطة بالمشروع، سواء كانت متعلقة بالمشروع ذاته، أو بسياسة الدولة، إلا أن ثمة هدفا مشتركا لجميع هذه

العقود، وهو قيام القطاع الخاص بتولي مهام تمويل و استثمار أملاك الدولة ذات الطبيعة الاقتصادية، ويعد عقد ال BOT هو الأكثر شيوعاً بين هذه العقود من الناحية العملية.¹

المطلب الخامس : تمييز عقد ال BOT عن غيره من العقود و الأساليب

يقتضي تبيان مفهوم عقد ال BOT، تمييزها عن غيرها من العقود التي قد تشتهر بها، فكونها من العقود التي يتولى من خلالها القطاع الخاص مهام تمويل و استثمار أملاك الدولة، قد يؤدي بها إلى التشابك مع بعض العقود التي تشترك معها في ميزة مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ السياسة العامة للدولة أو ما يسمى بعقود تفويض المرفق العام، كما قد تظهر بعض الصعوبات في إجراء التفرقة بينها و بين عقد ال BOT نظراً للتداخل الحاصل بينها في بعض المراحل أو اشتراكها في خصائص مشتركة، و لعل أهم العقود التي ينبغي التمييز بينها و بين عقد ال BOT، عقود الأشغال العامة، عقود التأجير التمويلي، عقد تقديم المعونة، عقد تسليم المفتاح في اليد و شركة الاقتصاد المختلط.

الفرع الأول: عقد ال BOT و عقد الأشغال العامة

يعرف الفقه عقد الأشغال العامة بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد.²

أولاً: عناصر عقد الأشغال العامة

1- يجب أن يكون موضوع العقد عقارياً

فقد الأشغال العامة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقارات، فقيام المتعهد ببناء أو صيانة أو ترميم مبان ثابتة لحساب إحدى الجهات الإدارية مقابل أجر متفق عليه يعتبر عقداً للأشغال العامة.³ إن عقد الأشغال العامة لا يأتي على منقول تملكه الإدارة العامة كترميم سفينة مثلاً، إنما يتعلق أساساً بعقار، و يمتد ذلك أيضاً إلى العقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف و مد أسلاك الكهرباء.⁴

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 124-125.

² د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 35.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 267.

⁴ د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 40.

2- يجب أن يتم العقد لحساب شخص معنوي عام

فهذا العقد ينعقد على عقار و لحساب شخص معنوي عام يكون له حق الإشراف المباشر على تنفيذ موضوع العقد.¹

3- يجب أن تهدف الأشغال محل العقد إلى تحقيق النفع العام

يجب أن تستهدف الأشغال محل العقد تحقيق المصلحة العامة أو المنفعة العامة كبناء المستشفيات أو المدارس و الجامعات و غيرها ، أما إذا تعلق العقد بأشغال قائمة على الأموال خاصة للدولة أو أموال الدومين الخاص، فإنها لا تعتبر من قبيل الأشغال العامة بل من العقود المدنية.²

4- أسلوب مكافأة المقاول

تجري مكافأة المقاول في عقود الأشغال العامة من خلال الثمن المتفق عليه بشكل سابق أو لاحق على تنفيذ العقد و تدفعه الإدارة للمقاول حسب الأوضاع المتفق عليها في العقد، ويعد أسلوب ال مكافأة المقاول في عقد الأشغال العامة من العناصر الجوهرية التي تميز هذا العقد عن عقود تفويض المرفق العام كعقد الامتياز الذي يحصل الملتزم بموجبه على المقابل المالي في شكل رسوم يتقاضاها من جمهور المنتفعين.³

ثانياً: الفرق بين العقدين

يمكن إجمال أهم الفروق بين العقدين فيما يلي:

1- في عقود الأشغال العامة يقتصر دور المقاول في بناء أو ترميم أو صيانة مرفق عام و ينتهي دوره بمجرد نهاية الأشغال محل العقد، أي أن المقاول لا يقوم بأداء خدمة للجمهور أو سد حاجات عامة بل يقوم بتسليم المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة لكي تقوم بعد ذلك بإدارته بمعرفتها الخاصة، و دون أن يكون له الحق في إدارة المشروع، و هو ما يختلف عن عقد ال BOT الذي يقوم فيه المستثمر أو

المتعهد أو شركة المشروع بإدارة و تشغيل المرفق قبل إعادته إلى الحكومة عند انتهاء المدة المتفق

عليها.⁴

¹ د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 41.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 268.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 268.

⁴ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 141.

2- في عقود الأشغال العامة ينتفي عنصر المدة - مثلما هو الأمر في عقد ال BOT-، فالمقابل المالي الذي يتحصل عليه المقاول في العقد الأول يتقاضاه بمجرد الإيفاء بالتزاماته التعاقدية، أي بمجرد الانتهاء من الأشغال محل العقد، أما في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية فإن شركة المشروع تحصل على المقابل المالي خلال فترة زمنية محددة و متفق عليها في العقد ، يقوم خلالها شركة المشروع بالحصول على إيرادات في شكل رسوم تتقاضاها من جمهور المنتفعين.

3- طبيعة المقابل المالي في كلا العقدین مختلف، ففي عقد الأشغال العامة يتمثل المقابل المالي الذي يحصل عليه المقاول في الثمن الذي تدفعه الإدارة مقابل قيام هذا الأخير بتنفيذ الأشغال المتفق عليها في العقد، أما في عقد ال BOT فإن المقابل المالي تتحصل عليه شركة المشروع إما مباشرة من جمهور المنتفعين في شكل رسوم أو في شكل مبلغ مالي تحصل عليه من الجهة الإدارية المتعاقدة في مقابل بيع الخدمة لها، على أن تتولى هي توصيل الخدمة لجمهور المنتفعين.¹

ثالثاً: أوجه التشابه بين العقدین

رغم الاختلافات السابقة الذكر إلا أن هناك نقاط تشابه تجمع كلا العقدین، حيث أنهما يتشابهان في كون تشييد المرفق العام يكون على عاتق الملتزم و مسؤوليته، إضافة إلى أن كلا العقدین يكون أحد أطرافه جهة إدارية عامة.² و يتم تنفيذ كلا العقدین لمصلحة الجهة الإدارية مقابل بدل معين يتم الاتفاق عليه.³

الفرع الثاني: عقد ال BOT و عقد التأجير التمويلي

يعرف الإيجار التمويلي بأنه ذلك العقد الذي بمقتضاه تؤجر إحدى شركات التمويل إلى المستأجر آلة أو عقارا لازما له في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه، و ذلك لمدة معينة نظير أجره متفق عليها يؤديها المستأجر للمؤجر التمويلي طوال مدة الإيجار حسبما هي محددة في العقد، على أن يكون للمستأجر في نهاية مدة الإيجار إما أن يعيد استئجار الآلة أو العقار، أو تسليم الأشياء المؤجرة للشركة المؤجرة لتعيد

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 269.

² يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 270.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 128.

تأجيرها للغير، أو التصرف فيها على نحو أو آخر مما يتيح حق الملكية من تصرفات، و إما أن يختار شراء الآلة أو العقار بالقيمة المنفق عليها في العقد و التي يراعى في تحديدها مجموع قيمة الأجرة التي أداها المستأجر طوال مدة الإيجار.¹

و تتجلى مظاهر الشبه و الاختلاف بين عقدى ال BOT و عقد التأجير التمويلي في النقاط التالية :

أولاً: مظاهر التشابه بين العقدين.²

- 1- كلا العقدين يعد وسيلة من وسائل تمويل المشروعات.
- 2- كل من الملتزم و المستأجر يتولى إدارة المشروع و استثماره في أثناء تنفيذ العقد، فالملتزم في عقد ال البناء و التشغيل و نقل الملكية يستثمره عن طريق امتياز ممنوح له من الإدارة العامة يخوله استيفاء رسوم من المنتفعين لمصلحته الخاصة ، و المستأجر يتعاطى مع الجمهور مباشرة و يتعاقد معه.

ثانياً: مظاهر الاختلاف بين العقدين.

- 1- يتضمن عقد الإيجار التمويلي مزيجاً مركباً من عدة عقود أهمها: عقد الإيجار و عقد الوكالة و عقد وعد بالبيع، بينما لا يتضمن عقد ال BOT هذا المزيج المركب من العقود.³
- 2- يخير المستأجر في نهاية مدة العقد إما بشراء الآلات و المعدات و العقارات أو إعادتها إلى المؤجر، بينما لا خيار للملتزم في عقد ال BOT سوى استثمار المشروع في أثناء مدة العقد، ثم يلتزم في نهاية مدة العقد بإعادته إلى الإدارة المتعاقدة.⁴
- 3- غالباً ما يجري تنفيذ عقد ال BOT لمصلحة الإدارة العامة و يتناول مرفقا عاما، و غالباً ما يجري تنفيذ عقد الإيجار التمويلي لمصلحة أطراف من القطاع الخاص و لا يتناول مرفقا عاما، غير أن هذا الأمر ليس جازماً، فقد يجري عقد إيجار تمويلي لمصلحة الإدارة.
- 4- الطرف الأول في عقد التأجير التمويلي هو الذي ينشئ المشروع ثم يقوم بتأجيره إلى المستأجر، أما في نظام ال BOT فإن الطرف الثاني هو الذي ينشئ المشروع و يديره ثم يعيده.⁵

¹ د. مي محمد عزت على شرباش، مرجع سابق، ص 43.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 129.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 130.

⁴ د. مي محمد عزت على شرباش، مرجع سابق، ص 44.

⁵ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 144.

الفرع الثالث: عقد ال BOT و عقد تقديم المعونة

عقد تقديم المعونة هو عقد يلتزم بموجبه أحد أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقداً أو عيناً في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة، فقد يتقدم إلى الإدارة و يعرض المعونة فرد من الأفراد، كمالك يعرض المساهمة في إنشاء طريق يؤدي إلى أملاكه لخدمتها، أو شخص عام يعرض الاشتراك في إنشاء محطة للسكة الحديدية أو نفق لمرور السيارات أو توسيع ميناء من الموانئ، فإذا ما قبلت الإدارة العرض، انعقد عقد إداري بين الإدارة و من يتطوع بالمساهمة، ويطلق على هذا العقد تسمية عقد تقديم المعونة.¹ و تكون الإدارة في هذا النوع من العقود غير ملزمة بتنفيذ المشروع الذي تم تقديم العرض من أجله و لا يعد عدم التنفيذ من جانبها خطأ تعاقدياً يمكن أن يستتبع مسؤوليتها، و يمكن للمتعاقد معها أن يتحلل من التزاماته، لذلك فإن هذا العقد يعد من العقود الملزمة لجانب واحد.²

و يرى البعض أن هذا العقد يمثل تصرفاً قانونياً متلازماً في كثير من الحالات مع تصرف قانوني آخر و هو عقد الأشغال العامة من حيث مساهمة المعونة التي تشكل محلاً للعقد الأول، إنما تنفذ بشكل تبرعي، أي دون مقابل، أما تنفيذ الأعمال التي تشكل محلاً لعقد ال BOT فيتم بمقابل يتمثل في عوائد تشغيل الإنشاءات محل العقد.³

الفرع الرابع : عقد ال BOT و عقد تسليم المفتاح في اليد

تعددت الآراء حول تعريف عقد المفتاح في اليد، و من هذه الآراء من يذهب إلى تعريف هذا العقد بكونه عقداً يتولى بموجبه أحد الطرفين إقامة مصنع، و تسليمه جاهزاً للتشغيل للطرف الثاني، بما يستتبع انتقال المعارف الفنية إلى المتلقي من خلال الإداريين القائمين على إنشاء المصنع بما يقدمونه من معارف فنية كاملة و رسوم هندسية و خطط تفصيلية إضافة إلى تدريبهم لعمال المتلقي على تشغيل المصنع و صيانتها.⁴

¹ د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 139.
² د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية : تحديد العقد الإداري، تكوين العقد الإداري، تفسير العقد الإداري، أنواع العقد الإداري، آثار العقد الإداري، شرعية العقد الإداري، التحكيم و العقد الإداري، التصالح و العقد الإداري، العقد الإداري الإلكتروني، العقد الإداري البريطاني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 225.
³ د. مهدي مختار نوح، مرجع سابق، ص 37.
⁴ د. وفاء مزيد فلهوط، المشكلات القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، رسالة دكتوراه مطبوعة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2005، ص 334.

و قد عرفت الجزائر اللجوء إلى هذا النوع من التعاقدات في بداية السبعينات في إطار سياسة التصنيع القائمة أساسا على الاستفادة من التكنولوجيات المتطورة ، في شكل بناء مركبات صناعية كبرى بهدف توطين الإنتاج، حيث يقوم الطرف المتعاقد في إطار هذه المقاربة ببناء المصنع أو المركب وفق أسلوب المفتاح في اليد، كما يقوم كذلك بتدريب اليد العاملة الوطنية سواء في المجال التقني أو في مجال التسيير من أجل التحكم الجيد في المشروع، و يتحمل الطرف المتعاقد كافة المخاطر في سبيل إنجاح المشروع ، و كان الهدف في تلك المرحلة حل مشكلة التصنيع و التحكم في الموارد الطبيعية، و هي المشاكل التي فرضت نفسها على البلدان النامية.¹

و يستلزم إنجاز الأعمال في ظل عقد تسليم المفتاح عددا من المهام الأساسية أهمها: إعداد التصميمات و الرسومات اللازمة فهي تقع على عاتق المقاول و هو مسؤول عن دقتها و عن مطابقتها لبنود العقد.²

و يقوم عقد تسليم المفتاح في اليد على شخصين أساسيين، وهما: شركة المشروع و المقاول، وتوجد بعض مظاهر التشابه و الاختلاف بين هذا العقد و عقد ال BOT يمكن إجمالها في مايلي:

أولاً: مظاهر التشابه بين العقدين

- 1- يتشابه كلا العقدين في أن المتعهد في عقد تسليم المفتاح في اليد من جهة ، و شركة المشروع في عقد ال BOT من جهة أخرى يتعهدان بإنجاز مشروع معين مقابل أجر متفق عليه.³
- 2- يتشابه كذلك هذان العقدان من حيث الالتزامات من الباطن التي يبرمها كل من المقاول في عقد تسليم المفتاح في اليد و شركة المشروع في عقد ال BOT مع جهة أخرى متخصصة، للقيام بأعمال محددة، مثل الهندسة و الكهرباء و دراسة الجدوى، و تشييد الأبنية اللازمة ، و سواها ، بسبب ضخامة المشروع ، و الصعوبة في تنفيذ جميع الأعمال المادية و الفنية التي تواجه المقاول و شركة المشروع في أثناء التنفيذ في كلا العقدين.⁴

¹ KHAN (T), « Financing Build, Operate and Transfer (BOT) Projects: The Case of Islamic Instruments », Islamic Economic Studies, Vol. 10, No. 1, September 2002, pp. 8 – 9.

http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/download/s/IES_Articles/Vol%2010-1..Tariqullah..Financing%20Build%20Operate%20and%20Transfer.pdf

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 274.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 132

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 132.

- 3- يتشابه كلا العقدین كذلك في كونهما یضمان سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية فعقد تسليم المفتاح في اليد، و الذي يعد صورة من صور عقود الأشغال الدولية، یضم إضافة لشركة المشروع و المقاول بعض الأطراف الأخرى، كالمقاولین من الباطن، و الموردين، و المهندسين الاستشاريين، و المراقبين، و ما ینشأ عن كل هذه العلاقات من عقود مختلفة.¹
- 4- في كلا العقدین تبقى الملكية للمالك الأساسي، ففي عقد تسليم المفتاح في اليد يلتزم المورد أو المتعهد بتسليم المصنع أو المنشأة كوحدة متكاملة و جاهزة للتشغيل.²
- و كذلك الحال لدى نهاية عقد ال BOT، و ذلك بغض النظر عما لو كانت النهاية طبيعية أو غير طبيعية فإن هذا المشروع یعود بكامل أصوله للدولة.
- 5- يلتزم كل من المقاول في عقد تسليم المفتاح في اليد و شركة المشروع في عقد ال BOT بإعداد الدراسات الأولية، و تقديم المعدات و نقلها و تركيبها.³
- 6- تقدم شركة المشروع مساعدتها للمقاول فيما یعلق بتدريب العمالة بالنسبة لعقد تسليم المفتاح في اليد، و لكن دون أن تحل محله في تلك العملية.⁴
- و كذلك الحال في عقد ال BOT إذ تلتزم الإدارة بتقديم كافة التسهيلات اللازمة للمستثمر، و خلق المناخ الملائم للاستثمار بإصدار القوانين، و كذلك التسهيلات الإدارية اللازمة.
- 7- في كلا العقدین يتحمل المقاول و شركة المشروع مسؤولية الأضرار الناشئة عن تنفيذ هذا المشروع خلال فترة الترخيص.⁵
- 8- یتشابه العقدان في الالتزام بنقل التكنولوجيا، أي نقل المعلومات الفنية التي تستعمل في التطبيق و تقديم الخدمات، كالمعلومات الفنية اللازمة لتركيب أو تشغيل الأجهزة و الآلات، و سائر المعارف المطبقة، و الطرق و المعطيات الضرورية اللازمة للاستعمال الفعلي و وضعه موضع التنفيذ.⁶

¹ د. وفاء مزید فلحوط، مرجع سابق، ص 335.

² د. وفاء مزید فلحوط، ذات المرجع، ص 346.

³ د. وفاء مزید فلحوط، ذات المرجع، ص 334.

⁴ د. وفاء مزید فلحوط، ذات المرجع، ص 350.

⁵ یعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 275.

⁶ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 133.

ثانياً: مظاهر الاختلاف بين العقدين¹

- 1- في عقد ال BOT غالباً ما تكون الجهة المتعاقدة مع المتعهد أو شركة المشروع جهة إدارية بينما في عقد تسليم المفتاح في اليد غالباً ما تكون الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع من القطاع الخاص، و مع ذلك يمكن أن يجري تنفيذ مشروع تسليم المفتاح باليد لمصلحة جهة إدارية، فثمة بلدان تكون الدولة فيها هي المستثمر مباشرة و تتمثل بوزيرها المختص، أو بإحدى وكالاتها المتخصصة، أو شركة من شركات القطاع العام.
- 2- في عقد ال BOT غالباً ما يكون المشروع موضوع الالتزام مرفقاً من المرافق العامة، أما في عقد تسليم المفتاح في اليد فغالباً ما يدور مشروع الالتزام في نطاق الأعمال الصناعية التي تعود للقطاع الخاص، و لكن قد يكون موضوع الالتزام في عقد تسليم المفتاح في اليد مرفقاً عاماً.
- 3- ينتهي عقد تسليم المفتاح في اليد بإكمال المشروع و تسليمه جاهزاً للاستعمال إلى المستثمر بينما في عقد ال BOT يكون العقد لمدة طويلة، قد تصل إلى تسع و تسعين سنة يكون المتعهد في أثناءها مستثمراً للمشروع و يتقاضى رسوماً من مستعملي المرفق العام.
- 4- في عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية يتولى المتعهد إدارة المشروع و تشغيله خلال مدة العقد الطويلة بينما في عقد تسليم المفتاح باليد تنتقل إدارة المشروع فور إنجازه إلى المستثمر و إن كان المتعهد يلتزم بعد إنجاز المشروع بتقديم المساعدة الفنية لتمكين كوادر صاحب العمل من استيعاب التكنولوجيا و تشغيلها و تدريب العمال و تأهيلهم².
- 5- يكمن الاختلاف الجوهرى بين هذين العقدين حول المراحل المتعلقة بتنفيذ كل منهما، فعقد ال BOT يمر بثلاث مراحل، وهي البناء و التشغيل و نقل الملكية . بينما عقد تسليم المفتاح باليد فيمر بمراحل مختلفة، تتمثل في التصميم و التشييد و التجهيز و التسليم، أي يلتزم المقاول بإتمام عمليات بناء المشروع، و توريد الآلات و الأجهزة و تركيبها و تجربتها و الإعداد للتشغيل، إضافة إلى تقديم المعونة حتى تمام تشغيل المصنع بكامل طاقته مع تدريب العمال³.

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 135.

² د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 135.

³ د. وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص 334.

الفرع الخامس : عقد ال BOT و شركة الاقتصاد المختلط

يتجلى أسلوب شركة الاقتصاد المختلط من خلال اشتراك الدولة و الأفراد في إدارة المرفق العام، و تتمثل مساهمة الدولة فيه عن طريق المساهمة في رأس المال و الإدارة، كما يتولى إدارة شركة الاقتصاد المختلط مجلس إدارة¹ و توجد أوجه تشابه و اختلاف بينهما على التفصيل التالي:

أولاً: أوجه التشابه بين الأسلوبين

- 1- يشترك عقد ال BOT مع شركة الاقتصاد المختلط في كونها طريقتان لإدارة المرافق العامة الاقتصادية، و أن الذي يتولى إدارة المرفق هو شخص من أشخاص القانون الخاص.
- 2- كذلك يشترك هذان الأسلوبان في اتباع طرق القطاع الخاص في إدارة المرفق العام، خاصة ما تعلق منها بمسائل التشغيل.²

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الأسلوبين³:

- 1- تتكون شركة المشروع في عقد ال BOT إما من شركة واحدة أو تحالف بين شركتين أو إتحاد بين عدة شركات يطلق عليها تسمية كونسورتيوم، ويكون موضوع الشركة بناء و تشغيل المشروعات العامة و يمكن أن تتولى بناء و تشغيل المرفق موضوع العقد، كما يمكن أن تتولى إقامة و تشغيل عدة مشروعات حول العالم وفقاً لنظام ال BOT ، أما موضوع شركة الاقتصاد المختلط فهو إدارة مرفق عام بعينه، في قانون إحداث الشركة و الذي يشكل غايتها و يقتضي أن يتقيد نشاط الشركة بهذه الغاية.
- 2- تكون ملكية أموال المشروع في ظل شركة الاقتصاد المختلط للشركة، باستثناء بعض الأموال التي توضع بتصرف الشركة و تكون ملكيتها للدولة أو للشخص العام المعني، أما في عقد ال BOT فتكون ملكية المشروع للدولة و يكون لشركة المشروع الحق الحصري باستغلاله تجارياً.
- 3- تكون مدة التشغيل في عقد ال BOT محددة في العقد و غالباً ما تكون المدة كافية لتغطي شركة المشروع تكاليف استثماراتها و تحقق مقداراً من الربح المعقول أما في ظل شركة الاقتصاد المختلط فإن تشغيل المرفق مرتبط ببقاء الشركة.

¹ د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري و تحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 229.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 277.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 277-278.

4- تطبق في ظل عقد ال BOT القواعد المنصوص عليها في العقد المبرم مع الدولة أما في ظل شركة الاقتصاد المختلط فتطبق القواعد المنصوص عليها في النظام الأساسي للشركة المختلطة و قواعد القانون التجاري فيما لا يتعارض معه.

الفرع السادس: عقد ال BOT و حق الانتفاع

يعرف حق الانتفاع بكونه: "الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده لصاحبه عند نهاية حق الانتفاع، الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع".¹ و يشابه عقد ال BOT مع حق الانتفاع فيما يلي:

- 1- كل منهما حق مؤقت، يعقد لمدة محددة و بانتهائها يعود المرفق موضوع عقد ال BOT إلى الدولة، كما يعود حق الانتفاع إلى مالك رقبة العقار عند وفاة المنتفع أو نهاية المدة المتفق عليها.
- 2- كل من المنتفع و شركة المشروع يستفيدان من استثمار – استغلال- المال موضوع العقد أو حق الانتفاع خلال المدة المتفق عليها.²

و يختلف عقد ال BOT عن حق الانتفاع في النواحي التالية:

- 1- حق الانتفاع يرد على شيء محدد بالذات و ليس على مرفق عام يؤدي خدمة للجمهور، كما هو الحال في عقد ال BOT.³
- 2- لا يجوز للمنتفع أن يتيح للجمهور الانتفاع بالشيء محل الانتفاع، و ذلك على خلاف المرفق العام الذي هو بحكم طبيعته يؤدي خدمات أو يشبع حاجات عامة للجمهور لقاء مقابل مادي، يدفع مقابل الخدمة أو سد الحاجة.⁴

¹ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 1201.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 126.

³ د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء و الإدارة و تحويل الملكية ال (BOT)، في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دراسة تحليلية للعقد و مراحل تنفيذه و كيفية تمويله و مخاطره و طبيعته القانونية و قدرته على نقل التكنولوجيا، و كيفية تسوية منازعات العقد، و القانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 58.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 127.

3- يختلف العقدان في أن محل التزام الشركة في نهاية مدة عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية يتمثل في نقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المانحة، بينما يتمثل التزام المنتفع في تسليم العين إلى مالك الرقبة في نهاية الانتفاع.¹

الفرع السابع : عقد ال BOT و عقد مشروع الأشغال العامة

يتألف مشروع الأشغال العامة من قسمين:

الأول: يتضمن صفقة أشغال عامة تهدف إلى إقامة منشآت عائدة لمرفق معين أو إعادة تأهيله.

الثاني: يتضمن استغلال المرفق الذي تم إنشاؤه مقابل أجر محدد في العقد.

و يتسم عقد مشروع الأشغال العامة ببعض خصائص تفويض المرفق العام إذ أن موضوع العقد شبيه بموضوع عقد عقود التفويض، الذي يكمن في إقامة و تشغيل منشآت عامة أو مرفق عام، و لكي يأخذ العقد تصنيف تفويض المرفق العام لابد من توافر الأسس التي يقوم عليها التفويض من تحقق وجود مرفق عام، و قيام علاقة تعاقدية بين طرفي العقد، و استغلال المرفق، و ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد بنتائج الاستغلال، بحيث يعكس تحمل المتعاقد لمخاطر اقتصادية ناتجة عن تشغيل المرفق العام، و في حال تحقق هذا الارتباط يتحقق معه تفويض مرفق عام.²

وتتمثل أوجه الشبه بين العقدين في أن كليهما يؤديان إلى تنفيذ مشروعات لتحقيق المنفعة العامة، أي

أن المتعاقد في كلا العقدين يقوم بتشغيل المشروع بعد إنجازه، إلا أن الفرق بينهما يظهر في تمويل المشروع، ففي عقد ال BOT يتم ذاتيا ، أي من قبل المتعاقد مع الإدارة، و بالتالي فإن المقابل المالي الذي يحصل عليه، إنما يكون كنتيجة لعوائد تشغيل المشروع، أما تمويل المشروع في عقد مشروع الأشغال العامة فيكون من الميزانية العامة، و هذا يعني أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد في هذه الحالة هو الثمن المدفوع من قبل الإدارة لقاء التشييد و الإدارة، مع ملاحظة أن ملكية المشروع في كلا العقدين تكون للإدارة المتعاقدة دائما.³

¹ د.مي محمد عزت علي شرباش، مرجع سابق، ص 49.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 278.

³ د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 37- 38.

جدول يلخص أهم أوجه التشابه و الاختلاف بين عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية وغيره من العقود و الأساليب

| أوجه الاختلاف | أوجه التشابه | التمييز بين عقد ال BOT وغيره من العقود والأساليب |
|---|--|--|
| <p>- يقتصر دور المقاول في البناء أو الترميم أو الصيانة و ينتهي بمجرد نهاية الأشغال، بينما في عقد ال BOT يمتد دور شركة المشروع إلى إدارة المرفق و تشغيله قبل إعادته إلى الجهة الإدارية عند نهاية المدة.</p> <p>- يتحصل المقاول في عقد الأشغال العامة على المقابل المالي بمجرد الوفاء بالتزاماته التعاقدية، بينما تتحصل شركة المشروع في عقد ال BOT على المقابل المالي خلال فترة زمنية محددة في العقد.</p> <p>- يتمثل المقابل المالي في عقد الأشغال العامة في الثمن الذي تدفعه الإدارة للمقاول مقابل تنفيذ الأشغال، بينما في عقد ال BOT فيتمثل في الرسوم التي تتحصل عليها شركة المشروع من جمهور المنتفعين.</p> | <p>- يتم تشييد المرفق على عاتق الملزم و مسؤوليته.</p> <p>- يكون أحد أطراف العقدین جهة إدارية عامة.</p> <p>- ينفذ العقدان لمصلحة الجهة الإدارية العامة مقابل بدل معين يتم الاتفاق عليه.</p> | <p>عقد ال BOT و عقد الأشغال العامة</p> |
| <p>- يتضمن عقد الإيجار التمويلي مزيجا مركبا من العقود و هو ما لا يتوافر في عقد ال BOT.</p> <p>- للمستأجر الخيار بين شراء الآلات و المعدات و العقارات أو إعادتها للوَجْر في نهاية العقد، بينما في عقد ال BOT تلتزم شركة المشروع بإعادة المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عند نهاية العقد.</p> <p>- يجري غالبا تنفيذ عقد ال BOT لمصلحة الإدارة بينما يجري تنفيذ عقد الإيجار التمويلي لمصلحة طرف خاص.</p> <p>- يتناول عقد ال BOT غالبا مرفقا عام عكس عقد التأجير التمويلي.</p> <p>- ينشئ المؤجر في عقد التأجير التمويلي المشروع ثم يقوم بتأجيره بينما في عقد ال BOT شركة المشروع هي التي تنشئ المشروع.</p> | <p>- يعتبر كلا العقدین وسيلة لتمويل المشروعات.</p> <p>- يتولى كل من الملزم و المستأجر إدارة المشروع و استثماره أثناء تنفيذ العقد.</p> | <p>عقد ال BOT و عقد التأجير التمويلي</p> |

| | | |
|---|--|---|
| <p>- يختلف العقدان في كون الأعمال التي تكون محل عقد تقديم المعونة تنفذ بشكل تبرعي، بينما تتم بمقابل في عقد ال BOT هو عوائد تشغيل المرفق العام. عقد تقديم المعونة عقد ملزم لجانب واحد، عكس عقد ال BOT.</p> | <p>- يتفق العقدان في كونهما يؤديان إلى المساهمة في نفقات مرفق عام.</p> | <p>عقد ال BOT و عقد تقديم المعونة</p> |
| <p>- تتعاقد شركة المشروع في عقد ال BOT مع جهة إدارية عامة ، بينما يتعاقد المتعهد في عقد تسليم المفتاح في اليد غالبا من طرف خاص. - يكون موضوع الالتزام في عقد ال BOT غالبا مرفقا عاما بينما يدخل موضوع عقد تسليم المفتاح في اليد في نطاق الأعمال الصناعية الخاصة. - ينتهي عقد تسليم المفتاح في اليد بمجرد إكمال المشروع بينما يمتد عقد ال BOT لفترة طويلة من الزمن. - في عقد ال BOT تتولى شركة المشروع مسؤولية إدارته و تشغيله، بينما تنتقل الإدارة إلى المستثمر في عقد تسليم المفتاح في اليد فور إنجاز المشروع. - فعقد ال BOT يمر بمراحل البناء والتشغيل و الإعادة، بينما يمر عقد تسليم المفتاح في اليد بمراحل التصميم و التشييد و التجهيز و التسليم.</p> | <p>- يلتزم المتعهد و شركة المشروع بإنجاز المشروع مقابل أجر متفق عليه. - يهدف كلا العقدین لنقل التكنولوجيا. - يلجأ المتعهد و شركة المشروع إلى أسلوب التعاقد من الباطن لتسهيل تنفيذ المشروع. - يضم كلا العقدین سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية حيث تتدخل أطراف أخرى في تنفيذ العقد. - تبقى الملكية في العقدین للمالك الأساسي سواء كان جهة إدارية أو جهة أخرى. - يتحصل المتعهد و شركة المشروع على التسهيلات اللازمة لإقامة المشروع. - يتحمل المتعهد و شركة المشروع مسؤولية الأضرار الناشئة أثناء التنفيذ. - يعد العقدان وسيلة لنقل التكنولوجيا.</p> | <p>عقد ال BOT و عقد تسليم المفتاح في اليد</p> |
| <p>- تتكون شركة المشروع في عقد ال BOT من شركة واحدة أو من كونسورتيوم، وقد تنخرط في إقامة عدة مشاريع حول العالم، بينما يكون موضوع شركة الاقتصاد المختلط إدارة مرفق عام بعينه في القانون الأساسي للشركة. - تكون ملكية أموال المشروع للدولة في عقد ال BOT، بينما تكون ملكيتها للشركة في ظل أسلوب شركة الاقتصاد</p> | <p>- يعد عقد ال BOT و شركة الاقتصاد المختلط أسلوبان لإدارة المرافق العامة. - يتشابه الأسلوبان في اتباع أساليب القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة.</p> | <p>عقد ال BOT و شركة الاقتصاد المختلط</p> |

| | | |
|---|---|--|
| <p>المختلط، باستثناء ما يوضع تحت تصرفها من بعض الأموال التي تعود ملكيتها للدولة.</p> <p>- تكون مدة التشغيل في عقد ال BOT محددة في العقد، في ظل شركة الاقتصاد المختلط فتكون محددة بعمر الشركة.</p> <p>- تطبق في عقد ال BOT القواعد المنصوص عليها في العقد، بينما تطبق القواعد الواردة في القانون الأساسي لشركة الاقتصاد المختلط.</p> | | |
| <p>- حق الانتفاع يرد على شيء محدد بالذات، بينما يكون موضوع عقد ال BOT متصلا بمرفق عام.</p> <p>- لا يتيح المنتفع للجمهور الانتفاع بالشيء محل الانتفاع عكس عقد ال BOT الذي يتيح للجمهور الاستفادة من خدمات المرفق العام.</p> <p>- يختلف العقدان في كون شركة المشروع تنقل ملكية المشروع للدولة، بينما يقوم المنتفع بتسليم العين إلى مالك الرقبة.</p> | <p>- يشتمل عقد ال BOT و حق الانتفاع على حق مؤقت لمدة محددة، بانتهانها يعود المرفق للدولة، و حق الانتفاع إلى مالك الرقبة.</p> <p>- المنتفع و شركة المشروع يستثمران المال موضوع العقد أو حق الانتفاع في المدة المتفق عليها.</p> | <p>عقد ال BOT و حق الانتفاع</p> |
| <p>- يتم تمويل عقد ال BOT ذاتيا، بينما يمول عقد الأشغال العامة من الميزانية العامة.</p> <p>- يتمثل المقابل المالي الذي تحصل عليه شركة المشروع في عقد ال BOT في عوائد تشغيل المرفق ، أما في عقد مشروع الأشغال العامة فهو الثمن الذي تدفعه الإدارة لقاء التشييد و الإدارة.</p> | <p>- يهدف كلا العقدين لتحقيق المنفعة العامة عن طريق تشغيل المرفق بعد إنجازه.</p> <p>- ملكية المشروع في العقدين تكون للإدارة المتعاقدة.</p> | <p>عقد ال BOT و عقد مشروع الأشغال العامة</p> |

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية

في هذا المبحث سيتم التطرق إلى الهيكل القانوني الذي يوطر النظام التعاقدية وفق عقد ال BOT ، من حيث الأطراف المتدخلة في العلاقة التعاقدية (المطلب الأول)، و كذلك مختلف الإشكاليات التي يثيرها تكييفه القانوني و الجدل الذي دار حول هذا الموضوع (المطلب الثاني) ، ثم بعد ذلك سيتم إلقاء الضوء على موقف القانون الجزائري من هذا النظام و على الأسانيد القانونية التي استند إليها في مسألة

تطبيق هذا النوع من العقود، إضافة إلى أهم التطبيقات التي عرفها هذا العقد في الجزائر (المطلب الثالث).

المطلب الأول: أطراف اتفاق المشروع في عقد ال BOT

يمكن تقسيم أطراف اتفاق المشروع في هذه العقود إلى قسمين رئيسيين: القسم الأول يمثل الأطراف الرئيسية للعقد ، و القسم الثاني يعبر عن الأطراف الثانوية .¹

الفرع الأول: الأطراف الرئيسية لعقد ال BOT

أولاً: الدولة المضيفة أو دولة مقر المشروع

تمثل الجهة الإدارية الطرف الرئيسي الأول في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، و المقصود بالجهة الإدارية : الدولة أو إحدى الأشخاص الإدارية التابعة لها، و الجهة الإدارية إما أن تكون أشخاصاً معنوية إقليمية كالولايات و البلديات ، و إما أن تكون أشخاصاً مرفقية تحدد على أساس ممارسة نشاط معين يتخذ صفة المرفق العام² كالإدارات العامة و سلطات الضبط و الوزارات و الهيئات العامة. و تمثل الجهة الإدارية أو الدولة المضيفة عادة من خلال جهات متعددة و مختلفة³ و يمكن إجمالها فيما يلي:

1- الجهة الإدارية مانحة الالتزام

و هي الجهة التي يخولها القانون الحق في منح امتياز المرافق العامة للقطاع الخاص سواء بالبناء أو التطوير أو تمويل مرفق من مرافق البنية الأساسية لفترة معينة.⁴

و تختلف الجهة المانحة للالتزام في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، من نظام قانوني إلى آخر، فقد يتم منح الامتياز عن طريق السلطة التشريعية أي بموافقة البرلمان⁵، وقد يتم منح الامتياز عن

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 229.

² د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 17.

³ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 57.

⁴ محمد أحمد غانم ، ذات المرجع، ص 59.

⁵ جرى العرف في فرنسا أن إبرام العقود الإدارية المتعلقة بالمرافق العامة يحتاج إلى ترخيص من المشرع ذاته، و لا يتم منح الامتياز إلا بعد التصديق عليه من قبل رئيس الجمهورية. أنظر في ذلك يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 229-230.

طريق السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء ، أو الوزير المختص و هو ما جرى عليه العمل في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية بشكل عام.¹

2- الجهة الإدارية المتعاقدة

و هي الجهة التي تبرم عقد الامتياز مع الطرف الثاني ممثلا في شركة المشروع، و هذه الجهة عادة ما تكون هي الهيئة المعنية أصلا بتنظيم المرفق و تقديم خدمة البنية الأساسية الناتجة عنه.²

و الجهة الإدارية المتعاقدة، تمثل في واقع الحال الجانب العضوي في المعيار المميز للعقد الإداري، حيث أن العقد الذي يكون أحد اطرافه شخصا من أشخاص القانون العام يكون عقد إداريا ، و هو ما ينطبق على عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، و الذي يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام ممثلا في الدولة أو أحد الوحدات التابعة لها.³

ثانيا: شركة المشروع

تعد شركة المشروع الطرف الثاني في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، و تعد الطرف الذي يلتزم بأن يقوم ببناء و تشغيل و نقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية.⁴

و تتألف شركة المشروع من مجموعة شركات كل منها له اختصاصه الذي يساهم في تحقيق المشروع ، و تكون مسؤولة أمام الجهة الإدارية المانحة، و المسؤولية قد تكون تضامنية بين مجموع الشركات حيث أن مسؤولية كل شركة عضوتشمل كل أعمال و أخطاء الشركات الأخرى، و قد تكون المسؤولية فردية بحيث تكون كل شركة عضو مسؤولة فقط عن أعمالها.⁵

وتتكون شركة المشروع عبر عدة مراحل، فالمرحلة الأولى تتمثل في الدخول في اتفاق تعاقدي بين عدة شركات للدخول في العطاء، و تقديم عرض مشترك، أما المرحلة الثانية فتكون بعد رسو العطاء على المتقدمين، و حينها يتم إبرام اتفاق تفصيلي ينصب حول تحديد حقوق و التزامات المساهمين في شركة

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق ، ص 59.

² د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام التملك و التشغيل و نقل الملكية B.O.O.T، و غيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001 ، ص 4.

³ يعرب محمد الشرع ، مرجع السابق، ص 234-235.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 20.

⁵ د. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 482.

المشروع، ثم بعد ذلك تأتي المرحلة الأخيرة و فيها يتم تكوين شركة المشروع و اكتسابها للشخصية المعنوية.¹

و يطلق على اتحاد الشركات مصطلح " الكونسورتيوم " والهدف من الالتجاء إلى هذه الآلية هو مجابهة التكاليف الباهضة التي تميز مشروعات البنية التحتية، و كذلك الرغبة في توزيع المخاطر بين المساهمين ، وقد يكون من ضمن المساهمين في شركة المشروع أو الكونسورتيوم شركة أو شركات من القطاع العام ، و يتجلى ذلك خصوصا في من خلال توزيع حصص التمويل على مجموعة من البنوك الوطنية و الأجنبية.² يمكن أيضا للحكومة أن تمتلك جزءا أو أسهما في المشروع أو تدفع بإحدى هيئاتها للقيام بذلك.³

و ينظم اتفاق الكونسورتيوم مسؤولية تكاليف إعداد العطاء و مستنداته و توزيعها بين المساهمين، و مسؤولية كل عضو من الأعضاء في عملية الإعداد، و كيفية اتخاذ القرارات و التشاور فيما بينهم، و تنظيم عملية التفاوض مع الجهة الإدارية بعد رسو العطاء، كما ينظم الاتفاق أيضا شركة المشروع و رأس مالها بعد تكوينها في حالة رسو العطاء على الكونسورتيوم المعني.⁴

الفرع الثاني: الأطراف الثانوية في عقد ال BOT

تتميز المشاريع المنفذة وفق هذا العقد عادة بالضخامة و التشابك و التعقيد نظرا لارتباطها من جهة بالبنية التحتية ، وكذلك لتعدد جوانبها التقنية و المالية و كذلك الجوانب المتعلقة بالتأمين على المخاطر من جهة ثانية، و هو ما ينتج عنه تدخل أطراف آخرين في عملية تنفيذ المشاريع، و يمكن تحديد هذه الأطراف على النحو التالي:

أولاً: مؤسسات التمويل

تعتبر مشاريع البناء و التشغيل و نقل الملكية من ضمن المشاريع ذات الكلفة العالية، نظرا لكونها تنصب غالبا على مشاريع البنية التحتية و هو ما يجعل مع عملية تمويل هذه المشاريع مسألة في غاية من الأهمية، و هو الأمر الذي جعل الكثير من الباحثين ينظرون إلى عقد ال BOT على أنه وسيلة من وسائل

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 63.

² يعرب محمد الشرع ، مرجع سابق، 238.

³ د. موسى خليل متري، تمويل المشاريع – هيكلية ال BOT، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 21، العدد الثاني، 2005، ص 119.

⁴ محمد أحمد غانم ، ذات المرجع ، ص 64.

<http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2005/21-2/metri.pdf>

تمويل إقامة المرافق العامة، و تتميز عملية الحصول على التمويل اللازم في مثل هذه المشاريع بالصعوبة، و ذلك لأسباب موضوعية تتمثل أساسا في عدم قدرة شركة المشروع على توفير الضمان اللازم لسداد القروض في حال تعثرها و إخلالها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، و كذلك لكون الدولة المضيفة لا تقدم غالبا ضمانات للممولين في حال فشل شركة المشروع.¹

و تتولى عدة مؤسسات مالية عملية التمويل، و تتنوع هذه المؤسسات من حيث طبيعة نشاطها و أغراضها ، و يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع رئيسية هي : مؤسسات التمويل التجارية، مؤسسات التمويل التنموية و وكالات التنمية الوطنية.

1- مؤسسات التمويل التجارية:

وهي تشمل خصوصا البنوك التجارية ، و شركات الائتمان التجاري ، و قد تنتمي هذه المؤسسات إلى الدولة المضيفة كما قد تكون من دول أخرى، و هي تسعى سواء كانت وطنية أو أجنبية بصفة أساسية إلى تحقيق الربح عن طريق إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية و المالية للمشروع المراد تمويله و إجراء توقعات الأرباح، و تحديد المخاطر المحتملة ، و العمل على الحد منها، و تدخل مؤسسات التمويل عادة في اتفاقات القرض الجماعي الذي يتم الاتفاق بموجبه على سداد كل بنك حصة معينة من قيمة القرض مع تحمل كل بنك المسؤولية في حدود حصته، و ينظم هذا الاتفاق العلاقات فيما بينهم و مع المقرض.²

2- هيئات التمويل الدولية

و هي تلعب دورا بارزا في تمويل مشروعات البنية الأساسية المقامة عن طريق القطاع الخاص و من أهم هذه المؤسسات: مؤسسة التمويل الدولية (International Financial Corporation (IFC وهي إحدى مؤسسات البنك الدولي.³ إضافة إلى مؤسسات التمويل التنموية الإقليمية كبنك التنمية الإفريقي، و البنك الآسيوي للتنمية، و الصندوق العربي للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية، و بنك التنمية

¹ د. أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 115.

² محمد أحمد غانم ، مرجع سابق، ص 70.

³ أنشأت مؤسسة التمويل الدولية عام 1965، و تهدف بصفة أساسية إلى تمويل القطاع الخاص في البلدان النامية، و إلى جانب عمليات الإقراض، فهي تلعب دور كبير في الاستثمار في رأسمال المشروعات الصناعية و التجارية في الدول النامية، و هي تهدف إلى دعم التنمية في الدول الأعضاء البالغين 184 بلدا. لمزيد من التفاصيل يرجى الاطلاع على الموقع الرسمي للمؤسسة:

http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Multilingual_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Home_AR

بين الدول الأمريكية، والبنك الأوروبي للتعمير و التنمية، و لا يقتصر اهتمام هذه المؤسسات على النواحي التجارية و الاقتصادية فقط بل يتعداه إلى الجانب التنموي و الاجتماعي في الدول المستهدفة.¹

3- وكالات التنمية الوطنية

هذه المؤسسات معنية أساسا بعمليات التمويل و تشجيع التنمية في الدول النامية ومن أمثلتها: الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية U.S Agency for International Development USAID و مؤسسة الاستثمار الخاص في الخارج "OPIC"² Overseas Private Investment Corporation.³

ثانيا: المقاولون

تقوم شركة المشروع في إطار تنفيذ التزاماتها التعاقدية في عقد ال BOT بالتعاقد مع مهندس، كما تتعاقد مع مقاول رئيسي لتنفيذ أعمال البناء، و يقوم المقاول الرئيسي بدوره بالتعاقد مع مقاولين آخرين من الباطن لتنفيذ متطلبات المشروع بالقدر اللازم لتبليتها.⁴

و المقاول من الباطن هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتعهد بتنفيذ المشروع بناء على عقد مع المقاول الأصلي دون أن يتعاقد مع صاحب العمل نفسه.⁵ و يتم اختيار المتعاقد من الباطن إما بصورة إختيارية غير مفروضة، بتعاقد المقاول الأصلي مع أي شخص، و إما أن يتم فرض المتعاقد من الباطن، و ذلك بترشيحه من الإدارة أو من قبل المتعاقد الأصلي ولكن بعد موافقة الجهة الإدارية المانحة.⁶

¹ محمد أحمد غانم ، مرجع سابق ، ص 72-73.

² تعد مؤسسة الاستثمار الخاص في الخارج، مؤسسة حكومية أمريكية تابعة لمؤسسة تمويل التنمية الأمريكية، و قد تأسست باعتبارها وكالة تابعة للحكومة الأمريكية سنة 1971، و تهدف لتعبئة رؤوس الأموال الخاصة للتغلب على تحديات التنمية، لمزيد من التفصيل يرجى مطالعة الموقع الرسمي للمؤسسة على الرابط التالي:

<http://www.opic.gov/who-we-are/overview>

³ محمد أحمد غانم ، ذات المرجع ، ص 74-73.

⁴ DELMON (J), « Project Finance, B.O.T Project and Risk », Kluwer law, Netherlands, 2005, p.194.
http://books.google.fr/books?id=hUOp1bVS8cC&printsec=frontcover&dq=Jeffrey+Delmon,+project+Finance,+B.O.T&hl=fr&sa=X&ei=v_j-UPS-AYLAtQaInoDADg&ved=0CDEQ6AEwAA

⁵ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 238.

⁶ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 241.

وغالبا ما تبرم شركة المشروع في مشروعات البنية الأساسية عقد مقاوله مع المقاولين ، ويعد هذا العقد الإطار القانوني لمرحلة التشييد.¹ وعقد المقاوله في ظل هذه المشروعات يتخذ عادة عقد تسليم المفتاح في اليد و تشمل مسؤولية المقاول إعادة تصميم المرفق و تشغيله كما يكون في كثير من الحالات هو ناقل التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل المرفق. و يمكن أن تلجأ مجموعة من شركات المقاوله إلى نظام الكونسورتيوم التعاقد من أجل تنفيذ عقد المقاوله مع شركة المشروع و ذلك بهدف تقاسم المخاطر فيما بينهم.²

ثالثا: الموردون

تقوم شركة المشروع بالتعاقد مع موردين من أجل توريد بعض المعدات والآلات و التجهيزات الضرورية لتشبيد المشروع و تشغيله، و يعد عقد التوريد في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية من العقود المألوفة و المتداولة و التي يمكن أن تكون متضمنة في عقد التشييد ذاته.³

رابعا: المشغلون

اصطلاح المشغل يشير إلى الشركة التي تتولى مسؤولية التشغيل التجاري للمشروع و إدارته و صيانتته طوال مدة الامتياز، و عادة ما تكون شركة التشغيل و الصيانة إحدى الشركات التابعة للمساهمين في شركة المشروع، و قد تنشأ هذه الشركة خصيصا لأغراض التشغيل ، وفي أحوال أخرى قد يتم اختيار شركة التشغيل و الصيانة من خلال إجراء مناقصة مفتوحة.⁴

خامسا: مؤسسات التأمين

تتميز مشروعات البنية التحتية المنفذة وفق أسلوب ال BOT بارتفاع مخاطرها و ذلك في مرحلة التشغيل و مرحلة التشييد، و نظرا لاحتمال عدم القدرة على توقع و احتواء هذه المخاطر، كان لابد من الحصول على تأمين كاف لهذه المخاطر ، و تقوم شركات التأمين بتقديم خدمات التأمين للشركة المنفذة سواء تعلق الأمر بتأمين العمال أو التأمين ضد توقف العمل و ضد انقطاع التدفق النقدي إضافة إلى

¹ د. حسن الهنداوي، مشروعات ال BOOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 335.

² محمد أحمد غانم ، مرجع سابق، ص74-75.

³ د. أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 115.

⁴ محمد أحمد غانم ، ذات المرجع، ص77.

التأمين ضد الأحداث الاستثنائية الخارجة عن إرادة الطرفين كالحروب و الزلازل و الأعاصير و أعمال الشغب.¹

سادسا: الخبراء و الاستشاريون

يلعب الخبراء و المستشارون دورا هاما في كافة مراحل المشروع بأسلوب ال BOT و تقوم الشركات المسند إليها تنفيذ المشروع بتعزيز خبراتها التقنية المتخصصة، وذلك عن طريق اللجوء إلى كافة الخبراء الذين من شأنهم المساعدة في إسداء النصائح التي تساعد شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها على الوجه الأكمل، لذا تلجأ إلى التعاقد مع خبراء ماليين، ومستشارين قانونيين دوليين، و مكاتب هندسية استشارية، من أجل دعم و مساعدة شركة المشروع من جهة، و كذلك البلد المضيف من جهة ثانية، وذلك في إعداد الشروط و المواصفات التعاقدية و التفاوض و تقييم التعاقدات و العطاءات، كما تقوم المنظمات الدولية مثل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية، البنك الدولي و المصارف الائتمانية و الإقليمية على توفير المساعدة الفنية و التقنية المطلوبة إلى سلطات البلد المضيف، أو مساعدتها في العثور على مستشارين أكفاء.²

المطلب الثاني: التكيف القانوني لعقد ال BOT

عرف التكيف القانوني لعقد ال BOT تنازع عدد من الاتجاهات ، فهناك من يعتبر أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية عبارة عن تنظيم و ليس عقد، و هناك من يسبغ على هذه العقود صفة العقود الإدارية، و منهم من يعتبرها من قبيل عقود القانون الخاص المبنية على حرية التعاقد و التساوي في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، إضافة إلى الاتجاه القائل بكون هذه العقود من قبيل عقود التجارة الدولية، و هناك فريق آخر من الفقهاء اتجه إلى اعتبار عقد ال BOT ذو طبيعة خاصة، و سيتم التطرق إلى التفصيل في الأسانيد و الحجج التي يعتمد عليها كل فريق في محاولته لتكييف عقد ال BOT على النحو التالي:

الفرع الأول: أسلوب ال BOT يعد تنظيما و ليس عقدا

مؤدى هذا الاتجاه أن أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية ليس في حقيقته عقدا أو اتفاقا بين ملتزم و إدارة عامة، و إنما هو مجرد تنظيم اقتصادي يستلزم تنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتعددة و المتشابكة بين أطراف مختلفة، و تتميز مصالح الأطراف المتداخلة في هذا التنظيم الاقتصادي بالتعارض

¹ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 242.

² سعاد سعيد السلامة، أماني مبارك المباركي، BOT، بحث مقدم لمسابقة البحوث السابعة على مستوى جميع قطاعات ديوان المحاسبة، الكويت، 2006، ص 24. موجود على الرابط التالي:

فيما بينها، و العلة من وراء لجوء الإدارة لهذا الأسلوب إنما هو في نظر القائلين بهذا التوجه هي السعي إلى ضمان السير الحسن و اليسير للمرفق العام.¹

و قد ورد على هذا التوجه القائل بانعدام الطبيعة الاتفاقية لهذا الأسلوب، بعض النقد يتلخص أساسا في كون الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها هذا التنظيم، إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة، و شركة المشروع، أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذا لهذا العقد، و التي قد تكون عقود التزام، أو عقود أشغال عامة، أو عقود توريد، أو عقود تمويل، أو عقود إدارية أو مدنية بحسب الأحوال، فلا تؤثر على طبيعة عقد ال BOT، و عليه فإن هذا التوجه يجانبه الصواب في تحديد التكيف القانوني لهذا العقد.²

الفرع الثاني : الاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية

يرى أنصار هذا الرأي أن عقد ال BOT هو في الأساس مجرد مظهر حديث لعقود التزام المرافق العامة الذي انتشر في البداية في فرنسا في القرن الثامن عشر³، و يسوق أصحاب هذا الرأي الذي ينادي بالطبيعة الإدارية لعقد ال BOT الحجج الآتية لدعم رأيهم:

1- عقود ال BOT هي عقود ذات جذور قديمة، فهي تعد صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة، و هو ما ذهب إليه حال غالبية الفقه.⁴

2- خضوع هذه العقود لمعايير و شروط العقود الإدارية، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن كافة المعايير و الشروط التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص متوافرة و ظاهرة بشكل جلي في عقود ال BOT ، و تتلخص هذه المعايير في مايلي⁵:

أ- أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام

ب- أن يتعلق العقد بالمرفق العام

ج- أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 136.

² د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 137.

³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 81.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 27.

⁵ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 28.

و يرى أنصار هذا المسلك الفقهي بأنه بإنزال ما تقدم من شروط على عقد ال BOT التي تبرمها الدولة، فإن هذه الأخيرة أو أحد اشخاص القانون العام التابعة لها، تكون دائما طرفا في العقد.¹ أما شرط احتواء العقد على شروط استثنائية و غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فيبرز من خلال تمتع الجهة الإدارية المتعاقدة في هذه العقود بسلطة الرقابة و الإشراف أثناء مرحلتي البناء و الاستغلال، إضافة إلى تمتع الجهة الإدارية بسلطة التدخل لتعديل بعض نواحي المشروع التنظيمية بمحض إرادتها و دون اشتراط موافقة الطرف الآخر مع حفظ حق هذا الأخير في التعويض.² و علاوة على ذلك، فإن مجرد إسناد الجهة الإدارية المتعاقدة، لشركة المشروع، في هذا الأسلوب إنشاء و إدارة مرفق عام – غالبا ما يتعلق بمرفق بنية تحتية – يعتبر أمرا استثنائيا في حد ذاته يستدل به على الصفة الإدارية لهذا العقد ، ذلك أن الدولة هي الأولى بإنشاء هذا النوع من المرافق العامة التي تهدف إلى إشباع حاجات عامة.³

3- موضوع و أهداف هذه العقود يخضع لأحكام القانون العام

يرى أنصار الطبيعة الإدارية لهذه العقود أنه طالما أن موضوع و أهداف عقد ال BOT هو إنشاء و تجديد مرافق عامة و تسييرها، فلا يتصور أن تخضع هذه العقود لأحكام القانون الخاص و الذي قد يؤدي في هذه الحالة إلى نوع من المساواة بين المصلحة العامة و المصلحة الفردية (الخاصة)، و هو ما يتنافى مع طبيعة الغاية التي ينشدها المرفق العام، الذي هو أساس محل هذه العقود.⁴

و يخلص أنصار الطبيعة الإدارية لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية إلى كونها عقودا إدارية بالمعنى الفني لتلك العقود، فطالما هناك مرفق عام فإن العقد الذي يرتبط به يظل عقدا إداريا و ألا يكون قد تم التضحية بالغاية من أجل الوسيلة، فالغاية هنا هي المرفق العام، و الوسيلة هي العقد سواء كان هذا العقد لإنشاء المرفق العام أو تطويره أو تشغيله، و الحقيقة أن هناك جانبا من الفقه يرى أن عقود ال BOT و مشتقاتها ليست فقط من العقود الإدارية، بل تنتمي بصفة محددة لعقود الامتياز، ولذلك فهي تتأثر بالنظام القانوني لهذا الأخير من حيث إبرام العقد و أطرافه و الآثار المترتبة عليه و كذلك انقضائه و حل النزاعات الناشئة عنه بين أطرافه.⁵

¹. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 44.

². د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 52.

³. د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 29.

⁴. د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 29.

⁵. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 85-86.

4- التوسع النسبي في البنود التعاقدية في عقد ال BOT لا ينفي عنها الطبيعة الإدارية يؤكد أنصار هذا المذهب الفقهي أن التوسع النسبي في البنود التعاقدية و التي تكون مبنية على التراضي بين إرادتي الجهة الإدارية المتعاقدة من جهة وبين شركة المشروع من جهة أخرى، و التخفيف من الشروط اللائحية ، لا ينفي في واقع الحال عن عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية طبيعتها الإدارية، ذلك أن الهدف من وراء التوسع في البنود التعاقدية هو تشجيع الشركات الدولية على الاستثمار في الدول المضيفة باللجوء إلى التعاقد وفقا لهذا الأسلوب ، و الغاية من وراء ذلك طمأنة المستثمرين و تهيئة المناخ القانوني للاستثمارات، و التوسع في البنود التعاقدية على حساب الشروط اللائحية لا يعنى خلو عقد ال BOT من تلك الشروط ، و إنما يعني الحد منها بحيث يأتي محافظا على المصالح المحتملة للمستثمرين و غير مضر بالمصلحة العامة.¹

الفرغ الثالث: الاتجاه القائل بكون هذه العقود من عقود القانون الخاص

يرى أنصار هذا الاتجاه، و على عكس أنصار الاتجاه السابق، أن عقد ال BOT إنما تدخل في إطار عقود القانون الخاص، أي أن طرفي العقد يكونان على نفس القدر من المساواة أثناء إبرام و تنفيذ العقد، إذ تنتفي حسب رأي أنصار هذا الاتجاه امتيازات السلطة العامة المخولة للجهة الإدارية المتعاقدة كما هو الحال بالنسبة للعقود الإدارية، ويسوق أنصار هذا المذهب الفقهي الحجج التالية لدعم توجههم:

1- يتجه أنصار هذا الرأي إلى كون طبيعة هذه العقود تختلف عن عقد التزام المرافق العامة الذي عرفته فرنسا منذ القرن الثامن عشر ، و التي في ظلها منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع مياه الشرب في مدينة باريس إلى شركة بيريه إخوان عام 1792، و حجة أنصار هذا الرأي أن هناك اختلافا جوهريا بين هذا الأسلوب التعاقدية من جهة و عقد امتياز المرافق العامة من جهة ثانية، و أساس هذا الاختلاف يكمن في كون عقد الامتياز عقدا إداريا بطبيعته، في حين أن عقد ال BOT ليس عقدا إداريا، إنما هو من عقود القانون الخاص، يخضع للقانون المدني أو القانون التجاري و بالتالي فإن الاختصاص بشأنه ينعقد للقضاء العادي.²

و حسب هذا الجانب الفقهي فإن الشروط التي يعتد بها الفقه الإداري في تكييف العقد الإداري لا تتوافر مجتمعة أو منفردة في عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، و خاصة الركن المتعلق بهيمنة السلطة العامة، فقد تقترب المشروعات التي يتم إنشاؤها بمقتضى هذا العقد من امتياز المرافق العامة، غير أنه في نظر أنصار هذا الرأي، مهما كان التشابه بين الالتزامات في العقدين فإن مشروعات البناء و التشغيل و

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق ، ص 29-30.

² د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 102-103.

نقل الملكية لا تخضع لهيمنة السلطة العامة، إذ إن تنظيمها و تسييرها يكون متروكا لتقدير شركة المشروع، و في ضوء الالتزامات المنصوص عليها في العقد و القوانين التي تحكمه. و لا يعني ذلك انعدام الدور الرقابي على المشروع، و لكن يعني أنه ليس لها دور في عملية التسيير و الإشراف أو التدخل في تسعير الخدمة إلا في الحدود المنصوص عليها في العقد.¹

2- يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه العقود تقوم على مبدأ أساسي في القانون الخاص هو مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " أي أن التعاقد و فق هذا الأسلوب يحكمه مبدأ سلطان الإرادة و هو ما يكفي لحسابها من عقود القانون الخاص.²

3- بالرجوع إلى أصل نشأة عقد ال BOT يلاحظ أن هذا النظام التعاقدى قد نشأ في مهد النظام القانوني الأنجلوسكسوني الذي لا يعترف بوجود عقود إدارية متميزة عن العقود العادية، حيث أن هذا النظام لا يعترف أصلا بمنح امتيازات خاصة و غير مألوفة في القانون الخاص لفائدة الإدارة المتعاقدة، لأن فكرة العقود الإدارية غير موجودة أصلا في ظل هذا النظام.³

4- عدم خضوع عقد ال BOT لمعايير و شروط العقود الإدارية، فمن حيث معيار وجود الإدارة العامة طرفا في العقد، فإن القائلين بانتماء عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية إلى طائفة عقود القانون الخاص، يستندون إلى كون وجود الإدارة في العقد لا يكفي وحده لأسباب الصفة الإدارية على هذا النوع من العقود وإنما يجب أن يعاضده توافر الشرطين الآخرين و هما اتصال العقد بمرفق عام و اتباع أساليب القانون العام، و هو ما ينتفي وجوده بشأن هذه العقود، ذلك أن اتصال هذه العقود بمرفق عام لا يعني بالضرورة أن يكون العقد إداريا و ذلك راجع للأسباب التالية:⁴

أ- أن الدولة تلجأ في سبيل إدارة مشروعاتها الاقتصادية إلى أسلوب المشروع التجاري أو الصناعي دون أسلوب إدارة المرفق العام، و العلة في ذلك أن أسلوب المشروع التجاري أو الصناعي يوفر للدولة قدرا من المرونة يساهم في نجاح المشروع الاقتصادي في تحقيق أهدافه، و ذلك لأن تدرع الإدارة بوسائل القانون العام، قد يؤدي إلى نفور الغير عن التعامل معها و هو ما يؤثر على فرص النجاح للمشروع في محيط الحياة التجارية.

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 103.

² د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 109.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 305-306.

⁴ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 93 و ما بعدها.

ب - أن التعاقد وفق أسلوب ال BOT لا يتصل في جميع الأحوال بمرفق عام، وإنما قد تتصل بمشروعات استثمارية لا تهدف إلى تحقيق الصالح العام، فيمكن أن تبرم هذه العقود لإنشاء فنادق أو مشروعات سياحية الغرض منها تحقيق مصالح خاصة، كما أن هذه الطائفة من العقود قد تنصب على مشروعات تستثمر فيها الدولة مواردها بغرض البيع و هو ما يطلق عليه في فقه القانون الإداري مصطلح الدومين الخاص

ج- يرى كذلك أنصار هذا الاتجاه أن فكرة المرفق العام تواجه انتقاداً شديداً ، حيث بدأ المرفق العام يفقد أهميته كمعيار مميز لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري و تطبيق قواعد القانون الإداري، و السبب في ذلك هو تنوع المرافق العامة و تطور أساليب إدارتها مما أضفى عليها نوعاً من الغموض انعكس على محاولات وضع تعريف جامع لهذه الفكرة.

د - يرى أنصار هذا الرأي أن الشرط الثالث في العقود الإدارية، و المتمثل في احتواء العقد على شروط استثنائية و غير مألوفة في عقود القانون الخاص، يتخلف في هذه الطائفة من العقود ، فهي لا تحتوي حسب رأيهم على مثل هذه الشروط، ذلك أن الجهة الإدارية المتعاقدة تتعاقد مع شركة المشروع كما لو أنها فرد عادي، و هي بالتالي تتساوى مع المستثمر، و تتجرد من سلطاتها التقليدية المعروفة في إطار نظرية العقود الإدارية، فتأتي هذه الصيغة التعاقدية خالية من أي شروط استثنائية و عليه فإن هذه العقود تخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري و لا تخضع لأحكام القانون العام.¹

5- القول بالطبيعة الإدارية لهذه العقود يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار، حيث يرى أنصار هذا الرأي، أن تبني الدول لهذا التكييف يؤدي إلى إحجام المستثمرين عن استثمار أموالهم بها، و ذلك تجنباً للمخاطر التي يمكن أن تنجر عن تمتع هذه العقود بالصفة الإدارية، و التي تكمن أساساً في الشروط اللائحية التي تميز هذه الطائفة من العقود، و التي تخول للإدارة حق ممارسة سلطات و مكنات استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص، بما يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة²، كما أن تمسك الدولة بأحكام القانون العام كأساس لتكييف عقد ال BOT ، يؤدي إلى حرمان الدول النامية من الاستثمارات التي تساهم في نقل التكنولوجيا و زيادة التشغيل و تحقيق الثروة، و عليه فإن أفضل وسيلة لتشجيع الاستثمارات و خاصة الأجنبية منها هو اللجوء إلى أحكام و قواعد القانون الخاص كأساس لتكييف هذه العقود.³

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 31.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 32.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 305.

6- القول بالطبيعة الإدارية لعقد ال BOT يتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن ملكية شركة المشروع للمرفق تعد ملكية تامة و خالصة و نهائية و هو مالا يتوافر في عقد التزام المرافق العامة أو الأشغال العامة و الذي تكون فيه الدولة مالكة للمشروع.¹

7- تمتع هذه الطائفة من العقود بالصفة الإقتصادية، حيث يقوم القطاع الخاص في ظلها بإنشاء المشروع المتعاقد عليه و تشغيله و تمويله، لذلك فإنه يتعين على الدولة أن تتعاقد مع القطاع الخاص في شأن هذا الإنشاء و التمويل و ذلك طبقاً لآليات اقتصاد السوق، و هي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة، و عدم استخدام أساليب و امتيازات السلطة العامة، و من ثم فإن بعض القواعد و الأحكام السارية على عقود امتياز المرافق العامة لا تصلح للتطبيق على نظام عقد ال BOT.²

8- فرضت متطلبات التجارة الدولية على الدولة أن تتعاقد بذات الأسلوب الذي تتبعه الشركات و الأفراد، و معنى ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي لإنشاء المشروعات وفق هذا الأسلوب، هي عقود تتعاقد فيها الدولة بأسلوب القانون الخاص³، و لا يمكن أن تتضمن هذه العقود شروطاً استثنائية، خاصة في العقود ذات الطرف الأجنبي، و ذلك حتى تقف الدولة على طرف المساواة مع هذا المتعاقد الأجنبي، و القول بغير ذلك يعني إجماع الشركات الدولية النشاط و الاتحادات المالية عن إبرام عقد ال BOT رغم حاجة الدولة إلى الاستثمارات الأجنبية.⁴

الفرع الرابع: الاتجاه القائل بأن عقد ال BOT من قبيل عقود التجارة الدولية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أعمال المشروعات الاستثمارية و الإنشائية، و منها المشروعات المنفذة وفق أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية، هي من قبيل الأعمال التي تتم بطريق المقاوله و الاحتراف، ذلك أنها تباشر في شكل مشروع منظم ينطوي على عنصر المضاربة على المعدات و الأيدي العاملة، و يباشر المستثمر القيام بهذا المشروع على أساس السعي للحصول على الربح الذي يتضمن أكبر قدر من العائد، و على هذا الأساس فإن المشروعات المنفذة وفق هذا الأسلوب تعد أعمالاً تجارية بحسب المعيار الراجع في الفقه و الذي يضيف الصفة التجارية على الأعمال التي تقع بمناسبة استغلال

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 32.

² د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 110-111.

³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 110-111.

⁴ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 307.

مشروع تجاري، ذلك أن عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية تتم في إطار مشاريع اقتصادية تنصب على أعمال تجارية.¹

و بالنظر إلى أطراف العقد فإنه غالبا ما تكون هذه العقود مبرمة بين الدولة من جهة و طرف أجنبي من جهة ثانية و هو ما يضفي الصفة الدولية على هذه العقود، ذلك أن فلسفة هذا العقد حسب ما يراه أصحاب هذا الاتجاه إنما هي قائمة في جوهرها على جذب الأموال و الاستثمارات و التكنولوجيا الحديثة و التي غالبا ما تتوفر لدى أطراف أجنبية لتنفيذ مشروعات داخل الدولة المضيفة و خاصة الدول النامية ، و هو ما يشكل إطارا لحركة رؤوس الأموال عبر الحدود، لذلك فإن عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ونظرا لكونها تجمع في غالب الأحوال بين أشخاص تنتمي لأنظمة قانونية مختلفة فإنها تعتبر من قبيل عقود التجارة الدولية.²

و في واقع الحال فقد وقع خلاف في الفقه و القضاء حول تحديد المعايير التي تكسب العقد الصفة الدولية فهناك من يستند إلى المعيار القانوني و هناك من يذهب إلى تبني المعيار الاقتصادي ، و هناك جانب آخر ذهب إلى يتبنى المعيار المختلط كأساس لإطلاق الصفة الدولية على العقد³، و تفصيل هذه المعايير يكون على النحو التالي:

أولاً: المعيار القانوني لدولية العقد

يعد العقد وفق هذا المعيار دوليا متى اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني، و هذه العناصر تتلخص في جنسية الأطراف، و مجال إقامتهم، و مكان إبرام العقد، و مكان تنفيذ العقد، و لغة العقد و العملة المستخدمة في الوفاء.⁴

وقد تعرض هذا المعيار لانتقاد شديد، لأنه يتسم بالجمود، و يعتبر العقد دوليا لمجرد أنه يتوافر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي، بغض النظر عن ثقل هذا العنصر، أو أهميته داخل الرابطة العقدية.⁵

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 124-125.

² محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 104.

³ د. علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص 78-79.

⁴ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 128.

⁵ د. علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، ذات المرجع، ص 79.

و قد حاول الفقه الحديث من مؤيدي هذا المعيار تلافى هذا النقد عن طريق التفرقة بين العناصر المؤثرة في العقود، و التي تكسبها الصفة الدولية، و بين العناصر غير المؤثرة في مثل هذه العقود، فاعتبر محل التنفيذ، و عنصر اختلاف موطن المتعاقدين، تعد من العناصر المؤثرة في اكتساب العقد للصفة الدولية.¹

ثانيا: المعيار الاقتصادي لدولية العقد

يتبنى المعيار الاقتصادي مبدأ التحليل الاقتصادي للعقد أي أن العقد يعد دوليا إذا تضمن انتقال الأموال و السلع و الخدمات من دولة لأخرى، أو إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية ، أي إذا انطوى على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة.²

1- مبدأ حركة رؤوس الأموال

يطلق على هذا المعيار كذلك " معيار حركة مد و جزر لرؤوس الأموال " الذي يرتبط ظهوره بقضية ³ Pélissier du Besset في 17 ماي 1927، و هو المعروف ب " معيار ماتر " MATTER، نسبة إلى المحامي الذي توصل إلى أن العقد الدولي هو كل عقد يترتب عليه تحركات رؤوس الأموال عبر الحدود أكثر من مرة ذهابا و إيابا.⁴

2- مبدأ اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية

و يعد العقد دوليا وفقا لهذا المبدأ إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية اتصالا وثيقا⁵، أي إذا تضمن العقد حركة للأموال و الخدمات أو المدفوعات عبر الحدود، و لو كانت في اتجاه واحد، و قد ارتبط هذا المعيار بمسألة التحكيم في العقود الدولية، حيث يتم بموجبه إخضاع المنازعات الناجمة عن هذه العقود إلى التحكيم، و مثال ذلك ما ذهبت إليه محكمة باريس عندما صرحت بأن " الطابع الدولي للتحكيم لا يرتبط لا

¹ د. علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، مرجع سابق ، ص 79 - 80.

² د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ، ص 129.

³ لمزيد من التفصيل حول هذه القضية يرجى الاطلاع على الرابط التالي:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006952820&dateTexte=>

⁴ حصايم سميرة، عقود ال BOT، إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2011/04/12، ص 39.

⁵ د. علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، ذات المرجع، ص 81.

بمكان التحكيم و لا بجنسية المحكمين، و إنما بمجرد أن النزاع المطروح على المحكمين نزاع دولي، أي أن الصفقة محل النزاع تدخل في مصالح الاقتصاد الدولي.¹

3- مبدأ تعدي أثار العقد إلى خارج الدولة

يعد العقد وفق هذا المبدأ عقدا دوليا إذا تعدى بآثاره و تبعاته إلى خارج حدود الدولة، و بالتالي فخروج العناصر الاقتصادية للعقد إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ في الاعتبار عند تحديد دولية العقد.²

و قد تم انتقاد المعيار الاقتصادي لدولية العقد بكونه غامضا فالعقد يعد دوليا إذا اتصل بمصالح اقتصادية دولية و هو تعريف للدولية بالدولية، و هو بذلك اقل حسما و وضوحا من المعيار القانوني.³

ثالثا: المعيار المزدوج لدولية العقد

يتلخص هذا المعيار في الجمع بين المعيارين القانوني و الاقتصادي السابق الإشارة إليهما، حيث اتجه القضاء الفرنسي إلى الجمع بينهما عند القول بدولية العقد، ذلك أنه لا يكتفي بالتحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية – المعيار القانوني- و إنما يحرص كذلك على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية – المعيار الاقتصادي.⁴

و بالنظر لعقد ال BOT فإنه وفقا لوجهة نظر القائلين بكونه من عقود التجارة الدولية فإن عناصر العقد القانونية تتصل بأكثر من نظام قانوني - المعيار القانوني- و في حالة تطبيق المعيار الاقتصادي فإن هذه العقود تعد كذلك من عقود التجارة الدولية، لأنها تتصل بمصالح اقتصادية دولية⁵، كما يعتبر عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية من عقود التجارة الدولية في نظر المنادين بهذه الفكرة، على أساس أن المقاولين المجتمعين في إطار شركة المشروع و الذين يكونون في الكثير من الأحيان من الأجانب، يسعون لإقامة المشروع في إطار يتيح انتقالا لرؤوس الأموال عبر الحدود.⁶

¹ حصايم سميرة، عقود ال BOT، إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، مرجع سابق، ص 39.

² د.علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، مرجع سابق، ص 81.

³ د.عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 130.

⁴ د.عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 130-131.

⁵ د.عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 131-132.

⁶ HAROUN (M), « Arbitrage est Financement de Projets BOT », Revu Mutations , Février 2003, p. 29 .

http://www.caci.dz/fileadmin/template/pdf_mutations/concessions44.pdf

الفرع الخامس: الاتجاه القائل بأن عقد ال BOT عقود ذات طبيعة خاصة

إلى جانب ما تم ذكره سابقا حول تكييف عقد ال BOT ، ظهر رأي فقهي خالف سابقه، حيث اعتبر هذه العقود عقودا ذات طبيعة خاصة مستندا في ذلك على الحجج التالية:

- 1- لا يمكن وضع قاعدة عامة و مجردة تحدد التكييف القانوني لعقد ال BOT ، نظرا لتعددتها و اختلاف صورها ، و الظروف المحيطة بكل منها، لذلك و حسب رأي هذا الاتجاه الفقهي ، كان لابد من تكييف كل عقد على حدة، لأن هذا ينسجم مع جوهر و خصوصية كل عقد، بحيث يختلف تكييف العقد من حالة إلى حالة أخرى، فتارة يكون هذا العقد مدنيا و تارة أخرى يكون تجاريا و أخرى يكون إداريا.¹
- 2- لا توجد هناك صيغة نموذجية واحدة لعقد ال BOT ، فلكل عقد شروطه و بنوده التي يتم الاتفاق عليها، فهي تختلف من مشروع لآخر و من بلد لآخر.²
- 3- هذه العقود و مشتقاتها على الرغم من أنها في الأصل امتداد لعقود الامتياز، إلا أنه يوجد خلاف بينهما، إذ أنها تبرم بعد مفاوضات بين الجهة الإدارية و المستثمر، و أصبح هناك مفهوم جديد في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات، و ذلك عن طريق الاتحادات المالية المشتركة، و إزاء ذلك لابد من مراجعة كل عقد على حدة لمعرفة مدى توافر عناصر العقد الإداري من عدمه، فإذا توافرت العناصر الثلاثة للعقد الإداري كان العقد إداريا و إلا فالعقد من العقود المدنية.³

و بعد أن تم التطرق إلى مختلف الاتجاهات الفقهية التي اهتمت بالتكييف القانوني لعقد ال BOT ،لابد من تبيان أن الحجج و البراهين التي استند إليها أصحاب الرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد ال BOT تعد من وجهة نظر الباحث و جبهة و دالة على الطبيعة الإدارية لهذه العقود و ذلك لكونها:

أولاً: تعد تطبيقا متطورا لعقود التزام المرافق العامة و التي تعد بطبيعتها عقودا إدارية.

ثانياً: تشتمل هذه الطائفة من العقود على كافة العناصر الأساسية التي تميز العقود الإدارية وهي: كون أحد أطراف العقد جهة إدارية عامة ، و اتصال العقد بمرفق عام، و تضمن العقد شروطا استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص و تفصيل ذلك كما يلي :

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 143.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 311.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 34.

رأينا في المبحث الأول فيما يتعلق بتعريف عقد ال BOT ، أن هذه العقود تبرم بين طرفين هما الجهة الإدارية من جهة ممثل في الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، و شركة المشروع أو اتحاد شركات من جهة ثانية، و رغم أنها يمكن أن يتم بين طرفين ينتميان إلى أشخاص القانون الخاص، إلا أن هذا في رأينا يعد استثناء عن القاعدة العامة التي تجد أصولها في عقود الامتياز التي تعتبر المنطلق الأساسي الذي انبثق عنه النظام التعاقدية في شكل أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية.

إضافة إلى ما سبق فإن هذه العقود تستمد صفتها الإدارية و بصفة جوهرية من ارتباطها بالمرافق العام، فالأصل أن هذه العقود إنما تبرم من أجل إنشاء أو تجديد أو صيانة مرافق عام، و غالبا ما يتعلق هذه المرفق بمشروع من مشاريع البنية التحتية، و هو ما يحتم توافر معيار المصلحة العامة الذي يهدف إلى تحقيقه إنشاء أي مرافق عام، فلا يتصور على سبيل المثال، إنشاء مطار أو ميناء وفق عقد ال BOT مع تطبيق قواعد القانون الخاص المبنية على تساوي المراكز بين طرفي العقد لأن ذلك قد يشكل تهديدا أساسيا لسيادة و أمن الدولة المضيفة، باعتبارها تضع منافذها الأساسية تحت سيطرة شركات قد تكون أجنبية ، ربما تتحرف بالغاية من وراء إنشاء هذه المشاريع إلى السعي لتحقيق الأرباح دون مراعاة للمصلحة العامة، و هو ما يتنافى مع فكرة المرفق العام و قد يؤدي إلى خدمة مصالح أجنبية.

من جهة أخرى فإن حساسية المرافق التي يتم إنشاؤها وفق هذا الأسلوب تحتم على الدولة أو الجهة الإدارية المانحة التدخل سواء في مرحلة تنفيذ العقد أو مرحلة تشغيل المرفق من خلال استعمالها لسلطاتها في الرقابة، و ذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص.

فالجهة الإدارية تمارس هذه الرقابة سواء من خلال توقيع غرامات تأخير، في حالة تقاعس شركة المشروع عن الوفاء بالتزاماتها في تنفيذ المشروع خلال الأجل المتفق عليها في العقد أو التدخل في تحديد الرسوم التي يدفعها المستفيدون من المرفق.

و تظهر امتيازات السلطة العامة كذلك في إطار هذه العقود من خلال تخويل الجهة الإدارية المانحة الحق في أن تحل محل شركة المشروع في تشغيل المرفق عند تقصيرها و هو ما يمثل صورة أساسية للشروط الاستثنائية التي ينطوي عليها عقد ال BOT ، و هو ما يضفي الصفة الإدارية على هذا النوع من العقود.¹

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 42.

يحق كذلك للجهة الإدارية المتعاقدة في هذه العقود إنهاء العقد بإرادتها المنفردة و من جانب واحد في حالة عدم احترام الطرف الآخر، المتمثل في شركة المشروع لالتزاماته المنصوص عليها في العقد ، و هو ما يمثل في واقع الأمر أهم صورة للشروط الاستثنائية التي تميز العقود الإدارية.¹

إن مصلحة الدولة تقتضي عدم إسناد إدارة و تشغيل مرافقها العامة ، و خاصة ما تعلق منها بالبنية التحتية، إلى أي متعاقد، بل لا بد أن يكون هذا المتعاقد على درجة عالية من الخبرة و الدراية الفنية و التقنية اللازمة لإنشاء و إدارة أحد مرافقها، و غالبا ما تنص عقد ال BOT على عدم جواز تنازل شركة المشروع عن حقوقها و التزاماتها، المقررة لها بموجب العقد ، للآخرين، إلا بموافقة صريحة بذلك من الدولة، و هذا المبدأ يعد دليلا على إدارية العقود المبرمة بهذا الأسلوب.²

و في هذا الصدد فقد اعترف الفكر القانوني الفرنسي، خصوصا في قانون 2003-591 المؤرخ في 2 جويلية 2003، و المتعلق بتمكين الحكومة من تبسيط القانون³، بالطبيعة القانونية الإدارية لعقود الشراكة

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص 42.

² د. جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 165.

³ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n°152 du 3 juillet 2003, page 11192, texte n° 2.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000422094&dateTexte=&categorieLien=id>

-l'article 6 de cette loi dispose que « le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée et créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions..... ».

- Pris sur le fondement de l'article 6 de la loi n° 2003-591, l'article 1 de Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat dispose que « Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée..... ».

- JORF n°141 du 19 juin 2004 page 10994, texte n° 2.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720&dateTexte=&categorieLien=id>

يبين القطاع العام و الخاص و من ضمنها عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، و يعتبر هذه الطائفة من العقود متميزة عن عقود الشراء العمومي و عقود تفويض المرافق العامة. إن وجود هذا النوع الجديد من العقود القائمة على الشراكة بين القطاعين العام و الخاص يعتبر هاما من الناحية الموضوعية، عندما يتعلق الأمر باستثمار ذو تكلفة عالية- مثل تلك المتعلقة بمرافق البنية التحتية- أي عندما يتطلب المشروع المراد إنجازه تمويلا هاما، وفي هذه الحالة يكون القطاع الخاص أقدر من القطاع العام على القيام بهذه الوظيفة.¹

المطلب الثالث: عقد ال BOT في القانون الجزائري

تتطلب دراسة واقع عقد ال BOT في الجزائر، البحث في الأسس القانونية التي تم الاستناد إليها لتطبيق هذه الطائفة من العقود، إضافة إلى البحث في تكييفه كأساس لمعرفة منظور القانون الجزائري لهذا الأسلوب التعاقدية، ثم بعد ذلك إلقاء الضوء على أهم التطبيقات العملية لهذا العقد في الجزائر.

الفرع الأول: الأساس القانوني لعقد ال BOT في القانون الجزائري

لم يعرف القانون الجزائري تسمية " BOT " ²، حيث يشير الواقع القانوني إلى أن المشرع الجزائري لم يصدر تشريعات و قوانين خاصة لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب، و رغم ذلك فإنه لم يتم إغفال هذه الطائفة من العقود، بل تمت الإشارة إليها في بعض النصوص القانونية في مجالات و موضوعات مختلفة، حتى و لو لم يكن النص صريحا و إنما جاء ضمنا من خلال الإشارة إلى المراحل التي ينطوي عليها هذا النوع من العقود.

Voir aussi : GLATT (J M), « Fiche de Niveau 2. Droit Public de l'Economie: Les Partenariats Public-Privé », 2007, p. 1.

http://www.france-jus.ru/upload/fiches_fr/Les%20partenariats%20public-priv%C3%A9.pdf

¹ CHIRIAC (L), « Les Contrats De Partenariat Entre Le Secteur Public et Les Entreprise Privés », Le Courant Juridique , vol. 34, December 2008 , p.11.

http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_200834/recjurid083_46F.pdf

² حصايم سميرة، عقود ال BOT، إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، مرجع سابق، ص 11.

و الملاحظ أن مفهوم عقد ال BOT في القانون الجزائري يندرج متضمنا و متشابكا مع مفهوم عقد الامتياز، وعلى سبيل المثال فقد أشار قانون المياه¹ إلى هذا العقد عندما نص في المادة 17 منه على أنه " تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه المنشآت و الهياكل التي تعتبر ملكا يرجع إلى الدولة بدون مقابل بعد نفاذ الامتياز أو التفويض للإنجاز و الاستغلال، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص".

إن القراءة الأولية لنص المادة السالفة الذكر يشير إلى تضمنها كافة مراحل عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية بداية بالبناء، و المعبر عنه في نص المادة بالإنجاز، ثم الاستغلال أو ما يقابل مصطلح التشغيل في عقد ال BOT ، و أخيرا نقل الملكية، كما أن نص المادة قد فصل في مسألة ملكية المشروع حيث صنفها ضمن الأملاك العمومية التابعة للدولة.

لقد وردت النصوص القانونية التي تشير إلى هذا العقد متفرقة في نصوص تنظم مجالات متعددة، ولم يتم الاقتصار فقط على الإشارة إلى هذه العقود في قانون المياه، بل تعداه إلى مجالات أخرى مثل القانون المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات²، و الذي نص في المادة 2 فقرة 9 على أن " الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل، يستغل بموجبه شبكة و يطورها فوق إقليم محدد و لمدة محددة بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات " ، وكذلك نص المادة 7 من نفس القانون و التي تنص على أنه " ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء و يستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام، حائز رخصة إستغلال"³.

و علاوة على ما تم ذكره سابقا فقد نصت المادة 166 من قانون المالية لسنة 1996⁴ على أنه " يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة و لواحقتها، و تسييرها، و استغلالها و صيانتها و كذا أعمال تهيئتها و/أو توسيعها، محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو الخاص....."

¹ قانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 4 غشت سنة 2005، يتعلق بالمياه، أنظر ج.ج.ج.ج. رقم 60 بتاريخ 4 سبتمبر سنة 2005، ص 3.

² قانون رقم 02-01 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق 5 فبراير سنة 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، أنظر ج.ج.ج.ج. رقم 08 بتاريخ 06 فبراير 2002، ص 4.

³ حصايم سميرة، عقود ال BOT، إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، مرجع سابق، ص 12.

⁴ ج.ج.ج.ج. رقم 82 بتاريخ 31 ديسمبر 1995.

إن قراءة نص المادة السابقة يبين أن المشرع الجزائري قد أشارو لو بصفة ضمنية إلى صيغة من صيغ عقد ال BOT ، و جاء ذلك أساسا تحت مسمى الامتياز، و هو ما يشير في رأينا إلى أن المشرع الجزائري ينظر إلى هذه العقود على أنها امتداد لعقود الامتياز المعروفة منذ نهاية القرن 19.

لقد نصت كذلك المادة 167 من نفس القانون على أنه: "يترتب على الامتيازات المذكورة في المادة 166 السابقة تحصيل رسم المرور لصالح صاحب الامتياز، وفق الشروط المحددة في اتفاقيات و في دفاتر الشروط المرتبطة بها." و بذلك تكتمل جميع العناصر التي تكون عقد ال البناء و التشغيل و نقل الملكية.

و كمثال آخر عن النصوص القانونية التي تطرقت إلى هذا النوع من العقود ، المرسوم التنفيذي رقم 308-96 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة¹ حيث نص في مادته الأولى على مايلي " يخضع إنجاز الطرق السريعة و ملحقاتها و تسييرها إلى منح امتياز كما ينص عليه هذا المرسوم".

ونصت المادة الثانية من نفس المرسوم على أنه " يمكن منح امتياز الطريق السريع، لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، الذي يقدم طلبا بذلك ، وفق شروط و تعليمات دفتر الأعباء النموذجي الملحق بهذا المرسوم".

و تنص المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية الخاصة بمنح امتياز الطريق السريع الواردة في الملحق الأول للمرسوم التنفيذي 308-96 السالف الذكر على أنه " تخول الدولة بمقتضى هذه الاتفاقية، للشركة صاحبة الامتياز، التي تقبل، القيام بالبناء و الاستغلال و الصيانة (حسب الحالة) للطريق السريع أو مقاطع الطريق السريع".

كذلك قد تمت الإشارة إلى هذا العقد في المادتين الثانية و الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 475-97 المؤرخ في 8 ديسمبر 1997²، يتعلق بمنح امتياز المنشآت و الهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير و المتوسط، حيث نصت المادة الثانية من المرسوم السالف على ما يلي: " يمكن أن تمنح المؤسسات و المقاولات العمومية و كل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، و تتوفر فيه المؤهلات المهنية امتياز تسيير و استغلال و صيانة المنشآت و الهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير و المتوسط".

¹ ج.ج.ج، رقم 55 بتاريخ 25 سبتمبر 1996، ص 8.
² ج.ج.ج، رقم 82 بتاريخ 14 ديسمبر 1997، ص 20.

و نصت كذلك المادة الثالثة من نفس المرسوم على أنه: " يمكن أن تمنح المؤسسات و المقاولات العمومية و كل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص و تتوفر فيه المؤهلات المهنية امتياز إنجاز المنشآت و الهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير و المتوسط، بغية استغلالها".¹

الفرع الثاني: التكيف القانوني لعقد ال BOT في القانون الجزائري

كما تمت الإشارة إليه سابقا ، فإن القانون الجزائري لم يعرف تسمية "BOT" من جهة، ومن جهة ثانية فإنه لا يوجد تشريع خاص ينظم التعاقد بهذا النوع من العقود مثل ما هو الحال عليه في بعض الدول كتركيا، و تتضح أهمية تحديد التكيف القانوني لهذه العقد في تحديد النظام القانوني المطبق على هذه العقود من جهة، و من جهة ثانية تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذها.

لقد سبقت الإشارة إلى أن التكيف القانوني لهذا العقد قد عرف جدلا واسعا على مستوى الفقه القانوني، بين من يميل إلى إسباغ الصفة الإدارية على هذه الطائفة من العقود ، و بين من يرى أن هذه الأخيرة إنما هي في جوهرها عقود من عقود القانون الخاص ، ينطبق عليها ما ينطبق على عقود القانون الخاص من تساوي المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة ، و أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك الآراء التي تعتبر هذا النوع من العقود من عقود التجارة الدولية.

لقد عرف القانون الجزائري من خلال مختلف النصوص التشريعية و التنظيمية التي أشارت إلى هذه الطائفة من العقود ، إلحاق مفهوم هذه العقود دوما بمفهوم عقود الامتياز، فلم تتم الإشارة صراحة إليها و إنما جاء ذلك ضمنا من خلال الإشارة إلى المراحل المختلفة التي تنطوي عليها هذه العقود من إنجاز و استغلال و تحويل للملكية، و هو ما تم التطرق إليه سابقا، غير أن النزوع إلى استعمال مصطلح الامتياز للدلالة على مفهوم هذه الطائفة من العقود إنما يدل في رأينا على التأثير بالرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد ال BOT.

¹ مشار إليه في: بودياب بدره هاجر، عقد امتياز المرافق العامة و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2009-2010، ص 53.

و في صدد البحث عن التكييف القانوني لهذا العقد في القانون الجزائري فقد نصت المادة 10 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط و كفاءات منح امتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية¹ على مايلي: "يكرس الامتياز المذكور في المادة 04 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار و كذا بنود و شروط منح الامتياز."

كما جاء في نص المادة 76 من قانون 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 و المتعلق بالمياه أنه "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية، الذي يعد 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 و الكفاءات التي تحدد عن طريق التنظيم."

و قد تم تحديد العمليات التي تدخل ضمن الامتياز الممنوح في نص المادة 76 سالف الذكر، في نص المادة 77 من نفس القانون، و التي من بينها إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة.

من خلال المواد السالفة الذكر يتضح صراحة أن عقد ال BOT و خاصة ما تعلق منها بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة تبرم وفقا لقواعد القانون العام.

إضافة لما تم التطرق إليه سلفا، فقد تضمن المرسوم التنفيذي 04 – 417 المؤرخ في 20 ديسمبر 2004 ، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها²، مجموعة من القواعد التي تترجم بوضوح ميل المشرع الجزائري إلى اعتبار العقود المبرمة وفق هذا الأسلوب بشأن هذه المشاريع، من العقود الإدارية، وذلك لكونها تترجم بصورة جلية الخصائص و المميزات التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، و من بين ما تضمنه المرسوم السالف الذكر في هذا الشأن :

المادة 6 و التي تنص على أنه: "يمنح الامتياز ،موضوع هذا المرسوم، عن طريق المزايدة." وهو ما يدل على اللجوء إلى الأساليب المتبعة في إبرام عقود القانون العام.

¹ ج.ج.ج، رقم 49 بتاريخ 03 ديسمبر 2008، ص 5.

² ج.ج.ج، رقم 82 بتاريخ 22 ديسمبر 2004، ص 30.

وكذلك نصت المادة 9 من نفس المرسوم على أنه " يمنح امتياز أنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها بموجب اتفاقية امتياز يوقعها ،حسب الحالة، رئيس المجلس الشعبي البلدي و الوالي المختص إقليميا و الراسي عليه المزداد." في نص المادة 9 أعلاه تم تحديد أطراف العقد في الجهة الإدارية ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي و الوالي المختص إقليميا من جهة و ذلك بحسب طبيعة المرفق المراد إقامته، و الراسي عليه المزداد من جهة ثانية، و هو ما يمثل ترجمة لأحد الخصائص الأساسية التي تميز عقود القانون العام .

و نصت كذلك المادة 15 من نفس المرسوم في فقرتها الثانية على أنه "إذا لم يمتثل صاحب الامتياز لأوامر السلطة المانحة للامتياز بعد انقضاء هذا الأجل – أي أجل الإعدار- ، تقرر هذه الأخيرة إلغاء الامتياز."

و كذلك المادة 20 من نفس المرسوم التي تنص على أنه " يتعين على صاحب الامتياز الخضوع لأوامر السلطة المانحة للامتياز و مدير النقل في الولاية المختص إقليميا.

و يتعين عليه الخضوع لأشكال التفتيش والمراقبة التي يقوم بها، فجائيا و بانتظام، الأعوان التابعون للسلطة المانحة للامتياز أو الأعوان الذين يفوضهم مدير النقل في الولاية المختص إقليميا."

إن نص المادة 20 أعلاه يشير بوضوح إلى امتيازات السلطة العامة التي يخولها عقد الامتياز في شكل ال BOT للسلطة الإدارية في مجال إقامة و تسيير المنشآت القاعدية لاستقبال المسافرين عبر الطرقات، و التي تتمثل في سلطة الرقابة على إنجاز و تسيير المرفق موضوع العقد ، و هو ما يؤكد الطبيعة الإدارية لهذه العقود.

كما نصت المادة 26 من نفس المرسوم على أنه " يمكن السلطة المانحة للامتياز أيضا، إلغاء الامتياز للأسباب التالية:

- إذا لم تتوفر الشروط التي سمحت بالحصول عليه،
- إذا لم يمتثل صاحب الامتياز لإعدارات 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."

و تظهر كذلك مظاهر الرقابة التي تتمتع بها السلطة الإدارية في العقود الإدارية كترجمة لامتيازات السلطة العامة ،التي تخولها مثل هذه العقود للإدارة العامة، من خلال نص المادة 16 من دفتر الشروط

النموذجي¹ المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، و التي نصت على أنه " زيادة على المراقبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن السلطة مانحة الامتياز و في كل وقت، إجراء المراقبات للتأكد من أن نشاطات إنتاج المياه منفذة من صاحب الامتياز، طبقاً لأحكام عقد الامتياز و دفتر الشروط هذا".

و نصت المادة 10 من دفتر الشروط السابق الإشارة إليه إلى أنه " يتعين على صاحب الامتياز طلب الموافقة المسبقة من السلطة المانحة للامتياز لأي تغيير أو توسيع في الهياكل. " وهو ما يعبر بوضوح على السلطة التنظيمية التي تتمتع بها الجهة الإدارية مانحة الامتياز.

كما نصت المادة 21 من دفتر الشروط المتعلق بمنح امتياز توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها²، على مايلي: " يمكن للأشخاص المؤهلين لممارسة الرقابة ، المعينين من طرف الوزير المكلف بالطاقة أو رئيس لجنة ضبط الكهرباء و الغاز، أن يقوموا في أي وقت بكل الفحوص المفيدة في أداء مهمتهم و على وجه الخصوص أن يجروا التجارب و القياسات الضرورية و أن يطلعوا في عين المكان على جميع الوثائق التقنية أو المحاسبية أو أن يحتفظوا بنسخة منها.....".

و كذلك المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 11- 220 المؤرخ في 12 يونيو سنة 2011، يحدد كفاءات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة³، و التي نصت على أن " امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاح غير قابل للتنازل عنه و لا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان".

و من بين المواد التي تحيل إلى الشروط اللائحية فيما يخص عقد ال BOT، المادة 13 من نفس المرسوم و التي نصت على أنه " يمكن إلغاء الامتياز دون أي تعويض و بعد الإعدار، في حالة عدم احترام دفتر الشروط".

¹ ج.ر.ج.ج، عدد 34 بتاريخ 19 يونيو 2011، ص 9.
² دفتر الشروط المتعلق بصاحب امتياز توزيع الكهرباء و/ أو الغاز و واجباته ، ملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-114 يحدد كيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها و دفتر الشروط المتعلق بصاحب الامتياز و واجباته، ج.ر.ج.ج، عدد 20 بتاريخ 13 أبريل 2008، ص 11.
³ ج.ر.ج.ج، عدد 34 بتاريخ 19 يونيو 2011، ص 8.

من خلال ماسبق يتضح أن خصائص العقود الإدارية متوافرة فيما يتعلق بعقود ال BOT في القانون الجزائري ، و يتضح ذلك جليا من خلال كون أحد الأطراف في عقد ال BOT من أشخاص القانون العام، و أن هذه العقود تنصب على إنجاز مرافق عامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، إضافة إلى بروز قواعد استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص ، كترجمة للامتيازات التي تتمتع بها الجهة الإدارية المتعاقدة، و خاصة ما تعلق منها بسلطة التنظيم و سلطة الرقابة على الإنجاز و الاستغلال، و هو ما يظهر من خلال الشروط اللائحية التي تتضمنها مختلف النصوص القانونية الواردة بشأن هذه العقود ، سواء في دفاتر الشروط التي تنظم التعاقد وفق هذا الأسلوب ، أو في كفاءات و شروط منح الامتيازات. لكن هل اقتصر القانون الجزائري فقط على قواعد القانون العام لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب ؟

في واقع الأمر، فإن القانون الجزائري لم ينجر بصفة مطلقة و كلية إلى إحاطة هذا النوع من العقود، و خاصة تطبيقاتها في مجال إنشاء هياكل تحلية مياه البحر، بالقواعد المستمدة من القانون العام، بل إنه فتح المجال لإبرام هذه العقود على أسس عقود الاستثمار الدولي، حيث نصت المادة 81 من قانون 05 - 12 المتعلق بالمياه إلى أنه " يمكن بموجب هذا القانون، منح امتياز إنجاز و استغلال هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية، طبقا لأحكام الأمر 01 - 03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1425 الموافق 20 غشت 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار."

إن الاطلاع على اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية من جهة و الشركات التي أخذت على عاتقها إنجاز مشروعات تحلية مياه البحر على امتداد الساحل الجزائري من جهة ثانية ، هذه الأخيرة التي تعد أبرز التطبيقات العملية لعقد ال BOT في القانون الجزائري، يؤكد اتجاه الدولة الجزائرية إلى إحاطة هذه المشاريع بالكثير من الضمانات و التحفيزات المستمدة أساسا من قواعد قانون تطوير الاستثمار السالف الذكر، و هو ما يعكس مرونة في القانون الجزائري و عدم احتكامه بصفة كلية و مطلقة لقواعد القانون العام، الذي قد يكون عاملا معرقلا لتشجيع الاستثمار و جلب رؤوس الأموال، خاصة الأجنبية منها ، بهدف الاستفادة من الإمكانيات المالية و بالخصوص التكنولوجية ، قصد تحفيز النمو و تطوير البنية التحتية ذات الطابع الحيوي و الاستراتيجي مثل محطات تحلية مياه البحر، و محطات توليد الطاقة الكهربائية.

¹ ج.ج.ج، عدد 47 بتاريخ 22 غشت 2001، ص 4.

و من أبرز المعالم التي تحيل إلى قانون الاستثمار ، الاستفادة من النظام الاستثنائي للاستثمار و المحدد في المادة 11 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار السالف الذكر و التي تشير إلى الاستفادة من المزايا الخاصة و المتمثلة أساسا في الإعفاءات من دفع حقوق الملكية و الإعفاء من الرسم العقاري و الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات و الضريبة على الدخل الإجمالي و الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

و قد نصت المادة 15 من اتفاقية الاستثمار¹ المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار من جهة ، و شركة " Hamma Water Desalination " باعتبارها شركة المشروع في محطة تحلية مياه البحر بالحامة من جهة أخرى، على الضمانات المكفولة لشركة المشروع في إطار الإجراءات و التدابير التحفيزية للاستثمار الواردة في قانون 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، و هو ما نصت عليه كذلك المادة 16 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين نفس الوكالة و شركة "اقواس سكيكدة" بخصوص إنجاز محطة تحلية مياه البحر بسكيكدة.

لقد لجأت الدولة الجزائرية، و من خلال تعاقدها مع المستثمرين الأجانب في إطار عقد ال BOT المتعلقة بإنجاز هياكل تحلية مياه البحر إلى التحكيم² كوسيلة لحل الخلافات بين الطرفين بمناسبة تنفيذ بعض هذه العقود، و هو ما يعبر عن الاحتكام للقواعد و الأنظمة التي تحكم تسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية، و هذا و إن دل على شيء فإنما يدل على السعي إلى إيجاد التوازن بين متطلبات جلب رؤوس الأموال – خاصة الأجنبية منها- و بين الحفاظ على ضرورة السير الحسن لمرافق الدولة العامة.

و مثال ذلك ماورد في نص المادة 18- 2 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار من جهة و شركة " Hamma Water Desalination "، تحت عنوان تسوية الخلافات، حيث نصت على أنه: " في حالة استمرار الخلاف ،يفصل فيه نهائيا مع مراعاة أحكام الفقرة 18-5، عن

¹ ج.ر.ج.ج، عدد 07 بتاريخ 28 يناير 2007 ، الصفحة 21.

² لم يتم اللجوء في واقع الأمر إلى التحكيم في جميع المشاريع المنفذة في مجال تحلية مياه البحر، فقد نصت المادة 14-2 من اتفاقية الاستثمار لمحطة كهرومائية على أنه: " في حالة استمرار الخلاف، تفصل فيه نهائيا المحاكم الجزائرية المختصة."

طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI¹ و ذلك بتعين حكم واحد أو أكثر طبقا لهذا التنظيم . يعقد التحكيم بباريس (فرنسا) ، وتتم إجراءات التحكيم باللغة الفرنسية".

و هو ما تم النص عليه كذلك في نص المادة 19 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين نفس الوكالة من جهة و شركة "أقواس سكيكدة" من جهة أخرى، بصفتها شركة المشروع في عقد بناء محطة تحلية مياه البحر بسكيكدة، و التي أحالت إلى التحكيم كطريق أولي و وحيد لحل الخلافات – في حالة فشل المحادثات بين الطرفين- التي يمكن أن تنشأ أثناء تنفيذ العقد.

إضافة إلى ذلك ، فقد نصت المادتان 21 و 22 من الاتفاقيتين السابقتين على التوالي على عدم جواز تعديل الاتفاقيتين السابقتين إلا بوثيقة مكتوبة و موقعة من قبل الأطراف بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، وهو ما يعني بالضرورة تنازل الجهة الإدارية عن حقها في تعديل العقد من طرف واحد ، كصورة من صور امتيازات السلطة العامة التي تظهر جليا في العقود الإدارية .

و عليه فإنه يتضح بأن الجانب الاستثماري في عقود ال BOT المطبقة عمليا في الواقع القانوني الجزائري لم يتم إغفاله خاصة فيما تعلق بالاتفاقيات التي أبرمت بخصوص إنجاز مشاريع تحلية مياه البحر، و هو ما يمكن أن يفسر بسعي الدولة الجزائرية إلى جلب الاستثمارات، و خاصة الأجنبية منها، في قطاعات أساسية تدخل ضمن البنية التحتية، ذلك أن الجزائر و رغم الإمكانيات المالية التي تتمتع بها، إلا أن ذلك لا يغنيها عن تقديم تسهيلات للمستثمرين، و رفع القيود التي من شأنها أن تكون عامل نفور لهذه الاستثمارات، و خاصة ما تعلق منها بالحد من الاعتماد على الشروط اللائحية في اتفاقيات الاستثمار المبرمة وفق أسلوب ال BOT لمصلحة البنود التعاقدية ، و لعل الدافع إلى ذلك هو بالأساس الرغبة في نقل التكنولوجيا و الخبرات التقنية و الهندسية و أساليب الإدارة الحديثة التي تتمتع بها شركات المشروع في مثل هذه المشروعات الحيوية.

إن هذه الأهداف لا يمكن في الواقع تحقيقها في ظل نظام قانوني جامد لا يتمتع بالمرونة مثل ما تنطوي عليه عقود القانون العام من امتيازات للسلطة العامة، قد تصل حد الإكراهات التي تتنافى مع مبدأ تشجيع الاستثمار و اكتساب التكنولوجيا.

¹Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

و إذا كان القانون الجزائري قد جعل الأصل في تكييف عقد ال BOT المتعلقة بإقامة هياكل تحلية مياه البحر، هو اعتبارها من عقود القانون العام، إلا أن الاستثناء هو سماح المشرع الجزائري بتنفيذ المشاريع الخاصة بتحلية مياه البحر وفق أحكام قانون 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، و هو ما يتضح جليا في اتفاقيات الاستثمار المبرمة في هذا الإطار بخصوص إنجاز محطتي الحامة و سكيكدة وغيرها.

الفرع الثالث: أهم التطبيقات العملية لعقد ال BOT في القانون الجزائري

تتجلى التطبيقات العملية لهذا النوع من العقود في القانون الجزائري، و بشكل خاص، في مشاريع تحلية مياه البحر، و التي يبلغ مجموع المشاريع المتعلقة بها 12 مشروعا على امتداد الساحل الجزائري، و من الجدير بالذكر أن هذه المشاريع تمت في إطار القانون 01-03 المتعلق بالاستثمار، و تم التعاقد فيها بين الدولة الجزائرية ممثلة في الشركة الجزائرية للطاقة (AEC) Algerian Energy Company¹ من جهة و بين مجموعة من الشركات العالمية ذات الخبرة في مجال إنجاز و تسيير منشآت تحلية مياه البحر.

و لا تعد الجزائر البلد الوحيد الذي لجأ إلى هذا الأسلوب في مجال المياه، بل لجأت العديد من الدول إلى القطاع الخاص من أجل تلبية حاجياتها الضخمة في مجال تمويل و تحسين كفاءة مرافقها العامة المتصلة بالمياه، كمحطات التحلية و التطهير، و ذلك للاستفادة من قدرات القطاع الخاص في مجال التمويل و التسيير سواء عن طريق أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية في حالة إقامة مشاريع البنية التحتية في قطاع المياه، أو اللجوء إلى أسلوب الشراكة بين القطاع العام و الخاص في مجال تسيير مرافق المياه.²

¹ تم إنشاء الشركة الجزائرية للطاقة في ماي 2001، و هي بالأساس شركة لتطوير المشاريع في مجال الطاقة، و هي مملوكة مناصفة بين شركتي سوناطراك و سونالغاز المملوكتين للدولة، يتمثل دورها في إنشاء شركات مشروع في مجال الطاقة بالشراكة مع شركات و مجتمعات أخرى، و تأخذ هذه الشركة طابع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري. أنظر في ذلك:

SOGESID," Approvisionnement en Eau et Assinissement au Niveaux Local : rapport par Pays : Algérie", Union Européen, Novembre 2005, p. 12.
<http://www.emwis.org/countries/fo1749974/semide/PDF/Sogesid-algeria>

² Études de l'OCDE sur l'eau Infrastructures en eau et secteur privé: Guide de l'OCDE pour l'action publique, OECD Publishing, 11 janv. 2012 , pp. 106-107.
<http://books.google.fr/books?id=UxaMksBdUrgC&pg=PA107&dq=contrat+BOT&hl=fr&sa=X&ei=8IF6UfWhKO7Z4QSB8oDABQ&ved=0CDYQ6AEwAA#v=onepage&q=contrat%20BOT&f=false>

و كمثل على التطبيقات العملية لأسلوب ال BOT في إقامة المشاريع المتعلقة بالمياه على المستوى الدولي، مشروع "Sydney-Prospect" و المتعلق بإنشاء محطة لمعالجة مياه الشرب لمدينة سيدني الأسترالية، و ذلك بموجب العقد المبرم بين شركة " ليوناز دي زو lyonnaise des eaux الفرنسية عن طريق فرعها في أستراليا: Australian Water Services و الشركة الأسترالية العمومية: Sydney Water Board و الذي تم إبرامه في سبتمبر 1993 لمدة 25 سنة، و يتعلق بإقامة و تمويل و تسيير محطة معالجة المياه لمدينة سيدني في إطار عقد BOO الذي يعد أحد صور عقد ال BOT.¹

و من الملاحظ أن شركات المشروع في المشاريع المنفذة في القانون الجزائري، هي عبارة عن تحالف بين مجموعة من الشركات في شكل كونسورتيوم يجمع بين شركاء وطنيين و أجانب ، تختلف فيه نسبة مشاركة الشركاء بحسب المشروع، و الملاحظ أن الطرف الجزائري ممثل في هذه التحالفات المالية بالشركة الجزائرية للطاقة Algerian Energy Company ، AEC و التي يساهم فيها مجمعا SONATRACH² و SONELGAZ³، و هما مجمعان تابعان للدولة الجزائرية.

إن الملاحظ لتركيبية الشركات التي انخرطت في تنفيذ مشاريع تحلية مياه البحر ، يجد أن عملية تمويل تنفيذ هذه المشاريع تتم بصفة نسبية عن طريق الدولة الجزائرية ، و ذلك عن طريق إشراك الشركة الجزائرية للطاقة كطرف مساهم في الكونسورتيوم الذي يكون الشركات المنفذة في كل مشروع، و هو ما يمثل في نظر البعض تطبيقا خاطئا لمفهوم عقد ال BOT، لأنه يتعارض مع الفلسفة التي يقوم عليها هذا النوع من العقود، و القائمة على فكرة تمويل القطاع الخاص إقامة المرافق العامة و خاصة تلك التي ترتبط بالبنية التحتية.⁴

¹ BOURBIE (T), DIDION (J), « BOT versus Concession : les leçons des Contrats de Sydney et de Buenos Aires », Annales des Mines, Aout 1999. p. 69.
<http://www.annales.org/ri/1999/ri08-99/bourbie67-72.pdf>

² Société Nationale pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation, et la Commercialisation des Hydrocarbures.

³ Société nationale de l'électricité et du gaz.

⁴ حصايم سميرة، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مرجع سابق، ص 13.

الفرع الرابع: تطبيقات هذه العقود في ميدان تحلية مياه البحر

بلغ مجموع المشاريع المنفذة وفق هذا الأسلوب في ميدان تحلية مياه البحر 12 مشروعاً على امتداد الساحل الجزائري، و قد جاء تنفيذ هذه المشاريع بمشاركة شركات أجنبية تتمتع بالخبرة و الكفاءة في مجال إنجاز و تسيير هياكل تحلية مياه البحر. و من هذه المشاريع :

- مشروع حامة واطر ديسالينايشن Hamma Water dessalination لتحلية مياه البحر، و المقام بالحامة بالجزائر العاصمة، و الذي بموجبه، تقوم شركة المشروع المكونة من تحالف بين الشركة الجزائرية للطاقة AEC بنسبة مشاركة تقدر ب 30% و شركة جينيرال أليكتريك ايونيكس حامة هولدينغز General Electric Aionics Hamma Holdings و¹ هي شركة خاضعة للقانون الايرلندي، و بنسبة مشاركة تقدر ب 70% من رأس مال شركة المشروع المسماة "HWD spa" بإنجاز محطة لتحلية مياه البحر بمنطقة الحامة.²

إن مدة الامتياز الممنوح لشركة المشروع وفق هذه الاتفاقية محددة ب 30 سنة، ابتداء من تاريخ دخولها حيز التنفيذ، و هو ما نصت عليه المادة 2 فقرة 2 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الطرفين، و تلتزم شركة المشروع بموجب هذه الاتفاقية، بإنجاز مصنع لتحلية مياه البحر بالحامة – الجزائر العاصمة- بطاقة تقدر ب 200000 م³ في اليوم و بقيمة إجمالية يقدر ب 256 مليون دولار أمريكي.

وفي نفس الإطار فقد تم إنجاز مشاريع أخرى لتحلية مياه البحر، نذكر منها محطة تحلية مياه البحر و إنتاج الكهرباء كهرباء kahrama بأرزويو وهران، و التي تم إنشاؤها وفق اتفاقية استثمار بأسلوب ال BOT، بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار من جهة ، و شركة المشروع Kahrama المكونة من اتحاد شركتي AEC و الشركة الجنوب إفريقية بلاك أند فينش أفريقيا ليميتد Black And Vitch Africa Limited بنسبة مشاركة في رأس المال تقدر ب 95 % للشركة الجنوب إفريقية و 5% للشركة الجزائرية للطاقة AEC، و تمتد هذه الاتفاقية لمدة 30 سنة ابتداء من دخولها حيز التنفيذ.³

¹ و هي شركة مملوكة لشركة جينيرال إليكتريك الأمريكية

² قد تمت الموافقة على اتفاقية الاستثمار بشأن هذا المشروع، من قبل المجلس الوطني للاستثمار بتاريخ 17 جانفي 2005.

³ ج.ر.ج، عدد 07 بتاريخ 28 يناير 2007، ص 33.

- محطة تحلية مياه البحر بسكيكدة و التي تم إنشاؤها بموجب اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية للاستثمار و شركة المشروع " أجواس دو سكيكدة SPA Aguas do Skikda " ، و المشكلة من اتحاد بين الشركة الجزائرية للطاقة AEC بنسبة مساهمة تقدر ب 51% ، و شركة جايدا الإسبانية بنسبة مساهمة تقدر ب 49% ، و تمتد هذه الاتفاقية لمدة 30 سنة من تاريخ دخولها حيز التنفيذ.¹ إضافة لما سبق فقد تم إنشاء مجموعة من محطات تحلية مياه البحر و فق عقد ال BOT و يمكن إجمالها في مايلي:

- محطة تحلية مياه البحر مستغانم، و التي تم تنفيذها من قبل شركة المشروع المكونة من شركة Fomento de Construcciones y Contratas SA (FCC) الإسبانية بنسبة 26% ، و شركة OHL Obrascon Huarte Lain الإسبانية كذلك بنفس النسبة، و 48% للشركة الجزائرية للطاقة AEC، و قد تم تنفيذ المشروع وفق أسلوب ال BOT لمدة امتياز تصل إلى 25 سنة و بمبلغ استثمار إجمالي قدره 250 مليون دولار.²

- محطة تحلية مياه البحر "سوق الثلاثاء"، و التي تم إنشاؤها وفق أسلوب ال BOT، لمدة امتياز تقدر ب 25 سنة، من طرف شركة المشروع المكونة من اتحاد شركتي BHD Malakoff الماليزية و الشركة الجزائرية للطاقة AEC ، و بلغ حجم الاستثمار في هذا المشروع 213 مليون دولار، و بنسبة مساهمة في رأس مال شركة المشروع تقدر ب 59% للشركة الجزائرية، و 41% للشركة الماليزية.³

- محطة تحلية مياه البحر " تنس " ، و قد تم أنشاؤها وفق أسلوب ال BOT لمدة 25 سنة من طرف شركة المشروع المكونة من الشركة الجزائرية للطاقة AEC ، و شركة AB Engoa بنسبة مساهمة في تمويل المشروع تقدر ب 51% من إجمالي مبلغ الاستثمار المقدر ب 231 مليون دولار.⁴

¹ ج.ر.ج.ج، عدد 07 بتاريخ 28 يناير 2007، ص 27.

²Investment Commitments and the Number of New Projects Decline in the Middle East and North Africa, PPI data update note 32, op. cit, Tableau 4.

³Investment Commitments and The Number of New Projects Decline in The Middle East and North Africa, PPI data update note 32, op. cit, Tableau 4.

⁴ Investment Commitments and The Number of New Projects Decline in The Middle East and North Africa, PPI data update note 32, op. cit, Tableau 4.

- محطة تحلية مياه البحر هونايي تلمسان، حيث تم إنجازها وفق أسلوب ال BOT بالشراكة مع كونسورتيوم مكون من ثلاث شركات إسبانية هي على التوالي شركة SACY Vellehermoso بنسبة 17%، وشركة Actividades de Construcción y Servicios بنسبة 17%، وشركة Abengoa بنسبة 17%، إضافة إلى الشركة الجزائرية للطاقة بنسبة 49%، و يقدر مبلغ الاستثمار في هذه المحطة ب 230 مليون دولار.¹

و بعد انتهاء مدة الامتياز تسترجع الدولة الهياكل المنجزة من أجل المنفعة العمومية و كذا أراضي الوعاء المخصصة لها، دون مقابل طبقا للتشريع المعمول به ، و هو ما نصت عليه المادة 10 من المرسوم 11-220 السالف الذكر.

¹ Privet Participation in Infrastructure Database, Private Water Projects at a New Peak in 2007, but investment levels low, PPI data update note 9 , World Bank, May 2008, Tableau 4.
http://ppi.worldbank.org/features/archive/ppi_archive.aspx?SectionID=2

الفصل الثاني

الإطار القانوني للتعاقد وفق أسلوب ال BOT

الفصل الثاني: الإطار القانوني للتعاقد وفق أسلوب ال BOT

تكتسي دراسة الإطار القانوني للتعاقد وفق أسلوب ال BOT أهمية بالغة ، ذلك لارتباط هذا النوع من العقود بالعديد من التعاقدات، و كذلك إلى الدور الهام الذي أصبح يلعبه على الساحة الدولية في مجال تمويل إقامة البنية التحتية و التي تعد العمود الفقري لأي عملية تنموية ، و رغم حداثة هذا الأسلوب التعاقدية نسبيا إلا أن نظامه القانوني عرف تطورا كبيرا مستفيدا في ذلك من التطور الاقتصادي و التكنولوجي الكبير، و تزايد الشركات المتعددة الجنسيات، و تطور تقنيات الإنشاء و التمويل الذي عرفه العالم ، و هو ما يبرر اللجوء إلى وسائل و تقنيات قانونية حديثة من أجل تحقيق الهدف الذي تنشده كل الدول، و هو تحقيق التنمية و الرفاه الاجتماعي و الحفاظ في نفس الوقت على التوازنات الاقتصادية و المالية لهذه الدول.

و ستم دراسة الإطار القانوني لهذا العقد من خلال التطرق لنشأته و كفاءات إبرامه و الآثار المتبادلة بين أطرافه و المترتبة على دخوله حيز الوجود القانوني و ذلك في مبحث أول، أما المبحث الثاني فسيخصص لدراسة حالات انقضاء هذا العقد، و انتهاء وجوده القانوني، إضافة إلى طرق و كفاءات تسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذه.

المبحث الأول: إبرام عقد ال BOT و آثار تنفيذه

نظرا لتعلق عقد ال BOT بالمرافق العامة، و التي تكون غالبا على اتصال بمشاريع البنية الأساسية، و نظرا لأهمية الآثار التي يرتبها سواء على السير الحسن للمرافق العامة، أو على التنمية بصفة عامة كان لا بد من التطرق إلى المراحل الأساسية التي يمر بها إبرام هذا النوع من العقود من جهة ، و كذلك إلى الآثار التي يولدها دخوله دائرة الوجود القانوني.

المطلب الأول : إبرام عقد ال BOT

ينشأ هذا العقد ، باعتباره، عقدا إداريا ، بين الدولة ممثلة بإحدى إداراتها المركزية أو المحلية ، أو إحدى مؤسساتها العامة من جهة¹، و الشخص المعنوي أو الطبيعي الذي يوكل إليه تنفيذ الالتزام من جهة أخرى، فتقوم الإدارة باختبار المتعاقد ، وفقا للقواعد و الإجراءات التي يتطلبها التعاقد مع الإدارة ، بوجه

¹ نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية على تسمية الطرف الذي يمثل الجهة الإدارية في الصفقات العمومية بـ: " المصلحة المتعاقدة " .

عام ، و لاسيما المناقصة العمومية و استدراج العروض و الاتفاق بالتراضي والهدف من هذه القواعد في عقد ال BOT هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض ، و خصوصا من الناحيتين الفنية و المالية ، و أكفا المتقدمين لإنشاء المرفق العام و إدارته و صيانتته. و يتحقق ذلك من خلال تطبيق مبادئ العلانية و الشفافية و تكافؤ الفرص و المساواة و حرية المنافسة، و سواها من المبادئ التي تركز عليها أحكام المناقصات العمومية.¹

و سيتم التطرق فيما يلي إلى الإجراءات السابقة للتعاقد، و تقديم العروض ، و إعداد مشروع العقد ، و صياغته ، و إبرام العقد و دخوله مرحلة التنفيذ، و تفسير العقد.

الفرع الأول : الإجراءات السابقة للتعاقد

تتلخص الإجراءات السابقة على التعاقد في تحديد المشروع المراد إنشاؤه و دراسة الجدوى للمشروع.

أولا: تحديد المشروع

يمثل تحديد المشروع أهمية كبيرة، لأنه يتماشى مع خطة الدولة الاقتصادية ، و أهدافها و تطلعاتها ، و قدرتها على إنشاء المرفق العام ، و أهمية تنفيذه في ضوء حاجات المجتمع و أولوياته.² و تتم هذه المرحلة من خلال قيام الجهة الإدارية بتحديد مشاريع البنية التحتية التي تحتاج إلى تمويل من القطاع الخاص من بين المرافق التي تعاني من سوء تقديم الخدمات أو قصورها، و تقوم في إطار ذلك بإعداد دراسات جدوى متعلقة بهذه المشاريع سواء كانت تقنية أو اقتصادية أو اجتماعية، و كذلك تحديد المواصفات الفنية التي تلتزم بتأديتها شركة المشروع أثناء إنشائه، و من شأن ذلك تعزيز قدرة المشروع على جذب المستثمرين و إقناعهم بمزاياه الاقتصادية.³

و قد تلجأ الدولة في هذه المرحلة إلى مستشارين فنيين و ماليين و قانونيين لتقديم المعونة للقيام بالدراسات القانونية و التقنية اللازمة، لدراسة جدوى المشروع و تحضير مستندات العطاء على نحو يتفق مع المعايير الدولية.⁴

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 175.

² د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 177.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبيشي، مرجع سابق، ص 80.

⁴ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 121.

و في غالب الأحيان تقوم الجهة الإدارية بتحديد المشروع المطلوب إقامته و أسلوب تمويله، لكن هذا لا ينفي إمكانية قيام شركة المشروع أو مجموعة من المستثمرين بتحديد المشروع المزمع تنفيذه.¹ و يرى البعض² أن قابلية تنفيذ مشروع ال BOT يحكمها شرطان أساسيان هما:
 أ- أن يكون عائد المشروع كاف لتغطية التكاليف و تحقيق أرباح للمستثمرين.
 ب - أن تكون تكلفة الخدمة التي يقدمها المشروع في متناول المنتفعين.

ثانياً: دراسة الجدوى

تم تعريف دراسة الجدوى بأنها: "مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد و المحاسبة و بحوث العمليات التي تستخدم في جمع البيانات، و دراستها أو تحليلها بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية المشروعات المزمع تنفيذها، من عدة جوانب قانونية، و بيئية، و تسويقية، و تقنية، و هندسية و تنظيمية و مالية."³

و تمثل دراسة الجدوى، مرحلة تستعين بها الجهة الإدارية صاحبة المشروع في إجراء مقارنات بين مزايا و عيوب البدائل التمويلية المختلفة لهذه المشاريع، كما تمثل هذه المرحلة محددًا لجدوى اللجوء إلى أسلوب ال BOT من عدمه.⁴

و تتعدد مواضيع دراسة الجدوى للمشاريع المنفذة وفق عقد ال BOT كالآتي:

1- دراسة الجدوى الاقتصادية

و تعرف بأنها أسلوب علمي لتقدير احتمالات نجاح فكرة استثمارية قبل التنفيذ الفعلي للمشروع، و هي بالتالي تعد أداة عملية لاستشراف المخاطر و تفادي تحميل الاستثمار الخسائر، و هي بالتالي تساهم في عملية توجيه اتخاذ القرارات الاستثمارية كما أنها تسبق عملية التشغيل.⁵

¹ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 113.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 81.

³ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 245.

⁴ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 318.

⁵ د. عبد القادر محمد عبد القادر عطية، مرجع سابق، ص 657.

2 - دراسة الجدوى القانونية

و الهدف منها هو دراسة البيئة القانونية للدولة المضيفة، و مدى تأثيرها على الجوانب القانونية للمشروع، كالتدفقات النقدية و تحويل الأموال و النظام المصرفي إضافة إلى حجم الإعفاءات و الامتيازات الضريبية التي تنطوي عليها قوانين الاستثمار في الدولة المضيفة.¹

3- دراسة الجدوى البيئية

و تهدف إلى الحصول على المعلومات و المعطيات المتعلقة بالتأثير البيئي للمشروع المزمع تنفيذه بأسلوب ال BOT، من خلال معرفة تكاليف أضرار التلوث المتوقع، و التكاليف اللازمة لمعالجته و التخفيف من آثاره الضارة المختلفة و تشجيع الآثار البيئية الإيجابية لهذا المشروع.²

4 - دراسة الجدوى التسويقية

و تعد من أهم جوانب دراسة الجدوى، نظرا لدورها في تحديد حجم الطلب الفعال على منتجات أو خدمات المشروع، و الذي يتأثر و يؤثر بسعر المنتج أو الخدمة إيجابا أو سلبا وفقا لقاعدة تأثير السعر بالعرض و الطلب، إضافة إلى ذلك تهدف دراسة الجدوى التسويقية إلى وضع سياسات تسويقية ناجعة لهذه المنتجات و الخدمات.³

5 - دراسة الجدوى المالية

تهتم دراسة الجدوى المالية للمشروع بمعرفة التكاليف المبدئية للمشروع، بما في ذلك الأرض و المعدات و الآلات و غيرها من العناصر الداخلة في تكوينه، إضافة إلى قياس مدى الربحية المتوقعة لهذا المشروع بالنسبة للشركة المنفذة، لما له من تأثير على رغبة المستثمرين في المجازفة في هذه المشاريع.⁴

6 - دراسة الجدوى الفنية و الهندسية

و تتم عن طريق تقدير كافة العناصر التقنية و الهندسية الداخلة في إنجاز المشروع، كاختيار المباني المناسبة للموقع و طبيعة الإنتاج و حجمه و نوع التكنولوجيا المستعملة و الآلات و المعدات و الخدمات اللازمة للعنصر البشري و المستلزمات التي يحتاجها المشروع، و كيفية تصريف المنتجات

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 319.

² يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 320.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 320.

⁴ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 246.

الضارة بالبيئة، إضافة إلى هندسة الصيانة و الهندسة المدنية المتعلقة بتصميم المباني و الطرق و غيرها و تقدير تكاليفها.¹

7 - دراسة الجدوى الاجتماعية

وتهتم هذه الدراسة بتقدير التأثير الذي يشكله تنفيذ المشروع على المجتمع ككل ، و ذلك عن طريق معرفة العلاقات المتبادلة بين مشروعات ال BOT و المجتمع ، سواء فيما يتعلق بمدى استفادة هذه المشروعات من المجتمع أو في ما يتعلق بالقيمة المضافة التي تضيفها هذه المشاريع على الرقي بمستوى معيشة أفراد المجتمع .²

و ينصب الاهتمام في دراسة الجدوى المبدئية على إبراز أهمية دورة حياة المشروع ، و ضمان اختياره على أسس علمية باتباع الخطوات التالية:³

أ- تحديد المشروع و الغرض منه ، و الفوائد الناجمة عن تنفيذه ، و أثره على المنطقة و التوسعات المستقبلية ، و اختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعته، و تحديد درجة ملائمة المرافق و مشاريع البنية التحتية لإنشاء المشروع و تشغيله.

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

ج - بيان عوامل الإنتاج المختلفة ، و مدى توافرها بالحجم ، و في الوقت المناسب، مع تحديد نسبة التصنيع المحلي و الأيدي العاملة المحلية في المشروع .

د - دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض و المعدات و البنية التحتية و تكاليفه الاستثمارية .

هـ - تقدير الرسوم المتوقعة للخدمة ، بحيث لا تشكل عبئاً على دخل المستهلك العادي، مع مراعاة البعد الاجتماعي، بحسب طبيعة الخدمة، و مدى أهميتها لجمهور المستهلكين.

و - تحديد الموافقات الحكومية ، و بيان الإجازات و التراخيص و التصاريح من الأجهزة المحلية ، التي يقع المشروع في نطاق اختصاصها، و دور الجهة المانحة في سرعة الحصول على هذه المستندات.

¹ يعرب محمد الشرع،، ذات المرجع، ص 324.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 325.

³ د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 157-158.

ي - إعداد خريطة مساحية لأرض المشروع ضمن الخريطة المساحية لأراضي الدولة ، المخصصة لغرض الاستثمار في مشاريع ال BOT و التأكد من خلوها من الموانع القانونية ، مع إتاحة الفرصة للمستثمرين لاختبار الأرض المخصصة لإقامة المشروع.

و قد تكون دراسة الجدوى دراسة مبدئية ، تعرض على الجهة الإدارية ، للموافقة عليها بصورة أولية ، و بعد ذلك تتم دراسة الجدوى النهائية التي تكون أكثر دقة و تفصيلا ، و لاسيما لجهة المدة و التكاليف و تحديد الرسوم.¹

الفرع الثاني : طرح المشروع للتعاقد

يعتبر عقد ال BOT بوجه عام ، من العقود الإدارية ، فيطبق عليها من الأحكام القانونية ، ما يطبق على العقود الإدارية ، حيث يتم اختيار المتعاقدين في هذه المشروعات عن طريق المنافسة، و يتم ذلك بواسطة الإعلان المسبق، مع تحديد وثائق التعاقد و دفتر الشروط، التي تتضمن المواصفات التقنية و الشروط اللازمة لإبرام العقد.²

غير أن هذا الأمر ليس ضروريا ، بحيث يحق للإدارة المانحة، بحسب ما تراه مناسبا ، أن تطبق أحكام المناقصة³ ، كما قد ترى تطبيق قواعد أخرى. ولكنه يشترط في الحالتين ، أن تراعي القواعد المتعلقة بالمنافسة و العلانية.⁴

و المقصود بشرط العلانية : الإعلان مقدما عن تاريخ و مكان إجراء المناقصات و المزايدات العامة ، بطريقة تضمن و تكفل علم جميع المتنافسين بموضوع المناقصات و المزايدات العامة، حتى يتسنى لهم إمكانية التنافس فيما بينهم بتقديم عطاءاتهم في الوقت و الشكل المطلوبين⁵ و قد نصت المادتان 45 و 46 من قانون الصفقات العمومية الجزائري على هذا المبدأ العام.

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 179-180.

² د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت و كيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 48.
³ نصت المادة 28 من المرسوم 10-236 السالف الذكر على ما يلي: "يمكن أن تكون المناقصة وطنية و/أو دولية، و يمكن أن تتم حسب الأشكال التالية: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، المزايدة، الإستشارة الانتقائية، المسابقة."

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 188.

⁵ د. عوايدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 204.

أما مبدأ المنافسة فيقصد به إفساح المجال إلى جميع الأفراد و الأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات و المزايدات العامة، و الذين تتحقق فيهم و تنطبق عليهم شروطها، و يدعم قيام هذا المبدأ شرط العلانية، و قد نص قانون الصفقات العمومية الجزائري على هذا المبدأ في المادة 3 منه.¹ و إضافة إلى المبدأين السابقين لابد من توافر مبدأ المساواة بين المتنافسين ومقتضاه أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا و فعلا، و أن لا يتم التمييز بين المشتركين.² و تتطلب الدعوة إلى تقديم العروض : تحديد الوثائق الواجب على الملتزم تقديمها ، و دفتر الشروط الذي يتضمن المواصفات الفنية و الشروط اللازمة لإبرام العقد ، و التي يمكن للمشاركين الاطلاع عليها لاتخاذ الموقف المناسب بشأن اشتراكهم أو عدم اشتراكهم ، و لا سيما إذا كانت الشروط المطلوبة غير متوافرة لديهم. فإذا قرروا الاشتراك قدموا عروضهم إلى الإدارة المانحة ، التي تتلقى هذه العروض و تختار من بين المشتركين، المرشح للتعاقد معها.³

أولاً: تحديد وثائق المناقصة

تتعلق عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية غالبا بمناقصات دولية وذلك لضخامة المشروع الذي يتطلب قدرا من التكنولوجيا المتقدمة كما هو الحال في إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات تحلية مياه البحر،⁴ و نظرا لضخامة الاستثمارات التي يصعب أن تتحملها المناقصة الداخلية كان من اللازم على الجهة الإدارية أن تضع دفتر الشروط و المواصفات التي تكفل لها الحصول على تكنولوجيا متقدمة، كما تضمن لها نقل ملكية المشروع مرة أخرى و بحالة جيدة إضافة إلى التسهيلات التي يتم منحها للمستثمر.⁵

و يجب أن يحتوي عرض المناقصة من قبل الجهة الإدارية، على المعايير الواجب توفيرها من قبل المستثمر فيما يتعلق بتجسيد المشروع، كالمدة المشروطة لتنفيذ المشروع، و تكلفة الخدمة المقدمة لجمهور المنتفعين، و فترة التشغيل.⁶

¹ د. عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 204-205.

² د. عوابدي عمار، ذات المرجع، ص 205.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 188.

⁴ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 163.

⁵ د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 276.

⁶ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 163-164.

و يمكن للجهة الإدارية التحكم في عدد المتقدمين للمشروع وحصره من خلال التحكم في معايير القبول بالنسبة لكل مشروع، أو إضافة شروط لضمان جدية المتقدمين كاشتراط دفع تأمين للدخول للمناقصة.¹

ثانيا: دفتر الشروط

تظهر أهمية دفتر الشروط من خلال وضع إطار شامل للتعاقد وفق أسلوب ال BOT ، يتضمن الاتفاقات الرئيسية التي تنظم العلاقة بين الدولة و شركة المشروع، كما يجب أن يكون دقيق الصياغة لتفادي التأويلات و إضاعة الوقت في المفاوضات و التعديلات، و يجب كذلك أن يتسم بالاتزان بين مصالح الأطراف المتعاقدة في إطار احترام المعايير الدولية، لجذب ثقة الشركات العالمية المتخصصة.²

و قد اعتبر الفقه الفرنسي أن دفتر الشروط يكتسي أهمية بالغة، حيث يعد أساسا للتعاقد بين الإدارة و مقدم العطاء، فيحدد الإيجاب الذي يقدمه المتعاقد على أساس دفتر الشروط، الذي تستقل الإدارة العامة دون غيرها في تحديد مواصفاته و الشروط التي يتضمنها، فإذا اقترن هذا الإيجاب بقبول من طرف الإدارة انعقد العقد.³

و يحتوي كذلك دفتر الشروط على كافة المواصفات التي يجب أن يحوز عليها العارضون، و التي من شأنها الحصول على تكنولوجيا متقدمة ، و مواصفات تضمن نقل ملكية المشروع إلى الإدارة المانحة ، في نهاية مدة الالتزام بحالة جيدة ، كما يتضمن دفتر الشروط بيان المستندات و الشروط و المؤهلات التي يجب توافرها في مقدم العرض.⁴

ثالثا: الإعلان عن المناقصة

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراء أساسيا لا تتم بدونه. و بمقتضاه توجه الدعوة إلى كل الملتزمين للاشتراك بالمناقصة ، و التعاقد مع الإدارة . و هو يتضمن دعوة إلى الاطلاع على الشروط الموضوعية التي يتم على أساسها تقديم العروض إلى الجهة الإدارية المانحة.⁵

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ، ص 164.

² د. عصام أحمد النهجي، مرجع سابق، ص 115.

³ DELAUBADER (A), MODERNE (F), et DELVOLVE (P) « Traité des Contrats Administratif », L.G.D.G, Paris , 1983, p 611.

⁴ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 163 .

⁵ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 193.

و يكون الإعلان في الصحف اليومية أو غير ذلك من وسائل النشر الحديثة التي تكفل وصول الإعلان لكافة المستثمرين أو المتخصصين المتوقع إقدامهم على إبرام العقد ، و الغاية من الإعلان هي تحقيق العلم لدى من يتوقع إقدامهم على إبرام العقد .¹

و يمكن أن تكون الدعوة عامة، تشمل كافة الأطراف الراغبة في المشاركة في المناقصة، كما يمكن أن تكون الدعوة محدودة² تشمل قائمة محددة مسبقا للمتعهدين الذين يتمتعون بصفات التأهيل الكافي، و بهذا الإجراء يمكن للجهة المانحة أن تتفادى العديد من المشاكل المحتملة، عن طريق تحييد المتعهدين الغير معروفين و الذين يهدفون إلى الحصول على المشاريع بتعمدهم تقديم أقل العروض، دون إعطاء أهمية كبيرة لضرورة توفر التجربة الكافية التي تتطلبها هذه المشاريع. ولهذا تحتاج الجهة المانحة إلى التوفر على قائمة بالمتعهدين المؤهلين و الذين يملكون سجلا ناجحا في تنفيذ المشاريع العامة.³

و لا يشكل الإعلان عن المناقصة إيجابا موحها من الإدارة إلى من يريد التعاقد معها ، بل هو مجرد دعوة إلى التعاقد، حيث أن الإيجاب يصدر من مقدم العطاء وفقا لما يتضمنه دفتر الشروط من اشتراطات.⁴

و يجب أن تكون المناقصة علنية، من أجل تحقيق مبدأ حرية المنافسة. كما يجب أن تبنى على مبدأ المساواة بين العارضين. و أن الإعلان عن المناقصة من شأنه أن يؤمن مبدأ العلانية و مبدأ المساواة.⁵ و يجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة على الأقل البيانات التالية: موضوع المناقصة، مكان و زمان تقديم العروض و جلسة المناقصة، التأمينات المؤقتة و النهائية المطلوبة، مدة إنجاز التعاقد، المدة التي ستبقي صاحب العرض مرتبطا خلالها بعرضه.⁶

¹ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 128.

² يتم التحكم في عدد المتقدمين للمشروع عن طريق المناقصة المحدود، و قد عرفت المادة 30 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر كالتالي: " المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا."

³ ELBELTAGI (E) , « Lecture Notes on Construction Project Management », 2009 , Mansoura University , p. 38.

<http://osp.mans.edu.eg/elbeltagi/CM%20CH1%20Introduction.pdf>

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص 84.

⁵ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 193.

⁶ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 334. أنظر في ذلك المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

رابعاً: إثبات الأهلية و القدرة

يجري الاطلاع على المناقصة و شروطها ، عن طريق الإعلان ، و يتوجب على من يريد الاشتراك في المناقصة أن يقدم عرضه¹ و يسبق تقديم العطاء قيام المتعاقد مع الجهة الإدارية بإثبات أهليته و مدى إمكانياته على تنفيذ المشروع ثم إعداد العطاء.²

و يثبت المتعاقد أهليته و قدرته على تنفيذ المشروع بإحدى طريقتين.

الطريقة الأولى أن يرفق الراغب في التعاقد مع الجهة الإدارية مع عطاءه، المستندات التي تثبت خبراته السابقة، أما الطريقة الثانية و هي الأكثر شيوعاً من الناحية العملية فهي تقديم المتقدمين للمناقصة للوثائق و المستندات الدالة على الخبرات و الأعمال السابقة قبل تقديم العطاء.³ تنطوي الدعوة إلى تقديم المستندات و إثبات المؤهلات قبل تقديم العرض ، على فائدة كبيرة سواء بالنسبة إلى الإدارة أو المقاول.⁴

فبالنسبة إلى الإدارة، فهي تساعد في تقييم مؤهلات الملتزمين بسرعة، على أساس تنافس محصور بين أصحاب الكفاءات من ذوي الموارد، و مستوى الأيدي العاملة، و الخبرة الضرورية و المعدات اللازمة للقيام بتنفيذ المشروع المطلوب.⁵ وبالنسبة إلى الملتزمين، فإن التكلفة التي يتحملونها في الإجابة على ما هو مطلوب منهم من مؤهلات، هي أقل من الكلفة التي يتحملونها، فيما لو أرفقوا المستندات المثبتة للمؤهلات مع العرض. و بالتالي فالدعوة إلى إثبات المؤهلات أكثر انطباقاً على التنفيذ بطريق عقد ال BOT .

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق ، 193.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق ، ص 75.

³ د. مصطفى عبد محسن الحبشي، ذات المرجع، ص 75.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 194-195.

⁵ نصت المادة 36 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 السالف الذكر على مايلي: " يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية و المالية و التجارية."

الفرع الثالث: تقديم العروض

تقوم الشركة الراغبة في التعاقد مع الجهة الإدارية بإعداد العطاء ويكون ذلك وفقا للشروط و المواصفات الواردة بدفتر الشروط، و يتعين على مقدم العطاء أن يلتزم بالمواعيد و الإجراءات التي تحددها الجهة الإدارية.¹

و على المتعهد أن يحدد في عرضه مصادر تمويل المشروع، و ذلك عن طريق خطة مالية، تحدد مصادر هذا التمويل، و الضمانات التي تكفل تنفيذها. كما يجب أن يتضمن عرضه الخرائط و الرسومات الخاصة بالمشروع، و خطة التنفيذ و مراحل الزمنية.²

و من الأمثلة على ما يتضمنه العرض³:

- 1- خطة إدارة المشروع: وتتضمن الهيكل التنظيمي له، و خبرات فريق العمل الرئيسي في كل نشاط من أنشطة الهيكل التنظيمي. و الجدول الزمني لتنفيذ جميع مراحل المشروع، و خطة مراقبة تطبيق المعايير البيئية.
 - 2- المكون الفني للعرض: ويتضمن وصفا تفصيليا للمكونات الرئيسية للمشروع، يوضح فيه استخدام تكنولوجيا معينة، و الرسومات التخطيطية و الهندسية للمشروع، و قوائم البنائيات الفنية، و خطة التشغيل و الصيانة، و تسجيل المعلومات و حفظها و خطة المخزون، و قطع الغيار و سواها.
 - 3- المكون السعري للعرض: و يتضمن أسعار بيع الخدمات، و معدلات الاستهلاك.
 - 4- المكون التجاري للعرض: و يتضمن خطة التمويل، و الترتيبات اللازمة لإنشاء و تشغيل المشروع، و نسبة المكون المحلي للمعدات و الخدمات الرئيسية.
- و يتم تقديم العروض من خلال عرض فردي أو من خلال عرض مشترك، عن طريق كونسورتيوم⁴ Consortium ، حيث يتجمع المستثمرون و يكونون اتحادا ماليا لتقديم عرض، و يوقع

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبيشي، مرجع سابق، ص 85.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 195.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 195-196.

هذا وقد نصت المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على ما يلي: " يجب أن تشمل التعهدات على عرض تقني و عرض مالي: يجب أن يوضع كل من العرض التقني و العرض المالي في ظرف منفصل ومقفل و مختوم يبين كل منهما مرجع المناقصة و موضوعها، و يتضمنان عبارة تقني أو مالي حسب الحالة و يوضع الظرفان في ظرف آخر مغفل و يحمل عبارة " لا يفتح" - مناقصة رقم.....- موضوع المناقصة."

⁴ " يمكن أن يتم تقديم العرض في إطار تجمع مؤسسات حيث يتدخل المتعهدون في شكل تجمع بالتضامن أو بالشراكة، و يكون التجمع بالتضامن عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة، و يكون التجمع بالشراكة عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمة أو الخدمات التي يمكن أن تمنح له في إطار الصفقة"، و هو ما نصت عليه المادة 59 من المرسوم 10-236 السالف الذكر.

أعضاء الاتحاد اتفاقية مبدئية يحددون فيها نسبة مساهمة كل منهم في رأس المال، و الدور الذي يقوم به كل عضو في المشروع.¹

و لا يوجد ما يمنع أن تدخل في تكوين الكونسورتيوم شركة أو شركات من القطاع العام مع عدد من شركات القطاع الخاص، و يظهر ذلك من خلال توزيع حصة التمويل على عدد من البنوك الوطنية و الأجنبية.²

الفرع الرابع- تقييم العروض و اختيار المتعاقد

بعد تلقي العروض من قبل المتعهدين، تقوم لجنة فحص العروض بتدقيق الوثائق و العروض المقدمة لتعلن قبول عروض من تتوافر فيهم الشروط المطلوبة و رفض العروض غير مكتملة الشروط. ثم تنتقل اللجنة المختصة بفحص العروض إلى تقييم العروض التي تتوفر فيها الشروط القانونية لتنتهي بعد ذلك إلى اختيار العرض الفائز، و يكون تقييم العروض من قبل لجنة تتشكل من خبراء و استشاريين فنيين وماليين و قانونيين على درجة عالية من الكفاءة.³ كما يجب أن يكون العرض المقدم موافقا للقواعد و الشروط و المعايير التي أعلنت عنها الإدارة في دفتر الشروط.⁴

غير أن اختيار اللجنة للمتعاقد لا يعني إبرام العقد، بل لابد من أن يتم إبرامه من قبل السلطة المختصة، و قبل ذلك لابد من وضع مشروع العقد بعد مفاوضات بين الطرفين.⁵

إن تقييم العطاءات في إطار عقود ال BOT – و التي تتسم بالتعقيد و التشابك و الضخامة - لا يصح أن يقتصر فقط على المعيار المالي، و إنما يجب أن يدخل فيه عناصر و معايير أخرى كالتقييم الفني للتصميم و كذلك نوعية التكنولوجيا المستخدمة و التدريب و مصادر التمويل و ما يرتبط بذلك من حفاظ على العملة الأجنبية في السوق المحلية ، و حجم المكونات المحلية التي تدخل ضمن أصول المرفق.⁶

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 166.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 336.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 337. و في هذا الصدد فقد أسند المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 ، مهمة فحص العروض إلى لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض ، و ذلك في المواد من 121 إلى 125 من نفس القانون.

⁴ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 196.

⁵ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 199- 200.

⁶ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 123- 124.

الفرع الخامس: إعداد مشروع عقد ال BOT

تمر عملية إعداد مشروع ال BOT بثلاث مراحل رئيسية وهي: مرحلة المفاوضات و مرحلة الصياغة و مرحلة إبرام العقد و سيتم التفصيل في هذه المراحل كالتالي:

أولاً: مرحلة المفاوضات

تبدأ عملية التفاوض بعد البت في العطاء و اختيار شركة المشروع ،وهي تتم بين هذه الأخيرة و بين الدولة ممثلة في الأجهزة الفنية التي تحددها لهذه الغاية.¹ و تهدف المفاوضات إلى تقريب وجهات النظر بين الطرفين، حيث يحاول كل طرف التعرف على وجهة نظر الطرف الآخر و تقييمها، كما يهدف كل واحد منهم إلى إقناع الطرف الآخر بوجاهة مطالبه، قصد التوصل إلى إبرام العقد بحسب ما يتناسب مع أهدافه الأساسية من وراء التعاقد.²

و بما أن عقد ال BOT غالباً ما يدور في إطار دولي ، فإنه يمتاز بصعوبة التفاوض، إذ أن التفاوض مع الشركات العالمية العاملة في مجال نقل التقنيات الحديثة، يشكل مسألة شائكة، و ذلك لأن صاحب المعرفة الفنية، غالباً ما يتعامل بنوع من التحفظ ، من خلال السعي للحصول على ضمانات كافية تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلي بها في مرحلة التفاوض، واضعاً في الحسبان أن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد أو بعدم إبرامه و لذلك يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة، بإحدى الوسائل التالية: إما بطلب تعهد كتابي سابق (Engagement écrit préalable) أو تعهد مؤسس على الثقة (Engagement basé sur la confiance) أو دفع مبلغ من المال مسبقاً (Paiement préalable d'une somme d'argent).³

و يغلب أن تكون المبادرة لبدء التفاوض من جانب الدولة أو الشخص المعنوي العام الذي يمثلها وهي تحدد بدقة موضوع المشروع المراد إنجازه ، و قد تختار إحدى الشركات المرشحة للدخول معها في مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع، التي قد تؤدي إلى إبرام العقد، وفقاً للشروط و النتائج التي قد

¹ د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 272.

² د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 143.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 200-201.

يتمخض عنها التفاوض، لكن ليس هناك ما يمنع أن تكون شركة المشروع هي الطرف البادئ بالتفاوض.¹ و يعني التفاوض تبادل الاقتراحات و المساومات، و التقارير و الدراسات الفنية، و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض، ليكون كل منهم على بينة من أفضل الشروط القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، و ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق و التزامات للطرفين.²

ولإنجاح عملية التفاوض يجب على الطرفين التحلي بقدر كبير من الموضوعية و حسن النية و احترام الطرف الآخر و الرغبة الجادة في إنجاح المفاوضات و السعي إلى التغلب على كافة العقبات. و الإعداد الجيد في مرحلة المفاوضات على العقد يؤدي إلى إبرام اتفاقات تمهيدية غالباً ما تتسم بالموضوعية و تحقق مصالح الطرفين بالإضافة إلى أن المفاوضات و الاتفاقات الناتجة عنها إذا ما تطرقت إلى كافة التفاصيل المحتملة و تم تضمينها في نصوص العقد النهائي، فإن هذا يؤدي إلى التقليل من المنازعات فيما بعد.³

و يحدد مضمون الاتفاقات التمهيدية، شكل المستندات المعدة للتبادل بين الطرفين و محتواها. و قد درجت العادة بوضعها تحت تسميات مختلفة منها: بروتوكول، أو مذكرة التفاهم، أو خطاب التفاهم، أو خطاب النوايا (Les lettres d'intention).⁴

و المفاوضات في عقد ال BOT الذي يتميز ببعض السمات ، التي تميزه عن باقي العقود بصورتها العامة، ذلك أنه يدخل في إطار العقود الإدارية، لا يجب أن تستند إلى استعمال الدولة لامتيازاتها و سلطاتها في مجال إبرام العقود الإدارية، بل لابد من احترام رغبة شركة المشروع في تحقيق هامش معقول من الربح، و إلا انجر عن تجاهل هذا المعطى فشل المفاوضات في تحقيق أهدافها.⁵

كما لابد من الاطلاع على القواعد و القوانين و الأعراف و التقاليد التي تسود المجتمع الذي يجري التنفيذ لمصلحته، و معرفة معناها و مغزاها. و تعتبر هذه المعرفة من المعايير المستخدمة لتفسير العقد.

¹ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 171.

² محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 125.

³ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 143.

⁴ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، ذات المرجع، ص 171.

⁵ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 145.

وكذلك يقتضي معرفة القواعد العامة وقواعد النظام العام، والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة، وهي تطبق على العقد، ولو لم يرد ذكرها فيه.¹

و غالبا ما تبدأ المفاوضات بالجانب التقني (Les negociations techniques) وبخطة التشغيل والصيانة، في ضوء احتياجات كل طرف ومدى قدرته على الاستجابة لطلبات الطرف الآخر، وبعد الاتفاق على الجوانب الفنية من بناء وتشبيد وتشغيل تبدأ المفاوضات القانونية (Les negociations juridiques) لصياغة الاتفاقات التقنية في نصوص و مواد و بنود تصبح اتفاقات تمهيدية لتحديد شروط التعاقد و بنوده و ملحقاته في شكل التزامات على الطرفين.²

و بنتيجة المفاوضات القانونية، تتم صياغة بنود العقد في ضوء المفاهيم والأحكام والنصوص القانونية، ومنها: مدة العقد و مواعيد التنفيذ و مراحلها، و صيانة المعدات والآلات، و الضمانات المصرفية، و مصادر التمويل، و الغرامات المالية، و سائر الضمانات القانونية، و تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع، و القانون الواجب التطبيق. و لذلك فإن المفاوضات القانونية تحتاج إلى فريق من القانونيين يتمتع بقدرة عالية و دراية كافية بالأنشطة المتنوعة موضوع عقد ال BOT و بالأنظمة القانونية المختلفة. مما يجعل توافر الخبرة القانونية في فترة التفاوض، أمرا بالغ الأهمية من أجل سكب شروط العقد و أحكامه و ملحقاته في صياغة قانونية سليمة، و هذا ما يؤدي إلى اتساق العقد و انسجامه مع كافة الوثائق المرتبطة به.³

ثانيا: صياغة مشروع عقد ال BOT

تتناول المفاوضات في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية مسألة صياغة العقد باعتبارها مسألة جوهرية و ذات أهمية بالغة، و مرد ذلك إلى كون التعاقد وفق هذا الأسلوب يمتد إلى فترة زمنية طويلة، فضلا على أن تنفيذ العقد يتطلب مبالغ مالية كبيرة، و الأمر لا يخلو من تعرض هذه العقود لمخاطر عديدة أثناء التنفيذ، لذا يخضع التعاقد وفق هذا الأسلوب إلى دراسات عديدة قبل إبرامها، و تتضمن نصوص العقد عادة، ضمانات تنفيذها أو وسائل الحماية من الإخلال بتنفيذ العقد، فيؤخذ بعين الاعتبار مسألة تغيير الظروف أثناء التنفيذ، و وضع الحلول المناسبة لتفادي وقوع خلافات بين شركة المشروع و الجهة مانحة الالتزام.⁴

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 203-204.

² د. دويب حسين صابر عبد العظيم، مرجع سابق، ص 275.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 204-205.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 92-93.

و يؤدي إفراغ الصياغة وفقا للقواعد القانونية، و تضمنها استعمال المصطلحات القانونية في معناها الحقيقي المعبر عن إرادة طرفي العقد، إلى الوضوح و الشفافية، و تجنب العقد سلوك طريق النزاع و تفسيره بما يتلائم مع نية الطرفين.¹ و تتطلب صياغة العقد مرونة و دقة في آن واحد، بغية انتقاء العبارات الواضحة، إذ يقتضي الأمر اعتماد صياغة للعقود تحتوي على ضمانات ذاتية، تسمح للتعاقد الوصول إلى حقه بالاعتماد على النص التعاقد، و ليس بالرجوع إلى مبادئ عامة خارج إطار العقد. مما قد يؤدي إلى عدم إمكانية الاستجابة لتطبيق هذه المبادئ، و بالتالي إضاعة فرصة المحافظة على حقوق المتعاقد.²

و قد أدى تزايد مشاريع ال BOT إلى اعتماد صياغة قانونية تعتمد دوليا، و إن لم تكن موحدة، فهي متقاربة فيما بينها، بشكل يجعل منها مرجعا أو قاعدة يمكن الرجوع إليها، و يمكن اعتمادها لدى صياغة أي عقد جديد. فثمة بعض المبادئ التي يمكن اعتمادها، بصورة عامة، و البعض الآخر يمكن اعتمادها بعد تطويره بما يتناسب مع المعطيات السائدة في البلد الذي يتم فيه التنفيذ.³

ثالثا: مرحلة دخول العقد حيز التنفيذ

بعد الانتهاء من المفاوضات، و الاتفاق المبدئي بين المتعاقدين، يتم الانتقال إلى مرحلة دخول العقد حيز التنفيذ. و قد يرى الطرفان توقيع عقد ابتدائي قبل إبرام العقد النهائي. و في كلتا الحالتين يتضمن العقد الأقسام التالية⁴:

1- المقدمة le préambule

لابد في كل عقد من مقدمة تتضمن لفت النظر إلى اتفاق الفريقين، و الأعمال موضوع التعاقد، و الإشارة إلى المفاوضات التي تمت بين الطرفين و المستندات و دفتر الشروط، و مراحل التنفيذ و أهمية كل مرحلة، و التصميم على التعاقد، و صحة الرضا، و اسم كل من الإدارة المانحة و المتعهد. و تشكل المقدمة هذه جزءا لا يتجزأ من العقد.

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 205.

² د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 207.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 207-208.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 208 و مابعداها.

2 - التعاريف les définitions

إن هذه التعاريف هي عادة انجلوسكسونية في الأساس، و لكنها حالياً معتمدة في معظم دول العالم. و يتم تنفيذها بإدراج تعريف للمصطلحات و التعبيرات و الكلمات المستعملة، و ذلك في المواد الأولى من العقد، و هي تشمل التعبيرات الرئيسية التي يتكرر استعمالها في المواد التالية، تتصف هذه التعاريف بالدقة في التعبيرات المستعملة.

3- موضوع العقد

يشير العقد إلى وصف المشروع المزمع إنشاؤه مبيناً مقدماته المادية و المعنوية، كما تتضمن بنود العقد النص على التزامات المتعاقدين و حقوقهم المتقابلة، و تتوخى الإدارة المانحة عادة الحصول على تنفيذ جيد للمشروع، بأقل كلفة ممكنة. و هذا يعني أنه في عقد ال BOT ، تجتهد الإدارة المانحة، لأن تفرض على المستفيدين من المرفق العام الذي ينفذه الملتزم، أقل ما يمكن من أسعار بينما يبتغي المتعاقد مع الإدارة الحصول على أفضل ما يمكن من الأرباح، في ضوء تنفيذ جيد للمشروع. و لا بد من مراعاة مصالح الفريقين المتعاقدين، و ذلك تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. و تختتم أحكام العقد بالنص على مسائل متفرقة تشير إلى فسخه، و أثر القوة القاهرة عليه، و الظروف الطارئة و الضمان، و فض المنازعات، و اختيار القانون الواجب التطبيق.

و يضاف إلى العقد عدة ملاحق تشتمل على الخرائط و الرسومات و المواصفات، و غيرها من المسائل الفنية. و عادة ما ينص العقد على اعتبار هذه الملاحق جزءاً لا يتجزأ منه.

4- لغة لعقد

بما أن عقد ال BOT غالباً ما يتمتع بصفة دولية، نظراً لأن الشركات التي تتعاقد مع الدولة لإنشائه و تنفيذه، عادة ما تكون من جنسيات مختلفة.

و بما أنه في العقود الدولية يقتضي الاتفاق على لغة العقد، و قد يتفق على تحريره بعدة لغات. و في هذه الحالة الأخيرة يقتضي الاتفاق على اللغة المعتمدة عند وقوع خلاف في التفسير. كما يقتضي أن يحرص العقد على إعداد قائمة بمعاني المصطلحات المستعملة فيه، اتقاء لاختلاف مدلول هذه المصطلحات في اللغات المعتمدة. و قد تضاف هذه القائمة كملحق للعقد. و إذا عين العقد اللغة أو اللغات

المعتمدة لتحريره، وجب تحرير ملاحق العقد بهذه اللغة أو اللغات، كما تجري بها المراسلات التي يتبادلها أطراف العقد.

و قد يتأتى عن اللغة التي يصاغ بها العقد مشاكل عديدة، من الصعب إيجاد حل واضح لها، بالنظر إلى معنى الكلمة التي تستعمل في العقد، و التي قد لا يوجد معنى مشابه لها تماما في اللغة الثانية، مما يخلق التباسا يصعب حله. و لذلك يقتضي الأمر كتابة العقد بلغة معينة، قد تكون لغة الجنسية، و ترجمته إلى لغة البلد الذي ينفذ فيه العقد. مما يوجب الرجوع إلى تفسير النص باللغة التي تم الاتفاق على اعتمادها في العقد.

الفرع السادس: تفسير العقد

قد يكتنف تطبيق عقد ال BOT، غموض في بنوده، فيقتضي الرجوع عندئذ إلى القضاء لتفسير هذا الغموض، ، و قد يقع في العقد تعارض بين نص وارد في أصل العقد، و نص آخر في أحد ملاحقه، ففي مثل هذه الحالة يعود للقاضي أن يختار النص الأكثر ملائمة للتطبيق، غير أن الاختيار يميل إلى الاعتماد على النص الوارد في أصل العقد. و قد ينص العقد على ذلك صراحة، كأن ينص مثلا على أن الأحكام الواردة في مواد العقد و نصوص الملاحق يكمل بعضها بعضا، و لكنه في حال التعارض بينها يؤخذ بالأحكام الواردة في مواد العقد.¹

المطلب الثاني آثار تنفيذ عقد ال BOT

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابعها الخاص، و ذلك لارتباطها بالمرافق العامة، و إذا كانت مصالح الأطراف في العقود المدنية متساوية، فإنها في العقود الإدارية غير ذلك، و هو ما ينعكس على مضمون العقد، و لما كان عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية يعد امتدادا حديثا لعقود امتياز المرافق العامة، فإنه ينطبق عليه ما ينطبق على العقود الإدارية من حيث آثاره، و الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين أطرافه المتمثلة في الجهة الإدارية و شركة المشروع²، و هذه الالتزامات ليست قاصرة على أطراف العقد الرئيسية و إنما تمتد إلى أطراف متعددة تدخل في تنفيذ هذا العقد كالمشغلين و المقاولين و الممولين.³

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 214- 215.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 375.

³ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 127.

و سوف نتعرض لأهم الحقوق و الإلتزامات المتبادلة بين أطراف العقد على النحو التالي:

الفرع الأول- التزامات شركة المشروع

تتمثل أهم التزامات شركة المشروع فيما يلي:

أولاً: قيام التعاقد على الاعتبار الشخصي

إن أول الإلتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد هو قيامه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بنفسه، و هذا الإلتزام عام يشمل جميع العقود الإدارية، وتتفاوت أهمية هذا الإلتزام من عقد لآخر، حيث أن توافر العنصر الشخصي يتعلق أساساً بارتباط العقد الإداري بالمرفق العام و تحقيق المصلحة العامة.¹ و تستند أهمية الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية بصفة عامة على أساس الصلة المباشرة بين المرفق العام و الملتمزم.²

و يقصد بالاعتبار الشخصي في العقد، بوجه عام، الاعتداد بشخصية المتعاقد أو بصفة من صفاته. حيث تراعي الجهة الإدارية اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معه من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السمعة و السيرة الحسنة، أو الجنسية، و عليه فإن الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية و من ضمنها عقد ال BOT يمثل عنصراً جوهرياً في اختبار المتعاقد و في تنفيذ العقد.³

1- إثبات الاعتبار الشخصي

أن الاعتبار الشخصي يشكل عنصراً جوهرياً في عقد ال BOT ، يتحدد نطاقه بالصفات الأساسية الواجب توافرها في الملتمزم ن لضمان استمراره في تنفيذه للعقد على نحو يحقق الصالح العام على أكمل وجه و أهم هذه الصفات:⁴

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 103.

² DELAUBADER (A), VENEZIA(JC), et GAUDEMET (Y), «TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF. Tome 1, Droit Administratif Général : Organisation et Action de l'Administration, La Juridiction Administrative », 15ème édition, L.G.D.G, Paris, 1999, P. 827.

³ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 157.

⁴ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 190.

أ- الكفاية المالية :

وهي تعني ملاءة المتعهد، وإمكاناته المالية، و بالتالي قدرته من هذه الناحية على تنفيذ العقد و متطلباته لأداء دور مباشر وفعال في خدمة المنتفعين بالمرفق العام، موضوع التعاقد، لسنوات طويلة. و قد تثبت قدرة المتعهد المالية بكفالة مصرفية يقدمها، ضمانا لقيامه بالتزاماته.¹

ب- القدرة الفنية :

و تشمل الكفاءة الفنية و الإدارية و التقنية العالية، التي تمكن المتعهد من القيام بالتزاماته الفنية و العلمية، وفقا للأصول و القواعد المتبعة عالميا في مجال أعمال ال BOT.²

ج- الخبرة و حسن السمعة:

و تشمل سنوات الخبرة السابقة في حقل الالتزامات المشابهة للالتزام موضوع العقد، و حسن السمعة في القيام بهذه الالتزامات³. و تثبت ذلك من واقع سجل الأعمال السابقة، فتكون الجهة الإدارية المختصة على علم و دراية كافيين، بمدى توافر الصفات الجوهرية و حسن السمعة للأشخاص، من واقع العروض المقدمة، و من مصادر المعلومات الأخرى.⁴

د- الجنسية :

قد تكون جنسية الملتزم موضع اعتبار في بعض الدول، و لا سيما في نطاق الأعمال الحساسة، كالأعمال العسكرية و الأمنية. و لكن بعض البلدان النامية لا تعير وزنا لصفة الجنسية، خاصة عندما تستهدف تشجيع الاستثمار الأجنبي من أجل إقامة مشاريع البنية التحتية، و هي تسعى إلى ذلك عن طريق منح التسهيلات و الإعفاءات الضريبية. حيث أن الشركات العالمية تنفرد باستخدام التكنولوجيا و التقنيات الحديثة، و لا تسمح بنقلها بسهولة إلى الغير، و بسبب عجز موارد الدول النامية عن تمويل مشاريعها التنموية، فإنها تكون مضطرة، بسبب ذلك، إلى اللجوء إلى المستثمرين الأجانب في تنفيذ عقد ال

⁵.BOT

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 219.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 418.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 220.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 418.

⁵ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 190.

2- نتائج الاعتبار الشخصي¹

يترتب على ضرورة التزام المتعهد في العقد الإداري بوجه عام، و في عقد ال BOT بوجه خاص، بأن ينفذ العقد بذاته، عدة نتائج من أهمها : مصير العقد في حال التنازل عنه إلى الغير، أو في حال التعاقد من الباطن، و انقضاء شركة المشروع.²

أ- التنازل عن العقد

و هو التصرف القانوني الذي يبرمه الملتزم مع الغير، و يكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته و اكتسابه حقوقه الناشئة عن عقد الالتزام.³

لما كان التنازل عن العقد يمثل إهدارا لقاعدة الاعتبار الشخصي، فالأصل في تنفيذ العقود الإدارية، أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد، و لا يجوز له أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها. و مرد ذلك هو أن اختيار المتعهد يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى قدرته المالية، أو كفاءته الفنية، أو سمعته الحسنة. و لذلك فإن تنازله عن العقد إلى غيره يخل بهذه الاعتبارات.⁴

غير أن هذه القاعدة لا تتصل بالنظام العام، و من ثم فقد ترى الجهة الإدارية المتعاقدة، أن هذا التنازل قد يحقق مصلحتها، فترضى به.⁵

و موافقة جهة الإدارة مانحة الالتزام على تنازل الملتزم على عقد الامتياز أمر مرتبط بتحقيق الصالح العام، و يبدو ذلك في حالة حدوث اختلاف في الكفاية المالية و الفنية للملتزم الذي يتجه إلى التنازل عن عقده لشخص آخر يتمتع بكفاية مالية و فنية أعلى تؤدي إلى تنفيذ عقد الالتزام على نحو أفضل، و ينتج عن هذا التنازل آثار يمكن إجمالها فيما يلي⁶:

- قيام علاقة قانونية بين المتنازل إليه و جهة الإدارة يترتب عليها مسؤولية المتنازل إليه عن تنفيذ العقد، كما أن المتنازل إليه يتلقى التعليمات و التوجيهات من جهة الإدارة ، و يصبح المتنازل إليه مسؤولا عن صيانة المشروع سواء الجزء المنفذ من قبله أو الجزء المنفذ من قبل المتنازل.

¹ في هذا الإطار نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-220 السالف الذكر على أنه: "إمتياز إقامة هياكل لتخلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه و لا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان".

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 221.

³ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 193.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 221.

⁵ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 133.

⁶ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 106.

- حصول المتنازل إليه وحده على المقابل المادي ما لم ينص العقد الجديد على خلاف ذلك.

- انتهاء العقد الأصلي المبرم بين جهة الإدارة و المتنازل و يتخلص المتنازل من كافة الالتزامات و بالتالي يستحق استرداد ما دفعه من تأمين إلا إذا كانت هناك منازعات بين المتنازل و الإدارة.

و إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية لرفض الموافقة على التنازل على أن تكون هذه السلطة مقيدة بحسن الاستعمال و باستهداف المصلحة العامة، فمن حق الإدارة رفض الموافقة، إذا تبين لها أن المتنازل إليه لا يتمتع بالصفات الفنية أو المالية التي تؤهله للحلول محل المتعاقد الأساسي في التنفيذ على نحو يحقق النفع العام، و لا مسؤولية عليها في ذلك، طالما أنها تبني عدم موافقتها على مقتضيات المصلحة العامة.¹

و يرتب هذا الرفض آثارا بالنسبة لكل من المتنازل و المتنازل إليه و ذلك على النحو التالي:

- يظل المتعاقد الأصلي (المتنازل) مسؤولا عن العقد، و هذا التصرف يشكل خطأ عقدي يحق معه لجهة الإدارة فسخ العقد على مسؤولية المتنازل² ، و قد ذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى أن مسؤولية المتعاقد الأصلي عن الخطأ لا تتحقق إلا إذا كان ثمة ضرر لحق بالإدارة من جراء هذا التنازل.³

- لا يوجد ثمة علاقة بين المتنازل و المتنازل إليه، و هذا الأخير لا يحق له الرجوع على جهة الإدارة بأية حقوق و إن كان يحق له الرجوع بالتعويض بناء على فكرة الإثراء بلا سبب.⁴

كما يحق له بصفته دائنا للمتعاقد الأصلي أن يقيم الدعوى غير المباشرة على الإدارة لمطالبتها بأن تدفع إلى الملتزم الأساسي حقوقه، تطبيقا لقواعد هذه الدعوى.⁵

و تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بوجوب رد الإدارة على طلب التنازل في ميعاد مناسب، و لا يجدي نفعا التزامها واجب الصمت، كما لا تستطيع أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض، و إلا تعرضت إلى المسؤولية. و يجب أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالمصلحة العامة. فإذا كانت الأسباب التي تدرعت بها غير وجيهة، فيستطيع الملتزم أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك.⁶

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 226.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 106-107.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 227.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 106-107.

⁵ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 227.

⁶ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 224.

و مما لا شك فيه أن المتعاقد الأساسي يظل مسؤولاً عما نفذه من أعمال إلا إذا قبل المتعاقد الجديد أن يأخذ على عاتقه المسؤولية عن الأعمال التي نفذها سلفه، ووافقت الإدارة على ذلك، عملاً بقاعدة حوالة الدين. و لذلك تشترط معظم العقود الإدارية في فرنسا بقاء المتعاقد الأصلي ضامناً للمتعاقد الجديد. كما أن البعض يرى أن مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي، في حال التنازل عن العقد، هو من الأصول التي تراعيها الإدارة دائماً، حرصاً منها على التقيد بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري. و ذلك لأن التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي، لا يعني التنفيذ المادي من جانب المتعاقد، بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن هذا التنفيذ، على نحو يحقق المصلحة العامة، و يسد حاجة المنتفعين بخدمات المرفق العام موضوع العقد.¹

ب- التعاقد من الباطن

التعاقد من الباطن هو عقد يبرم بين المتعاقد الأصلي، أي المتعاقد مع الإدارة في عقد ال BOT و متعاقد ثانوي، و يهدف إلى تنفيذ جزء أو أكثر من العقد الأصلي بكامله. و ذلك لأن ضخامة المشروع و تشعب التكنولوجيا، و انتشار التخصصات الدقيقة، و ابتغاء المهارة، تجعل من العسير على المتعهد الأساسي أن ينفرد بتنفيذ المشروع من دون الاستعانة بغيره من المؤسسات المتخصصة.²

إن عقود البناء تتضمن في أغلب الأحيان بنوداً تتعلق بالتعاقد من الباطن، هذه البنود غالباً ما تحدد كم الأشغال التي تكون موضوعاً للتعاقد من الباطن، و عموماً فهي تنطوي على إعطاء الحق لصاحب المشروع في قبول وجود متعاقدين من الباطن، و يكون المتعاقد مع الإدارة الذي يلجأ للتعاقد من الباطن مسؤولاً بصفة كلية عن نوعية الأشغال التي يقومون بها.³

كما أن الإدارة قد تجد نفسها - بدون التعاقد من الباطن - مضطرة إلى إبرام عدة تعاقدات في مجال الامتياز الواحد و هو أمر لا ترغب جهة الإدارة في اللجوء إليه إذ يؤدي ذلك إلى تعدد المسؤوليات الناتجة عن العقد الواحد كما أن الملتمزم يحتاج إلى معاونة الغير في تنفيذ عقد الامتياز لا سيما في النواحي الفنية و التكنولوجية.⁴

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 225-226.

² د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 227.

³ ELBELTAGI (E), « Lecture Notes on Construction Project Management », op, cit, p. 39.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 107.

يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد. فالتنازل من شأنه أن يحل شخصا جديدا، بصورة كلية محل الملتمزم في كافة حقوقه و التزاماته التعاقدية، بينما يقتصر التعاقد من الباطن من جهة على قيام التعاقد الثانوي بتنفيذ جزء من المشروع، و من جهة ثانية يظل التعاقد الأساسي هو المسؤول مباشرة تجاه الإدارة عن أعمال التعاقد الثانوي. و بالتالي لا يزول الاعتبار الشخصي المبني على شخصية المتعاقد الأساسي.¹

و تترتب آثار قانونية على التعاقد من الباطن، سواء بالنسبة إلى العلاقة بين المتعاقد الأصلي و الإدارة، أو بينها و بين المتعاقد من الباطن، أو بالنسبة إلى العلاقة بين المتعاقد الأصلي و المتعاقد من الباطن، و يمكن إجمالها فيما يلي²:

- فيما يتعلق بالعلاقة بين الإدارة و المتعاقد الأساسي

بالرغم من موافقة جهة الإدارة على التعاقد من الباطن إلا أن مسؤولية المتعاقد الأصلي تظل قائمة في مواجهة الإدارة عن تنفيذ العقد برتمته بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه و تشمل المسؤولية أخطاء المتعاقد أو تأخيرها في تنفيذ التزاماته.³

- فيما يتعلق بالعلاقة بين الإدارة و المتعاقد من الباطن

لا توجد ثمة علاقة بين جهة الإدارة و المتعاقد من الباطن و مؤدى ذلك أنه لا يجوز للمتعاقد من الباطن اختصام جهة الإدارة في الجزء الذي يتولى تنفيذه من العقد، و هذا المبدأ من مقتضيات الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية.⁴

و على عكس حالة التنازل عن العقد و التي ينبغي أن تكون موافقة الجهة الإدارية فيها صريحة، فإن التعاقد من الباطن يمكن أن تكون موافقة الإدارة فيه صريحة أو ضمنية، و قد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه إذا لم يكن هناك شرط صريح في العقد يحظر التعاقد من الباطن فإن موافقة جهة الإدارة مفترضة، على أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يعتبر معه المتعاقد من الباطن متعاقدا مع

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 228.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 107.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 108.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 108.

الإدارة، و إنما هذه الموافقة تجعل من التعاقد مشروعاً، و يبقى المتعاقد الأصلي هو المسؤول أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه.¹

- فيما يتعلق بالعلاقة بين المتعاقد الأصلي و المتعاقد من الباطن

تخضع العلاقة بين الملتزم و المتعاقد من الباطن لأحكام القانون الخاص، و تختص المحاكم العادية بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقة بينهما.²

و لكن الاتفاق المبرم بينهما بتنفيذ جزء من موضوع العقد، يستند في بعضه إلى النصوص الواردة بدفتر الشروط العام، فيما يتعلق بتنفيذ العقد الأصلي. و هذا ما حدا بالبعض إلى القول، بأن الإحالة إلى دفتر الشروط العام تعني خضوع التعاقد من الباطن إلى القواعد نفسها التي تحكم تنفيذ العقد الأصلي، سواء من حيث التنفيذ، أو من حيث الجزاءات التي قد تفرض في حال التنفيذ المشوب بالعيب أو التأخر في التنفيذ.³

و لم يأخذ الفقه الإداري بهذا الرأي على إطلاقه، بل اعتبر أن المتعاقد من الباطن، و إن كان يخضع إلى رقابة و توجيه الإدارة، فإن الإحالة، بصورة عامة، إلى دفتر الشروط العام، لا تعني سوى تطبيق المبادئ، التي تضمنتها تلك الشروط، طالما أنها لا تتعارض مع شروط الاتفاق المبرم بين الملتزم و المتعاقد من الباطن.⁴

3- أثر الاعتبار الشخصي في انقضاء الرابطة التعاقدية

بما أن عقد ال BOT يقوم على الاعتبار الشخصي، فلا بد من بحث تأثير وفاة الملتزم أو إفلاسه على الرابطة التعاقدية.

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 134.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق ص 108.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 236.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 236.

أ- وفاة الملتزم

قد يتضمن العقد بيان تأثير وفاة الملتزم على مصير العقد، و ما إذا كان ينقضي بوفاته، أو أن الرابطة التعاقدية تستمر، بالنظر إلى ضرورة استمرار سير المرفق العام، و عندئذ تنفذ الشروط الواردة في العقد، في حال وجودها.¹

وفي حالة سكوت العقد عن ذلك فإن الفقيه Jeze يرى مايلي : "إن الوفاة لا تستوجب فسخ العقد بصورة تلقائية إلا في حالة تقدير الإدارة بأن شخصية المتعاقد المتوفى كانت تشكل ضمانا أساسية لتنفيذ العقد، وبأن الورثة غير ملزمين بتأمين استمرارية تنفيذ العقد" ، غير أن الفقيه Delaubadère يؤكد على أن وفاة المتعاقد في عقود الالتزام لا تستوجب فسخ العقد بقوة القانون، بل ينتقل الالتزام باستمرار تنفيذ العقد إلى الورثة إلا في حال وجود نص مخالف في العقد.²

و يترتب على وفاة الملتزم النتائج الآتية:

- أن عقد الامتياز لا يفسخ بقوة القانون لمجرد وفاة الملتزم.
- تؤول كافة الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز إلى ورثة الملتزم إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.
- إذا تضمن عقد الامتياز ضرورة موافقة جهة الإدارة على حلول ورثة الملتزم محل مورثهم في القيام بتنفيذ عقد الالتزام فلا يجوز لجهة الإدارة الرفض، إلا إذا انعدمت الكفاءة الفنية ، و تلتزم جهة الإدارة بفسخ العقد إذا انعدمت الأهلية في ورثة الملتزم و يجوز أن تبرم عقد آخر مع أرملة الملتزم لصفقتها وصية القصر.³

ب- إفلاس الملتزم أو إعساره

عادة ما تتكفل دفاتر الشروط و بنود العقد بوضع الحل المناسب في حال إفلاس الملتزم أو إعساره. أما إذا لم يتضمن حولا، فيرى الفقيه الفرنسي Jeze أنه نظرا للطبيعة الخاصة للعقد، و طول المدة التي يستغرقها تنفيذه، فإنه يترتب على إفلاس الملتزم فسخ العقد بقوة القانون. أما Delaubadère ، فيرى أن

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق ، ص 239.

² يعرب محمد الشرع ، مرجع سابق، ص 441.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 108.

إفلاس الملتزم أو إعساره، لا يؤدي بذاته، إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن المصلحة العامة تقضي بذلك.¹

و يرى بعض الفقه المصري أن ترك سلطة فسخ العقد إلى الإدارة، و عدم إنهائه بقوة القانون، لا يخالف قاعدة الاعتبار الشخصي، بل يتفق معها، لأن فكرة الاعتبار الشخصي مجرد وسيلة لا غاية، تتمكن بواسطتها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق النفع العام، و مصلحة المنتفعين من خدمات المرفق العام.²

ثانيا : التزام المتعهد بتنفيذ المشروع وفقا للمواصفات المنصوص عليها في العقد

يلتزم المتعهد في عقد ال BOT بإنشاء المشروع و تجهيزه حتى يصبح جاهزا للتشغيل، و بما أن هذا العقد يمتد إلى مدة طويلة من الزمن، فإن تنفيذ العقد وفقا للمواصفات المتفق عليها، يتمتع بأهمية كبيرة، حيث تؤثر جودة التنفيذ و دقته من جهة على استمرار المرفق العام في أداء نشاطه و نقل ملكيته إلى الدولة بحالة جيدة من جهة ثانية. و لذلك فالإدارة تتمتع بحق مراقبة و متابعة التعاقد معها في تنفيذ العقد في مراحلها المختلفة، بدءا بمرحلة التصميم، ثم التشييد والتجهيز.³

1- مرحلة التصميم

وهي أساس التنفيذ في عقد ال BOT بصورها المختلفة، فهي تكتسب أهميتها على اعتبار أن شركة المشروع هي التي تنشئ المرفق ابتداء، وهذه التصميمات يجب أن يتفق عليها أطراف العقد سواء في ذلك قدمتها شركة المشروع أم الجهة الإدارية و تتميز هذه الرسومات و التصميمات بالسرية ، و يجب أن يتم تنفيذ العمل وفقا لها.⁴

و تحتفظ الإدارة بعدد كاف منها، حتى يتسنى لها مراقبة الإنشاء و التشغيل و إجراء الصيانة اللازمة، عندما تؤول إليها ملكية المشروع عند انتهاء مدة العقد.⁵

¹ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 205.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 241- 242.

³ د. ابراهيم الشهاوي، ذات المرجع، ص 205.

⁴ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 422.

⁵ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 243.

و كثيرا ما يحدث في عقد ال BOT أن يتفق المتعاقدان على الإحالة في إنشاء العقد إلى الشروط و الصيغ المعتمدة في عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.¹

يكون الملتمزم مسؤولا عن التصميمات اللازمة للمشروع، إذا تبين أنها لا تفي بالغرض المطلوب المتفق عليه. و التزامه هنا هو التزام بتحقيق غاية، و ليس التزاما ببذل عناية.²

2- تهيئة موقع المشروع لبدء التنفيذ

مرحلة تهيئة موقع المشروع من طرف الملتمزم، و هي مرحلة التنفيذ الفعلي للمشروع، و يجب على الجهة الإدارية أن تقوم بتسليم الموقع لشركة المشروع و تضمن عدم التعرض لأن قيام التعرض سوف يؤدي إلى تأخير تنفيذ المشروع مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح المتعاقد مع الإدارة³، و يتم تسليم موقع المشروع بمحضر رسمي مكتوب، يوقع عليه أطراف العقد، و يتخذ حجة للإثبات إذا لزم الأمر.⁴

3- مرحلة التشييد

في هذه المرحلة تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق العام وفقا للقواعد المتفق عليها في العقد، مع الالتزام الدقيق بالرسومات و التصميمات و الاشتراطات التي نص عليها العقد صراحة و ملاحقه و دفتر الشروط الذي أجريت وفقا له إجراءات اختيار المتعاقد، و للإدارة أن تراقب عملية الإنشاء، ولها تعيين مهندسين استشاريين لمتابعة هذا التنفيذ، و لها أن تحتج أو ترفض أي تغيير في الرسومات أو قواعد التنفيذ، المتفق عليها سلفا في العقد و ملاحقه، و كذلك أي تعديل في مواصفات البناء و التجهيز مما يقلل من الاستفادة من هذا المرفق، أو يؤدي على المدى الطويل إلى تعذر إعادته إلى الدولة بعد انتهاء العقد.⁵

ويلتمزم الملتمزم بتجهيز المرفق العام موضوع العقد، بالمعدات اللازمة عن طريق الموردين المتخصصين، ووضع الآلات و المعدات اللازمة، و تركيبها و تشغيلها في موقع العمل.⁶

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 243.

² د. هاني سري الدين، مرجع سابق، ص 347.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 211.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 243.

⁵ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 422.

⁶ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 244.

ثالثاً: مراعاة مدة تنفيذ العقد

يلتزم المتعاقد مع الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري بمراعاة مدة التنفيذ المحددة في العقد ، و
المعلوم أن عقد ال BOT تمثل إحدى الوسائل الهامة للإدارة في مجال تسيير المرافق العامة، لذا فإن
احترام المدد المنصوص عليها في العقد يعد الترجمة الفعلية للقاعدة الأصولية التي تحكم سير المرافق
العامة في تقديم الخدمات الدائمة و المنتظمة للمنتفعين بها.¹

و يقتضي أن تتضمن العقود الإدارية بندا يحدد المدة التي يتوجب خلالها على الملتزم تنفيذ التزامه.
و تحرص القوانين عادة على فرض جزاءات تصل إلى حد توقيع عقوبات جزائية على إخلال الملتزم
بالتنفيذ خلال المدة المتفق عليها، و إلا تعرض، على الأقل، لغرامة التأخير. و هذه الغرامة هي مبلغ من
المال محدد سلفاً، يفرض على الملتزم، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه خلال المواعيد المتفق عليها في العقد. و لا
يكاد يخلو عقد إداري من النص عليها، و وجوب استيفائها من الملتزم إذا أخل بمواعيد التنفيذ.²

إن البحث في مدد التنفيذ يستوجب التطرق إلى تحديد مفهومها، و كيفية احتسابها، و القوة الملزمة
لها، و المبررات القانونية لعدم احترامها. و ذلك وفقاً لما يأتي:

1- مفهوم مدة التنفيذ و كيفية احتسابها

تدل عبارة التنفيذ على معان ثلاثة معان هي:³

المعنى الأول :

يقصد بمدة التنفيذ، الفترة التي تمنح للملتزم لإدارة المرفق العام و استغلاله، و يطلق عليها مدة
الاستغلال.

المعنى الثاني :

يقصد بمدة التنفيذ، المدة التي يتعين على المتعاقد خلالها إقامة المنشآت الأجهزة و تحضير الأجهزة
و المعدات اللازمة لاستغلال المرفق العام.

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 135.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 254-255.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 112.

المعنى الثالث :

مدة التنفيذ هي عبارة عن مواعيد تقديم الخدمات لجمهور المنتفعين بالمرفق العام، و التي تحدد عادة بالاتفاق بين السلطة المانحة للامتياز و الملتزم.

بالنسبة إلى احتساب المدة، فعادة ما يتضمن العقد تحديد تاريخ بداية التنفيذ و نهايته. و إذا خلا العقد من ذلك، فيتم تحديد بداية المدة من التاريخ الذي يقوم فيه الملتزم بمباشرة عملية الاستثمار، و في هذه الحالة يمكن للقاضي تحديد المدة المعقولة للتنفيذ وفق العرف الجاري به العمل.¹

و لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا تراخت الإدارة في تنفيذ الالتزام تجاهه ضمانا لحسن تسيير المرافق العامة بانتظام و اطراد، و لا يمنع ما سبق من وجود مبررات قانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ في عقد ال BOT، و تتلخص أساسا هذه المبررات في: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي من جهة و فعل الإدارة من جهة ثانية.²

و بصورة عامة، تبدأ مدة التنفيذ بالسريان منذ اليوم الذي تسلم فيه للملتزم، جميع المستندات اللازمة للبدء في التنفيذ، كالرسومات و الخرائط و التصاميم و سواها. على أن الأمر المصلي الذي يعلن إلى الملتزم بشأن البدء في التنفيذ، يجب أن يصادف قبولا منه، و إذا ثار شك حول تاريخ البدء في التنفيذ ينبغي البحث عن النية المشتركة للطرفين، بشرط أن يكون العقد مصدقا عليه من السلطة المختصة، و أن يتم إبلاغه من الملتزم، حتى و لو كانت أعمال التنفيذ قد بدأت قبل تاريخ التصديق.³

2 - القوة الملزمة لمدة التنفيذ

يكمن الأساس القانوني للقوة الملزمة لمدة التنفيذ في التوفيق بين فكرتين متميزتين هما: فكرة المرفق العام أو النفع العام، من جهة، و الرضائية من جهة أخرى. و يجمع معظم الفقه الفرنسي على أهمية هذا الالتزام، حيث يرى الفقيه Jeze أن الالتزام بمدة التنفيذ ينتج ضمنا عن فكرة المرفق العام، و هو ليس بحاجة إلى نص تشريعي، و لا إلى شرط خاص في العقد. فالمتعاقد مع الإدارة، و قد ارتضى في عقد إداري، تعاونه في مرفق عام، فإنه لا يلزم، فقط، بتنفيذ التزاماته، كما يفعل فرد تجاه آخر، بل يمتد التزامه

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 136.

² محمد أحمد غانم، ذات المرجع، ص 137.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 258.

إلى كل ما يكون ضروريا لضمان السير المنتظم و المستمر للمرفق العام الذي ساهم في الموافقة على تسييره.¹

و يرى الفقيه بيكينو، أن المتعاقد يعتبر مخطئا، إذا لم يضمن، باستمرار و انتظام، و في كل الظروف، و رغم كل الصعاب، القيام بالتنفيذ الدقيق للمرفق العام، و يعد مقصرا إذا أخل في تنفيذ أهم و أشد التزاماته صرامة، لما يعرضه إلى أقصى الجزاءات، و لا يمكن له أن يبرر خطأه إلا في حالة القوة القاهرة، على أن يبذل عناية فائقة، تقرب من روح التضحية، بصرف النظر عن نصوص العقد المبرم بينه و بين الإدارة.²

و النتيجة هي أنه، تبعا لمفهوم المرفق العام و مقتضياته، لا يسمح للملتزم بوقف التنفيذ، مهما كان عذره و إن كانت الظروف طارئة، إلا في حالة القوة القاهرة، أو إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ.³

و لا يصح أن يستفيد الملتزم من قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، المقررة في القانون الخاص. و قد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه، و لا سيما عقد الامتياز الذي تتجلى فيه حكما أعمال المبدأ في أبرز صورها. و لقد امتد سريان هذا المبدأ إلى العقود الإدارية الأخرى، كعقد الأشغال العامة، إذ أنه لا يحق للمقاوم أن يوقف العمل انتظارا للفصل في دعوى فسخ العقد، أو يستند إلى تأخير الإدارة في أداء المقابل، ووقف العمل حتى هذا الأداء.⁴

3- المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ

يحدد الفقه سببين يؤديان إلى تأخير التنفيذ في عقد الالتزام أولهما القوة القاهرة ، وثانيهما فعل الإدارة.⁵

¹ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 211 .

² د. ابراهيم الشهاوي، ذات المرجع، ص 211.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 113.

⁴ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 258.

⁵ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 113.

المبرر الأول: القوة القاهرة، و الحادث الفجائي *la Force Majeure et l'Incident*

Soudain

تعتبر القوة القاهرة قاعدة وثيقة الصلة بالتنفيذ، و يترتب على توافر شروطها القانونية، إعفاء الملتزم الذي يدلي بها من تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أو منحه أجلا لتنفيذها¹ ولقد حدد الفقه و القضاء شروط القوة القاهرة و هي² :

- ألا يكون لإرادة الملتزم دخل في الفعل و إلا يعد مرتكبا لخطأ عقدي يخرج من إطار القوة القاهرة.
- عدم توقع حدوث الفعل وقت إبرام العقد
- عدم استطاعة الملتزم تحصيل المقابل النقدي مما ينتج عنه عدم إمكانيةه من تنفيذ التزاماته في ظل هذا الفعل.

و من أمثلة القوة القاهرة الزلازل و العاصير و الحرائق و الحروب و الثورات.

هذا و قد نصت المواد 13 و 9 من اتفاقيتي الاستثمار لمحطتي تحلية مياه البحر لسكيدة و كهرباء على التوالي على أنه: "يقصد بحالة القوة القاهرة في مفهوم هذه الاتفاقية، كل حادث يقع و يكون خارجا عن نطاق إدارة الطرفين مثل الكوارث الطبيعية و الحروب و الاضطرابات الكبيرة و أعمال الشغب، و لا سيما تلك التي تحول دون تحقيق و/ أو مواصلة أهداف و التزامات الطرفين في إطار الافاقية الحالية." تجدر الإشارة إلى أن قواعد مدة التنفيذ المتعلقة بالعقد الإداري تطبق بدورها على عقد ال BOT، و لا سيما في الحالات الخاصة بهذه العقود، و منها: إعداد الدراسات و التصاميم، و إنشاء و إدارة المرفق العام، و التأخير في التنفيذ، ووقف الإنشاء، و أحكام القوة القاهرة، و الظروف الطارئة، و الجزاءات المفروضة على الملتزم، كغرامات التأخير، و غيرها من الأحكام العامة³.

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 260-261.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 113.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 262.

المبرر الثاني: فعل الإدارة Aléa de l'Administration

يعتبر فعل الإدارة، و لا سيما إذا كان له خصائص القوة القاهرة، مبررا قانونيا لعدم التنفيذ و التأخير فيه، إذا كان له علاقة مباشرة ووثيقة بالالتزام، و يؤدي إلى تأخير الملتزم عن الوفاء، إذا كان غير متوقع، و يؤدي إلى استحالة التنفيذ في المواعيد المتفق عليها.¹

و لا يشترط أن يكون فعل الإدارة وليد خطأ أو إهمال. فقد يكون نتيجة حالات يكون فعل الإدارة فيها استعمالا لحقها المشروع. و مثال ذلك عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها المتعلق بتسليم الملتزم مواقع العمل، أو استدعاء عمال الملتزم للخدمة العسكرية في أثناء الحرب، و عدم كفاية الباقيين للتنفيذ في الوقت المحدد.²

رابعاً: التزام المتعهد أو شركة المشروع بالتشغيل

تأتي مرحلة التشغيل بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع و اكمال تجهيزاته الفنية التكنولوجية. و هذه المرحلة هي جوهر العقد بالنسبة لشركة المشروع. لأن التشغيل هو الذي يكفل لها استرداد ما أنفقتته على بناء المشروع، و تجهيزاته، كما يكفل لها الحصول على الأرباح، فضلاً عن أهميته للجهة مانحة الالتزام لأن كفاءة التنفيذ تتصل بضرورة التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمشروع و تدريب العاملين عليها.³

تتعلق عقد ال BOT عموماً بمرافق عامة ، و بالتالي فإنه يجب على شركة المشروع عندما تقدم منتجاً أو خدمة للجمهور أن تلتزم بالقواعد الأساسية اللازمة لتسيير المرافق العامة.⁴

و تتلخص المبادئ التقليدية التي تحكم سير المرافق العامة في ثلاثة مبادئ هي: مبدأ مساواة الجميع أمام المرافق العامة، مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد، و مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التعديل.

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 262.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 114.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 423.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 115.

1- مبدأ المساواة

يعني هذا المبدأ مساواة جميع المواطنين في تلقي خدمة المرفق العام طالما تتوافر فيهم الشروط اللازمة لتلقي الخدمة.¹ و يجد مبدأ المساواة أساسه القانوني في الأحكام الدستورية، حيث تحرص معظم الدساتير عادة على النص عليه، و لا سيما لجهة تساوي المواطنين في الحقوق و الواجبات العامة، و لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.² كما أن هذا المبدأ يجد أساسه القانوني أيضا في فكرة المرفق العام، الذي يستهدف إشباع حاجة عامة لجمهور المنتفعين، دون تمييز بينهم في أداء الخدمة، و على ذلك فإنه يجب على شركة المشروع أن تلتزم بتحقيق مبدأ المساواة بين جميع المنتفعين طالما تعلق المشروع بمرفق عام.³

2- مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التبديل

يجد هذا المبدأ ما يبرره في طبيعة المرفق العام، على اعتبار أن هذا الأخير يهدف إلى إشباع حاجة جماعية، الأمر الذي يبرر ضرورة تطوره، و لا سيما لجهة الوسائل و الأساليب التي يتم بها تحقيق هدفه، و خصوصا لجهة ضرورة مواكبته لمتطلبات العصر، و حاجات المجتمع. و لذلك فمن المقرر أن تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تطوير المرفق العام، و لا يقيد بها في ذلك إلا استهداف الصالح العام.⁴ و تطبيق هذا المبدأ في عقد ال BOT يستلزم موافقة طرفي العقد (شركة المشروع و الجهة الإدارية) و عليه تلتزم الجهة المانحة بتعويض شركة المشروع بقدر يتناسب مع حجم التطوير.⁵ و من صور تعديل المرفق العام : تعديل أسلوب إدارة المرفق العام، و تعديل تعرفه الرسوم، و تعديل قواعد الانتفاع بخدمات المرفق العام.⁶

و ينطبق مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل و التغيير على عقد ال BOT . فبالرغم من أنه في هذه العقود يكون الملتمزم شركة خاصة، أو فردا من أفراد المجتمع، إلا أنه يحق للإدارة مانحة الالتزام أن تعدل نظام المرفق العام و قواعده، و هو ما يسمى بالشروط اللائحية لعقد الالتزام، طالما أن هذه التعديلات يوجبها الصالح العام، و حاجات المجتمع. و ليس للشركة الملتمزمة التي تتولى إدارة المرفق العام

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 115.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 264.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 116.

⁴ د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 184.

⁵ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 117.

⁶ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 267.

الاعتراض على هذه التعديلات، و إنما لها حق المطالبة بالتعويض المناسب عن الأضرار و الأعباء الجديدة التي يتضمنها النظام الجديد المعدل، تطبيقاً لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري.¹

3- مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام و اضطراب

و من المبادئ الهامة التي تتمسك بها دولة المقر، مبدأ دوام سير المرافق بانتظام و اضطراب و ذلك لأن المرفق يهدف إلى إشباع حاجة عامة دائمة و مستمرة و عليه يجب أن يستمر المرفق في أداء الخدمة سواء كان التوقف مؤقتاً أم دائماً يتعارض مع طبيعة المرفق العام.²

و قد استقر اجتهاد القضاء الإداري، بدون نص تشريعي مباشر، على ضرورة تطبيق مبدأ دوام سير المرافق العامة. و نشأ عن هذا الاجتهاد تطبيقات متنوعة منها: تحريم الإضراب في المرافق العامة، و تنظيم استقالة الموظفين، و نظام الموظفين الفعليين، و نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية.³

خامساً: التزام المتعهد بأعمال الصيانة

نظراً لالتزام شركة المشروع بإعادة المرفق في نهاية المدة إلى الإدارة بصورة جيدة وصالحة للاستعمال، لذلك يتوجب عليها أن تعتني بصيانة المشروع مع سائر آلاته و أدواته بصورة دورية و بعناية عادية و كاملة، و للإدارة أن تراقب مدى اهتمام الملتزم بالصيانة بواسطة مراقبين و فنيين يطلعون في كل الأوقات على مجرياتها، و يجب أن يحدد العقد مواعيد الصيانة المختلفة، و الطرف الذي يتوجب عليه القيام بها، و مدى سلطة الإدارة في التحقق من تنفيذ الالتزام بصورة جيدة، مع تحديد أوجه الصيانة الواجب الاعتناء بها؛ و منها: مراقبة القطع و الآلات و تجديدها و تغييرها وفقاً لطبيعتها و طرق استهلاكها.⁴

و الالتزام بالصيانة قد يأخذ شكل صيانة وقائية تتضمن قيام المشغل بوضع جدول زمني دوري لعملية الصيانة أثناء التشغيل، لتلافي حدوث أي أعطال في المشروع قد تؤثر على كفاءة التشغيل، و قد

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 267-268.

² د. جابر جاد نصار، عقود ال BOT و التطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 147.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 271.

⁴ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 423.

يأخذ شكل صيانة علاجية تستهدف إصلاح الأعطال بعد حدوثها و تغيير القطع و الأجزاء التالفة و توفير قطع الغيار الضرورية اللازمة لاستمرار المرفق في أداء الخدمة.¹

سادسا: التزام المتعهد بنقل التكنولوجيا و تدريب العاملين عليها.

يتكون مصطلح التكنولوجيا من مقطعين الأول Techne ويعني الفن و الثاني logos ويعني العلم أو الدراسة و عليية فإن مصطلح تكنولوجيا يعني علم الفنون و الصناعة أو دراسة الفنون المتعلقة بالصناعة.²

و بهذا تصبح التكنولوجيا مجموعة من النظم و المعارف و التقنيات و المهارات و الخبرات و التنظيمات المستخدمة لإنتاج و استغلال الخدمات اللازمة لإشباع الحاجات الاقتصادية و الاجتماعية في مجتمع ما.³

و قد عرفت منظمة اليونيدو التكنولوجيا بكونها محصلة إجمالية من المعارف و الخبرات و المهارات اللازمة لتخطيط و تصميم و تنفيذ و إنشاء و تشغيل أحد مشروعات البنية التحتية بالإضافة إلى الجوانب الإدارية و التنظيمية و التسويقية ذات الصلة بالمشروع المقصود.⁴

و من المعلوم فإن مشاريع ال BOT تتميز بفترات تشغيل تمتد لفترات زمنية طويلة، و بالتالي فإنه خلال هذه الفترة سوف تحدث تطورات تكنولوجية هائلة على مستوى العالم، سواء في المعدات أو أساليب الإنتاج، أو أساليب الإدارة الحديثة، بما يحتم تطوير المشروعات القائمة عن طريق إدماج نتائج هذا التقدم التكنولوجي في هذه المشاريع.⁵

و إذا لم تقم شركة المشروع بعملية التطوير التكنولوجي، فهذا يعني أن الجهة المانحة للامتياز سوف تتسلم المشروع بعد انتهاء مدة الامتياز متخلفا تكنولوجيا، و غير ذي جدو اقتصادية في التشغيل.⁶

¹ د. وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 215.

² د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 160.

³ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 160-161.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 161.

⁵ د. وائل محمد السيد إسماعيل، ذات المرجع، ص 221.

⁶ د. وائل محمد السيد إسماعيل، ذات المرجع، ص 221. هذا وقد عرفت اللجنة التنفيذية لغرفة التجارة الدولية، التكنولوجيا الصناعية، بأنها تشمل المعارف المطبقة، و الطرق، و المعطيات الضرورية اللازمة للاستعمال الحي و الفعال للتقنية الصناعية و وضعها موضع التنفيذ.

و يمثل عقد ال BOT، مدخلا أساسيا لنقل التكنولوجيا المتقدمة إلى الدولة المضيفة، و لشركة المشروع مصلحة جدية في اعتماد التكنولوجيا الحديثة، تسهيلا لإدارة المشروع، و تحصيلًا لأكبر قدر من الفوائد و الأرباح، و ذلك لأن هذه التكنولوجيا، المعتمدة على أقصى درجات التطور العلمي و الفني، تقلل الاعتماد على الأيدي العاملة، و تساعد على تقديم خدمات جيدة.¹

و يعين العقد مشتملات المعرفة التي يلتزم المتعهد بنقلها إلى الدولة المضيفة، و توضع المعلومات المتعلقة بها عادة، في وثائق هي عبارة عن نشرات و تصميمات و مواصفات و رسومات هندسية، و شروحات و صور. و توضع هذه الوثائق في مجلدات تنتقل إلى الدولة المضيفة بتسليمها إليها، و تلحق بالعقد الذي ينص الذي ينص في متنه على اعتبارها جزءا لا يتجزأ منه. و من أمثلة هذه الملاحق: ملحق يشتمل على بيان تفصيلي بالمعلومات التي تحتوي عليها التكنولوجيا، و ملحق للتصميمات و الرسوم و الصور، و غيرها من الوثائق اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا، و ملحق لبيان الأجهزة و الآلات اللازمة لتطبيق التكنولوجيا.²

يتم نقل التكنولوجيا بأن تضع شركة المشروع تحت تصرف الدولة المضيفة، مستندات المشروع و تصاميمه و خرائطه و تجهيزاته، و أسرار الإنتاج و التشغيل، و كيفية إجراء أعمال الصيانة، و سواها من المستندات المتعلقة بالطريقة التي يتوجب اتباعها لتشغيل المشروع. و يكمل نقل التكنولوجيا هذه بالتعليمات الشفهية التي تعطى للفنيين الذين يتولون تشغيل المشروع.³

و يجب أن يتم الاتفاق في عقد ال BOT على التزام شركة المشروع بتدريب الأيدي العاملة الوطنية لدولة مقر المشروع بحيث تصبح هذه الأيدي العاملة جاهزة لإدارة المشروع، غير أن هذه العملية يجب أن تكون سابقة لمرحلة التسليم بوقت كاف قبل تولي الأطر الوطنية للدولة المضيفة مسؤولية تولي إدارة المشروع.⁴

و يعتبر نقل التكنولوجيا عملية ملازمة لعقد ال BOT و لكنها لا تشكل دائما شروطا تدرج في العقد، عندما يكون الموظفون المكلفون بتشغيل المشروع حائزين على تكوين كاف و خبرة عملية، بحيث

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 425.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 277-278.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 425.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 192.

يكفيهم بعض التعليمات و التدريب كي يستطيعون القيام بالعمل. أما إذا كان الموظفون المكلفون بتشغيل المشروع ليسوا حائزين على تدريب كاف أو تكوين فني مناسب ، فإن ذلك يقتضي عندئذ إدراج هذه العملية في بنود العقد.¹

سابعاً: التزام المتعهد بنقل ملكية المشروع إلى الإدارة المانحة

عند نهاية عقد ال BOT، تلتزم شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية مانحة الالتزام بحالة جيدة وصالحة للاستعمال ، و يتم ذلك بدون مقابل حيث أن الملتزم قد استرد ما أنفقه في إنشاء المشروع أثناء فترة تشغيله علاوة على الأرباح التي حصل عليها من عائدات بيع الخدمة المنتجة من المشروع لجمهور المنتفعين،²

و قد ينص العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل، أو على تعويض رمزي، بحسب الأحوال.³

و قد تجد الإدارة المضيفة أن من مصلحتها أن تعهد إلى شركة المشروع بإدارته و تشغيله مدة من الزمن. فعندئذ يتوجب عليها أن تبرم معها اتفاقاً جديداً بهذا الشأن، يكون موضوعه إدارة المشروع، بعد انتقال ملكيته إلى الإدارة المضيفة. فاستمرار شركة المشروع في إدارة هذا المشروع و تشغيله، لا يؤثر على نقل ملكية المرفق إلى الإدارة.⁴

و بتنفيذ هذا الالتزام ينتهي عقد ال BOT و عندئذ، يجب تحويل جميع أصول المشروع، سواء كانت عقارية أو منقولة، إلى الجهة الإدارية. فتنقل ملكية المرفق إليها خالية من أي رهون أو حقوق. إلا إذا كان العقد ينص على غير ذلك، فيجب عندئذ، تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.⁵

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 279.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 118.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 279.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 173.

⁵ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 140.

الفرع الثاني - حقوق شركة المشروع

تتمتع شركة المشروع في عقد ال BOT بمجموعة من الحقوق نظير الواجبات الملقاة على عاتقها وتتمثل أهم هذه الحقوق فيما يلي:

أولاً: حق شركة المشروع في تفاضي المقابل المالي

إن المقابل المالي هو الدافع الرئيسي للمتعاقد مع جهة الإدارة في إبرام العقود الإدارية، ويتخذ المقابل المالي أحد صورتين : أولاًهما شكل الثمن و يكون ذلك في عقود التوريد و الأشغال العامة، و ثانيهما شكل الرسم و يكون في عقد التزام المرافق العامة، إذ يحصل الملتزم على رسم من جمهور المنتفعين مقابل خدمات المرفق محل الالتزام.¹

و تتحدد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم في عقد التزام المرافق العامة – كقاعدة عامة- بأنها من قبيل الشروط اللائحية، بحيث تستطيع الإدارة تعديل المقابل المالي المستحق للملتزم بإرادتها المنفردة.²

إن حرية كل من الإدارة و الملتزم في تحديد الرسم فيما يخص عقود التزام المرافق العامة يمكن أن تكون مقيدة. و من أهم القيود الواردة على هذه الحرية قيدان: **القيد الأول:** النص التشريعي: حيث يحدد المشرع صراحة السعر الذي يتعين أن تقدم على أساسه الخدمة للمنتفعين بالمرفق العام، كتحديد تعرفه الكهرباء و الماء و الغاز و سواها. و **القيد الثاني:** احترام مبدأ المساواة في الرسم بين المنتفعين: الذي يقضي بضرورة التسوية في الرسوم بين المنتفعين عموماً. و المقصود بالمساواة هو توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف.³

ويتميز عقد ال BOT عن عقد التزام المرافق العامة من حيث الطبيعة القانونية للرسم ، فلا يمكن القول بالطبيعة اللائحية المطلقة للشروط المتعلقة بالرسم من حيث تحديثها و تعديلها من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة، ويرجع السبب في ذلك إلى أن شركة المشروع هي التي تتولى إنشاء المرفق العام و

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 119.

² د إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 223.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 283.

تشغيله طيلة فترة العقد ، فهي التي تتحمل نفقات إنشاء المرفق و لا بد أن يكون العائد خلال مدة التشغيل كافيًا لاسترداد ما أنفقته في بناء المرفق و تحقيق الأرباح التي تنشدها شركة المشروع.¹

و لذلك يعد الرسم الذي يتقاضاه الملتزم مقابل تأدية الخدمة للمنتفعين من البنود التعاقدية التي تخضع للاتفاق بين الملتزم و الإدارة المانحة. و إذا رأت الإدارة أن سعر الخدمة التي يقدمها المرفق عالية التكلفة، و لا تتناسب مع قدرة جمهور المنتفعين، فلها أن تتدخل عن طريق شراء الخدمة من الملتزم، و إعادة بيعها إلى الجمهور، و هو ما يحدث عادة في إنشاء محطات الكهرباء وفقًا لنظام ال BOT.²

ثانياً: حق شركة المشروع في ضمان التوازن المالي للعقد

إذا كانت القاعدة العامة في عقود القانون الخاص تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فيلتزم طرفا العقد بالتزامات محددة و ثابتة، فلا يملك أي منهما تعديل العقد أو فسخه إلا بإرادة الطرفين، فإن الأمر يختلف في العقود الإدارية، فالقاعدة العامة في العقود الإدارية و منها عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية هي مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة و إمكانية زيادتها أو إنقاصها بما يتفق مع حسن سير المرفق العام و تحقيق المصلحة العامة.³ و هذا التغيير قد يؤدي إلى قيام المتعهد بأعباء إضافية تستلزم نفقات جديدة لم تلحظ في العقد، و على المتعهد أن يقوم بها، بدون أن يكون له الحق في الاعتراض عليها، لضرورة دوام سير المرفق العام بانتظام و اضطراد.⁴

و تعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة عن الأعباء المرهقة و الاستثنائية التي تحملها من جراء استعمال الإدارة لهذه السلطات و الامتيازات يقوم على أساس مبدأ التعويض بلا خطأ، نظراً لكون ممارسة السلطات و الامتيازات المخولة للإدارة تعتبر أعمالاً مشروعة لارتباطها و تعلقها بالمرفق العام و المصلحة العامة.⁵

¹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 141.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 120.

³ د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 163.

⁴ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 289.

⁵ د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 223.

و قد ظهرت فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي¹، و استقرت في الفقه و القضاء كمبدأ أساسي يضبط التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية².

إن اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، يمثل السبب المبرر في تقرير مبدأ التعويض ، باعتبار أن التوازن المالي، يستهدف الحفاظ على كيان العقد، كما روعي عند التعاقد، حتى يسير المرفق العام و يؤدي خدماته إلى المنتفعين به، من دون انقطاع، أما أساس الحكم بالتعويض فيتحدد وفق الظروف المتوقعة أو غير المتوقعة التي يحدث فيها اختلال في العقد³، ففي ظل الظروف المتوقعة ، غالبا ما يحرص المتعاقدان على تضمين بنود العقد شروطا تجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد، كما قد تتضمن دفاتر الشروط و الوثائق الملحقة بالعقد، أحكاما منظمة لإعادة النظر في المقابل المالي، و الرسوم المستحقة للملتزم في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة . و على أساس ذلك، يقتضي الأمر إعادة النظر في التزامات الطرف المتعاقد، بصورة دورية، بهدف الحفاظ على التوازن المالي للعقد⁴.

و قد اتخذ مفهوم التوازن المالي للعقد بعدا آخر أكثر تطورا في مجال عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، فقد امتد الأمر من فكرة التوازن المالي للعقد إلى فكرة التعادل المالي فنظرا لضخامة عقد ال BOT ، يتم الحرص عادة على وضع أطر لتنظيم مواجهة الظروف التي يمكن أن تخل بالتوازن المالي سواء كان ذلك في مرحلة إنشاء المشروع أو في مرحلة تشغيله⁵.

أما بالنسبة إلى إعادة التوازن المالي في ظل الظروف غير المتوقعة، فقد ابتدع الفقه و القضاء نظريات قانونية ثلاث لإعادة هذا التوازن هي : نظرية فعل الأمير، و نظرية الظروف الطارئة، و نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة⁶.

¹ ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري بموجب الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي و الصادر بجلسة 11 مارس 1910، في قضية الشركة الفرنسية للترام، عندما عرض المفوض باليوم هذه الفكرة بقوله: " إذا انهار اقتصاد العقد من الناحية المالية و إذا كان استعمال الجهة المانحة الالتزام لسلطتها في التدخل قد أخل بهذا التوازن بين المزايا و الأعباء أو بين الالتزامات و الحقوق، فلا شيء يحول بين الملتزم و الالتجاء إلى قاضي العقد، ليثبت أن التدخل رغم كونه مشروعا في حد ذاته و ملزما له قد أصابه بضرر يستوجب التعويض." و رد ذكره في كتاب الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 121- 122.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 121-122.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 291.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 292.

⁵ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 124.

⁶ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 293- 294.

النظرية الأولى: نظرية فعل الأمير le Fait du Prince

يقصد بهذه النظرية ، الأعمال و الإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها و تصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة و يكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد ، الأمر الذي يشكل مخاطر مالية استثنائية و غير عادية.¹

و يمكن أن يكون مصدر هذه الأعمال سلطة إدارية داخلية ممثلة في الإدارة المتعاقدة، كما يمكن أن يكون مصدر هذه الأعمال خارجيا، أي يكون محرك هذه الأعمال طرفا أجنبيا عن الدولة المتعاقدة، كدولة أخرى أو مجموعة دول تنتمي للمجتمع الدولي، فتسمى هذه الإجراءات في هذه الحالة بعمل الأمير الأجنبي، و مثال هذه الإجراءات بصفة عامة، التأميم ، حظر الاستيراد و التصدير، حالة حصار مفروضة من طرف دولة أو المجتمع الدولي.²

1- شروط نظرية فعل الأمير

و لكي تتحقق نظرية فعل الأمير لابد من توافر مجموعة من الشروط، أهمها³:

- أ- أن يكون فعل الأمير متصلا بعمل مشروع، فأعمال الإدارة العامة غير المشروعة أو الخاطئة لا تعتبر من أفعال الأمير، لأن أعمال الإدارة العامة غير المشروعة تقرر التعويض طبقا لقواعد و أسس المسؤولية الإدارية التقصيرية.
- ب- أن يصدر فعل الأمير بإرادة الإدارة المتعاقدة المنفردة.
- ج- أن يصدر فعل الأمير من نفس السلطة الإدارية التي أبرمت العقد.
- د- يجب أن يترتب على فعل الأمير ضرر للطرف المتعاقد مع الإدارة مهما كانت درجة جسامته هذا الضرر. و يشترط في الضرر هنا أن يكون فعليا و حقيقيا لا احتماليا.
- هـ- يجب أن تكون إجراءات و أعمال الأمير الصادرة من الإدارة إجراءات طارئة و غير متوقعة من طرفي العقد الإداري.

¹ د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 223.

² EL-BEHERRY (I), « Théorie des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux », Thèse Pour le Doctorat en Droit, Université de NICE SOPHIA-ANTIPOLIS, Mars 2004, p. 476.
http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/41/25/38/PDF/theorie_des_contrats_administratifs_et_marches_publics_internationaux.pdf

³ د. عمار عوابدي، ذات المرجع، ص 224.

2- صور نظرية فعل الأمير

أ- قد يتخذ فعل الأمير صورة إجراءات وأعمال قانونية كصدور قوانين أو لوائح تنظيمية عامة من طرف السلطة الإدارية المتعاقدة ، و تؤثر تأثيراً مباشراً أو غير مباشر على الطرف المتعاقد مع الإدارة بحيث تزيد من أعبائه و التزاماته التعاقدية بشكل مرهق كأن تجري السلطة الإدارية تعديلاً في البنود العقدية القابلة للتعديل، أو تصدر تشريعات جديدة تزيد من تكاليف و أعباء الرسوم الجمركية على خدمات أو مواد يحتاج إليها الطرف المتعاقد في العقد الإداري.¹

ب- و قد يتخذ فعل الأمير شكل قرار إداري فردي كالقرار الإداري الذي تصدره السلطة الإدارية المتعاقدة و الذي تنص فيه على تعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق العام. موضوع التعاقد أو تعديل أسعار الخدمات المحددة في عقد امتياز المرفق العام. و يشكل هذا الإجراء الإداري الخاص أعباء و تكاليف مالية مرهقة للطرف المتعاقد مع الإدارة لدرجة الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري.²

و المبدأ المقرر أنه إذا كانت التدابير التي اتخذتها الإدارة تشكل تدابير عامة، تشمل الجميع بما فيهم المتعاقد ، فلا ينجر عن ذلك ترتيب أي حق للمتعاقد في التعويض ، إلا إذا كانت قد أفقدت العقد توازنه المالي ، أما التدابير الخاصة التي تمس المتعاقد بالخصوص ، فترتب له الحق في التعويض، غير أن هذا الحق يسقط في حال كان التدبير المتخذ عبارة عن نص تشريعي، أو أن المشرع قد نص صراحة، أو ضمناً، على عدم منح المتعاقد أي تعويض.³

3- آثار نظرية فعل الأمير

تنتج عن نظرية فعل الأمير عدة آثار منها⁴:

- أ- تحرر وتحلل المتعاقد مع الإدارة من الالتزام بالتنفيذ إذا ما ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ مثل حالة صدور قانون يمنع استيراد إحدى المواد الخام غير المتوفرة في السوق المحلية و التي لا يمكن الاستغناء عليها في الخدمة التي يقدمها المرفق العام.
- ب- حق الطرف المتعاقد مع الإدارة المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخير و ذلك عندما يثبت أن إجراءات فعل الأمير هي التي جعلت عملية تنفيذ العقد عسيرة.

¹ د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 224.

² د. عمار عوابدي، ذات المرجع، ص 225.

³ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 305.

⁴ د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 180.

ج- حق الطرف المتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد إذا ترتب على عمل الإدارة، استحالة تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

النظرية الثانية: نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية حديثة حيث أنشأها القضاء الإداري الفرنسي، فقد نشأت هذه النظرية بموجب حكم مجلس الدولة الفرنسي في 24 مارس 1916 في قضية غاز بوردو.¹ مؤدى هذه النظرية، أنه إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد، بحيث أصبح التنفيذ مستحيلا، و أكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان بداية، و ترتب على ذلك خسارة استثنائية وفادحة لا يمكن للمتعاقد تحملها، فإن من حق هذا الأخير أن يطلب من الجهة الإدارية المتعاقدة مشاركته في تحمل هذه الخسائر، فتقوم الإدارة بتعويض شركة المشروع تعويضا جزئيا وفقا لأحكام هذه النظرية.²

1- شروط نظرية الظروف الطارئة

يتطلب لقيام نظرية الظروف الطارئة الشروط العامة التالية:³

- أ- أن يحدث الظرف الطارئ بعد وقت إبرام العقد و لم يتم توقع حدوثه وقت إبرامه، و لم يدخل في الحساب المتعاقدين وقت إبرام العقد.
- ب- أن تكون هذه الحوادث و الظروف الطارئة أجنبية عن العقد، أي ليست ناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، بما يؤدي لقيام المسؤولية التعاقدية، فلا ينطبق عليها مفهوم نظرية الظروف الطارئة.
- ج- أن تؤدي هذه الحوادث أو الظروف الطارئة إلى اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا و غير مألوف بحيث يصبح تنفيذ الطرف المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية مرهقا، أي يحمله أعباء مالية خطيرة و خسارة كبيرة.

¹CE, 30 mars 1916, Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux. (P.30).

<http://fr.scribd.com/doc/173860/Grand-arrets-de-la-jurisprudence-administrative>

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 412.
³ د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 227.

2- آثار نظرية الظروف الطارئة

تتمثل أهم آثار نظرية الظروف الطارئة في الآتي:

أ- يتعين على الطرف المتعاقد مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال بالتوازن المالي للعقد بفعل هذه النظرية، و هذا الاستمرار يستمد أساسه من ضرورة سير المرفق العام بانتظام و اطراد، و لا يعفى الملتزم من الوفاء بالتزاماته إلا إذا كان هناك قوة قاهرة، و في حالة توقفه عن الوفاء بالتزاماته في ظل الظروف الطارئة، يحق للإدارة إيقاع الجزاءات المناسبة عليه.¹

ب- تلتزم الإدارة المتعاقدة بمشاركة الملتزم جزءا من الخسارة التي لحقت به طول فترة الظرف الطارئ ضمانا لتنفيذ العقد و للسير الحسن للمرفق العام ، و تتجلى هذه المشاركة من خلال تعويض جزئي يهدف إلى التخفيف من الضرر الذي لحق بالمتعاقدين كي يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته.² و يكون هذا التعويض الجزئي تحت رقابة القضاء الإداري، و إذا لم يتوصل الطرفان إلى الاتفاق حول إعادة التوازن المالي للعقد، بمساعدة الطرف المتعاقد مع الإدارة، حكم القضاء بفسخ العقد بناء على طلب أحد طرفي العقد الإداري.³

النظرية الثالثة: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

نظرية الصعوبات المادية نظرية أوجدها القضاء الإداري، و هي نظرية قديمة، و هناك خلاف في فقه القانون الإداري حول وجود هذه النظرية كنظرية قانونية مستقلة عن نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية و تطبيق هذه النظرية غالبا ما يكون في نطاق عقود الأشغال العامة.⁴

وهي الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد و تكون ذات طابع استثنائي، بحيث لم يتوقعها المتعاقدان أثناء إبرام العقد و يكون من نتيجتها جعل العقد أكثر تكلفة، و من ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد مع الإدارة الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته التعاقدية،

¹ د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 172- 173.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 333.

³ د.عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 228.

⁴ د.عمار عوابدي، ذات المرجع، ص 228.

وتتفق هذه النظرية مع نظرية فعل الأمير من حيث المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد، وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة من حيث أن التعويض عن الضرر يكون جزئياً.¹

و مثال الصعوبات المادية التي تصادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، الصعوبة الخاصة بطبيعة الأرض الجيولوجية التي تعاقد الأطراف على المرفق عليها، حيث يظهر أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية عدم صلاحيتها لإقامة المشروع²، وأساس تعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة في هذه النظرية هو اعتبارات العدالة المجردة فقط، وفقاً لما يقرره الرأي الراجح في الفقه.³

1- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الشروط التالية⁴:

- أ- أن تكون الصعوبات المادية مستقلة عن إرادة المتعاقدين، و لم تنشأ بسبب خطأ أي منهما، فإذا كان للإدارة دخل فيها طبقت قواعد المسؤولية، أو نظرية فعل الأمير، و ألا يكون للمتعاقد أي دور في إحداثها و لا يستطيع تفاديها وقت التنفيذ.
- ب- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع مادي استثنائي غير مألوف، و يقدر قاضي الموضوع ما إذا كانت الصعوبات عادية أو ذات طبيعة استثنائية، و ترجع هذه الصعوبات في الغالب إلى ظواهر طبيعية مثل طبيعة الأرض.
- ج- يجب تلحق هذه الصعوبات أضراراً بالمتعاقد من شأنها أن تخل باقتصاديات العقد و أن تزيد من أعبائه المالية.
- د- يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة وقت إبرام العقد، أي أنها تتطوي على معنى المفاجأة بحيث يجد الملتزم نفسه أمام حالة لم يكن في وسعه توقعها أثناء إبرام العقد.⁵

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 414.

² د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 181.

³ د. عمار عوايدي، مرجع سابق، ص 228.

⁴ د. وضاح محمود الحمود، ذات المرجع، ص 181-182.

⁵ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 338.

2- آثار نظرية الصعوبات المادية

ينجم عن نظرية الصعوبات المادية النتائج و الآثار التالية¹:

- أ- بقاء و استمرار تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لكل الالتزامات رغم وجود و قيام الصعوبات المادية.
- ب- حق الطرف المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض كامل مقابل ما تحمله من نفقات و تكاليف في مواجهة تلك الصعوبات المادية و الاستثنائية و غير المتوقعة.

ثالثا: حق شركة المشروع في التمتع بحوافز الاستثمار

عندما تقوم الدولة و شركة المشروع بإبرام عقد ال BOT فإن الأمر الغالب هو تضمين العقد نصا يعطي لشركة المشروع الحق في التمتع بالمزايا المنصوص عليها في قوانين الدولة المضيفة، أما إذا تضمن العقد نصا يؤدي إلى حرمان شركة المشروع من التمتع بالمزايا و الإعفاءات المنصوص عليها في قوانين الاستثمار أو الضرائب فإن هذا النص يصبح النص الواجب التطبيق ، لأنه نص خاص و النص الخاص يقيد العام، و في حالة عدم تضمين العقد نصا يسمح لشركة المشروع بالتمتع بالمزايا المنصوص عليها في القوانين الوطنية فإنه يجب الرجوع لهذه القوانين كل على حدة لبحث مدى إمكانية انطباق هذه القوانين على شركة المشروع.²

رابعا: حق شركة المشروع في منع الضرر

تتمتع الدولة في العقود الإدارية بمجموعة من الامتيازات و الحقوق التي تجعلها في مركز أسمى من الطرف المتعاقد معها و ذلك بهدف الحفاظ على المصلحة العامة ، و من أخطر هذه الامتيازات سلطة الإدارة في تعديل العقد بما يؤدي إلى الزيادة أو النقصان في التزامات المتعاقد، و يمكن أن يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بهذا الأخير في مجال تطبيق عقد ال BOT.³

و قد تتحول سلطة الدولة في تعديل العقد بصفة منفردة إعمالا لامتيازات السلطة العامة ، إلى فعل ضار قد يكون مشروعاً أو غير مشروع، و في كلتا الحالتين فإنها تلتزم بالتعويض عن الأضرار الناتجة

¹ د. عمار عوايدي، مرجع سابق، ص 228.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق ، ص 410.

³ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 186.

عن تصرفها الانفرادي بتعديل بنود العقد الإداري المبرم بينها وبين المتعاقد الآخر دون اتفاق منصوص عليه في العقد.¹

غير أن هناك من يرى أنه ورغم وجهة الرأي السابق غير أن ذلك لا يعني أن يعطل حق الدولة في التدخل لتعديل شروط العقد اللائحية عندما تزي ضرورة لذلك، تأسيساً على ما يقتضيه المرفق العام من حسن سيره بانتظام و اطراد و قابلية للتعديل و التطوير تحقيقاً للمصلحة العامة.²

الفرع الرابع: سلطات الجهة الإدارية المتعاقدة

أولاً: سلطة الرقابة على تنفيذ العقد

تعني الرقابة، الإشراف على التنفيذ، و بمقتضاه تتمتع الجهة الإدارية بحق الرقابة و الإشراف على المتعاقد معها عند تنفيذه للعقد، و الغرض من الرقابة هو التأكد من قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه، و تشمل الرقابة التأكد من صلاحية المواد و الأدوات المستخدمة في التنفيذ و الإسراع في معدلاته و المطالبة بالاستعانة بعمال آخرين، و هذا التدخل في التنفيذ تبرره مقتضيات المصلحة العامة.³ و حق الإدارة في الرقابة على شركة المشروع بعقد ال BOT أمر يكتسب أهمية بالغة و ذلك لأن مدة هذا العقد طويلة و قد تصل إلى تسع و تسعين سنة، كما أن التزام شركة المشروع بنقله بحالة جيدة إلى الإدارة عند نهاية مدة العقد أمر يستوجب رقابة الإدارة على الملتزم أثناء مرحلتي التنفيذ و التشغيل، لذا تحرص الدولة على بسط رقابتها عليه أثناء هاتين المرحلتين.⁴

و قد تلجأ الإدارة إلى جدولة تشييد المرفق و تجهيزه، بحيث تلزم شركة المشروع بالتنفيذ وفقاً لخطة محددة. و أن الاتفاق على مراحل التنفيذ بصورة واضحة، من شأنه أن يحسم كثيراً من المنازعات التي يمكن أن تؤدي إلى فشل المشروع أو تأخير تنفيذه. و لها كذلك حق إيفاد مهندسين من قبلها إلى مواقع العمل للتأكد من سيره وفقاً للأوضاع المحددة، و فحص و اختبار المواد المستخدمة فيه للاطمئنان على جودة أنواعها. كما لها أن تتدخل في التنفيذ و تغيير بعض الأوضاع، و لو لم يرد عليها صراحة، نص في العقد.⁵

¹ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 188.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 409.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 150.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 152.

⁵ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 245.

و تتعدد صور الرقابة فمنها ما يقتصر على الجوانب الفنية فقط و يقصد بها تلك الرقابة التي تهدف للتأكد من كون شركة المشروع تقوم بالتنفيذ وفقا لما هو منصوص عليه بالعقد، و دفتر الشروط، و يكون ذلك عن طريق تقنيين تقوم الإدارة بإرسالهم لموقع المشروع للاطلاع على الوثائق التقنية و الخرائط و الرسومات و متابعة عملية التنفيذ في جوانبها التقنية، و قد تكون الرقابة مالية، يقصد بها الرقابة على حسابات شركة المشروع، و التي تكون ملزمة بمسك دفاتر منتظمة وفقا للقواعد الحسابية المتعارف عليها و المعمول بها.¹ و قد تتضمن بعض عقد ال BOT بنودا تولى الإدارة حق تعيين عضوين أو أكثر ممثلين لها في مجلس إدارة شركة المشروع.²

أما الرقابة على أعمال الصيانة و التجديد في عقد ال BOT فهي مرتبطة بالتزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع عند انتهاء مدة العقد إلى الجهة الإدارية مانحة الالتزام بحالة جيدة، و هذا يستوجب قيام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمشروع فضلا عن أن هذه العقود تستهدف تحقيق المصلحة العامة.³

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن أعمال الصيانة و التجديد لا تقتصر على الأصول المادية فحسب، بل تتناول العنصر البشري لجهة التدريب و تجديد المهارات. و يلتزم المتعهد بالتكاليف و المصاريف اللازمة لذلك، باعتباره مسؤولا عن استقرار انتظام العمل بالمشروع طول مدته، و حتى انتقال ملكيته إلى الدولة في حالة جيدة.⁴

غير أنه إذا كان للإدارة حق الرقابة و الإشراف و التدخل في أعمال الملتزم، فيقتضي الا تمارس حقها بشكل يؤدي إلى إعاقة عمله و مباشرة نشاطه، بل على العكس من ذلك على الإدارة أن تحرص، بصورة عامة، على أن تجعل للملتزم اليد العليا في إدارة المرفق العام و استثماره، مقابل التضحيات المالية التي يتكدها. كما أن هذا الحق لا يخولها تغيير شروط التعاقد و بنوده. لأن هذه المسألة لا تدخل في حق الرقابة. و بالتالي فعلى الإدارة أن تمارس حقها في إطار نصوص العقد و شروطه، و لا تتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة غير متفق عليها.⁵

¹ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 204 - 205.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 246.

³ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 153.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 247.

⁵ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 249 - 250.

و عليه فإن هذه الرقابة يجب أن تمارس بصورة موضوعية و منطقية مستهدفة تحقيق المرفق لأهدافه الاقتصادية و الاجتماعية، و ألا تكون هذه الرقابة عبئاً على المرفق و مستثمره مما يؤدي إلى الإضرار بالمرافق، و يؤثر سلباً على نتائجه و أهدافه التي تصب في المصلحة العامة، و بالتالي إحجام المستثمرين عن الدخول في سوق الاستثمار، و التأثير سلباً على التنمية برمتها.¹

ثانياً: سلطة الإدارة في تعديل العقد

التعديل المنفرد للعقد يعبر عن سلطة الإدارة في زيادة أو إنقاص التزامات الطرف المتعاقد معها أو تعديل طريقة تنفيذ العقد بحسب احتياجات المرفق العام، و هي من خصائص العقود الإدارية ، هذه السلطة التنظيمية لا يمكن للإدارة التنازل عنها و تجد أساسها القانوني في فكرة المرفق العام الذي يجيز لها إمكانية فرض تحملات غير متوقعة وقت إبرام العقد على الطرف المتعاقد. و هو ما يؤكد سلطاتها الاستثنائية، و لكن هذه السلطة مقيدة بضرورة تحقيق المصلحة العامة، فكل تعديل منفرد من قبل الإدارة يجب أن يكون مكرساً لتحقيق أهداف المرفق العام و حسن سيره دون المساس بالالتزامات المالية.²

أما فيما يخص عقد ال BOT فإن التعديل الإنفرادي مقيد بضرورة التعويض عن الضرر المحتمل الذي يمكن أن يلحق بالطرف المتعاقد مع الإدارة جراء هذه التعديلات ، كما أن هذا التعديل لا يشمل البنود التعاقدية المتضمنة في العقد، و أساس ذلك أن هذه الشروط تحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، غير أن حق الدولة في التعديل لا يمكن تجاهله في ما يخص الشروط اللائحية التي تتعلق بكيفية إدارة و تسيير المرفق العام ، و المرجع في ذلك هو تمتع الإدارة العامة بسلطة تنظيم و تسيير المرافق العامة ، و تتصل هذه السلطة بالنظام العام مما يخول الإدارة ممارستها بصفة تلقائية و دون الحاجة إلى إضافة بند خاص في العقد ينص على ذلك.³

و التعويض الذي يمكن للطرف المتعاقد مع الإدارة أن يتقاضاه، يجد أساسه في ضرورة تحقيق التوازن المالي للعقد، و ذلك بهدف تغطية الزيادة في الأعباء المالية التي يمكن أن تنجر عن هذا التعديل ، و هو نفس المنطق الذي تنطوي عليه نظرية فعل الأمير، حيث أن سبب التعويض يعود إما إلى قر

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 384.

²EL-BEHERRY (I), « Théorie des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux », op. cit, p. 461- 462.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 285- 289.

الإدارة المتعاقدة القاضي بالتعديل المنفرد، أو بسبب إجراء تتخذه جهة إدارية أخرى ليست طرفا في العقد ، و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية على كاهل الطرف المتعاقد.¹
و الملاحظ أن استعمال حق التعديل المقرر للإدارة ليس مطلقا ، و هو منوط بتحقيق ضوابط معينة يمكن تلخيصها فيما يلي:²

- 1- أن توجد ظروف مستجدة بعد إبرام العقد تختلف عن تلك التي واكبت إبرامه وتكون مبررة لتدخل الإدارة لممارسة حقها في التعديل.
 - 2- أن تلتزم الإدارة بمبدأ المشروعية فلا يصدر التعديل إلا موافقا للإجراءات القانونية المقررة و عن السلطة المختصة قانونا.
 - 3- أن يكون التعديل مقتصرًا على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام دون أن يتناول العقد بأكمله أو يمس بالمزايا المالية المقررة للمتعاقد.
- يجب أن يكون التعديل محدودا بحيث لا يؤدي إلى ظهور المتعاقد و كأنه أمام عقد جديد.
- لكن هناك رأي يرى أن الدولة لا يجب أن تلجأ إلى تعديل العقد بصفة منفردة، مع تعويض الطرف المتعاقد معها، رغم تمتعها بالحق في ذلك، لأن مبالغ التعويض غالبا ما تكون كبيرة، مما يؤدي إلى انتفاء الميزات التي يوفرها عقد ال BOT كوسيلة لتمويل مشاريع البنية التحتية، نظرا لكون هذه التعويضات سترهق كاهل الخزينة مما يؤدي إلى إهدار المكاسب التي حققتها الدولة من إبرام هذا العقد. و البديل الأجدى للتعديل الإفرادي في نظر هذا الرأي هو الدخول في مفاوضات مباشرة مع شركة المشروع من أجل دفعها إلى إجراء التعديلات المطلوبة بطريقة اتفاقية مقابل مبالغ مالية تكون في غالب الأحيان قليلة بالنسبة للتعويضات التي ستقرر لمصلحتها في حالة التعديل الانفرادي لأنها ستكون مؤسسة على ضرر أصابها من وراء هذه التعديلات.³

لكن و رغم وجاهة المبررات التي يسوقها الرأي السابق إلا أن تدخل الدولة بالتعديل في العقود الإدارية و من ضمنها عقد ال BOT يعد من النظام العام و ترجمة لسلطاتها في السهر على المصلحة

¹ POULET (N) , LECLERC (G) , « Droit administratif: Sources, moyens, contrôles », Editions Bréal, 3^e Edition, Paris, 2007, p. 144.

² د. أنس جعفر ، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات و تطبيقه للقانون 89 لعام 1998 الخاص بالمنتقصات و المزايدات في مصر و لائحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات 2006 مع دراسة لعقود ال BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 223- 224.

³ د. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 207.

العامة من خلال المحافظة على دوام سير المرفق بانتظام و اطراد و تحقيقاً لمبدأ قابلية المرفق للتعديل و التطوير.¹

ثالثاً: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

إذا أخل الطرف المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية، كأن يهمل أو يقصر في تنفيذ العقد الإداري، أو لم يحترم المدة المحددة للتنفيذ أو تنازل عن العقد و لم ينفذه بنفسه، فإن السلطة المتعاقدة تملك سلطة توقيع جزاءات إدارية مختلفة على المتعاقد معها المخل بالتزاماته، و هذه الجزاءات الإدارية لا تتسم بطابع العقوبة الجنائية التي تستهدف ردع الجاني، بل إن الجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية هدفها الأساسي هو ضمان تنفيذ العقود الإدارية و إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة.²

و للإدارة أن تفرض عقوبات على الملتزم، بسبب أخطائه في إنشاء المرفق العام و تشغيله و إدارته. لأن هذه الأخطاء قد تؤدي إلى المساس بالمرفق العام، و ما يترتب على ذلك من أضرار اقتصادية و اجتماعية، و لا سيما إذا كان هذا المرفق، من المرافق الحيوية التي تزود المنتفعين بالحاجات الضرورية، كالماء و الكهرباء و الغاز، و سواها.³

1- النظام القانوني للجزاءات الإدارية

تخضع الجزاءات الإدارية إلى نظام قانوني يختلف عنه في العقود المدنية. و يتمثل وجه الاختلاف بما يأتي:

توقع جهة الإدارة بنفسها الجزاءات على المتعاقد معها، من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، و كذلك تستطيع الإدارة أن توقع هذه الجزاءات على المتعهد من دون حاجة إلى نص في العقد. و بفرض أنه ورد في العقد نص على الجزاءات، فهي لا تنقيد بهذا النص بحيث لا يمكنها فرض جزاءات أخرى، بل يمكنها أن تفرض الجزاء الذي نص عليه العقد، كما يمكنها أن تفرض جزاءات أخرى غير منصوص عليها في العقد، من دون أن يحق للمتعهد التذرع بعدم النص على الجزاءات المفروضة.⁴

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 390.

² د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 218-219.

³ د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 117.

⁴ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 252-253.

2- صور الجزاءات الإدارية

تتعدد صور الجزاءات الإدارية فقد تكون مالية أو تهديدية أو فاسخة للعقد.

فالجزاءات المالية قد تكون تعويضات أو غرامات. و الحق في المطالبة بالتعويض هو الجزاء الأساسي للإخلال بالالتزامات التعاقدية ، و هو نظام قريب من النظام المعمول به في القانون المدني فيما يتعلق بتقديره، و في اشتراط ركن الضرر، و يستلزم استحقاقه توافر ثلاثة شروط هي: الخطأ و الضرر و علاقة السببية.¹ أما الغرامات - و من صورها غرامات التأخير les Pénalités - فهي عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما، و يتضمنها نص العقد و توقع في حال إخلال المتعاقد بالتزام معين، و لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ بحسب المواعيد المحددة بالعقد. و للإدارة الحق بتوقيع الغرامة بقرار منها، من دون حاجة إلى أثبات الضرر، بمجرد تحقق المخالفة لأن الضرر يكون مفترضا لتعلقه بتسيير مرفق عام.²

و من أمثلة الجزاءات المالية كذلك مصادرة التأمين و يتمثل في حق الإدارة في الاستيلاء على مبلغ التأمين الذي قام المتعاقد بإيداعه لضمان مقدرته المالية على تنفيذ العقد، و الإدارة ليست ملزمة بإثبات إضافة إلى ذلك يحق للإدارة أن تضع يدها على المداخل العائدة لصاحب الالتزام و ذلك بهدف إعادة تأهيل التجهيزات و الإنشاءات، و يحق لها اللجوء إلى مثل هذا الجزاء و لو لم يكن واردا في دفتر الشروط، إنما من المستحسن عدم اتخاذه إلا في الحالات القصوى أي وجود خطر من جراء إهمال أو عدم احتراز المتعاقد.³

و الجزاءات التهديدية تستخدمها الإدارة كوسيلة لإرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، و لا يترتب على توقيع هذه الجزاءات إنهاء العقد بل يظل المتعاقد مع الإدارة مسؤولا أمام الجهة الإدارية، و لكن يوكل التنفيذ إلى غير المتعاقد الأصلي و على مسؤوليته، و صور هذه الجزاءات يكون إما بوضع المشروع تحت الحراسة القضائية ، أو حلول الإدارة محل المتعهد في تنفيذ العقد، في عقود الأشغال العامة، أو إحلال غيره محله، و الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد.⁴

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 157.

² د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 119.

³ د. نعيم مغيب، عقود البناء و الأشغال الخاصة و العامة، دراسة في القانون المقارن، الجامعة اللبنانية، كلية العلوم الاقتصادية و

إدارة الأعمال، الفرع الثاني، الطبعة الثالثة، بيروت، 2001، ص 272.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 164.

أما الجزاءات الفاسخة فمضمونها لجوء الجهة الإدارية إلى فسخ التعاقد و ذلك عند وقوع أخطاء جسيمة من جانب المتعاقد معها، و لا يكون هناك أمل من استمرار العلاقة التعاقدية محل الفسخ، و يتم فسخ جميع العقود الإدارية بإرادة الجهة الإدارية المنفردة دون حكم قضائي بذلك، أما في فرنسا ففي حالة فسخ عقد الامتياز يشترط القضاء حصول جهة الإدارة على حكم قضائي بفسخ العقد و يطلق عليه إسقاط الالتزام، و يشترط أن يكون الملتزم قد ارتكب خطأ جسيماً بحيث لا تجدي مع الملتزم وسائل الضغط الأخرى.¹

رابعاً: سلطة الإدارة في فسخ العقد من أجل المنفعة العامة²

على عكس الفسخ الجزائي و الذي تمارسه الجهة الإدارية عند ارتكاب الطرف المتعاقد معها خطأ أو تقصير، فإن الفسخ للمصلحة العامة يمكن أن تمارسه الإدارة دون وجود خطأ من قبل الطرف المتعاقد معها، و في الواقع فإن الجهة الإدارية لها الحق في أي وقت، و من أجل ضمان المصلحة العامة، أن تضع حداً نهائياً للعقد، و لا يمكن لأي بند في العقد أن ينص على انتفاء هذا الحق. إن سلطة الفسخ من أجل المصلحة العامة تم تأكيدها في الاجتهاد القضائي الفرنسي و ذلك في حكم³ Distillerie de Magnac-Laval في 2 ماي 1958 و بعد قرار مجلس الدولة الفرنسي في 2 فيفري 1987⁴ في قضية القناة الفرنسية السادسة TV6، تم تأكيد هذا المبدأ من طرف القضاء، مع ضرورة كون هذا الإجراء شرعياً عن طريق ارتباطه بتحقيق المصلحة العامة، و عدم شرعية التدابير المفروضة يخول ببساطة التعويض عن الضرر الناجم لمصلحة المتعاقد مع الإدارة.

خامساً: سلطة الإدارة في استرداد المرفق قبل نهاية مدة استثماره

إن هذا الحق من الحقوق الأصلية التي يجوز للجهة الإدارية مانحة الالتزام أن تلجأ إليه دائماً حتى و لو لم ينص عليه في وثيقة الالتزام، و مقتضى ذلك أن الأصل هو أن تقوم الدولة بإدارة المرافق العامة

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 164.

² SAYAH (J), « Droit Administrative », Studyrma, Paris, 2004, p. 67.

³ C.E., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, (Rec., p. 246).

لمزيد من التفصيل حول القرار الصادر في قضية Distillerie de Magnac-Laval يرجى الاطلاع على الرابط التالي:
archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1958_05_02_ce.htm

⁴ لمزيد من التفصيل حول قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية TV6، يرجى الاطلاع على مدونة الاجتهاد القضائي الفرنسي على الرابط التالي:

http://www.lexinter.net/JPTXT2/arret_tv6.htm

بنفسها إلا إذا ارتأت أن المصلحة العامة تقتضي إدارتها عن طريق الالتزام، فإذا اقتضت المصلحة العامة إدارة المرفق العام مباشرة عن طريق الإدارة لا عن طريق الالتزام فإن للسلطة مانحة الالتزام الحق في استرداده مع تعويض الملتزم عن الأضرار، و لا يحق للملتزم هنا أن يدفع بأن له حقا مكتسبا في مواجهة الإدارة.¹

المبحث الثاني انقضاء عقد ال BOT و تسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذه

لا تكتمل دراسة الإطار القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية دون التطرق لكيفيات نهاية الآثار التي ترتبها هذه الطائفة من العقود سواء كانت هذه النهاية طبيعية أو غير طبيعية، و الحالات المختلفة التي تنتهي بموجبها هذه العقود (المطلب الأول)، و نظرا لكون عقد ال BOT يقوم على أساس توافق إرادتي طرفيه، و بناء على تبادل في المصالح بين الجهة الإدارية المانحة من جهة و شركة المشروع من جهة ثانية، و ارتباط هذه المصالح باستثمارات و تكاليف غالبا ما تكون ضخمة، و كذلك لارتباطها بالمرافق العامة، فإن التعارض بين هذه المصالح يمكن أن يؤدي إلى نشوب نزاع بين أطراف العقد، فكان من البديهي التطرق إلى الإطار القانوني الذي يحكم حل النزاعات المحتملة، و الأساليب المتبعة في حل هذه النزاعات سواء كانت هذه الأساليب ودية، أو مرتبطة بنظام التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول انقضاء عقد ال BOT

ينتهي عقد ال BOT، كسائر العقود الإدارية، إما بانتهاء مدته المحددة في العقد، و هو ما يطلق عليه بالنهاية الطبيعية لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، أو قد ينتهي قبل حلول أجله المحدد، و هو ما يطلق عليه بالنهاية غير الطبيعية للعقد²، و يتمثل ذلك إما في استرداد المرفق العام، أو فسخ العقد، أو إسقاط الالتزام.³

الفرع الأول: النهاية الطبيعية لعقد ال BOT - انتهاء المدة-

لما كان عقد ال BOT بصورة عامة، من العقود الزمنية حيث يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها، فإن النهاية الطبيعية للعقد تحل بانقضاء مدته المحددة. و غالبا ما تتضمن هذه العقود حدا زمنيا لها، و ربما

¹ د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 249 251.

² د. مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص 167.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 486.

إنجاز الأعمال على مراحل محددة، و في كل الأحوال يقتضي وضع حد أقصى لمدة العقد، و قد يتفق الطرفان على تجديد العقد أو تمديد مدته المتفق عليها.¹

و غالبا ما تكون مدة عقد ال BOT طويلة نسبيا، و ينتهي العقد بانتهاء مدته و تنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه كاملة، و لا سيما ما يتعلق منها بنقل ملكية المرفق العام إلى الجهة الإدارية المانحة، أما إذا تجاوز أمد تنفيذ العقد المدة المحددة، فلا يخرج الأمر عندئذ عن أحد احتمالين: الأول هو أن يكون التأخير لسبب راجع إلى المتعاقد مع الإدارة، و عندئذ يتحمل هو مسؤولية التأخير، و الثاني: هو أن يكون التأخير لسبب راجع إلى الإدارة و في هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد معها. أما إذا كان سبب التأخير راجعا إلى فعل قوة قاهرة فلا تترتب أية مسؤولية.²

و لا يمنع تحديد مدة عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، من تمديد هذه المدة، و التمديد يختلف التجديد، لأن هذا الأخير يعني التعاقد مجددا مع شركة المشروع على موضوع العقد، وفقا لشروط و بنود جديدة.³

و غالبا ما يتضمن عقد ال BOT مثل هذا التجديد أو التمديد لمدة إضافية، و يكون ذلك شرط قيام الإدارة بإخطار المتعاقد معها بذلك قبل انتهاء الفترة الأولى بمدة معينة، و ذلك من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه. و كذلك يمكن أن تتفق الأطراف على أن العقد يسري مرة واحدة فقط لمدة تبلغ عدة سنوات و يجدد تلقائيا، ما لم يقر أحد الطرفين بإخطار الطرف الآخر، برغبته في إنهاء العقد في حدود القوانين و القواعد المنظمة لذلك.⁴

الفرع الثاني:النهاية غير الطبيعية لعقد ال BOT

قد ينتهي عقد ال BOT قبل حلول الأجل المعين في العقد، إما بالاتفاق أو القضاء، أو بقوة القانون، أو من قبل الإدارة، أو بإسقاط (سحب) الالتزام، أو عن طريق الاسترداد. و في جميع الأحوال يخضع القرار الصادر بإنهاء العقد إلى الرقابة القضائية.

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 381.

² د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 381-382.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 488.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 382-383.

أولاً: انتهاء العقد باتفاق الطرفين (الفسخ الاتفاقي)

يجوز لأطراف العقد أن يتفقوا صراحة فيما بينهم على إنهاء المشروع بالتراضي قبل ميعاده دون استخدام أية وسيلة من وسائل الضغط على الطرف المتعاقد مع الجهة الإدارية المانحة للالتزام، لأن هذا من شأنه أن يرتب آثاراً سيئة تهز الثقة في مناخ الاستثمار في الدول المضيفة على الصعيدين الداخلي و الخارجي.¹

ثانياً: الإنهاء القضائي بناء على طلب المتعهد

إذا كانت الإدارة تملك إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، فإن للمتعاقد معها أيضاً الحق في اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد للأسباب الآتية:

- خطأ الإدارة الجسيم في تعديل شروط عقد الالتزام على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد إخلالاً جسيماً بصورة تفوق إمكانات الملتزم الاقتصادية، أو الفنية، أو بتغيير جوهر العقد و جعله عقداً جديداً، ما كان للملتزم ليقبله لو عرض عليه لدى إبرام العقد.²
- إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبة على العقد لدرجة يستحيل أو يصعب معها تنفيذ العقد دون إرهاق المتعاقد.³
- اختلال التوازن المالي نتيجة لظرف طارئ.⁴

ثالثاً: انتهاء العقد بقوة القانون

ينتهي العقد بقوة القانون ، في حالات متعددة ، لعل أهمها: الإعلان عن إعسار الملتزم أو إفلاسه، و كذلك حالة نشوب حرب أدت إلى تدمير المرفق العام موضوع العقد أو ما يطلق عليها مصطلح القوة القاهرة، و أيضاً وفاة الملتزم إذا تضمن العقد شرطاً يقضي بفسخه حال وفاة الملتزم.⁵

¹ د. أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق ، ص 252.

² د. إبراهيم الشهراوي، مرجع سابق، ص 405 - 406 .

³ د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 341.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 175.

⁵ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 492-493.

رابعاً: إنهاء العقد من قبل الإدارة

و يتجلى حق الإدارة الأصيل في إنهاء عقد الالتزام دون أن يرتكب المتعاقد أي خطأ، حيث تقع هذه الحالة في مرحلة متوسطة بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة، و هنا لا يتطلب القضاء استحالة في التنفيذ بل مجرد قلب التوازن المالي للعقد نهائياً.¹

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في حكمه الصادر بتاريخ 09 /12/1932، في قضية
2. Compagnie de tramways de Cherbourg

خامساً: إنهاء العقد بإسقاط الالتزام أو سحبه³

إسقاط الالتزام أو سحبه يعني إنهاء الالتزام قبل نهاية مدته نتيجة لخطأ الملتزم الجسيم و على حسابه، ولتوقيع هذا الإجراء لا بد من توافر مجموعة من الشروط مجتمعة قبل استخدام الجهة الإدارية لهذا الحق.⁴

1- شروط ممارسة إسقاط الالتزام⁵

يتعين لقيام جهة الإدارة بسحب الالتزام أو إسقاطه توفر مجموعة من الشروط كما يلي:⁶

أ- الخطأ الجسيم

يقتضي لتوقيع جزاء الإسقاط، ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، على وجه يضر بسير المرفق العام. و من الأمثلة المستمدة من القضاء الفرنسي، لأفعال تبرر توقيع جزاء الإسقاط :
- عدم احترام الملتزم للتعريفات و الرسوم المحددة باتفاقية الامتياز، و رفض إمداد الإدارة المانحة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق.

- تنازل الملتزم عن عقده كلياً أو جزئياً إلى الغير من دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة.

¹ د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 763.

² CE Ass. 9 décembre 1932, Compagnie de tramways de Cherbourg, n° 89655.

<http://www.affaires-publiques.org/textof/jplist/ga/acces/CE09-12-1932.htm>

انظر في ذلك: د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 384-385.

³ أنظر في هذا الإطار المادة 12 من المرسوم التنفيذي 08-114 يحدد كيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء و الغاز السالف الذكر التي نصت على الحالات التي يمكن بموجبها للوزير المكلف بالطاقة أن يسحب الامتياز قبل تاريخ انتهائه.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 175.

⁵ نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي 08-114، السالف الذكر على انه: "..... يجب أن يعلل الوزير المكلف بالطاقة فسخ عقد الامتياز بسبب عجز صاحب الامتياز، و لا يمكن أن ينفذ الفسخ إلا في أجل ثلاثة (3) أشهر بعد تبليغ الإعدار لصاحب الامتياز و بقائه دون جدوى."

⁶ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 387.

ب- إنذار الملتزم

يتعين على الجهة الإدارية قبل إسقاط الالتزام عن الملتزم أن تقوم بإعداره و تمكنه من تقديم أوجه دفاعه فلا يكفي مجرد الإصدار بل يتعين إعطاء الملتزم فرصة للرد على هذا الإصدار¹، و يعد الإسقاط غير مشروع إذا لم يكن مسبقاً بالإصدار. و إذا تضمن العقد و جوب اتخاذ إجراءات شكلية معينة، فتجب مراعاتها قبل توقيع الجزاء، كأخذ رأي جهة ما².

- و لكن قد تعفى الإدارة من توجيه الإنذار في حالات معينة منها:³
- إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً بإعفاء الإدارة المانحة من توجيه الإنذار.
 - في حال وجود نص تشريعي أو لائحي بإعفاء الإدارة المانحة من الإنذار.
 - إذا تكشفت الظروف عن عدم جدوى الإنذار، كما في حالة إعلان الملتزم بنفسه عن عدم قدرته نهائياً عن استغلال المرفق العام.
 - في حالة إفلاس الملتزم، أو تصفية مشروعه قضائياً، لعدم جدوى الإنذار.
 - في حالة تنازل الملتزم عن عقده من دون ترخيص مسبق من السلطة المختصة.

ج- تسبب قرار الإسقاط و إبلاغه للملتزم

يتعين على الجهة الإدارية المانحة تسبب قرار إسقاط الالتزام نظراً لخطورته، و هو ما دفع بالقضاء الفرنسي إلى اشتراط أن يتم سحب الالتزام بمعرفة القضاء و هو ما لم يذهب إليه القضاء المصري.⁴

و يقتضي إبلاغ قرار الإسقاط إلى الملتزم ليسري عليه، و له أن يعترض على هذا الإسقاط أمام القضاء المختص.⁵

2- الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط

تترتب على جزاء الإسقاط الآثار التالية:⁶

- إنهاء العلاقة التعاقدية، و استبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق قبل انتهاء مدة العقد.

¹ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 175.

² د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 388.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 388.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 175.

⁵ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 391.

⁶ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، ذات المرجع، ص 176.

- يتحمل الملتزم وحده الأعباء المالية المتعلقة باستمرار تشغيل المرفق العام.
- يفقد الملتزم التأمين الذي سبق أن دفعه عند إبرام العقد.
- إقامة مزايده على مسؤولية الملتزم المستبعد لاختيار ملتزم جديد لتأمين استمرار المرفق العام.

سادسا: إنهاء العقد عن طريق استرداد امتياز عقد ال BOT

1- مفهوم الاسترداد

هو طريق استثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء مدته. ويتم بموجب قرار يصدر عن الإدارة لمصلحة المرفق العام، عندما يبدو مناسباً لها ألا تنتظر انقضاء مدة الالتزام لاستعادة المرفق العام وإدارته بالطريق المباشر. ولا يتطلب الاسترداد اتفاقاً مع الملتزم، بل هو أمر تقديري يعود للإدارة في ضوء مراعاته للمصلحة العامة، شرط ألا يكون قرارها بهذا الشأن، مشوباً بإساءة استعمال السلطة.¹

و يعرف الفقيه الفرنسي "دي لوبادير" الاسترداد بأنه إجراء منفرد صادر عن الإدارة المانحة، في أثناء تنفيذ الالتزام، بغرض إنهائه قبل انقضاء مدته العادية، مقابل دفع تعويض للملتزم.²

2- أهداف الاسترداد

يستهدف الاسترداد الموازنة بين اعتبارين:

الاعتبار الأول:

هو أن للإدارة المانحة الحق في إنهاء العقد وإدارة المرفق العام بالأسلوب المباشر، إذا قدرت أن ثمة أسباباً ضرورية لحسن سير المرافق العام وكفالة أداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة.³

الاعتبار الثاني:

هو أن هذه العقود تتطلب تخصيص استثمارات مالية كبيرة لإنشاء المرفق العام وإدارته، وهذه العقود هي، بحكم طبيعتها، طويلة المدة لكي يتمكن الملتزم خلالها من تحصيل النفقات التي تكبدها في سبيل الالتزام، والحصول على أرباحه المعقولة. ولذلك يقتضي إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي العقد، مما يوجب على الإدارة أن تدفع للملتزم تعويضاً مناسباً في حال استرداد الامتياز.⁴

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 391 - 392.

² د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 384.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 489.

⁴ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 171.

3- الطبيعة القانونية للاسترداد

اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية للاسترداد، فقال بعضه: أن الاسترداد هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة ، وقال البعض الآخر: أن الاسترداد ما هو إلا مجرد فسخ لعقد الامتياز، استعمالا من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية، و دون خطأ من المتعاقد، و ذلك لدواعي المصلحة العامة ، و قال البعض الثالث: أن الاسترداد لا يكون بحسب طبيعته، نقلا للملكية، و لكنه إنهاء للعقد، حيث ينهي مركزا قانونيا، في حين أن التنازل عن الملكية يكون بقصد نقلها لمصلحة شخص آخر. كما أن الاسترداد لا يعتبر بيعا، إذ لا يشترط فيه دفع ثمن، إنما يستوجب دفع تعويض يكون مقداره أعلى بكثير من ثمن التنازل عن الملكية، و ذلك بسبب الطابع التعويضي.¹

وهناك من يرى أنه لا يتصور من طرف الإدارة أن تمارس حق الاسترداد في ظل عقد ال BOT ذلك لأن شركة المشروع تقوم بإنشاء المشروع ثم تقوم بتشغيله ثم تقوم بنقل ملكيته إلى الجهة مانحة الالتزام عند نهاية العقد و بحالة جيدة، و المرجع في ذلك أن الجزاء يهدد استثمارات شركة المشروع.²

4- حالات الاسترداد

يمكن أن يتم الاسترداد الاسترداد في أربع حالات هي:

الحالة الأولى: الاسترداد التعاقدية

هو اتفاق ملزم بين الإدارة المانحة، من جهة، و الملتزم من جهة أخرى، بمقتضاه تحدد شروط الاسترداد و كيفية تنفيذه، و على القاضي التقيد بقواعده و أحكامه، إلا ما كان منها مخالفا للنظام العام، كما لو تضمن تنازل الإدارة عن حقها بالاسترداد.³

و قد وضع القضاء الفرنسي مجموعة شروط لممارسة الإدارة حق الاسترداد التعاقدية و هي : أن يكون منصوفا عليه صراحة في العقد، و تكون الإدارة ملزمة باحترام المدة المنصوص عليها في العقد قبل استرداده، و إلا اعتبر عكس ذلك خطأ من جانبها يرتب للطرف الآخر تعويضا، و كذلك يجب على

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 393.

² د. مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص 166.

³ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 394.

الإدارة إنذار المتعاقد قبل استخدام الحق في الاسترداد بوقت كاف، و بعد أن يتم الاسترداد يسقط حق الطرف المتعاقد في إدارة المرفق.¹

الحالة الثانية: الاسترداد غير التعاقدية

يعد الاسترداد غير التعاقدية تطبيقاً لحرية الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، و الاسترداد غير التعاقدية تقرره الجهة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة أثناء سريان عقد الالتزام، و تستخدم الإدارة هذا الحق في إحدى حالتين، أولاهما عدم وجود نص في عقد الالتزام ينظم أوضاع و أحكام الاسترداد و ثانيهما أن يتم الاسترداد خلال الفترة المحظورة فيها ممارسته طبقاً للعقد.²

في هذه الحالة يستحق الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل النفقات التي تكبدها، و ما لحقه من خسارة، و ما فاته من ربح، و يتم الأخذ في الحسبان قيمة النفقات الضخمة التي تكبدها الملتزم في إنشاء المرفق و تشغيله.³

الحالة الثالثة : الاسترداد التشريعي

قد يتدخل المشرع في مجال عقود امتياز المرافق العامة، بإصدار قوانين خاصة ينظم بواسطتها استرداد بعض المرافق. و هذا الأمر لا يتنافى مع المبادئ القانونية، طالما أن امتياز المرفق العام يتم منحه بقانون، فمن الطبيعي أن يقرر المشرع، لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة استرداد أحد المرافق أو إلغاء الامتياز الممنوح بقانون أيضاً. فطالما أن السلطة التشريعية هي المرجع الصالح لتقرير منح الالتزام بقانون. فهي المرجع الصالح لاسترداد هذا الالتزام أو إلغائه بقانون أيضاً.⁴

سابعاً: التصفية المالية لعقد ال BOT

يتطلب عقد ال BOT استعمال أنواع مختلفة من الأموال المنقولة و غير المنقولة، يلتزم المتعهد بتأمينها ليتمكن من إنشاء المرفق العام و تشغيله، كما يتوجب عليه أن ينقل ملكية المرفق العام إلى الإدارة

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 490.

² د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 172-173.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 390 - 391.

⁴ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 396.

المانحة، عند نهاية الالتزام، مما يستوجب تحديد الأموال التي تدخل في المرفق العام لتنتقل ملكيتها، وتلك التي لا تدخل فيه، و التي تظل ملكيتها للملتزم.¹

ومن المناسب أن يحدد عقد ال BOT، الأموال المنقولة و غير المنقولة موضوع نقل الملكية، و ذلك في صلب العقد أو في الوثائق الملحقة به تجنباً لأي خلاف قد ينصب على تحديد هذه الأموال. و يجب أن تسلم الأموال التي تنقل ملكيتها إلى الدولة بحالة جيدة وصالحة للاستخدام. و للإدارة حق حسم المبالغ اللازمة لإصلاح الأدوات التي قصر الملتزم في صيانتها، من مستحقاته عند تصفية الحساب النهائي.²

المطلب الثاني: تسوية المنازعات في عقد ال BOT

قد تعترض طريق تنفيذ عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية شأنه شأن سائر العقود الإدارية مجموعة من المشكلات أثناء تنفيذه، و قد تم الاستقرار على إيجاد بعض الوسائل الودية التي يلجأ إليها الطرفان بموجب اتفاقهما على ذلك في أحد بنود العقد من أجل تسوية ذلك النزاع، دون اللجوء إلى القضاء الوطني أو الدولي.³

و تتم تسوية المنازعات في عقد ال BOT بأسلوبين رئيسيين، الأول عن طريق ما يسمى بوسائل التسوية الودية أي دون الحاجة إلى تدخل القضاء الوطني أو الدولي و تتلخص أساساً في التفاوض، أو التوفيق، أو الوساطة، أو الخبرة الفنية، أو عن طريق المحاكمات المصغرة، أو مجالس حل المنازعات في عقد ال BOT وفقاً للقواعد الجديدة للفيديك، أما الأسلوب الثاني فيتمثل في التحكيم كوسيلة أخرى لحل المنازعات.

الفرع الأول: وسائل التسوية الودية لمنازعات عقد ال BOT

تتخص أهم الوسائل الودية لتسوية المنازعات في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية فيما يلي:

أولاً: التفاوض

وهي عملية تتبادل فيها الأطراف المعنية وجهات النظر في المشكلة، رغبة في تسويتها قبل تفاقمها إلى نزاع يصعب حله، غير أن التفاوض في موضوع ما قد يغدو أمراً صعباً، و تحتاج الأطراف المعنية

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 397.

² د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 397 – 398.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 440.

إلى من يقوم بمهمة تسهيل هذا التفاوض، لذا فقد يقوم أطراف عقد الالتزام بتعيين ميسر أو وسيط التفاوض في بداية المشروع، حيث تحدد مهمته في مساعدة الأطراف للوصول إلى حل أي نزاع قد يطرأ بينهم، دون أن يقدم إليهم حلاً أو آراء موضوعية بشأن المسائل المعروضة، لكنه يساعدهم على التحليل و إيضاح المسائل الخاصة بالموضوع، أي إنه يرسم صورة كاملة للنزاع و يحدد اتجاهاته و مؤشرات، دون أن يتدخل لحسم الموقف، فدور الميسر للمفاوضات يقتصر على تهيئة البيئة، بحيث يمكن إجراء التفاوض في إطارها بنجاح.¹

فالمفاوضات تعد من أفضل وسائل تسوية المنازعات لما لها من مرونة، وهي تقوم على الاتصال المباشر بين الأطراف لتسوية نزاعهم، و للأطراف القائمين على التفاوض حرية مطلقة في الأخذ بها أو قطعها أو تأجيلها، إلا أنه في حال الاتفاق على اللجوء إليها كطريقة لتسوية المنازعات فإنهم يكونون مقيدين باللجوء إليها، و إلا ترتب على ذلك مسؤولية على الطرف المخل لعدم التزامه بالتفاوض، و على المفاوض طرح طلباته تدريجياً فلا يعرضها كلها مرة واحدة حتى لا تكون محلاً لقبول بعضها و رفض البعض الآخر.²

و يجب على طرفي عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية الالتزام بالمحافظة على الأسرار و المعلومات التي علم بها أثناء المفاوضات كما يجب على أطراف النزاع الالتزام بسير المفاوضات في جو من حسن النية بغية الوصول إلى إيجاد حل للمنازعة المطروحة في موضوع التفاوض.³

و عند فشل المفاوضات أو انتهاء المدة الزمنية المحددة لها دون الوصول إلى اتفاق، يلجأ طرفا عقد ال BOT إلى وسيلة أخرى لحل النزاع المعروض، و قد تكون هذه الوسيلة عبارة عن الوساطة أو التوفيق أو غيرها من الوسائل المتعارف عليها، كما قد يتفق أطراف العلاقة على إعادة التفاوض مرة أخرى بغية حسم الخلاف في وجهات النظر، و في حالة استمرار الفشل في الحصول على حل للمشكل، لا يجد طرفا العقد حينئذ بدا من اللجوء إلى سلوك طريق آخر.⁴

¹ د. حسن الهنداوي، مرجع سابق، ص 629-630.

² د. أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 283.

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال البوت BOT دراسة تحليلية لمزايا التحكيم و أهميته في فض منازعات الاستثمار و بخاصة التي تنشأ عن إبرام و تنفيذ عقود ال BOT و الإجراءات الواجب اتباعها أمام هيئات التحكيم و القانون الواجب التطبيق على عقود ال BOT أمام محاكم و هيئات التحكيم و إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم و أسباب بطلان هذه الأحكام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 36.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 38.

و في هذا الصدد فقد نصت المادة 1-18 من اتفاقية الاستثمار وفق أسلوب ال BOT لمحطة تحلية مياه البحر الحامة، تحت عنوان تسوية الخلافات، و التي سبقت الإشارة إليها على أنه: " يبذل الأطراف كل ما بوسعهم لتسوية كل الخلافات التي قد تنشأ فيما بينها و التي تنجر عن هذه الاتفاقية أو لها علاقة بها، و ذلك في إطار محادثات تجري في ظرف خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه، و في فترة لا تتجاوز شهرين (2) ابتداء من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف." و نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه: " في حالة استمرار الخلاف، يفصل فيه نهائياً.....، عن طريق المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI)....."

و هو نفس التوجه الذي تم اتباعه في ما يخص اتفاقية الاستثمار المتعلقة بمحطة تحلية مياه البحر بسكيكدة و التي سبق الإشارة إليها، و ذلك في نص المادة 19 من الاتفاقية في فقرتها الأولى و الثانية.

ثانياً: التوفيق

يعتبر التوفيق إحدى الوسائل التي يتم اللجوء إليها في حال فشل التفاوض في الوصول إلى حل للنزاع القائم، و التوفيق يشير إلى إجراءات يتولى فيها شخص أو هيئة تقديم المساعدة إلى الأطراف بأسلوب مستقل و غير منحاز في مساعدهم إلى التوصل إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهم ، و قد ينتهي التوفيق إلى تسوية النزاع بالاتفاق بين الأطراف ، أو ينتهي إلى عدم النجاح في ذلك، و هذا الأسلوب أصبح معمولاً به في أنحاء مختلفة من العالم، من خلال إنشاء عدد من الهيئات العامة و الخاصة التي تعرض خدمات التوفيق على الأطراف المهتمين ، و التوفيق يتم بصورة سرية و غير رسمية، فضلاً على أنه سريع و غير باهظ التكلفة.¹

كما أن قرارات الموفق غير ملزمة للأطراف و لا يمكن تنفيذها جبراً، لأن الموفق يقتصر على تقديم اقتراحات للأطراف في نهاية عمله.²

و لابد في الموفق من توافر صفات محددة منها:

¹ دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، نيويورك، 2001، ص 204.
² د. هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 374.
<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/procurem/pfip/guide/pfip-a.pdf>

الأمانة و النزاهة و الاستقلال و الحياد و القدرة على اكتساب ثقة الأطراف، و بعض المعرفة بالقانون و الشروط المتصلة بالعقد و موضوع النزاع، و التحلي في المنازعات الدولية بالخبرة و الإلمام بالثقافات المختلفة و مراعاة أعراف المجتمعات.¹

و تتعدد أنواع التوفيق فهناك التوفيق الخاص و ذلك عندما يدرج طرفا المنازعة في عقودهم مجموعة القواعد الخاصة بمنظمة دولية معينة كقواعد توفيق منظمة الأونسيترال، باعتبارها قواعد عامة يتم الرجوع إليها عند وجود منازعة ما، و هناك كذلك التوفيق المؤسسي الذي يتم تنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة و من أمثلة قواعد التوفيق لغرفة التجارة الدولية و قواعد التوفيق الخاص بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.²

و تجدر الإشارة إلى أن الموفق بانتهاء مهمته بالنجاح بين طرفي النزاع في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، فإن ذلك يرتب توقيع اتفاق لإنهاء النزاع بين أطراف العقد، و عندما يعجز الموفق على إيجاد حل للمنازعة فيمكن لطرفي العقد اللجوء إلى وسيلة أخرى من وسائل حل المنازعات بصفة ودية.³

ثالثاً: الوساطة

و يقصد بالوساطة لجوء أطراف عقد ال BOT إلى طرف آخر لمساعدتهم في حل الخلاف بينهم و الوصول إلى اتفاق يجنبهم الكثير من الجهد و الوقت و النفقات إذا ما اتجهوا إلى التحكيم أو القضاء⁴، و يهدف هذا الأسلوب إلى مساعدة الأطراف المتنازعة في الحديث إلى بعضهم البعض، بهدف حل الخلافات التي تنشأ بينهم و إزالة سوء التفاهم حول نقاط الخلاف التي نشبت بينهم من أجل تجنب الوقوف في ساحات القضاء، حيث يشترط في هذا الأسلوب أن يكون الوسيط مؤهلاً تماماً لتقديم المساعدة للأطراف المتنازعة و الوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف.⁵

فالوسيط لا يجوز له تنفيذ الاتفاق الذي انتهى إليه الطرفان بناء على اقتراحه. حيث لا يمكن فرض الحل عن طريق الوساطة على المتنازعين و لا يتصف بالإلزام.⁶

¹ د. أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 287.

² د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال بوت BOT، مرجع سابق، ص 44.

³ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 45.

⁴ د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 201.

⁵ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 39.

⁶ د. أحمد رشاد محمود سلام، ذات المرجع، ص 284.

و يمكن الاتفاق على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات أثناء التعاقد، كما يمكن الاتفاق عليها عند نشوب النزاع، و قد تقيد بقيد زمني يحتم إنجازها في وقت محدد، قبل اللجوء إلى القضاء، و يجب أن يشتمل اتفاق الوساطة على كيفية سير عملية الوساطة و بيان تاريخها، و مكانها، و تكاليفها، و الشخص المخول له القيام بها، كما يتضمن الاتفاق كذلك ماهية الإجراءات المستعملة و القانون الواجب التطبيق.¹

و يتم اختيار الوسيط اعتمادا على الخبرة التي يمتلكها في موضوع النزاع، فلو كان النزاع يتعلق بأمور هندسية فإنه من الأجدى أن يقوم طرفا النزاع باختيار مهندس متخصص في نفس المجال، و بالمثل فيما إذا كان النزاع قانونيا فيجب اختيار رجل قانون، و عندما يتعلق الأمر بمسائل صناعية، فعلى طرفي النزاع اختيار رجل متخصص في نفس المجال الصناعي، و علاوة على ذلك يجب أن يتصف الوسيط بالنزاهة و الحياد لكي يكون في مقدوره التأثير على طرفي المنازعة بغرض إنهاؤها.²

و تبدأ الوساطة غالبا بتبادل المذكرات بين الوسيط، و أطراف النزاع كل على حدة، كما يقوم بالاستماع إلى كليهما و عقد اجتماعات معهما، و يقوم بتوضيح الرؤية لكل طرف حول مشاكل النزاع و المخاطر التي تترتب على عدم الوصول إلى حل يكفل إنهاء النزاع من حيث النفقات التي سيلتزم بها كل طرف، حال اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، فضلا عن احتمال خسارة الدعوى³ و تضيع وقت قد يكون ثمينا للأطراف.

و يكمن الفرق بين الوساطة و التوفيق في كون الوسيط يسعى إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة عن طريق الاتصال بكل طرف على حدة قبل أن يجتمع بهم من أجل الوصول إلى حل وسط للنزاع المطروح عليه، بينما الموفق يقوم بمناقشة موضوع النزاع مع الطرفين لاقتراح الحل الذي يرضه مناسبا للفصل في موضوع النزاع.⁴

¹ د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 202.

² د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال بوت BOT، مرجع سابق، ص 40.

³ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 41-42.

⁴ حصابم سميرة، عقد البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 134-135.

4- الخبرة الفنية

قد تتعلق الخلافات بطريقة حساب الفواتير أو كيفية احتساب فروق أسعار العملة و أساس حسابها، أو غير ذلك من الخلافات الأخرى، ففي هذه الخلافات يتم اللجوء إلى خبير متخصص لتسوية هذه المنازعات و بأقل تكلفة ممكنة و دون التأثير في حسن العلاقة بين الأطراف.¹

حيث يتفق الأطراف على اختيار خبير، و هذا الأخير لا يقوم بالفصل في النزاع و لكن دوره يتجلى عند حد إبداء الرأي في النزاع محل الخلاف فقط.² و هكذا تصبح الخبرة وسيلة تساعد القاضي أو المحكم على الفصل في النزاع ذي الطابع التقني، و غالبا ما يتم الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم الرأي أو تقديم تقرير بصدد الجوانب الفنية في الموضوع، علما أن رأي الخبير غير ملزم للخصوم في عقد ال BOT.³

أما قرارات هؤلاء الخبراء فهي غير ملزمة، بمعنى أنها لا تمنع الطرف الذي يعترض عليها من الالتجاء إلى التحكيم بعد ذلك، و قد يتفق على أن يكون لبعض هذه القرارات طبيعة ملزمة، و خاصة في المنازعات المالية ذات القيمة الصغيرة، ، إذ لا يتصور اللجوء إلى التحكيم بشأنها. أما باقي المنازعات فيظل القرار غير ملزم فيها.⁴

و بالتالي يجوز لطرفي النزاع في عقد ال BOT اللجوء إلى الخبير الفني المتخصص ليبيدي رأيه في مسائل فنية محل خلاف بين الطرفين، و غالبا ما يكون الخبير محكما في موضوع النزاع بغية كسب الوقت وتوفيرا للجهد.⁵

و قد قامت عدة هيئات مثل غرفة التجارة الدولية "CCI" Chambre de Commerce International ، بوضع نظام للخبرة الفنية ، يلجأ إليه الاطراف بغية تعيين خبراء لحل النزاع القائم بينهم، و يتضح هذا النظام من خلال تعيين و اقتراح خبراء في عمليات التجارة الدولية، فلكل طرف الحق في طلب اقتراح خبراء للنظر في نزاع معين، أما تعيينهم فيتطلب اتفاقا مسبقا بين أطراف العلاقة التعاقدية، و يتم ذلك عن طريق اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية لتعيين هذا الخبير، و إذا عين بهذه الصفة

¹ د. هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 373.

² د. جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق، ص 117.

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال البوت BOT، مرجع سابق ، ص 45.

⁴ د. هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 373.

⁵ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 46.

فإن مهامه تتمثل في بحث نقاط الخلاف بين الأطراف ، و تقديم الاقتراحات اللازمة لتسويته، و تكون مقترحاته في هذا الصدد غير ملزمة للأطراف.¹

خامسا: وسائل ودية أخرى لتسوية المنازعات

إضافة للوسائل الودية السابقة الذكر ، ثمة وسائل ودية أخرى لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود و هي المحاكمات المصغرة، و مجالس حل المنازعات وفقا للقواعد الجديدة للفيديك.²

1- المحاكمات المصغرة

يتخذ هذا الإجراء شكل محاكمة صورية، يقدم في إطارها موظفوا كل طرف بيانات عن القضية إلى هيئة محكمة، تتكون من مسؤول تنفيذي كبير لدى كل طرف و شخص ثالث محايد، و بعد تقديم تلك البيانات يجري المسؤولون التنفيذيون مفاوضات ميسرة بمساعدة شخص محايد، لمحاولة التوصل إلى اتفاق بالاستفادة من المسائل التي تم بيانها في أثناء المحاكمة.³

ويهدف هذا الأسلوب إلى حل النزاع بأقل قدر من التعقيدات و المشاكل و التكلفة المادية، و فيه تتم إحالة النزاع إلى تلك الهيئة المحكمة المؤلفة من رئيس و عضوين حيث يختار كل طرف عضوا من كبار موظفيه، ثم يقوم هذان العضوان باختيار الرئيس، وفي حالة عدم الاتفاق على تعيين الرئيس تقوم جهة محايدة مثل غرفة التجارة أو مراكز التحكيم على اختياره.⁴

حيث تقوم هذه الهيئة بإعداد مشروع للتسوية و تقديمه للأطراف، و في حال لم يتمكن الأطراف من التوصل إلى مشروع مقبول منهم جميعا، يتقدم الرئيس بمشروع من إعداده هو، وفي هذه الأثناء يلتزم الأطراف بعدم السير في أي إجراء قضائي أو طلب التحكيم، و لكن لا يلتزمون بقبول مشروع التسوية الذي يتم إعداده، و لهذا فإن الغاية من هذا الأسلوب هي طرح أبعاد النزاع – الفنية و القانونية- على أطرافه أنفسهم أو ممثليهم، و لكن نتيجة هذا الأسلوب غير ملزمة لهم إلا برضاهم.⁵

و لقد أثبت أسلوب المحاكمات المصغرة نجاحا في بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية حيث استطاع هذا الأسلوب حل منازعات معقدة، و يتميز هذا الأسلوب في الولايات المتحدة بعدم وجود قاض

¹ حصايم سميرة ، عقد البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق ، ص 135.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 445.

³ دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 205.

⁴ د. وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 204.

⁵ يعرب محمد الشرع ، ذات المرجع، ص 446.

يرأس الجلسة و يقوم باقتراح حلول للنزاع القائم، بل يوجد محامون عن الأطراف فقط في محاكمة تمهيدية استكشافية، يقومون بتقديم أفضل الحلول إلى المديرين التنفيذيين الذين يكون لهم صلاحية حل النزاع، و قد يتم الاتفاق بين الأطراف في عقد ال BOT على اختيار مستشار ليصدر أحكاما غير ملزمة و كذلك لكي يقوم بتسيير الإجراءات و البحث في أقوال الشهود و توضيح كيفية حل النزاع، و في حال فشل المديرين التنفيذيين في التفاوض حول تسوية النزاع يقدم المستشار اقتراحه للحل و أساس هذا الاقتراح.¹

2- مجلس حل المنازعات وفقا للقواعد الجديدة للفيديك

إن المقصود بعبارة فيديك " FIDIC " الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، " Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils " و هو اتحاد يضم جمعيات المهندسين الاستشاريين في الدول المختلفة، و تم تأسيس الفيديك لأول مرة عام 1913، بمساهمة ثلاث جمعيات أوروبية للمهندسين الاستشاريين، و هي جمعية المهندسين الاستشاريين البلجيكية، و الجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين، و الجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين، ويقع مقره في مدينة "لوزان" السويسرية.² و ينصب موضوع الفيديك على توزيع المعلومات الفنية على الأعضاء، و هي تعنى بإيجاد قواعد أخلاقية و مهنية يعد من الواجب التمسك بها، مما يسمح بالقول إن هذه الأحكام أصبحت مرجعا بمثابة القوانين، واجبة الاحترام و التقيد بها، و هي تتضمن كل أسرار المعرفة و ما يتوجب الاطلاع عليه لتأمين الأشغال بالشكل الصحيح.³

و تتجلى الأهداف الأساسية للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين "الفيديك" في النواحي التالية:⁴

- دراسة مشكلات المهندسين الأعضاء في الاتحاد و العمل على حمايتهم و تطوير أدائهم.
- بناء علاقات ودية و مفيدة بين المهندسين الاستشاريين.
- جمع المهندسين الاستشاريين من مختلف البلدان و اللغات و السعي لتأسيس جمعيات للمهندسين في الدول التي لا يوجد فيها مثل هذه الجمعيات.

¹ د. عصام البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 28.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 446.

³ د. نعيم مغيب، مرجع سابق، ص 551.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 447.

و يعد مجلس فض المنازعات أحد الوسائل غير القضائية التي أوجدها الفيدرالي، و ذلك لسرعة حل النزاعات التي قد تحدث في العقود بصفة عامة – الطويلة المدة بصفة خاصة – لما له من سلطة خوله إياها في هذا الشأن.¹ فالفيديك قد وضع نظاما يقوم المهندس بمقتضاه بإصدار قرار لتسوية ما قد يثار من المنازعات في مدة لا تتجاوز ال 84 يوم، يبدأ من يوم تسليمه قرارا بإحالة النزاع إليه، شريطة أن يواصل المقاول تنفيذ الأعمال بكل الحرص المطلوب.²

أ- تعيين أعضاء مجلس حل المنازعات

وفقا لما نص عليه البند 20 من الفقرة الثانية للكتاب الفضي للفيديك، فإنه يتم خلال 28 يوما تعيين مجلس فض المنازعات من الطرفين، و ذلك بعد إخطار كل طرف الآخر بنيته في إحالة النزاع إلى المجلس المذكور. و يتكون المجلس من أعضاء مؤهلين، و في حالة عدم الاتفاق على العدد، فيتكون المجلس من ثلاثة أشخاص حيث يعين كل طرف عضوا، و يتفق هذان العضوان المعينان على اختيار العضو الثالث الذي يعين رئيسا.³

ب – الشروط الواجب توافرها في مجلس حل المنازعات

هناك مجموعة من الشروط التي يتعين توافرها مجتمعة في مجلس حل المنازعات و أعضائه، و هذه الشروط هي:⁴

- يشترط في كل عضو في هذا المجلس أم يكون خلال فترة مهمته مستقلا عن أطراف العقد.
- لا بد أن يتصرف مجلس حل المنازعات بحياد طبقا للعقد.
- يشمل تعهد الأطراف كل تجاه الآخر و تجاه المجلس بأن لا يكون أعضاء المجلس مسؤولين تحت أية ظروف عن الإخلال بالالتزام أو بالعقد الناتج من تعيينهم، و على الأطراف حماية الأعضاء ضد أية مطالبات من هذا القبيل.

ج- قرارات مجلس حل المنازعات

يتعين على كل طرف من أطراف النزاع تقديم التسهيلات و المعلومات التي تساعد المجلس على اتخاذ قراراته بشأن النزاع، حيث يصدر قرار المجلس خلال 84 يوما من تسلمه لقرار الإحالة القطعية، و

¹ د. أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 290.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 447.

³ د. أحمد رشاد محمود سلام، ذات المرجع، ص 291.

⁴ د. جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق، ص 121.

يجب أن يكون قرار المجلس مسببا، و أن لا يصدر إلا عند سداد الأطراف للفواتير المقدمة لهم من كل عضو كاملة، ويكون قرار المجلس ملزما و ينفذ فوراً، و لأي من الطرفين في حالة عدم الرضا عن القرار خلال 28 يوما من تسلمه إياه، إخطار الطرف الثاني بذلك، و في حال عدم توصل المجلس إلى إصدار قرار خلال 84 يوما بعد تسلمه الإحالة، يجوز لأي طرف خلال 28 يوما بعد انقضاء فترة ال 84 يوما أن يخطر الطرف الآخر بعدم رضاه و ذلك خلال 28 يوما، على أنه إن لم يصدر أي إخطار بعدم الرضا من أحد الطرفين خلال 28 يوما من تسلمها القرار، عندها يصبح القرار نهائيا و ملزما للطرفين.¹

و في حال لم تفلح مساعي المجلس في التوصل إلى حل النزاع القائم. عندئذ يحق للأطراف اللجوء إلى الوسائل الأخرى لفض المنازعات، مثل التفاوض، أو الوساطة، أو الخبرة الفنية إلخ.²

د- إنهاء مجلس حل المنازعات

يتم إنهاء تعيين مجلس حل المنازعات بالاتفاق بين أطراف النزاع في أي وقت، و يجوز لهم أيضا في أي وقت و عند اتفاقهم ، أن يعينوا شخصا مؤهلا أو أشخاصا مؤهلين للحلول محل أي عضو من أعضاء المجلس في أي وقت، و هذا التعيين يتم في حالة ما إذا أصبح عضو من مجلس المنازعات غير قادر على العمل نتيجة الوفاة، أو العجز، أو التنحي، أو إنهاء التعيين، أو رفضه للعمل، أو أنه أصبح غير قادر على العمل.³

الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن مشروعات ال BOT: Arbitrage

بالإضافة إلى وسائل تسوية المنازعات الودية التي تم التطرق إليها آنفا، يبرز التحكيم كوسيلة أساسية لفض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين أطراف العقد و خاصة العقود التي تتضمن طرفا أجنبيا أو تكون مبرمة بين نظم قانونية مختلفة مثل عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، و نظرا لانتشار اللجوء إلى هذا الأسلوب كان لابد من إلقاء الضوء حول أهم جوانب هذه الوسيلة الفعالة لتسوية المنازعات المحتملة.

أولاً: مفهوم التحكيم

يعد التحكيم بصفة عامة نوعا من أنواع القضاء وفقا للمعيار الموضوعي ، لأن الأمر فيه يتعلق بالفصل في النزاع تطبيقا لقواعد القانون الموضوعي، و يجوز قرار المحكم حجية الأمر المقضي به، و

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 449.

² د. جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق، ص 121 .

³ د. جيهان حسن سيد أحمد، ذات المرجع، ص 121.

هو ما لا تتمتع به إلا الأعمال القضائية، فالمحكم ليس من رجال السلطة القضائية، و لكنه يستمد سلطته في الفصل في المنازعة من القانون الذي يجيز التحكيم قبل أن يستمدها من إرادة طرفي النزاع، أي إن القانون قد منحه ولاية القضاء بخصوص المنازعة التي حكم فيها.¹ والتحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم و أحكمه فاستحكم أي صار محكما في ماله تحكيما و يقال حكمنا فلان بيننا أي أجزنا حكمه فينا.²

و يعرف على أنه " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، حيث ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم، أو أكثر ليفصلوا فيه".³

و يذهب تعريف آخر إلى أن التحكيم هو: " نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرضونها ، أو أنه مكنة لأطراف النزاع بقضاء منازعاتهم بعيدا عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون كي تحل النزاع، و ذلك عن طريق أشخاص يختارونهم".⁴

فالتحكيم يقدم على أنه بديل لنظام التقاضي أمام المحاكم، فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين إنما يعني في حقيقته سلبا لاختصاص قضاء الدولة المختص أصلا بالفصل في موضوع النزاع، و هو أمر يرتب بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار المحكمين، فهذا القرار يصبح منهيًا للخصومة محل النزاع.⁵

ثانيا: التحكيم في الجزائر

اتسمت نظرة الجزائر للتحكيم بانعدام الثقة و حتى بالعدائية في بداية الاستقلال حيث كانت الموارد البترولية و غالبية امتيازات استغلالها في يد الشركات الفرنسية، و كان مشكل التحكيم مطروحا حتى قبل الاستقلال أي أثناء مفاوضات إيفيان (IVIAN) حيث كانت الموارد الطبيعية تشكل حجرة عثرة في وجه المفاوضات بين الطرفين، فكان القبول باللجوء للتحكيم من بين الضمانات التي طالب بها الطرف الفرنسي

¹ د. ماجد راغب الطلو، مرجع سابق، ص 256.

² د. عصام البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 28.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 451.

⁴ د. عصام أحمد البهجي ، ذات المرجع، ص 29.

⁵ د. عصام أحمد البهجي ، ذات المرجع، ص 30.

فيما يتعلق بنظام المنازعات بالنسبة للخلافات المحتملة مع الشركات الفرنسية العاملة في مجال البترول خصوصا ما تعلق بالضرائب و الرسوم.¹

و قد سعت فرنسا للحصول على تنازلات مهمة من طرف المفاوضين الجزائريين تستهدف إخضاع النزاع البترولي لإجراءات للتحكيم الدولي. و قد تم التوصل لاتفاق بين الطرفين في 14 سبتمبر 1963 لضبط نظام للتحكيم الذي يتم تنفيذه. و تم تعويض هذا الاتفاق باتفاقات 29 جويلية 1965 التي أعادت ضبط نظام المحروقات و شروط تدخل الشركات الفرنسية و كذلك نظام تسوية المنازعات في إطار التحكيم.²

وهو ما أدى إلى الحد من صلاحيات الدولة في حالة نشوب نزاع مع الشركات الفرنسية و بالتالي التأثير على ممارسة الدولة لحقوقها السيادية، فكان نظام التحكيم المنظم بواسطة الاتفاق الجزائري الفرنسي السالف الذكر قد انحرف و لا سيما عن القواعد و الإجراءات المتعارف عليها بموجب القانون الدولي و القوانين الداخلية للدول، مما أدى ببساطة إلى شل صلاحيات الدولة الأكثر حساسية مثل تلك المتعلقة بتحصيل الضرائب.³

هذا النظام الغير متوازن لم يكن من الممكن الاستمرار في قبوله من طرف الجزائر، لأن ظروف توقيعه كانت تتسم بعدم الندية بين الأطراف المتفاوضة، و كذلك بسبب السياق الدولي السائد خاصة مع انضمام الجزائر لمجموعة 77 و التي نادى بتكريس كامل سيادة الدولة في تحديد الأحكام المنظمة للتحكيم، وقد عرف هذا التوجه مستوى كبير من المقاومة من شركات النفط و مماطلة الحكومة الفرنسية و هو ما أدى تدريجيا إلى تطرف المواقف الجزائرية تجاه الاتفاق الجزائري الفرنسي للتحكيم البترولي خصوصا و الذي تطور فيما بعد إلى عداء شامل للتحكيم، و قد تم وضع حد لنظام التحكيم بعد تأميم المحروقات سنة 1971 حيث أصبحت المنازعات تحال على الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا، المختصة بالفصل في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها.⁴

¹MAHIOU (A), « Evolution du Droit de l'Arbitrage en Algérie », Revue Mutation, N° 44, Février 2003, p. 12.

http://www.caci.dz/fileadmin/template/pdf_mutations/positions_Algerie44.pdf

² MAHIOU (A), « Evolution du Droit de l'Arbitrage en Algerie », op. cit, p. 12.

³ MAHIOU (A), « Evolution du Droit de l'Arbitrage en Algerie », op. cit, p. 13.

⁴ MAHIOU (A), « Evolution du Droit de l'Arbitrage en Algerie », op. cit, p. 13.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المادة 442 في فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 قد نصت على عدم جواز التحكيم بالنسبة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة.¹

غير أن الجزائر ما لبثت أن تراجعت عن موقفها العدائي للتحكيم من خلال توقيع اتفاقات ثنائية مع بعض الدول النامية في مجال الشراكة الاقتصادية و التقنية، وفي سنة 1978 قامت الجزائر بخطوة مهمة في هذا الاتجاه من خلال قبول البروتوكول المتعلق بالجهاز القضائي لمنظمة الدول العربية المصدرة للنفط Organisation des Pays Arabes Exportateurs de Pétrole OPAEP و التي كان لها نتيجة هامة تتمثل في الاختصاص الإجباري لهيئة قضائية دولية في تسوية مجموعة من النزاعات التي قد تقوم بين الجزائر و مختلف شركائها العرب.²

و قد اقرت الجزائر اللجوء على التحكيم التجاري الدولي بصفة واضحة بموجب المرسوم رقم 93-09 السالف الذكر المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب الأمر 08-09 المتضمن ق.إ.م.³

ثالثا: أنواع التحكيم

لا يتخذ التحكيم صورة واحدة، و لكن يتخذ عدة صور، فقد يكون التحكيم إجباريا أو اختياريا، كما قد يكون داخليا أو خارجيا و قد يتم الفصل في موضوع النزاع بناء على أحكام القانون أو بناء على قواعد العدالة و الإنصاف و قد يكون التحكيم بناء على اختيار أطراف النزاع شخصا ثالثا للفصل بينهم، و قد يختارون منظمة أو مركزا دائما للتحكيم و هو يؤدي إلى تقسيم التحكيم إلى تحكيم حر و تحكيم مؤسسي، و سيتم التفصيل في أشكال التحكيم على النحو التالي:

1- التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري

معيار التمييز بين هذين النوعين من التحكيم إنما يستند على مدى حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم أو تسوية خلافاتهم.⁴

¹ حصايم سميرة، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 142.

² MAHIOU (A), « Evolution du Droit de l'Arbitrage en Algerie », op. cit, p. 16.

³ حصايم سميرة، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، ذات المرجع، ص 143.

⁴ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 49.

أ- التحكيم الاختياري

يكون التحكيم اختياريًا عندما يتفق الطرفان على حل نزاع نشأ بينهما أو سينشأ مستقبلاً بواسطة هيئة التحكيم والتي تفصل في النزاع بحكم ملزم و يعتبر التحكيم الاختياري هو الصورة الشائعة في مختلف التشريعات¹، ويعرف كذلك بكونه التحكيم الذي يلجأ إليه الأطراف بإرادتهم الحرة دون أن يكون ذلك أمراً مفروضاً بموجب نص القانون.²

ب- التحكيم الإجمالي

يكون التحكيم إجبارياً إذا لم يكن للأطراف حرية في اللجوء إليه بمعنى أنهم ملزمون باللجوء إليه في حالة نشوء نزاع بينهم بناء على نص يفرض عليهم هذا الطريق، ففي هذه الحالة يكون التحكيم إجبارياً، و يتعين على الأطراف في هذه الحالة سلوك هذا الطريق و لا يكون لإرادتهم دخل في ذلك³. حيث تذهب بعض التشريعات نحو اعتماد آلية التحكيم لفض المنازعات في مسائل معينة كما هو مقرر في بعض قوانين الوكالات التجارية، أو قوانين التأمين و الاستثمار.⁴

ويتخذ التحكيم الإجمالي صورتين أساسيتين، ففي الأولى يحدد المشرع حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى القضاء بصفة مطلقة، فلا يكون أمام الأطراف إلا اللجوء للتحكيم، و هذه الصورة نادرة الحدوث، و الثانية أن يشترط المشرع لقبول الدعوى أمام القضاء، ضرورة طرحها في البداية أمام هيئة التحكيم، و إلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط لازم من شروط قبول الدعوى.⁵

2- التحكيم الداخلي و التحكيم الخارجي

معيار التفرقة بين التحكيم الداخلي و التحكيم الخارجي يتمثل بمعيار مكان التحكيم دون اهتمام بجنسية الأطراف أو طبيعة النزاع.⁶

¹ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 49.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 455.

³ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 49.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 455.

⁵ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 50.

⁶ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 456.

أ- التحكيم الداخلي

التحكيم الداخلي هو التحكيم الذي يخضع في إجراءاته إلى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، و ينعقد هذا التحكيم إذا تعلق الأمر بعلاقة وطنية بحتة من حيث الأطراف و موضوع العلاقة و مكان التحكيم، و هذا النوع من التحكيم لا تثار بشأنه أية مشاكل من حيث تكييفه أو تحديد القانون الواجب التطبيق عليه.¹

ب- التحكيم الخارجي

التحكيم الخارجي هو التحكيم الذي يطبق على إجراءاته قانون دولة أخرى غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، و يترافق عادة مفهوم التحكيم الخارجي مع مفهوم التحكيم الدولي.²

3- التحكيم الحر و التحكيم المؤسس

صاحب انتشار التحكيم ظهور مؤسسات و منظمات دولية و وطنية و إقليمية ، تتولى القيام بمهام التحكيم وفقا لقواعد و إجراءات محددة سلفا، و قد ترتب على ذلك تقسيم التحكيم من حيث تنظيمه إلى تحكيم حر و تحكيم مؤسس.³

أ- التحكيم الحر

هو التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على إحالة أي نزاع بينهم إلى التحكيم ، دون الإشارة إلى خضوع هذا التحكيم لقواعد أي مؤسسة أو مركز تحكيمي، و فيه يتفق الأطراف على وضع إجراءات تشكيل هيئة التحكيم و إجراءات التقاضي التحكيمية بالاتفاق، و يمكن اعتباره كذلك بكونه ذلك التحكيم الذي يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم دون الاستعانة بخدمات أي مركز تحكيمي.⁴

و يتميز هذا النوع من التحكيم بأنه يحقق أكبر قدر من السرية و لذلك فهو يصلح في المنازعات الاقتصادية الدولية، مثل المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا، و يتميز بأنه أقل تكلفة و أكثر سرية و أيضا يتميز هذا النوع من التحكيم بمعرفة المحكمين للمحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياده و أمانته، و يرى البعض أن المحكم في هذا النوع يكون مستقلا في عمله بمعنى أنه لا يخضع لضغوط الدول الكبرى ، و ذلك عكس التحكيم المؤسس حيث إن مراكز التحكيم المشهورة قد نشأت في كنف الدول

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق ، ص 456.

² يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 456.

³ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 53.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 459.

الصناعية الكبرى، و لذلك فهي كثيرا ما تميل إلى رعاية مصالح الدول الكبرى على حساب الدول النامية.¹

ب- التحكيم المؤسسي

هو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات دولية أو وطنية، و وفقا لقواعد و إجراءات موضوعة سلفا تحدها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لها،² حيث يتفق الأطراف في عقد معين على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع فيما يتعلق بموضوع العقد و آثاره و فسخه إلى التحكيم عبر مركز معين للتحكيم ، و يجري التحكيم و فق قواعد و إجراءات المركز أو المؤسسة التي يتم الاتفاق عليها.³

و يتميز هذا النوع من التحكيم بالسهولة في اختيار المحكمين المختصين و ذلك من بين قوائم محكمين معدة سلفا، إضافة إلى إعفاء الأطراف من تحديد إجراءات التحكيم لكون كل مؤسسة تحكيمية لديها إجراءات خاصة يكفي مجرد اتفاق الأطراف عليها للمضي في التحكيم.⁴

و يعتبر تحكيم المؤسسات هو الوسيلة الأكفأ لإدارة المنازعات ذات القيمة الكبيرة و المنازعات المعقدة، و هذا النوع من التحكيم يكفي المحكمين عناء الاتفاق على مكان التحكيم ، لأن التحكيم يجري في مقر هذه المنظمات و يعتبر أيضا هذا التحكيم هو الأكثر تلبية لتوقعات الأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم تحت رعاية المنظمة.⁵

كما أن التحكيم المؤسسي يمكن من توفير الخدمات المكتبية اللازمة لإنجاز عملية التحكيم، مثل أماكن الاجتماعات و المكتبات و عمليات النسخ و التصوير و الترجمة.⁶

و تنقسم مؤسسات التحكيم إلى مراكز تحكيم وطنية تهدف إلى حسم المنازعات الناشئة في إقليم الدولة ، و مراكز تحكيم أقليمية تهدف إلى حسم المنازعات الإقليمية مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، إضافة لمراكز التحكيم الدولية مثل محكمة التحكيم الدولي في لندن، و غرفة التحكيم الدولية بباريس، كما توجد مؤسسات متخصصة في منازعات خاصة، كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI.⁷

¹ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 53 - 54.

² د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 54.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 457-458.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 458.

⁵ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 55.

⁶ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 458.

⁷ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 56.

يعد التحكيم حسب الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI ، غير خاضع لأي قانون داخلي للتحكيم ، و بعبارة أخرى لا يوجد قانون تحكيم وطني ينظم التحكيم على مستوى المركز، و يتم حصريا تنظيم التحكيم عن طريق هذه الاتفاقية و كذلك عن طريق تنظيم التحكيم المنشأ من قبل المركز السالف الذكر، إن عدم خضوع التحكيم للقانون الداخلي بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، يعني أن المحاكم الوطنية غير مختصة بالنظر في المنازعات بصفتها قاض مكمّل أو مراقب للتحكيم ، فالتحكيم المؤسس عن طريق المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، يعتبر نظام التحكيم الوحيد في منازعات الاستثمار المعزول كليا عن قانون المحاكم الوطنية أو المحلية.¹

4- التحكيم بالقانون و التحكيم مع التفويض بالصلح

يقوم المحكم في سبيل الوصول للحكم في النزاع بتقييم الادعاءات المتبادلة بين أطراف النزاع و يقوم في سبيل ذلك باتباع أسلوبين و ذلك بناء على اتفاق الطرفين، فقد يصدر قرار التحكيم على أساس القواعد القانونية بمعناها الواسع، أي التي تشمل القواعد القانونية المكتوبة أو غير المكتوبة كمبادئ القانون و العرف هو حينئذ يستعمل أسلوب التحكيم بالقانون، غير أن المحكم قد يلجأ إلى الفصل في موضوع النزاع استنادا إلى مقتضى قواعد العدل و الإنصاف دون التقيد بأحكام قانون معين.²

رابعا: مفهوم التحكيم في عقد ال BOT

التحكيم في نطاق عقد ال BOT هو اتفاق طرفي العقد و هما الدولة و شركة المشروع على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ اتفاقية المشروع ، ويكون اللجوء على التحكيم سواء كان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة أو عن طريق أفراد عاديين، و يتفق طرفا العقد على اختيار هيئة التحكيم لاحقا أو تحديدها عند بداية إبرام العقد و ذلك بغرض إصدار قرار ملزم لطرفي العقد، في شأن المنازعة المطروحة، و عليه فأن للتحكيم في عقد ال BOT وجهان: الوجه الأول هو الطابع الاتفاقي للتحكيم في عقد ال BOT إذ أن الإرادة الحرة هي الركيزة الأساسية للتحكيم، و يبدو الوجه الثاني للتحكيم، في الطابع القضائي من خلال الإلزام الذي يرد في قرار

¹ KAUFMAN-KOHLER (G), « L'Arbitrage d'Investissement : Entre Contrat et Traité –Entre Intérêts Privés et Intérêt Public », p. 7.
<http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-privés-interet-public-i.e.pdf>

² يعرب محمد الشرع ، مرجع سابق، ص 457.

المحكم عن طريق استبدال القاضي العادي المختص أصلاً بنظر المنازعة بالقاضي المحكم الذي تتوافق إرادة طرفي النزاع في العقد على اختياره، ليصبح قاضياً للخصومة المطروحة بين الطرفين.¹

خامساً: صور التحكيم

إن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم يتم إفراغه في صورتين شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم.²

1- شرط التحكيم : Clause Compromissoire

عرفت المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد شرط التحكيم بكونه "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة..... لعرض النزاع الذي قد تثار بشأن هذا العقد إلى التحكيم.

فشرط التحكيم لا يتعلق بنزاع حالي و إنما بنزاع مستقبلي محتمل الوقوع، و لا يعرف أحد فيما إذا كان النزاع سيقع فعلاً أم لا ، و لا مدى النزاع و نطاقه في حال وقوعه مستقبلاً، أي أن شرط التحكيم مبني على الاحتمال، وهو ما لم يمنع من إجازته في قوانين التحكيم.³

كما أن إثبات شرط التحكيم لا يكون إلا بالكتابة و هو ما نصت عليه المادة 1008 من القانون السالف الذكر بقولها " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها." و يضاف إلى ذلك أن شرط التحكيم يجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم و هو ما نصت عليه المادة 1008 في فقرتها الثانية.

2 - اتفاق التحكيم: Compromis

يعرف اتفاق التحكيم بكونه " اتفاقاً خاصاً يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع و بمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و مكان و إجراءات التحكيم و قد يحدد القانون الذي يطبقه المحكمون.⁴ وقد عرفته المادة 1011 من القانون السالف الذكر على أنه " الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."

¹ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 33-34 .

² يعرب محمد الشرع ، مرجع سابق ، ص 453.

³ يعرب محمد الشرع ، ذات المرجع ، ص 453.

⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحداث احكام قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008، ص 26.

وقد نصت المادة 1012 في فقرتها الأولى من القانون السالف الذكر على أنه: "يجب أن يحصل اتفاق التحكيم كتابياً"، كما نصت في فقرتها الثانية على أنه "يجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

و لا يتم اللجوء إلى إتفاق التحكيم إلا إذا انعدم شرط التحكيم في العقد و يكمن الفرق الجوهرى بين الشرط و الاتفاق في توقيت نشوب النزاع، فإذا تم الاتفاق على التحكيم قبل نشوب النزاع فإننا نكون أمام شرط التحكيم و في حالة العكس فإننا نكون أمام اتفاق التحكيم.¹

و يتميز اتفاق التحكيم بكونه مستقلاً عن العقد الرئيسي، فبطلان هذا الأخير لا يؤدي إلى التأثير على صحة اتفاق التحكيم، و قد ظهر هذا المبدأ سنة 1961 بمناسبة المؤتمر الدولي الأول للتحكيم، حيث خلصت أشغال المؤتمر إلى الفصل بين صحة اتفاق التحكيم و بطلان العقد الرئيسي ، هذا المبدأ بعد ذلك تم تبنيه من طرف بعض المحاكم الداخلية، ليتم تعميمه في قوانين الدول التي تمارس التحكيم الدولي،

و يمنح هذا المبدأ المحكمين إمكانية الفصل في النزاع على أساس كون اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الرئيسي و يخضع لقواعد قانونية أخرى غير العقد الأساسي أو حتى قواعد التجارة الدولية و هو ما يمكنهم من الاحتفاظ باختصاصهم في إطار هيئة التحكيم للفصل في النزاع المعروض.²

هذا و قد نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على هذا المبدأ بنصها على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

سادساً: القانون واجب التطبيق على التحكيم

قد يتفق طرفا المنازعة في عقد ال BOT على تطبيق قانون معين أو المبادئ العامة للقانون أو قانون دولة مقر المشروع و هنا لا توجد مشكلة حقيقية إذ يلتزم المحكم بتطبيق قانون إرادة طرفي المنازعة أما عندما لا يتفق الطرفان على القانون الذي يحكم العقد، فهنا يجد المحكم نفسه في حرج بين تطبيق المبادئ العامة للقانون أو تطبيق قانون الدولة المضيفة باعتباره القانون الأقرب لموضوع المنازعة.³

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 455.

² HAROUN (M) , "Arbitrage est Financement de Projets BOT" , op. cit, p. 30 .

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 116.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن غالبية التشريعات في العالم تمنح أطراف العقود التي تتضمن طرفاً أجنبياً ومنها عقد ال BOT ، حق تعيين القانون الواجب التطبيق ، وفي الغالب يختار الأطراف القانون الوطني لأحدهم أو قانون محل تنفيذ العقد، أو محل إبرامه، أو قانوناً محايداً.¹

وقد نصت المادة 18 فقرة 4 من اتفاقية الاستثمار المتعلقة بإنجاز محطة تحلية مياه البحر بالحامة والتي سبق الإشارة إليها إلى أنه " يجب على الحكام أن يفصلوا في كل خلاف بتطبيق أحكام القانون الجزائري و أحكام هذه الاتفاقية وإذا اقتضى الأمر بالمبادئ العامة للقانون الدولي."

1- مفهوم قانون الإرادة

لقد أصبح مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص ، فإرادة الأطراف هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، و لذا فإن للأطراف الحق في إخضاع العقد المبرم بينهم للقانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة على اختياره حيث يذهب فقه القانون الدولي الخاص و القضاء و التحكيم الدولي و معظم الاتفاقيات و المعاهدات الدولية إلى إخضاع هذه العقود إلى قانون الإرادة فيحقق للطرفين في عقد ال BOT تحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم.²

لقد أخذت هيئات التحكيم و مراكزه بقانون إرادة الطرفين طالما و ردت هذه الإرادة صريحة و محددة ، و من أمثلة أخذ الهيئات التحكيمية بقانون الإرادة، الحكم الصادر عن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية CCI باعتبار قانون الإرادة و هو القانون الجزائري هو القانون واجب التطبيق في النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية و شركة أمريكية بمناسبة إنشاء خطوط سكك حديدية.³

و كذلك في تحكيم " Azienda Generale Italiana Petroli " AGIP " ضد حكومة الكونغو الصادر من مركز تسوية منازعات الاستثمار CIRDI حيث تم تطبيق قانون دولة الكونغو مع تكمته بالمبادئ العامة للقانون الدولي حسبما اتجهت إليه إرادة طرفي العقد.⁴

2- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال عدم اتفاق الطرفين

توجد عدة اتجاهات تبين طريقة اختيار القانون الأنسب، و تتوزع هذه الآراء بين ضرورة إعمال القوانين الخاصة التي يحمل جنسيتها المحكم، أو اختيار القانون الذي تم اختياره ليحكم إجراءات التحكيم،

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 477.

² د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 117.

³ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 117.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 117.

لتحديد القواعد الموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، أو تطبيق قانون الدولة التي سيجري فيها تنفيذ الحكم التحكيمي. وعلى الرغم من ذلك فإن هيئات القضاء و التحكيم تستعين عادة عند اختيار القانون الواجب التطبيق بالمبادئ القانونية العامة، أو قواعد القانون الدولي ، أو قانون الدولة المتعاقدة، أو قواعد التجارة الدولية.¹

أ- المبادئ القانونية العامة أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق

إن سكوت أطراف النزاع عن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقد ال BOT يثير إشكالية حقيقية بالنسبة للمحكم الذي يجد نفسه في مواجهة غياب نص قانوني متفق عليه للإستناد إليه في اتخاذ قراره التحكيمي.²

و هنا يجد الحكم نفسه يقوم بالدور الذي يقوم به القاضي العادي عندما تسكت النصوص عن إيجاد الحل للنزاع المعروض عليه و يجد القاضي أنه من الضروري لفض النزاع تطبيق القواعد و المبادئ العامة للعدالة.³

إن التزام المحكم الدولي بسد النقص الذي يحدثه عدم وجود قاعدة قانونية لحكم المسألة محل النزاع يخوله إمكانية استنباط القواعد القانونية بأسلوب تطويري فالمحكم ملزم بالبحث و التحري لإيجاد حل للمسألة المعروضة و هو يستخدم في ذلك الأدوات الملائمة التي تمكنه من حسن التعامل مع النزاع المائل أمامه.⁴

يمكن تعريف المبادئ العامة للقانون بأنها: القواعد العامة الأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية، و تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية، تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة التشريع أو العرف.⁵

و من الأمثلة عن المبادئ العامة للقانون التي يسترشد بها المحكم لدى فصله في المسألة المحالة إليه، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و مبدأ تعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به جراء خطأ أو إهمال الطرف الآخر، و كذلك مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب فالطرف الذي يثري على حساب الغير يلتزم بتقديم تعويض للمضرور، إضافة إلى مبدأ حسن النية الذي يعد من المبادئ الهامة في تنفيذ ما تم

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 478.

² د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 124.

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 124.

⁴ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 126-127.

⁵ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، 127.

الاتفاق عليه في عقد ال BOT، حيث يلتزم الأطراف بموجب هذا المبدأ باحترام و تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن نية و على الوجه الأكمل .¹

غير أنه من الملاحظ أيضا أن هذه المبادئ العامة تتسم بالعمومية و عدم التحديد و غالبا ما يلجأ إليها المحكم لتقنين ما يعتقد أنه الصواب أي أنه يضيفي بواسطتها المشروعية على وجهة نظره.²

و قد تم الاستناد إلى هذه المبادئ في عديد المرات من قبل المحكمين الأوروبيين خاصة، و من أمثلة هذه التحكيمات قرار التحكيم الذي صدر بشأن النزاع الذي ثار بين المملكة العربية السعودية و شركة أرامكو "Arabian American Oil Company" بخصوص العقد الذي تم منحه إلى رجل الأعمال اليوناني Onassis و الذي اعتبرته شركة أرامكو اعتداء على الامتياز الممنوح لها سنة 1933 بخصوص نقل البترول، و بعد أن اتفق الطرفان على عرض التحكيم و تم إبرام اتفاق التحكيم الذي نصت مادته الرابعة على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للقانون السعودي، إلا أن هيئة التحكيم رفضت تطبيق القانون السعودي، و استندت إلى المبادئ العامة للقانون على أساس أن الامتيازات التعدينية و البترولية لا وجود لها في فقه الإمام حنبل المطبق في السعودية .³

و كذلك القرار التحكيمي الصادر في النزاع القائم بين الحكومة الروسية من جهة و بين شركة Gold Fields البريطانية، و القاضي باستبعاد القانون الروسي، على أساس أنه يصلح فقط لحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط، و ما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون.⁴

و في تحكيم "Texas Oil Company" Texaco " ذهب المحكم Dupuy إلى استبعاد القانون الليبي من التطبيق و قام بتطبيق المبادئ العامة للقانون بالمخالفة لنص المادة 28 من عقود الامتيازات البترولية الليبية التي وردت في المرسوم الليبي الملكي الصادر في 1965/11/22 .⁵

¹ لمزيد من التفصيل راجع د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 128 وما بعدها.

² د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 133.

³ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 133-134.

⁴ حصايم سميرة، عقد البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص

156.

⁵ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 134.

ب- قانون الدولة المضيفة أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق

يستند تطبيق قانون الدولة المضيفة إلى كون الاستثمار و ما ينتج عنه يوجد وجودا ماديا على إقليمها و كذلك إلى كونه هو المكان الذي يتم فيه إبرام العقد.¹

و يرى أنصار هذا الاتجاه أن خضوع العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية لقانون الدولة المتعاقدة إنما يستند على اعتبارات سياسية و قانونية، تكمن في ضرورة الاحتكار المطلق للدولة في المجال القانوني و رفض معاملة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة معاملة تؤدي إلى مساواته بالدولة المتعاقدة معها.² و ينطلق أصحاب هذا الاتجاه الفقهي من حجة منطقية مفادها أن قانون الدولة المضيفة هو القانون الأكثر ارتباطا و اتصالا بالعقد محل النزاع و بالتالي يصبح أكثر القوانين ملائمة لحكم عقد ال BOT المبرم بين دولة مقر المشروع و شركة المشروع.³

و قد صدرت العديد من الأحكام و القرارات التحكيمية التي ذهبت إلى اختيار قانون الدولة المضيفة كأساس لفض النزاعات و من أمثلة هذه الأحكام و القرارات :

حكم محكمة العدل الدولية الدائمة CPJI " Cour permanente de justice internationale

في قضية القروض الصربية⁴، حيث نص على أنه " كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما" كما أكدت نفس الجهة على أنه " لما كان الطرف المفترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها و التي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها" فالمحكمة أخذت بمبدأ خضوع العقد للقانون الداخلي على أساس أن أحكام القانون الدولي العام تطبق على أشخاص القانون الدولي.⁵

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 جويلية 1929 إلى أنه " عند غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فيجب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة باعتباره قانون الإرادة المفترضة لهذا العقد."⁶

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 480.

² د. حفيضة السيد حداد، مرجع سابق، ص 436.

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 135.

⁴ لمزيد من التفصيل حول قضية القروض الصربية يرجى الاطلاع على الرابط التالي:

<http://learning.itcilo.org/ilo/jur/en/bibl/E%26F23.pdf>

⁵ حصايم سميرة، عقد البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص

158.

⁶ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 138.

و في نفس الاتجاه ذهب القرار التحكيمي الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري في الحكم الصادر في 7 جويلية 1975 و القاضي بتطبيق القانون المصري كأساس لفض النزاع القائم بخصوص تنفيذ العقد المبرم بين الحكومة المصرية من جهة و بين الشركة النمساوية " فلوج سيرفيس " من جهة ثانية.¹

أخذت بنفس الاتجاه اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI في مادتها 42 فقرة 1 عندما ألزمت هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة مقر المشروع بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين و الاستعانة بمبادئ القانون الدولي المتناسبة مع طبيعة النزاع، وبالتالي فإن المحكمة تقوم بإعمال قانون الدولة المتعاقدة لا غير على النزاعات المطروحة أمامها في حالة عدم وجود اختيار صريح للقواعد المطبقة على النزاع من قبل الأطراف.²

ج- قواعد القانون الدولي أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق

قواعد القانون الدولي هي تلك القواعد التي تحكم التصرفات و الوقائع التي تتجاوز حدود الدولة، و من ثم فهي تتضمن قواعد القانون الدولي العام و الخاص.³

و يذهب جانب من الفقه إلى ضرورة خضوع العقود التي تبرمها الدولة للقانون الدولي العام، استنادا إلى أن تدويل هذه العقود يؤدي إلى اقتلاعها من السيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لما يمثله هذا الخضوع لذلك القانون من مخاطر جسيمة للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة.⁴

يعد الاستاذ Mann أبرز من نادى بهذه الفكرة حيث يرى أن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني إلا أن هناك مبررات قوية تدفع للجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي باعتباره القانون المناسب لإيجاد التوازن بين مصالح أطراف العقد.⁵

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى النقد، لأن القانون الدولي يحكم العلاقة التي يكون أطرافها من الأشخاص الدولية العامة، كما أن إرادة الأطراف لا تملك منح الاختصاص التشريعي للقانون الدولي، حتى

¹ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 138.
² حصايم سميرة ، عقد البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق ، ص 159.
³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 478.
⁴ د. حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق، ص 557.
⁵ حصايم سميرة ، عقد البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، ذات المرجع، ص 162.

لو كان أحد هؤلاء الأطراف دولة، إذ إن النظام القانوني هو الذي يحدد المخاطبين بأحكامه، و ليس الأشخاص المخاطبون بأحكامه هم الذين يحددون نطاق اختصاصه.¹

د- قواعد التجارة الدولية أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق Lex Mercatoria

يمكن تعريف قواعد التجارة الدولية على أنها مجموعة القواعد التي تعارف التجار عليها في مهنة معينة و تهدف إلى تطبيقها على مختلف مظاهر النشاط الاقتصادي الدولي، و هي مستقلة عن النظم القانونية المختلفة.²

وذهب جانب من الفقه إلى إمكان تطبيق قواعد التجارة الدولية على النزاع، لأن هذه العقود تتم في مجال العلاقات التجارية الدولية، لذلك فإن القانون الواجب التطبيق يكون من صنع العادة والأعراف التجارية.³

و قد ثار خلاف في الفقه و التحكيم في مجال تطبيق هذه القواعد حول مدى تطبيقها كنظام قانوني له ذاتيته الخاصة و دون الحاجة إلى اللجوء إلى تطبيق القوانين الوطنية بجانبها، أو أنها لا تمثل ذلك، و تطبق فقط لتكملة النظام القانوني.⁴

و قد تبنت بعض أحكام التحكيم قواعد التجارة الدولية و أعرافها كنظام قانوني مستقل، و مثال ذلك الحكم الذي صدر عن غرفة التجارة الدولية سنة 1989 في النزاع الدائر بين إحدى الشركات الإسبانية و شركة أمريكية، و الذي تضمن الإقرار صراحة بتطبيق قواعد التجارة الدولية دون الاستعانة بأي نظام قانوني آخر « l' arbitre décida que le litige serait réglé selon les suels usages du commerce international ,autrement dénommés Lex Mercatoria ».⁵

و قد أقر المشرع الجزائري هذا المبدأ في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث نصت على أنه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون أو الأعراف التي تراها مناسبة.

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 479.

² يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 480.

³ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 480.

⁴ يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 481.

⁵ حصايم سميرة، عقد البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص

3- قانون إجراءات التحكيم في عقد ال BOT

إن القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم يختلف عن القانون الذي يحكم عقد ال BOT فقد جرى العرف في التحكيم الدولي على حرية المتعاقدين في الاتفاق على اختيار القانون المنظم لقواعد الإجراءات الواجب اتباعها في التحكيم، و عند خلو اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو اتفاقاً في تحديد القانون الواجب التطبيق في الناحية الإجرائية يطبق قانون البلد الذي تباشر فيه الإجراءات.¹

وفي هذا الصدد نصت المادة 1043 من قانون الإجراءات الإدارية و المدنية السالف الذكر إلى أنه " يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم ".....

و عند غياب إرادة الطرفين في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات فإن الفقه الغالب يذهب إلى ضرورة خضوع إجراءات التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم، و عند عدم كفاية القواعد المتفق عليها لحكم الإجراءات فهنا يخضع الأطراف و المحكمون للقواعد الشكلية و الموضوعية المتبعة عادة أمام المحاكم في البلد الذي تتعقد فيه هيئة التحكيم.²

سابعا: قواعد أعمال التحكيم

إن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال العقود الدولية، لا بد أن يصاحبه أعمال بعض القواعد الأساسية التي يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- تحديد نطاق اتفاق التحكيم

و المقصود بذلك أن أطراف العقد لهم حرية الاختيار بين أن يتم اللجوء إلى التحكيم لحل كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد، أو اللجوء إلى هذه الوسيلة من أجل فض الخلافات الناشئة حول موضوع معين يتم الاتفاق عليه مسبقاً بين أطراف العقد. و يكون الاختيار في جميع الأحوال ملزماً لهيئة التحكيم.³

¹ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT ، مرجع سابق، ص 109-108.

² د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 110.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 466.

ب- تكوين هيئة التحكيم

يتمتع أطراف عقد ال BOT بقدر كبير من الحرية لاختيار المحكمين، وقد تتكون هيئة التحكيم من شخص واحد أو عدة أشخاص شرط أن يكون عددهم فرديا ، وفي حالة التعدد يجوز لكل طرف اختيار محكمه الخاص، ثم يقوم المحكمان اللذان تم اختيارهما بواسطة طرفي العقد باختيار محكم ثالث يرأس هيئة التحكيم، وفي حالة الخلاف يتم تعيين المحكم الثالث من قبل الهيئات القضائية.¹

هذا و قد نصت المادة 1007 من قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي." و يتم اختيار المحكمين وفق طريقتين:²

الطريقة الأولى : وهي قيام الأطراف باختيار المحكمين بأنفسهم ، بحيث لا يتم اللجوء من قبل الأطراف إلى مراكز التحكيم، و في هذه الحالة يتم الاختيار على أساس الثقة و عدم إفشاء الأسرار و هذه اعتبارات لا يستطيع تقديرها إلا أصحاب الشأن، و تكون هذه الطريقة ذات جدوى في النزاعات القائمة بخصوص المعاملات البسيطة التي لا تحتاج إلى مهارات و خبرات خاصة لأعضاء هيئة التحكيم.

الطريقة الثانية: و هي أن يتفق الأطراف على التحكيم ، و ذلك بالنص على اللجوء إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة، و هذه الطريقة منتشرة في المنازعات المرتبطة بعقود التجارة الدولية، و هذه المراكز لديها لوائح خاصة بتحديد كيفية اختيار المحكمين، بالإضافة لاملاكها قوائم بأسماء المحكمين المشهود لهم بالكفاءة، و في هذه الحالة يتم تشكيل هيئة التحكيم طبقا للوائح الداخلية لهذه المراكز، و يلتزم الأطراف بهذا الاختيار.

ج- مقر التحكيم ولغته

يحق لطرفي العقد الاتفاق على مكان التحكيم و لغته فمكان التحكيم هو المكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم و قد يتفق الطرفان على اختيار مكان محدد أو إحالة النزاع إلى هيئة أو مركز تحكيمي محدد.³

و يمكن صياغة شرط التحكيم في العقد بطريقة يتحدد معها مقر التحكيم باتفاق الأطراف، أو أن يعطى الاختصاص بتعيينه إلى هيئة التحكيم، و التي تقوم بالموازنة بين مصالح الأطراف المتنازعة ، فالدول النامية عادة ما تقابل خضوعها للتحكيم خارج حدودها بنوع من الحساسية، كما أن الطرف المتعاقد

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق ، ص 467.

² د. وائل محمد السيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 388.

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT ، مرجع سابق، ص 98.

الأجنبي قد لا يطمئن لسير إجراءات التحكيم داخل الدولة أو ما يسمى بالتحكيم الداخلي، وفي هذه الحالة من اللبس قد يكون من الأجدى إحالة النزاع أمام هيئة تحكيم مؤسسي يتحدد مقر التحكيم من خلال نظامها الداخلي، و على كل فإن الاختيار يجب أن تراعى فيه الظروف المساعدة على إجرائه.¹ و بالنظر إلى اتفاقية الاستثمار في مشروع مصنع تحلية مياه البحر للحامة و التي تم إبرامها وفق عقد ال BOT فإن النزاعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد خاضعة لاختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI وفي حالة تصريحه بعدم الاختصاص يتم عرض النزاع أمام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية CCI بباريس، أما اللغة المستعملة في إجراءات التحكيم فهي اللغة الفرنسية.²

د- سير التحكيم

تتم مباشرة إجراءات التحكيم بحضور طرفي النزاع، فإذا تخلف أحدهما عن حضور إحدى الجلسات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءاته و إصدار حكم في النزاع تستند فيه إلى ما توافر لديها من عناصر إثبات، و للهيئة أن تستمع لشهادة شهود دون تحليفهم اليمين كما بوسعها تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي في النزاع، حيث تقوم بدورها بإخطار طرفي النزاع بمضمون التقرير، مع تمكينهما من إبداء ملاحظتهما بما ورد في التقرير.³

كما للهيئة الحق في عقد جلسات بحضور طرفي النزاع لسماع و مناقشة الخبير في تقريره، و تصدر المحكمة حكمها مكتوباً و مشتملاً على أسماء الخصوم و عناوينهم و أسماء المحكمين و جنسياتهم و صفاتهم، و صورة عن اتفاق التحكيم مع ملخص لأقوال و طلبات و مستندات الخصوم و منطوق الحكم و تاريخه و مكان إصداره، و تسلم هيئة التحكيم صورة من حكم التحكيم للطرفين موقعة من المحكمين الموافقين.⁴

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 469.
² أنظر في ذلك المادة 18-2 من نفس الاتفاقية و كذلك المادة 19-2 من اتفاقية الاستثمار المتعلقة بمحطة تحلية مياه البحر لسكيدة، و التي سبق الإشارة إليها.
³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 40.
⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ذات المرجع، ص 41.

هـ- الإثبات أمام المحكمين

تستعين هيئة التحكيم في نطاق منازعات العقود الإدارية بكل طرق الإثبات التي يمكن أن تطرح أمام القضاء الإداري، و عليه فإن على هيئة التحكيم أن تعتمد على الدليل المكتوب أولاً باعتبار الدليل المعمول به أساساً من بين أدلة الإثبات أمام القضاء الإداري.¹

كما يجوز لهيئة التحكيم أن تعتمد على الخبرة الفنية و هو الدليل الذي يعول عليه القضاء الإداري عادة و بشكل جوهري.²

و- حكم التحكيم

نصت المادة 18-3 من اتفاقية الاستثمار لمحطة تحلية مياه البحر بالحامة و التي سبقت الإشارة إليها على أنه "يكون قرار التحكيم نهائياً و ملزماً للأطراف من تاريخ النطق به و يمكن طلب تنفيذه أمام أي محكمة مختصة".

كما أن الأحكام التي تصدرها هيئات التحكيم الدولي يتم الاعتراف بها في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.³

و يتم إصدار حكم التحكيم من خلال مداولة و تبادل الآراء فيما بين المحكمين للاتفاق على شكل الحكم و مضمونه، باستثناء كون هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد فلا حاجة حينئذ للتداول و المناقشة، و قد تكون هيئة التحكيم الجماعية مشكلة من محكمين ينتمون لجنسيات مختلفة مما يرتب ضرورة السفر و الانتقال لتبادل الآراء في موضوع النزاع، و عليه كان من الأجدى أن يترك لهيئة التحكيم حرية تنظيم هذه المداولات تجنباً للتعقيدات التي قد تنشأ عن تشكيلة هيئة التحكيم.⁴

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 472.

² يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 472.

³ أنظر في ذلك نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر.

⁴ د. علاء الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 380.

و لا تلتزم هيئة التحكيم بشكل معين للمداولة و لكنها تلتزم فقط بإجرائها على اعتبار أنها من النظام العام حيث تضمن حقوق المتنازعين.¹ كما أن المداولة تكون سرية و هو ما اتجه إليه قانون التحكيم الفرنسي و كذلك غرفة التحكيم الفرنسية.² و هو نفس التوجه الذي اعتمده القانون الجزائري.³

و يصدر حكم التحكيم غالبا في شكل مكتوب و يبدأ عادة بسرد ملخص وقائع النزاع الذي يذكر فيه المحكمون طبيعة النزاع المعروض و تطور أحداثه و أطراف النزاع و صفاتهم و دفعوهم و تحديد شخصية المحكمين و صفاتهم و كيفية تعيينهم و بداية الإجراءات التحكيمية، و هذه البيانات لها أهمية بالغة إذا تم الطعن القضائي على الحكم التحكيمي، حيث أنها تمكن القاضي من معرفة مدى صحة اتفاق التحكيم و مدى صحة تعيين المحكمين و مدى التزامهم بالفصل في النزاع في حدود ولايتهم المنصوص عليها في اتفاق التحكيم، و بعد سرد ملخص وقائع النزاع، تتعرض هيئة التحكيم إلى تسبب حكم التحكيم.⁴

و يجب أن يكون منطوق حكم التحكيم واضحا و حاسما و يبين بصورة جلية الواجبات المفروضة على كل طرف و الحقوق المخولة لكل منهم، كما يجب أن يتضمن الفصل في كافة طلباتهم سلبا أو إيجابا، و إلا كان عرضة للطعن به، و قد تلجأ هيئة التحكيم إلى إصدار عدة قرارات أثناء الإجراءات مثل القرارات الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، و مكان التحكيم و الاستماع للشهود، و اللجوء للخبرة.⁵

و يشتمل حكم التحكيم على تاريخ إصداره و مكان هذا الإصدار و يجب أن يكون موقعا من قبل جميع أعضاء هيئة التحكيم، و قد يصدر حكم التحكيم إما بالإجماع، أي موافقة جميع المحكمين على الحكم التحكيمي و عليه توقيعهم جميعا عليه، و قد يصدر حكم التحكيم بالأغلبية، و في هذه الحالة قد يمتنع المحكم المعارض على رأي الأغلبية عن التوقيع على الحكم، فيتم في هذه الحالة التوقيع عليه من قبل الأغلبية، و لا يشكل رفض أحد أعضاء هيئة التحكيم التوقيع على الحكم مانعا من إصداره.⁶

¹ د. علاء الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 381.

² د. علاء الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 382.

³ أنظر في ذلك نص المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر و التي نصت على أنه: يكون مداولات المحكمين سرية.

⁴ د. علاء الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 387-288.

هذا و قد نصت المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر على أنه " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم، يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة."

⁵ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 474.

⁶ د. علاء الدين مصطفى أبو أحمد، ذات المرجع، ص 388-289.

ثامنا : مزايا و عيوب التحكيم

التحكيم وسيلة لفض المنازعات الناتجة عن إبرام و تنفيذ عقد ال BOT و هذه الوسيلة تحاول تلافي العيوب الموجودة في النظام القضائي للدولة، و كلما تمكنت من حل المشكلات الناتجة عن النظام القضائي كلما زاد الإقبال عليها¹.

إن اللجوء إلى المحاكم الوطنية ليس محل ترحيب دائما، فالمستثمر الأجنبي يخشى غالبا تحيز الجهات القضائية للدولة المضيفة، أما بالنسبة للجوء للجهات القضائية لدولة المستثمر، فإن الحكومة المضيفة ترفض المثل أمام الجهات القضائية لدولة أخرى ، و بتحديد القضاء الداخلي يبقى التحكيم، و يمكن تصور تحكيم محلي داخل الدولة المضيفة، لكن من المرجح أن لا يوفر الحماية اللازمة للمستثمرين، و هذا يعني التوجه نحو التحكيم الدولي، و يمكن التفكير في تحكيم دولي يقام في مكان محايد، أين ينظم القانون التحكيم، و أكثر من ذلك، يمكن تصور تحكيم دولي حقيقي بمعزل عن أي قانون وطني و عن أي جهة قضائية داخلية، و هذه هي الفكرة التي استوحيت منها اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI، التي تشكلت عام 1965، و دخلت حيز التنفيذ سنة 1966، و صادقت عليها 140 دولة².

و يتمتع التحكيم ببعض المزايا ، ولكن هذا لا يعني وجود بعض المساوئ التي لا يمكن تجاهلها.

1- مزايا التحكيم

يتميز نظام التحكيم في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية بعدة مزايا تجعل منه نظاما مغريا في مجال حل النزاعات لأنه يقوم على تلافي العيوب و الشوائب التي يمكن أن تلحق بالنظام القضائي، و يمكن إجمال هذه المزايا في مايلي:

أ – السرعة

تتميز إجراءات التحكيم بالبساطة و السرعة في مقابل البطئ الشديد لإجراءات التقاضي أمام المحاكم، فغالبا ما تكون الإجراءات على مستوى القضاء معقدة و طويلة و متعددة الدرجات ، الأمر الذي

تجد الإشارة إلى أن المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد أشارت إلى أهم البيانات التي يتضمنها حكم التحكيم.
¹ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 49.

² KAUFMAN-KOHLER (G), « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité –entre intérêts privés et intérêt public », op. cit. pp. 4-5.

يجعل من عملية التقاضي عملية مرهقة للأطراف المتقاضية ، و السبب في ذلك يعود إلى ما تفرضه القوانين من شكليات تهدف بالدرجة الأولى للمحافظة على حقوق المتقاضين و تحقيق العدالة ، بينما في التحكيم يحدد الأطراف إجراءات التحكيم و ميعاد صدور القرار التحكيمي.¹

و لما كانت المنازعات التي تنجم عن إبرام عقد ال BOT هي منازعات مالية نتيجة لأن شركات المشروع التي تقوم على تنفيذ هذه العقود تكون مرتبطة بالتزامات يمثل عنصر الزمن فيها عنصرا حاسما و جوهريا، حيث أن الوقت في مفهوم الاستثمار يقاس بالمال، فالمستثمر في هذا النوع من العقود غالبا ما يكون مرتبطا بقروض من البنوك تكون مستحقة السداد في آجالها المتفق عليها، و لهذا السبب فإن شركة المشروع في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية تسعى دائما إلى تجنب عرض منازعاتها على القضاء الوطني، و اللجوء إلى التحكيم كبديل عنه لأن التحكيم يتسم بالبساطة و السرعة من الناحية الإجرائية مقارنة مع طرق التقاضي التي تكون مكلفة من الناحية المادية جراء الوقت الضائع الذي يميزها و الذي يؤثر بدوره على استثمارات شركة المشروع و التزاماتها.²

و لتحقيق السرعة المطلوبة تسعى مراكز التحكيم إلى إعطاء طرفي النزاع الحرية في تحديد الوقت المفروض انتهاء التحكيم فيه، لأن هذه الأطراف هي الأقدر على معرفة المدة الزمنية اللازمة لصدور الحكم، إضافة إلى إمكانية طلب تمديد مهلة الحكم إذا كان هناك مبرر لذلك.³

ب- السرية

تسعى أطراف النزاع في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية غالبا إلى المحافظة على سرية منازعاتهم أمام المحكمين و لذلك يتميز التحكيم بسرية إجراءاته، إذا اتفق أطراف العلاقة على ذلك، و تعتبر السرية مسألة حيوية، لأن الأمر يتعلق بأسرار مهنية و اقتصادية ، قد يترتب على اطلاع الغير عليها و خاصة المنافسون الاقتصاديون ، إلى الإضرار بمراكز أطراف العلاقة، و يشكل اللجوء إلى القضاء بالنسبة لأطراف النزاع تهديدا يمس أسرارها الاقتصادية ، لأن مبدأ العلانية يسود كل إجراءاته.⁴

¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 345-346.

² د. عصام أحمد البهجي ، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 54.

³ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 460.

⁴ د. إلياس ناصيف، ذات المرجع، ص 346.

ج- تحقيق العدالة الواقعية

إن المحكم على خلاف القاضي، قد يكون طبيبا أو مهندسا أو رجل أعمال مما يجعله قادرا على فهم طبيعة النزاع دون الحاجة إلى اللجوء إلى الخبراء، أما القاضي فقد يضطر إلى اللجوء إلى الخبراء و المختصين بطبيعة النزاع المعروف عليه، و ذلك بفضل مقدرتهم على معرفة أفضل الحلول و أنجعها بخصوص النزاعات التي تعرض عليهم نتيجة إمامهم بموضوع النزاع و جوانبه و خاصة ما تعلق بآليات التعاقد وفق أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية BOT، و هو ما يخلق لدى الأطراف طمأنينة و ثقة كبيرتين فيما يصدر عن المحكم من أحكام حول النزاع.¹

د- توفير الطمأنينة للشركات الأجنبية

تتجلى هذه الميزة من خلال اطمئنان الشركات إلى التحكيم و تفضيله أكثر من اللجوء إلى القضاء الوطني، لأن تطبيق قواعد القضاء على النزاع المعروف يجعل تلك الشركات تخشى من التحيز و ميل القضاء لحماية مصالحه الوطنية على حساب الشركات الأجنبية في مشاريع البناء و التشغيل و نقل الملكية، بينما يكون اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لهذه الأخيرة أكثر قبولا على اعتبار أنها شريك في اختيار المحكم، فضلا عن اختيار القانون الواجب التطبيق، علاوة على وجود اتفاقات دولية تنظم التحكيم في المنازعات التي تثور بين الدول و رعايا دولة أجنبية، فشرط التحكيم يعد ضمانا بالنسبة لشركات المشروع في مواجهة أي نزاع محتمل.²

هـ - تحرر المحكم من قيد النص القانوني

و المقصود بذلك أن القاضي في المحاكم العادية يكون مقيدا بنصوص القانون، و عندما يسعى إلى تطبيق روح النص و مخالفة حرفيته تأتي أحكامه معيبة، و بهذا تصبح النصوص القانونية تقود إلى عدالة صماء لا تراعي بالضرورة مصالح طرفي الخصومة على وجه يحقق العدالة، بينما المحكم غير مقيد بنصوص قانونية، و هو يسعى إلى تحقيق العدالة بين طرفي المنازعة و يعتمد في ذلك لتطبيق مبادئ العدالة التي هي مجموعة القواعد التي يكشف عنها العقل و يوصي بها الضمير و يرشد إليها النظر الصائب و الفكر السليم.³

¹ يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 460.

² يعرب محمد الشرع، ذات المرجع، ص 460- 461.

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 66-67.

2 – عيوب التحكيم

على الرغم من كون التحكيم ينطوي على بعض المزايا فيما يخص فض النزاعات المتعلقة بالعقود المبرمة وفق أسلوب البناء و التشغيل و نقل الملكية BOT، فإن ذلك لا يمنع من وجود بعض العيوب التي تتوافر في التحكيم بخصوص هذه العقود، و يمكن تلخيص هذه العيوب فيما يلي:

أ- استغلال الدول الكبرى للتحكيم لتحقيق مصالحها

و المقصود بذلك أن التحكيم أصبح و سيلة في يد الدول الكبرى ذات الاقتصاد الحر، تستطيع من خلالها فرض وجهات نظرها الاقتصادية على الدول النامية، ففي كثير من الأحيان يقوم المحكم باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، و يتم هذا الاختيار من طرفه في غير ما ينسجم مع قوانين الدول النامية في الغالب.¹

فطرفا النزاع يعرفان أن تطبيق قانون دولة ما على هذا النزاع يؤدي إلى نتائج محددة قد تكون في صالح أحدهم ضد الآخر، و لهذا يلجأ الطرف القوي إلى الضغط على خصمه من أجل الوصول إلى تطبيق القانون الذي يحقق مصالحه، و بالتالي تنحصر المسألة في اختيار القانون الذي يحقق مصلحة الطرف الأقوى، و غالبا ما تضغط الدول الكبرى و شركاتها العابرة للقارات على الدول النامية لتطبيق القانون الذي يحقق مصالحها.²

ب – عدم موضوعية بعض المحكمين

يقوم طرفا النزاع باختيار المحكمين على أسس من الثقة في نزاهتهم و كفاءتهم، غير أن هذا لا ينفي تعرض المحكمين لبعض الضغوطات من قبل الشركات الكبرى للقضاء في مصلحة هذه الأخيرة و هو ما يمكن أن يؤثر على نزاهة الأحكام الصادرة من المحكمين، و هو ما لا يمكن تصوره من الناحية النظرية في قضاء الدولة، و عليه فإن عدم موضوعية و حياد بعض المحكمين و انحيازهم لمصالح الشركات الكبرى، يمثل عيبا أساسيا يمكن أن يشوب أحكام هؤلاء المحكمين، و هو ما يحتم على مراكز التحكيم الحرص على اختيار المحكمين الذين يتميزون بالنزاهة و الموضوعية و إلا فقدت هذه الوسيلة ميزتها بالمقارنة مع قضاء الدولة.³

¹ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT، مرجع سابق، ص 70.

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 461.

³ د. عصام أحمد البهجي، ذات المرجع، ص 71-72.

ج- افتقاد قرارات التحكيم للقوة الملزمة

هناك بعض الآراء ترى أن التحكيم سلطة بلا أنياب، و سبب ذلك هو كون التحكيم لا يمكن تنفيذه إلا بعد اكتسائه صيغة التنفيذ من قبل السلطة القضائية في البلد الذي يراد فيه التنفيذ.¹ و في بعض الأحيان تصدر أحكام المحكمين مخالفة لبعض المبادئ الأساسية فتلجأ مراكز التحكيم لتلافي ذلك من خلال السماح بالطعن في هذه الأحكام، مما يزيل عن التحكيم صفة السرعة التي تميزه عن القضاء العادي لتحل محلها صفة البطء، إضافة إلى التعدد في درجات التقاضي التي لا تختلف عما هو عليه الحال في إجراءات القضاء الداخلي، كل هذا قد يؤدي إلى إهدار أهم ميزة للتحكيم ألا وهي السرعة.²

د- ارتفاع نفقات التحكيم

يتم تقدير أتعاب المحكمين بنسب معينة من قيمة النزاع المعروض، و هذه النسب غالباً ما تكون مبالغ كبيرة في حين أن رسوم التقاضي أمام قضاء الدولة تمثل مبالغ زهيدة، و هو ما يؤدي إلى التقليل من إغراء اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات.³

¹ في هذا الصدد نصت المادة 1035 من قانون رقم 08-09 السالف الذكر، على أنه: " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل."

² يعرب محمد الشرع، مرجع سابق، ص 462.

³ د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال BOT ، مرجع سابق، ص 74.

الخاتمة

يتضح من خلال البحث أن عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية BOT تعد وسيلة هامة وفعالة في رفع العبء الاقتصادي على الدول النامية لكونها توفر إطارا قانونيا لتمويل إقامة مشاريع البنية التحتية، و إدارتها وفق الأساليب الحديثة في التسيير بما يؤدي إلى قيام المرفق العام بالوظيفة المنوطة به على أكمل وجه، و هي إشباع الحاجات العامة للمواطنين و تحقيق المصلحة العامة كمظهر من مظاهر التنمية .

كما يظهر كذلك أن هذه العقود في حقيقتها تتميز بنوع من التعقيد و التشابك، و هذا راجع بالأساس إلى تنوع الأهداف التي تسعى لتحقيقها ، فهي تسعى إلى تمويل إقامة المرافق العامة من جهة، إضافة إلى كونها تعد أسلوبا من أساليب تفويض المرافق العامة على اعتبار انها تعد امتدادا و تطبيقا متطورا لعقود الامتياز ، فهي إذا تجمع ما بين الجانب التمويلي و جانب الإدارة و التسيير.

إن البحث في النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، يشير إلى أن هذا الأسلوب التعاقدية يتم غالبا وفق قواعد و مبادئ القانون العام، أي أن خصائص القانون الإداري هي التي تظهر في العقد بشكل جلي، فهذه العقود تنصب على مرفق عام غالبا ما يكون من مرافق البنية التحتية كالمطارات، و الموانئ، و محطات تحلية مياه البحر، و غيرها، كما أنها تنعقد بين شخص من أشخاص القانون العام كالدولة أو احد الأشخاص القانونية التابعة لها من جهة و بين شركة المشروع، أي أن شرط وجود الجهة الإدارية العامة في العقد متوافر في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية، إضافة إلى ظهور امتيازات السلطة العامة في هذه العقود من خلال السلطات المخولة لجهة الإدارة في الإشراف و الرقابة و التنظيم.

غير أن التطبيق العملي لهذا النوع من العقود يشير إلى ارتباطه أساسا بجلب الاستثمارات وطنية كانت أو أجنبية، و هو ما يؤدي إلى الحد من اللجوء إلى امتيازات السلطة العامة في هذا النوع من العقود عن طريق التقليل من الشروط اللائحية في حدود ضمان السير الحسن للمرفق العام و قيامه بوظيفته في تحقيق المنفعة العامة و التركيز على الشروط التعاقدية في العقد كركيزة لتوفير مناخ استثماري جاذب لرؤوس الأموال و لإتاحة الفرصة لشركة المشروع لتعويض تكاليف الاستثمار و تحقيق عائد مالي مناسب.

إن الجرائر لم تبق بمعزل عن التطور الذي عرفته أساليب إدارة و تسيير المرافق العامة، بل حاولت أن تواكب التطورات الحاصلة في هذا المجال، و هو ما جعل القانون الجزائري يعرف تطبيق عقد ال BOT من الناحية العملية و خاصة في مشاريع تحلية مياه البحر كأبرز تطبيق لهذا الأسلوب التعاقدية في القانون الجزائري.

غير أن القانون الجزائري لم يعرف تسمية الـ "BOT"، بل تم إلحاق هذا الأسلوب التعاقدى دوماً بمفهوم عقود الامتياز، وهو ما يعني تبني القانون الجزائري للاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية لهذه العقود، كما أن القانون الجزائري لا يشتمل على تشريع خاص لتنظيم التعاقد وفق هذا الأسلوب، كما هو الحال في بعض الدول كتركيا مثلاً، فنجد أن القواعد المنظمة لهذه العقود مبعثرة وغير موحدة، وذلك في عدة تشريعات تتعلق بمجالات مختلفة، كالمياه والكهرباء والطرق والري، وغيرها من المجالات. وعليه فإنه من الأجدى أن يتم تنظيم هذه العقود وفق تشريع خاص موحد لكي يسهل من الناحية العملية تطبيقه على أرض الواقع.

أما من حيث تطبيق هذا الأسلوب في الجزائر فإن دراسة مختلف العقود المبرمة في هذا الإطار تشير إلى لجوء الدولة الجزائرية إلى الاعتماد على القواعد المستمدة من قوانين الاستثمار السارية المفعول، والحد من امتيازات السلطة العامة إلى حدها الأدنى، وهذا راجع إلى الرغبة في جلب رؤوس الأموال للاستثمار في قطاعات البنية التحتية والاستفادة خاصة من التكنولوجيا المتقدمة التي تقدمها الشركات العالمية الكبرى في مجالات اختصاصها، وكذلك الاستفادة من خبراتها في مجال الإدارة والتسيير.

غير أن هذه الرغبة في جلب الاستثمارات لا يجب أن تؤدي إلى الاندفاع بشكل مطلق وراء هذا الأسلوب التعاقدى، دون ضوابط تكفل عدم إطلاق يد المستثمرين الخواص وخاصة الأجانب على المرافق العامة للدولة، لتفادي خروج المرفق العام عن القيام بوظيفته الأساسية في تلبية الحاجات العامة للجمهور، ذلك أنه وفي جميع الأحوال فإن الغاية الأساسية للقطاع الخاص هي تحقيق أكبر قدر من الربح، وهذا الأمر وإن كان مفهوماً، غير أنه لا يجب أن يكون على حساب المستفيدين من المرفق العام.

الملاحق

- 1- دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة.¹
- 2- اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination).²
- 3- اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وأقواس دو سكيكدة (ADS).³
- 4- اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وكهرما (KAHRAMA).⁴

¹ج.ر.ج.ج، رقم 34، بتاريخ 19 جوان 2011، ص 9.
²ج.ر.ج.ج، رقم 07، بتاريخ 28 جانفي 2007، ص 21.
³ج.ر.ج.ج، نفس العدد، ص 27.
⁴ج.ر.ج.ج، نفس العدد، ص 33.

الملحق 1

دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة

المادة الأولى: يحدد دفتر الشروط هذا الكيفيات و الإجراءات المتعلقة بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة لغرض المنفعة العمومية أو لتلبية الحاجات الخاصة.

الفصل الأول

نطاق الامتياز

المادة 2: يتضمن امتياز إقامة هياكل مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة:

- بناء و استغلال وحدات إنتاج تحلية المياه المالحة أو المنزوعة الأملاح أو المعادن، الموجهة للاستهلاك البشري أو إلى استعمالات أخرى،

- بناء و استغلال كل المنشآت الأخرى التي تسمح بمعالجة و / أو صرف المياه القذرة.

يتضمن امتياز إقامة هياكل منجزة لغرض المنفعة العمومية، زيادة على ذلك تموين المياه المنتجة لصالح صاحب امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالمياه الصالحة للشرب.

المادة 3: تقع المنشآت المذكورة في المادة 2 أعلاه في إقليم بلدية وفقا للمخطط الملحق بدفتر الشروط هذا بالتفصيل.

المادة 4: يخول الامتياز لصاحبه حق انتاج المياه بحجم متوسط يقدر بم³ / يوميا لضمان، حسب الحالة:

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب و المياه الصناعية في بلدية (بلديات)

- سقي الأراضي الواقعة في بلدية

- الحاجات الخاصة المحددة فيما يأتي.....

المادة 5: تحدد مدة الامتياز ب سنوات.

ينبغي إيداع طلب تمديد الامتياز سنة (1) واحدة قبل انقضائه.

الفصل الثاني

أحكام متعلقة بإقامة الهياكل

المادة 6: يتعين على صاحب الامتياز الشروع في إنجاز الهياكل موضوع هذا الامتياز في مدة تقدر ب إبتداء من تبليغ قرار الامتياز ، و إلا تم إعداره للشروع في الإنجاز، تحت طائلة إلغاء الامتياز من طرف السلطة المانحة للامتياز.

المادة 7: يتعين على صاحب الامتياز تطبيق التدابير الوقائية الموصى بها بموجب دراسة التأثير.

المادة 8: يتعين على صاحب الامتياز السهر على احترام التنظيم المتعلق بمساحات الحماية النوعية للموارد المائية.

المادة 9: يتعين على صاحب الامتياز القيام، قبل استغلال الهياكل، بمراقبة المطابقة من مصالح الإدارة المكلفة على التوالي: بتسيير الأملاك العمومية البحرية و السياحية و البيئية.

و في حالة إثبات عدم تطابق الهياكل، يتم إعدار صاحب الامتياز من طرف السلطة المانحة الامتياز بهدف إصلاحها قبل بداية استغلالها.

تكون مراقبة المطابقة موضوع محضر حضوري مرفقا بملف جرد الهياكل المنجزة.

المادة 10: يتعين على صاحب الامتياز طلب الموافقة المسبقة من السلطة المانحة للامتياز لأي تغيير أو توسيع في الهياكل.

الفصل الثالث

أحكام خاصة بالهياكل المنجزة لغرض المنفعة العمومية

المادة 11: تحدد الشروط و الكيفيات التقنية و المالية للتموين بالمياه المنتجة بواسطة الهياكل المنجزة لغرض المنفعة العمومية بموجب اتفاقية مبرمة بين صاحب هذا الامتياز و صاحب امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالمياه الصالحة للشرب.

المادة 12: يتعين على على صاحب الامتياز التأكد من أن المياه الممونة تستجيب لمواصفات النوعية المحددة في التنظيم المعمول به و هذا مهما كانت خصائص نوعية الماء الخام.

المادة 13: يتعين على صاحب الامتياز ضمان صيانة منتظمة و تجديد مناسب للتجهيزات بغرض ضمان حسن سيرها.

المادة 14: يتعين على صاحب الامتياز إعلام السلطة المانحة للامتياز مسبقا بكل تدخل في الصيانة يتطلب توقيفا مؤقتا لسير هياكل انتاج المياه.

يجب أن يحدد هذا التبليغ مدة انقطاع انتاج المياه.

المادة 15: يحق لصاحب الامتياز ، أثناء عملية الاستغلال، توقيف إنتاج المياه مؤقتا عند حدوث ظواهر تؤدي إلى اضطراب سير الهياكل، لا سيما في حالة تلوث الماء الخام.

الفصل الرابع

أحكام مختلفة

المادة 16: زيادة على المراقبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، يمكن للسلطة المانحة للامتياز، وفي كل وقت، إجراء المراقبات في الموقع للتأكد من أن نشاطات إنتاج المياه منفذة من صاحب الامتياز، طبقا لأحكام عقد الامتياز و دفتر الشروط هذا.

يتعين على صاحب الامتياز تسهيل إنجاز عمليات المراقبة من الأعوان المؤهلين قانونا على الخصوص لضمان تسهيل دخول هؤلاء الأعوان إلى الهياكل.

المادة 17: يعد صاحب الامتياز مسؤولا عن كل الخسائر المسببة للغير من جراء الامتياز، كما يلزم باكتتاب كل وثائق التأمين المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما.

حرر بـ.....في.....

صاحب الامتياز

السلطة المانحة للامتياز

قرئ و صودق عليه

الملحق 2

اتفاقية استثمار

بين

الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، القائمة لحساب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والممثلة من طرف السيد عبد المجيد بغدادلي، المؤهل قانونا بصفته مديرا عاما ، المسماة فيما يأتي ب : " الوكالة " ،

و

حامة واطر ديسالنايشن ، "Hamma Water Desalination" باختصار ، HWD SPA

شركة ذات أسهم ، خاضعة للقانون الجزائري ، برأسمال قدره ثمانية وستون مليوناً وستمائة ألف دينار (68.600.000 دج) ، مقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 04B0963417 الكائن مقرها الاجتماعي ب : 17 طريق الخزان 16045 ، حيدرة ، الجزائر العاصمة - الجزائر ، الممثلة من طرف السيد الحداد جورج ، المؤهل قانونا بصفته مديرا عاما ، و المسماة فيما يأتي ب " شركة المشروع "

و المساهمين في "HWD" ابتداء من تاريخ سريان مفعول هذه الاتفاقية :

- جينيرال إليكتريك إيونيكس حامة هولدينجز إ.ر. و ليميتد GE IONICS HAMMA -

HOLDINGS (IRE) Limited شركة ذات مسؤولية محدودة خاضعة للقانون الإيرلندي ، الكائن مقرها ب 30 شارع هربرت ، دوبلين 2، جمهورية إيرلندا ، الممثلة من طرف السيد أرك و. بانغ Ark w.Pang المخول له كل السلطات لهذا الغرض.

- الشركة الجزائرية للطاقة ، شركة ذات أسهم، خاضعة للقانون الجزائري ، برأسمال قدره

ثلاثة ملايين ومائتا مليون دينار 3.200.000.000 (دج) ، الكائن مقرها الاجتماعي ب : 12 نهج كريم بلقاسم - 16025 - الجزائر العاصمة - الجزائر ، المقيدة في السجل التجاري تحت رقم 01B0016772 والممثلة من طرف السيد صاري أمان الله رئيسا مديرا عاما، له كل السلطات

لأجل ذلك ، الذين يدعون في صلب النص " المساهمين " ، الذين يدعون في صلب النص

بصفة فردية ب " الطرف " و بصفة جماعية ب " الأطراف "

يعرض مسبقا ما يأتي :

تمهيد

باعتبار ما يأتي :

- أن بتاريخ 18 أكتوبر سنة 2003 ، تم اختيار شركة إيونكس لانجاز مصنع لتحلية مياه البحر ، وهذا عن طريق مناقصة للشراكة الصادرة عن الشركة الجزائرية للطاقة AEC بتاريخ 28 أكتوبر سنة 2002 ،
- أن سوناطراك و سونلغاز أوكلتا إلى شركة مشتركة ، الشركة الجزائرية للطاقة ، AEC المشاركة في المشروع ،
- أن رأسمال شركة المشروع ، شركة ذات أسهم حامة و اتر ديسالنايشن HWD Spa محدد على التوالي بنسبة % 30 و % 70 ، للشركة الجزائرية للطاقة و جينيرال إيكتريك إيونيكس حامة هولدينغز إ.ر. و ليميتد. ، GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) Limited
- أن شركة إيونكس تم شراؤها بتاريخ 22 فبراير سنة 2005 من قبل جينيرال إيكتريك GENERAL ELECTRIC واتخذت تسمية جينيرال إيكتريك إيونيكس إنك ، GE IONICS Inc ،
- أن شركة جينيرال إيكتريك إيونيكس إنك GE IONICS INC ، حولت مساهمتها في حامة و اتر ديسالنايشن HWD لشركة - جينيرال إيكتريك إيونيكس حامة هولدينغز إ.ر. و ليميتد ، GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) Limited ،
- أن هذا المشروع الاستثماري للشركة مشروع ذو أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني ، بالنظر لاسيما لأهمية الاستثمارات المعنية وللطبيعة الاستراتيجية لقطاع تزويد المياه بالجزائر وللتكنولوجيات المستعملة التي تسمح بحماية الموارد الطبيعية ،
- أن هذا المشروع مرشح للخضوع لنظام اتفاقية الاستثمار بقرار صادر عن المجلس الوطني للاستثمار ، باختصار CNI ، بتاريخ 23 غشت سنة 2004 ،
- أن هذا المشروع الاستثماري كان محل تصريح الاستثمار ، طبقا للمادة 4 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار وهذا بتاريخ 29 سبتمبر سنة 2004 مع تسليم قرار منح امتيازات في إطار النظام العام لتشجيع الاستثمارات تحت رقم 0 / 0846 / 00 / 2004 بتاريخ 3 أكتوبر سنة 2004 ،
- أن مشروع اتفاقية الاستثمار تمت الموافقة عليه من قبل المجلس الوطني للاستثمار بتاريخ 17 يناير سنة 2005.

وعليه و طبقا للمادة 12 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، اتفق الأطراف على توقيع هذه الاتفاقية من أجل تحديد طبيعة الحقوق والامتيازات الممنوحة لشركة المشروع وللمساهمين فيها ، مقابل التزاماتهم ، في إطار هذا

المشروع ، وتحت الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ، وبعد عرض ما سبق تم الاتفاق ،
و تقرير ما يأتي :

تعريف

مساهم : كل شخص أو كيان يملك أو سيملك نسبة من رأسمال شركة المشروع.

اتفاقية : هذه الاتفاقية.

تاريخ دخول حيز التنفيذ : تاريخ دخول حيز التنفيذ لهذه الاتفاقية كما هو مقرر في

المادة 2.

تاريخ بداية الاستغلال : تاريخ بداية تشغيل أول وحدة للتحلية.

الدولة الجزائرية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

الامر : الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار.

مرحلة إنجاز الاستثمار : المدة السارية من تاريخ دخول حيز التنفيذ إلى تاريخ بدأ تشغيل

المصنع .

الدائنون : كل مؤسسة مالية أو بنك ، أو هيئة مالية وطنية أو دولية أو وكالة القرض

المتعلق بالتصدير أو مؤمنو القرض أو كل شخص آخر ما عدا مساهمي شركة المشروع ، الذين

يشاركون في التمويل الأولي للمشروع أو في إعادة تمويل التمويل الأولي (بما فيه كل ضامن

أو مؤمن على قرض الاعتماد الموافق عليه للتمويل أو إعادة التمويل) وكذا ذوي حقوقهم

وخلفائهم

ومستخلفيهم و المتنازلين عن حقوقهم ومساهماتهم ، و وكلائهم والمتعاملين والممثلين والأمناء.

المشروع : استعمال الموقع والتنمية والتصور والهندسة و امتلاك الأجهزة والمعدات و

التصنيع والتمويل والحصول على الرخص و البناء والإتمام والتجارب والتشغيل و التأمين والحياسة

والاستغلال ، و الصيانة والحفظ وتفكيك المصنع و كل نشاط يترتب عن ذلك.

المصنع : مصنع تحلية مياه البحر ذو سعة اسمية تقدر ب 200.000 م³ في اليوم ،

الكائن بالحامة ، ولاية الجزائر العاصمة ، الجزائر ، معد و مبني و مستغل من أو لحساب شركة

المشروع.

شركة المشروع : شركة ذات أسهم حامة و اتر ديسالنايشن ، HWD Spa أو خلفائها ،

أو مستخلفيها أو وكلائها.

المادة الاولى

موضوع الاتفاقية

تهدف اتفاقية الاستثمار هذه إلى تحديد طبيعة الحقوق و الامتيازات الممنوحة لشركة المشروع والمساهمين فيها ، مقابل تعهداتهم التي يلتزمون بها بموجب هذه الاتفاقية.

المادة 2

مدة الاتفاقية و الدخول حيز التنفيذ

1-2 تدخل هذه الاتفاقية ، المصادق عليها من طرف المجلس الوطني للاستثمار ، حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ التوقيع عليها من قبل الأطراف.

2 - 2 مدة هذه الاتفاقية محددة ب ثلاثين (30) سنة ابتداء من تاريخ دخولها حيز التنفيذ.

المادة 3

تحويل ونقل الحقوق

1-3 طبقا للمادة 30 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه و مع مراعاة المادة 619 من القانون التجاري يتم تحويل أسهم وأصول شركة المشروع أو نقلها بكل حرية.

2-3 يتم نقل الامتيازات والحقوق الممنوحة طبقا لهذه الاتفاقية للطرف المستخلف ، بشرط أن يلتزم هذا الأخير أمام الوكالة بتنفيذ كل الالتزامات الواقعة على المحيل و التي سمحت بالحصول على هذه الامتيازات ، وإلا تلغى هذه الامتيازات.

3-3 يجب التصريح للوكالة بالنقل أو التحويل في مدة أقصاها ثمانية (8) أيام ابتداء من سريان مفعولها ، بدون الإخلال بأحكام الفقرات 1-3 و 2-3 من هذه المادة . و تصادق الوكالة على النقل أو التحويل بإعداد قرار نقل الامتيازات لصالح المستخلف.

المادة 4

التأمينات العينية

يمكن لشركة المشروع و المساهمين فيها ، اعطاء كل تأمينات عينية سيما لصالح الدائنين وفي حالة تنفيذ هذه التأمينات العينية ، يتم تطبيق أحكام المادة 3 أعلاه بالنسبة للحقوق والامتيازات الممنوحة لشركة المشروع.

المادة 5

التأمينات

تكتتب شركة المشروع التأمينات الإجبارية طبقاً للتشريع المعمول به.

المادة 6

تغيير التنظيمات

طبقاً للمادة 15 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.

كما أنه يمكن لشركة المشروع ، و بطلب صريح منها ، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملاءمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي و التنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ.

المادة 7

نزع الملكية والاستيلاء والتأمين

7 - 1 نزع الملكية

7 - 1 - 1 طبقاً للمادة 20 من الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر سنة ، 1996 لا يمكن أن تكون أصول وأسهم شركة المشروع محل أي نزع للملكية خارج الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

7 - 1 - 2 غير أنه في حالة نزع الملكية، ستمنح الدولة الجزائرية لشركة المشروع تعويضاً مسبقاً وعادلاً ومنصفاً و يأخذ التعويض بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع و الوضعية المالية لشركة المشروع يوماً (1) واحداً قبل تاريخ نزع الملكية.

7 - 2 الاستيلاء

طبقاً للمادة 16 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، لا يمكن للاستثمارات المحققة من قبل شركة المشروع أن تكون محل إستيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

7 - 3 التأمين

لا يكون تأمين شركة المشروع إلا بمقتضى نص قانوني طبقاً للمادة 678 من القانون المدني.

7 - 4 شروط دفع التعويض

7 - 4 - 1 في حالة نزع الملكية أو الاستيلاء ، يتم دفع كل التعويضات لشركة المشروع.

يتم دفعها للمساهمين في حالة نزع ملكية أسهم شركة المشروع .

يستفيد التعويض المدفوع للمساهم الأجنبي أو الحصة التي تعود له من التعويض المدفوع

لشركة المشروع من ضمان التحويل للخارج.

7 - 4 - 2 في حالة التأمين ، يتم تحديد شروط وكيفية التحويل وشكل التعويض بمقتضى

القانون طبقا للمادة 678 من القانون المدني.

المادة 8

نظام الصرف

تطبق العمليات المالية لشركة المشروع وللمساهمين فيها مع الخارج ، في إطار تنظيم

الصرف المعمول به . ولذلك تستفيد شركة المشروع والمساهمون فيها من جميع الامتيازات

القابلة للصرف الجاري المقرر في المادة 8 من القانون الأساسي لصندوق النقد الدولي.

المادة 9

الامتيازات الممنوحة لشركة المشروع

فضلا على الامتيازات المقررة في القانون العام وتطبيقا لأحكام المادة 10 (الفقرة 2) و

المادة 12 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ،

تستفيد شركة المشروع من الامتيازات الآتية:

فيما يخص إنجاز الاستثمار لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتتمديد بقرار من الوكالة :

- لإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقننات العقارية التي تتم في

إطار الاستثمار ،

- تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة قدرها اثنان بالألف فيما يخص

العقود التأسيسية للشركة و الزيادات في رأس المال ،

- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع و الخدمات التي تدخل مباشرة

في إنجاز الاستثمار سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية ،

- تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة التي

تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ، على أن تطبيق هذه النسبة المخفضة لا يعفي الشركة من

دفع الحق الإضافي المؤقت عندما يكون مستحقا.

- فيما يخص فترة الاستغلال:

- ابتداء من تاريخ بدء الاستغلال أو من نهاية مرحلة إنجاز الاستثمار ، و ذلك حسب اختيار شركة المشروع :
- الاعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الضريبة على أرباح الشركات و من الضريبة على الدخل الاجمالي على الأرباح الموزعة و من الدفع الجزافي . و من الرسم على النشاط المهني.
 - الاعفاء لمدة عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ الإقتناء ، من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ،
 - تأجيل العجز للسنوات المالية السابقة لمدة عشر(10)سنوات،(المادة 147 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة).
- مع مراعاة أحكام هذه الاتفاقية ، فإن شركة المشروع تخضع لكل الضرائب ، و الرسوم و الحقوق طبقا للقوانين المعمول بها.

المادة 10

الواردات و الصادرات

- 10-1 لشركة المشروع حرية استيراد كل السلع الضرورية لإنجاز و استغلال المشروع .
تخضع هذه الواردات للضرائب و الحقوق و الرسوم المعمول بها مع مراعاة الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.
- 10-2 في إطار التشريع و التنظيم المعمول بهما ، يمكن لشركة المشروع استيراد تحت نظام الدخول المؤقت ، السلع الضرورية لورشنة بناء المصنع. تقدم شركة المشروع ، قوائم السلع المراد استيرادها تحت نظام الدخول المؤقت ، للسلطات الجمركية الجزائرية للمصادقة عليها قبل استيرادها.
- 10-3 يمكن شركة المشروع أن تضع للاستهلاك في الجزائر ، السلع المستوردة تحت نظام الدخول المؤقت والتي أصبحت غير ضرورية للمشروع شريطة إشعار السلطات الجزائرية مسبقا . و في هذه الحالة يترتب على شركة المشروع دفع كل الحقوق و الرسوم المطبقة وقت وضعها للاستهلاك.
- 10-4 طبقا لهذه الاتفاقية ، تخضع كل الواردات والصادرات لإجراءات التصريح المشترطة في التنظيم المعمول به.

المادة 11

تعهدات شركة المشروع

تتعهد شركة المشروع بإنجاز ، مصنع لتحلية مياه البحر بالحامة الجزائر العاصمة بسعة اسمية تقدر ب 200.000 م 3 في اليوم وبقيمة إجمالية تقدر ب 256 مليون دولار أمريكي.

المادة 12

متابعة تعهدات شركة المشروع

1-12 طبقا للمادة 32 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، تتم متابعة الاستثمارات المعنية بهذه الاتفاقية من قبل الوكالة بالتنسيق مع الإدارات و الهيئات المكلفة بالسهر على احترام الالتزامات الناجمة عن الاستفادة من الامتيازات الممنوحة طبقا لهذه الاتفاقية.

2-12 أثناء مرحلة إنجاز المشروع ، و قبل تاريخ 31 يوليو من كل سنة ، ترسل شركة المشروع إلى الوكالة بيانا حول تقدم الأشغال مصادقا عليه من قبل محافظ الحسابات ، و يتضمن بالخصوص قائمة الاستثمارات الفعلية المنجزة خلال السنة الاجتماعية الفارطة.

المادة 13

احترام تعهدات شركة المشروع

1-13 ما عدا حالة القوة القاهرة ، قد يؤدي عدم احترام شركة المشروع لتعهداتها ، إلى سحب الحقوق والامتيازات الممنوحة لها بمقتضى هذه الاتفاقية ويقدم قرار سحب الحقوق و الامتيازات للمصادقة عليه من قبل المجلس الوطني للاستثمار.

2-13 يقصد بحالة القوة القاهرة ، في مفهوم الفقرة السابقة ، كل حدث قد يقع و يكون خارجا عن إرادة شركة المشروع ، مثل الكوارث الطبيعية و الحروب و الاضطرابات الكبيرة و أعمال الشغب ولا سيما تلك التي تحول دون تحقيق و/أو متابعة أهداف و التزامات الأطراف في إطار هذه الاتفاقية كليا أو جزئيا.

3-13 لا يمكن سحب الحقوق و الامتيازات الممنوحة بمقتضى هذه الاتفاقية إلا بعد تبليغ كتابي موجه الى شركة المشروع ، ينص على عدم احترام شركة المشروع لتعهداتها و يمنح لهذه الأخيرة أجل أقصاه تسعون (90) يوما لتصحيح ذلك.

إذا قامت فعلا شركة المشروع بتصحيح الإخلال بالتزاماتها عند انقضاء تسعين (90) يوما ، فان الحقوق والامتيازات المحصل عليها بمقتضى هذه الاتفاقية تدخل من جديد حيز التنفيذ كلية. في حالة العكس يتم تبليغ قرار السحب النهائي للامتيازات لشركة المشروع بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار.

المادة 14

احترام المقاييس

تتعهد شركة المشروع باحترام المقاييس والمواصفات التقنية و البيئية المعمول بها و الناجمة عن القوانين و التنظيمات و الاتفاقيات الدولية التي تعد الدولة الجزائرية طرفا فيها . و على وجه الخصوص، تلتزم شركة المشروع بإنجاز الاستثمارات الضرورية في مجال مكافحة التلوث الصناعي و حماية البيئة والوسط البحري والساحل و الشاطئ ، طبقا للتنظيم المعمول به .

المادة 15

ضمانات حماية الاستثمارات

يستفيد المستثمرون الأجانب المساهمون في رأسمال شركة المشروع ، من الضمانات الممنوحة للاستثمارات المقررة في الباب الثالث من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، وإذا اقتضى الأمر من الضمانات و الحقوق و الامتيازات المعترف لهم بها في اتفاقيات التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات و كذا في اتفاقات عدم ازدواجية الضريبة المبرمة بين الدولة الجزائرية و الدولة أو الدول التي هم رعاياها.

تتعهد الدولة الجزائرية بعدم اتخاذ أي إجراء تمييزي و عدم المشاركة في أي قرار تمييزي ضد شركة المشروع و/ أو ضد مساهميها ، بالنسبة لشركات أخرى جزائرية أو أجنبية ، و هذا طبقا للمادة 14 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه.

المادة 16

التبليغات

1-16 يجب أن توجه كل التبليغات المتخذة بمقتضى هذه الاتفاقية ، كتابيا و تسلم ليد الشخص نفسه مقابل مخالصة أو توجه برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام ، للعناوين الآتية :

- بالنسبة للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار : السيد عبد المجيد بغدادلي ، مدير عام ، 27 شارع محمد مربوش - حسين داي - الجزائر العاصمة ، الجزائر.

- بالنسبة لشركة المشروع : السيد الحداد جورج- مدير عام 17 ، طريق الخزان 16045، حيدرة ، مدينة الجزائر.

*بالنسبة للمساهمين :

- جينيرال إيكتريك إيونيكس حامة هولدينجز إ.ر. و ليميتد : السيد 30-Ark W. Pang شارع هربرت ، دوبلين 2، جمهورية أيرلندا.

- الشركة الجزائرية للطاقة AEC : ، - السيد صاري أمان الله رئيس مدير عام ، 12 نهج كريم بلقاسم 16025 - الجزائر العاصمة - الجزائر.

16-2 يمكن لشركة المشروع و المساهمين فيها ، استبدال في أي وقت ممثليهم المذكورين في الفقرة 1-16 و/ أو تغيير عناوينهم المذكورة أعلاه ، مع الإشعار المسبق للوكالة.

16-3 يجري سريان التبليغات الموجهة برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا الإشعار.

المادة 17

القانون المطبق

تخضع هذه الاتفاقية لقوانين و تنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 18

تسوية الخلافات

18-1 يبذل الأطراف ما في وسعهم لتسوية كل الخلافات التي قد تنشأ فيما بينها و التي تنجر عن هذه الاتفاقية أو لها علاقة بها ، و ذلك في إطار محادثات تجرى في ظرف خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه ، وفي فترة لا تتجاوز شهرين (2) ابتداء من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف.

18-2 في حالة استمرار الخلاف ، يفصل فيه نهائيا مع مراعاة أحكام الفقرة ، 18-5 عن طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI) و ذلك بتعيين حكم واحد أو أكثر طبقا لهذا التنظيم . يعقد التحكيم بباريس (فرنسا). وتتم إجراءات التحكيم باللغة الفرنسية.

ومن المتفق عليه أنه في حالة الخلاف ، لكل طرف الحق في اللجوء إلى التحكيم طبقا لهذه المادة.

18-3 يتعين على الأطراف الالتزام بالإجراءات المؤقتة التي قد تأمر بها محكمة التحكيم. و يكون قرار التحكيم نهائيا و ملزما للأطراف من تاريخ النطق به . و يمكن طلب تنفيذه أمام أي محكمة مختصة . و بموجب التوقيع على هذه الاتفاقية يخضع ، كل طرف و بشكل قطعي لاختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI ، و لمحكمة التحكيم التي قد تؤسس طبقا لنظام تسوية الخلافات الخاصة بالاستثمارات و لكل محكمة تكون مختصة نظرا لقرار التحكيم الصادر طبقا لهذه الاتفاقية.

18-4 يجب على الحكام أن يفصلوا في كل خلاف بتطبيق أحكام القانون الجزائري وأحكام هذه الاتفاقية وإذا اقتضى الأمر تتم هذه الإجراءات بالمبادئ العامة للقانون الدولي.

18-5 يطرح كل خلاف يطرأ بين الأطراف و الناجم عن هذه الاتفاقية أو له صلة بها يصرح مركز التحكيم الدولي CIRDI عدم اختصاصه فيه ، أمام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية CCI بباريس فرنسا ، "وفقا لقواعد و إجراءات هذه الأخيرة و يجري التحكيم بباريس (فرنسا) وتتم إجراءات التحكيم باللغة الفرنسية.

المادة 19

دعم الوكالة لشركة المشروع

تقدم الوكالة في حدود صلاحياتها ، دعمها لشركة المشروع ، عندما تعبر هذه الأخيرة عن رغبتها في ذلك ، و هذا فيما يخص سعيها أمام الإدارات، سيما فيما يخص الحصول والتجديد للتصاريح والرخص اللازمة التي قد تطلب وفقا للتنظيم المعمول به.

المادة 20

قرار منح الامتيازات

تعد هذه الاتفاقية بمثابة تصريح بالاستثمار. ويسلم قرار منح الامتيازات لشركة المشروع من قبل الوكالة.

المادة 21

أحكام أخرى

21-1 لا يمكن تعديل هذه الاتفاقية إلا بوثيقة مكتوبة وموقعة من قبل الأطراف بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار CNI.

21-2 إن عدم تمسك أحد الأطراف بأي حق من حقوقه المتضمنة في هذه الاتفاقية ، لا يشكل في أي حال من الأحوال تنازلا عن التمسك بهذا الحق أو بأي حق آخر في المستقبل ، إلا إذا وقع التنازل في الأشكال المقررة في هذه المادة ويتم كل تنازل من أحد الأطراف عن تنفيذ أحد التزامات الطرف الآخر كتابيا ويوقع عليه من قبل الطرف المتنازل.

21-3 أعطيت عناوين هذه الاتفاقية على سبيل الاستدلال فقط و لا يمكن أن تستعمل لتفسير أحكام هذه الاتفاقية.

21-4 مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 6 من هذه الاتفاقية ، كل إشارة إلى قانون أو أمر أو مرسوم ، تتعلق أيضا بتدابير التنفيذ الخاصة بها وكل تعديل يدخل على هذه النصوص وعلى تدابيرها التنفيذية ، وكذا كل نص أو تدابير تنفيذية التي قد تصدر لغرض تنميته أو استبداله.

21-5 تتضمن هذه الاتفاقية ملحقا (1) واحدا يعتبر جزءا لا يتجزأ منها.

وقعت بالجزائر في 25 يونيو سنة 2005.

عن الوكالة الوطنية

عبد المجيد بغدادلي

المدير العام

عن شركة ج.إ إيونكس حامة هولدينغز إ.ر. و ليميتد

أرك . و بانغ (Ark W.Pang)

عن شركة المشروع

الحداد جورج

المدير العام

عن الشركة الجزائرية للطاقة

صاري أمان الله

الرئيس المدير العام

الملحق

بطاقة وصفية للالتزامات المتوقعة

طبيعة المشروع : تحلية مياه البحر.

المستفيد : حامة واطر ديسالينايشن _ شركة ذات أسهم.

العنوان : 17 طريق الخزان 16045 ، حيدرة ، مدينة الجزائر - الجزائر.

طبيعة المشروع المنتظر : إنشاء.

الموقع : صابلات حامة ، مدينة الجزائر - الجزائر.

مناصب الشغل : خمسون (50).

الهيكلية المالية :

0.1 - القيمة الإجمالية 17.920.000.000 : دج.

1.1 - القيمة بالعملة الصعبة : 16.576.000.000 دج.

2.1 - القيمة بالدينار الجزائري : 1.344.000.000 دج.

0.2 - قيمة حصص الاموال الخاصة :

1.2 - بالعملة الصعبة 4.480.000.000 : دج.

2.2 بالدينار : 0 دج .

3.2 - عينا : 0 دج.

0.3 - القروض البنكية 13.440.000.000 : دج.

الملحق 3

اتفاقية استثمار

بين

الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، باختصار ، "ANDI" القائمة لحساب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والممثلة من طرف السيد عبد المجيد بغدادلي ، المؤهل قانونا بصفته مديرا عاما.

المسماة فيما يأتي بـ "الوكالة" ،

و

أقواس دو سكيكدة (ADS) ، شركة ذات أسهم ، خاضعة للقانون الجزائري برأسمال قدره ثلاثمائة وتسعة عشر مليونا وسبعمائة ألف دينار (319.700.000 دج) ، الكائن مقرها الاجتماعي بـ 14 تجزئة الرمال الحمراء ، تعاونية الفتح ، الأبيار ، مدينة الجزائر ، الجزائر ، المقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم ، 04/B/0966337 الممثلة من طرف السيد جوزي مارانو مارتان ، رئيس مدير عام ، مخول له كل السلطات لهذا الغرض. والمسماة فيما يأتي بـ "شركة المشروع".

والمساهمين في "ADS" شركة ذات أسهم ابتداء من تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ: - جايدا سكيكدة س.ل شركة محدودة خاضعة للقانون الإسباني ، الكائن مقرها بـ كال كاردينال مارسيلو سبينولا ، 10، مدريد ، إسبانيا ، الممثلة من طرف السيد جواكين فيرنانداز دو ببيرولا ، مخول له كل السلطات لهذا الغرض.

- الشركة الجزائرية للطاقة ، AEC ، شركة ذات أسهم ، خاضعة للقانون الجزائري ،

برأسمال قدره ثلاثة ملايين ومائتي مليون دينار (3.200.000.000 دج) ، الكائن مقرها الاجتماعي بـ 12 نهج كريم بلقاسم ، 16025 مدينة الجزائر ، الجزائر ، المقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم ، 01 B 0016772 الممثلة من طرف السيد صاري أمان الله ، رئيس مدير عام ، مخول له كل السلطات لهذا الغرض.

الذين يدعون في صلب النص بـ "المساهمين"

الذين يدعون في صلب النص بصفة فردية بـ "الطرف" وبصفة جماعية بـ "الأطراف".
يعرض مسبقا ما يأتي :

تمهيد

باعتبار ما يأتي :

- أنه بتاريخ 3 أبريل سنة 2004 ، تم اختيار شركة جايدا لإنجاز مصنع لتحلية مياه البحر ، وذلك عن طريق مناقصة للشراكة الصادرة عن الشركة الجزائرية للطاقة (AEC) بتاريخ 2 مارس سنة 2003 ،

- أن سوناطراك وسونلغاز أوكلتا إلى شركة مشتركة ، الشركة الجزائرية للطاقة (AEC) ، المشاركة في المشروع ،

- أن رأسمال شركة المشروع ADS شركة ذات أسهم محدد على التوالي بنسبة % 49 و % 51 ، للشركة الجزائرية للطاقة وجايدا GEIDA ،

- أن هذا المشروع الاستثماري ذو أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني ، بالنظر لا سيما لأهمية الاستثمارات المعنية ، للطبيعة الاستراتيجية لقطاع تزويد المياه بالجزائر وللتقنيات المستعملة التي تسمح بحماية الموارد الطبيعية ،

- أن هذا المشروع الاستثماري كان موضوع تصريح بالاستثمار ، طبقا للمادة 4 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، وهذا بتاريخ 30 أبريل سنة 2005 مع تسليم قرار منح امتيازات في إطار النظام العام لتشجيع الاستثمارات تحت رقم (0 / 00/0237 / 2005) ،

- أنه تم الموافقة على مشروع اتفاقية الاستثمار من المجلس الوطني للاستثمار بتاريخ 16 يناير سنة 2006.

وعليه وطبقا للمادة 12 من الأمر رقم 03 - 01 المؤرخ في 20 غشت سنة ، 2001 اتفق الأطراف على توقيع هذه الاتفاقية من أجل تحديد طبيعة الحقوق والامتيازات الممنوحة لشركة المشروع وللمساهمين فيها ، مقابل التزاماتهم ، وفق الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ، وبعد عرض ما سبق تم الاتفاق وتقرير ما يأتي :

التعاريف

مساهم : كل شخص أو كيان يملك أو سيمتلك نسبة من رأس مال شركة المشروع.

اتفاقية : هذه الاتفاقية.

تاريخ دخول حيز التنفيذ : تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ كما هو مقرر في المادة 2.

تاريخ بداية الاستغلال : تاريخ بداية التشغيل لأول وحدة للتحلية.

الدولة الجزائرية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

الامر : الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار.

مرحلة إنجاز الاستثمار : المدة السارية من تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ إلى تاريخ بدء تشغيل المصنع.

المشروع : استعمال الموقع والتنمية والتصوير والهندسة وشراء الأجهزة والمعدات والتصنيع والتمويل والحصول على الرخص والبناء والإتمام والتجارب والتشغيل والتأمين والحياسة والاستغلال والصيانة اليومية والصيانة الدورية وتفكيك المصنع وكل نشاط يترتب عن ذلك.

المصنع : مصنع تحلية مياه البحر ذو سعة تقرب 100.000 م³ في اليوم ، الكائن بالمنطقة الصناعية لسكيدة ، DEVI، سكيدة ، الجزائر ، معد ومبني ومستغل من أو لحساب شركة المشروع،

شركة المشروع : ADS ، وخلفائها ، النواب أو وكلائها.

المادة الاولى

موضوع الاتفاقية

تهدف اتفاقية الاستثمار هذه إلى تحديد طبيعة الحقوق والامتيازات الممنوحة لشركة المشروع والمساهمين فيها ، مقابل تعهداتهم التي يلتزمون بها بموجب هذه الاتفاقية.

المادة 2

مدة الاتفاقية ودخول حيز التنفيذ

- 1 - 2 تدخل هذه الاتفاقية ، المصادق عليها من المجلس الوطني للاستثمار ، CNI حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ التوقيع عليها من قبل الأطراف.
- 2 - 2 مدة هذه الاتفاقية محددة بثلاثين (30) سنة ابتداء من تاريخ دخولها حيز التنفيذ.

المادة 3

تحويل ونقل الحقوق

- 3 - 1 طبقا للمادة 30 من الأمر المذكور أعلاه ومع مراعاة المادة 619 من القانون التجاري ، فإن أسهم وأصول شركة المشروع يتم تحويلها أو نقلها بكل حرية.
- 3 - 2 يتم نقل الامتيازات والحقوق الممنوحة طبقا لهذه الاتفاقية للطرف المستخلف ، بشرط أن يلتزم هذا الأخير أمام الوكالة بتنفيذ كل الالتزامات الواقعة على المحيل والتي سمحت بالحصول على هذه الامتيازات ، وإلا تلغى هذه الامتيازات.
- 3 - 3 يجب التصريح للوكالة بالنقل أو التحويل في مدة أقصاها ثمانية (8) أيام ابتداء من دخولها حيز التنفيذ ، دون الإخلال بأحكام الفقرات 1-3 بين و 2-3 من هذه المادة ، تصادق الوكالة على النقل أو التحويل بإعداد قرار نقل الامتيازات لصالح المستخلف.

المادة 4

التأمينات العينية

يمكن لشركة المشروع والمساهمين فيها ، إعطاء كل التأمينات العينية وفي حالة تنفيذ هذه التأمينات العينية ، يتم تطبيق أحكام المادة 3 أعلاه بالنسبة للحقوق والامتيازات الممنوحة لشركة المشروع.

المادة 5

التأمينات

تكتتب شركة المشروع التأمينات الإجبارية طبقاً للتشريع المعمول به.

المادة 6

تغيير التنظيمات

طبقاً للمادة 15 من الأمر ، فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لن يكون لها أثر على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية. كما أنه يمكن لشركة المشروع ، وبطلب صريح منها ، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملاءمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ.

المادة 7

نزع الملكية والمصادرة والتأميم

1-7 نزع الملكية

7 - 1 - 1 طبقاً للمادة 20 من الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر سنة ، 1996 لا يمكن لأصول وأسهم شركة المشروع أن تكون محل أي نزع للملكية خارجي الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

7 - 1 - 2 غير أنه في حالة نزع الملكية ، تمنح الدولة الجزائرية لشركة المشروع تعويضاً مسبقاً ، عادلاً ومنصفاً ، ويأخذ التعويض بعين الاعتبار لا سيما الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع يوماً قبل تاريخ نزع الملكية.

2 - 7 المصادرة

طبقاً للمادة 16 من الأمر ، لا يمكن للاستثمارات المحققة من قبل شركة المشروع أن تكون محل مصادرة إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

7 - 3 التأميم

لا يكون تأميم شركة المشروع إلا بمقتضى نص قانوني طبقا للمادة 678 من القانون المدني.

7 - 4 شروط دفع التعويض

7 - 4 - 1 في حالة نزع الملكية أو المصادرة ، يتم دفع كل التعويضات لشركة المشروع. في حالة نزع ملكية أسهم شركة المشروع يتم دفعها للمساهمين. يستفيد التعويض المدفوع للمساهم الأجنبي أو الحصة التي تعود له من التعويض المدفوع لشركة المشروع من ضمان التحويل للخارج. 7 - 4 - 2 في حالة التأميم ، يتم تحديد شروط وكيفيات التحويل وشكل التعويض بمقتضى القانون طبقا للمادة 678 من القانون المدني.

المادة 8

نظام الصرف

تطبق العمليات المالية لشركة المشروع وللمساهم ين فيها مع الخارج ، في إطار تنظيم الصرف المعمول به . ولهذا الغرض تستفيد شركة المشروع والمساهمون فيها من جميع الامتيازات القابلة للصرف الجاري المنصوص عليها في المادة 8 من القانون الأساسي لصندوق النقد الدولي F.M.I.

المادة 9

الامتيازات الممنوحة للشركة

زيادة على الامتيازات المنصوص عليها في القانون العام وتطبيقا لأحكام المادة 10 (الفقرة 2) والمادة 12 من الأمر ، تستفيد شركة المشروع من الامتيازات الآتية :
فيما يخص فترة إنجاز الاستثمار ولمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد بقرار من الوكالة :
- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار ،
- تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة بمعدل اثنان بالألف فيما يخص العقود التأسيسية للشركة والزيادات في رأس المال ،
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص الأملاك والخدمات التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق الوطنية ،

- تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ، إن تطبيق هذه النسبة المخصصة لا يعفي الشركة من دفع الحق الإضافي المؤقت ، إن كان مستحقا.

فيما يخص فترة الاستغلال :

ابتداء من تاريخ بدء الاستغلال أو من نهاية مرحلة إنجاز الاستثمار ، وذلك حسب اختيار شركة المشروع :

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الضريبة على أرباح الشركات ، (IBS) ومن الضريبة على الدخل الاجمالي على الأرباح الموزعة ، (IRG) ومن الرسم على النشاط المهني (TAP) ،

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء ، من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ،
- تأجيل العجز للسنوات المالية السابقة لمدة عشر (10) سنوات.
مع مراعاة أحكام هذه الاتفاقية ، تخضع شركة المشروع لكل الضرائب أو الرسوم أو الحقوق طبقا للقوانين المعمول بها.

المادة 10

الواردات و الصادرات

10 - 1 لشركة المشروع الحرية في استيراد كل السلع الضرورية لإنجاز واستغلال المشروع . تخضع هذه الواردات للضرائب والحقوق والرسوم السارية المفعول مع مراعاة الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية وخاصة في المادة 9.

10 - 2 في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما ، وتحت نظام الدخول المؤقت . يمكن لشركة المشروع استيراد السلع الضرورية لورشة بناء المصنع.

تقدم شركة المشروع ، قوائم السلع المراد استيرادها تحت نظام الدخول المؤقت ، أمام السلطات الجمركية الجزائرية للمصادقة عليها وهذا قبل استيرادها.

10 - 3 يمكن لشركة المشروع أن تضع للاستهلاك في الجزائر ، السلع المستوردة تحت نظام الدخول المؤقت والتي أصبحت غير ضرورية للمشروع شريطة إشعار السلطات الجزائرية مسبقا . وفي هذه الحالة ، يترتب على شركة المشروع دفع كل الحقوق والرسوم وقت وضعها للاستهلاك.

10 - 4 طبقا لهذه الاتفاقية ، تخضع كل الواردات والصادرات لإجراءات التصريح

المشتركة في التنظيم المعمول به.

المادة 11

تعهدات شركة المشروع

تتعهد شركة المشروع بإنجاز مصنع لتحلية مياه البحر في سكيكدة (المنطقة الصناعية ، (DEVI)، بقدرة اسمية قدرها 100.000 م 3 لليوم وبقيمة إجمالية تقدر ب 105,6 مليون دولار أمريكي.

المادة 12

متابعة تعهدات شركة المشروع

12 - 1 طبقا للمادة 32 من الأمر ، تتم متابعة الاستثمارات التي تستفيد من امتيازات هذه الاتفاقية من قبل الوكالة بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المكلفة بالسهر على احترام الالتزامات الناجمة عن الاستفادة من الامتيازات الممنوحة طبقا لهذه الاتفاقية.

12 - 2 أثناء مرحلة إنجاز المشروع ، وقبل تاريخ 31 يوليو من كل سنة ، ترسل شركة المشروع إلى الوكالة بيانا حول تقدم الأشغال مصادقا عليه من قبل محافظ الحسابات ، ويتضمن بالخصوص قائمة الاستثمارات الفعلية المنجزة خلال السنة الاجتماعية السابقة.

المادة 13

القوة القاهرة

يقصد بحالة القوة القاهرة في مفهوم هذه الاتفاقية ، كل حدث يقع ويكون خارج عن نطاق إرادة الطرف بين مثل الكوارث الطبيعية والحروب والاضطرابات الكبيرة وأعمال الشغب ، وسيما تلك التي تحول دون تحقيق و/أو متابعة أهداف والتزامات الطرفين في إطار الاتفاقية الحالية.

المادة 14

احترام تعهدات شركة المشروع

14 - 1 ما عدا حالة القوة القاهرة ، يؤدي عدم احترام شركة المشروع لتعهداتها ، إلى

سحب الحقوق والامتيازات الممنوحة لها بمقتضى هذه الاتفاقية.

14 - 2 بمجرد ملاحظة عدم احترام شركة المشروع لالتزاماتها يوجه لها تبليغ كتابي من

قبل الوكالة ، ينص على عدم احترام شركة المشروع لتعهداتها ومنحها أجل أقصاه تسعون (90) يوما لتصحيح ذلك.

14 - 3 في حالة عدم قيام شركة المشروع بتصحيح الإخلال بالتزاماتها عند انقضاء هذا الأجل ، يتم تبليغ قرار سحب الامتيازات لشركة المشروع بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار.

المادة 15

احترام المقاييس

تتعهد شركة المشروع باحترام المقاييس والمواصفات التقنية والبيئية السارية المفعول والناتج عن القوانين والتنظيمات والاتفاقيات الدولية التي تعد الدولة الجزائرية طرفا فيها . وعلى وجه الخصوص، تلتزم شركة المشروع بإنجاز الاستثمارات الضرورية في مجال مكافحة التلوث الصناعي وحماية البيئة والوسط البحري والسواحل والشواطئ ، طبقا للتنظيم المعمول به.

المادة 16

ضمانات حماية الاستثمارات

يستفيد المستثمرون الأجانب المساهمون في رأس مال شركة المشروع ، من الضمانات الممنوحة للاستثمارات المنصوص عليها في الباب الثالث من الأمر ، وإذا اقتضى الأمر من الضمانات والحقوق والامتيازات المعترف لهم بها في اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات وكذا في اتفاقات عدم ازدواجية الضريبة المبرمة بين الدولة الجزائرية والدولة أو الدول التي هم رعاياها.

تتعهد الدولة الجزائرية بعدم اتخاذ أي إجراء تمييزي وعدم المشاركة في أي قرار تمييزي ضد شركة المشروع و/ أو ضد مساهميها ، بالنسبة لشركات أخرى جزائرية أو أجنبية ، وهذا طبقا للمادة 14 من الأمر المذكور آنفا.

المادة 17

التبليغات

17 - 1 يجب أن توجه كل التبليغات المتخذة بمقتضى هذه الاتفاقية ، كتابيا وتسلم ليد الشخص نفسه مقابل مخالصة أو توجه برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام ، للعناوين الآتية :
- بالنسبة للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI : السيد عبد المجيد بغدادلي ، مدير عام 27 ، شارع محمد مربوش ، حسين داي ، الجزائر العاصمة ، الجزائر.
- بالنسبة لشركة المشروع : السيد هيدالكومانوال ، مدير عام، 14 تجزئة الرمال الحمراء ، تعاونية الفتح ، الأبيار ، مدينة الجزائر ، الجزائر.
- بالنسبة للمساهمين

- ل جايدا سكيكدة S.L : ، السيد كريستوبال جونزالاس وايدماير ، رئيس المجلس الإداري ، كال كاردينال مارسيلو سبينولا ، 10، مدريد ، إسبانيا.

- للشركة الجزائرية للطاقة AEC : السيد صاري أمان الله ، رئيس مدير عام، 12 نهج كريم بلقاسم 16025 - مدينة الجزائر ، الجزائر.

17 - 2 يمكن شركة المشروع والمساهمين فيها ، استبدال في أي وقت ممثليهم المذكورين في الفقرة 16 - 1 و/أو تغيير عناوينهم المذكورة أعلاه ، مع الإشعار المسبق للوكالة.
17 - 3 تدخل التبليغات الموجهة برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام قيد التنفيذ ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا الإشعار.

المادة 18

القانون المطبق

تخضع هذه الاتفاقية لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 19

تسوية الخلافات

19 - 1 يبذل الأطراف ما في وسعهم لتسوية بطريقة ودية كل الخلافات التي قد تنشأ فيما بينها والتي تنجر عن هذه الاتفاقية أو لها علاقة بها ، في إطار محادثات تجرى في ظرف خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه ، وفي فترة لا تتجاوز شهرين (2) ابتداء من تاريخ استلام هذا الطرف التبليغ بالخلاف.
19 - 2 في حالة استمرار الخلاف ، يفصل فيه نهائيا عن طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI) مع مراعاة أحكام الفقرة ، 18 - 5 عن طريق حكم واحد أو أكثر يتم تعيينهم طبقا لهذا التنظيم . يعقد التحكيم بباريس (فرنسا). وتتم إجراءات التحكيم باللغة الفرنسية.
ومن المتفق عليه في حالة الخلاف ، لكل طرف الحق في اللجوء إلى التحكيم طبقا لهذه المادة.

19 - 3 يتعين على الأطراف الالتزام بالإجراءات المؤقتة التي قد تأمر بها محكمة التحكيم . يكون قرار التحكيم نهائيا وملزما للأطراف من تاريخ النطق به.
ويمكن طلب تنفيذه أمام أي محكمة مختصة . بموجب التوقيع على هذه الاتفاقية ، يخضع كل طرف وبشكل قطعي لاختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI) ولمحكمة التحكيم التي قد تؤسس طبقا لنظام تسوية الخلافات الخاصة بالاستثمارات ولكل محكمة تكون مختصة نظرا لقرار التحكيم الصادر طبقا لهذه الاتفاقية.
19 - 4 يجب على الحكام الفصل في كل خلاف بتطبيق أحكام القانون الجزائري وأحكام هذه الاتفاقية ، وإذا اقتضى الأمر تتم هذه الإجراءات بالمبادئ العامة للقانون الدولي.

19 - 5 يطرح كل خلاف يطرأ بين الأطراف والناجم عن هذه الاتفاقية أو له صلة بها ،
يصرح مركز التحكيم الدولي CIRDI عدم اختصاصه ، أمام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة
الدولية CCI باريس " فرنسا" ، وفقا لقواعد وإجراءات هذه الأخيرة . يجري التحكيم بباريس
وتكون الفرنسية لغة إجراءات التحكيم.

المادة 20

دعم الوكالة لشركة المشروع

تقدم الوكالة في حدود صلاحياتها ، دعمها لشركة المشروع ، عندما تعبر هذه الأخيرة
عن رغبتها في ذلك ، من خلال سعيها أمام الإدارات ، لا سيما الحصول وتجديد التصاريحات
المطلوبة التي قد تطلب وفقا للتنظيم المعمول به.

المادة 21

قرار منح الامتيازات تعد هذه الاتفاقية بمثابة تصريح بالاستثمار.
يسلم قرار منح الامتيازات لشركة المشروع من قبل الوكالة.

المادة 22

متفرقات

- 22 - 1 لا يمكن تعديل هذه الاتفاقية إلا بوثيقة مكتوبة وموقعة من قبل الأطراف بعد
موافقة المجلس الوطني للاستثمار CNI.
- 22 - 2 إن عدم تمسك أحد الأطراف بأي حق من حقوقه المتضمنة في هذه الاتفاقية ، لا
يشكل في أي حالة تنازلا عن التمسك بهذا الحق أو بأي حق آخر في المستقبل ، إلا إذا وقع
التنازل في الأشكال المقررة في هذه المادة . يتم كل تنازل من أحد الأطراف عن تنفيذ أحد
التزامات الطرف الآخر كتابيا ويوقع عليه من قبل الطرف المتنازل.
- 22 - 3 أعطيت عناوين هذه الاتفاقية على سبيل الاستدلال فقط ولا يمكن أن تستعمل
لتفسير أحكام هذه الاتفاقية .
- 22 - 4 مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 6 من هذه الاتفاقية ، تتضمن كل إشارة إلى
قانون أو أمر أو مرسوم تدابير تنفيذها ، ويتضمن كذلك كل تعديل يدخل على هذه النصوص
وعلى تدابير تنفيذها ، وكذلك كل النصوص وعلى تدابير التنفيذ التي قد يتم تقريرها لغرض
تكملتها أو استبدالها.
- 22 - 5 تتضمن هذه الاتفاقية ملحقا يعتبر جزءا لا يتجزأ منها .
وقع بالجزائر في 8 فبراير سنة 2006.

عن الوكالة
عبد المجيد بغدادلي

عن شركة المشروع
جوزي مارانو مارتان

عن جايدا سكيكدة س.ل
جواكين فيرنانداز دوبييرولا

عن الشركة الجزائرية للطاقة
صاري أمان الله.

الملحق

بطاقة وصفية للالتزامات المتوقعة

طبيعة المشروع : تحلية مياه البحر.

المستفيد : أقواس دو سكيكدة شركة ذات أسهم AGUAS DE SKIKDA SPA

العنوان : 14 تجزئة الرمال الحمراء ، تعاونية الفتح ، الأبيار ، الجزائر.

نوع الاستثمار المنتظر : إنشاء.

الموقع : المنطقة الصناعية ، سكيكدة الجزائر.

مناصب الشغل : 65.

الهيكلية المالية :

1 - 0 القيمة الإجمالية : 7.807.316.066 دج.

(105.604.167 دولار أمريكي).

1 - 1 القيمة بالعملة الصعبة : 89.768.338 دولار أمريكي.

1 - 2 القيمة بالدينار الجزائري : 1.170.742.838 دج.

2 - 0 قيمة حصص الأموال الخاصة :

2 - 1 القيمة بالعملة الصعبة : 10.771.625 دولار أمريكي (GEIDA+COFIDES).

2 - 2 القيمة بالدينار الجزائري : 765.116.947 دج (AEC).

2 - 3 عينا : /

3 - 0 القروض البنكية : 6.245.852.809 د.ج.

ملاحظة : إن قيمة الصرف المستعملة لتقييم

المبالغ بالدينار هو قيمة الصرف ل 31 يوليو سنة 2005

تاريخ التوقيع على الوثائق العقدية للمشروع (أي

1 دولار أمريكي = 73,93 دينار جزائري.

الملحق 4

اتفاقية استثمار

بين

الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والممثلة من طرف السيد عبد المجيد بغدادلي ، المؤهل قانونا بصفته مديرا عاما ، المسماة فيما يأتي ب : " الوكالة " ،

و

كههما KAHRAMA شركة ذات أسهم ، خاضعة للقانون الجزائري ، برأسمال قدره تسعة ملايين وستمائة وخمسة عشر مليوناً وثمانمائة وإثنان وخمسون ألفاً وثمانمائة دينار (9.615.852.800 دج) ، المقيدة في السجل التجاري لولاية وهران تحت رقم ، 02B 0106281 الكائن مقرها الاجتماعي ب قاعدة تيكنوبول ، Techno-Pôle المنطقة الصناعية لأرزو ، الجزائر ، الممثلة من طرف السيد أيت حمو عمار ، المؤهل قانونا بصفته رئيسا مديرا عاما . والمسماة فيما يأتي ب " شركة المشروع " ، الذين يدعون في صلب النص بصفة فردية بـ " الطرف " وبصفة جماعية بـ " الأطراف " . يعرض مسبقا ما يأتي :

تمهيد

باعتبار ما يأتي :

- أنه في شهر غشت سنة ، 1999 تم اختيار شركة بلاك وفيتش أفريقيا ليميتد ، Black & veatch Africa Limited لإجاز مركب لتحلية مياه البحر وإنتاج الكهرباء ، عن طريق مناقصة للشراكة الصادرة عن سوناطراك وسونلغاز في شهر ديسمبر سنة 1997 ، - أن سوناطراك وسونلغاز أوكلتا إلى شركة مشتركة ، الشركة الجزائرية للطاقة ، AEC المشاركة في المشروع ،

- أن رأسمال شركة المشروع ، شركة ذات أسهم كههما KAHRAMA محدد على التوالي بنسبة % 95 و % 5 ، للشركة الجزائرية للطاقة وشركة بلاك وفيتش أفريقيا ليميتد ، Black & veatch Africa Limited ،

- أن هذا المشروع الاستثماري يمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني ، بالنظر لا سيما لأهمية الاستثمارات المعنية وللطبيعة الاستراتيجية لقطاع تزويد المياه بالجزائر وللتكنولوجيات المستعملة التي تسمح بحماية الموارد الطبيعية ،

- أن هذا المشروع مؤهل لنظام اتفاقية الاستثمار بقرار صادر عن المجلس الوطني للاستثمار بتاريخ 16 غشت سنة 2003،

- أن هذا المشروع الاستثماري كان موضوع تصريح بالاستثمار ، طبقا للمادة 4 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة ، 2001 وهذا بتاريخ 14 يونيو سنة 2003 مع تسليم قرار منح امتيازات النظام العام لتشجيع الاستثمارات ،

- أن شروط اتفاقية الاستثمار تمت الموافقة عليها من المجلس الوطني للاستثمار بتاريخ 5 ديسمبر سنة ، 2005 وعليه وطبقا للمادة 12 الحالية من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 ، اتفق الأطراف على توقيع الاتفاقية من أجل تحديد طبيعة الحقوق والامتيازات الممنوحة لشركة المشروع ، مقابل التزاماتها ، وتحت الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية. وبعد عرض ما سبق تم الاتفاق وتقرير ما يأتي :

تعريف

المركز : مركز توليد الكهرباء ذو قوة اسمية تقدر ب 321 ميغاواط (MW) والكائن بالمنطقة الصناعية لأرزويو ، الجزائر ، معد ومبني ومستغل من طرف أو لحساب شركة المشروع. **المركب :** المجموعة المتكونة من مركز توليد الكهرباء والمصنع.

الاتفاقية : هذه الاتفاقية.

تاريخ الدخول حيز التنفيذ : تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ كما هو مقرر في المادة 2.

تاريخ بداية الاستغلال : تاريخ بداية التشغيل لأول وحدة للتحلية.

الدولة الجزائرية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

الامر : الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار.

مرحلة إنجاز الاستثمار : المدّة السارية من تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ إلى

تاريخ بدء تشغيل المصنع.

المشروع : استعمال الموقع والتنمية والتصوير والهندسة وشراء الأجهزة والمعدات

والتصنيع والتمويل والحصول على الرخص والبناء والإتمام والتجارب والتشغيل والتأمين والحياسة والاستغلال والصيانة اليومية والصيانة الدورية وتفكيك المصنع وكل نشاط يترتب عن ذلك.

المصنع : مصنع تحلية مياه البحر ذو سعة تقدر ب 88.888 م³ في اليوم ، الكائن

بالمنطقة الصناعية بأرزويو ، الجزائر ، معد ومبني ومستغل من أو لحساب شركة المشروع.

شركة المشروع : شركة ذات أسهم كهراما KAHRAMA Spa وخلفائها ونوابها أو

وكلائها.

المادة الاولى

موضوع الاتفاقية

تهدف اتفاقية الاستثمار هذه إلى تحديد طبيعة الحقوق والامتيازات الممنوحة لشركة المشروع مقابل تعهداتها التي تلتزم بها بموجب هذه الاتفاقية.

المادة 2

مدة الاتفاقية ودخول حيّز التنفيذ

2- 1 تدخل هذه الاتفاقية ، المصادق عليها من طرف المجلس الوطني للاستثمار ، CNI حيّز التنفيذ ابتداء من تاريخ التوقيع عليها من قبل الأطراف.
2-2 مدة هذه الاتفاقية محددة بثلاثين (30) سنة ابتداء من تاريخ دخولها حيّز التنفيذ.

المادة 3

تحويل ونقل الحقوق

3-1 طبقاً للمادة 30 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرّخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ومراعاة للمادة 619 من القانون التجاري ، يتم نقل أو تحويل الاستثمار موضوع هذه الاتفاقية ، وكذا أسهم شركة المشروع بكل حرية ، ويجب التصريح بذلك للوكالة في مدة أقصاها ثمانية (8) أيام ابتداء من سريان مفعولها.
3-2 في حالة نقل أو تحويل الاستثمار ، فإنه يتم نقل الامتيازات والحقوق الممنوحة طبقاً لهذه الاتفاقية للطرف المستخلف ، بشرط أن يلتزم هذا الأخير أمام الوكالة بتنفيذ كل الالتزامات الواقعة على المحيل والتي سمحت بالحصول على هذه الامتيازات ، وإلا تلغى هذه الامتيازات . تصادق الوكالة على النقل أو التحويل وذلك بإعداد قرار نقل الامتيازات لصالح المستخلف.

المادة 4

تغيير التنظيم

طبقاً للمادة 15 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرّخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لا تلغى الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.
ومن جهة أخرى، يمكن شركة المشروع ، وبطلب صريح منها ، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملاءمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيّز التنفيذ.

المادة 5

نظام الصرف

تطبق العمليات المالية لشركة المشروع مع الخارج ، في إطار تنظيم الصرف الساري المفعول به ، وبذلك فإن شركة المشروع تستفيد من جميع الامتيازات للصرف الجاري المقرر في المادة 8 من القانون الأساسي لصندوق النقد الدولي.

المادة 6

الامتيازات الممنوحة لشركة المشروع زيادة على الامتيازات المقررة في القانون العام تطبيقاً لأحكام المادة 10 (الفقرة 2) والمادة 12 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، تستفيد شركة المشروع من الامتيازات الآتية :

فيما يخص إنجاز الاستثمار ولمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد بقرار من الوكالة :

- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار ،

- تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة بمعدل اثنان بالألف فيما يخص العقود التأسيسية للشركة والزيادات في الرأسمال ،

- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص الأملاك والخدمات التي تدخل مباشرة

في إنجاز الاستثمار سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية ،

- تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة التي

تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.

فيما يخص فترة الاستغلال :

ابتداء من تاريخ بدء الاستغلال أو من نهاية مرحلة إنجاز الاستثمار ، وذلك حسب اختيار شركة المشروع :

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الضريبة على أرباح الشركات ، (IBS) ومن الضريبة

على الدخل الإجمالي على الأرباح الموزعة (IRG) ومن الرسم على النشاط المهني (TAP) ،

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء ، من الرسم العقاري على

الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ،

- تأجيل العجز للسنوات المالية السابقة لمدة عشر (10) سنوات.

مع مراعاة أحكام هذه الاتفاقية ، فإن شركة المشروع تخضع لكل الضرائب و الرسوم أو

الحقوق طبقاً للقوانين والتنظيمات السارية المفعول.

المادة 7

تعهدات شركة المشروع

تعهد شركة المشروع بإنجاز مركب بأرزيو يشمل مصنعا لتحلية مياه البحر بسعة اسمية تقدر ب 88.888 م 3 في اليوم ، مركز توليد الكهرباء بقوة اسمية تعادل 321 ميغاواط ، وذلك بمبلغ إجمالي قدره 27.750 : مليون دينار. يمثل ما يعادل 370 مليون دولار أمريكي ،

المادة 8

متابعة تعهدات شركة المشروع

8 - 1 طبقا للمادة 32 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه ، تتم متابعة الاستثمارات التي تستفيد من امتيازات هذه الاتفاقية من قبل الوكالة بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المكلفة بالسهل على احترام الالتزامات الناجمة عن الاستفادة من الامتيازات الممنوحة بمقتضى الاتفاقية.

8 - 2 أثناء مرحلة إنجاز المشروع ، وقبل تاريخ 31 يوليو من كل سنة ، ترسل شركة المشروع إلى الوكالة بيانا حول تقدم الأشغال مصادقا عليه من قبل محافظ الحسابات ، ويتضمن بالخصوص قائمة الاستثمارات الفعلية المنجزة خلال السنة الاجتماعية الفارطة.

المادة 9

القوة القاهرة

يقصد بحالة القوة القاهرة في مفهوم هذه الاتفاقية ، كل حدث يقع ويكون خارجا عن نطاق إرادة الطرفين مثل الكوارث الطبيعية والحروب والاضطرابات الكبيرة وأعمال الشغب ، لا سيما تلك التي تحول دون تحقيق و/ أو مواصلة أهداف والالتزامات الطرفين في إطار الاتفاقية الحالية.

المادة 10

احترام تعهدات شركة المشروع

10 - 1 ما عدا حالة القوة القاهرة ، فإن عدم احترام شركة المشروع لتعهداتها ، قد يؤدي إلى سحب الحقوق والامتيازات الممنوحة لها بمقتضى هذه الاتفاقية.

10 - 2 بمجرد ملاحظة عدم احترام شركة المشروع لالتزاماتها ، يوجه لها تبليغ كتابي من قبل الوكالة ، ينص على عدم الاحترام و منحها أجل أقصاه تسعون (90) يوما لتصحيح ذلك.

10 - 3 في حالة عدم قيام شركة المشروع بتصحيح الإخلال بالتزاماتها عند انقضاء هذا الأجل ، يتم تبليغ قرار سحب الامتيازات لشركة المشروع بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار.

المادة 11

احترام المقاييس

تتعهد شركة المشروع باحترام المقاييس والمواصفات التقنية والبيئية السارية المفعول والناجمة عن القوانين والتنظيمات والاتفاقيات الدولية التي تعدها الدولة الجزائرية طرفا فيها ، وعلى وجه الخصوص، تلتزم شركة المشروع بإنجاز الاستثمارات الضرورية في مجال مكافحة التلوث الصناعي وحماية البيئة والوسط البحري والسواحل والشواطئ ، طبقا للتنظيم الساري المفعول.

المادة 12

التبليغات

12 - 1 يجب أن توجه كل التبليغات المتخذة بمقتضى هذه الاتفاقية ، كتابيا وتسلم شخصيا مقابل مخالصة أو تسلم عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام ، للعناوين الآتية:
- بالنسبة للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار : السيد عبد المجيد بغدادلي ، مدير عام، 27 شارع محمد مربوش ، حسين داي ، الجزائر.
- لشركة المشروع : السيد أيت حمو عمّار ، رئيس مدير عام ، قاعدة تيكنو بول المنطقة الصناعية لأرزويو ، الجزائر.

12 - 2 يمكن شركة المشروع ، استبدال في أي وقت ، ممثليها المذكورين في الفقرة- 1 12و/ أو تغيير عناوينهم المذكورة أعلاه ، مع الإشعار المسبق للوكالة.
12 - 3 يجري سريان التبليغات الموجهة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا الإشعار.

المادة 13

القانون المطبق

تخضع هذه الاتفاقية لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 14

تسوية الخلافات

14 - 1 يبذل الأطراف ما في وسعهم لتسوية بطريقة ودية كل خلاف قد ينشأ فيما بينها والذي ينجر عن هذه الاتفاقية أو له علاقة بها ، في إطار محادثات تجرى في ظرف خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه ، وفي فترة لا تتجاوز شهرين (2) ابتداء من تاريخ استلام هذا الطرف التبليغ بالخلاف.
14 - 2 في حالة استمرار الخلاف ، تفصل فيه نهائيا المحاكم الجزائرية المختصة.

المادة 15

دعم الوكالة لشركة المشروع

تقدم الوكالة في حدود صلاحياتها ، دعمها لشركة المشروع ، عندما تعبر هذه الأخيرة عن رغبتها في ذلك ، وهذا من خلال سعيها أمام الإدارات ، لا سيما فيما يخص الحصول على التصاريحات والرخص المطلوبة وتجديدها وفقا للتنظيم الساري المفعول.

المادة 16

قرار منح الامتيازات

يسلم لشركة المشروع قرار منح الامتيازات من قبل الوكالة.

المادة 17

أحكام أخرى

17 - 1 لا يمكن تعديل هذه الاتفاقية إلا بوثيقة مكتوبة وموقعة من قبل الأطراف بعد

موافقة المجلس الوطني للاستثمار.

17 - 2 إن عدم تمسك أحد الأطراف بأي حق من حقوقه المتضمنة في هذه الاتفاقية ، لا

يشكل في أي حالة تنازلا عن التمسك بهذا الحق أو بأي حق آخر في المستقبل ، إلا إذا وقع التنازل في الأشكال المقررة في هذه المادة . يتم كل تنازل من أحد الأطراف عن تنفيذ أحد التزامات الطرف الآخر كتابيا ويوقع عليه الطرف المتنازل.

17 - 3 أعطيت عناوين هذه الاتفاقية على سبيل الاستدلال فقط ولا يمكن أن تستعمل

لتفسير أحكام هذه الاتفاقية.

17 - 4 مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 4 من هذه الاتفاقية ، تتضمن كل إشارة إلى قانون

أو أمر أو مرسوم تدابير تنفيذها ، وكل التعديلات التي تطرأ على هذه النصوص وعلى تدابير تنفيذها ، وكذلك كل النصوص أو تدابير التنفيذ التي قد يتم تقريرها لغرض تكملتها أو استبدالها.

17 - 5 تتضمن هذه الاتفاقية ملحقا يعتبر جزءا لا يتجزأ منها.

وقعت بالجزائر في 15 فبراير سنة 2006.

عن الوكالة
عبد المجيد بغدادلي

عن شركة المشروع
أيت حمو عمار

الملحق

بطاقة وصفية للالتزامات المتوقعة

- طبيعة المشروع : مركب يشمل مصنع تحلية مياه البحر ذو سعة اسمية تقدر ب 88.888 م³ في اليوم، ومركز توليد الكهرباء ذو قوة اسمية تقدر ب 321 ميغواط.
- المستفيد : كهراما ، شركة ذات أسهم "KAHRAMA spa".
- العنوان : قاعدة تكنو بول ، Techno- Pôle المنطقة الصناعية بأرزيو ، الجزائر .
- نوع الاستثمار : إنشاء.
- الموقع : أرزيو ، المنطقة الصناعية .
- مناصب الشغل المباشرة المرتقبة : 120.
- القيمة الاجمالية : 27.750 مليون دج.
- القيمة بالعملة الصعبة : 24.600 مليون دج.
- القيمة بالدينار الجزائري : 3.150 مليون دج.
- الهيكلية المالية :
- قيمة حصص الأموال الخاصة : 27.750 مليون دج.
- القروض البنكية: /

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- المراجع العامة

- 1- د. حفيضة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية : تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 2- د. سعاد الشرفاوي، القانون الإداري و تحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 3- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- 4- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 5- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية ، دراسة تحليلية في ضوء أحداث احكام قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008.
- 6- د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 7- د. علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية. 2008.
- 8- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية : تحديد العقد الإداري، تكوين العقد الإداري، تفسير العقد الإداري، أنواع العقد الإداري، آثار العقد الإداري، شرعية العقد الإداري، التحكيم و العقد الإداري، التصالح و العقد الإداري، العقد الإداري الإلكتروني، العقد الإداري البريطاني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
- 9- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة و استثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، بيروت، 2009.

ب- المراجع المتخصصة

- 1- د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء و الإدارة و تحويل الملكية ال BOT في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 2- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقود ال BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 3- د. أنس جعفر ، العقود الإدارية : دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات و تطبيقه للقانون 89 لعام 1998 الخاص بالمنتقصات و المزايدات في مصر و لائحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات 2006 مع دراسة لعقود ال BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 4- د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006.
- 5- د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 6- د. جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 7- د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت و كيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 8- د. حسن الهنداوي، مشروعات ال BOOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 9- د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 .
- 10- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت BOT في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصرن المحلة الكبرى، 2008.
- 11- د. عبد القادر محمد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية و الاقتصادية مع مشروعات ال BOT، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2002.
- 12- د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة دراسة تحليلية للتنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة بأسلوب البناء و التملك و التشغيل و نقل الملكية للدولة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.

- 13- د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال البوت BOT دراسة تحليلية لمزايا التحكيم و أهميته في فض منازعات الاستثمار و بخاصة التي تنشأ عن إبرام و تنفيذ عقد ال BOT و الإجراءات الواجب اتباعها أمام هيئات التحكيم و القانون الواجب التطبيق على عقد ال BOT أمام محاكم و هيئات التحكيم و إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم و اسباب بطلان هذه الأحكام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
- 14- محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال BOT، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009.
- 15- د. محمد الروبي، عقود التشييد و الاستغلال و التسليم BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 16- د. محمد المتولي، إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء - التشغيل - التحويل BOT، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الجزء الأول، القاهرة، 2001.
- 17- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2008.
- 18- د. مهند مختار نوح، عقد البناء و التشغيل و التحويل BOT، هيئة الموسوعة العربية، الطبعة الأولى، دمشق، 2007.
- 19- د. مي محمد غزت على شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
- 20- د. نعيم مغيب، عقود البناء و الأشغال الخاصة و العامة : دراسة في القانون المقارن، الجامعة اللبنانية، كلية العلوم الاقتصادية و إدارة الأعمال، الفرع الثاني، الطبعة الثالثة، بيروت، 2001.
- 21- د. هاني سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك و التشغيل و التحويل في مصر، مجلة القانون و الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 69، 1999.
- 22- د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقد ال BOT و ما يماثلها دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.

23- د. وفاء مزيد فلهوط، المشكلات القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، رسالة

دكتوراه، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة الأولى، بيروت، 2005.

24- د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة

المتعاقدة و التزاماتها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2010.

25- يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية: دراسة

مقارنة، مفاهيم في التشاركية بين القطاعين العام و الخاص، نماذج عقدية تطبيقية في تقنية تفويض

المرافق العامة BOT، دار الفكر، دمشق، 2010.

ج- المذكرات و الرسائل الأكاديمية

1- بoudiab بدره هاجر، عقد امتياز المرافق العامة و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل درجة

الماجستير في الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2009-2010.

2- حصايم سميرة، عقد ال BOT، إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة

لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، نوقشت

بتاريخ 2011/04/12.

د- الوثائق

1- دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص،

نيويورك، 2001.

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/procurem/pfip/guide/pfip-a.pdf>

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

الاقتصادية و القانونية، المجلد 21، العدد الثاني، 2005، ص 119.

<http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2005/21->

[2/metri.pdf](http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2005/21-2/metri.pdf)

3- سعاد سعيد السلامة، أماني مبارك المباركي، BOT، بحث مقدم مسابقة البحوث السابعة على

مستوى جميع قطاعات ديوان المحاسبة، الكويت، 2006.

www.bot.com.kw/research/r-46043893.pdf

هـ - النصوص القانونية

- النصوص التشريعية

- 1 - قانون المالية لسنة 1996، ج.ر.ج.ج، رقم 82 بتاريخ 31 ديسمبر 1995.
- 2- قانون رقم 02- 01 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق 5 فبراير سنة 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ج.ج رقم 08 بتاريخ 06 فبراير 2002.
- 3- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 4 غشت سنة 2005، يتعلق بالمياه، ج.ر.ج.ج رقم 60 بتاريخ 4 سبتمبر سنة 2005.
- 4- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون ق.إ.م.إ، ج.ر.ج.ج رقم 21، الصادرة بتاريخ 23 إبريل 2008.
- 5- الأمر 66- 154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية.
- 6- الأمر 01- 03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1425 الموافق 20 غشت 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 47 بتاريخ 22 غشت 2001.
- 7- الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط و كفاءات منح امتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ج.ج، رقم 49 بتاريخ 03 ديسمبر 2008.
- 8- مرسوم تشريعي 93- 09 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 أبريل 1993، يعدل و يتم الأمر 66- 154 المؤرخ في 8 يونيو و المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج رقم 27 ، الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1993، ص 58.
- 9- المرسوم الرئاسي رقم 96- 438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ب: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 رقم 25 ج.ر.ج.ج المؤرخة في 14 أبريل 2002 و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 رقم 63 ج.ر.ج.ج المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- 10- المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج رقم 58 الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010، ص 3.

- النصوص التنظيمية

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، ج.ج.ج، رقم 55 بتاريخ 25 سبتمبر 1996.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 97-475 المؤرخ في 8 ديسمبر 1997، يتعلق بمنح امتياز المنشآت و الهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير و المتوسط، ج.ج.ج، رقم 82 بتاريخ 14 ديسمبر 1997.
- 3- المرسوم التنفيذي 04 – 417 المؤرخ في 20 ديسمبر 2004 ، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال و معاملة المسافرين عبر الطرقات و/ أو تسييرها، ج.ج.ج، رقم 82 بتاريخ 22 ديسمبر 2004.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 11- 220 المؤرخ في 12 يونيو سنة 2011، يحدد كفاءات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج.ج.ج، عدد 34 بتاريخ 19 يونيو 2011.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

A- Ouvrage :

- 1- DELAUBADER (A), VENEZIA (JC), et GAUDEMET (Y), «TRAITE DE DROIT ADMINISTRATIF. Tome 1, Droit Administratif Général : Organisation et Action de l'Administration, La Juridiction Administrative », 15ème édition, L.G.D.G, Paris, 1999.
- 2- DELAUBADER (A), MODERNE (F), et DELVOLVE (P), « Traité des Contrats Administratif », L.G.D.G, Paris, 1983.
- 3- SAYAH (J), « Droit Administrative », Studyrama, Paris, 2004.
- 4- POULET (N), LECLERC (G), « Droit administratif: Sources, moyens, contrôles », Editions Bréal, 3° Edition, Paris, 2007.

B- Livres Electronique:

- 1- Études de l'OCDE sur l'eau Infrastructures en eau et secteur privé: Guide de l'OCDE pour l'action publique, OECD Publishing, 11 janv. 2012.

<http://books.google.fr/books?id=UxaMksBdUrgC&pg=PA107&dq=contrat+BOT&hl=fr&sa=X&ei=8IF6UfWhKO7Z4QSB8oDABQ&ved=0CDYQ6AEwAA#v=onepage&q=contrat%20BOT&f=false>

2- DELMON (J), « Project Finance, B.O.T Project and Risk », Kluwer law, Netherlands, 2005.

http://books.google.fr/books?id=hUOp1bVS8cC&printsec=frontcover&dq=Jeffrey+Delmon,+project+Finance,+B.O.T&hl=fr&sa=X&ei=v_j-UPS-AYLAtQaInoDADg&ved=0CDEQ6AEwAA

C- Articles :

1- AURIOL (E), PICARD (P), « A Theory of BOT Concession Contracts », Centre for Economic Policy Research (CEPR) , London, Avril 2011.

<http://idei.fr/doc/wp/2011/theoryea.pdf>

2- BOURBIE (T), DIDION (J), « BOT versus concession : les leçons des contrats de Sydney et de Buenos Aires », Annales des Mines, Aout 1999.

<http://www.annales.org/ri/1999/ri08-99/bourbie67-72.pdf>

3- CHIRIAC (L), « Les Contrats De Partenariat Entre Le Secteur Public et Les Entreprise Privés », Le Courant Juridique , vol. 34, Décembre 2008.

http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_200834/recjurid083_46F.pdf

4- ELBELTAGI (E), « Lecture Notes on Construction Project Management », Mansoura Université, 2009.

<http://osp.mans.edu.eg/elbeltagi/CM%20CH1%20Introduction.pdf>

5- GLATT (J M), « Fiche de Niveau 2. Droit Public de l'Economie: Les Partenariats Public-Privé », 2007.

http://www.france-jus.ru/upload/fiches_fr/Les%20partenariats%20public-priv%C3%A9.pdf

6- HAROUN (M), « Arbitrage et Financement de Projets BOT », Revue Mutations, Février 2003.

http://www.caci.dz/fileadmin/template/pdf_mutations/concessions44.pdf

7- KAUFMAN-KOHLER (G), « L'Arbitrage d'Investissement : Entre Contrat et Traité –Entre Intérêts Privés et Intérêt Public ».

<http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-privés-interet-public-i.e.pdf>

8- KORDEL (O), « A Comparative Overview of Public Private Partnerships with Those In Turkey », Bener Law Office, Istanbul, Turkey, Juin 2008.

<http://www.bener.av.tr/docs/en/A%20Comparative%20Overview%20Of%20Public%20Private%20Partnerships%20With%20Those%20In%20Turkey.pdf>

9- KHAN (T), « Financing Build, Operate and Transfer (BOT) Projects: The Case of Islamic Instruments », Islamic Economic Studies, Vol. 10, No. 1, September 2002.

http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/IES_Articles/Vol%2010-1..Tariqullah..Financing%20Build%20Operate%20and%20Transfer.pdf

10- MAHIOU (A), « Evolution du Droit de l'Arbitrage en Algérie », Revue Mutation, N° 44, Février 2003.

http://www.caci.dz/fileadmin/template/pdf_mutations/positions_Algerie44.pdf

D : Thèse

EL-BEHERRY (I), « Théorie des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux », Thèse Pour le Doctorat en Droit, Université de NICE SOPHIA-ANTIPOLIS, Mars 2004.

http://tel.archivesouvertes.fr/docs/00/41/25/38/PDF/theorie_des_contrats_administratifs_et_marchés_publics_internationaux.pdf

E : Etudes et Rapport

1- Investment Commitments and the Number of New Projects Decline in the Middle East and North Africa, PPI data update note 32, World Bank Group, December 2009.

http://ppi.worldbank.org/features/archive/ppi_archive.aspx?SectionID=2

2- Privet Participation in Infrastructure Database, Private Water Projects at a New Peak in 2007, but investment levels low, PPI data update note 9 , World Bank, Mai 2008.

http://ppi.worldbank.org/features/archive/ppi_archive.aspx?SectionID=2

3- SOGESID, « Approvisionnement en Eau et Assainissement au Niveaux Local : rapport par Pays : Algérie », Union Européen, Novembre 2005.

<http://www.emwis.org/countries/fo1749974/semide/PDF/Sogesid-algeria>

F: Textes Juridiques Français

1- Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n°152 du 3 juillet 2003, page 11192, texte n° 2.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000422094&dateTexte=&categorieLien=id>

2- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004 page 10994, texte n° 2.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720&dateTexte=&categorieLien=id>

3- Code de Procédure Civile Français.

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=40C36AFB204B1150A6E776C87EA39464.tpdjo09v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130531

ثالثا: المواقع الالكترونية

- 1- موقع مؤسسة التمويل الدولي وهي مؤسسة تابعة للبنك الدولي <http://www1.ifc.org>
- 2- موقع المؤسسة الأمريكية للاستثمار الخاص في الخارج <http://www.opic.gov>
- 3- موقع الخدمة العمومي الفرنسي لنشر القوانين عبر الانترنت
<http://www.legifrance.gouv.fr>
- 4- موقع لتبادل الوثائق <http://fr.scribd.com>
- 5- موقع القانون العام الفرنسي <http://www.affaires-publiques.org>
- 6- موقع الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية <http://www.joradp.dz>
- 7- موقع مكتب المحاماة و الاستشارات القانونية الدكتور مجدي مهران
<http://www.drmmahran.com>
- 8- موقع مجتمع التجارة الدولي <http://fr.icom7.com>

الفهرس

| | |
|---------|---|
| 1..... | المقدمة |
| 3..... | الفصل الأول: عقد ال BOT إطار لمشاركة القطاع الخاص في إقامة المرافق العامة |
| 3..... | المبحث الأول : تحديد معنى التعاقد وفق أسلوب ال BOT |
| 3..... | المطلب الأول: مفهوم عقد ال BOT |
| 4..... | الفرع الأول: معنى تسمية BOT |
| 7..... | الفرع الثاني: الجذور التاريخية لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية |
| 9..... | الفرع الثالث: محاولات تعريف هذه الصيغة التعاقدية |
| 9..... | أولاً: تعريف المنظمات الدولية لنظام إقامة مشروعات البنية التحتية وفق عقد ال BOT |
| 11..... | ثانياً: تعريف الفقه لعقد ال BOT |
| 15..... | المطلب الثاني: خصائص عقد ال BOT |
| 15..... | الفرع الأول: يبرم عقد ال BOT بين الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع طرف خاص |
| 16..... | الفرع الثاني: الهدف من هذه العقود هو إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام |
| 16..... | الفرع الثالث: إشراف الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد و الاستغلال |
| 17..... | الفرع الرابع: ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمرفق طوال مدة العقد |
| 17..... | الفرع الخامس: عقد ال BOT هو آلية من آليات تمويل إنشاء المرافق العامة |
| 18..... | الفرع السادس: يتم تنفيذ عقد ال BOT في شكل امتياز لمدة محددة تسمى مدة الامتياز |
| 18..... | الفرع السابع: إعادة المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة |
| 18..... | المطلب الثالث: صور عقد ال بناء و التشغيل و نقل الملكية |
| 19..... | الفرع الأول: عقد البناء و التملك و التشغيل و التحويل BOOT |
| 20..... | الفرع الثاني: عقد البناء و التملك و التشغيل BOO |
| 21..... | الفرع الثالث: عقد التجديد و التلك و التشغيل ROO |
| 21..... | الفرع الرابع: عقد التأجير و التدريب و التحويل LTT |
| 21..... | الفرع الخامس: عقد التصميم و البناء و التمويل و التشغيل DBFO |
| 22..... | الفرع السادس: عقد التحديث و التملك و التمويل MOOT |

- 23..... الفرع السابع: عقد التصميم و البناء و التشغيل و التحويل DBOT
- 23..... الفرع الثامن: عقد البناء و التحويل و التشغيل BTO
- 24..... الفرع التاسع: عقد التحديث و التشغيل و التحويل ROT
- 24..... الفرع العاشر: عقد البناء و التحويل BT
- 25..... الفرع الحادي عشر: عقد البناء و التأجير و نقل الملكية BRT or BLT
- 25..... الفرع الثاني عشر: عقد الإيجار و التجديد و التشغيل و نقل الملكية LROT
- 26..... الفرع الثالث عشر: عقد البناء و التشغيل و تجديد الامتياز BOR
- 26..... الفرع الرابع عشر: عقد البناء و التمويل و نقل الملكية BFT
- 26..... الفرع الخامس عشر: عقد البناء و التملك و التشغيل و الدعم و التحويل BOOST
- 27..... الفرع السادس عشر: عقد التجهيز و التشغيل و التحويل FOT
- 29..... المطلب الرابع: تمييز عقد ال BOT عن غيره من العقود و الأساليب
- 29..... الفرع الأول: عقد ال BOT و عقد الأشغال العامة
- 31..... الفرع الثاني: عقد ال BOT و عقد التأجير التمويلي
- 33..... الفرع الثالث: تمييز عقد ال BOT و عقد تقديم المعونة
- 33..... الفرع الرابع: عقد ال BOT و عقد تسليم المفتاح في اليد
- 37..... الفرع الخامس: عقد ال BOT و شركة الاقتصاد المختلط
- 38..... الفرع السادس: عقد ال BOT و حق الانتفاع
- 39..... الفرع السابع: عقد ال BOT و عقد مشروع الأشغال العامة
- 42..... المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية
- 43..... المطلب الأول: أطراف عقد ال BOT
- 43..... الفرع الأول: الأطراف الرئيسية في عقد ال BOT
- 43..... أولاً: الدولة المضيفة
- 44..... ثانياً: شركة المشروع
- 45..... الفرع الثاني: الأطراف الثانوية في عقد ال BOT
- 45..... أولاً: مؤسسات التمويل
- 47..... ثانياً: المقاولون

| | |
|---------|---|
| 48..... | ثالثا: الموردون..... |
| 48..... | رابعا: المشغلون..... |
| 48..... | خامسا: مؤسسات التأمين..... |
| 49..... | سادسا: الخبراء و الاستشاريون..... |
| 49..... | المطلب الثاني التكيف القانوني لعقد ال BOT..... |
| 49..... | الفرع الأول: أسلوب ال BOT يعد تنظيما و ليس عقدا..... |
| 50..... | الفرع الثاني: الاتجاه القائل بالطبيعة القانونية لعقد ال BOT..... |
| 52..... | الفرع الثالث: الاتجاه القائل بكون هذه العقود من عقود القانون الخاص..... |
| 55..... | الفرع الرابع: الاتجاه القائل بأن عقد ال BOT من قبيل عقود التجارة الدولية..... |
| 56..... | أولا: المعيار القانوني لدولية العقد..... |
| 57..... | ثانيا: المعيار الاقتصادي لدولية العقد..... |
| 58..... | ثالثا: المعيار المزدوج لدولية العقد..... |
| 60..... | الفرع الخامس: الاتجاه القائل بأن عقد ال BOT عقود ذات طبيعة خاصة..... |
| 63..... | المطلب الثالث: عقد ال BOT في القانون الجزائري..... |
| 63..... | الفرع الأول: الأساس القانوني لعقد ال BOT في القانون الجزائري..... |
| 66..... | الفرع الثاني: التكيف القانوني لعقد ال BOT في القانون الجزائري..... |
| 73..... | الفرع الثالث: التطبيقات العملية لعقد ال BOT في القانون الجزائري..... |
| 75..... | الفرع الرابع: أهم تطبيقات هذه العقود في ميدان تحلية مياه البحر..... |
| 78..... | الفصل الثاني: الإطار القانوني للتعاقد وفق أسلوب ال BOT..... |
| 78..... | المبحث الأول: إبرام عقد ال BOT و آثار تنفيذه..... |
| 78..... | المطلب الأول : إبرام عقد ال BOT..... |
| 79..... | الفرع الأول : الإجراءات السابقة للتعاقد..... |
| 79..... | أولا: تحديد المشروع..... |
| 80..... | ثانيا: دراسة الجدوى..... |
| 80..... | 1- دراسة الجدوى الاقتصادية..... |
| 81..... | 2 – دراسة الجدوى القانونية..... |
| 81..... | 3- دراسة الجدوى البيئية..... |

| | |
|----------|--|
| 81..... | 4 - دراسة الجدوى التسويقية..... |
| 81..... | 5 - دراسة الجدوى المالية..... |
| 81..... | 6 - دراسة الجدوى الفنية و الهندسية..... |
| 82..... | 7 - دراسة الجدوى الاجتماعية..... |
| 83..... | الفرع الثاني : طرح المشروع للتعاقد..... |
| 84..... | أولاً: تحديد وثائق المناقصة..... |
| 85..... | ثانياً: دفتر الشروط..... |
| 85..... | ثالثاً: الإعلان عن المناقصة..... |
| 87..... | رابعاً: إثبات الأهلية و القدرة..... |
| 88..... | الفرع الثالث: تقديم العروض..... |
| 89..... | الفرع الرابع- تقييم العروض و اختيار المتعاقد..... |
| 90..... | الفرع الخامس :إعداد مشروع عقد ال BOT..... |
| 90..... | أولاً: مرحلة المفاوضات..... |
| 92..... | ثانياً: صياغة مشروع عقد ال BOT..... |
| 93..... | ثالثاً:مرحلة دخول العقد حيز التنفيذ..... |
| 93..... | 1- المقدمة le préambule..... |
| 94..... | 2 - التعاريف les définitions..... |
| 94..... | 3- موضوع العقد..... |
| 94..... | 4- لغة لعقد..... |
| 95..... | الفرع السادس: تفسير العقد..... |
| 95..... | المطلب الثاني آثار تنفيذ عقد ال BOT..... |
| 96..... | الفرع الأول- التزامات شركة المشروع..... |
| 96..... | أولاً: قيام التعاقد على الاعتبار الشخصي..... |
| 96..... | 1- إثبات الاعتبار الشخصي..... |
| 98..... | 2- نتائج الاعتبار الشخصي..... |
| 102..... | 3- أثر الاعتبار الشخصي في انقضاء الرابطة التعاقدية..... |
| 104..... | ثانياً : التزام المتعهد بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المنصوص عليها في العقد..... |

| | |
|----------|--|
| 104..... | 1- مرحلة التصميم..... |
| 105..... | 2- تهيئة موقع المشروع لبدء التنفيذ..... |
| 105..... | 3- مرحلة التشييد..... |
| 106..... | ثالثا: مراعاة مدة تنفيذ العقد..... |
| 106..... | 1- مفهوم مدة التنفيذ و كيفية احتسابها..... |
| 107..... | 2 - القوة الملزمة لمدة التنفيذ..... |
| 108..... | 3- المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ..... |
| 109.. | المبرر الأول: القوة القاهرة، و الحادث الفجائي la Force Majeure et l'incident Soudain |
| 110..... | المبرر الثاني: فعل الإدارة Aléa de l'Administration |
| 110..... | رابعاً: التزام المتعهد أو شركة المشروع بالتشغيل..... |
| 111..... | 1- مبدأ المساواة..... |
| 111..... | 2- مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير و التبديل..... |
| 112..... | 3- مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام و اضطراد..... |
| 112..... | خامساً: التزام المتعهد بأعمال الصيانة..... |
| 113..... | سادساً: التزام المتعهد بنقل التكنولوجيا و تدريب العاملين عليها..... |
| 115..... | سابعاً: التزام المتعهد بنقل ملكية المشروع إلى الإدارة المانحة..... |
| 116..... | الفرع الثاني - حقوق شركة المشروع..... |
| 116..... | أولاً: حق شركة المشروع في تقاضي المقابل المالي..... |
| 117..... | ثانياً: حق شركة المشروع في ضمان التوازن المالي للعقد..... |
| 119..... | النظرية الأولى: نظرية فعل الأمير le Fait du Prince..... |
| 119..... | 1- شروط نظرية فعل الأمير..... |
| 120..... | 2- صور نظرية فعل الأمير..... |
| 120..... | 3- آثار نظرية فعل الأمير..... |
| 121..... | النظرية الثانية: نظرية الظروف الطارئة..... |
| 121..... | 1- شروط نظرية الظروف الطارئة..... |
| 122..... | 2- آثار نظرية الظروف الطارئة..... |

| | |
|----------|--|
| 122..... | النظرية الثالثة:نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة |
| 123..... | 1- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية |
| 124..... | 2- آثار نظرية الصعوبات المادية |
| 124..... | ثالثا: حق شركة المشروع في التمتع بحوافز الاستثمار |
| 124..... | رابعا: حق شركة المشروع في منع الضرر |
| 125..... | الفرع الرابع: سلطات الجهة الإدارية المتعاقدة |
| 125..... | أولا: سلطة الرقابة على تنفيذ العقد |
| 127..... | ثانيا: سلطة الإدارة في تعديل العقد |
| 129..... | ثالثا: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات |
| 131..... | رابعا: سلطة الإدارة في فسخ العقد من أجل المنفعة العامة |
| 131..... | خامسا: سلطة الإدارة في استرداد المرفق قبل نهاية مدة استثماره |
| 132..... | المبحث الثاني انقضاء عقد ال BOT و تسوية المنازعات المتعلقة بتنفيذه. |
| 132..... | المطلب الأول انقضاء عقد ال BOT |
| 132..... | الفرع الأول: النهاية الطبيعية لعقد ال BOT - انتهاء المدة- |
| 133..... | الفرع الثاني:النهاية غير الطبيعية لعقد ال BOT |
| 134..... | أولا: انتهاء العقد باتفاق الطرفين (الفسخ الاتفاقي) |
| 134..... | ثانيا:الإنهاء القضائي بناء على طلب المتعهد |
| 134..... | ثالثا:انتهاء العقد بقوة القانون |
| 135..... | رابعا:إنهاء العقد من قبل الإدارة |
| 135..... | خامسا:إنهاء العقد بإسقاط الالتزام أو سحبه |
| 135..... | 1- شروط ممارسة إسقاط الالتزام |
| 136..... | 2- الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط |
| 137..... | سادسا:إنهاء العقد عن طريق استرداد امتياز عقد ال BOT |
| 137..... | 1- مفهوم الاسترداد |
| 137..... | 2- أهداف الاسترداد |

| | |
|----------|---|
| 138..... | 3- الطبيعة القانونية للاسترداد |
| 138..... | 4- حالات الاسترداد |
| 138..... | الحالة الأولى: الاسترداد التعاقدى |
| 139..... | الحالة الثانية: الاسترداد غير التعاقدى |
| 139..... | الحالة الثالثة : الاسترداد التشريعي |
| 139..... | سابعا: التصفية المالية لعقد ال BOT |
| 140..... | المطلب الثاني: تسوية المنازعات في عقد ال BOT |
| 140..... | الفرع الأول: وسائل التسوية الودية لمنازعات عقد ال BOT |
| 140..... | أولا: التفاوض |
| 142..... | ثانيا: التوفيق |
| 143..... | ثالثا: الوساطة |
| 145..... | رابعا : الخبرة الفنية |
| 146..... | خامسا : وسائل ودية أخرى لتسوية المنازعات |
| 146..... | 1- المحاكمات المصغرة |
| 147..... | 2- مجالس حل المنازعات وفقا للقواعد الجديدة للفيديك |
| 149..... | الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن مشروعات ال BOT: Arbitrag |
| 149..... | أولا: مفهوم التحكيم |
| 150..... | ثانيا: التحكيم في الجزائر |
| 152..... | ثالثا: أنواع التحكيم |
| 152..... | 1- التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري |
| 153..... | 2- التحكيم الداخلي و التحكيم الخارجي |
| 154..... | 3- التحكيم الحر و التحكيم المؤسس |
| 156..... | 4- التحكيم بالقانون و التحكيم مع التفويض بالصلح |
| 156..... | رابعا :مفهوم التحكيم في عقد ال BOT |
| 157..... | خامسا :صور التحكيم |

| | |
|----------|--|
| 157..... | 1- شرط التحكيم : clause compromissoire |
| 157..... | 2 - إتفاق التحكيم: Compromis |
| 158..... | سادسا :القانون واجب التطبيق على التحكيم |
| 159..... | 1- مفهوم قانون الإرادة..... |
| 159..... | 2- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال عدم اتفاق الطرفين |
| 160..... | أ- المبادئ القانونية العامة أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق |
| 162..... | ب- قانون الدولة المضيفة أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق |
| 163..... | ج- قواعد القانون الدولي أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق |
| 164..... | د- قواعد التجارة الدولية أساسا لاختيار القانون الواجب التطبيق Lex Mercatoria |
| 165..... | 3- قانون إجراءات التحكيم في عقد ال BOT |
| 165..... | سابعا: قواعد أعمال التحكيم |
| 165..... | 1- تحديد نطاق اتفاق التحكيم |
| 166..... | 2- تكوين هيئة التحكيم |
| 166..... | 3- مقر التحكيم ولغته |
| 167..... | 4- سير التحكيم |
| 168..... | 5- الإثبات أمام المحكمين |
| 168..... | 6- حكم التحكيم |
| 170..... | ثامنا : مزايا و عيوب التحكيم |
| 170..... | 1- مزايا التحكيم |
| 173..... | 2 – عيوب التحكيم |
| 175..... | الخاتمة |
| 177..... | الملاحق |
| 213..... | قائمة المراجع |
| 223..... | الفهرس |

ملخص

تسعى الدولة إلى تحقيق المنفعة العامة عن طريق مرافقها ، غير أن إقامة وإدارة هذه المرافق أصبح يشكل عبئا ثقيلا على عاتقها ، و نظرا لارتباط هذه المرافق بالتنمية المستدامة ، كان لا بد على الدولة من اللجوء إلى أساليب جديدة تتمحور حول تحقيق فعالية و كفاءة هذه المرافق لتحقيق هذا الهدف و رغم أن مهمة تنفيذ المرافق العامة تدخل أصلا في صلاحيات الدولة، غير أن هذا التنفيذ أصبح يواجه تحديات داخلية و خارجية مثل تطور القطاع الخاص في ظل سقوط المعسكر الاشتراكي و ازدهار الفكر الرأسمالي، المبني على المنافسة و حرية المبادرة و الاستثمارات العابرة للحدود في إطار مفهوم العولمة . كل هذه العوامل فرضت على الدول التأقلم مع هذا الواقع سواء من الناحية الاقتصادية و السياسية. إن تطور مفهوم الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص يندرج ضمن الإطار العام لتكيف السلطة العامة مع الأساليب الجديدة في إدارة المرافق العامة. إن ارتباط الشراكة بالمحيط الاقتصادي جعلها تغطي نطاقا واسعا من المفاهيم: كالمقاولات، المشاركة، التفويض، التعاون، تقديم المشورة، الدعم المالي ، والمقاولات من الباطن....

إن هذا الواقع يترجم خصوصا بتراجع التدخل المباشر للدولة في المجال الاقتصادي لمصلحة مقاربة تشاركية قائمة على تطور مفهوم عقود الامتياز و تجريب صيغ جديدة للعقود الإدارية قائمة على تفويض المرافق العامة في شكل ال BOT. إن الجوائز لم تبق بمعزل عن هذه التحولات على المستوى الدولي، حيث انخرطت في عملية تحرير الاقتصاد، و اللجوء إلى أساليب جديدة مستوحاة من الفكر الأنجلوسكسوني . وقد ساهم المستثمرون الأجانب في انتشار هذه الآليات من خلال اتفاقيات الاستثمار المتعلقة بإقامة منشآت البنية التحتية و التهيئة الحضرية.

إن الممارسة الدولية تظهر بأن أسلوب ال BOT يعد من بين الصيغ الأكثر شيوعا للشراكة بين القطاع العام و الخاص بهدف إقامة منشآت جديدة. و يعتبر ال BOT عقدا يقوم من خلاله أحد المتعهدين الخواص بتمويل و قامة المرفق و تشغيله لمدة محددة يتم بعدها إرجاع المرفق إلى السلطة الإدارية المانحة.

Résumé

A travers ses services publics, l'Etat vise la réalisation de l'intérêt général. Cependant, la gestion de ses derniers constitue pour lui un lourd fardeau. Compte tenu de la corrélation entre les services publics et le développement durable, l'Etat est appelé à explorer de nouveaux modes d'action tournés vers l'efficacité, l'efficience et ce, pour atteindre cet objectif.

La mission d'exécution des services publics relève des prérogatives de l'Etat. Toutefois, ce dernier est confronté à des défis endogènes et exogènes, tel que : le développement du secteur privé, la chute du bloc socialiste, l'idéologie néolibérale réhabilitant l'économie de marché fondée sur la libre concurrence, la liberté d'entreprendre, les investissements transfrontaliers insérés dans la mondialisation.

De telles pressions exigent l'adaptation des Etats à cette nouvelle conjoncture tant sur le plan économique que politique. Le développement du partenariat s'inscrit dans le cadre général d'un réajustement des modes d'action de la puissance publique.

Né dans l'univers économique, le partenariat couvre toute une panoplie : Contractualisation, participation, délégation, association, concertation, coopération, apport financier ; sous traitance....

On observe un déclin de l'intervention directe notamment dans le domaine économique, au profit d'une logique partenariale avec, un renouveau de la concession est l'expérimentation de nouvelles formules de contrats public-délégation, de Bot....

L'Algérie n'échappe pas à ce mouvement international. Elle 'est engagée dans la libéralisation de son économie, et dans l'exploitation de nouveaux montages essentiellement d'origine Anglo-saxonne.

La pénétration de ses montages sont introduits par les investisseurs internationaux dans le cadre de convention de mise en place d'infrastructures et d'aménagement urbain.

La pratique internationale montre que le Bot est la formule la plus usitée de partenariat public/privé pour la construction de nouveau équipement.

Le BOT est un contrat dans le cadre duquel un promoteur privé finance, construit et gère l'équipement ; a l'issue d'une période donnée, la propriété de l'équipement est transformée a l'autorité publique.

Abstract

The state aims through its public services to achieve the public interest. However, the management of the latter is a burden for it. Given the correlation between public services and sustained development, the state has to explore new modes of action focused on effectiveness and efficiency in order to achieve this objective.

The task of implementing the Public services is one of the state's prerogative. However, it has faced internal and external challenges, such as: the development of the private sector, the fall of the socialist bloc, the neoliberal ideology rehabilitating market economy based on free competition, free enterprise, and cross-border investment integrated into globalization.

Such pressures require the adaptation of states with this new situation both economically and politically. The development of partnership appears within the general framework of a readjustment of modes of action of the public authority.

Arising in the economic world, the partnership covers a wide range: Contracts, participation, delegation, association, consultation, cooperation, financial contribution, subcontracting....

A decline of the direct intervention is registered especially in the economic field, in favor of a partnership logic with a renewal of the concession experimentation with new forms of public- contracts delegation, BOT ... Algeria does not escape this international movement. It is committed to liberalizing its economy, and the exploitation of new arrangements essentially of an Anglo -Saxon origin.

The penetration of these arrangements is introduced by international investors within the framework of the agreement of establishing infrastructure and urban planning.

The international practice shows that the BOT is the most commonly used form of public / private partnership for the construction of new equipment. The BOT is a contract under which the private developer finances, constructs

and manages the equipment, and at the end of a given period, ownership of the equipment is transferred to the public authority.

الكلمات الدلالية

عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، محطات تحلية مياه البحر، اتفاق التحكيم، شركة المشروع، عقود الامتياز.

Mots clé

Partenariat Public Privé, Construire, Exploiter et Transférer, stations de dessalement, Compromis, société de projet, contrats de concession.

Key words

Public Private Partnership, Build, Operate and Transfer, Desalination Plants, Compromise, Project Company, Concession Contracts.